

CORSO "MAGISTRATURE SUPERIORI" 2016-2017

RACCOLTA DI DECISIONI SUL RISARCIMENTO DEL DANNO

RISARCIMENTO DEL DANNO ED OTTEMPERANZA IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

Consiglio di Stato ad. plen., 12/05/2017, n. 2

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in ottemperanza iscritto nel registro generale dell'A.P.

al numero 1 del 2017, proposto da:

Cavecon s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Di Lullo, con domicilio
eletto presso il suo studio in Roma, viale Parioli 180;

contro

A.N.A.S. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello
Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Consorzio Stabile Grandi Opere s.c.a.r.l., in persona del legale

rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati
Francesco Sofia, Clemente Manzo, con domicilio eletto presso lo
studio Giuseppe Alessi in Roma, via Oslavia, 6;

per l'ottemperanza

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO – ADUNANZA PLENARIA n. 6/2016,
resa tra le parti;

Visti il ricorso in ottemperanza e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.N.A.S. s.p.a e di

Consorzio Stabile Grandi Opere s.c.a.r.l;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2017 il Cons.

Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato Marco Di Lullo,

l'avvocato dello Stato Ettore Figliolia, l'avvocato Mario Pagliarulo

per delega dell'avvocato Francesco Sofia, e l'avvocato Manzo

Clemente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando del 18 luglio 2014, l'A.N.A.S. s.p.a. ha indetto una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria per la fornitura e posa in opera di giunti e contestuale rifacimento delle testate delle solette di impalcato sui viadotti presenti tra il km 243+521 ed il km 353+450-Provincia di Cosenza, con importo a base d'asta par ad € 1.171.791,30.

Con provvedimento prot. CCz-00317533-I del 22 settembre 2014, la stazione appaltante ha aggiudicato la gara all'A.T.I. Consorzio Stabile Grandi Opere s.c.a.r.l. – MAS Costruzioni, subordinando l'efficacia e l'esecutività dell'aggiudicazione alla "verifica del possesso dei requisiti dichiarati dal concorrente in sede di gara".

2. Con provvedimento del 21 gennaio 2015, l'Amministrazione, avendo rilevato che la posizione contributiva dell'impresa mandataria MAS Costruzioni alla data del 27.8.2014 era irregolare, ha revocato l'aggiudicazione disposta in favore dell'A.T.I. Consorzio Stabile Grandi Opere s.c.a.r.l.-MAS Costruzioni e, in data 30 gennaio 2015, ha disposto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della società Cavecon s.r.l..

3. L'A.T.I. Consorzio Stabile Grandi Opere s.c.a.r.l.-Mas Costruzioni (di seguito anche solo AT.I. Consorzio Grandi Opere) ha impugnato tali provvedimenti innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – Catanzaro, che, con sentenza 20 maggio 2015, n. 903, ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha annullato l'aggiudicazione in favore della Cavecon s.r.l..

4. La Cavecon s.r.l. e la Greco s.r.l. (quest'ultima in qualità di cessionaria del ramo d'azienda della prima avente ad oggetto l'attività di lavori edili, stradali, etc.) hanno impugnato tale sentenza innanzi al Consiglio di Stato, chiedendone in via cautelare la sospensione.

Nel giudizio innanzi al Consiglio di Stato, si è costituita per resistere all'appello l'A.T.I. originaria ricorrente.

L'A.N.A.S., invece, non si è costituita in giudizio.

4. All'esito della camera di consiglio del 17 settembre 2015, fissata per la decisione sull'istanza cautelare, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, ravvisando un contrasto giurisprudenziale sulla questione concernente la possibilità di ammettere la c.d. regolarizzazione del DURC negativo, ha rimesso la definizione della controversia all'Adunanza Plenaria, respingendo la domanda di sospensione dell'efficacia esecutiva della sentenza appellata (ordinanza 29 settembre 2015, n. 4542).

5. Con la sentenza 29 febbraio 2016, n. 6, l'Adunanza Plenaria ha accolto l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, ha respinto il ricorso proposto in primo grado dal Consorzio Stabile Grandi Opere.

In particolare, l'Adunanza plenaria ha enunciato il seguente principio di diritto: *“Anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall'art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d'appalto”*.

In applicazione di tale principio, la sentenza n. 6 del 2016 ha rilevato che *“nel caso di specie è pacifico [...] che la posizione MAS Costruzioni nel momento in cui ha reso la dichiarazione ai fini della partecipazione alla gara non era regolare (cfr. nota Inail del 9 dicembre 2014 che conferma l'irregolarità contributiva dell'impresa MAS alla data del 27 agosto 2014).*

Risulta accertato, quindi, che la concorrente in sede di gara ha attestato, contrariamente al vero, la regolarità della posizione contributiva e che solo successivamente alla conoscenza dell'aggiudicazione ha proceduto alla relativa regolarizzazione.

Nel caso di specie, peraltro, MAS Costruzioni era certamente consapevole della propria irregolarità contributiva, trattandosi di contributi dovuti in autoliquidazione, rispetto ai quali l'impresa ha prima chiesto la rateizzazione, senza poi corrispondere quanto dovuto.

La dichiarazione ex art. 38, comma 1, lettera i) del decreto legislativo n. 163 del 2006 è stata, quindi, resa nella piena consapevolezza della non corrispondenza al vero”.

7. Con il presente ricorso in ottemperanza le società Cavecon s.r.l. e Greco s.r.l. lamentano che l'A.N.A.S., nonostante la diffida inviata con nota del 4 marzo 2016, non abbia dato attuazione al giudicato formatosi sulla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 6 del 2016.

Nel dettaglio, le ricorrenti hanno proposto le seguenti domande:

a) in via principale, accertata l'inottemperanza al giudicato, ordinare all'A.N.A.S. di provvedere ad aggiudicare definitivamente i lavori oggetto di affidamento alle società odierne ricorrenti, fissando la penalità di mora ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. per ogni giorno di ritardo;

b) in subordine, e cioè nella acclarata oggettiva impossibilità di dare esecuzione totale o parziale al giudicato di cui alla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 6 del 2016, condannare l'A.N.A.S. e/o il Consorzio Grandi Opere al risarcimento del danno, quantificato nella misura di € 190.324,06, oltre rivalutazione e interessi dal di del dovuto fino soddisfo.

Si sono costituiti in giudizio per resistere al ricorso l'A.N.A.S. e il Consorzio Stabile Grandi Opere.

8. L'A.N.A.S. si è difesa sostenendo:

c) quanto alla domanda di subentro, che non vi è stata alcuna inottemperanza al giudicato in quanto quest'ultimo è intervenuto successivamente alla ultimazione dei lavori oggetto dell'appalto (avvenuta in data 17 febbraio 2016, come risultante dal certificato di ultimazione dei lavori), con conseguente impossibilità di far subentrare Cavecon nel rapporto contrattuale;

d) quanto alla domanda di risarcimento del danno, che non vi è responsabilità dell'A.N.A.S., essendosi questa limitata a dare esecuzione alla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – Catanzaro, n. 903 del 2015, poi riformata dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 6 del 2016, ma non sospesa in sede cautelare e, quindi, rimasta esecutiva fino alla ultimazione dei lavori;

e) quanto ancora alla domanda risarcitoria, che, comunque, l'unico responsabile è il Consorzio Stabile Grandi Opere, che è rimasto effettivamente affidatario dell'appalto, ha conseguito i corrispettivi previsti, ed ha illegittimamente partecipato alla gara nonostante l'irregolarità della propria posizione contributiva.

9. Il Consorzio Stabile Grandi Opere, a sua volta, ha sostenuto di non essere legittimato passivo rispetto alla domanda risarcitoria, essendosi limitato a dare esecuzione alla sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria – Catanzaro, n. 903 del 2015.

Con successiva memoria depositata in data 13 marzo 2017, le ricorrenti Cavecon s.r.l. e Greco s.r.l., preso atto dell'avvenuta ultimazione dei lavori, hanno sostanzialmente rinunciato alla domanda di subentro, insistendo in quella di risarcimento del danno.

10. Alla camera di consiglio del 29 marzo 2017, la causa è stata trattenuta per la decisione.

11. Nel corso della udienza camerale, il Collegio ha sottoposto al contraddittorio e alla discussione delle parti sia la questione, rilevata d'ufficio, della sussistenza della giurisdizione amministrativa sulla domanda risarcitoria proposta nei confronti del Consorzio Grandi Opere, sia la questione, già sollevata negli scritti difensivi, concernente

l'esistenza di un vincolo di solidarietà tra la parte privata beneficiaria dell'aggiudicazione illegittima e l'amministrazione.

12. Il ricorso merita parziale accoglimento nel senso e nei limiti di seguito specificati.

1. La domanda proposta dalle società Cavecon e Gr. Trova il suo fondamento normativo nell'articolo 112, comma 3, c.p.a. (nella versione risultante per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 1, [lett. cc](#)) d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195).

La disposizione in esame così recita: *“Può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza, [...] 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”*.

Nel caso di specie il danno lamentato è proprio quello connesso all'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato. L'avvenuta ultimazione dei lavori oggetto della gara in data 17 febbraio 2016, anteriormente alla pubblicazione (avvenuta in data 29 febbraio 2016) della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 6 del 2016, ha, infatti, vanificato l'aspettativa di ottenere il contratto controverso ed ha reso, come riconosce la stessa ricorrente, oggettivamente impossibile l'esecuzione in forma specifica del giudicato.

Occorre allora esaminare la natura, i presupposti e l'ambito soggettivo dell'azione prevista dall'art. 112, comma 3, c.p.a. e della responsabilità che essa sottende.

2. Il legislatore ha qualificato espressamente questo rimedio in termini di “azione di risarcimento dei danni”, evocando, così, l'istituto della responsabilità civile. Tuttavia, rispetto al tradizionale risarcimento del danno, l'azione in esame presenta significativi profili di peculiarità.

In primo luogo, il presupposto del rimedio è individuato nell'esistenza di un danno (anche solo) *“connesso all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato”*. È significativo evidenziare che l'art. 112, comma 3, c.p.a. distingue il danno “connesso” all'impossibilità (o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica del giudicato) da quello derivante dalla violazione o elusione del giudicato, indicato, subito dopo, come distinto presupposto per l'esercizio dell'azione.

Rispetto alla formulazione originaria dell'art. 112, comma 3, c.p.a. (prima della novella introdotta dal decreto legislativo n. 195 del 2011), il principale profilo di novità è proprio questo: l'aver, cioè, esteso il rimedio alle ipotesi in cui il danno, pur in assenza di violazione o elusione del giudicato, è comunque “connesso” all'impossibilità di ottenerne l'esecuzione in forma specifica.

Il legislatore, dunque, ha fatto riferimento ad una impossibilità di esecuzione che trova la sua causa in un fatto diverso dalla violazione o elusione del giudicato, prevedendo l'azione di risarcimento del danno – e non un semplice indennizzo- anche nel caso in cui, pur non configurandosi un inadempimento, non è comunque possibile attuare il giudicato.

3. Da questo punto di vista, la norma ha una portata non solo processuale (che si traduce nell'ammissibilità, nelle ipotesi indicate, dell'azione risarcitoria in sede di ottemperanza, anche quando questa si svolge in unico grado dinanzi al Consiglio di Stato), ma anche sostanziale, perché, in deroga alla disciplina generale della responsabilità civile, ammette una forma di responsabilità che prescinde dall'inadempimento imputabile alla parte tenuta ad eseguire il giudicato.

La deroga, in particolare, è al regime della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, come delineato dall'art. 1218 cod. civ.

Dal giudicato amministrativo, infatti, almeno quando esso, come nel caso di specie, riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce *ex lege*, in capo all'amministrazione (ed in certi casi anche in capo alle parti private soccombenti) un'obbligazione, il cui oggetto (la prestazione) consiste proprio nel concedere "in natura" (cioè in forma specifica) il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza. E che si tratti di obbligazione il cui inadempimento è assoggettabile al regime dell'inadempimento contrattuale è confermato dalla prescrizione decennale della relativa azione.

In base all'art. 1218 c.c., il debitore si libera dall'obbligazione se prova che l'inadempimento è stato determinato da una impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. La disciplina dell'art. 1218 c.c. trova riscontro nell'art. 1256 c.c., secondo cui l'obbligazione si estingue, invece, quando la prestazione diventa impossibile per una causa non imputabile al debitore.

Rispetto alla disciplina civilistica dell'inadempimento dell'obbligazione così sommariamente richiamata, l'art. 112, comma 3, c.p.a. introduce un elemento di specialità, perché dispone che l'impossibilità derivante da causa non imputabile (non dovuta cioè a violazione o elusione del giudicato) 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.

16. Quella che la norma presuppone è, dunque, una forma di responsabilità che, nei casi di impossibilità non imputabile a violazione o elusione del giudicato, presenta i caratteri della responsabilità oggettiva, perché non è ammessa alcuna prova liberatoria fondata sulla carenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), che, invece, necessariamente connota le ipotesi di violazione o elusione del giudicato; potendo la responsabilità essere esclusa solo per la insussistenza (originaria) o il venir meno del nesso di causalità, il cui onere probatorio grava sul debitore medesimo.

Viene così in rilievo un rimedio che assume una connotazione tipicamente compensativa: una sorta, in altri termini, di ottemperanza per equivalente (già conosciuta, del resto, nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale anteriore alla novella del 2011) che sostituisce l'ottemperanza in forma specifica nei casi in cui questa non sia più possibile. Essa si traduce nel riconoscimento dell'equivalente in denaro del bene della vita che la parte vittoriosa avrebbe avuto titolo di ottenere in natura in base al giudicato. Si ha, quindi, un rimedio alla impossibilità di esecuzione in forma specifica della sentenza, in un'ottica, per l'appunto, "rimediale" della tutela, quale si è andata delineando a partire dalle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 della Corte costituzionale.

La funzione sostitutiva del rimedio giustifica, allora, la scelta del legislatore sia di prevederne l'ammissibilità in sede di ottemperanza, anche in un unico grado, in quanto "connessa" all'impossibilità oggettiva di esecuzione del giudicato, sia di slegarla dal requisito della colpa, sia pure intesa, in tema di illecito della pubblica amministrazione, nella lettura "oggettiva" che ne dà la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea: trattandosi di una tutela che sostituisce l'ottemperanza non più possibile in forma specifica, essa soggiace, sia sul piano del rito, sia sul piano dei presupposti sostanziali, alle stesse regole dell'azione di ottemperanza (in forma specifica), che pure si caratterizza come rimedio "oggettivo", sganciato dalla prova del dolo o della colpa. È, in

altri termini, una ragionevole scelta del legislatore in tema di allocazione del rischio della impossibilità di esecuzione del giudicato.

