

provvedimento è stato comunicato e trasmesso al ricorrente stesso. *Tar Puglia, Bari, sez. III, 25 marzo 2011, n. 484.*

30. Azione di condanna. 1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma.

2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica¹.

3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti².

4. 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 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere³.

5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesioni di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo⁴.

¹ V. art. 35, comma 1, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59), abrogato dall'art. 4, all. 4, del

presente Codice del processo amministrativo, che disponeva: *1. Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.*

² V. art. 1227, comma 2, c.c.; art. 124, comma 2, del presente codice e art. 243-bis, comma 5, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici).

³ V. art. 2-bis, L. 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi), che, nel testo anteriore la modifica apportata dall'art. 4, all. 4, del presente Codice del processo amministrativo e dall'art. 28, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito in L. 9 agosto 2013, n. 98, disponeva: *Art. 2-bis. Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento. 1. Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.*

2. Le controversie relative all'applicazione del presente articolo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in cinque anni.

⁴ V. art. 7, comma 3, L. 6 dicembre 1971, n. 1034 (Legge Tar), abrogato dall'art. 4, all. 4, del presente Codice del processo amministrativo, che disponeva: *Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali. Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso.*

GIURISPRUDENZA

1. Tipologie di misure che possono rientrarvi: in particolare la condanna ad un *facere* provvedimento; 2. L'azione risarcitoria: presupposti; 3. Il principio dell'autonomia della azione risarcitoria ed i suoi temperamenti; 4. Il termine; 5. La riduzione del risarcimento per il danno evitabile con l'uso dell'ordinaria diligenza; 6. Quantificazione del danno.

1. Tipologie di misure che possono rientrarvi: in particolare la condanna ad un *facere* provvedimento.

Ai fini della condanna della p.a. ad adottare un provvedimento amministrativo è necessario che il potere esercitato dall'amministrazione sia di tipo vincolato ovvero che, pur essendo nel complesso discrezionale, si connoti per avere la p.a. procedente espresso il proprio giudizio valutativo residuando soltanto - in mancanza di adempimenti istruttori complessi da effettuare - lo svolgimento di attività regolamentate in toto dalla legge. *Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 5 marzo 2011, n. 324.*

Il codice del processo ha introdotto, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Infatti l'art. 34 comma 1, lett. c), infatti, nel precisare i contenuti della sentenza di condanna, prevede

anche l'adozione "delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio": viene configurato un potere di condanna senza restrizione di oggetto, modulabile a seconda del bisogno differenziato emerso in giudizio. L'accoglimento della domanda di annullamento non permette sempre e comunque la fissazione della regola del caso concreto; ciò sarà consentito solo in presenza di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità. È ben possibile, però, che anche una attività *in limine litis* connotata da discrezionalità possa, a seguito della progressiva concentrazione in giudizio delle questioni rilevanti (ad esempio, mediante il combinato operare di ordinanza propulsiva e motivi aggiunti), risultare, all'esito dello scrutinio del Giudice, oramai "segnata" nel suo sviluppo. *Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428.*

2. L'azione risarcitoria: presupposti.

In materia di appalti pubblici la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno non richiede la prova della colpa, atteso che la Corte di Giustizia UE con sentenza C-314/09 del 30 settembre 2010, ha stabilito che in tale particolare settore l'accertamento della responsabilità della P.A. prescinde dall'accertamento dell'elemento psicologico. *Tar Campania, sez. I, 26 giugno 2013, n. 3337.*

Nel caso di violazione della normativa sugli appalti pubblici da parte dell'Amministrazione, la conseguente concessione di un risarcimento danni non può essere subordinata all'accertamento di un carattere colpevole di tale violazione, atteso che la Corte di Giustizia CE ha statuito che: "il tenore letterale degli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6, nonché del sesto 'considerando' della direttiva 89/665 non indica in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità". *Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 240.*

