

Con sentenza n. 8294 del 12 settembre 2023, la quinta sezione del Consiglio di Stato ha affermato che la responsabilità da atto illegittimo va inquadrata nell'ambito della responsabilità aquiliana. Infatti l'Adunanza Plenaria ha anche di recente chiarito che la responsabilità in cui incorre l'Amministrazione per l'esercizio delle funzioni pubbliche è inquadrabile nella responsabilità da fatto illecito (Cons. Stato, Ad. Plen. 23 aprile 2021, n. 7).

Ciò posto, gli elementi costitutivi della responsabilità della pubblica amministrazione sono, sotto il profilo oggettivo, il nesso di causalità materiale e il danno ingiusto, inteso come lesione alla posizione di interesse legittimo; sul piano delle conseguenze, il fatto lesivo deve essere collegato, con un nesso di causalità giuridica o funzionale, con i pregiudizi patrimoniali o non patrimoniali lamentati; occorre allora verificare la sussistenza dei presupposti di carattere oggettivo (ingiustizia del danno, nesso causale, prova del pregiudizio subito), e successivamente quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa della p.a.); con riferimento alla ingiustizia del danno, deve rilevarsi, altresì, che presupposto essenziale della responsabilità è l'evento dannoso che ingiustamente lede una situazione soggettiva protetta dall'ordinamento e, affinché la lesione possa considerarsi ingiusta, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria - anche se non sufficiente - per accedere alla tutela risarcitoria; occorre quindi anche verificare che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole dell'amministrazione pubblica), l'interesse materiale al quale il soggetto aspira; ovvero il risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa non può prescindere dalla spettanza di un bene della vita, atteso che è soltanto la lesione di quest'ultimo che qualifica in termini di ingiustizia il danno derivante dal provvedimento illegittimo.

I requisiti della responsabilità da fatto illecito sono pertanto in termini generali la presenza di una condotta imputabile, il danno ingiusto, il nesso di causalità e l'elemento soggettivo.

Tale orientamento giurisprudenziale, applicabile in termini generali alla responsabilità aquiliana da riconnettersi all'adozione di un atto illegittimo, va poi coordinato con la giurisprudenza specifica relativa al risarcimento del danno da mancata aggiudicazione e da mancata stipula del contratto a seguito dell'annullamento dell'atto di revoca dell'aggiudicazione.

Secondo la giurisprudenza (ex multis, Cons. Stato, Ad. Plen., n. 2 del 2017; Con. Stato, sez. V, 1803 del 2021) nella materia dei contratti pubblici, l'illegittimità dell'azione amministrativa, che si sia risolta nell'annullamento del provvedimento illegittimo ostativo all'aggiudicazione alla parte ricorrente, prospetta - alla stregua dell'art. 124 c.p.a. - una articolata struttura remediale rimessa, in base all'ordinario canone dispositivo, alla domanda di parte (cfr. artt. 30, 40, comma 1 lettere b) ed f), 41 e 64 c.p.a. in relazione all'art. 99 c.p.c. e 2907 c.c.). In particolare - contestualmente alla impugnazione, a mezzo di "azione di annullamento" (art. 29 c.p.a.), ad esito prospetticamente demolitorio, dei "provvedimenti concernenti le procedure di affidamento" (art. 119, comma 1 lettera a) e 120 c.p.a.), ovvero consequenzialmente al passaggio in giudicato della sentenza di annullamento, ex art. 30 comma 5 c.p.a., di tali provvedimenti - come nell'ipotesi di specie - è rimessa all'impresa pregiudicata l'opzione: a) per una "tutela in forma specifica", a carattere integralmente soddisfacente, affidata alla "domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto" (art. 124, comma 1, prima parte), il cui accoglimento: a1) postula, in negativo, la sterilizzazione *ope judicis*, in termini di "dichiarazione di inefficacia", del contratto eventualmente già stipulato "inter alios" (essendo, per ovvie ragioni, preclusa la reduplicazione attributiva dell'unitario bene della vita gestito dalla procedura evidenziale); a2) richiede, in positivo, un apprezzamento di spettanza in termini di diritto all'aggiudicazione (e al contratto), con la certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, il ricorrente si sarebbe senz'altro aggiudicato la commessa ed avrebbe stipulato il consequenziale contratto; b) per un "risarcimento del danno per equivalente" (art. 124, comma 1, seconda parte), e ciò: b1) sia nel caso in cui il giudice abbia riscontrato l'assenza dei presupposti per la tutela specifica (e, in particolare, non abbia ravvisato, ai sensi degli artt. 121, comma 1 e 122 c.p.a., i presupposti per dichiarare inefficace il contratto stipulato, ovvero, sotto distinto profilo, non abbia elementi sufficienti a formulare un obiettivo giudizio di

spettanza); b2) sia nel caso in cui la parte abbia ritenuto di non formalizzare la domanda di aggiudicazione (né si sia resa comunque "disponibile a subentrare nel contratto", anche in corso di esecuzione), nel qual caso la "condotta processuale" va anche apprezzata in termini concausali (cfr. art. 124, comma 2, in relazione al richiamato art. 1227 c.c.). Naturalmente, l'opzione per il risarcimento per equivalente non ha alternative le quante volte, come accade nel caso di specie, il contratto sia stato, in pendenza di lite, eseguito da parte di altro professionista, sia pure sulla base di una distinta procedura di gara.

La tutela risarcitoria è, sotto il profilo del danno ristorabile, variamente modulata, secondo che: a) il concorrente danneggiato sia in grado di dimostrare con certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, si sarebbe aggiudicato la commessa e avrebbe stipulato il contratto; b) non sia, per contro, possibile accedere – in difetto di idonei elementi probatori ovvero in presenza di profili conformativi non integralmente vincolati, rimessi all'apprezzamento sequenziale della stazione appaltante – ad un giudizio di effettiva spettanza: prospettandosi, in tal caso, il danno in termini di mera perdita di chances di aggiudicazione.

Riferimenti Normativi:

- art. 1227 c.c.
- art. 2043 c.c.
- art. 124 c.p.a.