17. La nascita dell'obbligazione risarcitoria *ex lege* in conseguenza dell'impossibilità di eseguire il giudicato presuppone, comunque, la presenza, se non dell'elemento soggettivo, degli altri elementi minimi ed essenziali ai fini della configurazione di un illecito.

18. Tali elementi essenziali, significativamente necessari anche nelle ipotesi di responsabilità oggettiva, sono il rapporto di causalità e l'antigiuridicità della condotta.

Affinché sorga il rimedio di cui all'art. 112, comma 3, c.p.a., dunque, è necessario e al tempo stesso sufficiente che l'impossibilità di ottenere in forma specifica l'esecuzione del giudicato sia riconducibile, sotto il profilo causale, alla condotta del soggetto dal quale si pretende il risarcimento e che tale condotta non risulti assistita da una causa di giustificazione, la cui presenza precluderebbe l'insorgenza della responsabilità e, dunque, la nascita dell'obbligazione risarcitoria *ex lege*.

4. Ai fini del riscontro del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità civile, si deve muovere dall'applicazione di principi generali dell'illecito, oggetto di particolare elaborazione nel diritto penale e che trovano, in quel codice, positiva espressione negli art. 40 e 41 c.p., in forza dei quali un evento è da considerare causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (c.d. teoria della *condicio sine qua non*), ferma restando, peraltro, la diversità del regime probatorio applicabile, in ragione dei differenti valori sottesi ai due processi: nel senso che nell'accertamento del nesso causale in materia civile (ed amministrativa) vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non", mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio" (cfr. rispettivamente Cass. Sez. Un. 11 gennaio 2008 n. 577 e Cass.pen. Sez. un. N. 30328 del 2002).

Il rigore del principio dell'equivalenza delle cause, posto dall'art. 41 c.p., in base al quale, se la produzione di un evento dannoso è riferibile a più azioni od omissioni, deve riconoscersi ad ognuna di esse efficienza causale, trova, peraltro, il suo temperamento nel principio di causalità efficiente, desumibile dall'art. 41, co. 2, c.p., in base al quale l'evento dannoso deve essere attribuito esclusivamente all'autore della condotta sopravvenuta, solo se questa condotta risulti tale da rendere irrilevanti le altre cause preesistenti, ponendosi al di fuori delle normali linee di sviluppo della serie causale già in atto.

5. Venendo al regime probatorio, deve rilevarsi che in materia di responsabilità da inadempimento dell'obbligazione (quale è, come si è detto, la responsabilità da impossibilità di esecuzione del giudicato che riconosce la spettanza del bene della vita), il creditore ha il solo onere – ex art. 1218 c.c. – di allegare e provare l'esistenza del titolo (in questo caso rappresentato dal giudicato), e di allegare l'esistenza di un valido nesso causale tra la condotta della parte obbligata e la mancata attuazione del giudicato (cfr. Cass. Sez. Un. 30 ottobre 2001, n. 13533).

Spetta, viceversa, alla parte "debitrice", l'onere di provare il caso fortuito (inteso come specifico fattore capace di determinare autonomamente il danno), comprensivo del fatto del terzo (che abbia avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno), rimanendo a suo carico il fatto ignoto in quanto inidoneo a eliminare il dubbio in ordine allo svolgimento eziologico dell'accadimento.

21. Così inquadrati in termini generali la natura e i presupposti dell'azione, occorre esaminarne l'ambito soggettivo di applicazione.

La questione è rilevante nel presente giudizio in quanto le società ricorrenti hanno chiesto la condanna in solido sia dell'amministrazione, sia della parte privata che, nelle more del giudizio, ha eseguito il contratto, rendendosi così impossibile l'esecuzione in forma specifica del subentro nel rapporto contrattuale.

6. A tale riguardo, va ricordato come una parte della giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115; Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 529) abbia in alcuni casi ritenuto che in materia di risarcimento del danno da aggiudicazione illegittima, vi sarebbe, ex art. 2055 c.c., e cioè in tema di responsabilità aquiliana e non contrattuale, una responsabilità solidale tra l'amministrazione e l'impresa beneficiaria del provvedimento illegittimo. Si è ammessa, quindi, la possibilità per il giudice amministrativo sia di pronunciare la condanna in solido al risarcimento del danno, sia di ripartire, anche solo ai fini del futuro esercizio dell'azione di regresso da parte dell'amministrazione, le quote interne di responsabilità.

Gli argomenti a sostegno di questo orientamento possono essere così sintetizzati:

- il vincolo di solidarietà tra l'amministrazione e il beneficiario dell'atto illegittimo (e il conseguente potere del giudice amministrativo di pronunciare statuizione anche nei confronti di quest'ultimo), troverebbe il suo presupposto normativo nell'art. 41, comma 2, ultimo periodo, c.p.a., il quale ha previsto che *"qualora sia proposta azione di condanna, anche in via autonoma, il ricorso è notificato altresì agli eventuali beneficiari dell'atto illegittimo ai sensi dell'art. 102 del codice di procedura civile; altrimenti il giudice provvede ai sensi dell'art. 49"* all'integrazione del contraddittorio;

- sotto il profilo processuale, l'accertamento della responsabilità concorrente dell'impresa aggiudicataria e delle quote concorsuali di riparto interno tra quest'ultima e l'amministrazione sarebbe in linea con i principi fondanti la giustizia amministrativa, in base ai quali la controversia va decisa con l'esercizio di poteri decisori e conformativi, ed imposto dal principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, da intendersi, in assenza di una formale domanda di regresso da parte dell'amministrazione, sulla base di un'interpretazione sostanzialistica degli atti processuali di parte, idoneo a ricomprendere nelle richieste e difese formulate dalle parti anche gli evidenziati momenti di accertamento (in altri termini, il fatto stesso che l'amministrazione, pur senza formulare azione di regresso, si difenda eccependo che la responsabilità è ascrivibile, in tutto o in parte, all'impresa aggiudicataria, consentirebbe al giudice di accertare il riparto delle quote di responsabilità nei rapporti interni).

7. Nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, la domanda di risarcimento del danno sia proposta in sede di ottemperanza ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a. e sia diretta ad ottenere il ristoro del danno connesso all'impossibilità di ottenere in forma specifica l'esecuzione del giudicato, agli argomenti appena indicati se ne aggiunge un altro, desunto dalla specifica disciplina dettata per il giudizio di ottemperanza.

L'art. 112, comma 1, c.p.a. ha previsto, infatti, che i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti non solo dalla pubblica amministrazione, ma anche dalla altre parti.

L'obbligazione di eseguire il giudicato grava, quindi, su tutte le parti soccombenti, ivi compresa la parte privata, che, di conseguenza, deve ritenersi a sua volta investita di legittimazione passiva rispetto all'azione di ottemperanza.

Se si ritiene allora che l'azione di risarcimento del danno da impossibilità oggettiva di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato di cui all'art. 112, comma 3, c.p.a., costituisca un rimedio con funzione sostitutiva dell'ottemperanza in forma specifica, coerentemente dovrebbe ammettersi pure che essa condivida con l'ottemperanza la platea dei soggetti passivamente legittimati.

La relativa domanda risarcitoria, pertanto, anche a prescindere dall'applicazione dell'art. 41, comma 2, ultimo periodo, c.p.a., potrebbe essere proposta anche contro il soggetto privato (nella specie l'impresa beneficiaria dell'aggiudicazione illegittima).

24. Gli argomenti così sintetizzati per ammettere la possibilità di far valere dinnanzi al giudice amministrativo, specie in sede di ottemperanza, la concorrente responsabilità del soggetto privato beneficiario del provvedimento illegittimo non sono, tuttavia, risolutivi.

8. In senso contrario, va, innanzitutto, rilevato che tutte le richiamate norme processuali vanno coordinate ed interpretate alla luce dei limiti che incontra la giurisdizione amministrativa. Esse sono, infatti, norme sul rito, che presuppongono (e non pongono) la giurisdizione, che deve, quindi, desumersi dai criteri generali di riparto e non direttamente da esse.

In punto di riparto, 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.

Si tratta, infatti, di una controversia tra due soggetti privati, avente ad oggetto un diritto soggettivo di contenuto patrimoniale.

Sul punto va ricordato che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, anche di recente (cfr. Cass. Sez. Un. Ord. 3 ottobre 2016, n. 19677), hanno ribadito che, 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 equiparata; con la conseguenza che esula dalla sua giurisdizione la domanda di risarcimento del danno proposta da un privato contro un altro privato, ancorché connessa con una vicenda provvedimentale (nella specie, si trattava della domanda di risarcimento del danno contro il funzionario autore materiale del provvedimento illegittimo).

Tale lettura riduttiva dell'estensione della giurisdizione amministrativa viene fondata sul dato testuale dell'art. 103 Cost. e dell'art. 7 c.p.a., in specie laddove, nell'individuare la giurisdizione del giudice amministrativo sulle controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie, di diritti soggettivi, riferisce tali controversie a *“l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo”* e le afferma come *“riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni”*. Tale ultimo inciso viene quindi valorizzato come limite all'estensione della giurisdizione amministrativa.

9. Né in senso contrario possono invocarsi ragioni di connessione, in quanto, come affermato anche da questa Adunanza plenaria con sentenza 29 gennaio 2014, n. 6, *“salvo deroghe normative espresse, nell'ordinamento processuale vige il principio generale della inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione”* (in termini cfr. Cass. Sez. Un. 19 aprile 2013, n. 9534; Cass. Sez. Un. 7 giugno 2012, n. 9185).

27. La carenza del presupposto processuale della giurisdizione risulta, quindi, risolutiva e costituisce, già di per sé, un ostacolo insormontabile all'interpretazione "sostanzialistica" sostenuta dall'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato.

10. Del resto, va osservato che l'art. 41, comma 2, ultimo periodo, c.p.a. non prevede, a rigore (e in senso tecnico), un litisconsorzio necessario nei confronti del privato beneficiario dell'atto illegittimo. Litisconsorzio la cui necessità è del resto esclusa, come è noto, anche nel caso di obbligazioni solidali. Nei confronti di tale soggetto, infatti, la citata norma processuale non consente la formale proposizione di una domanda risarcitoria, ma stabilisce solo che la domanda proposta contro l'amministrazione (che, quindi, è individuata come unica legittimata passiva), gli debba essere notificata, al fine di realizzare la c.d. *denuntiatio litis*. In base all'art. 41, comma 2, ultimo periodo c.p.a., in altri termini, il privato non è destinatario di una domanda di risarcimento del danno contro di lui diretta, ma solo destinatario della notificazione della domanda proposta contro l'amministrazione, al fine di rendere possibile l'opponibilità del giudicato.

Lo scopo della norma in esame è, infatti, solo quello di fare in modo che l'eventuale giudicato di condanna tra il privato danneggiato dal provvedimento e l'amministrazione possa essere opposto anche al terzo beneficiario, come "fatto" che accerta l'antigiuridicità, nell'eventuale giudizio di "rivalsa", quanto all'illegittimità dell'atto e ai presupposti della condanna risarcitoria subita dall'amministrazione.

11. Non sembrano decisivi neanche gli argomenti desumibili dall'art. 112, comma 1, c.p.a., nella parte in cui prevede che l'obbligo di eseguire il giudicato grava non solo sull'amministrazione, ma anche sulle altre parti.

La norma è coerente con la constatazione che in moltissimi casi l'esecuzione in forma specifica del giudicato richiede, in particolare se si tratta di attuarne gli effetti restitutori e ripristinatori, oltre all'azione dell'amministrazione, l'ingerenza nella sfera giudica e materiale di soggetti privati, specie nel caso in cui sono stati destinatari di provvedimento favorevoli poi annullati e devono, per effetto del giudicato, adempiere ad obblighi – a ben guardare meramente consequenziali o riflessi – restitutori e ripristinatori.

Escludere in tali casi la giurisdizione amministrativa solo perché vi è il coinvolgimento indiretto (e inevitabile) di soggetti privati vanificherebbe la funzione del giudizio di ottemperanza e, con essa, il valore fondamentale dell'effettività del giudicato (corollario del principio, di rango costituzionale ed europeo, del diritto di azione in giudizio).

Nel caso in cui, tuttavia, l'impossibilità di eseguire in forma specifica il giudicato apra le porte all'alternativa di una forma di tutela compensativa per equivalente, si può ragionevolmente dubitare che, nel silenzio del legislatore (che nel comma 3 dell'art. 112 non specifica che l'azione risarcitoria sostitutiva possa essere proposta nei confronti di tutte le parti), lo speciale regime di responsabilità oggettiva sopra delineato possa estendersi anche ai privati soccombenti; che, cioè, per giunta in deroga implicita alla generale regola del riparto e per connessione, possa estendersi al privato un regime di responsabilità connotato dagli evidenziati profili di specialità proprio con riguardo al fondamentale rilievo dell'elemento soggettivo.

12. La ricostruzione che precede non esclude che l'amministrazione, chiamata a risarcire il danno ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a., possa vantare un'azione nei confronti del beneficiario che ha tratto vantaggio dal provvedimento illegittimo travolto dal giudicato.

Si tratti di azione di regresso collegata a un'obbligazione risarcitoria di natura solidale o di azione di ingiustificato arricchimento per il disequilibrio causale derivante dal

collegamento tra le posizioni sostanziali in gioco, essa – secondo la disciplina sostanziale e processuale propria dell’azione che si ritenga esperibile – presupporrebbe l’accertamento (della sussistenza) della giurisdizione di questo giudice, della sua proponibilità nell’ambito del giudizio di ottemperanza, anzi che con azione ordinaria, ma, soprattutto, richiederebbe una domanda in tal senso dell’amministrazione

31. Nel caso di specie, infatti, non occorre approfondire le segnalate problematiche, per la dirimente considerazione che l’amministrazione non ha ritualmente proposto una domanda in tal senso, non potendosi, a tal fine, ritenere sufficiente che (come avvenuto nel presente giudizio) l’amministrazione si limiti, nella sola memoria difensiva, ad eccepire l’ingiustificato arricchimento dell’aggiudicatario o, comunque, ad invocare l’esclusiva o concorrente responsabilità di quest’ultimo nella causazione del danno. In ogni caso, la sede processuale per esaminare la domanda in esame non potrebbe essere il giudizio di ottemperanza, ma l’ordinario giudizio di cognizione. Si tratta, invero, di una domanda che non rientra fra quelle che, ai sensi dell’art. 112, comma 3, c.p.a., sono proponibili in sede di ottemperanza.