In tema di risarcimento del danno, l'accertamento dell'illegittimità di un provvedimento impugnato è sufficiente a provare l'ingiustizia del danno subito. *Tar Sardegna, sez. II, 31 marzo 2011, n. 290.*

In tema di risarcimento del danno, ai fini della configurazione dell'elemento soggettivo dell'illecito, il ricorrente può far valere l'accertata illegittimità dell'atto amministrativo causativo del danno quale elemento presuntivo della colpa della p.a., spettando, a quel punto, alla parte pubblica dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, legato a circostanze oggettive e ad essa non addebitabili, quali la presenza di contrasti giurisprudenziali nell'interpretazione di una fonte normativa incerta o da poco

entrata in vigore, la rilevante complessità del fatto, l'influenza determinante di comportamenti terzi, l'illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata. *Tar Sardegna, sez. II, 31 marzo 2011, n. 290.*

L'art. 30 del nuovo c.p.a. ha dettato un nuovo statuto sostanziale della fattispecie "risarcimento danno da attività provvedimento", individuando quale presupposto del rimedio avverso tali danni la sola illegittimità dell'atto (o del silenzio) e non anche l'elemento psicologico di cui al comma 2 del medesimo articolo, al quale si fa riferimento a proposito dei criteri di quantificazione del danno. *Tar Sardegna, sez. II, 31 marzo 2011, n. 290.*

In base al nuovo assetto normativo delineato dall'art. 30 c.p.a., l'esclusione del risarcimento del danno con riferimento all'elemento soggettivo per il verificarsi di situazioni definibili "estreme" e pertanto contraddistinte da una certa rilevanza scusante, deve limitarsi a situazioni di massima incertezza giuridica, così da poter leggere l'esimente - piuttosto che in ottica di scusabilità soggettiva - in chiave di oggettiva inevitabilità dell'errore; in tal modo si evita di costruire una "causa organizzativa" di esclusione della colpa che il nuovo quadro normativo sembra non più consentire e si circoscrive l'ambito dell'esimente a situazioni di reale ambiguità normativa, nonché ad altre ipotesi di oggettiva scusabilità. *Tar Sardegna, sez. II, 31 marzo 2011, n. 290.*

La responsabilità della p.a. va ricostruita in termini parzialmente diversi da quelli della responsabilità civile, giacché la responsabilità per colpa della p.a. non è di tipo oggettivo o formale: invero, la colpa della p.a. non è data dalla mera "inosservanza di leggi regolamenti, ordini o discipline", secondo la nozione fornita dall'art. 43 c.p., ma dalla violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero a negligenze, omissioni o anche errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili; tra le negligenze inescusabili vanno annoverati comportamenti sciatti, superficiali, sbrigativi nel compiere operazioni valutative di agevole e semplice esecuzione, come la verifica dell'esistenza o meno di titoli facili da verificare e non comportanti sottili e complicate indagini. Con riferimento alla colpa dell'apparato amministrativo in relazione all'interpretazione ed all'applicazione di norme giuridiche, ai fini della scusabilità o evitabilità dell'errore deve farsi riferimento "al giurista di medio livello che applica professionalmente norme amministrative"; sicché la mera possibilità, sempre presente, di un'erronea interpretazione normativa deve essere considerata incolpevole - in tal caso gravandosi definitivamente del danno verificatosi il terzo che lo ha incolpevolmente subito - solo nell'ipotesi in cui il testo normativo sia insuscettibile di ogni comprensibilità: se, cioè, nessun elemento consenta all'Amministrazione di sciogliere il dilemma esegetico in modo corretto, prima e senza l'intervento del giudice. *Tar Lazio, Roma, sez. II, 24 febbraio 2011, n. 1720.*

3. Il principio dell'autonomia della azione risarcitoria ed i suoi temperamenti.

La declaratoria di irricevibilità del ricorso pronunciata con riguardo all'azione annullatoria non preclude al G.A. l'esame della domanda di risarcimento danni in quanto l'art. 30 C.P.A. ha stabilito l'autonomia dell'azione risarcitoria. *Tar Campania, sez. I, 26 giugno 2013, n. 3337.*

