

CAPITOLO I LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

SEZIONE I - LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

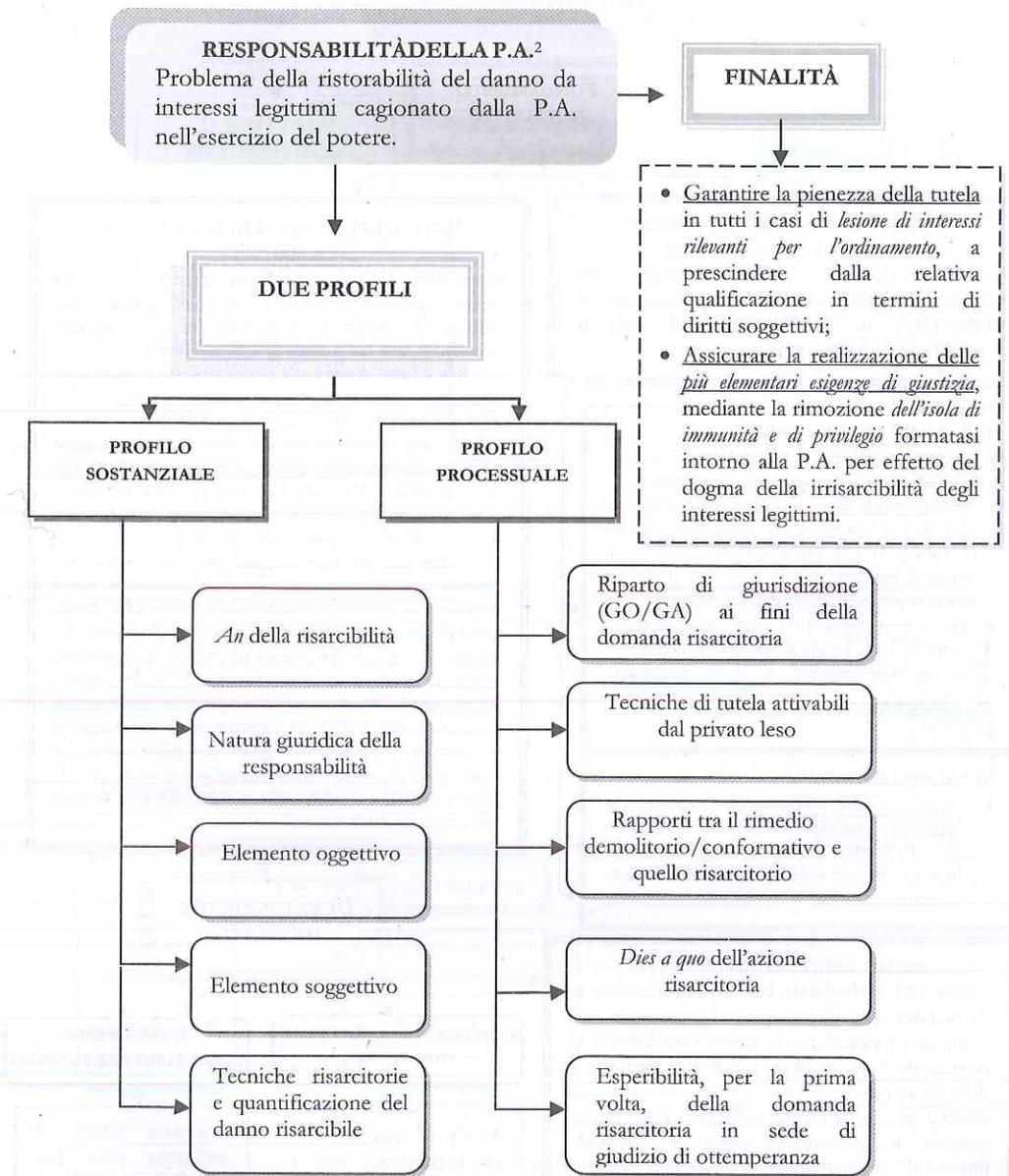
*1. Principali questioni. *2. Esame delle problematiche connesse ai profili sostanziali. *2.1. *An* della risarcibilità. *2.2. Natura giuridica della responsabilità della P.A. *2.2.1. Natura giuridica della responsabilità della P.A.: tesi della responsabilità *sui generis* e tesi della responsabilità precontrattuale. *3. Elemento oggettivo. *4. La causalità. *5. Elemento soggettivo. *5.1. La colpa della P.A. *5.2. Il dolo.

SEZIONE II - TECNICHE RISARCITORIE E QUANTIFICAZIONE DEL DANNO

*6. Le forme di riparazione e i loro rapporti. *7. Esame delle problematiche connesse alle singole domande risarcitorie. *7.1. Il risarcimento per equivalente e la quantificazione del danno. *7.2. Il risarcimento mediante reintegrazione in forma specifica.

SEZIONE I • LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A.¹

1. Principali questioni.

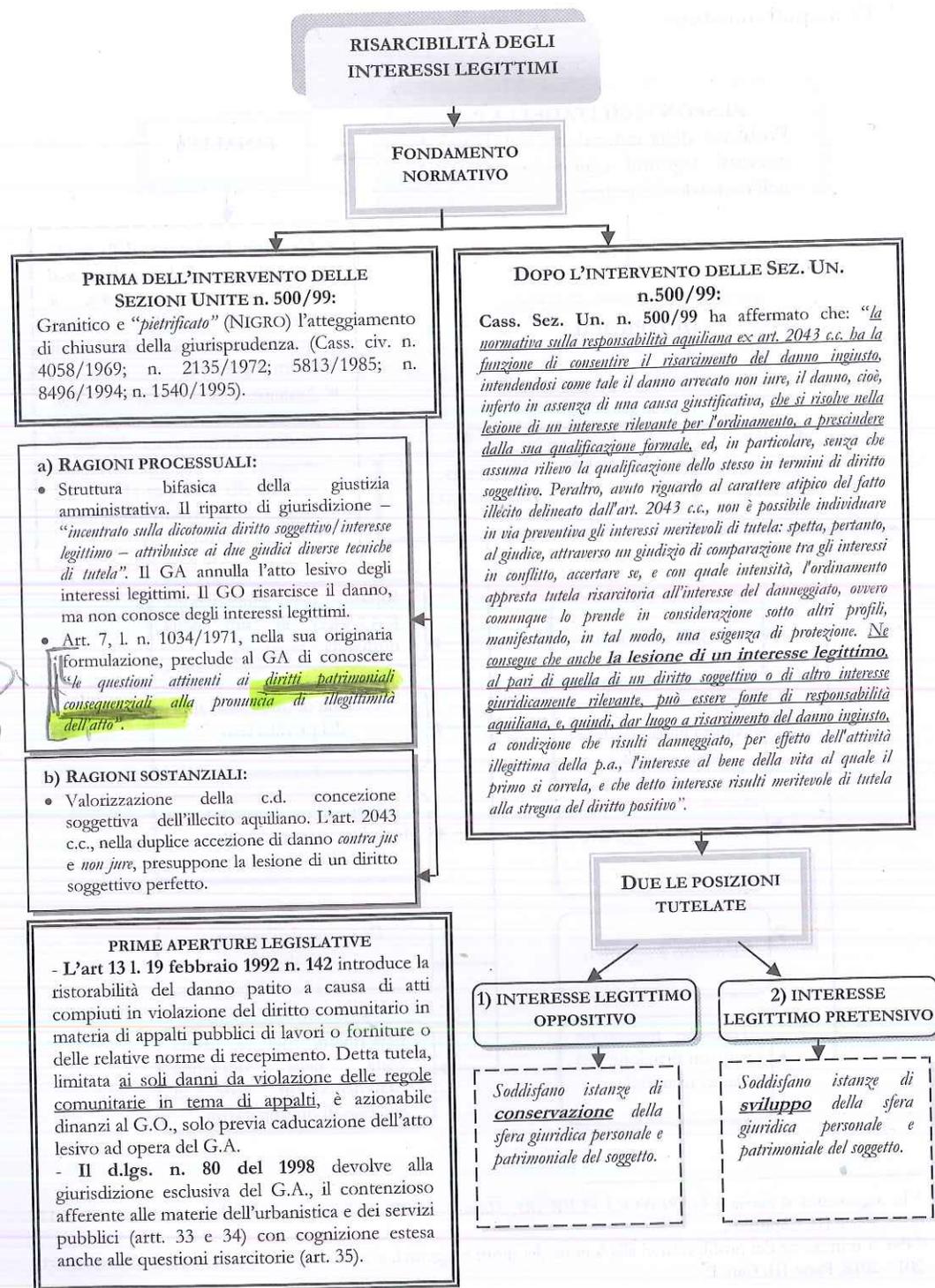


¹ In argomento si rinvia a GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Neldiritto Editore, ed. 2017-2018, Parte III, Capitolo I.

² Per la trattazione dei profili relativi alla lesione dei diritti soggettivi, si rinvia a GAROFOLI-FERRARI, *op. cit.*, ed. 2017-2018, Parte III, Cap. I.

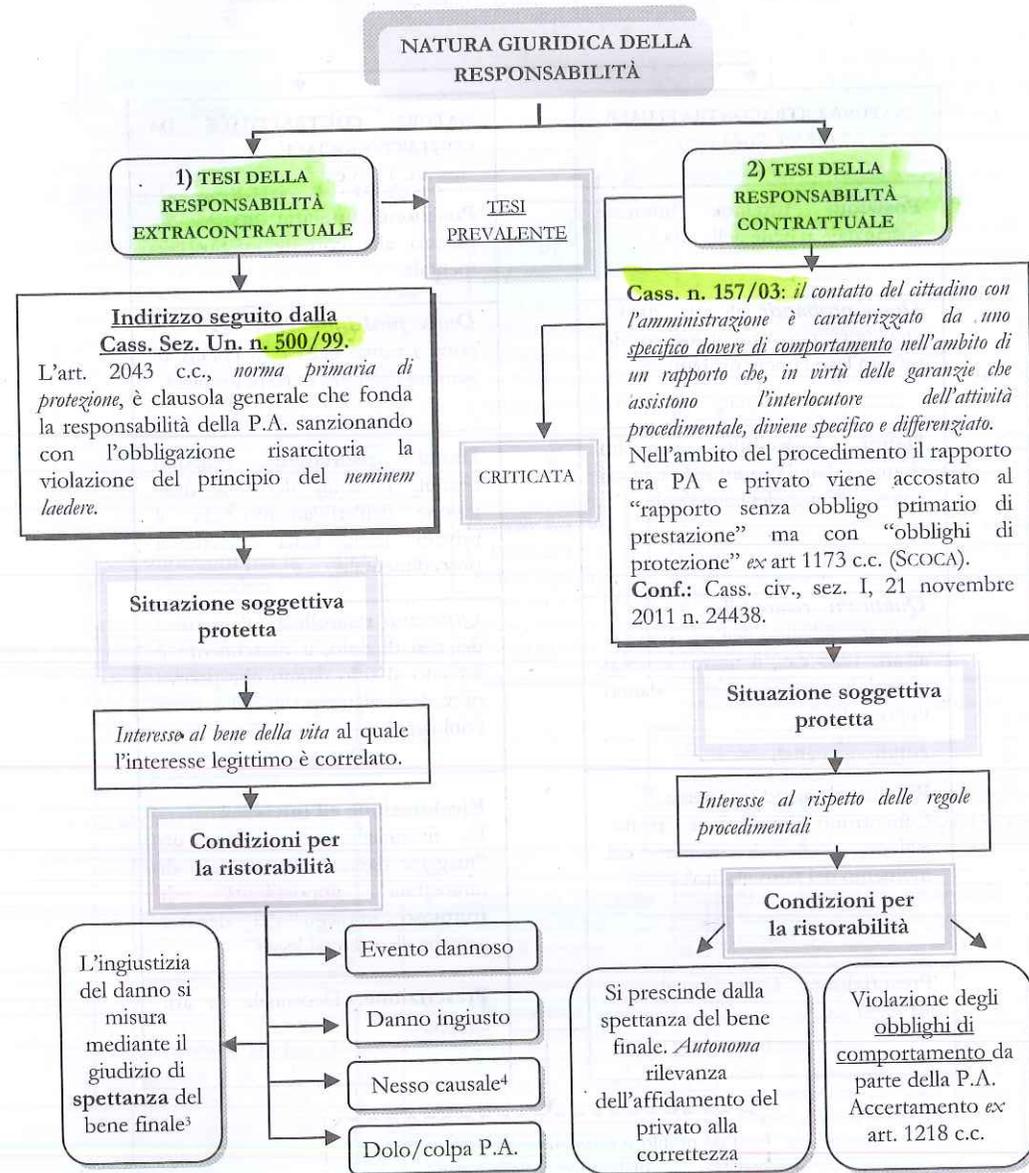
2. Esame delle problematiche connesse ai profili sostanziali.

