



## Dipartimento di Diritto Pubblico e dell'Unione Europea

[Sulla giurisprudenza esclusiva del giudice amministrativo in materia di aiuti di Stato illegittimi: problemi vecchi e nuovi](#)

[La responsabilità della pubblica amministrazione per violazione del diritto degli appalti tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia e la giurisprudenza del Consiglio di Stato](#)

### NEWS

[Applicazione delle norme sugli appalti pubblici in caso di accordi di cooperazione tra pubbliche amministrazioni](#)

[La banca dati nazionale dei contratti pubblici per le verifiche sul controllo dei requisiti](#)

[Affidamento diretto in caso di partecipazione minoritaria](#)

### SPECIAL FOCUS ON

[Avvalimento](#)

[Offerte anomale](#)

[Newsletter del 30/10/2012](#)

## Sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di aiuti di Stato illegittimi: problemi vecchi e nuovi

Gli articoli 49 e 50 della Legge 24 dicembre 2012 n. 234, in vigore dal 19 gennaio 2013, *Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea* assegnano al Giudice Amministrativo una nuova competenza esclusiva in tema di aiuti di Stato alle imprese.

In conseguenza di tali modifiche,

- il giudice amministrativo ha la competenza esclusiva a conoscere:
  - a) delle *controversie relative agli atti e ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'art. 108, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*”, nonché
  - b) delle *“controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di aiuti di Stato illegali concessi alle imprese* (art. 133, comma 1, lett. z-*sexies*, del Codice del processo amministrativo);

- la competenza a conoscere di ricorsi avverso provvedimenti che concedono aiuti alle imprese in violazione dell'obbligo di notifica alla Commissione spetta al Tribunale Amministrativo Regionale

competente per territorio;

- alle controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di aiuti illegali adottata dalla Commissione europea è applicabile il rito abbreviato disciplinato dall'art. 119 del Codice del processo amministrativo.

In sintesi, il Giudice Amministrativo avrà competenza a:

- a) determinare se una misura di sostegno proveniente dallo Stato o da qualsiasi ente pubblico o che comunque utilizzi fondi pubblici abbia la natura di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE;
- b) stabilire se tale aiuto sia stato istituito in violazione dell'obbligo preventivo di notifica alla Commissione europea, stabilito dall'art. 108, par. 3, TFUE;
- c) sospendere l'erogazione dell'aiuto illegale;
- d) ordinare misure di restituzione dell'aiuto illegale;
- e) provvedere a misure di risarcimento del danno.

Le nuove disposizioni hanno quindi lo scopo di eliminare la frammentazione delle competenze giudiziarie in un campo assai complesso, quale quello degli aiuti di Stato. A tale scopo, si accompagna anche quello di assicurare certezza giuridica agli operatori interessati nonché di garantire speditezza all'azione giudiziaria. Insomma, tali norme tendono ad assicurare una efficiente funzione di *private enforcement* nel campo degli aiuti. Di particolare rilievo agli effetti pratici è la definizione di una corsia "processuale" accelerata rispetto a controversie relative ad aiuti di Stato (il rito abbreviato di cui all'art. 119 del Codice del processo amministrativo). Oltre che a garantire posizioni soggettive private, tale definizione potrebbe anche evitare inadempimenti a carico dello Stato per violazione delle norme sugli aiuti contenute nei Trattati istitutivi.

Come è noto, la stessa Commissione, nella sua Comunicazione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (2009/C 85/01), aveva delineato una ripartizione di funzioni con i giudici nazionali nel campo degli aiuti di Stato. Da un lato, essa aveva ribadito l'esclusività dei propri poteri di valutare la compatibilità di aiuti con il Trattato. D'altro lato, essa aveva riaffermato la competenza dei giudici nazionali a dichiarare l'illegalità di aiuti istituiti senza la previa notifica alla stessa Commissione, ovvero senza che essa si sia previamente pronunciata sulla compatibilità.

Conviene peraltro interrogarsi sull'idoneità delle misure legislative a realizzare tali scopi. Si può osservare, preliminarmente, che il Giudice amministrativo anche in precedenza aveva la competenza a conoscere della validità di atti e provvedimenti amministrativi che conferivano aiuti di Stato non previamente autorizzati dalla Commissione, su ricorso proposto da concorrenti delle imprese alle quali gli aiuti erano diretti.

