

AGGIUDICAZIONE ILLEGITTIMA E RISARCIMENTO DEL DANNO: QUALCOSA STA CAMBIANDO?

Nota del dott. Michele Cozzio*



CORTE di GIUSTIZIA CE, Sez. III, C-314/09, del 30 settembre 2010, Stadt Graz, rel. K. Lenaerts

La direttiva “ricorsi” in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori osta ad una normativa nazionale (nella fattispecie quella austriaca) che subordini il diritto ad ottenere il risarcimento dei danni da parte di un’amministrazione aggiudicatrice, per violazione della disciplina sugli appalti pubblici, al carattere colpevole di tale violazione.

1. La pronuncia in questione, resa su un caso austriaco, è particolarmente significativa non (sol)tanto per l’interpretazione restituita al giudice di rinvio, quanto per gli effetti innovativi che potrebbero derivarne nell’ordinamento nazionale, con riferimento:

- (1) alla ri-classificazione della responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici per violazione delle norme in materia di appalti pubblici, (responsabilità) che appare definitivamente slegata da qualsiasi elemento soggettivo. In tal senso il principio stabilito dalla Corte sembra sollecitare un’ulteriore evoluzione della giurisprudenza nazionale, laddove la colpa si desume, per quanto con presunzione assoluta (!), dalla mera adozione ed esecuzione di un provvedimento illegittimo;
- (2) all’applicazione del principio (comunitario) dell’effettività della tutela e alla conseguente ricostruzione delle pretese risarcitorie delle imprese pretermesse, non più in termini di mero ristoro ma di ‘contropartita piena’ per quanto dovuto e mancato dall’amministrazione, specie laddove non sia più possibile addivenire per via giurisdizionale alla reintegrazione in forma specifica.

2. La vicenda ha inizio nel 1998 quando la città di Graz in Austria indice una gara europea con procedura aperta per affidare la produzione e la fornitura di asfalto da eseguirsi nel corso del 1999. Prima della conclusione della procedura tre delle quattordici società partecipanti ricorrono davanti alla *Commissione di controllo sugli*

* Articolo estratto da *Informator*, EDK, 4, 2010.

appalti pubblici del Land Stiria sostenendo che la società miglior offerente non dispone degli impianti di fabbricazione e dunque non può eseguire l'appalto. Il ricorso viene respinto e il Comune procede all'aggiudicazione (giugno 1999). La vertenza però non si conclude: nel 2002 l'*Alta Commissione di controllo sugli appalti pubblici*, a fronte di un ulteriore ricorso, annulla la precedente decisione confermando le contestazioni già formulate e, nel 2003, viene dichiarata (da altro organo amministrativo di controllo) l'illegittimità dell'affidamento.

La conseguente azione di risarcimento dei danni, anch'essa articolata in due gradi, conferma la pretesa della società ma, residuando dubbi sulla colpevolezza dell'amministrazione, viene adita infine la Cassazione. È ben vero che la legislazione austriaca fa ricadere in capo alle amministrazione una presunzione di colpevolezza, tuttavia, come dimostra il caso in questione, tale presunzione può essere superata con il rischio per il concorrente illegittimamente pretermesso di venire privato del diritto di ottenere effettivo ristoro.

In effetti il Comune di Graz avrebbe gioco facile nel far constatare, a propria discolpa, di essere stato vincolato dalla decisione della *Commissione di controllo del Land Stiria* (1999). In altri termini si determinerebbe una sorta di *difetto di imputabilità soggettiva* a carico del Comune, con conseguente impossibilità di giustificare il ristoro per l'impresa. Quanto meno, precisano i giudici della Corte, l'impresa danneggiata *“corre il rischio, in virtù della normativa austriaca, di ottenere un risarcimento soltanto tardivamente, considerata la lunghezza dei tempi che possono rendersi necessari per un procedimento civile inteso all'accertamento del carattere colpevole della violazione lamentata”* (pt. 42).

3. Il giudizio della Corte è netto, quasi sbrigativo (la sentenza è formulata in meno di 50 capoversi) e si fonda innanzitutto sui *considerando* iniziali della direttiva 89/665, laddove il principio dell'effettività della tutela si riflette nella necessità di:

- a) prevedere in tutti gli Stati membri *“mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di*

appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto” e

- b) procedure adeguate, tali da permettere *“l’annullamento delle decisioni illegittime e l’indennizzo delle persone lese da una violazione”*.

Spetta ai singoli Stati membri, dunque, nell’ambito della propria autonomia e nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività, adottare le misure necessarie per garantire gli obiettivi (di celerità, efficacia, risarcibilità) posti dalla direttiva. Né il legislatore comunitario precisa se il diritto al risarcimento debba presentare particolari caratteristiche, quale l’essere connesso ad una colpa, comprovata o presunta, dell’amministrazione aggiudicatrice, oppure il non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità.

Sulla base di queste premesse la Corte chiarisce che il rimedio risarcitorio, in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici, rappresenta un rimedio effettivo *“soltanto a condizione che la possibilità di riconoscerlo non sia subordinata (...) alla constatazione dell’esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall’amministrazione aggiudicatrice”*. In altri termini *“l’accertamento della fondatezza di una domanda di risarcimento proposta dall’offerente pretermesso a seguito dell’annullamento di tale decisione da parte di un giudice amministrativo non può essere subordinato – in contrasto con il tenore, l’economia sistematica e la finalità delle disposizioni della direttiva 89/665 contemplanti il diritto ad ottenere tale risarcimento – ad una valutazione del carattere colpevole del comportamento dell’amministrazione aggiudicatrice chiamata in causa”* (pt. 45). Da tale puntualizzazione non può non emergere più nettamente la volontà di sottrarre in via assoluta e insuperabile il rilievo del requisito della soggettività ai fini della determinazione di quanto spettante per equivalente al ricorrente¹.

Non sono mancate le prime applicazioni dei principi definiti dalla pronuncia della Corte ad opera dei giudici amministrativi nazionali, segnatamente: TRGA sez. autonoma di Trento, con la sentenza del 20 ottobre 2010 n. 200 e TAR Lombardia – Brescia., sez. II con sentenza

¹ *In terminis* la sentenza del TAR Trento del 20 ottobre 2010 n. 200.

del 19 novembre 2010 n. 4660 e TAR Piemonte, sez. II, del 29 ottobre 2010 n. 3939, a ciò sollecitati anche dal rinnovato quadro del codice amministrativo. La rilevanza dei temi trattati dalle citate pronunce, specie con riferimento al profilo dell'individuazione delle voci risarcitorie e dei relativi criteri di determinazione, impone di rinviare ad un altro momento il loro approfondimento².

² In generale sul tema si segnalano: CARULLO A., *La sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione: poteri del giudice e domanda di parte*, relazione nell'ambito del Seminario su *Il Contenzioso in materia di appalti tra direttiva ricorsi e codice del processo amministrativo*, Bologna, 7-9 ottobre 2010, SANTORO P., *La responsabilità civile, penale e amministrativa nei contratti pubblici*, Milano, II ed., 2009, GRECO G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, n. 3/4, 729 e ss., PROIETTI R., *La colpa della P.A. e il danno risarcibile in caso di mancata aggiudicazione (nota a CdS, sez. VI, 27 aprile 2010 n. 2384)*, in *Urbanistica e appalti*, 8, 2010, 956 e ss.