2.1. An della risarcibilità.

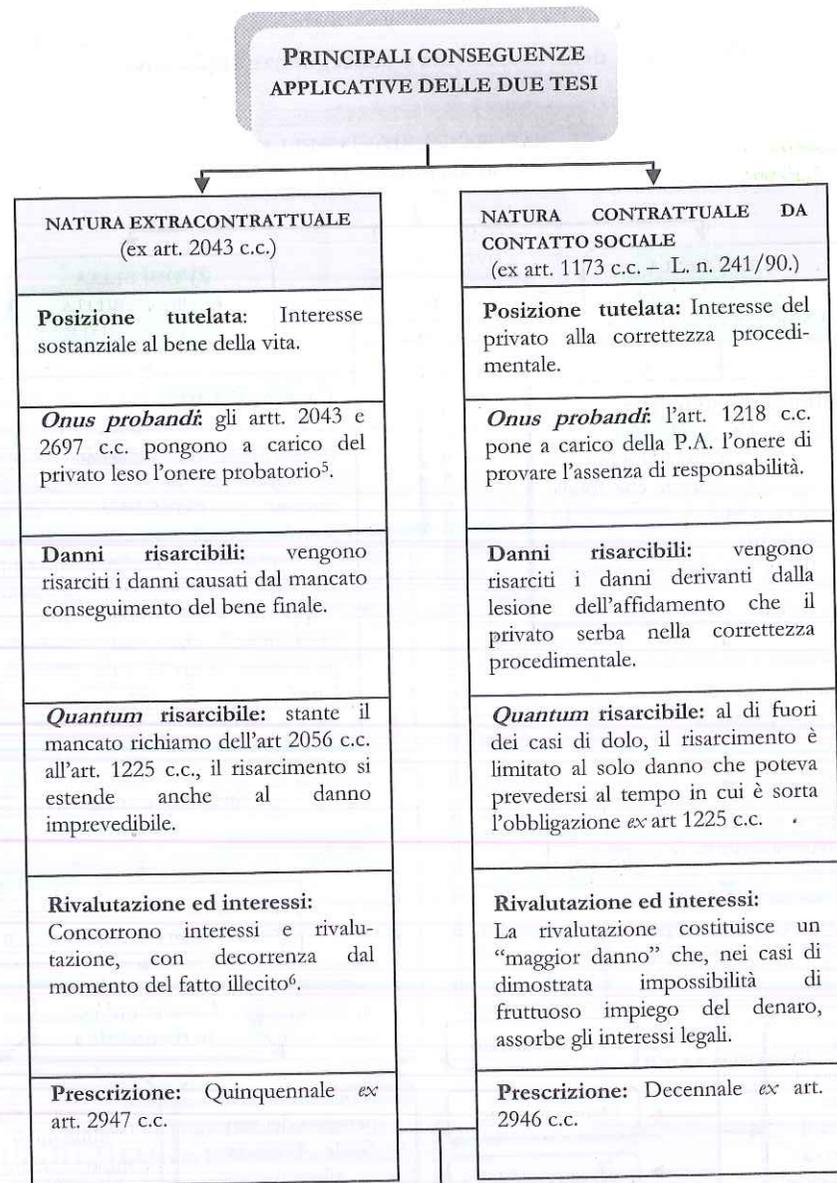


2.2. Natura giuridica della responsabilità della P.A.

Presupposti della risarcibilità e conseguenze applicative



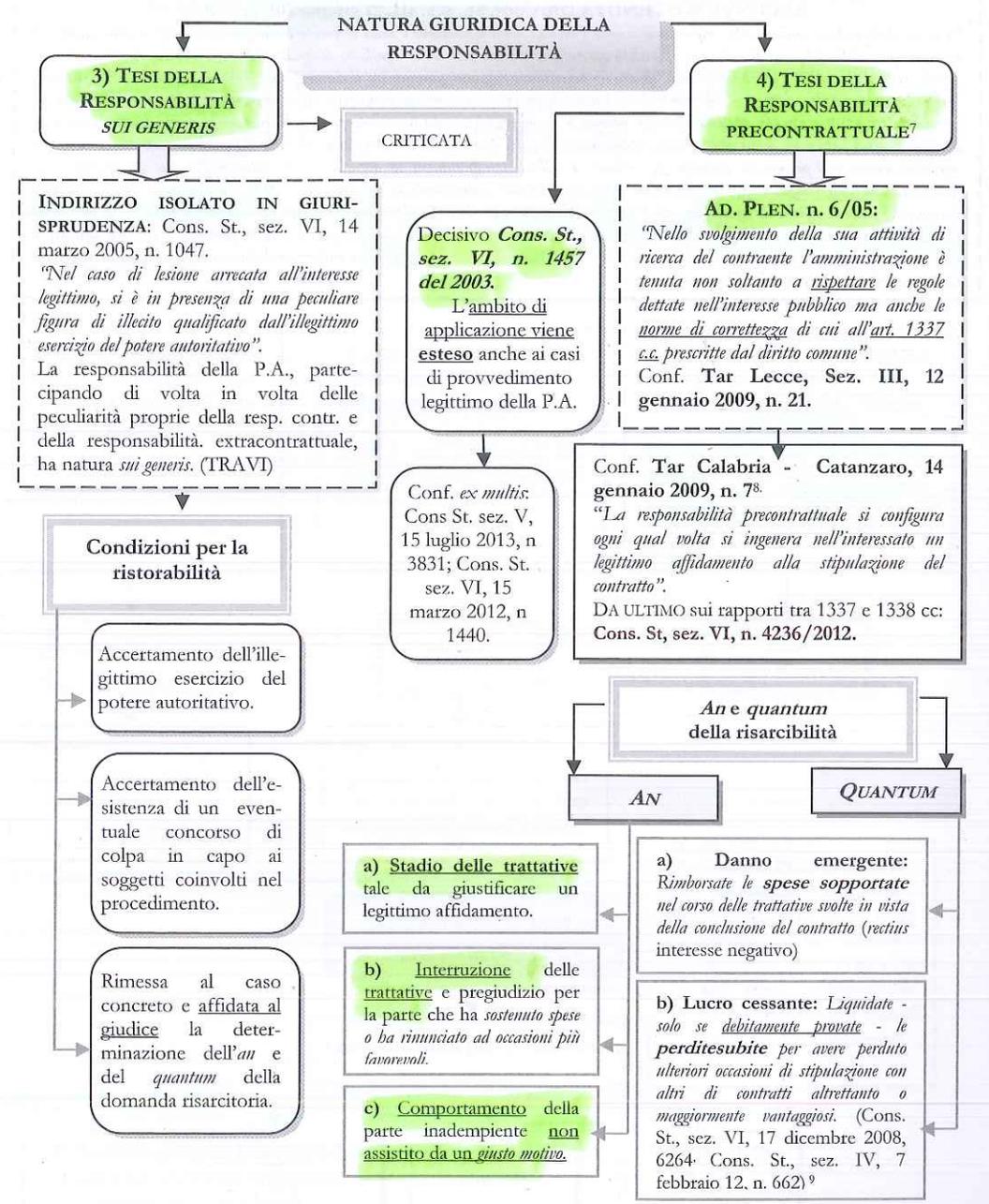
³ Dopo l'intervento del Cons. St., A.P., 15 settembre 2005 n. 7, applicazione pratica consolidata della tesi della responsabilità extracontrattuale si riscontra in materia di danni da ritardo. Si rinvia al par. 3 di questo capitolo.
⁴ Il Cons. St., A.P., 23 marzo 2011 n. 3, nel superare la tesi della pregiudizialità amministrativa, ha messo in luce la rilevanza sostanziale, sul piano causale, dell'omessa attivazione da parte del ricorrente degli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento, per escludere la risarcibilità di quei danni che, secondo un giudizio di tipo ipotetico - prognostico, si sarebbero potuti evitare secondo l'ordinaria diligenza. Si rinvia alla Parte III, Capitolo II, par. 4.2. di questo Manuale.



Tale profilo è stato superato dall'art. 30 c.p.a. che, a prescindere dalla natura della responsabilità, prevede termini decadenziali distinti per la domanda risarcitoria autonoma o conseguente all'azione di annullamento.

⁵ Quanto al problema del riparto dell'onere della prova relativo alla colpa, si rinvia al par. 5.1 di questo capitolo.
⁶ Sul punto, *contra* T.A.R. Sardegna, sez. I, 28 Luglio 2008, n. 1516; Cons. St., sez. VI, 28 Aprile 2006, n. 2408.

2.2.1. Natura giuridica della responsabilità della P.A.: tesi della responsabilità *sui generis* e tesi della responsabilità precontrattuale.



⁷ La tesi è stata, invero, sostenuta soprattutto con riferimento alle procedure selettive. Per approfondimenti sul punto si rimanda a R. GAROFOLI, in *Lezioni, Diritto Amministrativo*, n. 4/2013. Si rinvia oltre per l'esame delle questioni relative alla giurisdizione e ai rapporti autonomia/pregiudizialità della domanda risarcitoria.

LA TESI DELLA NATURA *SUI GENERIS* DELLA RESPONSABILITÀ DELLA P.A. È STATA DI RECENTE SOSTENUTA DA: Cons. St., sez. III, 21 giugno 2017, n. 3058.