32. Vanno a questo punto esaminate ulteriori questioni peculiari che si pongono nell’ambito del presente giudizio.

13. Nel caso di specie, invero, l’originario provvedimento di aggiudicazione adottato dall’amministrazione non era illegittimo. L’amministrazione, infatti, aveva legittimamente escluso l’A.T.I. Consorzio Stabile Grandi Opere perché non in possesso di un DURC regolare ed aveva, altrettanto legittimamente, aggiudicato la gara alla società Cavecon s.r.l. (che ha poi ceduto l’azienda alla società Gr. S.r.l., co-ricorrente nel presente giudizio).

L’esito della gara, come determinato dai provvedimenti dell’amministrazione, è stato capovolto per effetto della pronuncia giurisdizionale di primo grado, che ha accolto il ricorso dell’A.T.I. Consorzio Stabile Grandi Opere, annullando l’aggiudicazione a favore di Cavecon.

In esecuzione di quella sentenza l’A.N.A.S. ha, quindi, aggiudicato la gara all’A.T.I. Consorzio Stabile Grandi Opere, procedendo alla successiva stipula del contratto (che poi è stato interamente eseguito nelle more del giudizio di appello).

14. Se non che tale peculiarità della vicenda, legata e influenzata dall’andamento processuale della controversia che ne è insorta, non è idonea a far venir meno l’obbligazione *ex lege* scaturente dal fatto oggettivo dell’impossibilità di eseguire il giudicato proprio per la chiarita irrilevanza di una colpa e per la insussistenza di ogni ipotesi di scusabilità del comportamento dell’obbligato, la cui responsabilità, come si è detto, può essere esclusa solo dalla mancanza o dal venir meno del nesso di causalità nei termini dianzi precisati. E, sotto tale profilo, è da escludere che l’esistenza di un provvedimento giurisdizionale esecutivo (come la sentenza di primo grado) possa valere a “coprire” l’operato della pubblica amministrazione, recidendo il nesso di causalità tra il comportamento dell’amministrazione e l’impossibilità di eseguire il giudicato.

15. Le sopra evidenziate caratteristiche in termini “oggettivi” della responsabilità delineata dall’art. 112, comma 3, c.p.a., peraltro, è coerente con l’orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea, in materia di mancata aggiudicazione di un contratto d’appalto.

Secondo la giurisprudenza comunitaria, in materia di risarcimento da (mancato) affidamento di gare pubbliche di appalto e concessioni, non è necessario provare la colpa

dell'amministrazione aggiudicatrice, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria; le garanzie di trasparenza e di non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti fanno sì che una qualsiasi violazione degli obblighi di matrice sovranazionale consente all'impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore e dunque della imputabilità soggettiva della lamentata violazione (Corte di giustizia, sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz*).

36. In ogni caso, ferma la natura oggettiva della responsabilità della stazione appaltante e la natura sostanzialmente ed eminentemente sostitutiva, rispetto alla tutela reale, del peculiare rimedio di cui all'art. 112, comma 3, c.p.a., questa Adunanza plenaria ritiene opportuno sottolineare gli aspetti fattuali della vicenda processuale in oggetto, che fanno emergere profili di imprudenza in capo all'amministrazione e alla stessa impresa esecutrice.

Sono significative le seguenti circostanze di fatto, nella loro scansione temporale.

La sentenza del T.a.r. è stata pubblica il 20 maggio 2015, l'ordinanza della Quarta Sezione che ha rimesso la causa all'Adunanza plenaria, respingendo, nelle more, l'istanza cautelare, è stata pubblicata il 29 settembre 2015 e la relativa camera di consiglio si è tenuta il 17 settembre 2015.

La nuova aggiudicazione a favore dell'A.T.I. Consorzio Grandi Opere, in esecuzione della sentenza del Tribunale amministrativo regionale, è stata disposta in data 8 giugno 2015 (quando ancora erano pendenti i termini per l'appello). Il contratto è stato stipulato il 2 settembre 2015, senza neanche attendere, non solo la decisione sull'istanza di sospensiva, pubblicata solo il 29 settembre 2015, ma neanche la data di celebrazione (17 settembre 2015) della camera di consiglio fissata per la trattazione collegiale della domanda cautelare.

I lavori sono stati ultimati in data 17 febbraio 2016, con significativo anticipo rispetto al termine previsto di trecento giorni, che sarebbe scaduto (come indicato nello stesso certificato di ultimazione dei lavori) solo in data 9 maggio 2016.

Vi è stata, quindi, subito dopo la sentenza di primo grado, una particolare accelerazione sia della fase amministrativa (con la nuova aggiudicazione avvenuta circa quindici giorni dopo la pubblicazione della sentenza di primo grado), sia della fase di esecuzione dei lavori (ultimati circa tre mesi prima del termine previsto).

Non risulta dagli atti né è allegato dalle parti resistenti che tale rapidità fosse giustificata da particolari ragioni di urgenza, né risulta, per quanto riguarda in particolare la posizione dell'A.N.A.S. (che è l'unica a venire in rilievo nel presente giudizio), che l'amministrazione sia stata compulsata (e, quindi, indotta all'immediata esecuzione) da iniziativa dell'A.T.I. Consorzio Grandi Opere finalizzate ad ottenere l'ottemperanza della sentenza di primo grado.

L'attività successiva alla pubblicazione della sentenza di primo grado risulta, quindi, connotata dall'assenza di qualsiasi forma di cautela rispetto al possibile esito del giudizio di appello. Da questo tipo di condotta emergono profili di colpa, che integrerebbero, comunque, il presupposto dell'assenza della "normale prudenza" cui fa riferimento l'art. 96, comma 2, c.p.c.

1. Va aggiunto che sia l'aggiudicazione, sia il successivo contratto stipulato in esecuzione della sentenza di primo grado, devono ritenersi, per effetto dell'accoglimento

dell'appello da parte dell'Adunanza plenaria con la sentenza n. 6 del 2016, automaticamente travolti in applicazione della regola del c.d. effettivo espansivo esterno della sentenza di appello sancito dall'art. 334, comma 2, c.p.c. ed applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio contenuto nell'art. 39, comma 1, c.p.a.

Non può, quindi, trovare accoglimento la tesi sostenuta, in particolare dal Consorzio Stabile Grandi Opere, secondo cui la condotta contestata sarebbe coperta dal contratto, mai dichiarato inefficace. Quel contratto, al contrario, così come il presupposto atto di aggiudicazione, sono stati automaticamente travolti in conseguenza della riforma della sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 334, comma 2, c.p.c.

38. Alla luce delle considerazioni svolte e facendone applicazione al caso in esame, si può quindi ritenere che:

- la domanda di condanna in solido nei confronti del Consorzio sia in questa sede inammissibile per difetto di giurisdizione (trattandosi di controversia tra privati);
- la domanda di risarcimento del danno nei confronti dell'A.N.A.S. è, invece, fondata, per quanto concerne l'*an* della responsabilità.

6. Rispetto alla posizione dell'A.N.A.S. è ancora il caso di precisare quanto segue.

In primo luogo, non assume alcuna rilevanza, trattandosi di responsabilità oggettiva, l'eventuale carenza dell'elemento soggettivo.

In secondo luogo, per quanto concerne il necessario presupposto del nesso di causalità, l'A.N.A.S. non ha dimostrato (come avrebbe dovuto trattandosi di responsabilità contrattuale) l'interruzione del rapporto eziologico. Infatti, si deve ritenere che sia la condotta del Consorzio Stabile Grandi Opere (che ha concluso ed eseguito il contratto), sia la sentenza di primo grado (che ha annullato l'originaria e legittima aggiudicazione), operino come mere concause del danno lamentato, concause che, in base al principio dell'equivalenza causale desumibile dagli articoli 40 e 41, commi 1 e 3 c.p., non escludono il rapporto di causalità.

In terzo luogo, le considerazioni sopra svolte in ordine alla peculiare natura dell'obbligazione risarcitoria *ex lege* di cui all'art. 112, comma 3, c.p.a. escludono che la rilevanza concausale della condotta del Consorzio possa rilevare (se non per escludere) quantomeno per ridurre la responsabilità dell'A.N.A.S. verso le società Cavecon e Gr..

7. Può, quindi, passarsi, per quanto concerne la domanda risarcitoria proposta nei confronti dell'A.N.A.S., a determinare il *quantum debeatur*.

8. Vanno a tal proposito ribaditi i principi elaborati dalla giurisprudenza in materia di quantificazione del danno da mancata aggiudicazione (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2014, n. 4248; Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2195; Sez. IV, 2 dicembre 2013, n. 5725; Sez. III, 16 settembre 2013, n. 4574; Sez. V, 7 giugno 2013, n. 3135; Sez. V, 3 giugno 2013, n. 3035; Cons. giust. amm., 11 marzo 2013, n. 324; Ad. plen., 13 novembre 2013, n. 25, Ad. plen., 25 settembre 2013, n. 21; Ad. plen., 19 aprile 2013, n. 7; Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3; Cass. civ., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594; sez. un., 11 gennaio 2008, n. 576 e 582; Corte di giustizia UE, Sez. III, 30 settembre 2010, C314/2009; 10 gennaio 2008, C-70/06; 14 ottobre 2004, C-275/03), dai quali questo Collegio non intende discostarsi:

a) ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, c.p.a., il danneggiato deve offrire la prova dell'*an* e del *quantum* del danno che assume di aver sofferto;

b) nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del 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). Non è dubitabile, invero, che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere, comunque, fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti.

a) spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.;

b) la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità – o di estrema difficoltà – di una precisa prova sull'ammontare del danno;

c) le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente tecnico d'ufficio neppure nel caso di consulenza cosiddetta "percipiente", che può costituire essa stessa fonte oggettiva di prova, demandandosi al consulente l'accertamento di determinate situazioni di fatto, giacché, anche in siffatta ipotesi, è necessario che le parti stesse deducano quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti;

d) la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni; per la configurazione di una presunzione giuridicamente rilevante non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessità assoluta ed esclusiva (sulla base della regola della "inferenza necessaria"), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'*id quod plerumque accidit* (in virtù della regola della "inferenza probabilistica"), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici;

e) va esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'*id quod plerumque accidit* secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo);

h) anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del documento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio *curriculum* professionale), quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somma liquidata a titolo di lucro cessante;

a) il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno, a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum*;

f) tale ripartizione dell'onere probatorio in materia di *aliunde perceptum* ha sollevato in dottrina alcune perplessità, avvalorate dal pacifico orientamento della Corte di cassazione secondo cui, costituendo l'*aliunde perceptum vel percipiendum* un fatto impeditivo (in tutto o in parte) del diritto al risarcimento del danno, il relativo onere probatorio grava sul datore di lavoro (da ultimo, Cass. sez. lav., 30 maggio 2016 n. 11122).

Se non che, anche a volersi convenire con la ragionevole considerazione che l'*aliunde perceptum* costituisca un fatto impeditivo del danno, non potrebbe addivenirsi a diversa conclusione rispetto a quella poc'anzi prospettata, segnatamente in relazione al settore degli appalti; e ciò per un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, non può negarsi che, ai fini della sussistenza dell'*aliunde perceptum*, possa essere invocato il meccanismo della presunzione (semplice). In forza di tale meccanismo può quindi individuarsi una presunzione in tal senso, a sua volta fondata sull'*id quod plerumque accidit*, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili. Pertanto, in mancanza di prova contraria, che l'impresa che negli *aliunde perceptum* può fornire anche sulla base dei libri contabili, deve ritenersi che essa abbia comunque impiegato proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi quindi sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione l'*aliunde perceptum*, calcolato in genere in via equitativa e forfettaria. Del resto – e si è al secondo ordine di considerazioni – nell'ambito delle gare d'appalto, tale conclusione risulta avvalorata dalla distinta, concorrente circostanza che, da un lato, non risulta ragionevolmente predicabile la condotta dell'impresa che immobilizza le proprie risorse in attesa dell'aggiudicazione di una commessa, o nell'attesa dell'esito del ricorso giurisdizionale volto ad ottenere l'aggiudicazione, atteso che possono essere molteplici le evenienze per cui potrebbe risultare non aggiudicataria della commessa stessa (il che corrobora la presunzione); dall'altro che, ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, sicché il comportamento inerte dell'impresa ben può assumere rilievo in ordine all'*aliunde percipiendum*. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2013, n. 5884; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833; Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2013, n. 3155; Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686). Tale orientamento – assolutamente prevalente, sia pure con sfumature diverse in punto di motivazione (tra le varie: Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2014 n. 5531; sez. VI, 15 ottobre 2012 n. 5279) – consente del resto di evitare che la sentenza che vede l'impresa vittoriosa diventi occasione e strumento di ingiusta locupletazione.

42. Applicando tali principi al caso di specie il danno subito dalle società Cavecon e Gr. Può essere liquidato riconoscendo le seguenti voci.

16. Va, innanzitutto, riconosciuto, a titolo di lucro cessante, l'utile che Cavecon (o meglio Gr. In quanto cessionaria del ramo d'azienda) avrebbe conseguito attraverso l'esecuzione del contratto di appalto.

Le ricorrenti hanno puntualmente allegato e dimostrato (depositando sia l'offerta economica sia una dettagliata scheda riepilogativa) che l'utile ammonta ad € 173.021,88, che è l'importo risultante dalla somma dell'utile rispetto a ciascuna categoria di lavorazione da eseguire.

Rispetto a tale puntuale allegazione (supportata documentalmente dall'offerta e dai prospetti depositati in giudizio), l'amministrazione non ha mosso contestazioni specifiche.

Pertanto, anche in applicazione del principio di non contestazione enunciato espressamente dall'art. 64, comma 2, c.p.a., tale utile deve ritenersi provato.

17. Non può essere riconosciuto, invece, il c.d. danno curricolare, in quanto nel caso di specie le ricorrenti non hanno offerto un prova rigorosa e puntuale del documento che asseriscono di aver subito in termini di mancato arricchimento del proprio *curriculum* professionale. E ciò anche a non volersi prendere in considerazione l'orientamento secondo cui un'impresa *leader* nel settore difficilmente subisce un danno curricolare dalla mancata aggiudicazione di un appalto, attesa l'inidoneità della mancata assegnazione a scalfirne il prestigio (Cons. Stato, sez. III, 10 aprile 2015 n. 1839).

Gli elementi offerti, in relazione a tale voce di danno, risultano insufficienti e privi di quei caratteri di gravità, precisione e concordanza necessari per fondare quanto meno una presunzione semplice ai sensi dell'art. 2729 c.c..

Le ricorrenti affermano, infatti, di essere qualificate SOA nelle categorie OS 11 cat. III bis, OG 3 e OS 10 – quelle oggetto di gara – e che avrebbero potuto conseguire la qualificazione in nuove categorie ovvero implementare la classifica in categorie per le quali erano qualificate.

Affermano, inoltre, che l'esecuzione del rilevante appalto per cui è causa avrebbe assunto rilievo anche ai fini del mantenimento dei requisiti per la conferma dell'attestazione di qualificazione posseduta.

