

## LEZIONE A5

### Il processo amministrativo

SOMMARIO: 1. L'eccezione di difetto di giurisdizione in appello. - 2. L'intervento in giudizio. - 3. La tutela risarcitoria nel caso di giudicato impossibile da eseguire. - 4. La revocazione per contrasto tra giudicati. - 5. Il rito speciale avente ad oggetto il contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara. - 5.1. Il modello del rito speciale ex art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a. e le sue criticità. - 5.2. Il contenzioso avverso esclusioni ed ammissioni. I ricorsi cumulativi. - 6. I metodi alternativi di risoluzione delle controversie. - 7. I poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione. - 7.1. Il parere di precontenzioso dell'ANAC: profili problematici. - 7.2. L'atto di raccomandazione dell'ANAC e l'intervento del correttivo (d.lgs. 56/2017). - 8. Altre regole processuali.

#### 1. L'eccezione di difetto di giurisdizione in appello

La possibilità di sollevare l'eccezione di difetto di giurisdizione è compiutamente disciplinata dall'art. 9 c.p.a. che ha superato i precedenti dubbi interpretativi sorti sulla disciplina processuale abrogata in ordine alle modalità ed ai limiti entro i quali poteva essere contestata la spettanza della giurisdizione nel processo amministrativo. In special modo per ciò che concerne l'obbligo di contestare con censura d'appello il capo della sentenza che anche in modo implicito abbia statuito sulla giurisdizione.

Il testo del citato art. 9, prevede che: *“Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione”*.

Tanto premesso, restava aperta **la questione relativa alla facoltà da parte dell'originario ricorrente di impugnare la sentenza del primo giudice, lamentando il difetto di giurisdizione del giudice adito. La pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 28 luglio 2017, n. 4**, risolve il detto dubbio interpretativo, rilevando che la parte risultata vittoriosa di fronte al tribunale amministrativo sul capo di domanda relativo alla giurisdizione non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo. Al riguardo, il massimo consesso della giustizia amministrativa ha modo di chiarire che la Corte di Cassazione, Sezioni Unite, con la sentenza

20 ottobre 2016, n. 21260, ha risolto negli stessi termini la questione, non fondandola però sul cd. abuso del processo, come la giurisprudenza pregressa del Consiglio di Stato, ma sul presupposto che la questione di giurisdizione costituisce un capo della pronuncia in ordine al quale si individua una parte vittoriosa e una parte soccombente.

Di conseguenza, vale il principio generale secondo il quale l'appello può essere proposto solo dalla parte soccombente in quanto la soccombenza "del potere di impugnativa rappresenta l'antecedente necessario".

#### *b) La sentenza*

#### **Cons. St., Ad. Plen., 28 luglio 2017, n. 4**

*La parte risultata vittoriosa di fronte al tribunale amministrativo regionale sul capo di domanda relativo alla giurisdizione non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo.*

*...Omissis...*

4. La controversia sottoposta dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana all'esame di questa Adunanza Plenaria riguarda, come già esposto nella narrativa che precede, la legittimazione della parte vittoriosa in primo grado e che in prime cure non abbia contestato la giurisdizione del giudice amministrativo,

Più specificamente, la controversia ora sottoposta all'Adunanza Plenaria nasce dal ricorso proposto da P.A.S. s.p.a. avverso l'aggiudicazione in favore di Turisthotel s.r.l. della gestione in regime di sub concessione di un punto vendita, specificamente destinato alla vendita di prodotti tipici siciliani, all'interno dell'Aeroporto di Catania, gestito da S.A.C. s.p.a.

Nella relativa gara l'offerta di P.A.S. s.p.a. era risultata terza per cui la ricorrente ha contestato anche la posizione della seconda classificata, Promozione e Sviluppo Sicilia s.r.l.

Nel corso del primo grado del giudizio nessuna delle parti in causa ha contestato la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il giudizio di prime cure si è concluso con il rigetto dell'impugnazione, e la ricorrente in primo grado ha proposto appello di fronte al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

L'aggiudicataria ha proposto appello incidentale contestando, per la prima volta, la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa ha rimesso la causa di fronte a questa Adunanza Plenaria, sottoponendo il dubbio circa la legittimazione della parte vittoriosa in primo grado, esplicitamente nel merito e implicitamente sul capo relativo alla giurisdizione (dalla parte non contestata e anzi espressamente affermata in primo grado), a proporre appello in punto di giurisdizione.