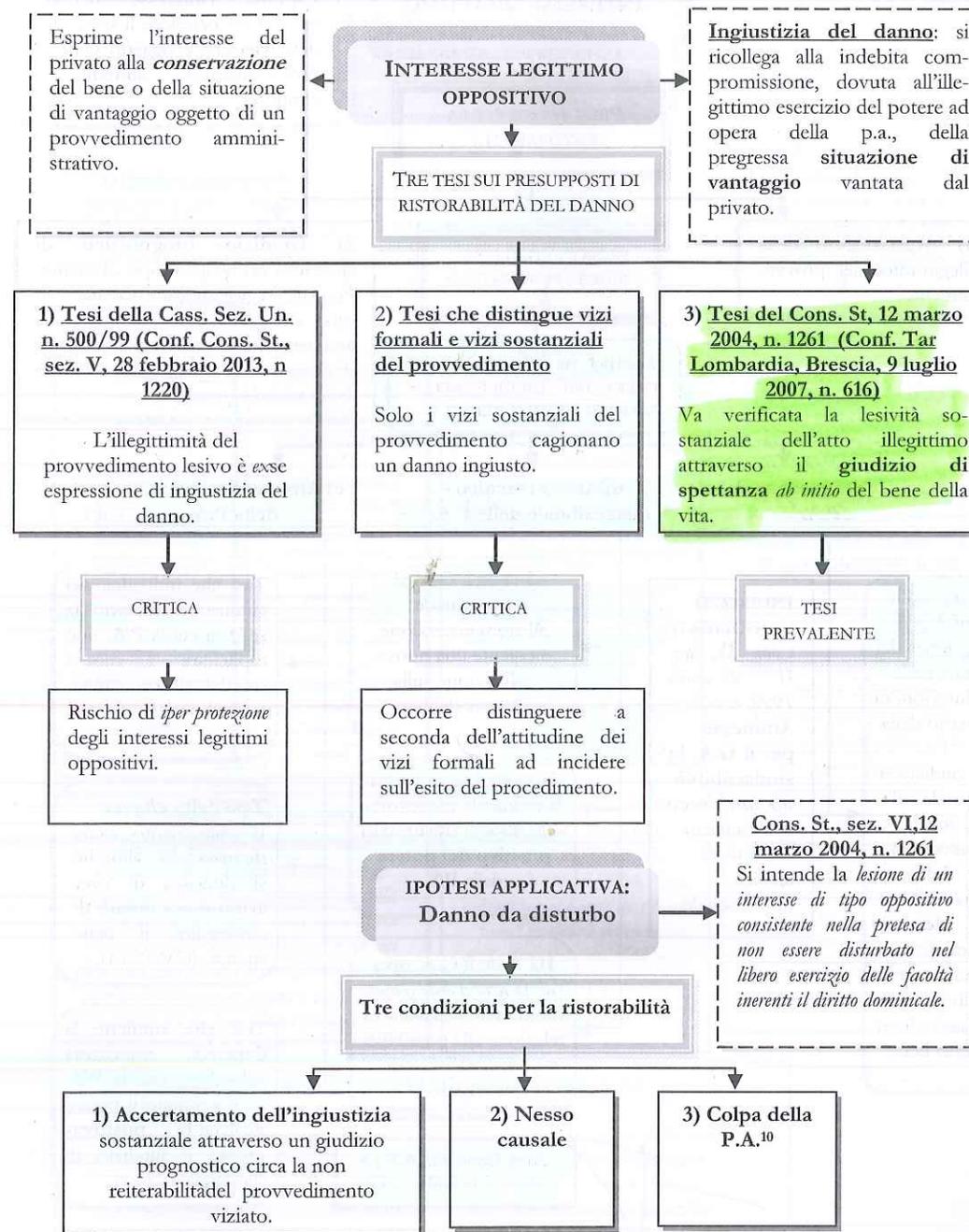
“La tesi della natura speciale della responsabilità della Pubblica amministrazione è stata delineata dalla giurisprudenza amministrativa in considerazione della difficoltà di utilizzare il modello generale e ordinario dell’illecito aquiliano designato dall’art. 2043 cc. In linea generale, infatti, nella responsabilità extracontrattuale, difetta un preesistente rapporto giuridico tra il danneggiato e l’autore dell’illecito. Al contrario, invece, la responsabilità della P.A. derivante dalla lesione di un interesse legittimo si inserisce necessariamente all’interno del rapporto già instaurato tra P.A. e privato, il quale si svolge secondo le regole predefinite del procedimento amministrativo. Il provvedimento illegittimo, lesivo della sfera patrimoniale del destinatario, rappresenta, di regola, l’esito di un iter complesso, nel corso del quale le parti hanno esposto le rispettive ragioni e il privato ha delineato la consistenza dell’interesse pretensivo od oppositivo fatto valere nell’ambito del procedimento. Tuttavia, nemmeno l’inquadramento nell’ambito della responsabilità contrattuale di cui agli artt. 1218 e ss. del codice civile è apparso convincente, tenendo conto della circostanza che il rapporto preesistente tra la P.A. e il privato non assume le connotazioni proprie di un vincolo obbligatorio, caratterizzato dal rapporto tra il dovere di prestazione e il diritto di credito. In questo ambito, pertanto, si possono collocare le non infrequenti affermazioni del carattere speciale della responsabilità della P.A., certamente rafforzate dalla esistenza di apposite regole che definiscono gli elementi centrali dell’azione?”

⁸ Si rinvia a www.neldiritto.it per l’analisi e il commento della decisione in oggetto.

⁹ Si rinvia a G. M. RACCA, in *La Rivista Neldiritto*, n. 2/2009, 281 e ss. e a R. GAROFOLI, in *Le Lezioni, Diritto Amministrativo*, n. 1/2012.

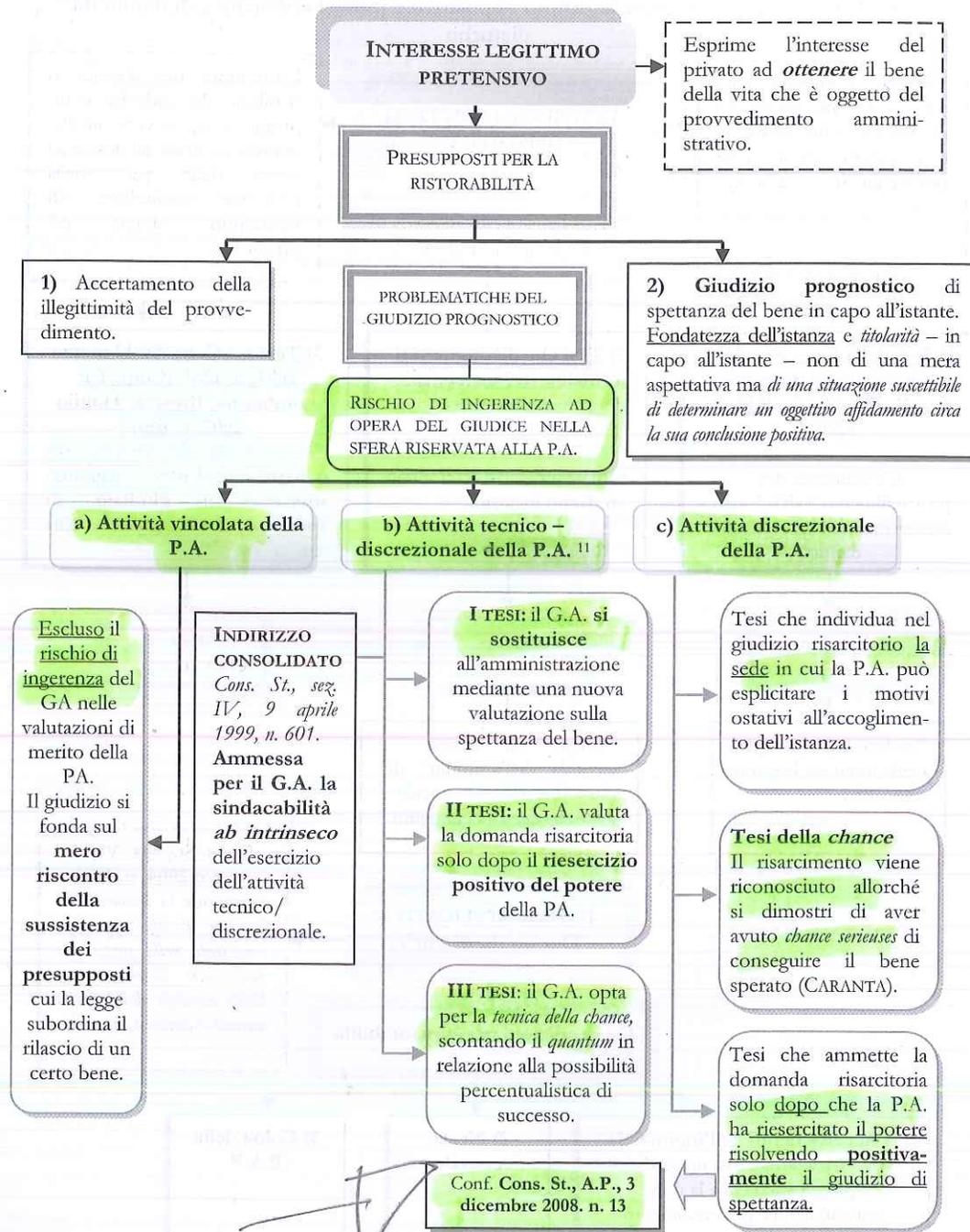
3. Elemento oggettivo.

PRIMA QUESTIONE: Interesse legittimo oppositivo e ipotesi applicativa di danno da disturbo