I danni prospettati sono, però, meramente potenziali e ipotetici, non essendovi alcuna prova in ordine al fatto che le ricorrenti abbiano perso la qualificazione posseduta o non abbiano potuto incrementarla proprio a causa della mancata esecuzione dell'appalto per cui è causa.

Il c.d. danno curricolare, quindi, nel caso di specie non può essere riconosciuto, perché sfornito di prova.

45. Sempre in applicazione dei principi sopra richiamati, deve, inoltre, procedersi alla decurtazione del c.d. *aliunde perceptum vel percipiendum*.

Vanno, a tal proposito, richiamati alcuni significativi dati temporali.

La sentenza del T.a.r. Calabria (n. 903/2015), che ha annullato l'aggiudicazione originariamente disposta a favore di Cavecon, è stata pubblicata il 20 maggio 2015.

La sentenza dell'Adunanza plenaria (n. 6/2016), che ha accolto l'appello, riformando la sentenza del T.a.r., è stata pubblicata il 26 febbraio 2016.

Nonostante la rapidità dei tempi di definizione del giudizio di appello, non vi è dubbio che nella ordinaria gestione di una impresa nove mesi rappresentino un periodo di tempo apprezzabile, nell'arco del quale è del tutto inverosimile ritenere (anche alla luce delle considerazioni sopra svolta in ordine alla naturale propensione al profitto dell'impresa societaria) che le ricorrenti non abbiano eseguito, o comunque non avrebbero potuto svolgere, altri contratti fonte di guadagno. Né peraltro, le ricorrenti hanno presentato elementi idonei a vincere tale presunzione.

Occorre, quindi, procedere alla decurtazione dell'*aliunde perceptumvel percipiendum*, che può essere in via equitativa determinato (tenendo conto delle caratteristiche sia dell'impresa sia dell'appalto la cui esecuzione è sfumata) nella percentuale del 25% della somma riconosciuta a titolo di lucro cessante.

46. Sulla base delle considerazioni che precedono, applicata la decurtazione del 25%, il danno complessivamente subito dalle ricorrenti (alle quali, avendo agito congiuntamente, viene rimessa la ripartizione della somma liquidata nei rapporti interni) risulta pari ad € 129.766,41.

18. Ai fini dell'integrale risarcimento del danno, che costituisce debito di valore, occorre riconoscere, inoltre, al danneggiato (dalla data di pubblicazione della sentenza dell'Adunanza plenaria n. 6 del 2016, della cui ottemperanza si tratta) sia la rivalutazione monetaria (secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat) che attualizza al momento della liquidazione il danno subito, sia gli interessi compensativi (determinati in via equitativa assumendo come parametro il tasso di interesse legale) calcolati sulla somma periodicamente rivalutata, volti a compensare la mancata disponibilità di tale somma fino al giorno della liquidazione del danno, sia, infine, gli interessi legali sulla somma complessiva dal giorno della pubblicazione della sentenza (che con la liquidazione del credito ne segna la trasformazione in credito di valuta) sino al soddisfo.

19. Si ritiene opportuno fissare sin da ora le modalità per l'esecuzione della sentenza di condanna (a maggior ragione considerando che la domanda è proposta in sede di ottemperanza).

Al pagamento della somma liquidata l'amministrazione dovrà provvedere entro il termine di giorni 60 dalla comunicazione in via amministrativa della presente decisione o dalla sua notificazione – se anteriore – ad istanza di parte.

Scaduto infruttuosamente tale termine, senza che in tutto o in parte sia stata prestata ottemperanza, il signor Prefetto di Catanzaro designerà, nel termine di giorni 10 dalla ricezione di apposita richiesta scritta da parte dell'interessata, un funzionario munito di adeguata professionalità, affinché provveda, quale commissario ad acta, a tutto quanto necessario per l'esautiva ottemperanza al giudicato in questione nel termine di giorni 60 decorrenti dalla nomina.

Il commissario potrà accedere agli atti della amministrazione ed avvalersi dei relativi apparati burocratici.

20. Non vi è luogo a provvedere sulla domanda volta ad ottenere, a titolo di penalità di mora, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e), una somma di denaro per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione del giudicato. La domanda di c.d. *astreintes*, infatti (come si evince dall'ordine delle conclusioni formulate nel ricorso introduttivo), è stata proposta solo con riferimento all'ipotesi di accoglimento della domanda principale di conseguire l'aggiudicazione e subentrare nel contratto, domanda, tuttavia, divenuta improcedibile a

fronte dell'ultimazione dei lavori anteriormente alla pubblicazione della sentenza della cui ottemperanza si tratta.

50. In conclusione, l'Adunanza plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

1. *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.*

2. *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'antigiuridicità della condotta.*

3. *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.*

4. *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 nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.), e la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità – o di estrema difficoltà – di una precisa prova sull'ammontare del danno.*

21. *Il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato o potuto riutilizzare mezzi e manodopera per altri lavori, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum.*

51. La complessità e la parziale novità delle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sul ricorso in ottemperanza, come in epigrafe proposto:

- dichiara improcedibile la domanda diretta a conseguire l'aggiudicazione e la correlata domanda proposta ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e) c.p.a. ;
- dichiara il difetto di giurisdizione sulla domanda proposta nei confronti del Consorzio Stabile Grandi Opere;
- accoglie, in parte, la domanda di risarcimento del danno nei confronti dell'A.N.A.S. e, per l'effetto, la condanna al pagamento, a favore delle società Cavecon s.r.l. e Gr. S.r.l., della somma complessiva di € 129.766,41, oltre ad interessi e rivalutazione come specificato in motivazione;
- fissa il termine di giorni 60 decorrenti dalla comunicazione in via amministrativa della presente decisione o dalla sua notificazione – se anteriore – ad istanza di parte per il pagamento della somma dovuta;
- nomina per il caso di perdurante inadempimento oltre tale termine come commissario *ad acta* il Prefetto di Catanzaro, che provvederà all'esecuzione della sentenza secondo le modalità indicate in motivazione;
- compensa integralmente le spese del giudizio fra tutte le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Vito Poli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Francesco Bellomo, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 12 MAG. 2017.

RISARCIMENTO DEL DANNO IN MATERIA DI APPALTI E GIURISDIZIONE

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f. -
Dott. PICCININNI Carlo - Presidente di Sez. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sez. -
Dott. BIELLI Stefano - Consigliere -
Dott. VIRGILIO Biagio - Consigliere -
Dott. MANNA Felice - Consigliere -
Dott. CIRILLO Ettore - rel. Consigliere -
Dott. FRASCA Raffaele - Consigliere -
Dott. PERRINO Angelina Maria - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 16514-2015 proposto da:

COMUNE DI SAN FERDINANDO DI PUGLIA, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DI VILLA PAMPILI 33, presso lo studio dell'avvocato GIOVANNI ANTONIO RAMPINO, rappresentato e difeso dall'avvocato FABIANO AMATI;

- ricorrente -

contro

LINKS MANAGEMENT & TECHNOLOGY S.P.A.;

- intimata -

avverso la sentenza del CONSIGLIO DI STATO, depositata in data 23/02/2015.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21/03/2017 dal Consigliere Dott. ETTORE CIRILLO;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale Dott. FUZIO Riccardo, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato Federico Rutigliano per delega dell'avvocato Fabiano Amati.

FATTI DI CAUSA

5. Links Management & Technology S.p.A. ricorreva al TAR della Puglia impugnando l'atto di autotutela n. 15 del 16 gennaio 2013, con la quale la giunta municipale del Comune di San Ferdinando di Puglia aveva annullato l'affidamento del servizio di valorizzazione del patrimonio culturale ambientale e di tourist automation per l'itinerario turistico-culturale normanno-svevo-angioino del quale la ricorrente era divenuta aggiudicataria definitiva, in raggruppamento temporaneo con Telecom Italia S.p.A., il primo settembre 2011.

6. Il giudice di primo grado respingeva il ricorso, giudicando il potere di autotutela legittimamente esercitato per sopravvenuta mancanza di copertura finanziaria del contratto posto a gara. Accoglieva, invece, la subordinata domanda di risarcimento del danno avanzata dalla società aggiudicataria. Riteneva, infatti, violato dal Comune il dovere di buona fede a carico della P.A. per aver (a) promosso una gara dall'incerta copertura di spesa, (b) portato a fine l'affidamento del contratto e, il 7 dicembre 2011, addirittura (c) autorizzato l'aggiudicataria ad anticiparne l'esecuzione.

Consequenzialmente condannava il Comune al ristoro del pregiudizio subito dalla ricorrente, stimandolo in Euro 244.334,22 (oltre i.v.a. e interessi), il tutto pari al 75% della fornitura certificata dall'amministrazione nel primo stato di avanzamento, a fronte del quale l'aggiudicataria aveva inizialmente emesso fattura di Euro 325.778,96 liquidata dall'amministrazione il 2 marzo 2012 ma, in concreto, mai onorata.

3. Il Comune e la società ricorrente proponevano separati appelli poi riuniti: a) il primo contestava la condanna risarcitoria e, in subordine, la giurisdizione amministrativa su tale capo di domanda; b) la seconda si doleva della conferma dell'atto di autotutela e, in subordine, dell'omessa liquidazione del danno per l'intera somma fatturata. Il Consiglio di Stato respingeva entrambi gli appelli.

In primo luogo osservava come l'esercizio del potere di autotutela fosse giustificato dalla circostanza che fosse scaduto il termine di efficacia del finanziamento dell'opera, non rilevando il fatto che la Regione avesse erogato un acconto, giacché l'anticipo in questione traeva comunque la propria causa nel finanziamento integrale, senza il quale non sarebbe stata coperta l'intera spesa derivante dal contratto.

In secondo luogo rilevava come la responsabilità fatta valere da Links Management & Technology S.p.A. traesse origine da una procedura di affidamento di pubblici servizi svolta da un soggetto pubblico pacificamente tenuto all'osservanza delle norme di evidenza pubblica e si collocasse, a pieno titolo, nella giurisdizione esclusiva prevista nell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), cod. proc. amm., inclusivo delle controverse risarcitorie. Si trattava di azione di condanna per responsabilità precontrattuale, ricondotta alla giurisdizione amministrativa in materia di procedure a evidenza pubblica dalla costante giurisprudenza, anche laddove l'affidamento sull'esito favorevole della gara risultasse frustrato dall'adozione di atti di ritiro legittimi. Infatti Links Management & Technology S.p.A. aveva domandato il ristoro per equivalente delle spese sostenute per le prestazioni fornite in virtù dell'autorizzazione all'esecuzione anticipata, in vista della stipula del contratto, poi non avvenuta per effetto dell'atto impugnato nel presente giudizio. La società aveva, dunque, azionato una pretesa

non già conseguente al mancato pagamento del corrispettivo, ma derivante dalla violazione del canone di buona fede da parte della P.A..

In terzo luogo osserva che non veniva in rilievo l'ipotesi di responsabilità a carico del "funzionario o dipendente che hanno consentito la fornitura" in assenza di copertura della spesa ai sensi dell'art. 191, comma 4, T.u.e.l. poichè l'ipotesi contemplata da quest'ultima disposizione concerneva appunto le domande fondate sul presupposto dell'esistenza di un'obbligazione contrattuale.

Infine rilevava che la responsabilità della P.A., sub specie di danno emergente, era limitata al rimborso delle spese inutilmente sostenute, ma esse non potevano coprire l'intera somma fatturata, giacchè doveva presumersi che essa incorporasse l'utile d'impresa sulle prestazioni eseguite, il quale in tanto poteva essere dovuto, in quanto queste fossero assistite da un valido ed efficace titolo contrattuale. Il ristoro doveva, quindi, essere limitato al presumibile costo delle prestazioni in questione, in relazione al quale il TAR aveva proceduto con metodo forfetario di quantificazione, ex art. 1226 cod. civ., riducendo del 25% l'importo della fattura.

4. Per la cassazione della decisione in punto di giurisdizione il Comune propone ricorso sostenendo la devoluzione della domanda risarcitoria al giudice civile ordinario in luogo dell'adito giudice amministrativo. Links Management & Technology S.p.A. resta intimata.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo il ricorrente, denunciando violazione di norme di diritto sostanziali (T.u.e.l., art. 191; art. 2042 cod. civ.), sostiene che il capo di domanda controverso radicava la giurisdizione del giudice civile ordinario atteso che l'esecuzione d'urgenza del contratto era priva d'impegno di spesa, perchè mancante di copertura la gara, il che comportava l'esistenza di un'obbligazione contrattuale ed ex lege la responsabilità del funzionario autorizzante in termini novazione soggettiva stante l'assenza di utilità e arricchimento per il Comune, in difetto del riconoscimento del debito fuori bilancio preclusa dall'art. 194 T.u.e.l..

2. Con il secondo motivo, denunciando violazione di norme di diritto processuali (art. 133 cod. proc. amm., comma 1, lett. e), sostiene che il capo di domanda controverso radicava la giurisdizione del giudice civile ordinario atteso che la parte privata aveva chiesto l'intero corrispettivo della fornitura dei servizi senza limitarsi all'interesse negativo tant'è che il TAR prima e il Consiglio di Stato poi avevano riconosciuto a Links Management & Technology S.p.A. anche l'i.v.a., il che contrastava in radice con la natura risarcitoria della pretesa azionata.

3. Il ricorso è infondato e i due motivi possono essere trattati congiuntamente. Va premesso che, secondo vasto orientamento delle Sezioni unite in materia di appalti pubblici, la L. 21 luglio 2000, n. 205, artt. 6 e 7, e il cod. proc. amm., art. 133, hanno attribuito esclusivamente al giudice amministrativo il contenzioso sulla procedura di affidamento dell'appalto, restando devolute al giudice civile le vertenze afferenti al contratto e alla sua esecuzione, dato che esse ineriscono a diritti e obblighi scaturenti dal contratto stesso (Cass. Sez. U, 27/02/2007, n. 4425 e 04/02/2009, n. 2634).

Il caso di specie è connotato proprio dal rilievo che, successivamente all'aggiudicazione della gara alla odierna intimata, non si è mai giunti alla stipulazione del contratto. Infatti, dopo l'aggiudicazione - e su esclusivo impulso del Comune - si è aperta una fase interlocutoria volta ad anticipare alcune prestazioni afferenti all'oggetto dell'instaurando

rapporto d'appalto, in realtà mai più instaurato per effetto della deliberazione di annullamento in autotutela della già dichiarata aggiudicazione, per carenza di copertura finanziaria. Pertanto, mancando il contratto d'appalto, perchè mai stipulato, si è rimasti nella fase di quel procedimento ad evidenza pubblica connotato da una mera aggiudicazione seguita da annullamento in autotutela.