Le nuove disposizioni tuttavia allargano sensibilmente l'ambito della competenza del Giudice amministrativo, estendendolo a controversie relative agli atti e ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato, nonché a controversie relative ad atti e provvedimenti adottati in attuazione di una decisione di recupero degli aiuti adottata dalla Commissione. Al fine di delimitare esattamente l'ambito della nuova Giurisdizione esclusiva occorre dunque interpretare la nozione di controversie relative ad atti o provvedimenti che concedono aiuti ovvero che siano adottati al fine del recupero delle somme erogate. Sembra ragionevole ipotizzare che tale nozione tenda ad attribuire al Giudice amministrativo una competenza più ampia di quella che tale organo non possedesse già sulla base del diritto comune.

In particolare alla luce della nuova norma sembrano potersi individuare le seguenti ipotesi di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo:

- controversie di carattere civilistico per la cui definizione sia però necessario accertare l'illegalità di un aiuto di Stato non previamente autorizzato dalla Commissione;
- un'azione di accertamento e di un'azione inibitoria avviata da un concorrente al fine di precludere l'erogazione di aiuti istituiti in violazione degli obblighi di *stand still* derivanti dal diritto dell'Unione.

Ulteriori casi in cui pure potrebbe ipotizzarsi - anche se appaiono sicuramente meno probabili e/o comunque più discutibili - la giurisdizione del Giudice amministrativo sono:

- azione avviata da un privato al fine di ottenere gli aiuti istituiti ma mai adottati;
- controversie di carattere privato avviate da un concorrente nei confronti di un altro il quale abbia beneficiato di un aiuto di Stato illegittimo.

Un campo in cui la nuova attribuzione al Giudice amministrativo dovrebbe esplicare con maggiore efficacia le proprie potenzialità è quello della tutela cautelare poiché la tutela giudiziaria in tema di aiuti di Stato è difatti legata, per propria natura, all'efficacia di provvedimenti di carattere cautelare. La giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo dovrebbe, dunque, estendersi altresì ai provvedimenti cautelari atti ad impedire l'erogazione dell'aiuto illegale ovvero a ordinarne la restituzione.

Non a caso la Commissione, nella menzionata Comunicazione del 2009 ha indicato come proprio nel campo dei provvedimenti cautelari si giustifichi a pieno l'intervento del giudice nazionale. Ne consegue che, al fine di dare piena efficacia alle nuove disposizioni di legge, il Giudice amministrativo dovrà pienamente applicare le competenze in tema di provvedimenti cautelari che derivano dal nuovo Codice sul processo amministrativo che ha definitivamente ampliato il campo delle misure cautelare al di là della classica misura della "sospensiva" consentendo al Giudice amministrativo l'emanazione delle misure cautelari, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso.

### **La responsabilità della pubblica amministrazione per violazione del diritto degli appalti tra la giurisprudenza della corte di giustizia e la giurisprudenza del Consiglio di Stato**

Sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, del 19 novembre 2012, n. 5846; sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, dell'8 novembre 2012, n. 5686; sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 31 gennaio 2012, n. 482; sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2010, causa C-314/09, Stadt Graz

Le recenti sentenze del Consiglio di Stato in materia di responsabilità della pubblica amministrazione in caso di violazione delle norme di diritto degli appalti non appaiono del tutto compatibili con l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea. Mentre la Corte di giustizia tende a qualificare tale responsabilità come oggettiva, soprattutto al fine di tutelare la concorrenza, la giurisprudenza del Consiglio di Stato sembra ammettere la possibilità per la pubblica amministrazione di provare la scusabilità dell'errore per esimersi dalla responsabilità.

### **La responsabilità oggettiva secondo la sentenza Stadt Graz della Corte di giustizia e la sentenza dell'8 novembre 2012 n. 5686 del Consiglio di Stato**

Nel caso Stadt Graz (sentenza del 30 settembre 2010, causa C-314/09), la Corte di giustizia era stata chiamata a interpretare il diritto dell'Unione europea per stabilire se una norma nazionale che subordini il diritto ad ottenere un risarcimento per violazione della disciplina degli appalti pubblici da parte dell'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole della violazione fosse o meno contrastante con la direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 (la c.d. "direttiva ricorsi", modificata per ultimo dalla direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007).