Sulla base di principi già desumibili dal quadro normativo precedente ed oggi recepiti dall'art. 30, comma 3, del codice del processo amministrativo, il Giudice amministrativo è chiamato a valutare, senza necessità di eccezione di parte ed acquisendo anche d'ufficio gli elementi di prova all'uopo necessari, se il presumibile esito del ricorso di annullamento e dell'utilizzazione degli altri strumenti di tutela avrebbe, secondo un giudizio di causalità ipotetica basato su una logica probabilistica che apprezzi il comportamento globale del ricorrente, evitando in tutto o in parte il danno. *Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.*

La disciplina recata dal nuovo codice del processo amministrativo (in specie, dagli art. 30, commi 1 e 3, e 34, commi 2 e 3) consacra, in termini netti, la reciproca autonomia processuale tra la tutela caducatoria e quella risarcitoria, con l'affrancazione del modello risarcitorio dalla logica della necessaria "ancillarità" e "sussidiarietà" rispetto al paradigma caducatorio. *Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.*

Nel nuovo quadro normativo disegnato dal codice del processo amministrativo, sensibile all'esigenza di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, risulta coerente che la domanda risarcitoria, ove si limiti alla richiesta di ristoro patrimoniale senza mirare alla cancellazione degli effetti prodotti del provvedimento, sia proponibile in via autonoma rispetto all'azione impugnatoria e non si atteggi più a semplice corollario di detto ultimo rimedio secondo una logica gerarchica che il codice del processo ha con chiarezza superato. *Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.*

Allorquando innanzi al a.g.a. venga domandato il risarcimento del danno senza la preventiva impugnazione del provvedimento ritenuto illegittimo e dannoso, lo stesso g.a. è chiamato a svolgere un'analisi dei rapporti sostanziali non tanto sul piano dell'ingiustizia del danno ma su quello della causalità: detta indagine, infatti, consente in modo più appropriato di introdurre il necessario temperamento all'autonomia processuale delle tutele, cogliendo la dipendenza sostanziale, come fatto da apprezzare in concreto, tra rimedio impugnatorio e azione risarcitoria. *Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.*

L'obbligo di cooperazione di cui al comma 2 dell'art. 1227 c.c. ha fondamento nel canone di buona fede ex art. 1175 c.c. e, quindi, nel principio costituzionale di solidarietà: da ciò deriva che anche le scelte processuali di tipo omissivo possono costituire in astratto comportamenti

apprezzabili ai fini della esclusione o della mitigazione del danno laddove si appuri, alla stregua del giudizio di causalità ipotetica, che le condotte attive trascurate non avrebbero implicato un sacrificio significativo ed avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo, sul perimetro del danno. *Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.*

Anche se la domanda risarcitoria è proponibile in via autonoma, il giudice amministrativo deve tenere conto, nel merito, dell'imputabilità, alla condotta colpevole del danneggiato, della mancata proposizione di una domanda giudiziale di annullamento dell'atto che, incidentalmente, è stato qualificato come illegittimo e colposamente causativo di danno ingiusto. *Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983.*

In tema di azione avanti all'a.g.a. tendente ad ottenere, nei confronti della p.a., il risarcimento del danno da attività provvedimento illegittima, il principio della non necessità della pregiudiziale impugnativa del provvedimento amministrativo, già affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione con riferimento al sistema normativo conseguente alla L. 21 luglio 2000 n. 205, è confermato dall'art. 30 D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (c.p.a.) secondo cui: a) l'azione di condanna della p.a. può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma (comma 1); b) può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria (comma 2); c) la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (comma 3). *Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2010, n. 25395.*