Da tempo, le Sezioni unite hanno chiarito che "nelle procedure ad evidenza pubblica, aventi ad oggetto l'affidamento di servizi pubblici, la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre nella successiva fase contrattuale riguardante l'esecuzione del rapporto la giurisdizione è attribuita al giudice ordinario" (Cass. Sez. U, 23/07/2013, n. 17858; conf.: Cass. Sez. U, 09/11/2012, n. 1939; 08/07/2015, n. 14188; 13/03/2009, n. 6068; 05/04/2012, n. 5446).

Principi analoghi si sono affermati nella giurisprudenza regolatrice delle Sezioni unite laddove si è ripetutamente affermato che l'azione di risarcimento del danno per responsabilità in relazione ad una procedura di affidamento di appalto di opere pubbliche per attività amministrativa non conforme a buona fede appartiene alla giurisdizione del comparto TAR - Consiglio di Stato, avendo pur essa per oggetto atti o provvedimenti della procedura concorsuale obbligatoria, nonchè relativi all'individuazione del contraente a seguito dell'aggiudicazione, e comunque inerenti alla fase antecedente alla stipulazione del contratto di appalto (Cass., Sez. U, 30/07/2008, n. 20596; conf.: Cass., Sez. U, 27/02/2008, n. 5084; Cons. Stato, Ad. Plen., 05/09/2005, n. 6).

4. Sono, dunque, comprese nella giurisdizione amministrativa anche le liti concernenti il risarcimento del danno da responsabilità dell'amministrazione per il mancato rispetto delle norme di correttezza, regole la cui violazione si concretizza quando siano venuti meno gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi, che avevano ingenerato affidamento di buona fede e in special modo l'eventuale esecuzione anticipata, però senza alcun seguito contrattuale. Sussiste, in particolare, la responsabilità del soggetto pubblico quando l'amministrazione, dopo avere indetto una gara di appalto e pronunciato l'aggiudicazione, ne disponga la revoca per carenza delle risorse finanziarie occorrenti. In tale ipotesi, infatti, la responsabilità risale alla mancanza di vigilanza e coordinamento sugli impegni economici che l'amministrazione aveva assunto quando la procedura di evidenza pubblica era stata avviata, emettendo atti sulla cui legittimità aveva confidato il soggetto aggiudicatario, in special modo se proceda ad esecuzione anticipata su sollecitazione della parte pubblica.

La giurisdizione esclusiva, configurata per le procedure di evidenza pubblica tese alla ricerca dell'aggiudicatario negli appalti di lavori servizi e forniture, conduce alla identificazione di un'area nella quale sono in campo interessi legittimi e diritti soggettivi in correlazione tra di loro (Corte Cost. n. 204 del 2004). E' proprio l'esercizio del potere autoritativo che consente di configurare quella particolare materia prefigurata dai costituenti nell'intreccio tra diritti del privato, da un lato, e interessi e poteri della P.A., dall'altro (Cass. Sez. U, 13/12/2016, n. 25516).

Conseguenzialmente è solo la parte che tocca comunque l'esercizio del potere amministrativo che può essere legittimamente devoluta alla giurisdizione esclusiva del comparto TAR - Consiglio di Stato, dovendo restare alla giurisdizione civile le vertenze ogniqualvolta non venga in riguardo alcun intreccio tra diritti privati e interessi/poteri pubblici. E' appena il caso di ricordare che è nelle controversie devolute alla sua

giurisdizione che il giudice amministrativo può conoscere delle questioni relative al risarcimento del danno ed ha il potere di disporre a riguardo del risarcimento richiesto (Cass. Sez. U, 02/05/2003, n. 6719).

Il legislatore del 2000 così come quello del cod. proc. amm. (art. 133) prevedono la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle controversie di carattere risarcitorio originate dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica, ovverosia le pretese di sostanziale responsabilità precontrattuale. Si realizza, infatti, quella situazione d'interferenza tra diritti e interessi, tra momenti di diritto comune e di esplicazione del potere che si pongono a fondamento costituzionale delle aree conferite alla cognizione del giudice amministrativo (conf.: Cons. Stato, 25/11/2015, n. 5356; 18/04/2012, n. 2239; 14/03/2007, n. 1248), riguardo ad atti e comportamenti assunti prima dell'aggiudicazione o, come nella specie, nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la mancata stipula del contratto (conf. Cass. Sez. U, n. 17858/2013 e altre sopracitate).

6. La decisione del Consiglio di Stato in esame fa corretta applicazione di tali principi laddove - nel valutare la domanda di danni alternativa e subordinata a quella principale di annullamento dell'autotutela amministrativa - si pone nell'alveo di orientamento consolidato sul rilievo che l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione può produrre responsabilità della P.A. per i danni che l'impresa provi di aver subito per aver fatto affidamento sull'aggiudicazione nell'anticipare, rispetto al contratto non ancora stipulato, l'esecuzione del servizio così come richiesto della stessa P.A. (v. Cass. Sez. U, 21/04/2016, n. 8057 sull'affidamento come riflesso dell'agire provvedimentoale, privo d'incidenza sulla giurisdizione).

Il che non comporta e non realizza affatto alcun corrispettivo esigibile di una prestazione resa, così come emerge concretamente, nel caso di specie, per effetto dell'esplicita liquidazione ex art. 1226 cod. civ. del pregiudizio subito da Links Management & Technology S.p.A., effettuata dal TAR mediante equitativa decurtazione del 25% dell'importo inizialmente fatturato e rimasto insoluto. Infatti, quando il ristoro è concretamente fondato sulla lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa appaltatrice da un atto rivelatosi illegittimo e annullato in autotutela, ci si duole del pregiudizio derivante dall'illegittimo esercizio di un potere amministrativo solo apparentemente favorevole al privato ma che ridonda alla fine in senso sfavorevole ad esso. Tutto ciò resta nell'ambito della giurisdizione amministrativa che, configurata dal cod. proc. amm. (art. 133) come esclusiva per le procedure di evidenza pubblica tese alla ricerca dell'aggiudicatario negli appalti di lavori servizi e forniture, mira alla perimetrazione di un campo dove interessi e diritti sono intimamente correlati, sì da prevedere la cognizione, da parte del medesimo giudice, sia della vertenza su interessi legittimi della fase pubblicistica sia della correlata - e nella specie contestuale - vertenza di natura risarcitoria (v. più in generale Cass. Sez. U, 21/04/2016, n. 8057).

7. La circostanza che sia stata richiesta e riconosciuta sull'importo ridotto anche la rivalsa dell'i.v.a. non vale a incrinare il ragionamento, atteso che trattasi di valutazione attinente alla cognizione di merito e non al profilo della giurisdizione, in disparte il rilievo tributario della questione neppure incidentalmente compiuto dal giudice amministrativo.

8. Nè, sotto altro profilo, incide sulla giurisdizione la questione sollevata circa l'asserita responsabilità diretta del funzionario agente e non dell'amministrazione a mente dell'art. 191, comma 4, T.u.e.l.. Richiama la difesa il divieto per i Comuni di effettuare qualsiasi spesa in assenza d'impegno contabile registrato sul competente capitolo di bilancio

(comma 1) e l'assenza di riconoscimento di legittimità di debiti fuori bilancio (art. 194). Sennonchè, sub specie di violazione del riparto di giurisdizione, s'introduce un thema decidendum, quello della pretesa violazione di norme di diritto sostanziali da parte del Consiglio di Stato che esorbita dai limiti della cognizione impugnatoria devoluta alle Sezioni unite nelle loro attribuzioni di mera regolazione. E', infatti, esclusa ogni possibilità di sindacato su asseriti errores in iudicando (Cass. Sez. U, 18/06/2008, n.16537) ovvero per dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge (Cass. Sez. U, 30/10/2013, n. 24468 e 14/09/2012, n.15428;

Non essendovi costituzione o difesa dell'intimata Links Management & Technology S.p.A. nessuna statuizione deve essere adottata in punto di spese.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

Così deciso in Roma, il 21 marzo 2017.

Depositato in Cancelleria il 29 maggio 2017

RISARCIMENTO DEL DANNO IN MATERIA DI OCCUPAZIONE ABUSIVA E GIURISDIZIONE

Cassazione civile, sez. un., 15/05/2017, n. 11988

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CANZIO Giovanni	- Primo Presidente -
Dott. SCHIRO' Stefano	- Presidente di Sezione -
Dott. AMOROSO Giovanni	- Presidente di Sezione -
Dott. NAPPI Aniello	- Consigliere -
Dott. CAMPANILE Pietro	- Consigliere -
Dott. ARMANO Uliana	- Consigliere -
Dott. D'ASCOLA Pasquale	- Consigliere -
Dott. BARRECA Giuseppina Luciana	- Consigliere -
Dott. FALASCHI Milena	- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 1301/2016 per regolamento di giurisdizione proposto da:
ufficio dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, con
sentenza depositata in data 17/12/2015 (r.g. n.98/2013) nel giudizio
tra:

C.R.;

- ricorrente -

contro

COMUNE DI (OMISSIS);

- resistente -

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del
04/04/2017 dal Consigliere Dott. MILENA FALASCHI;

lette le conclusioni scritte del Pubblico Ministero, in persona del
Sostituto Procuratore Generale Dott. RUSSO Rosario Giovanni, il
quale chiede che le Sezioni Unite della Suprema Corte dichiarino
inammissibile il regolamento per tardività ai sensi dell'art. 11,
comma 3 c.p.a..

RITENUTO IN FATTO

Il 25 gennaio 2011 il Comune di (OMISSIS) ha emesso nei confronti di C.R. richiesta di pagamento a titolo di indennizzo, sulla base dell'atto presupposto n. 11377 del 28.06.2011 L. n. 311 del 2004, ex art. 274, per occupazione abusiva di suolo demaniale di mq. 1.178,00 in località (OMISSIS) per il periodo (OMISSIS), utilizzato per attività turistico-balneare, ricadente al foglio di mappa n. (OMISSIS) particella (OMISSIS), per la somma di Euro 161.029,88.

La C. ha proposto opposizione, chiedendo l'annullamento del provvedimento avanti al Tribunale ordinario di Paola - Sezione distaccata di Scalea, che - per quanto qui ancora di interesse - con sentenza n. 291 del 28.11.2012, ha declinato la giurisdizione in favore del giudice amministrativo, inferendosi dalla documentazione in atti l'esistenza di un rapporto pubblicistico tra la ricorrente e l'ente locale.

Il giudizio è stato, quindi, riassunto innanzi al TAR-Calabria, che con sentenza n. 1925 del 2015 (ritualmente comunicata), ha sollevato d'ufficio conflitto negativo di giurisdizione quanto alle domande concernenti l'esistenza o meno dell'obbligazione della ricorrente al pagamento degli oneri di occupazione demaniale, ritenendo la controversia devoluta al giudice ordinario in assenza di concessione demaniale in sanatoria e dunque di una regolazione contrattuale della posizione abusiva dedotta, dichiarate inammissibili le domande relative alla richiesta di condanna del Comune al rilascio di concessione

demaniale marittima in favore della ricorrente e quella di risarcimento dei danni per ritardo nell'esercizio dei poteri amministrativi in capo all'ente locale.

Sono state acquisite le conclusioni scritte del Procuratore Generale, nonché i verbali di udienza del giudizio promosso avanti al Tribunale amministrativo di Calabria, mentre le parti non hanno spiegato difese.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Va preliminarmente esaminata la questione di ammissibilità del regolamento: diversamente da quanto sostenuto dall'Ufficio di Procura Generale (che peraltro ha concluso senza avere a disposizione i verbali di udienza, nonostante ne avesse formulato istanza per ben due volte), deve ritenersi tempestivo il conflitto sollevato.

Occorre premettere che il riferimento alla "prima udienza", quale limite temporale per sollevare il conflitto di giurisdizione, riguarda la prima udienza fissata per la trattazione del merito, come osservato da queste Sezioni Unite, individuata la ragione ispiratrice della L. n. 69 del 2009, art. 59, comma 3, (applicabile anche ai giudizi, come nella specie, instaurati anteriormente all'entrata in vigore della L. n. 69 del 2009: v. Cass., Sez. Un., n. 23109 del 2010, e, conformemente, Cass., Sez. Un., n. 24421 del 2010; Cass., Sez. Un., n. 24686 del 2010) in quella di evitare, almeno tendenzialmente, ogni inutile dispendio di attività processuale, di modo che la competenza giurisdizionale, già individuata nella precedente sentenza, è destinata a divenire incontestabile qualora il giudice successivamente adito non evidenziasse immediatamente le ragioni del proprio eventuale dissenso, provocando l'intervento risolutore delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (v. Cass., Sez. Un., 19 maggio 2014 n. 10922).

In ipotesi di giudizio tempestivamente riproposto, dopo la declinatoria di giurisdizione del giudice ordinario, davanti al giudice amministrativo, l'art. 11, comma 3, del codice del processo amministrativo indica nella prima udienza il tempo oltre il quale il giudice amministrativo non può sollevare il conflitto.

Come queste Sezioni Unite hanno già statuito con la sentenza 13 aprile 2012, n. 5873, per un verso tale udienza è quella fissata in base all'art. 71, comma 3, codice cit. ("udienza per la discussione del ricorso") e disciplinata dall'art. 73; per l'altro verso, la disposizione dell'art. 11, comma 3, del codice va interpretata alla stregua di quella, analoga, contenuta nella L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 59, comma 3, (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), ove è previsto che "il giudice davanti al quale la causa è riassunta può sollevare d'ufficio... tale questione... fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito (v. anche Cass., Sez. Un., 13 dicembre 2016 n. 25515).

Ne consegue che, in tema di regolamento d'ufficio, non è ostativa al promovimento del conflitto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo adito a seguito di translatio iudicii la circostanza che detto giudice, prima dell'udienza di discussione, abbia celebrato una (o più) camera di consiglio sulla richiesta di emanazione di misure cautelari, anche ove abbia emesso, all'esito della stessa, un provvedimento provvisorio per assicurare internamente gli effetti della decisione sul merito del ricorso (v. Cass., Sez. Un., 2 luglio 2015 n. 13570).

Alla luce delle considerazioni che precedono, nella specie non può ritenersi superato il limite de quo, dal momento che fissata "prima" udienza di trattazione del merito all'11.12.2015 (anticipata da adunanze camerale del 7 marzo e del 13 giugno 2013 relative alle sole questioni cautelari) il TAR, in detta udienza pubblica, nel prendere in

decisione la controversia, ha formulato espressa riserva di valutare gli "aspetti sulla giurisdizione con riferimento ad un possibile conflitto con la sentenza del Tribunale di Paola" (v. estratto di verbale di udienza), con la conseguenza che l'emissione della sentenza con la quale il Tar ha elevato conflitto negativo di giurisdizione, relativamente alle domande di condanna al pagamento di indennità da occupazione abusiva di suolo, deve ritenersi tempestiva.