3.a. Osserva il Collegio che nelle more della trattazione dell'affare da parte di questa Adunanza Plenaria è intervenuto un fatto che impone di dubitare ulteriormente della legittimazione dell'aggiudicataria originaria a proporre appello incidentale.

Infatti, con sentenza n. 205 in data 2 maggio 2017 lo stesso Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in accoglimento dell'appello proposto da Promozione e Sviluppo Sicilia s.r.l., seconda classificata nella gara di cui si tratta, e in riforma della sentenza di primo grado ha annullato l'aggiudicazione in favore di Turisthotel s.r.l.

Quest'ultima, quindi, allo stato non è titolare di alcuna situazione di vantaggio che la legittimi a contestare le iniziative giurisdizionali degli altri due soggetti che si contendono la gestione del punto vendita di cui si tratta.

Alla pubblica udienza di trattazione il difensore dell'aggiudicataria ha dichiarato che la suddetta sentenza d'appello verrà fatta oggetto di ricorso per Cassazione; sostiene quindi che l'aggiudicataria non ha definitivamente perso la posizione di vantaggio conseguita in esito al procedimento di gara.

Rileva questa Adunanza Plenaria che l'aggiudicataria non sia in questo momento legittimata a proporre censure avverso la sentenza di primo grado, non avendo una posizione sostanziale da difendere, fermo restando che questa può esserle restituita a seconda delle decisioni della Cassazione.

Spetta, peraltro, al Consiglio di Giustizia Amministrativa regolare l'andamento del processo decidendo le misure più opportune per assicurare alle parti la tutela più compiuta.

La causa deve quindi essere restituita al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

3.b. Non può essere sottaciuto, peraltro, che la questione relativa alla legittimazione della parte vittoriosa in primo grado a sollevare per la prima volta in appello questione di giurisdizione è stata risolta dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite, con la sentenza 20 ottobre 2016, n. 21260, resa con il contributo di una relazione dell'Ufficio Studi, Massimario e Formazione della Giustizia Amministrativa inviata all'Ufficio del massimario della Cassazione su richiesta del Primo presidente della Suprema Corte al Presidente del Consiglio di Stato.

Con quella sentenza la Corte regolatrice ha condiviso le conclusioni cui è pervenuto questo Consiglio di Stato a partire dalla sentenza della Quinta Sezione 7 giugno 2012, n. 656; non ha invece condiviso i presupposti di quella tesi, basati sul concetto di abuso del processo, affermando invece la questione di giurisdizione costituisce un capo della pronuncia in ordine al quale si individua una parte vittoriosa e una parte soccombente.

Di conseguenza, vale il principio generale secondo il quale l'appello può essere proposto solo dalla parte soccombente in quanto la soccombenza "del potere di impugnativa rappresenta l'antecedente necessario" (così la richiamata sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 ottobre 2016, n. 21260).

Questa Adunanza Plenaria quindi riconferma le conclusioni cui erano pervenute le sezioni semplici, pur con le puntualizzazioni della Corte di cassazione, affermando, ai sensi dell'art. 99, quinto comma, del codice del processo amministrativo il seguente principio di diritto: "la parte risultata vittoriosa di fronte al tribunale amministrativo sul capo di domanda relativo alla giurisdizione non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo".

3.c. Osserva infine il Collegio che il Consiglio di Giustizia Amministrativa non sottopone all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione relativa all'ordine logico delle questioni da trattare.

Il Consiglio di Giustizia, infatti, afferma al riguardo che "a giudizio del Colle-

gio il mezzo col quale l'appellante incidentale deduce appunto che la controversia all'esame è devoluta alla giurisdizione del giudice civile con conseguente difetto di giurisdizione amministrativa deve essere esaminato in via pregiudiziale.

Non può quindi seguirsi l'appellante principale P.A.S. quando sostiene che la questione incidentale di giurisdizione è improcedibile sino a che non sia vagliata la fondatezza dell'appello principale.