4. Il termine.

Con riferimento alle domande di risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, azionate in giudizio prima dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo (il cui art. 30, comma 5, nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento degli atti lesivi, consente di formulare la domanda risarcitoria nel termine di centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che definisce il giudizio di impugnazione), il mancato annullamento dell'atto amministrativo lesivo non costituisce un presupposto di ammissibilità della domanda risarcitoria: pertanto, il termine quinquennale per l'azione di risarcimento del danno decorre dal momento in cui il danno si sia effettivamente verificato. *Cons. giust. sic., 30 marzo 2011, n. 291.*

Il sistema delineato dal codice del processo amministrativo non solo consente la proponibilità dell'azione risarcitoria in via autonoma (sebbene subordinata al termine decadenziale di 120 giorni, decorrente dal giorno

in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento, se il danno deriva direttamente da questo), ma consente altresì al ricorrente che non abbia più interesse all'annullamento del provvedimento impugnato, di chiedere al giudice l'accertamento dell'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori. *Tar Lombardia, Milano, sez. II, 21 marzo 2011, n. 759.*

In caso di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse, allorché parte ricorrente abbia dichiarato in udienza che propone domanda risarcitoria e dunque permane a suo giudizio l'interesse a ricorrere, la dichiarazione di interesse ai fini risarcitori, qualora (come nel caso di specie) sia fatta per la prima volta in giudizio, deve essere soggetta al termine di trenta giorni liberi prima dell'udienza, prescritto dall'art. 73 del codice del processo amministrativo per il deposito delle memorie. *Tar Veneto, Venezia, sez. III, 13 dicembre 2010, n. 6471.*

5. La riduzione del risarcimento per il danno evitabile con l'uso dell'ordinaria diligenza.

La tardiva impugnazione del provvedimento di aggiudicazione di un appalto costituisce una circostanza rilevante per la determinazione del quantum risarcibile ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a. che impone al giudice di valutare il comportamento delle parti ed escludere il danno evitabile con l'ordinaria diligenza. *Tar Campania, sez. I, 26 giugno 2013, n. 3337.*

Nel giudizio avverso la mancata aggiudicazione di un appalto, l'omesso esperimento di atti di impulso processuale da parte della ditta ricorrente è un comportamento che viola l'obbligo di cooperazione previsto dall'art. 1227 c.c., e in quanto tale è valutabile ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a. ai fini della diminuzione del quantum risarcibile. *Tar Campania, sez. VIII, 21 giugno 2013, n. 3254.*

In tema di ritardo risarcibile, la mancata attivazione del rito sul silenzio può rilevare ai fini dell'art. 1227 c.c. (cfr., art. 30 c.p.a.) in ordine all'accertamento della spettanza del risarcimento nonché alla quantificazione del danno risarcibile. *Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2012, n. 450.*

In tema di ritardo risarcibile, l'art. 2-bis, l. 7 agosto 1990 n. 241, risulta temperato dal comma 3 dell'art. 30 c.p.a., secondo cui "nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti". *Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2012, n. 450.*

La regola *juris* da ultimo trasfusa nella previsione di cui all'articolo 30, comma 3, a tenore del quale nel decidere in ordine alla domanda risarci-

toria il Giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti, risulta ricognitiva di un principio generale dell'ordinamento. Conseguentemente, la regola in parola risulta applicabile anche alle domande risarcitorie proposte prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, costituendo espressione – sul piano teleologico – di un principio di non contraddizione, desumibile dalla normativa riguardante la rilevanza della decorrenza dei termini previsti dalla legge per attivare i previsti rimedi di tutela. *Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6202.*

Il principio trasfuso nella formulazione di cui al comma 3 dell'art. 30, c.p.a., pur risultando principaliter riferibile al mancato esperimento dell'azione di annullamento avverso il medesimo atto della cui lesività inizialmente si discute, risulta altresì idoneo a comprendere anche le ulteriori ipotesi in cui la mancata attivazione degli strumenti di tutela abbia riguardato provvedimenti ulteriori e diversi rispetto a quelli della cui lesività si faceva inizialmente questione (nella specie il ricorrente non aveva impugnato i provvedimenti con cui la stazione appaltante aveva disposto una nuova aggiudicazione dei lotti oggetto di impugnativa, dopo l'annullamento in sede giurisdizionale della prima aggiudicazione). *Cons. St., sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6202.*

La regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento, oggi sancita dall'art. 30, comma 3, codice del processo amministrativo, **deve ritenersi ricognitiva di principi già evincibili alla stregua di un'interpretazione evolutiva del comma 2, art. 1227 c.c..** Pertanto l'omessa attivazione degli strumenti di tutela costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza non più come preclusione di rito ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile. *Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.*

L'obbligo di cooperazione gravante sul creditore ex art. 1227 c.c. per evitare l'aggravarsi del danno non si estende fino al punto di sacrificare i suoi rilevanti interessi personali e patrimoniali, attraverso il compimento di attività complesse, impegnative e rischiose. *Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.*

La disciplina recata dal nuovo codice del processo amministrativo (in specie, dagli art. 30, comma 3, e 124), pur negando la sussistenza di una pregiudizialità di rito, dimostra di apprezzare, sul versante sostanziale, la rilevanza eziologica dell'omessa impugnazione come fatto valutabile al fine

di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso. Peraltro, l'ipotetica incidenza eziologica non è propria soltanto della mancata impugnazione del provvedimento dannoso, ma riguarda anche l'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa (cd. invito all'autotutela). *Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.*

Allorquando innanzi al a.g.a. venga domandato il risarcimento del danno senza la preventiva impugnazione del provvedimento ritenuto illegittimo e dannoso, lo stesso g.a. è chiamato a verificare se nel novero dei comportamenti esigibili dal destinatario di un provvedimento lesivo sia sussumibile, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., anche la formulazione, nel termine di decadenza, della domanda di annullamento, quante volte l'utilizzazione tempestiva di siffatto rimedio sarebbe stata idonea, secondo il ricordato paradigma della causalità ipotetica basata sul giudizio probabilistico, ad evitare, in tutto o in parte, il pregiudizio. *Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3.*

Nella condotta positiva richiesta al danneggiato per ordinaria diligenza (art. 1227, cpv., c.c.: "Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza") rientri anche l'onere di un'azione giudiziale di annullamento avverso quell'atto amministrativo, con la conseguenza che si deve escludere la responsabilità dell'Amministrazione, se emerge che il danno avrebbe potuto essere contenuto o evitato attraverso la diligente cura, anche giudiziale, delle posizioni del danneggiato. *Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983.*

La colpa dell'Amministrazione va ricondotta alla violazione dei canoni di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, ovvero a negligenza, omissioni o anche errori interpretativi di norme, ritenuti non scusabili. Siffatta colpa, dunque, non può essere ritenuta presente *in re ipsa* (cioè riferibile alla mera illegittimità dell'atto), ma va dimostrata in riferimento alla condotta amministrativa in relazione ai suoi parametri generali in ragione dell'interesse, giuridicamente protetto, di chi correttamente instaura un rapporto con l'Amministrazione. *Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983.*

L'inclusione di impugnare un atto amministrativo che si asserisce illegittimo nell'ordinaria diligenza cui è tenuto l'avente diritto al risarcimento comporta l'esclusione della responsabilità dell'Amministrazione, se emerge che il danno avrebbe potuto essere contenuto od evitato attraverso la diligente cura, anche giudiziale delle posizioni di costui. Questa regola ridonda sull'esistenza e sull'entità dello stesso diritto al risarcimento del danno da atto illegittimo, cioè alla riparazione essenzialmente per equiva-

lente: nel senso che non spetta se l'interessato, non assolvendo a quel canone generale, non ha fatto quanto poteva per giungere alla riparazione della lesione, finanche attraverso l'azione di annullamento. *Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983.*