Passando al fondo del regolamento, si tratta di stabilire se spetti al giudice ordinario o al giudice amministrativo la giurisdizione sulla controversia sorta a seguito dell'impugnazione del provvedimento n. 2107 del 2011 con il quale il Comune di (OMISSIS) ha richiesto alla C. il pagamento di indennizzo per occupazione abusiva di suolo demaniale.

La tesi del giudice rimettente è fondata.

La giurisprudenza di queste Sezioni Unite ha più volte affermato che le controversie concernenti indennità, canoni od altri corrispettivi riservate, in materia di concessioni amministrative, dalla L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5, comma 2, alla giurisdizione del giudice ordinario sono solo quelle con un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della P.A. a tutela di interessi generali; quando, invece, la controversia coinvolga la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio sottostante, ovvero quando investa l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione del canone e non semplicemente di accertamento tecnico dei presupposti fattuali economico-aziendali (sia sull'an che sul quantum), la medesima è attratta nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo (Sez. Un., n. 15644 del 2010; Sez. Un., n. 441 del 2007; Sez. Un. n. 22661 del 2006). Più precisamente, già in precedenza è stato ritenuto che l'ente cui appartiene un bene di demanio naturale e necessario, per ottenere che gli sia restituito da chi lo detiene, ha

facoltà di procedere in via amministrativa, ma può valersi dei mezzi ordinari a della proprietà (art. 823 c.c.). Se lo fa, la domanda rientra nella giurisdizione del giudice ordinario perchè con essa si chiede tutela per un diritto soggettivo, nè rileva che la parte contro cui è rivolta si trovi nella detenzione del bene per averlo avuto in concessione.

Nella specie la domanda non ha fondamento nel rapporto di concessione, ma appunto nel diritto di proprietà, e la circostanza che la detenzione della convenuta/opponente in origine derivasse da una concessione non è idonea a fondare la giurisdizione del giudice amministrativo, se non sorgono questioni in merito al provvedimento concessorio o che, in ogni caso, investano l'azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio (v. in tal senso Sez. Un., n. 20749 del 2008).

Ne consegue che la domanda di corresponsione di indennizzo ovvero di risarcimento del danno da occupazione abusiva, avanzata dal Comune di (OMISSIS), ai sensi del D.Lgs. n.80 del 1998, art. 33, comma 1 (poi sostituito dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7), nella previsione limitata a seguito della dichiarazione di incostituzionalità da parte della Corte delle leggi (Corte Cost. n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006), in sintonia con la giurisprudenza formatasi sulla L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 5, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, non coinvolgendo la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio sottostante o l'esercizio di poteri discrezionali nella determinazione delle indennità o canoni stessi (v., Sez. Un. n. 15217 del 2006; Sez. Un. n. 22661 del 2006; Sez. Un. n. 411 del 2007 e Sez. Un. n. 3046 del 2007). Si tratta di controversia contrassegnata da un contenuto meramente patrimoniale, attinente al rapporto interno tra P.A. concedente e preteso concessionario del bene o del servizio pubblico, contenuto in ordine al quale la contrapposizione tra le parti si presta ad essere

schematizzata secondo il binomio "obbligo-pretesa", senza che assuma rilievo un potere d'intervento riservato alla P.A. per la tutela d'interessi generali.

Nè rilevano sul punto le domande formulate dalla C. (relative alla richiesta di condanna del Comune al rilascio di concessione demaniale marittima in suo favore e quella di risarcimento dei danni per ritardo nell'esercizio dei poteri amministrativi in capo all'ente locale), in cui assume rilievo un potere di intervento della p.a. a tutela di interessi generali, avendo il giudice amministrativo provveduto alla separazione delle varie pretese fatte valere in giudizio, riguardando cause tra loro scindibili, che hanno mantenuto una loro autonomia.

Va quindi affermata la giurisdizione del giudice ordinario; va rimessa la causa al tribunale territorialmente competente, in ottemperanza del principio della translatio iudicii, di cui alla L. n. 69 del 2009, art. 59, giudice a cui va rimessa anche la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte, decidendo a sezioni unite, afferma la giurisdizione del giudice ordinario e rimette la causa al Tribunale di Paola, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 4 aprile 2017.

Depositato in Cancelleria il 15 maggio 2017

RISARCIMENTO DEL DANNO NEL PUBBLICO IMPIEGO E RIPARTO DI GIURISDIZIONE

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DI PALMA Salvatore	- Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni	- Presidente di Sezione -
Dott. DIDONE Antonio	- Presidente di Sezione -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo	- Presidente di Sezione -
Dott. NAPPI Aniello	- Consigliere -
Dott. CRISTIANO Magda	- Consigliere -
Dott. CHINDEMI Domenico	- Consigliere -
Dott. MANNA Felice	- Consigliere -
Dott. BERRINO Umberto	- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 25315/2015 proposto da:

COMUNE (OMISSIS), in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, presso la CANCELLERIA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall'avvocato DOMENICO LO POLITO;
- ricorrente - contro

B.S., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA GRAMSCI 16, presso lo studio dell'avvocato FRANCO PANDOLFO, rappresentato e difeso dall'avvocato ANTONIO CARMINE LA BANCA;

- controricorrente -

avverso la sentenza della CORTE D'APPELLO di CATANZARO, depositata il 03/08/2015; Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/01/2017 dal Consigliere Dott. UMBERTO BERRINO;
udito il P.M., in persona dell'Avvocato Generale Dott. IACOVIELLO Francesco Mauro, che ha concluso chiedendo il rigetto del ricorso.

FATTI DI CAUSA

B.S., collocatosi primo in graduatoria a pari merito con altro concorrente nel pu concorso indetto dall'amministrazione comunale di (OMISSIS) per l'assunzione di un autista di "scuolabus", ricorreva al TAR della Calabria per sentir dichiarare l'illegittimità del provvedimento col quale la predetta amministrazione aveva -bblico dichiarato vincitore l'altro partecipante al concorso. Ottenuta sentenza favorevole, confermata dal Consiglio di Stato, e formatosi il giudicato su tale pronunzia, il ricorrente metteva in mora l'amministrazione comunale affinché lo assumesse. Ciò avveniva in data 28.4.2006 sulla base di un contratto che, tuttavia, prevedeva la sua decorrenza dal 15.2.1989 ai soli fini giuridici e non anche economici, per cui il B. richiedeva al Tribunale di Castrovillari la condanna dell'amministrazione convenuta al risarcimento del danno patrimoniale in misura pari alle somme che avrebbe percepito se fosse stato tempestivamente assunto sin dalla data prevista dalla procedura concorsuale.

L'adito giudice, accogliendo la domanda, condannava la convenuta al pagamento di Euro 176.133,33 con sentenza confermata dalla Corte d'appello di Catanzaro che, in data 18.6.2015, respingeva, altresì, il motivo del difetto di giurisdizione sollevato dall'appellante amministrazione.

La Corte territoriale rilevava che l'illecito permanente perpetrato dall'amministrazione comunale era cessato solo in data 28.4.2006, allorquando era avvenuta l'assunzione con contratto che prevedeva, attraverso una disposizione elusiva del giudicato amministrativo, la decorrenza ai fini economici dal 2.5.2006, per cui la lamentata lesione del diritto si era consumata ben oltre la data dell'1.7.1998, rappresentante il limite

temporale per la sussistenza della giurisdizione amministrativa nella materia oggetto d'esame. Per la Cassazione della sentenza ricorre il Comune di (OMISSIS) con due motivi, deducendo il difetto di giurisdizione del giudice ordinario e lamentandosi del mancato accoglimento dell'eccezione di prescrizione quinquennale del credito.

Resiste con controricorso B.S..

RAGIONI DELLA DECISIONE

9. Col primo motivo il ricorrente sostiene che nella fattispecie la giurisdizione è del giudice amministrativo in quanto il risarcimento del danno è stato richiesto dalla controparte a decorrere dal 15.2.1989, epoca in cui fu emesso l'atto oggetto di annullamento, vale a dire allorquando sussisteva ancora la giurisdizione amministrativa in materia di pubblico impiego, sia con riguardo alle questioni attinenti alla procedura concorsuale che all'instaurazione del relativo rapporto di lavoro. Quindi, secondo tale assunto difensivo, il dato storico di partenza è rappresentato dalla pubblicazione della graduatoria concorsuale, successivamente annullata, posto che solo allora sorgeva la presunta responsabilità dell'ente pubblico nei confronti del concorrente, situazione, questa, rilevante ai fini dell'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo. Ciò in quanto, con la propria domanda, la controparte aveva ricondotto il diritto al risarcimento del danno non al contratto costitutivo del rapporto di lavoro, bensì all'illegittimo esercizio del potere della pubblica amministrazione nell'espletamento della gara concorsuale, successivamente annullata.

10. Col secondo motivo il ricorrente deduce la violazione della norma sull'applicabilità del termine quinquennale di prescrizione per risarcimento del danno extra-contrattuale, nonché l'inesistenza dell'ipotesi di un danno permanente. In pratica, la difesa del Comune di (OMISSIS) contesta la decisione impugnata nella parte in cui il giudicante ha ritenuto che si era in presenza di un illecito permanente che non aveva consentito la maturazione dell'eccepita prescrizione. Al contrario, si sostiene che il danno lamentato dalla controparte era insorto con l'asserito comportamento illegittimo tenuto dalla pubblica amministrazione nella procedura di concorso, mentre le conseguenze successive determinate dalla mancata ottemperanza al giudicato amministrativo costituito solo un mero sviluppo ed aggravamento del danno già sorto.

Quindi, il termine di prescrizione quinquennale per la pretesa risarcitoria poteva decorrere solo dall'adozione degli atti dichiarati illegittimi; tuttavia, da allora non era stato posto in essere alcun atto interruttivo della prescrizione ad opera dell'interessato.

Pertanto, il momento costitutivo del diritto al risarcimento del danno era rappresentato, secondo tale tesi difensiva, dalla pubblicazione della graduatoria del concorso avvenuta nel 1989, quale atto integrante l'illecito istantaneo fonte di responsabilità della pubblica amministrazione, per cui non poteva coincidere con quello di stipula del contratto di assunzione successivamente intercorso tra le parti a completamento dell'iter procedimentale.

11. Rileva, anzitutto, la Corte che il D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 69, comma 7, stabilisce espressamente quanto segue: -Sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'art. 63, del presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000".

Tanto premesso, si osserva che la controversia in esame trova la sua ragion d'essere nel fatto che B.S., collocatosi primo in graduatoria a pari merito con altro concorrente per l'assunzione come autista di "scuolabus" presso il Comune di (OMISSIS), essendo stato assunto soltanto a seguito dell'annullamento giurisdizionale amministrativo del provvedimento comunale, ha lamentato la tardività dell'assunzione ed ha chiesto il risarcimento dei danni commisurati all'importo delle retribuzioni che avrebbe percepito se fosse stato tempestivamente assunto sin dal 15.2.1989, data prevista dalla procedura concorsuale, detratto l'aliunde perceptum.

4. Orbene, il primo motivo è infondato in quanto la presente controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario alla stregua del criterio del cosiddetto "petitum sostanziale", cioè della causa petendi della domanda "(costituita dall'intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio, siccome individuata dal giudice e determinata in relazione alla sostanziale protezione ad essa accordata in astratto dal diritto positivo).

Infatti, l'oggetto della controversia non è una situazione giuridica nascente da un rapporto di impiego già in atto, ma si fonda sull'assenza della sua tempestiva costituzione e sui danni economici da ciò scaturiti, restando in tal modo estraneo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, già esistente in materia di pubblico impiego, nella quale ricadevano le sole controversie inerenti a rapporti di lavoro già costituiti.

Ne consegue che nella specie la questione della natura della situazione soggettiva fatta valere dal suddetto soggetto, che si assume lesa dal comportamento del predetto ente locale, riguardo alla quale si deduce il lamentato danno non vertendosi in ipotesi di giurisdizione esclusiva - attiene esclusivamente al merito della vicenda giurisdizionale, competendo, in generale, al giudice ordinario adito con una controversia avente ad oggetto una pretesa risarcitoria accertare se la situazione giuridica soggettiva fatta sia tale da determinare l'insorgere di un'obbligazione risarcitoria (per un precedentevalere analogo v. Sez. U, sentenza n. 799 del 19/11/1999).

5. Invero, il petitum sostanziale è rappresentato nella fattispecie dalla richiesta di risarcimento del danno patrimoniale per ritardata assunzione, danno costituito dalle retribuzioni che il B. avrebbe percepito, detratto l'aliunde perceptum, se fosse stato tempestivamente assunto sin dalla data del 15.2.1989 prevista dalla procedura concorsuale. Quindi, posto che la lesione del diritto azionato in giudizio si è consumata attraverso la tardiva assunzione del 28.4.2006, il cui contratto prevedeva la decorrenza degli effetti economici solo da 2.5.2006, è a tale atto e a tale data che occorre far riferimento per l'individuazione della giurisdizione, considerato il discrimine temporale dell'1.7.1998 D.Lgs. n. 165 del 2001, ex art. 69, comma 7, e stante la lesione di un diritto soggettivo di contenuto patrimoniale, perpetrata tramite un provvedimento sostanzialmente elusivo del giudicato amministrativo.

Non è, quindi, condivisibile quanto affermato dal ricorrente in ordine alla circostanza che nella fattispecie assumerebbe rilievo il dato storico dell'illegittima adozione della delibera di approvazione della graduatoria di concorso, poi annullata, alla quale soltanto andrebbe ricondotta la responsabilità dell'ente territoriale. In realtà, si osserva che la questione concernente l'esito della graduatoria attiene alla fase precedente alla stipulazione del contratto col quale si è dato concretamente esecuzione al giudicato amministrativo. Infatti, solo a seguito di tale contratto, col quale l'amministrazione comunale aveva omesso di provvedere in merito all'erogazione delle retribuzioni per il periodo decorrente dalla data di assunzione prevista dal bando di concorso a quella della

stipula dell'atto che dava concreta attuazione al giudicato amministrativo, è sorto il diritto del B. a vedersi liquidate le relative spettanze.

7. E', altresì, infondato il secondo motivo concernente la decorrenza della prescrizione, atteso che, per le stesse ragioni finora esposte, il B. era stato posto in grado di conoscere l'entità del danno solo a seguito della stipula del contratto di assunzione del 28.4.2006, per cui alla data di proposizione del ricorso giudiziale del 28.6.2008 il diritto al risarcimento dei danni, scaturenti dalla previsione contrattuale di una decorrenza del pagamento delle retribuzioni notevolmente posticipata rispetto a quella degli effetti giuridici del rapporto, non si era ancora prescritto.

Eguale non è condivisibile l'affermazione difensiva secondo cui ai fini della prescrizione il momento costitutivo del diritto al risarcimento del danno sarebbe rappresentato nella fattispecie dalla pubblicazione della graduatoria del concorso avvenuta nel 1989, quando, invece, è solo a seguito della conclusione del contratto che il lavoratore ha potuto verificare il sorgere degli effetti dannosi dipendenti dalla fissazione, nello stesso negozio giuridico, della decorrenza del rapporto nel corso del 1989 esclusivamente ai fini giuridici e non anche economici, posto che l'amministrazione comunale aveva previsto il pagamento delle retribuzioni solo a decorrere dalla data del 2.5.2006.

12. Ne consegue che il ricorso va rigettato.

Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza del ricorrente e vanno liquidate come da dispositivo. Sussistono i presupposti, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, per il versamento da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna il ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio nella misura di Euro 8200,00, di cui Euro 8000,00 per compensi professionali, oltre accessori di legge e spese forfettarie.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, il 10 gennaio 2017.

Depositato in Cancelleria il 4 aprile 2017

RISARCIMENTO DEL DANNO PROVOCATO DALLA REALIZZAZIONE DI UN'OPERA PUBBLICA E GIURISDIZIONE

Cassazione civile, sez. un., 23/01/2017, n. 1642

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DI PALMA Salvatore - Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sez. -
Dott. DIDONE Antonio - Presidente di Sez. -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Presidente di Sez. -
Dott. NAPPI Aniello - rel. Consigliere -
Dott. CRISTIANO Magda - Consigliere -
Dott. CHINDEMI Domenico - Consigliere -
Dott. MANNA Felice - Consigliere -
Dott. BERRINO Umberto - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

O.L., M.S.F., M.D., elettivamente

domiciliati in ROMA, VIALE GIULIO CESARE 14, presso lo studio dell'avv. Gabriele Pafundi, che li rappresenta e difende unitamente all'avv. Bordogna Raffaella, per delega a margine del ricorso;

- ricorrenti -

contro

Comune di Gandino, R.G.;

- intimati -

in procedimento per regolamento d'ufficio della giurisdizione proposto dal Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia con ordinanza n. 1535/2015, depositata il 17 novembre 2015;

Udito l'Avvocato Gabriele Pafundi;

Sentita la relazione svolta dal Consigliere Dott. Aniello Nappi;

Lette le conclusioni del P.M. Dott. DEL CORE Sergio, che ha chiesto dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il 18 aprile 2011 O.L., M.S.F. e M.D. proposero dinanzi al Tribunale di Bergamo azione di risarcimento dei danni cagionati a un fondo adiacente a quello oggetto di espropriazione

da parte del Comune di Gandino, in parte anche abusivamente occupato nel corso dell'esecuzione dell'opera pubblica.

Con sentenza del 23 aprile 2014 il Tribunale di Bergamo dichiarò il proprio difetto di giurisdizione, ritenendo che la controversia fosse riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Adito dagli attori, però, il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia ha sollevato conflitto negativo di giurisdizione, ritenendo che entrambe le domande proposte dagli attori, sia quella di danni da occupazione usurpativa sia quella di danni da esecuzione delle opere, appartengano alla giurisdizione del giudice ordinario.

Gli attori hanno depositato memoria per chiedere che sia dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La giurisdizione appartiene al giudice ordinario in ordine a entrambe le domande proposte dagli attori.

Il D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, lett. g), (codice del processo amministrativo), dando attuazione alla sentenza n. 191/2006 della Corte costituzionale, riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa". Sicchè l'esistenza in astratto del potere ablativo esclude che possano essere attribuite al giudice ordinario le controversie riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere.

Il potere ablativo della pubblica amministrazione non può tuttavia ritenersi esistente neppure in astratto quando manchi del tutto la dichiarazione di pubblica utilità. Sicchè si riconosce che è nullo, per carenza assoluta di attribuzione, il decreto di espropriazione adottato in mancanza di dichiarazione di pubblica utilità o in presenza di una dichiarazione di pubblica utilità radicalmente nulla (Cons. Stato, sez. 4, 28 febbraio 2012, n. 1133); e che in tal caso le conseguenti controversie siano devolute alla giurisdizione ordinaria. In particolare si ritiene che "la fattispecie, qualificabile come "occupazione usurpativa", ovvero come manipolazione del fondo di proprietà privata in assenza di dichiarazione di pubblica utilità, è costituita da un comportamento di fatto dell'amministrazione, in assenza di dichiarazione di pubblica utilità, che è ravvisabile anche per i terreni nei quali si sia verificato uno sconfinamento, nel corso dell'esecuzione dell'opera pubblica, da aree legittimamente occupate" (Cass., sez. un., 19 febbraio 2007, n. 3723, m. 594296).

Altrettanto deve ritenersi per i danni cagionati a terzi dalla pubblica amministrazione nel corso dell'esecuzione di opere pubbliche. In particolare la domanda di risarcimento del danno del proprietario di area contigua a quella in cui è realizzata l'opera pubblica, "appartiene alla giurisdizione ordinaria ove, nella prospettiva dell'attore, fonte del danno non siano nè il "se" nè il "come" dell'opera progettata, ma le sue concrete modalità esecutive, atteso che la giurisdizione esclusiva amministrativa si fonda su un comportamento della P.A. (o del suo concessionario) che non sia semplicemente occasionato dall'esercizio del potere, ma si traduca, in base alla norma attributiva, in una sua manifestazione e, cioè, risulti necessario, considerate le sue caratteristiche in

relazione all'oggetto del potere, al raggiungimento del risultato da perseguire" (Cass., sez. un., 3 febbraio 2016, n. 2052, m. 638281).

P.Q.M.

La Corte, pronunciando a Sezioni Unite, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario e cassa la sentenza del Tribunale di Bergamo, dinnanzi al quale rimette le parti, anche per le spese.

Così deciso in Roma, il 10 gennaio 2017.

Depositato in Cancelleria il 23 gennaio 2017

RISARCIMENTO DEL DANNO DA OCCUPAZIONE USURPATIVA E GIURISDIZIONE

Cassazione civile, sez. un., 23/01/2017, n. 1642

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DI PALMA Salvatore	- Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni	- Presidente di Sez. -
Dott. DIDONE Antonio	- Presidente di Sez. -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo	- Presidente di Sez. -
Dott. NAPPI Aniello	- rel. Consigliere -
Dott. CRISTIANO Magda	- Consigliere -
Dott. CHINDEMI Domenico	- Consigliere -
Dott. MANNA Felice	- Consigliere -
Dott. BERRINO Umberto	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

O.L., M.S.F., M.D., elettivamente

domiciliati in ROMA, VIALE GIULIO CESARE 14, presso lo studio dell'avv. Gabriele Pafundi, che li rappresenta e difende unitamente all'avv. Bordogna Raffaella, per delega a margine del ricorso;

- ricorrenti -

contro

Comune di Gandino, R.G.;

- intimati -

in procedimento per regolamento d'ufficio della giurisdizione
proposto dal Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia con
ordinanza n. 1535/2015, depositata il 17 novembre 2015;

Udito l'Avvocato Gabriele Pafundi;

Sentita la relazione svolta dal Consigliere Dott. Aniello Nappi;

Lette le conclusioni del P.M. Dott. DEL CORE Sergio, che ha chiesto
dichiararsi la giurisdizione del giudice ordinario.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il 18 aprile 2011 O.L., M.S.F. e M.D. proposero dinanzi al Tribunale di Bergamo azione di risarcimento dei danni cagionati a un fondo adiacente a quello oggetto di espropriazione da parte del Comune di Gandino, in parte anche abusivamente occupato nel corso dell'esecuzione dell'opera pubblica.

Con sentenza del 23 aprile 2014 il Tribunale di Bergamo dichiarò il proprio difetto di giurisdizione, ritenendo che la controversia fosse riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Adito dagli attori, però, il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia ha sollevato conflitto negativo di giurisdizione, ritenendo che entrambe le domande proposte dagli attori, sia quella di danni da occupazione usurpativa sia quella di danni da esecuzione delle opere, appartengano alla giurisdizione del giudice ordinario.

Gli attori hanno depositato memoria per chiedere che sia dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La giurisdizione appartiene al giudice ordinario in ordine a entrambe le domande proposte dagli attori.

Il D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 133, lett. g), (codice del processo amministrativo), dando attuazione alla sentenza n. 191/2006 della Corte costituzionale, riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa". Sicché l'esistenza in astratto del potere ablativo esclude che possano essere attribuite al giudice ordinario le controversie riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere.

Il potere ablativo della pubblica amministrazione non può tuttavia ritenersi esistente neppure in astratto quando manchi del tutto la dichiarazione di pubblica utilità. Sicché si riconosce che è nullo, per carenza assoluta di attribuzione, il decreto di espropriazione adottato in mancanza di dichiarazione di pubblica utilità o in presenza di una

dichiarazione di pubblica utilità radicalmente nulla (Cons. Stato, sez. 4, 28 febbraio 2012, n. 1133); e che in tal caso le conseguenti controversie siano devolute alla giurisdizione ordinaria. In particolare si ritiene che "la fattispecie, qualificabile come "occupazione usurpativa", ovvero come manipolazione del fondo di proprietà privata in assenza di dichiarazione di pubblica utilità, è costituita da un comportamento di fatto dell'amministrazione, in assenza di dichiarazione di pubblica utilità, che è ravvisabile anche per i terreni nei quali si sia verificato uno sconfinamento, nel corso dell'esecuzione dell'opera pubblica, da aree legittimamente occupate" (Cass., sez. un., 19 febbraio 2007, n. 3723, m. 594296).

Altrettanto deve ritenersi per i danni cagionati a terzi dalla pubblica amministrazione nel corso dell'esecuzione di opere pubbliche. In particolare la domanda di risarcimento del danno del proprietario di area contigua a quella in cui è realizzata l'opera pubblica, "appartiene alla giurisdizione ordinaria ove, nella prospettazione dell'attore, fonte del danno non siano nè il "se" nè il "come" dell'opera progettata, ma le sue concrete modalità esecutive, atteso che la giurisdizione esclusiva amministrativa si fonda su un comportamento della P.A. (o del suo concessionario) che non sia semplicemente occasionato dall'esercizio del potere, ma si traduca, in base alla norma attributiva, in una sua manifestazione e, cioè, risulti necessario, considerate le sue caratteristiche in relazione all'oggetto del potere, al raggiungimento del risultato da perseguire" (Cass., sez. un., 3 febbraio 2016, n. 2052, m. 638281).

P.Q.M.

La Corte, pronunciando a Sezioni Unite, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario e cassa la sentenza del Tribunale di Bergamo, dinnanzi al quale rimette le parti, anche per le spese.

Così deciso in Roma, il 10 gennaio 2017. Depositato in Cancelleria il 23 gennaio 2017

RISARCIMENTO DEL DANNO NON PATRIMONIALE

Consiglio di Stato, sez. IV, 28/12/2016, n. 5497

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1730 del 2014, proposto dal

signor -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Cristiano Bertoncini, con domicilio eletto presso Luciano Terra in Roma, via degli Scipioni, 94;

contro

Ministero della difesa, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per l'Abruzzo - sede staccata di Pescara - sezione I, n. 447 del 3 settembre 2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2016 il consigliere Giuseppe Castiglia;

Uditi per le parti l'avvocato Cristiano Bertoncini e l'avvocato dello Stato Pio Marrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

13. Durante il servizio di leva (1986-1987) il signor -OMISSIS- ha contratto un'infezione tubercolare per la quale, con domanda del 23 aprile 1987, ha fatto domanda di riconoscimento della pensione privilegiata ordinaria.

14. La domanda è stata accolta con decreto ministeriale del 19 novembre 2004, che ha riconosciuto il trattamento ascrivibile alla tabella A, categoria 8°, del decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1981, n. 834.

15. Il signor -OMISSIS- ha agito per il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale derivanti dal ritardo nella definizione della pratica, rivolgendosi dapprima alla Corte dei conti e poi, a seguito della declinatoria della giurisdizione da parte di quest'ultima, ha riassunto il giudizio innanzi al giudice amministrativo.

16. Con sentenza 3 settembre 2013, n. 447, il T.A.R. per l'Abruzzo - sede staccata di Pescara, sez. I, ha respinto il ricorso condannando il ricorrente alle spese di lite.

Il Tribunale territoriale ha ritenuto non provato l'unico profilo di danno considerato dedotto (perdita di opportunità lavorative nel campo dell'insegnamento, che il ricorrente avrebbe potuto avere ai sensi dell'art. 12 della legge n. 482 del 1968 e dell'art. 1 della legge n. 68 del 1999 e che sarebbe provata dalla documentazione prodotta), in quanto il signor -OMISSIS- avrebbe dovuto dimostrare che, in data posteriore alla domanda di

pensione ma antecedente alla sua concessione, sarebbe potuto rientrare nella percentuale di personale da assumere in base alla normativa invocata.

5. Il signor -OMISSIS- ha interposto appello contro la menzionata sentenza n. 447/2013.

6. Egli sostiene che:

f) il T.A.R. avrebbe errato nel valutare la sola domanda risarcitoria relativa alla perdita di *chance* occupazionali, trascurando l'esame delle ulteriori pretese fatte valere in giudizio;

g) ai sensi dell'art. 2-*bis* della legge n. 241 del 1990, il ritardo nella conclusione del procedimento sarebbe sempre un costo e nella fattispecie, incontestabile la colpa dell'Amministrazione, sarebbe risarcibile il danno da mero ritardo;

h) il ritardato pensionamento determinerebbe di per sé un danno esistenziale, per avere impedito all'interessato di adottare una legittima scelta di vita;

i) il primo giudice avrebbe male interpretato l'ampia documentazione prodotta circa la frustrazione della sua aspettativa di poter svolgere il lavoro di insegnante grazie alla normativa di favore per gli invalidi, in quanto sin dal 1992 egli avrebbe presentato successive domande di supplenza e risulterebbe che, per il triennio 1995-1997, sarebbe stato collocato al 66° posto degli aspiranti supplenti della graduatoria nella Provincia di Chieti, laddove - in base ai benefici di legge - avrebbe avuto diritto al primo posto e avrebbe potuto così maturare il periodo di insegnamento necessario per conseguire la relativa abilitazione;

j) domande di assunzione al Ministero degli interni e al Ministero degli affari esteri, presentate nel 2009, non sarebbero state accolte sulla base delle variazioni intervenute nel quadro normativo di riferimento;

k) sussisterebbe il danno da perdita di *chance*, quello derivante dall'aver dovuto fare ricorso al mercato finanziario, quello prodotto dal lavoro insalubre e ormai precario che sarebbe stato costretto ad accettare, il danno all'immagine;

l) sarebbero dunque presenti tutti i presupposti per l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa, con interessi e svalutazione.