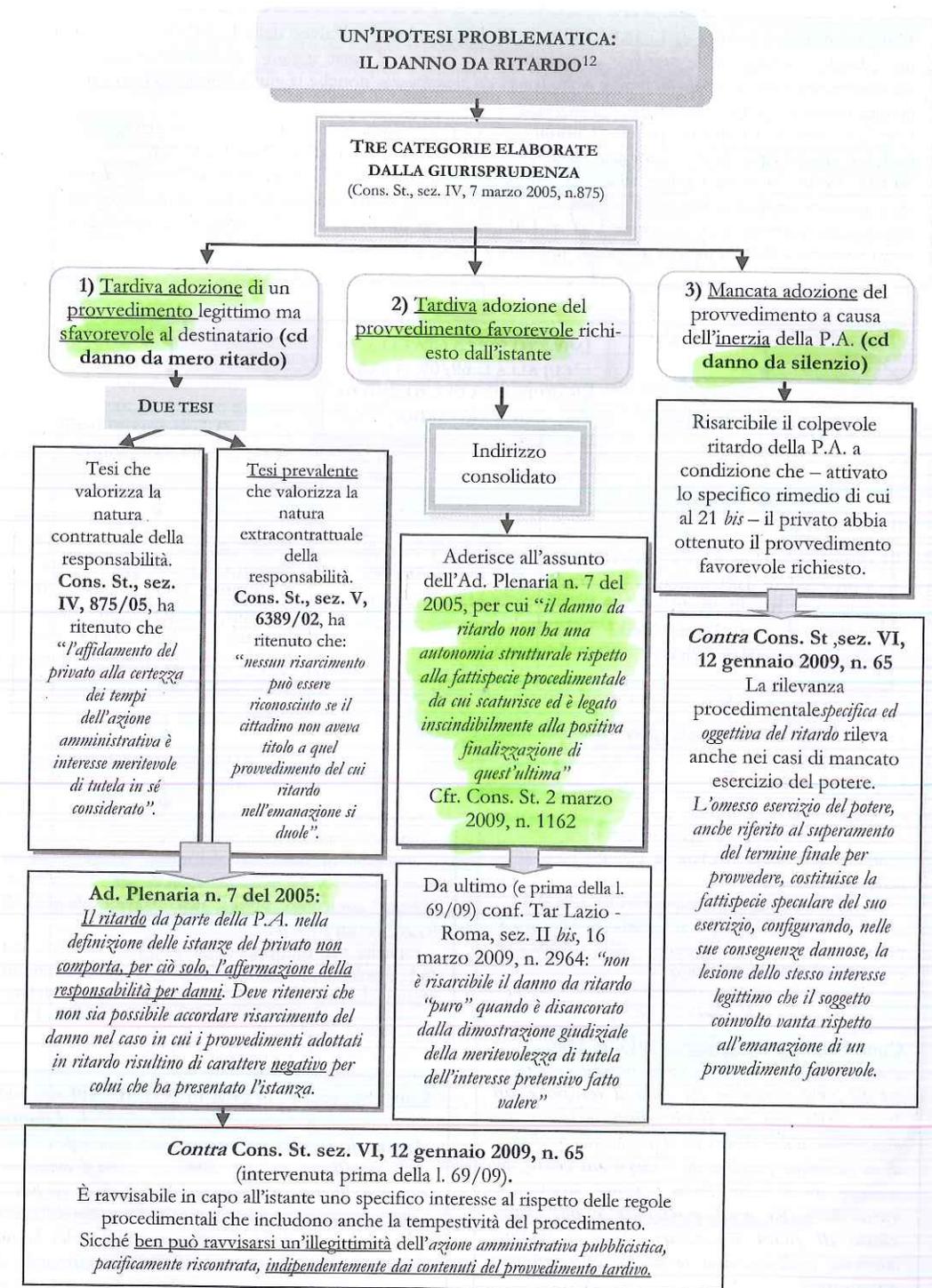


¹⁰ In ordine alle problematiche connesse all’elemento soggettivo e all’*onus probandi*, si rinvia al par. 5 di questo Capitolo.

SECONDA QUESTIONE: Interesse legittimo pretensivo e ipotesi problematica del danno da ritardo

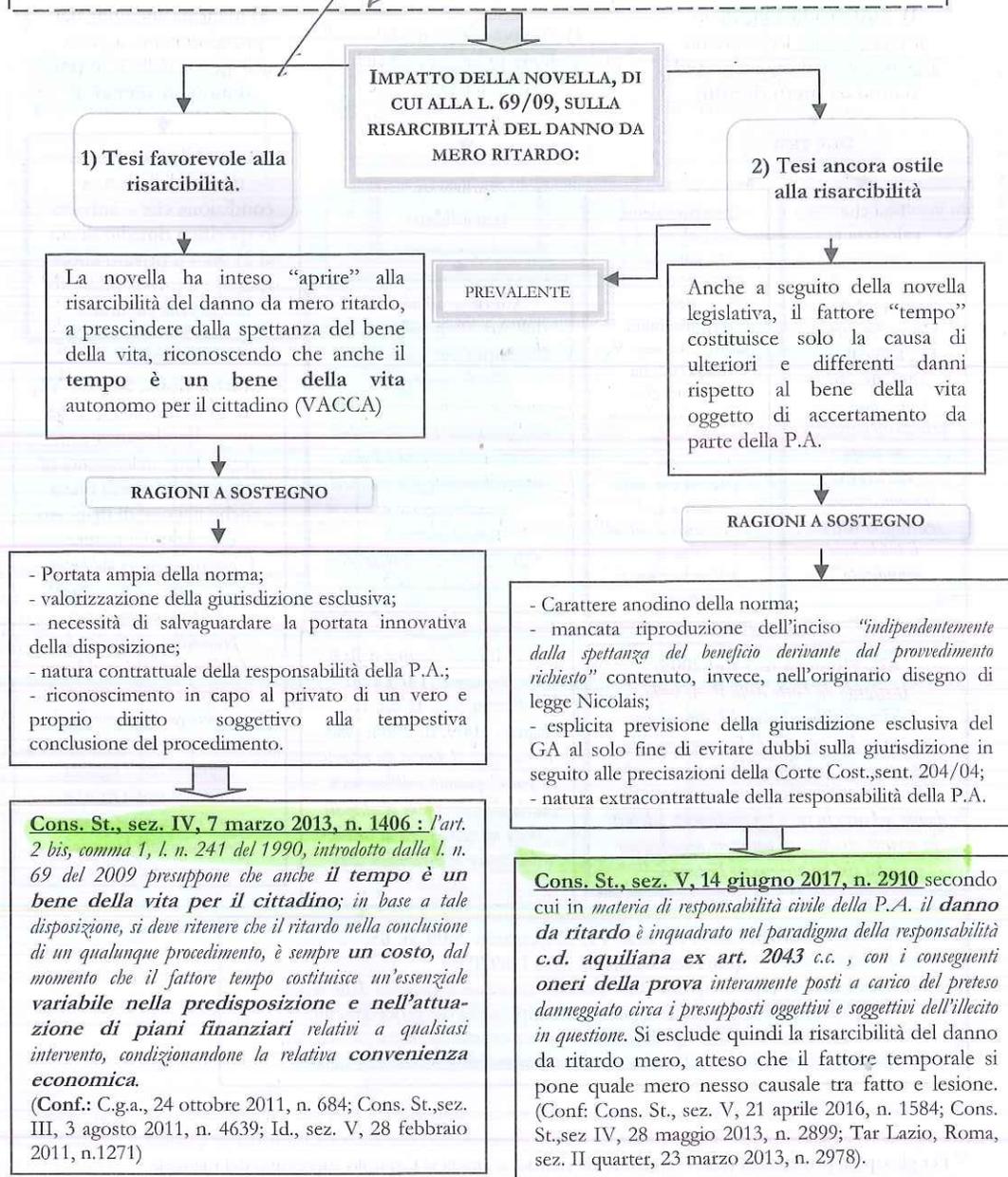


¹¹ Prodromica è la *questio* relativa alla sindacabilità giurisdizionale della discrezionalità tecnico-amministrativa. Per la trattazione, si rinvia a GAROFOLI-FERRARI, *op. cit.*, ed. 2017-2018, Parte II, Cap. V, par. 6.



¹² Per gli aspetti processuali relativi al danno da ritardo, si rinvia al Capitolo successivo del manuale.

L'art 7, comma 1 lettera c) L. 18.06.2009, n. 69, ha introdotto nell'alveo della L. 241/90 l'art 2 bis prevedendo l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di risarcire il danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, nonché la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle relative controversie. Con l'avvento del Codice del processo amministrativo detta ultima previsione è confluita nell'art 133 co.1, lett. a), n.1 c.p.a. (che, in parte qua, ha abrogato la previsione di cui all'art. 2 bis, l. 241/90). Su altro fronte, lo stesso Codice, all'art 30 comma 4 ha previsto che per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente compri di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3, (id est 120 giorni) non decorre fintanto che perdura l'inadempimento e inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.



Un'ipotesi di danno da ritardo è stata espressamente prevista dall'art. 26, comma 3, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni), secondo cui "La pubblicazione ai sensi del presente articolo costituisce condizione legale di efficacia dei provvedimenti che dispongano concessioni e attribuzioni di importo complessivo superiore a mille euro nel corso dell'anno solare al medesimo beneficiario; la sua eventuale omissione o incompletezza è rilevata d'ufficio dagli organi dirigenziali, sotto la propria responsabilità amministrativa, patrimoniale e contabile per l'indebita concessione o attribuzione del beneficio economico. La mancata, incompleta o ritardata pubblicazione rilevata d'ufficio dagli organi di controllo è altresì rilevabile dal destinatario della prevista concessione o attribuzione e da chiunque altro abbia interesse, anche ai fini del risarcimento del danno da ritardo da parte dell'amministrazione, ai sensi dell'articolo 30 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104".

Giova da ultimo dare atto delle novità introdotte dall'art. 28, d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. decreto del fare), convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

Detta norma, che ha aggiunto il comma 1 bis all'art 2 bis l. n. 241/90, ha previsto che il soggetto che abbia inutilmente presentato una istanza all'amministrazione, in relazione alla quale sussiste l'obbligo di pronunciare (con esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici), può chiedere, a titolo di indennizzo per il "mero" ritardo, una somma pari a 30 euro per ogni giorno di ritardo (per un totale comunque non superiore a 2.000 euro) con decorrenza dalla data di scadenza del termine per chiudere il procedimento. Da rilevare come il diritto all'indennizzo è legato al "mero" ritardo, e dunque alla sola inutile scadenza del termine per chiudere il procedimento, mentre il diritto al risarcimento per danno da ritardo, secondo l'orientamento giurisprudenziale ancora prevalente, è legato alla spettanza del provvedimento favorevole, non essendo considerato il tempo esso stesso bene della vita.

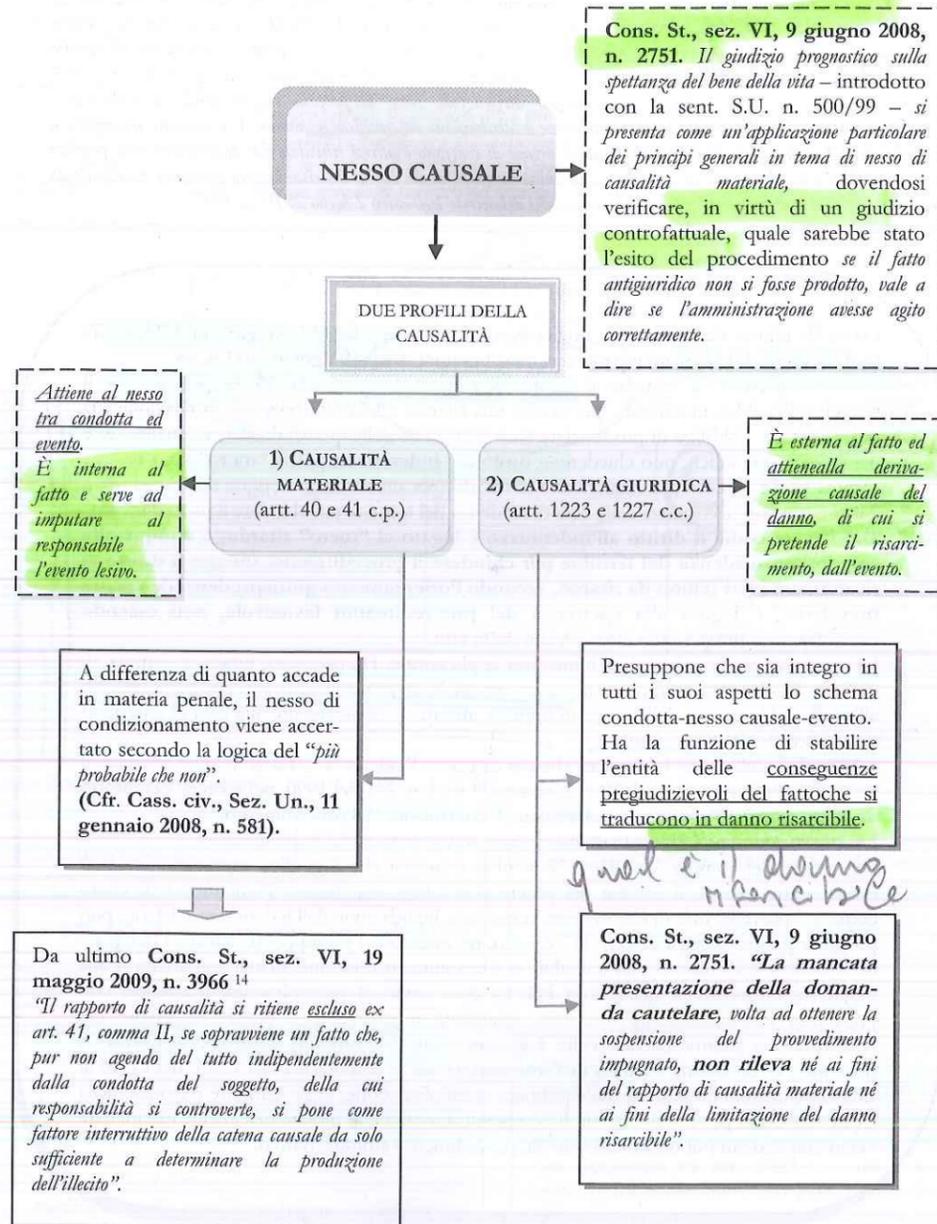
La norma de qua non è però di immediata applicazione. Ha precisato, infatti, il comma 10 dell'art. 28 che essa si applica in via sperimentale ai procedimenti amministrativi relativi all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa iniziati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione.