La direttiva ricorsi prevede norme di armonizzazione, lasciando così agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità nella sua applicazione. Per questa ragione, è lasciato all'autonomia procedurale degli Stati membri stabilire come si articolano, tra le altre, le azioni volte ad ottenere un risarcimento dei danni ai soggetti lesi da un provvedimento illegittimo in materia di appalti pubblici; ciascun ordinamento nazionale può quindi prevedere il proprio strumento di azione risarcitoria. Tuttavia, la discrezionalità degli Stati membri non può contrastare con le finalità ed il contesto generale della direttiva, né con i principi di equivalenza e di effettività, al fine di assicurare l'uniforme applicazione della disciplina in tutto il territorio dell'Unione.

Secondo la Corte, obiettivo della direttiva consiste nel garantire l'esistenza di mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione della normativa sugli appalti pubblici. Efficacia e rapidità condizionano quindi il modo di attuazione della direttiva ricorsi negli ordinamenti nazionali. Sotto il medesimo profilo, assume rilevanza la tutela della concorrenza nel settore degli appalti pubblici.

Confermando la pregressa giurisprudenza, nel caso Stadt Graz la Corte di giustizia rileva quindi che l'effettività del rimedio risarcitorio è effettivo soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice.

Inoltre, secondo la Corte di giustizia concedere alla p.a. la possibilità di superare una presunzione di colpevolezza genera il rischio che il soggetto pregiudicato dalla decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice sia privato del diritto ad ottenere un risarcimento, anche in considerazione della lunghezza dei tempi che possono rendersi necessari per l'accertamento del carattere colpevole della violazione violata.

Le conclusioni della Corte di giustizia sono riconosciute dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 5686 del 2012. In conclusione, quella a cui soggiace la pubblica amministrazione in caso di violazione delle norme sugli appalti è una responsabilità oggettiva, sottratta ad ogni possibile esimente. In particolare:

- 1) non vi è necessità alcuna di provare l'elemento soggettivo della colpa della pubblica amministrazione, perché altrimenti la tutela offerta non sarebbe efficace;
- 2) l'amministrazione non può provare la scusabilità dell'errore, perché altrimenti la tutela offerta al privato non sarebbe rapida.

### **La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione nelle sentenze del 19 novembre 2012 n. 5846 e del 31 gennaio 2012 n. 482 del Consiglio di Stato**

Tradizionalmente, invece, la nozione di responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi è legata nella giurisprudenza italiana al concetto di responsabilità extracontrattuale. Perciò, al fine di rilevare la responsabilità della pubblica amministrazione occorrerebbe individuare tutti e tre gli elementi tipici dell'illecito, compreso l'elemento soggettivo che, nel caso della p.a., si risolverebbe nella colpa.

Al fine di bilanciare l'esigenza di evitare una proliferazione delle azioni risarcitorie a carico della p.a. e quella di tutelare il privato attraverso la predisposizione di un onere della prova non eccessivamente gravoso, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha confermato la natura extracontrattuale della pubblica amministrazione legando l'elemento soggettivo al concetto di "errore scusabile" ed al meccanismo delle presunzioni semplici. Tale orientamento è stato ribadito nelle sentenze n. 482 e n. 5846 del 2012.

In particolare, il Consiglio di Stato rileva che la colpa della p.a. può essere presunta anche dall'illegittimità del provvedimento. Essa costituisce solo uno degli indici presuntivi della colpevolezza e deve essere considerata unitamente ad altri criteri quali il grado di chiarezza della normativa applicabile, la semplicità del fatto, il carattere pacifico della questione esaminata, il carattere vincolato o la bassa discrezionalità dell'azione amministrativa. Ne consegue che il privato danneggiato dal provvedimento può limitarsi ad allegare l'illegittimità dell'atto, dalla quale la colpa è presunta. Spetta quindi alla pubblica amministrazione provare l'assenza di colpa, attraverso la deduzione di circostanze integranti gli estremi del c.d. errore scusabile, ovvero l'inesigibilità di una condotta alternativa lecita.