7. Il Ministero della difesa si è costituito in giudizio per resistere all'appello depositando documentazione.

8. Con memoria depositata il 17 novembre 2016, l'appellante si è costituito con il nuovo difensore avvocato Cristiano Bertoncini a revoca del precedente, e con altra memoria depositata in pari data ha ribadito le proprie argomentazioni.

17. All'udienza pubblica del 20 dicembre 2016, l'appello è stato chiamato e trattenuto in decisione.

18. In via preliminare, il Collegio osserva che:

m) la ricostruzione in fatto, sopra riportata e ripetitiva di quella operata dal giudice di prime cure, non è stata contestata dalle parti costituite ed è comunque acclarata dalla documentazione versata in atti. Di conseguenza, vigendo la preclusione posta dall'art. 64, comma 2, c.p.a., devono darsi per assodati i fatti oggetto di giudizio;

n) l'oggetto del giudizio va circoscritto alle domande a suo tempo proposte dalla parte privata all'esito della riassunzione, con esclusione delle ulteriori voci di danno dedotte in appello e ancor più nella memoria conclusionale;

c) secondo una giurisprudenza consolidata, dalla quale il Collegio non vede ragione di discostarsi, la fattispecie del danno da ritardo va pienamente ricondotta allo schema generale dell'art. 2043 c.c., con conseguente applicazione rigorosa del principio dell'onere della prova in capo al danneggiato circa la sussistenza di tutti i presupposti oggettivi e soggettivi dell'illecito, con l'avvertenza inoltre che, nell'azione di responsabilità per danni, il principio dispositivo, sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c., opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2011, n. 2675; sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1406; sez. V, 13 gennaio 2014, n. 63; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675; sez. V, 25 marzo 2016, n. 1239). Il comma 1-bis dell'art. 2-bis della legge n. 241 del 1990, che per la prima volta dà rilievo normativo al danno da mero ritardo collegandovi un diritto all'indennizzo, è stato inserito dall'articolo 28, comma 9, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69 (convertito, con modificazioni, nella legge 9 agosto 2013, n. 98) e, in disparte ogni altra considerazione, è inapplicabile *ratione temporis* alla vicenda controversa;

11. Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, il signor -OMISSIS- ha chiesto il risarcimento delle seguenti voci di danno:

o) danno esistenziale;

p) danno originato dalla perdita della possibilità di essere assunto con prelazione come docente di musica;

q) danno derivante dal mancato fruttuoso impiego delle somme di denaro liquidate a titolo di pensione privilegiata ordinaria.

12. L'appello è infondato per le ragioni che seguono.

r) Il danno esistenziale non esiste come categoria a sé stante (il punto fermo è rappresentato dalle fondamentali decisioni di Cass. civ., ss. uu., 11 novembre 2008, n. 26972 e n. 26795), posto che il nostro ordinamento positivo non conosce altre distinzioni, in materia, se non quelle tra danno emergente e lucro cessante (art. 1223 c.c.) e tra danno patrimoniale e non patrimoniale (art. 2059 c.c.). Il danno non patrimoniale consiste nella lesione di qualsiasi interesse della persona non suscettibile di valutazione economica, ha natura unitaria e omnicomprensiva (nel senso che il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati - danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale - risponde a esigenze descrittive, ma non implica il riconoscimento di distinte categorie di danno), e il suo accertamento e la successiva liquidazione costituiscono questioni concrete e non astratte, che non chiedono all'interprete la creazione di astratte tassonomie classificatorie, ma lo obbligano alla ricerca della sussistenza di effettivi pregiudizi (cfr. Cass. civ., sez. III, 27 novembre 2015, n. 24210; sez. III, 7 marzo 2016, n. 4379; sez. III, 29 aprile 2016, n. 7766). Nel caso di specie, l'attore non ha fornito alcuna prova al riguardo; né è possibile il ricorso a massime di esperienza o a presunzioni semplici in considerazione dell'inesistenza di alcun danno biologico derivante da ritardo (dedotto in via del tutto generica sotto il profilo della lesione alla salute) e dell'esiguità dell'infermità accertata a suo tempo (la più bassa categoria delle pensioni privilegiate ordinarie).

s) Quanto alla perdita di opportunità lavorative nel settore dell'insegnamento della musica, sino alla perdita del diritto all'immissione in ruolo, l'appellante ha bensì prodotto copiosa documentazione (a partire alle domande di supplenza presentate nel 1992), ma le uniche certificazioni in tema di assunzione di docenti riservatari *ex lege* n. 68/1999 sono quelle prese in considerazione dal T.A.R., che però sono relative al 2006 e cioè a un momento successivo a quello del riconoscimento della pensione privilegiata; ed è per

altro verso pure irrilevante la nota in data 19 giugno 2006 dell'Istituto superiore comprensivo "G. Spataro" di Gissi, concernente la collocazione dell'appellante - nel triennio 1995-1997 - al 66° posto nella graduatoria provinciale degli aspiranti supplenti, perché non è dato conoscere se fosse stata o no saturata la quota percentuale riservata alle categorie privilegiate.

c) Del tutto non provato è il danno da mancato più fruttuoso investimento dei proventi pensionistici, sia per l'esiguità dell'ammontare dell'assegno pensionistico (pari a circa 450 euro annui per l'anno iniziale ovvero il 1987, come si evince dal decreto di liquidazione della pensione privilegiata versato in atti), sia perché l'appellante ha potuto contare sugli interessi sulla sorte capitale a far data dalla decorrenza della pensione (come riconosciuto dalla Corte dei conti, sez. giurisd. per l'Abruzzo, con sentenza 31 maggio 2007, n. 537) e - come già osservato dal giudice per le pensioni, che per tale ragione ha negato la rivalutazione monetaria - non ha dimostrato di avere subito alcun danno ulteriore rispetto a tale voce.

13. Dalle considerazioni che precedono discende che - come anticipato - l'appello è infondato e va perciò respinto, con conferma della sentenza gravata con motivazione integrata, come prima si è detto.

22. Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: fra le tante, per le affermazioni più risalenti, cfr. Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663).

23. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

24. Le spese di lite seguono la regola della soccombenza e, liquidate in dispositivo secondo i parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55, sono altresì comprensive della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 26, comma 2, c.p.a.

25. Al riguardo, il Collegio rileva che l'accertamento di infondatezza del gravame si basa, come dianzi illustrato, su ragioni assolutamente manifeste, in modo da integrare i presupposti applicativi dell'art. 26, comma 2, c.p.a., secondo l'interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza di questo Consiglio [cfr. da ultimo e fra le tante sez. V, 27 agosto 2014, n. 4383; sez. IV, 25 settembre 2014, n. 4812; sez. IV, 24 maggio 2016, n. 2197; cui si rinvia ai sensi degli artt. 74 e 88, comma 2, lett. d), c.p.a.].

26. La condanna dell'originario ricorrente ai sensi dell'art. 26 c.p.a. rileva, infine, anche agli effetti di cui all'art. 2, comma 2 *quinquies*, lett. a) e d), della legge 24 marzo 2001, n. 89, come da ultimo modificato dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata con motivazione parzialmente diversa.

Condanna l'appellante soccombente:

b) al pagamento delle spese del grado di giudizio, che liquida nell'importo di euro 3.000,00 (tremila/00) in favore dell'Amministrazione, oltre agli accessori di legge (15% a titolo rimborso spese generali, I.V.A. e C.P.A.);

c) al pagamento della sanzione prevista dall'art. 26, comma 2, c.p.a., liquidata nell'importo di euro 1.000,00 (mille/00), che l'appellante verserà secondo le modalità stabilite dall'art. 15 delle norme di attuazione del c.p.a., mandando alla Segreteria per i conseguenti adempimenti

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellante.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 28 DIC. 2016

RISARCIMENTO DEL DANNO DA RITARDO

T.A.R. Palermo, (Sicilia), sez. III, 07/01/2016, n. 45

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 581 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Terme di Geraci Siculo s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Girolamo Calandra,

Maria Elisa Braccioforte e Giuliana Ardito, con domicilio eletto presso lo studio del primo sito in Palermo, piazza V.E. Orlando 33; contro

Assessorato Regionale dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità - Dipartimento dell'Energia - Serv.VII U.O. 7/2, Serv. X Attività Tecniche e Risorse Minerarie, Distretto Minerario di Palermo, in persona dell'Assessore pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo presso i cui uffici di via A. De Gasperi 81 è domiciliato;

Comune di Geraci Siculo, in Persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Gandolfo Mocchiari, con domicilio eletto presso il suo studio sito in Palermo, Via Catania 8/A;

per l'annullamento

- del provvedimento di cui alla nota prot. n. 62074 del 22.12.2011 dell'Assessorato Regionale dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità - Dipartimento dell'Energia - Servizio VII - U.O. 7/2 - Distretto Minerario di Palermo, con il quale, riscontrando l'istanza di ampliamento della concessione mineraria presentata dalla società Terme di Geraci Siculo in data 16.07.1992, è stato comunicato alla predetta società che "l 'ampliamento della concessione mineraria denominata Pizzo Argentiera interesserà la porzione di territorio all'interno del quale ricade il bacino idrogeologico che alimenta le tre sorgenti in argomento per una superficie complessiva di circa 199 ha....";

- ove occorrer possa, della nota prot. n. 49112 del 28.10.20 11 dell'Assessorato Regionale dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità - Dipartimento dell'Energia - Servizio X - Attività Tecniche e Risorse Minerarie;

- ove occorrer possa, della nota prot. n. 60015 del 13.12.2011 dell'Assessorato Regionale dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità - Dipartimento dell'Energia - Servizio X - Attività Tecniche e Risorse Minerarie;

- ove occorrer possa, del provvedimento prot. n. 43077 del 29.09.2011 del Distretto Minerario;

- di tutti gli altri atti presupposti, connessi e/o consequenziali; nonché per l'accertamento

dei diritti e degli interessi legittimi scaturenti a favore della società ricorrente dal rilascio della concessione mineraria di cui al D.A. n. 738 del 6.07.1984, oltre che dei diritti scaturenti dai permessi di ricerca di cui al D.A. n. 123 del 9.03.1979;

nonché per la condanna delle Amministrazioni regionali resistenti:

t) al rilascio del provvedimento di ampliamento della concessione per tutta l'area interessata e per l'utilizzo di tutte le manifestazioni sorgentizie nella stessa esistenti e richieste dalla società ricorrente con le istanze di ampliamento;

u) al risarcimento dei danni derivanti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Assessorato Regionale dell'Energia e del Comune di Geraci Siculo, ed il ricorso incidentale da questi proposto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2015 il cons.

Nicola Maisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 9 marzo 2012, e depositato il successivo 5 aprile, integrato con successivi motivi aggiunti, la società ricorrente ha formulato le domande indicate in epigrafe, sollevando diverse censure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Si sono costituiti sia l'Assessorato regionale intimato che il Comune di Geraci Siculo che, con rispettivi scritti difensivi, hanno replicato alle tesi sviluppate in ricorso e chiesto il suo rigetto.

Il Comune di Geraci Siculo ha altresì proposto ricorso incidentale.

Alla pubblica udienza fissata per la sua discussione, il Presidente del Collegio, ai sensi dell'art. 73 comma 3° del c.p.a., ha fatto presente alle parti che, in sede di decisione del ricorso, sarebbero stati valutati anche profili di eventuale carenza di giurisdizione del G.A.; le parti hanno brevemente discusso la questione ed il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo adito, rientrando la controversia in esame nella giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche.

Invero la presente controversia ha ad oggetto pretese relative alla derivazione, e conseguente utilizzo commerciale, di acque aventi pacificamente ed incontestatamente natura pubblica e rientra pertanto nella giurisdizione del T.S.A.P., a norma dell'art. 140 T.U. n. 1775/1933.

Sembra opportuno evidenziare che anche la domanda risarcitoria proposta in seno al ricorso in esame, in conseguenza dell'indebito ritardo in cui sarebbe incorsa l'Amministrazione Regionale nell'esitare le istanze di ampliamento presentate dalla società ricorrente, esula dalla giurisdizione del G.A.

In merito a quest'ultima domanda, in relazione alla quale la carenza di giurisdizione del G.A. potrebbe non apparire di immediata percezione, appare opportuno svolgere alcune considerazioni.

In primo luogo, il Collegio ritiene necessario precisare che, a seguito del venir meno della così detta pregiudiziale amministrativa - in conseguenza delle espresse disposizioni contenute nel c.p.a. - deve ritenersi che anche la domanda volta al risarcimento da ritardo possa prescindere dalla previa attivazione del procedimento giurisdizionale volto a far emergere l'indebita omessa pronuncia della P.A. - silenzio rifiuto.

Ciò non pertanto è evidente che l'eventuale pretesa al risarcimento del danno per il ritardo dell'Amministrazione possa essere accolta solo a seguito dell'accertamento, seppur incidentale, della esistenza degli estremi di un silenzio rifiuto.

Da ciò si desume che la giurisdizione del Giudice Amministrativo sul risarcimento del danno da ritardo possa ritenersi sussistente solo in quanto il medesimo plesso giurisdizionale abbia giurisdizione sulla eventuale domanda volta a far emergere il colpevole silenzio dell'Amministrazione.

Posti i corretti termini della questione, deve altresì essere precisato che la giurisprudenza delle SS.UU. della Cassazione ha chiarito che l'istituto del silenzio rifiuto non fonda la giurisdizione del Giudice Amministrativo, ma la presuppone; e quindi che lo strumento può essere utilizzato solo nelle ipotesi in cui rientri nella giurisdizione del G.A. l'impugnazione dell'ipotetico provvedimento che l'Amministrazione ha omesso di adottare (Cass. SS.UU. 16 settembre 2015 n. 18152).

Applicando tali principi alla presente controversia, ne discende che questo Tribunale è privo di giurisdizione anche sulla domanda risarcitoria articolata dalla società ricorrente, in quanto relativa ad un preteso ingiustificato silenzio della P.A. nell'adozione di un atto il cui eventuale sindacato rientrerebbe nella giurisdizione del T.S.A.P.

In conclusione il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, per difetto di giurisdizione del G.A.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.
P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese processuali che liquida, in favore dell'Assessorato Regionale resistente, in €. 1.500,00, oltre accessori di legge, ed in favore del Comune di Geraci Siculo, in €. 1.500,00, oltre accessori di legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere, Estensore

Aurora Lento, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 07 GEN. 2016