Il comma 2, dell'art. 28 ha chiarito che per ottenere l'indennizzo, l'istante deve azionare il potere sostitutivo previsto dall'art. 2, comma 9 bis, l. n. 241 del 1990, nel termine perentorio di venti giorni dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

Le somme corrisposte a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento. Dal tenore del comma 3, dell'art. 28 sembra evincersi che il giudice amministrativo può essere adito solo se il titolare del potere sostitutivo non liquida l'indennizzo. Il citato comma 3 prevede, infatti, che avverso la mancata liquidazione dell'indennizzo, l'istante può proporre ricorso ai sensi dell'art. 117 c.p.a. o, ricorrendone i presupposti, dell'art. 118 c.p.a. Se il ricorso è dichiarato inammissibile o è respinto in relazione all'inammissibilità o alla manifesta infondatezza dell'istanza che ha dato avvio al procedimento, il giudice, con pronuncia immediatamente esecutiva, condanna il ricorrente a pagare in favore del resistente una somma da due volte a quattro volte il contributo unificato. Viceversa, la pronuncia di condanna a carico dell'amministrazione è comunicata alla Corte dei Conti al fine del controllo di gestione sulla pubblica amministrazione, al Procuratore regionale della Corte dei Conti per le valutazioni di competenza, nonché al titolare dell'azione disciplinare verso i dipendenti pubblici interessati dal procedimento amministrativo.¹³

¹³ Per un commento si rinvia a M.A. SANDULLI, *Le novità in tema di silenzio*, in GAROFOLI - TREU (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2014.

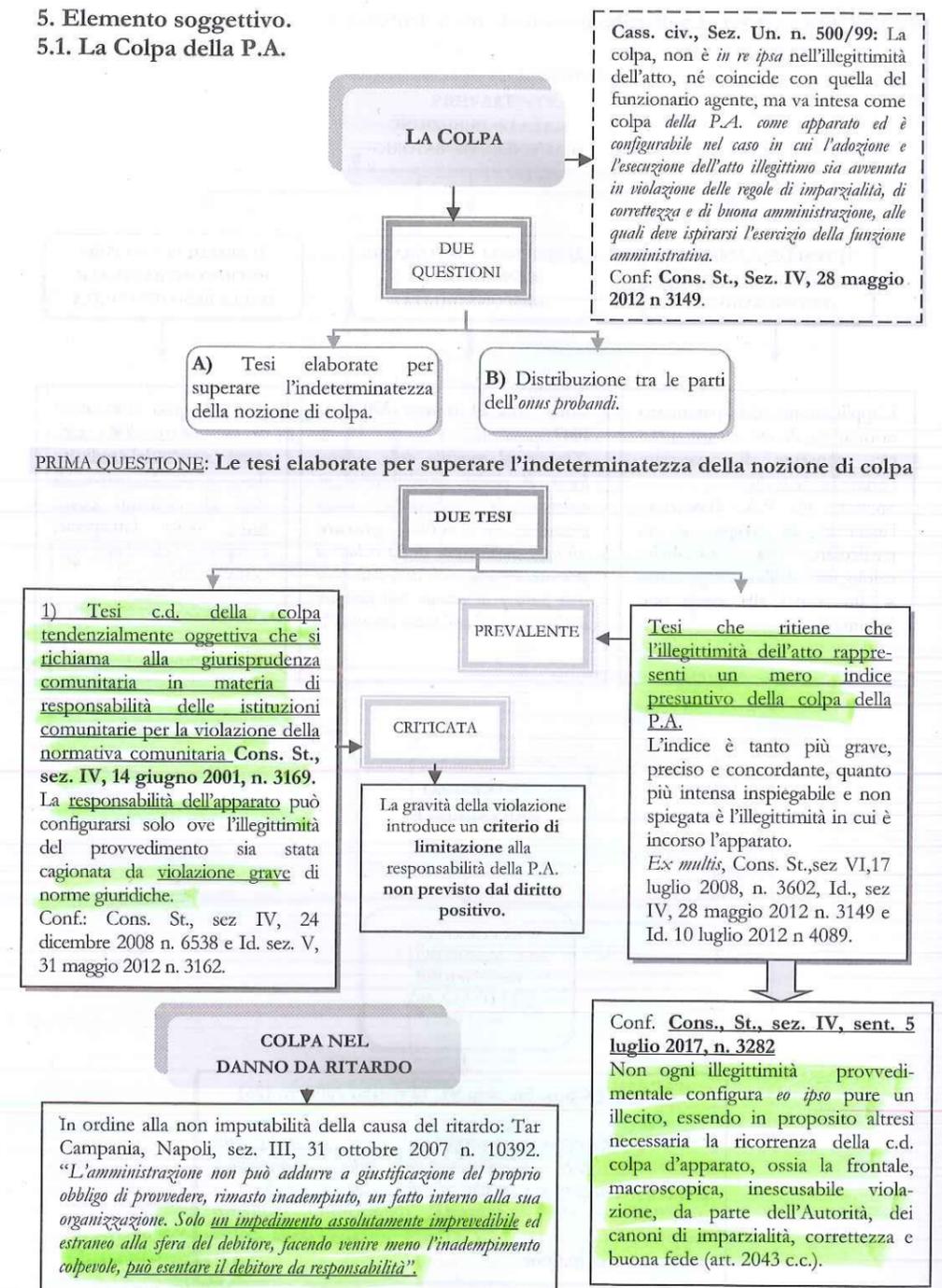
4. La Causalità.



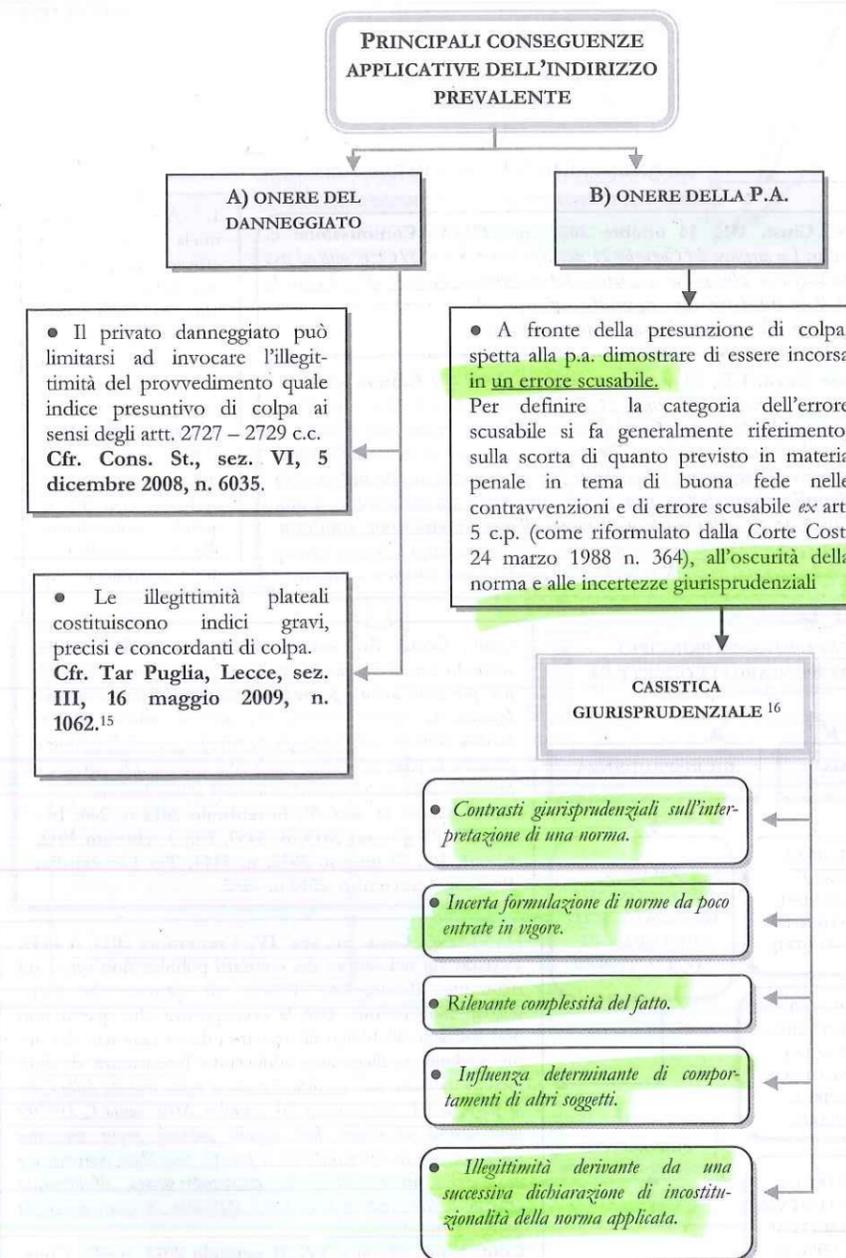
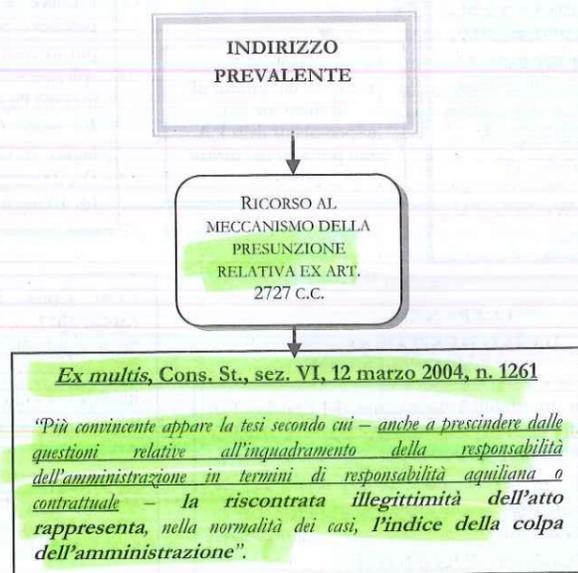
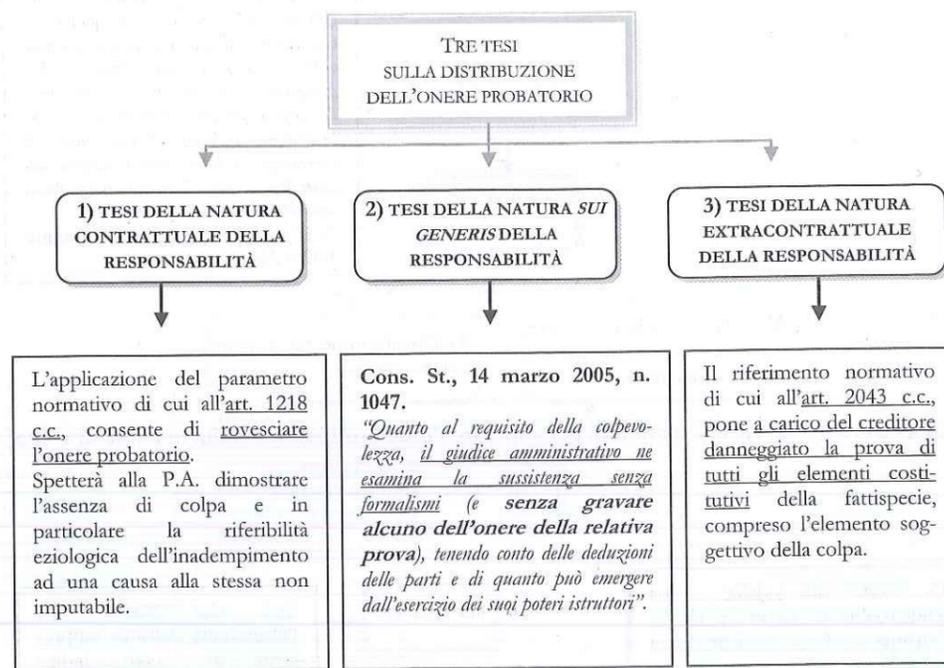
¹⁴ Si rinvia a www.neldiritto.it per l'analisi e il commento della decisione in oggetto.