Al riguardo effettivamente un indirizzo giurisprudenziale, puntualmente richiamato dalla Difesa di P.A.S., sostiene in sintesi che se la parte vittoriosa nel merito avanti al TAR solleva con l'appello incidentale una questione di giurisdizione il Consiglio di Stato potrà esaminarla solo quando per effetto dello sviluppo della sua decisione sull'appello principale tale parte già vittoriosa nel merito diventi soccombente. (cfr. VI Sez. n. 1596 del 2015).

Nonostante l'autorevolezza di tale precedente, evidentemente ispirato alla valorizzazione di condivisibili criteri di ragionevole durata del processo ed effettività della tutela, questo Collegio non ritiene di potersi conformare a tale impostazione.

Come infatti evidenziato dalla Adunanza Plenaria (ad es. sentenza n. 4 del 2011) la necessità di definire la controversia muovendo dall'esame delle questioni preliminari, costituisce, oltre che una regola di giudizio da sempre pacificamente ritenuta applicabile, anche una espressa previsione positiva, ora stabilita dal codice del processo amministrativo.

L'art. 76 comma 4 del codice infatti rinvia espressamente all'art. 276 comma secondo cod. proc. civ. secondo cui "il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e, quindi, il merito della causa".

Se dunque per norma tutte le questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito (cfr. art. 187 cod. proc. civ.) vanno esaminate prima di affrontare il merito della controversia, ciò a maggior ragione vale per le eccezioni relative al difetto di giurisdizione le quali hanno precedenza su tutte le altre questioni anche processuali (cfr. Ap. n. 10 del 2011).

Infatti, come è stato precisamente osservato, la questione relativa alla giurisdizione del giudice adito va necessariamente definita con assoluta priorità rispetto ad ogni altra questione, in rito e nel merito, atteso che il potere del giudice adito di definire la controversia sottoposta al suo esame postula che su di essa egli sia munito della potestas iudicandi, imprescindibile presupposto processuale della sua determinazione. (ad es. V sez. n. 5786 del 2013).

In tale prospettiva vagliare l'appello incidentale sul difetto di giurisdizione solo dopo aver giudicato fondato nel merito l'appello principale rischia di risultare, in definitiva, alquanto contraddittorio poiché se il difetto di giurisdizione sussiste veramente tutto l'esame del merito (ricorso principale) sarà stato svolto da un giudice non titolato a farlo, in quanto privo di potestas iudicandi.

D'altra parte, per completezza, deve ricordarsi che le sentenze rese dal Consiglio di Stato sono suscettibili di essere impugnate per difetto di giurisdizione e che quindi la parte ivi vittoriosa nel merito è potenzialmente esposta all'alea di siffatta impugnazione.

Di talché non sembra immediatamente trasponibile nel processo amministrativo l'impostazione consolidata nella giurisprudenza della Suprema Corte (a far tempo da SS.UU. n. 5456 del 2009) secondo cui in sintesi nel giudizio civile di legittimità la

parte vittoriosa nel merito non ha interesse a chiedere appunto che la Cassazione dichiari il difetto di giurisdizione di quel plesso giurisdizionale ordinario che le ha definitivamente dato ragione.”

La questione meriterebbe di essere approfondita ai sensi dell’art. 99 del codice del processo amministrativo al fine di verificare se effettivamente i principi affermati dalla Corte di Cassazione nelle sentenze che hanno costruito l’orientamento (da ultimo confermato da C. di S., IV, 28 gennaio 2016, n. 323) richiamato, criticamente, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa siano incompatibili con la struttura del processo amministrativo come ritenuto dal giudice rimettente.

Peraltro, deve essere rilevato che la causa oggi in discussione è stata già sottoposta, o verrà fra breve sottoposta, alla Corte regolatrice della giurisdizione, per cui non appare opportuno l’intervento, in questa fase, del Consiglio di Stato.

...*Omissis*...

## 2. L’intervento in giudizio

L’intervento volontario nel giudizio amministrativo è disciplinato dai commi 1 e 2 dell’art. 28, e dall’art. 97, c.p.a. Si tratta di intervento volontario, giacché non dipende dalla richiesta delle parti o dall’ordine del giudice; adesivo, perché è a sostegno della posizione di una delle parti; dipendente, in quanto esercitato a tutela di un interesse che non è direttamente toccato – in senso favorevole o sfavorevole – dal provvedimento impugnato (dalla sentenza appellata), purché non sia di mero fatto, ossia non qualificato in alcun modo dall’ordinamento giuridico.