Il principio generale dell'art. 1227, cpv., c.c. in tema di danno evitabile, qui applicabile in quei termini ed oggi (per l'art. 30, c.p.a. .) estensibile alla valutazione dell'entità del danno (danno contenibile), comporta che il danneggiato da un atto amministrativo illegittimo, per accampare il risarcimento dei danni che ne derivano, ha l'onere di tempestivamente attivarsi fino a domandarne l'annullamento giudiziale. Non bastano ad integrare un suo comportamento attivo di ordinaria diligenza, l'invito e la messa in guardia dell'Amministrazione sull'ingiustizia dei danni che l'atto causa; né basta esperire un rimedio amministrativo interno, come un ricorso gerarchico, se poi viene respinto (come è avvenuto nella specie). **Occorre una vera e propria domanda di giustizia, cioè che l'interessato si spinga al rimedio giustiziale disponibile contro l'atto amministrativo illegittimo per ottenerne l'annullamento e dunque la cessazione della produzione degli effetti dannosi (oggi l'art. 30, comma 4, c.p.a. analogamente riconduce all'ordinaria diligenza del danneggiato l'esperienza degli strumenti di tutela previsti).** Perciò, il risarcimento del danno non è dovuto dalla P.A. in caso di mancata impugnazione dell'atto illegittimo foriero di danno. *Cons. St., sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983.*

6. Quantificazione del danno.

Il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale da parte della Pubblica amministrazione a seguito della mancata stipula dal contratto, va limitato: a) al rimborso dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (danno emergente); b) al ristoro della perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impedita proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe stato realizzato con la stipulazione e l'esecuzione del contratto. *Cons. St., sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 131.*

In sede di accertamento del danno risarcibile per mancata aggiudicazione di un appalto, laddove l'impresa ricorrente non dimostri l'impossibilità di utilizzo dei propri mezzi per l'esecuzione di altri lavori, il risarcimento va ridotto atteso che è possibile presumere che l'impresa abbia utilizzato i propri mezzi per l'esecuzione di altri appalti, riducendo così la propria perdita di utilità. *Tar Campania, sez. I, 26 giugno 2013, n. 3337.*

In sede di accertamento del danno da lucro cessante per mancata aggiudicazione di un appalto, laddove l'impresa ricorrente non dimostri l'impossibilità di utilizzo dei propri mezzi per l'esecuzione di altri lavori, il

risarcimento va ridotto e determinato in misura equitativa atteso che è possibile presumere che l'impresa abbia utilizzato i propri mezzi per l'esecuzione di altri appalti, riducendo così la propria perdita di utilità. *Tar Campania, sez. VIII, 21 giugno 2013, n. 3254.*

In sede di risarcimento dei danni derivanti da illegittima mancata aggiudicazione di una gara di appalto, deve escludersi l'applicazione automatica del criterio forfettario del 10% calcolato sul prezzo a base d'asta, essendo necessaria la prova rigorosa, a carico dell'impresa ricorrente, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultato aggiudicatario dell'appalto con riferimento all'offerta economica presentata al seggio di gara. *Tar Sardegna, sez. I, 13 febbraio 2013, n. 115.*

La liquidazione in via forfettaria del danno da illegittima mancata aggiudicazione di una gara di appalto va decurtata del 50% qualora il concorrente non dimostri di non aver potuto utilizzare diversamente mezzi e risorse, tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione dell'appalto, per l'espletamento di altri servizi. In difetto di tale dimostrazione è, infatti, da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri servizi: di qui la decurtazione del risarcimento per "aliunde perceptum vel percipiendum". *Tar Sardegna, sez. I, 13 febbraio 2013, n. 115.*

L'onere di provare (l'assenza del) l'aliunde perceptum grava non sulla stazione appaltante, ma sull'impresa. *Tar Sardegna, sez. I, 13 febbraio 2013, n. 115.*

31. Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità. 1. Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere¹.

2. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti.

3. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione².

4. La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o esse-