5. Elemento soggettivo.

5.1. La Colpa della P.A.

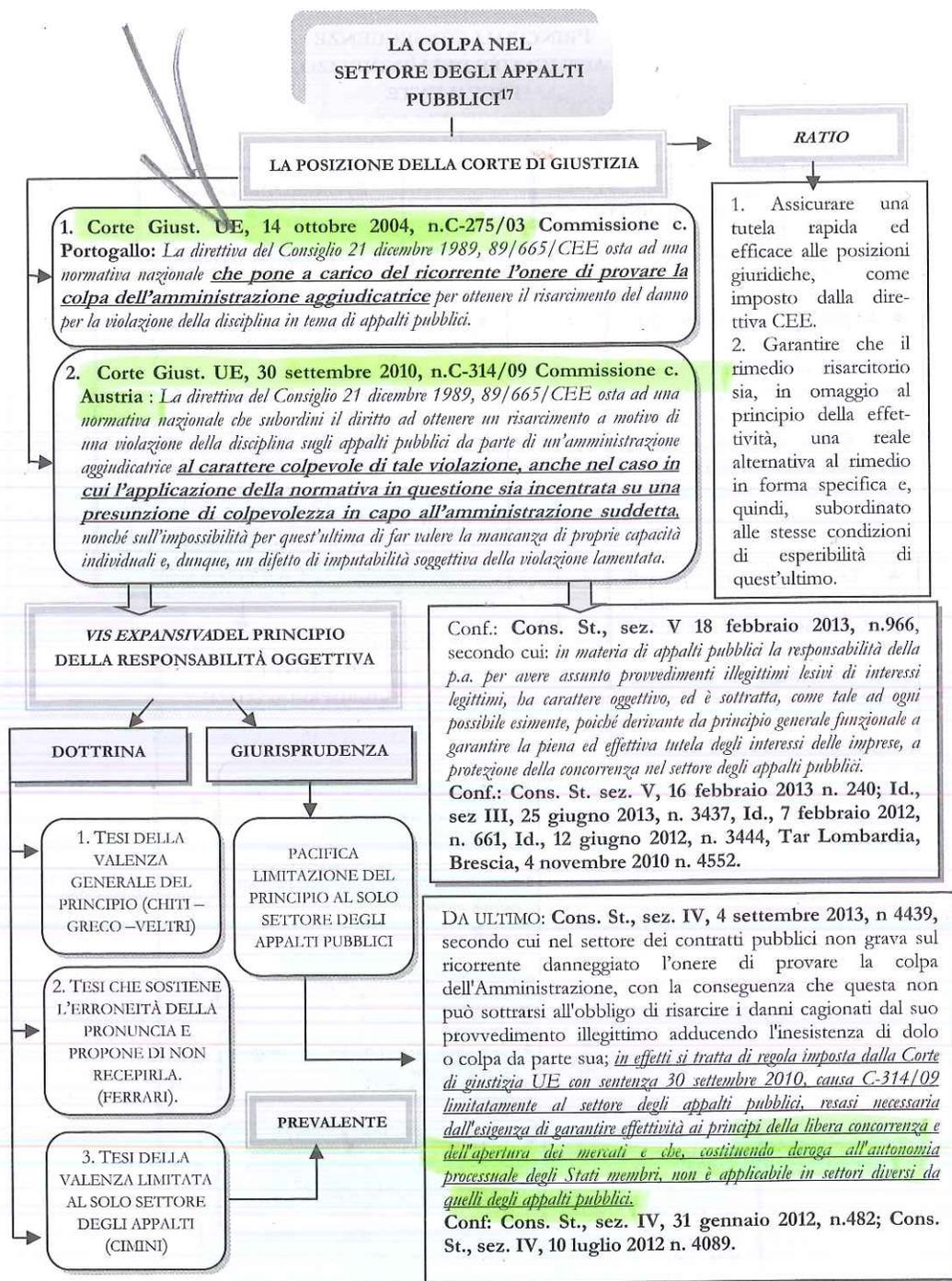


SECONDA QUESTIONE: La distribuzione tra le parti dell'onus probandi



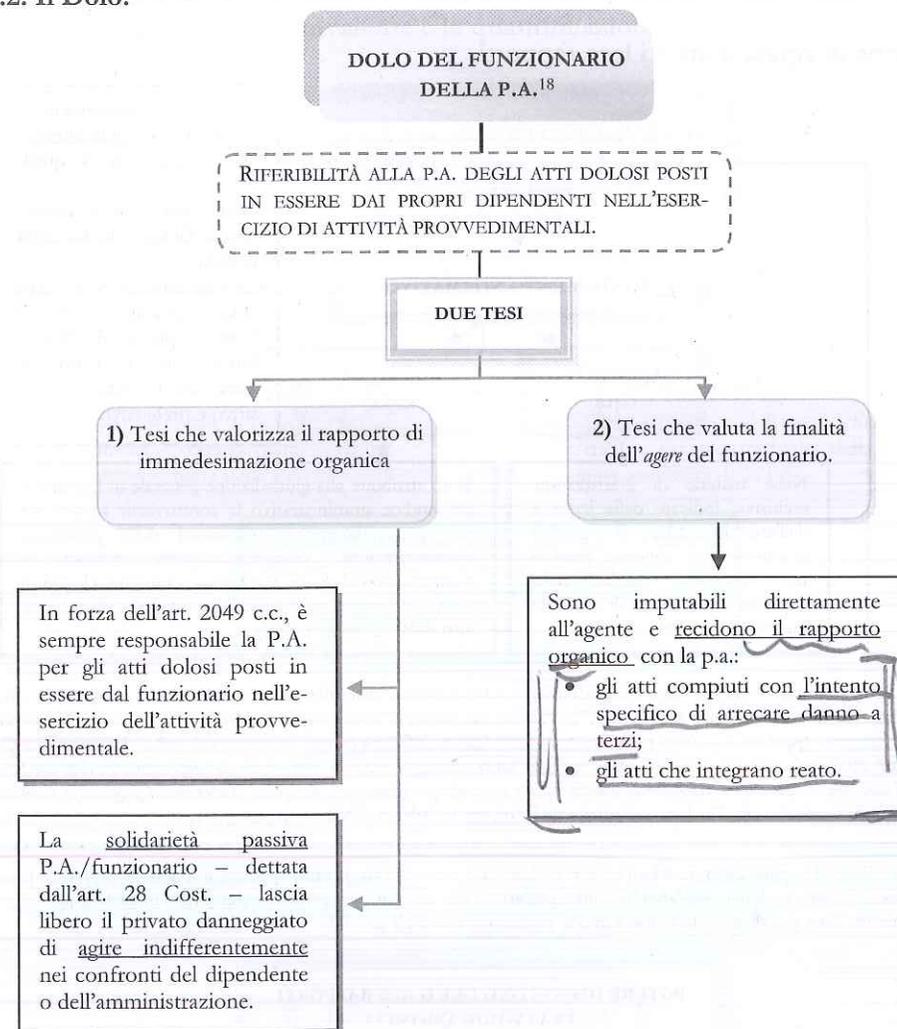
¹⁵ Per una approfondita disamina della pronuncia, si rinvia www.neldiritto.it

¹⁶ In senso ricognitivo sull'argomento, Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 2008, n. 4812, Id. sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384 e Id., sez. IV, 31 luglio 2012, n. 4337.



¹⁷ Per una approfondita disamina della questione si rinvia a R. GAROFOLI, in *Le Lezioni, Diritto Amministrativo*, n. 1/2012.