In particolare sono legittimati a proporre intervento ad adiuvandum i titolari di posizioni soggettive dipendenti da quella del ricorrente (appellante), o, comunque, coloro che vantino un interesse indiretto alla demolizione degli effetti prodotti dall’atto impugnato (sentenza appellata), che si riflettono negativamente sulla propria posizione giuridica.

**La necessità che l’interveniente vanti un interesse concreto benché indiretto alla pronuncia di merito, esclude che l’intervento adesivo dipendente possa fondarsi sulla solidarietà di ragioni giuridiche.**

Una diversa soluzione sarebbe, infatti, in contrasto:

- a) con lettera della legge (l’interesse deve avere ad oggetto il “giudizio”, dunque la causa petendi e il petitum);
- b) con il sistema (le ipotesi di intervento volontario contemplate dall’ordinamento giuridico postulano una connessione materiale con l’oggetto della controversia, mentre in assenza di questo requisito è possibile solo l’intervento su ordine del giudice per ragioni di opportunità);
- c) con la finalità dell’istituto (l’intervento è una tecnica di tutela dettata da ragioni di efficienza processuale, che sarebbero compromesse qualora fosse ammesso per tutti coloro che sono coinvolti in giudizi aventi ad oggetto la medesima questione giuridica).

Ciò esclude che intervento ad adiuvandum possa essere spiegato per identità di ragioni giuridiche nel giudizio pendente dinanzi all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. A ciò può aggiungersi che il vincolo nascente dalle pronunce della Plenaria non è assoluto (cfr. art. 99, comma 3 c.p.a.) e che, comunque, l'assenza di un meccanismo procedurale che preveda la costituzione nei giudizi dinanzi alla Plenaria per coloro i quali, coinvolti in controversie analoghe, possano essere pregiudicati dalla decisione di diritto, è il frutto di una scelta discrezionale del legislatore, che tiene conto anche di esigenze di efficienza processuale.

Analogamente, nei giudizi dinanzi alla Corte Costituzionale vige la regola della coincidenza con le parti del processo a quo, ammettendosi la deroga solo a favore di soggetti titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio (sentenza n. 279/2006). In più occasioni la Corte Costituzionale, in forza del carattere incidentale del giudizio di costituzionalità, ha dichiarato inammissibile l'intervento di terzi che ricoprivano la qualità di parte in altri giudizi aventi ad oggetto controversie identiche o analoghe e che erano stati sospesi in attesa della decisione del Giudice della legge (sentenza n. 470/2002, ordinanza n. 179/2003, sentenza n. 190/2006).

#### b) La sentenza

##### **Cons. St., Ad. Plen., 3 luglio 2017, n. 3**

*Non è ammissibile un intervento ad adiuvandum effettuato sulla base della sola circostanza per cui l'interveniente è parte in un giudizio in cui venga in rilievo una quaestio iuris analoga a quella divisata nell'ambito del giudizio principale; infatti, nel caso in cui si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le quaestiones iuris controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di 'interesse' del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocedurale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, in toto scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce.*

...Omissis...

### **3. La tutela risarcitoria nel caso di giudicato impossibile da eseguire**

La relazione tra il processo amministrativo e l'azione di risarcimento del danno è stata da sempre a dir poco tormentata. La progressiva introduzione dell'esperibilità dell'azione risarcitoria, dapprima all'interno della giurisdizione esclusiva e solo a partire dall'avvio del nuovo millennio anche in seno alla giurisdizione generale di legittimità, è stata accompagnata da un

elevato margine di incertezza in ordine non solo al sostrato sostanziale di riferimento nella definizione degli elementi dell'illecito dell'amministrazione, ma anche a quello processuale. Impossibile in questa sede soltanto accennare a tematiche quali quelle della cd. pregiudizialità ovvero dell'esatta decorrenza del dies a quo per proporre l'azione risarcitoria, non resta che prendere atto dell'emersione di un ulteriore elemento di criticità, che la pronuncia dell'Adunanza Plenaria, n. 2/2017, non pare riuscire a risolvere in modo convincente.

Ma procediamo con ordine e riduciamo l'oggetto della presente indagine, perché gran parte della citata sentenza del massimo consesso della giustizia amministrativa, si trova ad affrontare la delicata tematica delle conseguenze del giudicato non eseguibile. Ossia della possibilità per il titolare del bene della vita, che non possa più conseguirlo pur potendo contare su di un giudicato favorevole, di soddisfare per equivalente la propria pretesa.