Chiaramente quindi l'orientamento dell'errore scusabile è prevalente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Se ne traggono le seguenti conclusioni:

- 1) l'illegittimità del provvedimento costituisce un "indizio" della colpa della p.a.;
- 2) il privato danneggiato dal provvedimento illegittimo può quindi limitarsi ad addurre tale illegittimità per provare l'elemento soggettivo della colpa della p.a. e ottenere così il risarcimento del danno subito;
- 3) d'altra parte, l'illegittimità del provvedimento non è l'unico indizio della colpa della p.a.: ve ne sono altri, quali la chiarezza della norma, la semplicità del fatto, il carattere pacifico della questione, il basso livello di discrezionalità concesso alla pubblica amministrazione;
- 4) se, quindi, la pubblica amministrazione riesce a giustificare il proprio operato sulla base dei criteri di cui al punto precedente (provando ad esempio che la norma non era sufficientemente chiara nella sua interpretazione), la responsabilità patrimoniale è esclusa.

### **Conclusioni**

È quindi evidente il non perfetto allineamento tra il prevalente orientamento del Consiglio di Stato e la giurisprudenza della Corte di giustizia.

La Corte di giustizia tende infatti ad accentuare il carattere oggettivo della responsabilità, eliminando non solo la necessità per il ricorrente di provare la colpa della pubblica amministrazione (onere probatorio che come si è visto non è particolarmente gravoso), ma altresì la possibilità per questa di provare la scusabilità del proprio errore. È palese il vantaggio per il privato ricorrente che desiderasse ottenere un risarcimento pecuniario a fronte dell'illegittimo comportamento della pubblica amministrazione nel settore degli appalti pubblici.

Enzo Cannizzaro  
Of Counsel  
[enzo.cannizzaro@cms-aacs.com](mailto:enzo.cannizzaro@cms-aacs.com)  
Luciana Caroli  
Associate  
[luciana.caroli@cms-aacs.com](mailto:luciana.caroli@cms-aacs.com)

Marco Iannacci  
Counsel  
[marco.iannacci@cms-aacs.com](mailto:marco.iannacci@cms-aacs.com)  
Simone Ventura  
Associate  
[simone.ventura@cms-aacs.com](mailto:simone.ventura@cms-aacs.com)

Le opinioni ed informazioni contenute nella presente Newsletter hanno carattere esclusivamente divulgativo. Esse pertanto non possono considerarsi sufficienti ad adottare decisioni operative o l'assunzione di impegni di qualsiasi natura, né rappresentano l'espressione di un parere professionale. La Newsletter è proprietà di CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni. **CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni** è membro di CMS, organizzazione internazionale di studi legali e tributari indipendenti.

**Gli studi di CMS sono:**

CMS Adonnino Ascoli & Cavasola Scamoni (Italia);  
CMS Albiñana & Suárez de Lezo, S. L. P. (Spagna);  
CMS Bureau Francis Lefebvre S. E. L. A. F. A. (Francia);  
CMS Cameron McKenna LLP (Regno Unito);  
CMS DeBacker SCRL / CVBA (Belgio);  
CMS Derks Star Busmann N. V. (Paesi Bassi);  
CMS von Erlach Henrici Ltd (Svizzera);  
CMS Hasche Sigle, Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern (Germania);  
CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH (Austria) e  
CMS Rui Pena, Arnaut & Associados RL (Portogallo).

Uffici di CMS ed associati CMS nel mondo: Amsterdam, Berlino, Bruxelles, Lisbona, Londra, Madrid, Parigi, Roma, Vienna, Zurigo, Aberdeen, Algeri, Amburgo, Anversa, Barcellona, Belgrado, Bratislava, Bristol, Bucarest, Budapest, Casablanca, Colonia, Dresda, Duesseldorf, Edimburgo, Francoforte, Kiev, Lione, Lipsia, Lubiana, Lussemburgo, Milano, Monaco, Mosca, Pechino, Praga, Rio de Janeiro, Sarajevo, Siviglia, Shanghai, Sofia, Stoccarda, Strasburgo, Tirana, Utrecht, Varsavia e Zagabria.

[www.cms-aacs.com](http://www.cms-aacs.com)  
[www.cmslegal.com](http://www.cmslegal.com)

Questa comunicazione è stata inviata a [marketing@cms-aacs.com](mailto:marketing@cms-aacs.com) da [marketing@cms-aacs.com](mailto:marketing@cms-aacs.com), per non riceverla più [clicca qui](#).

Per inviare questa email ad un amico [clicca qui](#).