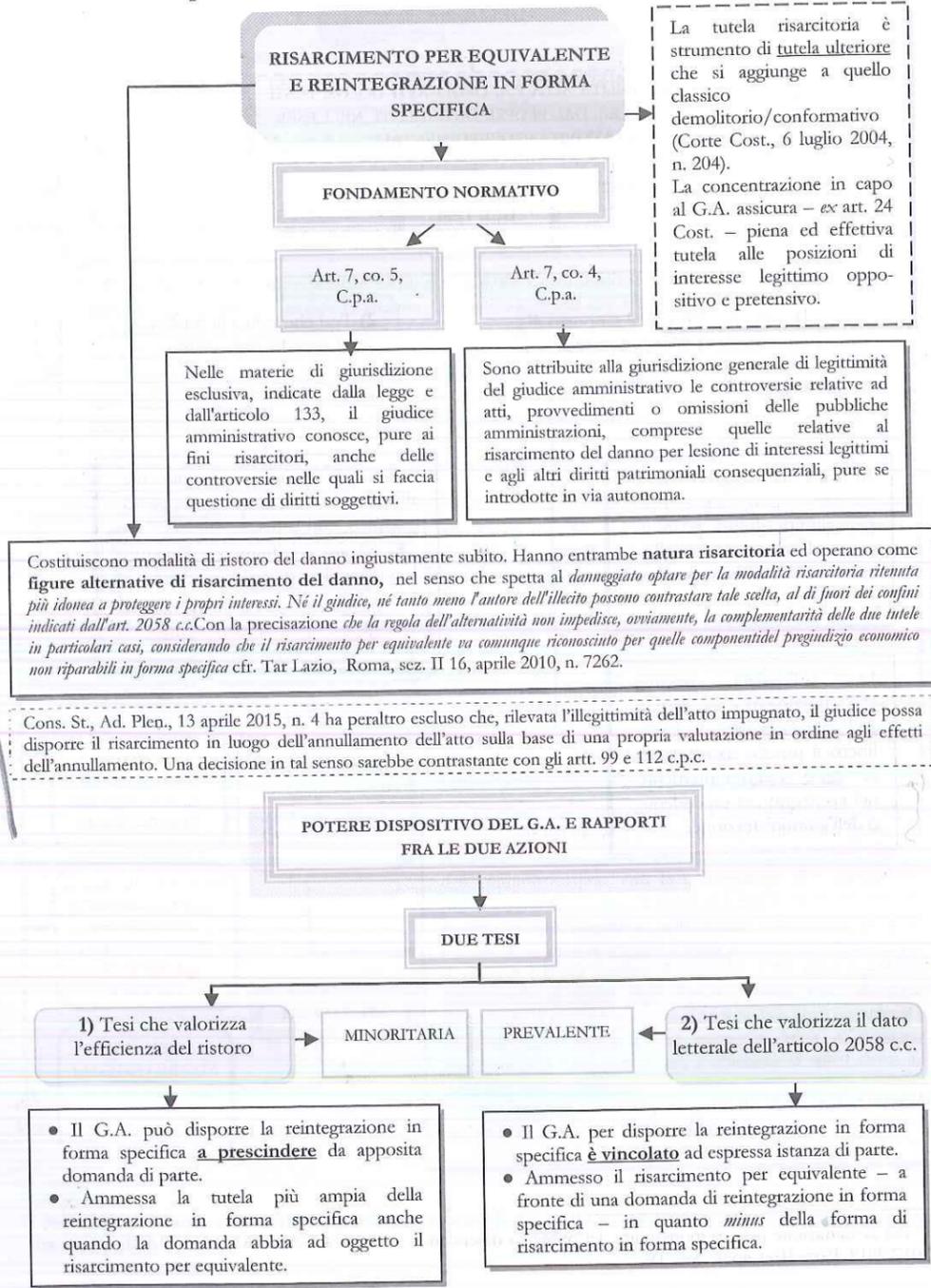
5.2. Il Dolo.



¹⁸ Per la trattazione della responsabilità del pubblico dipendente, si rinvia a GAROFOLI-FERRARI, *op. cit.*, ed. 2017-2018, Parte III, Cap. I, Sez. IV.

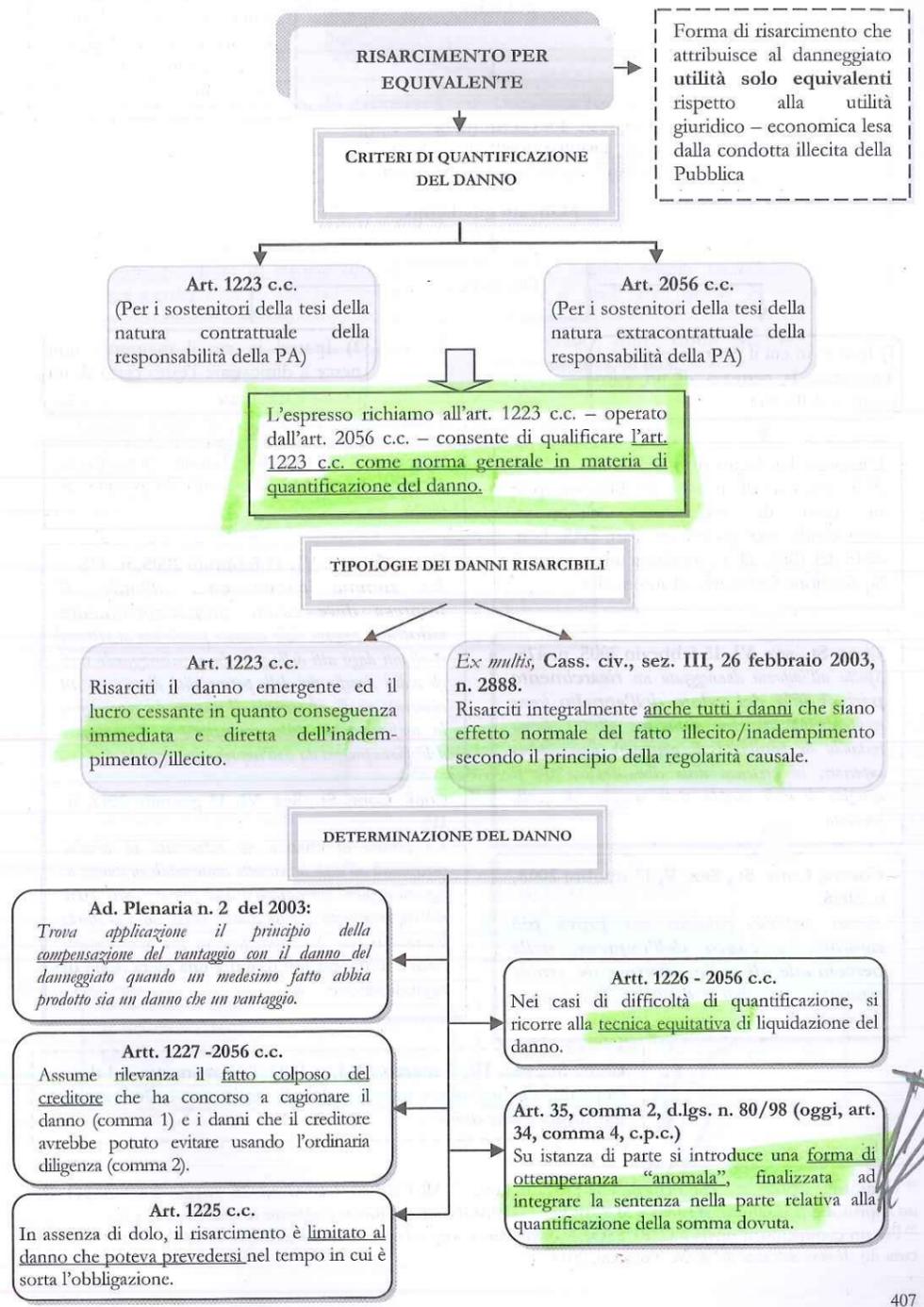
SEZIONE II • TECNICHE RISARCITORIE E QUANTIFICAZIONE DEL DANNO

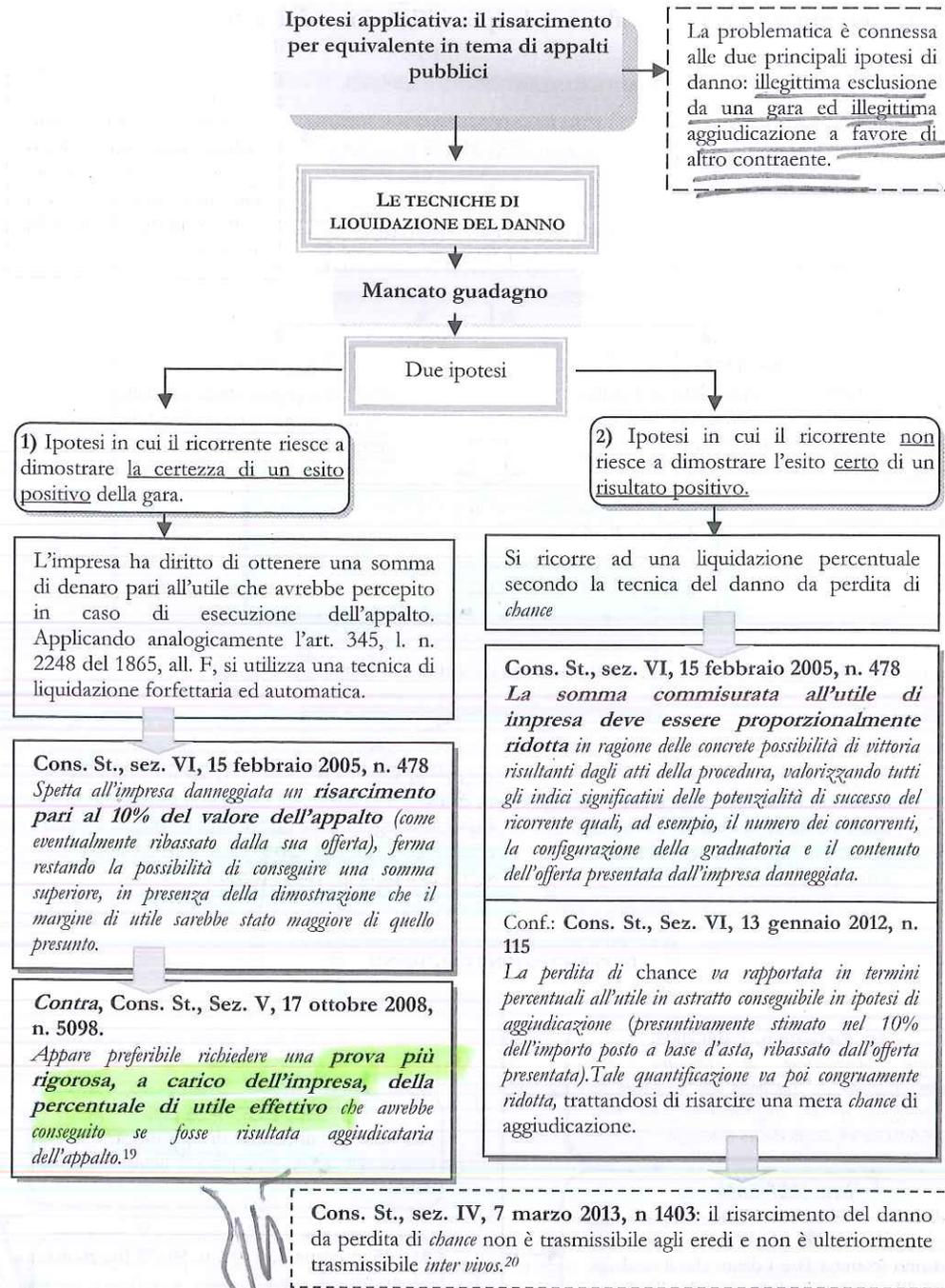
6. Le forme di riparazione e i loro rapporti.