L'Adunanza Plenaria è chiamata a districarsi tra una serie di questioni giuridiche di non facile soluzione in materia in presenza di non pochi elementi di disturbo, quali l'acclarata "crisi" del giudicato, l'assenza di una disciplina chiara degli elementi dell'illecito da attività amministrativa autoritativa, ed il contemporaneo insorgere di un contrasto all'interno della giurisprudenza della Cassazione civile sul tema della causalità. Una vera e propria tempesta perfetta, che si materializza nel contenzioso, i cui termini fattuali devono così essere ricostruiti: a) all'esito di una procedura di gara per l'affidamento di un appalto di fornitura e lavori, una stazione appaltante aggiudica la gara ad un'A.T.I.; b) successivamente, rilevato che l'impresa mandataria della detta A.T.I. aveva una posizione contributiva irregolare, revocava l'aggiudicazione provvisoria a suo favore ed aggiudicava definitivamente la gara ad altra impresa concorrente; c) entrambi i provvedimenti venivano impugnati dall'originaria aggiudicataria; d) il TAR accoglieva il ricorso, ponendo nel nulla l'efficacia dei detti provvedimenti; e) la sentenza di primo grado veniva impugnata dinanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato, che, respinta la richiesta di sospensione cautelare, rilevava la presenza di un contrasto giurisprudenziale sulla questione concernente la possibilità di ammettere la cd. regolarizzazione postuma del DURC negativo e rimetteva la questione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato; f) quest'ultima con sentenza n. 6/2016, sconfessava la tesi propugnata dal TAR ed accoglieva l'appello, confermando, pertanto, la bontà dei provvedimenti impugnati; g) l'appellante, quindi, proponeva ricorso per ottemperanza, lamentando che la stazione appaltante, nonostante a tanto diffidata, non eseguiva il giudicato e conseguentemente domandava l'affidamento dell'appalto in questione con correlata penalità di mora per il ritardo, ovvero, in subordine, in caso di impossibilità di esecuzione della sentenza il risarcimento del danno.



Il contenzioso giunge, quindi, all'attenzione dell'Adunanza Plenaria non in ragione della remissione operata in forza di quanto dispone il comma 1 o il comma 3 dell'art. 99 c.p.a. ovvero in ragione di un contrasto giurisprudenziale o di una richiesta di revirement, ma in quanto il giudicato di cui si invoca l'ottemperanza è una pronuncia resa dall'Adunanza Plenaria in sede di cognizione. Difetta, pertanto, la presenza di quesiti formulati dalla Sezione remittente, ed il giudizio si articola in ragione delle specifiche domande della parte vittoriosa in cognizione e delle difese esposte dall'amministrazione intimata, nonché dall'originaria ricorrente nel giudizio di cognizione.

La prima, in particolare, sottolineava, da un lato, l'assenza di un inottemperanza al giudicato, per essere stato il contratto interamente eseguito interamente prima della pubblicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria, n. 6/2016. Dall'altro, invece, evidenziava la responsabilità unica dell'illegittimo affidatario ed esecutore dei lavori.

La seconda, invece, sosteneva il difetto di legittimazione passiva in relazione alla domanda risarcitoria, essendosi limitata a dare esecuzione alla sentenza di primo grado che sarebbe stata in seguito riformata dall'Adunanza Plenaria.

L'Adunanza Plenaria, n. 2/2017, per risolvere il contenzioso, individua le seguenti questioni: a) la natura, i presupposti e l'ambito soggettivo dell'azione disciplinata dall'art. 112, comma 3, c.p.a.; b) le peculiarità derivanti dalla circostanza che il giudicato accerti la legittimità del provvedimento impugnato e l'influenza delle vicende processuali; c) la quantificazione del danno da mancata aggiudicazione ed il correlato regime probatorio.

I giudici di Palazzo Spada chiariscono immediatamente che il parametro normativo di riferimento per collocare la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente è dato dall'art. 112, comma 3, c.p.a., come novellato dal d.lgs. n. 195/2011, secondo il quale: «Può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza, azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione». In definitiva, il risarcimento consegue all'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato, essendo stata, medio tempore, la prestazione del contratto oggetto di gara integralmente eseguita. **La pronuncia mette sin da subito in luce la distanza tra il modello contenuto nel citato art. 112, e l'archetipo rappresentato dall'art. 1218 c.c.** Questi i tratti di peculiarità: a) il presupposto rappresentato dal danno derivante da impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato, pur in assenza di un'elusione o violazione dello stesso; b) il carattere non solo processuale, ma anche sostanziale della norma che in deroga al dettato di cui all'art. 1218 c.c. prevede una forma di responsabilità che prescinde



dall'inadempimento imputabile alla parte tenuta ad eseguire il giudicato, attraverso una conversione ex lege dell'obbligo di assicurare il bene in forma specifica nell'obbligo di risarcire il danno.

Da ciò deriva, quindi, che si è in presenza di una responsabilità oggettiva, per la quale non è ammessa alcuna liberatoria fondata sull'assenza di dolo o colpa a favore del danneggiante, ma solo la dimostrazione del venir meno del nesso causale. L'azione in questione si colloca, quindi, all'interno di quella concezione rimediale, che assicura l'effettività della tutela giurisdizionale.

**L'obbligazione risarcitoria ex lege fonda, quindi, su due elementi oggettivi, rappresentati dal nesso di causalità e dall'antigiuridicità della condotta: la mancata esecuzione del giudicato deve dipendere dalla condotta del danneggiante e non deve essere giustificata da alcuna scusante.**

Ai fini del riscontro del nesso di causalità la Plenaria richiama quali norme di riferimento quelle di cui agli artt. 40 e 41 c.p., che declinano la regola della condicio sine qua non temperata dal principio di causalità efficiente. Pertanto, come nel sistema civilistico il creditore è tenuto ad allegare e provare l'esistenza del titolo e ad allegare l'esistenza di un valido nesso causale secondo la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non". Mentre spetta in capo al debitore l'onere di provare il fortuito, comprensivo del fatto del terzo, restando a suo carico il fatto ignoto.

Inquadri in termini generali la natura ed i presupposti dell'azione, i giudici di Palazzo Spada ne passano a trattare l'ambito soggettivo, dal momento che la richiesta risarcitoria viene avanzata non solo nei confronti della stazione appaltante, ma anche dell'ATI esecutrice delle opere. Al riguardo, la Plenaria richiama l'orientamento secondo il quale la giurisdizione del giudice amministrativo in forza della natura solidale della responsabilità può estendersi all'impresa beneficiaria del provvedimento illegittimo, che in caso l'azione risarcitoria venga spiegata in sede di ottemperanza poggia anche sull'obbligo di esecuzione del giudicato che non grava sulla sola amministrazione, ma si estende anche alle parti private. Ma lo ritiene poco convincente, da un lato perché le norme processuali dalle quali vengono tratti argomento a sostegno dell'opposta tesi non possono che presupporre e non fondare la giurisdizione; dall'altro, perché l'azione in questione avente ad oggetto un diritto soggettivo vedrebbe protagoniste due parti private, sicché una diversa interpretazione non sarebbe in linea con il precetto costituzionale contenuto nell'art. 103 cost. che lega la giurisdizione del g.a. alla necessaria presenza di una parte pubblica.

In questo senso la necessaria estensione del contraddittorio al soggetto privato intimato e l'obbligo anche su questo gravante di darvi esecuzione si spiega con la necessità di rendere opponibile il dictum giudiziale anche al terzo e di fare in modo che anche il privato ponga in essere quei comportamenti riflessi e consequenziali rispetto all'attività adempitiva dell'am-

ministrazione, necessari per assicurare l'esecuzione in forma specifica del giudicato.

Ciò non esclude, precisa la Plenaria, che l'amministrazione possa esercitare un'azione di regresso nei confronti del privato beneficiario dell'atto, questione esulante dal thema decidendi oggetto della pronuncia in esame.

Rispetto alla detta ricostruzione teorica l'Adunanza, da un lato, ha cura di precisare, con un passaggio che avrebbe meritato, però, un maggiore approfondimento, che l'esistenza di una pronuncia esecutiva del TAR sia in grado di recidere il nesso causale tra la condotta dell'amministrazione e l'impossibilità di eseguire il giudicato. Dall'altro, rimarca che all'indomani della pronuncia di primo grado vi è stata una particolare sia della fase dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto avvenute senza attendere l'udienza cautelare dinanzi al Consiglio di Stato, sia di quella dell'esecuzione dei lavori conclusi prima della celebrazione dell'udienza di merito.