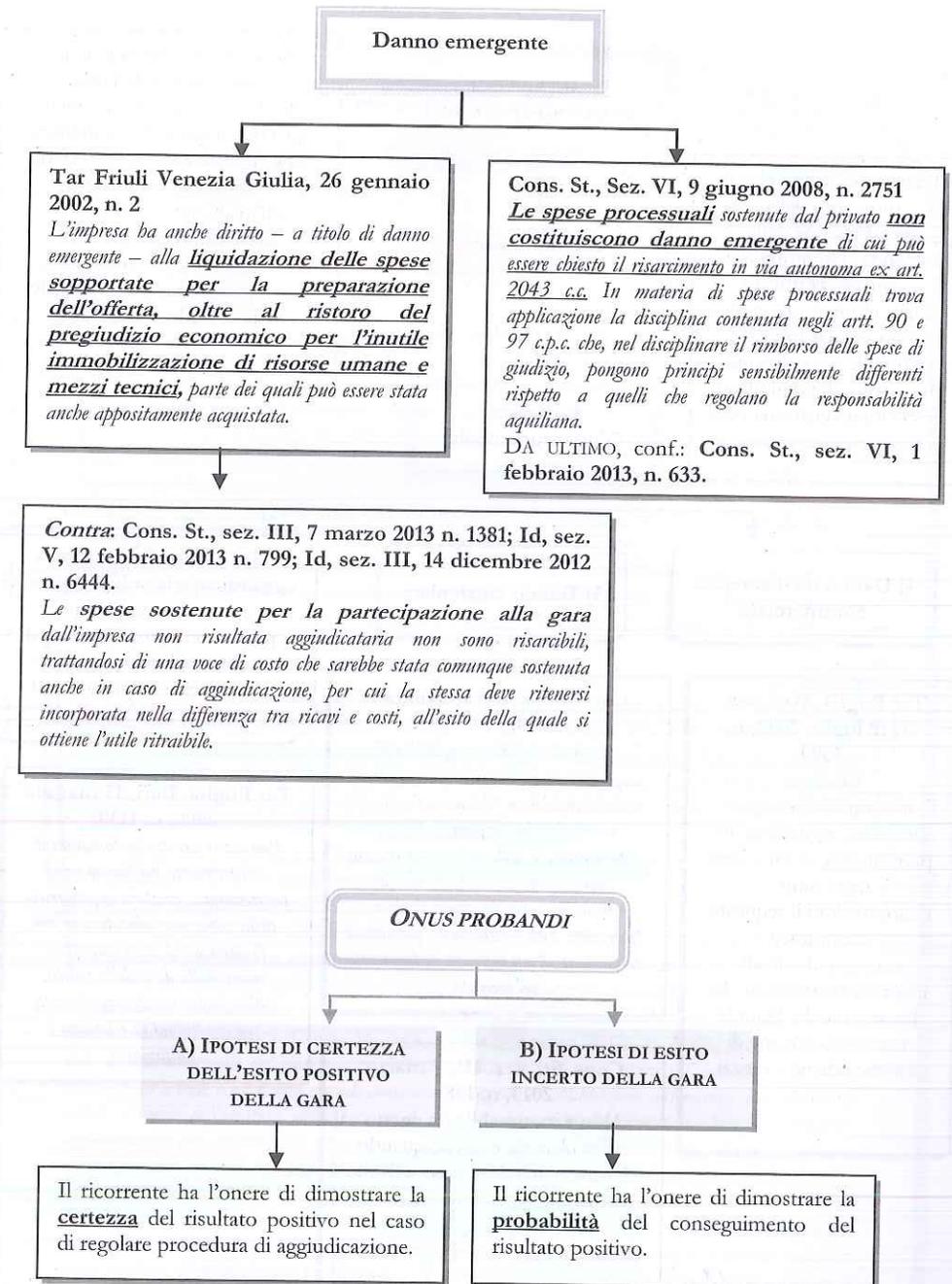
7. Esame delle problematiche connesse alle singole domande risarcitorie.

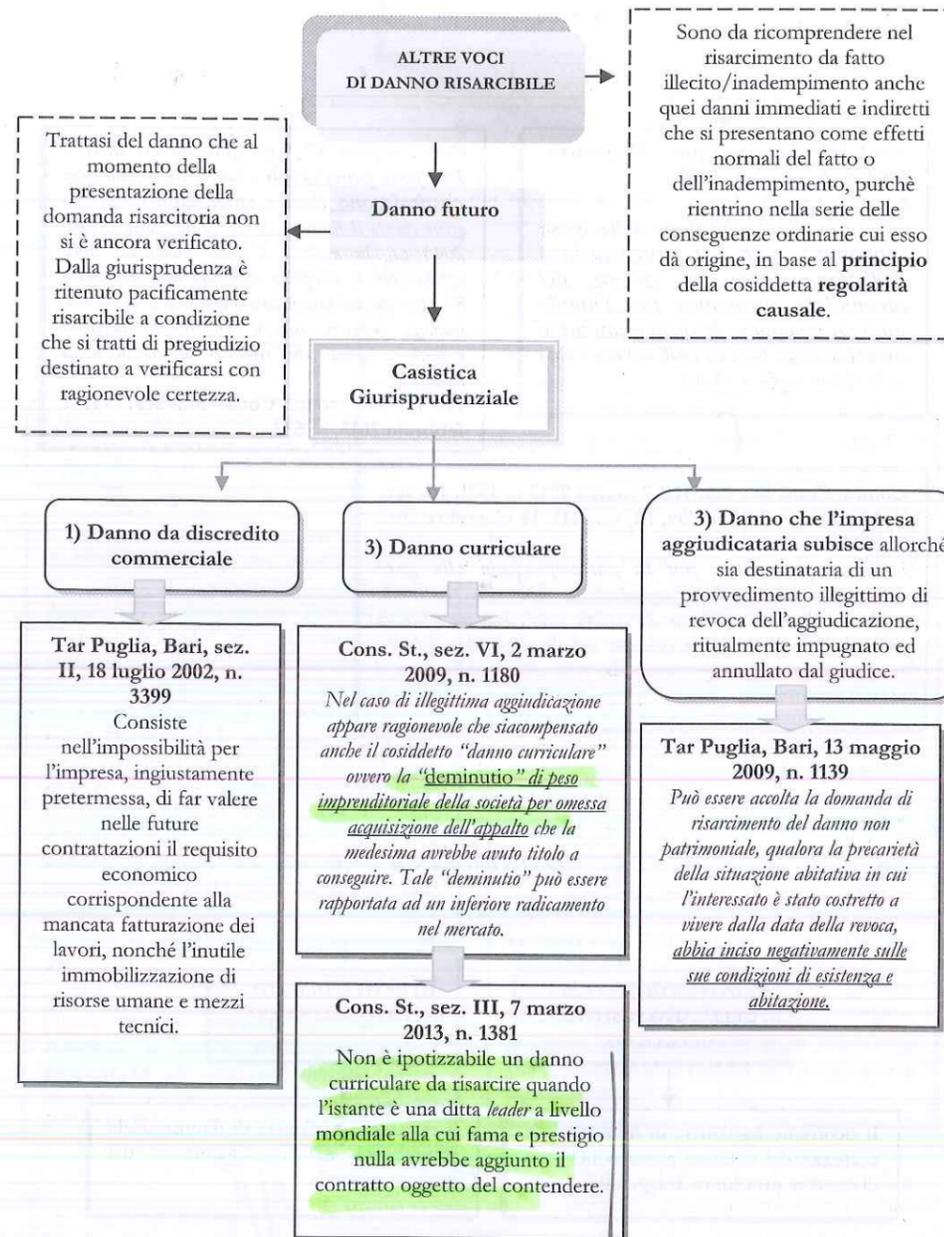
7.1. Il risarcimento per equivalente e la quantificazione del danno.





¹⁹ Conforme all'indirizzo che richiede una prova rigorosa, TAR Calabria, Catanzaro, 25 maggio 2009, n. 511. Per un'approfondita disamina, si rinvia a M.R. BONCOMPAGNI, in *La Rivista Neldiritto*, n. 6/2009, 908 e ss.
²⁰ Per un commento si rinvia a C. RUSSO, *Trasmissibilità a terzi del risarcimento del danno*, in GAROFOLI - TREU (a cura di), *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2014.





DANNO DA PERDITA DI CHANCE

Sulla questione della risarcibilità del danno da perdita di *chance* si rammenta che l'art. 245 *quinquies* del Codice dei contratti pubblici (introdotto dal d.lgs. n. 53 del 2010, di recepimento della direttiva 2007/66/CE e trasfuso con modifiche nell'art. 124 c.p.a.) prevedeva testualmente: "Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone, su domanda e a favore del ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento per equivalente del danno da questi subito e provato".

Con tale previsione il legislatore avrebbe configurato la "spettanza" dell'aggiudicazione quale presupposto indefettibile per la risarcibilità dei danni subiti, così escludendo voci di danno come la c.d. perdita di *chance*, oppure il danno "da partecipazione" e il danno "da ritardo" (*id est* da ritardato conseguimento dell'aggiudicazione del contratto) subito da imprese che avessero partecipato ad una procedura (poi dichiarata illegittima), impiegando (e distogliendo al contempo da altri affari) risorse finanziarie e mezzi tecnici, ma in capo alle quali non fosse accertata la "spettanza" dell'aggiudicazione del contratto.

In altri termini, la *chance* non era suscettibile di risarcimento "per equivalente" ai sensi dell'art. 245 *quinquies*, e ciò in contrasto con il diritto europeo.

In disparte i profili di incostituzionalità di tale norma - in particolare per contrasto con gli artt. 24 e 113 Cost. - si ipotizzava, quindi, il potere da parte dei giudici nazionali di disapplicare la suddetta disposizione, per contrasto con l'art. 2, comma 7, della direttiva 1992/12/CEE.

Sulla questione ha inciso il Codice del processo amministrativo che, al nuovo art. 124 c.p.a. prevede: "L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile".

La norma non riproduce l'inciso "su domanda e a favore del ricorrente avente titolo all'aggiudicazione", così consentendo anche il risarcimento della semplice *chance* di conseguire l'aggiudicazione.

Invero l'art. 124 c.p.a. elimina anche il riferimento alla necessità della "domanda" contenuta nel ricorso (o nei motivi aggiunti), volta ad ottenere il suesposto risarcimento, ma si ritiene, in forza dei principi che regolano il processo amministrativo (ad impulso di parte) che il medesimo non possa comunque essere liquidato d'ufficio dal giudice.

Sul punto, è intervenuto Cons. St., sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686, secondo cui in sede di determinazione del quantum risarcitorio, esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, non essendo detto criterio oggetto di applicazione automatica, è necessaria la prova, a carico dell'impresa, della percentuale di utile che avrebbe conseguito qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; tale principio trova, infatti, conferma nell'art. 124 del codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno (per equivalente) subito e provato. Ciò premesso, la pronuncia del giudice sull'istanza di risarcimento del danno comporta la necessità di procedere ad una doppia operazione, e cioè innanzi tutto reintegrare il danneggiato nella stessa situazione patrimoniale nella quale si sarebbe trovato se il danno non fosse stato prodotto, contestualmente provvedendo alla rivalutazione del credito; in secondo luogo, calcolare il c.d. danno da ritardo, utilizzando il metodo consistente nell'attribuzione degli interessi che vanno calcolati sulla somma originaria rivalutata anno dopo anno.