Pertanto, pur in assenza di ragioni di urgenza la stazione appaltante ha agito non osservando alcuna cautela, ossia al di fuori di quella "normale prudenza" imposta dall'art. 96 c.p.c., che integra un profilo colposo sia pure nella fattispecie non necessario anche in conformità con l'impostazione comunitaria in materia.

Ancora non è corretto sostenere che la condotta contestata inerente alla stipulazione del contratto sarebbe coperta dalla sentenza di prime cure, dal momento che il giudicato di riforma di quella sentenza travolge ex art. 334, comma 2, c.p.c. sia il provvedimento di aggiudicazione che il contratto.

**Una volta accertata l'esistenza dell'an debeatur la Plenaria passa a trattare la non meno complessa questione della quantificazione del danno nel caso di mancata aggiudicazione, che il giudicato accerti sarebbe spettata all'impresa danneggiata.** Al riguardo, i giudici di Palazzo Spada premettono i punti fermi raggiunti dalla giurisprudenza, ossia: a) la necessità che il danneggiato offra la prova dell'an e del quantum debeatur; b) l'individuazione delle poste di danno del lucro cessante nell'interesse positivo rappresentato dal mancato utile e dal danno curricolare; c) l'onere gravante sul danneggiato di offrire la prova dell'utile che avrebbe conseguito in omaggio al principio dispositivo pieno; d) la possibilità di utilizzazione della valutazione equitativa solo in caso di impossibilità o di estrema difficoltà di una precisa prova sull'ammontare del danno; e) l'impossibilità di utilizzare la c.t.u., anche quella percipiente, quale scorciatoia probatoria; f) la possibilità di fare ricorso alle presunzioni che consentano di risalire univocamente da un fatto noto ad un fatto ignoto secondo un giudizio di probabilità basato sull'id quod plerumque accidit; g) l'impossibilità di invocare l'applicazione automatica della percentuale del 10% dell'importo a base d'asta; h) la necessità di offrire la prova anche del danno curricolare;

i) la spettanza integrale del mancato utile solo nel caso di prova dell'impossibilità di utilizzo altrove delle risorse dell'impresa secondo l'ordinaria diligenza, dovendo in difetto farsi luogo ad una decurtazione dell'ammontare del risarcimento secondo il criterio dell'*aliunde perceptum vel percipiendi*; i) la somma liquidata a titolo di danno deve essere maggiorata dalla rivalutazione monetaria (secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat) dalla data di pubblicazione della sentenza del cui giudicato si invoca l'ottemperanza, nonché dalla corresponsione degli interessi compensativi (determinati in via equitativa assumendo il tasso legale) calcolati sulla somma periodicamente rivalutata e degli interessi legali sulla somma complessiva dal giorno della pubblicazione della sentenza di ottemperanza sino al soddisfo.

b) *La sentenza*

**Cons. St., Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2**

*Dal giudicato amministrativo, quando riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce ex lege, in capo all'Amministrazione, un'obbligazione, il cui oggetto consiste nel concedere "in natura" il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza.*

*L'impossibilità (sopravvenuta) di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione nascente dal giudicato – che dà vita in capo all'amministrazione ad una responsabilità assoggettabile al regime della responsabilità di natura contrattuale, che l'art. 112, comma 3, c.p.a., sottopone peraltro ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica – non estingue l'obbligazione, ma la converte, ex lege, in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica; l'insorgenza di tale obbligazione può essere esclusa solo dalla insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, oltre che dell'anti-giuridicità della condotta.*

*In base agli articoli 103 Cost. e 7 c.p.a., il giudice amministrativo ha giurisdizione solo per le controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione o un soggetto ad essa equiparato, con la conseguenza che la domanda che la parte privata danneggiata dall'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato proponga nei confronti dell'altra parte privata, beneficiaria del provvedimento illegittimo, esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa.*

*Nel caso di mancata aggiudicazione, il danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto). Spetta, in ogni caso, all'impresa danneggiata offrire, senza poter ricorrere a criteri forfettari, la prova rigorosa dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché*