

Il risarcimento del danno per equivalente da aggiudicazione illegittima. Osservazioni in materia di decadenza dell'azione di condanna, prescrizione e *quantum* risarcibile

*Cesare Trecroci**

SOMMARIO: 1. Premesse - 2. Art. 30, co. 5, c.p.a. Azione di condanna proposta in via autonoma. Dies a quo di decorrenza del termine decadenziale in relazione al principio del giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione e, in definitiva, in relazione al principio di acquiescenza di cui all'art. 329 c.p.c. - 3. Aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva. Dies a quo di decorrenza della prescrizione - 4. Determinazione del quantum risarcibile: spese per la partecipazione alla gara; mancato utile e perdita di chances; danno all'immagine a carico dell'impresa non aggiudicataria della gara di appalto; danno curriculare. Orientamenti giurisprudenziali a confronto.

1. Premesse.

Il risarcimento del danno da aggiudicazione illegittima ha rappresentato ed ancora rappresenta una tematica di grande interesse per la giurisprudenza e la dottrina amministrativiste. Ciò non dipende soltanto dalla prassi giudiziaria, dove sono frequenti le domande risarcitorie, in forma specifica o per equivalente. Per converso, la problematica in esame svolge un importante ruolo nell'enucleazione delle modalità con cui il giudice amministrativo può condannare l'amministrazione a risarcire i danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi.

Tutto ciò premesso, nella presente trattazione, ci si concentrerà su alcuni dubbi in merito:

a) al dies a quo di decorrenza del termine di decadenza per la proposizione dell'azione di condanna, ai sensi e per gli effetti dell'art. 30, comma 5, c.p.a., in relazione al principio del giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione e, in definitiva, in relazione al principio di acquiescenza di cui all'art. 329 c.p.c.;

b) al dies a quo di decorrenza del termine di prescrizione per il risarcimento del danno da aggiudicazione illegittima, sia essa l'aggiudicazione provvisoria o l'aggiudicazione definitiva;

c) alla determinazione del quantum risarcibile per equivalente, con particolare riferimento al danno emergente (spese per la partecipazione alla gara), al lucro cessante (mancato utile ovvero perdita di chances), al danno all'immagine, al danno curriculare.

2. Art. 30, co. 5, c.p.a. Azione di condanna proposta in via autonoma. Dies a quo di decorrenza del termine decadenziale in relazione al principio del giu-

(*) Dottore in Giurisprudenza, già praticante forense presso l'Avvocatura dello Stato.

dicato interno ed implicito sulla giurisdizione e, in definitiva, in relazione al principio di acquiescenza di cui all'art. 329 c.p.c.

Il combinato disposto degli articoli 30 e 34, comma 3, c.p.a., ammette espressamente l'esperibilità di un'azione di condanna dinanzi al giudice amministrativo (1).

In particolare, come già prevedeva l'art. 7, l. n. 205/2000, di modifica dell'art. 7, l. TAR (2), è ammessa la proposizione dell'azione di condanna dinanzi al G.A., contestualmente a quella di annullamento (3), ovvero nel corso del giudizio di primo grado (4).

Inoltre, superato l'acceso contrasto giurisprudenziale in tema di "pregiudiziale amministrativa" (5), il nuovo codice del processo amministrativo consente la proposizione di un'azione di condanna in via autonoma, anche se non

(1) L'art. 30 c.p.a. prescrive quanto segue.

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

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

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

4. Per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere.

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

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

Specularmente, l'art. 34, comma 3, c.p.a. sancisce che: *"Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori".*

(2) L'art. 7, comma 3, l. TAR n. 1034/1971, stabiliva che: *"Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali. Restano riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni pregiudiziali concernenti lo stato e la capacità dei privati individui, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio, e la risoluzione dell'incidente di falso".*

(3) Art. 30, comma 1, cpv., c.p.a.

(4) Art. 30, comma 5, cpv., c.p.a.

(5) Per pregiudiziale amministrativa si intende la necessità di esercitare una previa o contestuale azione di annullamento prima di potere formulare una domanda risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo ovvero al giudice ordinario. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 26 marzo 2003, n. 4; Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, Milano, 2011, pp. 596 e ss..

vi è più interesse all'annullamento del provvedimento (6), quando si versi nell'ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e negli altri casi previsti dall'art. 30 c.p.a. (7), nonché quando non siano ancora trascorsi centoventi giorni dalla verifica del fatto o del provvedimento lesivi (8), ovvero quando non siano ancora trascorsi centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza demolitoria (9).

Ciò detto, nell'ipotesi di un'azione di condanna esperita in via autonoma, ai sensi dell'art. 30, comma 5, c.p.a., ci si chiede quale sia il *dies a quo* di decorrenza del termine decadenziale.

Infatti, non sembrerebbe poi così pacifico che il *dies a quo* e, quindi, il passaggio in giudicato della pronuncia di annullamento vada individuato nell'inutile decorso del termine per la revocazione ordinaria, ovvero nel decorso del termine per la proposizione del ricorso per cassazione per i motivi attinenti alla giurisdizione, ovvero nella declaratoria di inammissibilità dei due mezzi di impugnazione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 324 c.p.c. (10).

Per converso, il principio generale in tema di passaggio in giudicato formale delle sentenze di appello trova una palese deroga nel principio di acquiescenza ex art. 329 c.p.c. (11) e nel principio del giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione, che del principio di acquiescenza costituisce una specificazione.

D'altra parte, per la costante letteratura, l'acquiescenza, espressa o tacita, rende inammissibile l'impugnazione per difetto di interesse. In aggiunta, nell'ipotesi di acquiescenza impropria o parziale (art. 329, comma 2, c.p.c.), il difetto di interesse rende inammissibile l'impugnazione *in parte qua* (12), sia che si acceda a quella tesi per cui il capo di sentenza non impugnato deve aver definito una domanda nel merito (13), sia che si acceda a quell'altro indirizzo interpretativo per cui il capo di sentenza non impugnato può aver definito anche una mera questione pregiudiziale di rito ovvero una questione preliminare di merito (14).

(6) Art. 34, comma 3, c.p.a.

(7) Art. 30, comma 1, c.p.a.

(8) Art. 30, comma 3, c.p.a.

(9) Art. 30, comma 5, c.p.a.

(10) L'art. 324 c.p.c. stabilisce che: "*Si intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza, né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'articolo 395*". In base a quanto stabilisce l'art. 324 c.p.c., il Consiglio di Stato ha più volte affermato che la sentenza di appello passerebbe in giudicato laddove siano trascorsi il termine di proposizione del ricorso per revocazione ordinaria e del ricorso per cassazione per i motivi attinenti alla giurisdizione. Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 19 maggio 1997, n. 9. Cfr. anche F. CARINGELLA, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2011. Tuttavia, come si osserva in questo scritto, tali affermazioni appaiono semplicistiche e poco attente rispetto ad una ricostruzione sistematica della normativa in tema di impugnazioni.

(11) L'art. 329 c.p.c. stabilisce che: "*1. Salvi i casi di cui ai numeri 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395, l'acquiescenza risultante da accettazione espressa o da atti incompatibili con la volontà di avvalersi delle impugnazioni ammesse dalla legge ne esclude la proponibilità. L'impugnazione parziale importa acquiescenza alle parti della sentenza non impugnate*".

Tale avviso della dottrina è stato fatto proprio dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale ha di sovente affermato che: “*Nel giudizio amministrativo qualora la decisione impugnata si sorregga su una pluralità di motivi, ciascuno dei quali sia da solo in grado di sostenerla perché fondato su specifici presupposti logico - giuridici, spetta all’appellante contrastarli tutti, sicché l’omessa contestazione di uno di tali motivi implica, in applicazione dell’art. 329, secondo comma, c.p.c., l’acquiescenza a detto capo il formarsi del giudicato su di esso e, per l’effetto, l’inammissibilità del gravame proposto avverso gli altri capi*” (15).

Peraltro, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, il principio di acquiescenza non opera soltanto con riferimento alle statuizioni espresse od assorbite contenute nella sentenza soggetta a gravame. Per converso, esso opera anche con riguardo alle decisioni implicite in tema di riparto di giurisdizione ovvero di condizioni dell’azione, come ad esempio l’interesse ad agire di cui all’art. 100 c.p.c. (16).

Così, per la giurisprudenza delle Sezioni Unite, il giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione costituisce una specificazione del principio di tacita acquiescenza rispetto ai capi di sentenza non tempestivamente impugnati, ai sensi e per gli effetti dell’art. 329, comma 2, c.p.c. (17).

Per di più, con la pronuncia n. 23306/2011, le Sezioni Unite esaminavano i rapporti tra l’acquiescenza (il giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione) ed il definitivo passaggio in giudicato formale della sentenza di appello soggetta a gravame. Dunque, la Suprema Corte affermava che: “*Nel processo davanti al*

(12) LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, 4a ed., Milano, 1984, pp. 269 e ss.. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, vol. II, 20a ed., Torino, 2009, pp. 436 e ss.. COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, 2a ed., Bologna, 1998, pp. 787 e ss.. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, 2a ed., Milano, 2002, pp. 280 e ss.. BONSIGNORI, *Impugnazioni civili in generale*, in *Digesto civ.*, IX, Torino, 1993, pp. 345 e ss.. RONCO, *Note sull’acquiescenza cosiddetta tacita o implicita*, nota a Cass. 11 agosto 2000, n. 10706, in *GI*, 2001, pp. 700 e ss.. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 3a ed., Napoli, 1999, pp. 493 e ss..

(13) Questa era l’opinione della dottrina un tempo dominante. LIEBMAN, «*Parte*» o «*capo*» di sentenza, in *RDP*, 1964, pp. 47, 57. BIANCHI, *L’oggetto dell’appello civile*, Milano, 2000, p. 134. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, 2, Milano, 1962, p. 53. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, 3a ed., Napoli, 1956, p. 384.

(14) Questa era l’opinione della dottrina minoritaria, oggi dominante, fortemente criticata e, ciò non-dimeno, fatta oggi propria dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite: cfr. Cassazione, Sez. Un., n. 24883/2008, in tema di giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione; Sez. I, 5 ottobre 2012, n. 17060, in materia di giudicato interno ed implicito sul difetto di interesse ad agire e di legittimazione attiva; 29 marzo 2013, n. 7941, in tema di giudicato interno ed implicito sulla nullità della clausola compromissoria e sull’incompetenza del collegio arbitrale, Sez. II, 22 gennaio 2013, n. 1493, in tema di giudicato interno ed implicito sulla possibilità giuridica (condizione dell’azione) di una domanda possessoria, in luogo di una domanda petitoria. POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, p. 131; *Giusto processo e oggetto del giudizio di appello*, in *RDP*, 2010, p. 57. COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *op. cit.*, p. 788.

(15) Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6370.

(16) Cfr. nota 13.

(17) Cassazione, Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883.

giudice amministrativo, come disciplinato dalla l. 6 dicembre 1971, n. 1034, e dal suo art. 30, la decisione sulla questione di giurisdizione, implicita nella decisione di rigetto del ricorso rivolto al tribunale amministrativo regionale passa in giudicato se, impugnata dal ricorrente la decisione sul merito, non è a sua volta impugnata dagli interessati con appello incidentale condizionato” (18).

In altri termini, per la giurisprudenza, ai sensi e per gli effetti dell’art. 329, comma 2, c.p.c., l’acquiescenza determina:

a) la mancata devoluzione del capo di sentenza non impugnato presso il giudice dell’impugnazione;

b) come risolto negativo dell’inammissibilità originaria (o forse dell’irricevibilità) del gravame, il passaggio in giudicato del capo in analisi.

In termini conformi si è espressa la Corte Costituzionale, in un *obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 155 del 1990. In quella sede, la Consulta affermò che addirittura l’inammissibilità sopravvenuta (*rectius*: improcedibilità) dell’appello, per difetto di legittimazione attiva e difetto di interesse ad impugnare, determina automaticamente il passaggio in giudicato formale della sentenza appellata fin dalla data di deposito (19).

Ne deriva che, se acquiescenza è stata prestata, sarebbe irrilevante la notifica della pronuncia di annullamento ai fini del passaggio in giudicato della stessa, così come sarebbe irrilevante il termine di sessanta giorni per avanzare ricorso per cassazione ovvero il termine di sessanta giorni per la proposizione della revocazione ordinaria (20).

In effetti, se l’inammissibilità originaria del gravame si risolve nell’im-

(18) Cassazione, Sez. Unite, 9 novembre 2011, n. 23306.

(19) Corte Costituzionale, 19 marzo-4 aprile 1990, n. 155.

(20) Articoli 325 e 326 c.p.c. Inoltre, ai sensi dell’art. 327 c.p.c., modificato dalla l. n. 69/2009, il termine lungo per la proposizione del ricorso per cassazione o della revocazione ordinaria è di sei mesi. Ciò nondimeno, l’acquiescenza rende irrilevante anche il termine lungo, posto che l’inammissibilità originaria dell’impugnazione (irricevibilità) ha, come contraltare, il passaggio in giudicato della sentenza di appello sin dalla data di deposito.

Ci si chiede se, nelle controversie aventi ad oggetto il risarcimento per equivalente del danno derivante da aggiudicazione illegittima, trovi applicazione, quanto meno per il termine di proposizione della revocazione ordinaria, la dimidiazione dei termini ex art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a. Tale questione produce conseguenze anche sulla disciplina del contributo unificato. In effetti, ai sensi dell’art. 13, comma 6-*bis*, lett. d), D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, il contributo unificato per le controversie in tema di affidamento di lavori, servizi e forniture (art. 119, comma 1, lett. a), c.p.a.) è di € 6.000,00. Altrimenti, il contributo unificato sarebbe di € 650,00, ai sensi e per gli effetti dell’art. 13, comma 6-*bis*, lett. e), D.P.R. n. 115/2002. Il Consiglio di Stato ha escluso l’applicabilità della dimidiazione dei termini (e quindi del contributo unificato maggiore) alle controversie in cui l’azione di condanna è esercitata in via autonoma. Non così se l’azione di condanna è esercitata contestualmente a quella di annullamento. Nel primo caso, infatti, il *petitum* sostanziale è direttamente estraneo, ancorché sia poi collegato, alla legittimità delle procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture. Nel secondo caso, invece, il *petitum* sostanziale riguarda esplicitamente siffatte procedure. Cfr. *Circolare del 18 ottobre 2011 del Segretario Generale della Giustizia amministrativa, recante Istruzioni sull’applicazione della disciplina in materia di contributo unificato nel processo amministrativo (con aggiornamento al 1° marzo 2012)*. *Contra*, cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 29 marzo 2013, n. 3228.

mediato passaggio in giudicato formale della sentenza di annullamento fin dalla data di deposito, sembrerebbe chiaro come la successiva notifica della pronuncia in esame sia irrilevante ai fini del decorso del termine breve per proporre impugnazione, ai sensi dell'art. 326 c.p.c.. Senza dimenticare come, anche nel processo civile, la notifica della sentenza o di un mezzo di gravame (la revocazione ordinaria, ad esempio) è idonea a far decorrere il termine breve per tutte le impugnazioni proponibili contro la medesima pronuncia (il ricorso per cassazione, ad esempio) (21).

Per di più, per quanto attiene alla giurisdizione, in virtù del principio di acquiescenza (e della sua specificazione, ovverosia il giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione), il capo di sentenza da impugnare passerebbe in giudicato già con l'utile decorso del termine per proporre appello avverso la sentenza del TAR (22).

In relazione alle specifiche fattispecie, tali conclusioni potrebbero valere anche per il ricorso per cassazione per eccesso di potere giurisdizionale (23) ovvero per il ricorso per revocazione ordinaria (24), stante il carattere univer-

(21) Cassazione, Sez. I, 20 gennaio 2006, n. 1196: *“La notificazione della citazione per la revocazione di una sentenza di appello equivale (sia per la parte notificante che per la parte destinataria) alla notificazione della sentenza stessa ai fini della decorrenza del termine breve per proporre ricorso per cassazione, onde la tempestività del successivo ricorso per cassazione va accertata non soltanto con riguardo al termine di un anno dal deposito della pronuncia impugnata, ma anche con riferimento a quello di sessanta giorni dalla notificazione della citazione per revocazione, a meno che il giudice della revocazione, a seguito di istanza di parte, abbia sospeso il termine per ricorrere per cassazione, ai sensi dell'art. 398, 4° comma, c.p.c. (nel testo novellato dall'art. 68 l. n. 353 del 1990); tale effetto sospensivo si produce soltanto a seguito del provvedimento del giudice, e non della semplice richiesta della parte (che peraltro può essere contenuta anche in atto distinto dalla citazione per revocazione), e ciò non contrasta, manifestamente, con il diritto di difesa, la cui garanzia costituzionale si attua nelle forme e nei limiti stabiliti dall'ordinamento processuale, salva l'esigenza della effettività della tutela del medesimo diritto, che nella specie appare pienamente rispettata, atteso che la parte dispone comunque per intero del termine di sessanta giorni dalla prima notifica per ricorrere per cassazione, qualunque sia l'esito dell'istanza di sospensione, mentre gli effetti della scelta di attendere il provvedimento del giudice sull'istanza di sospensione non possono che imputarsi alla stessa parte che tale scelta processuale ha ritenuto di compiere”*.

(22) Art. 9 c.p.a.: *“Il difetto di giurisdizione è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla giurisdizione”*. Il presente articolo codifica, per il solo processo amministrativo, il principio del giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione, sancito dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 24883/2008.

(23) In particolare, viene in rilievo il difetto assoluto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione. Il ricorso per cassazione per eccesso di potere giurisdizionale è pur sempre un ricorso ex art. 111, comma 8, Cost., per i soli motivi attinenti alla giurisdizione. In particolare, con il ricorso per cassazione per eccesso di potere giurisdizionale non si censura l'attribuzione di una determinata materia alla cognizione del giudice speciale piuttosto che al giudice ordinario (limiti esterni della giurisdizione). Per contro, si censurano le modalità di esercizio del potere giurisdizionale, le quali possono sconfinare, ad esempio, in prerogative riservate alla pubblica amministrazione. Così, Cassazione, Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312, ha rilevato l'eccesso di potere giurisdizionale, da parte del Consiglio di Stato, laddove lo stesso aveva accertato, a sua volta, un eccesso di potere amministrativo, per disparità di trattamento e contraddittorietà del comportamento, in base a risultanze non emerse in sede istruttoria.

(24) Art. 395, comma 1, nn. 4) e 5), c.p.c., cui l'art. 106 c.p.a. rinvia.

sale del principio di acquiescenza ex art. 329 c.p.c., valevole per tutti i mezzi di impugnazione, per qualsivoglia motivo.

In altre parole, potrebbero risultare originariamente inammissibili sia il ricorso per cassazione per eccesso di potere giurisdizionale, sia la revocazione ordinaria per errore di fatto o per contrasto con il giudicato, giusta la formazione del giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione, anche su un eventuale eccesso di potere giurisdizionale, nonché giusta la formazione di acquiescenza tacita, ai sensi dell'art. 329 c.p.c., sul contrasto con *res iudicata* o su eventuali errori di fatto, con contestuale passaggio in giudicato della sentenza di appello sin dalla data di deposito, secondo gli insegnamenti delle Sezioni Unite n. 23306/2011.

D'altra parte, in astratto, soltanto la parte soccombente in seconde cure è legittimata (e ha interesse) ad impugnare la decisione del Consiglio di Stato con revocazione o con ricorso per cassazione per eccesso di potere giurisdizionale.

Tuttavia, in concreto, il ricorso per eccesso di potere giurisdizionale potrebbe risultare inammissibile quando il Consiglio di Stato si limiti a confermare una precedente sentenza del TAR. In questo caso, infatti, l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nei poteri della pubblica amministrazione dovrebbe essere tempestivamente denunciato con i motivi di ricorso in appello, a pena di acquiescenza e di formazione del giudicato interno ed implicito sul punto.

Al riguardo, trattasi di vero e proprio giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione, posto che il ricorso per cassazione per eccesso di potere giurisdizionale, al pari di ogni ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, è pur sempre riconducibile nell'ambito applicativo dell'art. 111, comma 8, Cost., nonché dell'art. 110 c.p.a. (25).

Similmente, se gli appellanti (soccombenti in prime cure e vittoriosi in secondo grado) si limitassero a riproporre i motivi e le eccezioni esaminati e respinti dal TAR, in ossequio al divieto di *jus novorum* di cui all'art. 104 c.p.a., sarebbe comunque evidente un'identità di *petitum* e *causa petendi* tra i giudizi di primo e di secondo grado. Di conseguenza, laddove gli appellanti non eccepiscano alcunché in ordine ad un possibile eccesso di potere giurisdizionale del TAR, dovrebbe essersi formato il giudicato interno ed implicito sulla sindacabilità giurisdizionale della materia devoluta alla cognizione del giudice amministrativo, giudicato facente stato tra tutte le parti (art. 2909 c.c.), anche la parte vittoriosa in primo grado e soccombente dinanzi al Consiglio di Stato.

Così, con sentenza n. 28812/2011, le Sezioni Unite rilevavano l'eccesso di potere giurisdizionale in relazione ad una pronuncia del Consiglio di Stato, adottata in sede di ottemperanza, la quale aveva innovato la portata del giudicato, e quindi della precedente fase processuale, adducendo sopravvenienze

(25) Cassazione, Sez. Un., 27 dicembre 2011, n. 28812.

in fatto che giustificavano una diversa domanda di inquadramento lavorativo (26). Laddove, invece, nell'ambito delle proprie tipiche attribuzioni (27), il Consiglio di Stato si fosse limitato ad eseguire il giudicato, non innovando nulla rispetto alla precedente fase processuale (cristallizzata nel giudicato), non vi sarebbe stato eccesso di potere giurisdizionale, suscettibile di ricorso ex art. 111, comma 8, Cost.

Peraltro, con una successiva pronuncia, le Sezioni Unite hanno riscontrato l'incompatibilità tra il giudicato interno ed implicito e l'eccesso di potere giurisdizionale quando, in concreto, si sia lamentato lo sconfinamento del potere giurisdizionale in quello amministrativo, da parte del solo Consiglio di Stato (28). Se, tuttavia, il Consiglio di Stato si limita a confermare o riformare le statuizioni del TAR, relativamente ai soli motivi già respinti dal giudice di prime cure e successivamente riproposti, ebbene, tale sconfinamento avrebbe già dovuto essere dedotto tra i motivi di appello, a pena di acquiescenza e di formazione del giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione (29).

L'acquiescenza potrebbe anche determinare l'inammissibilità originaria della revocazione ordinaria per contrasto con il giudicato (30) ovvero l'inammissibilità della revocazione ordinaria per errore di fatto o per infra-petizione (31), con ovvio passaggio in giudicato della sentenza di appello dalla data del suo deposito. Per esempio, ciò potrebbe verificarsi se, accolte tutte le sue eccezioni in prime cure, la parte successivamente soccombente in appello si limitasse a supportare la validità e correttezza delle determinazioni del TAR, non opponendo mai, con appello incidentale condizionato, una sentenza passata in giudicato, né contestando la corrispondenza dei motivi delle imprese odierne appellanti rispetto agli atti allegati, ecc.

Ad ogni buon conto, nel processo amministrativo le norme del codice di procedura civile trovano applicazione in quanto compatibili (32), mentre il codice del processo amministrativo non rinvia espressamente all'art. 324 c.p.c.. Nondimeno, è da dubitare che quest'ultima previsione normativa sia pienamente compatibile con il processo amministrativo, così come è da dubitare che il termine per la proposizione della revocazione ordinaria impedisca il passaggio in giudicato della sentenza di appello sin dalla data di deposito.

D'altrocanto, prima della modifica legislativa intervenuta con l'art. 107, comma 2, c.p.a., il Consiglio di Stato, con sentenza n. 219/1996, sanciva che:

(26) Cassazione, Sez. Un., 27 dicembre 2011, n. 28812.

(27) Cassazione, Sez. Un., 18 ottobre 2012, n. 17842.

(28) Cassazione, Sez. Un., 18 ottobre 2012, n. 17842.

(29) Sulla ragionevole durata del processo, l'abuso del diritto ed il ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, cfr. Cassazione, Sez. Un., n. 23726/2007.

(30) Art. 395, comma 1, n. 5), c.p.c.

(31) Art. 395, comma 1, n. 4), c.p.c.

(32) Art. 39 c.p.a.

“Può essere legittimamente esperito, non ostandovi le preclusioni di cui all’art. 403 comma 1, c.p.c. e all’art. 86 r.d. 17 agosto 1907 n. 642, il ricorso per revocazione di una decisione del Consiglio di Stato che ha dichiarato inammissibile un precedente ricorso per revocazione proposto avverso altra decisione con cui fu dichiarato inammissibile l’appello della p.a. soccombente in prime cure, atteso che le norme citate precludono, senza che ciò determini qualsivoglia vuoto di tutela, l’impugnazione per revocazione di una sentenza pronunciata nel giudizio di revocazione e di cui si lamenta l’erroneità per un errore di fatto ai sensi dell’art. 395 n. 4, c.p.c., soltanto nel caso in cui questa sentenza sia stata resa da un giudice le cui decisioni siano suscettibili di appello o di ricorso per cassazione ex art. 360 ss., c.p.c., mentre, com’è noto, contro le decisioni del Consiglio di Stato il ricorso per cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione ex art. 111 cost. Diversamente argomentando, sussisterebbero dubbi di legittimità costituzionale sull’art. 403, comma 1, c.p.c., se non si ammettesse il generale principio, basato sulla giurisprudenza costituzionale - per cui l’art. 24 cost. non tollera limitazioni di giustizia per errore di fatto commesso dalla Corte di cassazione - in virtù del quale il soggetto di diritto non può restare senza un rimedio giurisdizionale nel caso in cui una delle supreme magistrature, ordinaria o amministrativa, sia incorsa in un errore di fatto ex art. 395 c.p.c. e conferma di ciò è rinvenibile nel testo del ripetuto art. 403 comma 1 e dell’art. 509 c.p.c. del 1865, rispetto alle più rigorose prescrizioni normative che storicamente li hanno preceduti ed ispirati (ossia, l’art. 616, c.p.c. del 1854 e l’art. 579 c.p.c. del 1859, vigenti nel Regno di Sardegna e conformi all’art. 503 c.p.c. francese tutti intesi ad escludere la proposizione successiva di due domande di revocazione per la stessa sentenza ed ogni rimedio revocatorio avverso il rigetto della predetta domanda, indipendentemente dal relativo motivo)” (33).

Tale orientamento giurisprudenziale, ovviamente, è stato superato dall’art. 107, comma 2, c.p.a., per cui, anche nel processo amministrativo, *“la sentenza emessa nel giudizio di revocazione non può essere impugnata per revocazione”*.

Ciò nondimeno, non può dirsi interamente superato il contrasto giurisprudenziale già esistente prima dell’entrata in vigore del Cod. Proc. Amm.vo., stante il tenore letterale degli articoli 403 c.p.c. e 117, comma 2, c.p.a., i quali non si riferiscono espressamente alla declaratoria di inammissibilità della revocazione.

Così, a fronte dell’irrevocabilità della sentenza che ha deciso nel merito sulla revocazione, si collocano ancora:

a) una prima tesi giurisprudenziale che, in virtù delle esigenze di tutela del diritto di difesa, già ravvisate nella sentenza del Consiglio di Stato n. 216/1996, è favorevole all’inapplicabilità relativa dell’art. 403 c.p.c. (oggi tra-

(33) Consiglio di Stato, Sez. V, 19 febbraio 1996, n. 219.

sposto nell'art. 107, comma 2, c.p.a.): “*Ai sensi dell'art. 403 c.p.c., applicabile anche al giudizio amministrativo, in mancanza di circostanze eccezionali quali la declaratoria di inammissibilità, per un mero errore di fatto, dell'originaria domanda di revocazione, non è ammessa domanda di revocazione contro una decisione emessa in sede di revocazione*” (34);

b) una seconda tesi giurisprudenziale per cui: “*Ai sensi dell'art. 403 c.p.c., è inammissibile il ricorso per revocazione proposto contro sentenza già pronunciata in un precedente giudizio di revocazione, contro la quale sono invece ammessi i mezzi d'impugnazione ai quali era originariamente soggetta la sentenza impugnata per revocazione*” (35).

Ad ogni modo, almeno con riferimento alla tesi dell'inapplicabilità relativa dell'art. 403 c.p.c., avviene che, se nel processo amministrativo è ammessa la revocazione ordinaria della pronuncia che ha dichiarato inammissibile la revocazione ordinaria di una precedente sentenza di appello, l'art. 324 c.p.c. non dovrebbe essere applicato *tout court* al processo amministrativo, subordinando il passaggio in giudicato della sentenza del Consiglio di Stato alla scadenza del termine per la proposizione della revocazione ordinaria e, quindi, se la revocazione ordinaria è stata proposta, alla scadenza del termine per la proposizione della revocazione ordinaria dell'eventuale pronuncia di inammissibilità della revocazione ordinaria, e così via, in un circolo vizioso di revocazioni ordinarie che pregiudicano la ragionevole formazione del giudicato formale, in violazione dei principi del *favor iudicati* e dell'esaurimento dei mezzi di impugnazione.

Per non dire come l'art. 107, comma 1, c.p.a. ammette l'appellabilità e la ricorribilità ex art. 111, comma 8, Cost. della sentenza che ha pronunciato sulla revocazione.

Siffatta serie di gravami ulteriori potrebbe impedire il tempestivo passaggio in giudicato formale della sentenza soggetta a revocazione. Tanto avverrebbe in spregio del principio del ragionevole esaurimento dei mezzi di gravame, codificato dall'art. 324 c.p.c., nonché in violazione della lettera di quest'ultima disposizione, da sottoporre ad interpretazione abrogante, nella parte in cui l'eventuale impugnabilità della sentenza che ha deciso sulla revocazione, con appello o con ricorso per cassazione, procrastina necessariamente il passaggio in giudicato della sentenza stessa e, *de relato*, della sentenza soggetta a revocazione, specie se, in *silentio legis*, potrebbero essere revocabili le sentenze che decidono sull'impugnazione (ulteriormente proposta avverso la pronuncia che ha deciso sulla revocazione).

Inoltre, lungi dall'esservi un orientamento giurisprudenziale uniforme, due indirizzi ermeneutici si contendono l'esatta interpretazione dell'art. 324 c.p.c..

Un primo indirizzo ermeneutico, letterale, lega la formazione della *res*

(34) Consiglio di Stato, Sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4080.

(35) Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 marzo 2000, n. 1476.

iudicata al decorso inutile del termine per la proposizione del ricorso per cassazione, nonché della citazione/del ricorso per revocazione ordinaria (36).

Per contro, un secondo e recentissimo indirizzo interpretativo, emerso in tema di domanda per equa riparazione derivante da irragionevole durata del processo (37), in base ad una lettura di sistema, ritiene irrilevante il termine per la notifica della domanda di revocazione ai fini del passaggio in giudicato della sentenza da revocare; e ciò in base alla “natura straordinaria” dei “casi ordinari” di revocazione (38).

Ciò detto, a livello sistematico, molti elementi militerebbero a favore di questa seconda tesi giurisprudenziale.

In primo luogo, con riferimento al processo amministrativo, l’art. 106, comma 3, c.p.a., rafforza il carattere straordinario ed eccezionale della revocazione, la quale deve essere ritenuta ininfluenza ai fini della formazione del giudicato formale.

Infatti, a differenza dell’art. 396 c.p.c. (39), il quale evoca i soli casi di revocazione straordinaria avverso le sentenze rese in primo grado, l’art. 106 c.p.a. ammette il ricorso per revocazione ordinaria indifferentemente avverso le sentenze dei TAR e del Consiglio di Stato, le prime impugnabili in via concorrente rispetto all’appello, sempre che si deducano motivi non altrimenti proponibili con il mezzo di impugnazione di cui all’art. 101 c.p.a.

In secondo luogo, nel processo civile, non è sempre vero che il termine per la proposizione del ricorso per cassazione, della domanda di revocazione ordinaria, o di altro mezzo di impugnazione, è comunque rilevante ai fini della determinazione della data di passaggio in giudicato formale della sentenza. Ciò non si verifica, ad esempio, laddove vi sia stata acquiescenza rispetto alla proposizione dell’impugnazione stessa, nonché nel caso si sia formato il giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione.

In terzo luogo, nell’ordinamento italiano, come permeato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (40), il giudicato si forma

(36) Cassazione, Sez. Un., 30 aprile 2008, n. 10867. Prima dell’entrata in vigore del Cod. Proc. Amm., cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 aprile 2007, n. 1522; Sez. IV, 10 ottobre 2005, n. 5474, Ad. Plen., 19 maggio 1997, n. 9.

(37) Legge n. 89/2001.

(38) Cassazione, Sez. VI-1, 6 settembre 2012, n. 14970; Sez. I, 15 giugno 2012, n. 9843, con riferimento alla revocazione ordinaria di cui all’art. 68, lett. a), del R.D. 12 luglio 1933, n. 1214, ma gli argomenti possono essere utilizzati, *mutatis mutandis*, con riferimento all’art. 395, comma 1, nn. 4) e 5), c.p.c..

(39) Art. 396 c.p.c.: “Le sentenze per le quali è scaduto il termine per l’appello possono essere impugnate per revocazione nei casi dei nn. 1, 2, 3 e 6 dell’articolo precedente, purché la scoperta del dolo o della falsità o il recupero dei documenti o la pronuncia della sentenza di cui al n. 6 siano avvenuti dopo la scadenza del termine suddetto.

Se i fatti menzionati nel comma precedente avvengono durante il corso del termine per l’appello, il termine stesso è prorogato dal giorno dell’avvenimento in modo da raggiungere i trenta giorni da esso”.

(40) Secondo gli insegnamenti delle sentenze gemelle della Corte Costituzionale n. 348 e 349 del 2007.

esclusivamente all'esito dell'esperimento di diversi gradi di giudizio, dinanzi a giudici diversi.

Così, anche se in materia penale, ai sensi dell'art. 2, Prot. VII, CEDU, la Corte di Strasburgo ha affermato che il giudicato - suscettibile di esecuzione - può scaturire soltanto a seguito dell'esperimento di minimo due gradi di giurisdizione, dovendosi definire tali quei mezzi di impugnazione che assicurano la cognizione di una data causa dinanzi a giudici diversi, posti in serie o successione gerarchica (41).

Ciò nondimeno, è pacifico che il giudizio di revocazione ordinaria non costituisce - né può costituire - un "terzo grado" di giurisdizione, nei termini di cui all'art. 360 c.p.c., 1° cpv., c.p.c., ovvero nei termini di cui all'art. 2, Prot. VII, CEDU.

D'altra parte, a pronunciarsi sulla revocazione è lo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza da revocare, il che si contrappone a quanto richiesto dalla Corte di Strasburgo in termini di alterità del giudice dell'impugnazione od, in genere, del diverso grado di giudizio.

Peraltro, a testimonianza della straordinarietà ed estraneità del procedimento di revocazione rispetto al procedimento da cui è scaturita la sentenza da revocare, sta il fatto che, sebbene il ricorso per cassazione sia ammissibile avverso le statuizioni sulla revocazione medesima, "*resta [...] esclusa la possibilità di mettere in discussione [...] la precedente decisione di merito*" (42). In quarto luogo, ai sensi dell'art. 398, comma 4, c.p.c., "*la proposizione della revocazione non sospende il termine per proporre ricorso per cassazione*". Dunque, è chiaro come il ricorso per cassazione sia un mezzo di impugnazione concorrente rispetto alla revocazione, specialmente se ordinaria; e ciò avviene perché ammettere la ricorribilità per cassazione della sentenza di revocazione ordinaria, deducendo vizi che non attengono al giudizio di revocazione, significherebbe ignorare quanto disposto dall'art. 398, 4° cpv., c.p.c., determinando così un'inammissibile proroga dei termini perentori di proponibilità del ricorso per cassazione, ai sensi degli articoli 325, comma 2, 326, cpv., e 327, comma 1, c.p.c.

Da siffatta situazione di concorrenza tra mezzi di impugnazione discende che:

a) la sentenza da impugnare con ricorso per cassazione è quella resa in grado di appello, anche in virtù di un'interpretazione sistematica degli articoli 360, 1° cpv., e 398, comma 4, c.p.c. (43);

(41) Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 5 maggio 2009, Ricorso n. 12584/08, *Sellem c. Italia*. Sulla diversità dei giudici chiamati a pronunciarsi nei diversi gradi di giudizio, cfr., altresì, Corte Costituzionale, ord., 6 novembre 1998, n. 363.

(42) Cfr. Cassazione, Sez. Un., 30 luglio 2008, n. 20600; Sez. Un., 24 novembre 1986, n. 6891.

(43) Cassazione, Sez. II, 19 luglio 2012, n. 12495.

b) la notifica del ricorso per revocazione ordinaria vale come notifica della sentenza al fine del decorso del termine breve per la proposizione del ricorso per cassazione (44);

c) anche nei casi ordinari di cui ai nn. 4) e 5) dell'art. 395, comma 1, c.p.c., la revocazione rappresenta comunque un mezzo di impugnazione "straordinario" (45), da proporsi dinanzi allo stesso (e non ad un diverso) giudice che ha emesso la sentenza gravata, nelle specifiche ipotesi di cui all'art. 395 c.p.c.

In quinto luogo, in nome dell'unità dell'ordinamento giuridico, nel processo penale, dove non è previsto il rimedio della revocazione ordinaria per errore di fatto, con l. n. 128/2001, è stato introdotto l'art. 625-*bis* c.p.p., recante il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto, il quale non impedisce il passaggio in giudicato della sentenza.

Da ultimo, per completezza, occorre valutare se, con specifico riferimento alla decadenza ex art. 30, comma 5, c.p.a., la giurisprudenza in tema di giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione ed, in generale, in tema di acquiescenza in sede di impugnazione, sia rilevante ed applicabile ai giudizi pendenti fino al 15 settembre 2010 (46).

Infatti, in virtù del principio di irretroattività delle norme processuali rispetto ai giudizi pendenti, fatto proprio dalla Plenaria n. 3/2011 (47), si potrebbe per assurdo escludere la rilevanza del giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione in tema di passaggio in giudicato formale della sentenza di appello.

Tuttavia, il principio di irretroattività delle norme processuali non può spingersi fino al punto da concretizzare un abuso del diritto, menzionato anch'esso dalla Plenaria n. 3/2011.

In altre parole, non sarebbe configurabile alcun legittimo affidamento circa la disciplina processuale previgente, posto che i principi di acquiescenza e del giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione hanno fatto parte dell'*acquis* giurisprudenziale per lo meno tra il 2003 e l'entrata in vigore del c.p.a. D'altra parte, sebbene le Adunanze Plenarie n. 4 del 30 agosto 2005 e n. 6 del 15 settembre 2005 avessero superato in senso negativo la questione del giudicato interno ed implicito sulla giurisdizione, la giurisprudenza di legittimità continuava comunque ad esprimersi a favore dello stesso, applicandolo ai giudizi pendenti (48).

Per di più, secondo gli insegnamenti della Plenaria n. 3/2011, è possibile l'applicazione ai rapporti processuali pendenti delle discipline, delle deca-

(44) Cassazione, Sez. I, 20 gennaio 2006, n. 1196.

(45) Cassazione n. 14970/2012 cit.

(46) Ai sensi dell'art. 2, all. III al c.p.a., le decadenze previste dal nuovo codice non si applicano ai soli termini processuali pendenti alla data del 16 settembre 2010.

(47) Consiglio di Stato, Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3.

(48) *Inter alia*, cfr. Cassazione, Sez. Unite, 9 ottobre 2008, n. 24883.

denze, delle preclusioni processuali che, codificate in seno al Codice del Processo Amministrativo, appartenevano già, anche in modo controverso, all'ordinamento previgente. Ciò accade con il concorso del danneggiato nell'illecito in difetto di tempestiva impugnazione del provvedimento lesivo. Ciò non può non avvenire anche con riferimento al giudicato implicito sulla giurisdizione, il quale:

a) si fonda sull'interpretazione sistematica degli articoli 183, 276, comma 2, 329, comma 2, 350, c.p.c.;

b) non è un principio avulso dall'ordinamento previgente al c.p.a. ed è quindi stato applicato ai giudizi pendenti, ad esempio, ad opera della nota pronuncia delle Sezioni Unite n. 24883/2008.

3. *Aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva. Dies a quo di decorrenza della prescrizione.*

La più recente giurisprudenza amministrativa ha affermato che *“il definitivo superamento della c.d. pregiudizialità amministrativa ha comportato, come conseguenza, la generale applicazione del principio, già affermato da questo Consesso anteriormente all'entrata in vigore dell'attuale codice del processo amministrativo, per cui il dies a quo della prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno coincide con la data del provvedimento lesivo, e non più con quella del passaggio in giudicato della sentenza che lo ha annullato”* (49).

Tale orientamento, oltre a suggellare l'opinione della giurisprudenza dominante in tema di natura aquiliana della responsabilità della PA, supera definitivamente la pregiudizialità amministrativa, anche con riferimento alla decorrenza del termine quinquennale di prescrizione, ai sensi dell'art. 2947, comma 1, c.c.. Per converso, in vigenza della pregiudiziale, il Consiglio di Stato solleva dichiarare che: *“In caso di risarcimento del danno conseguente all'annullamento di un atto amministrativo, la prescrizione inizia a decorrere solo dal passaggio in giudicato del provvedimento giurisdizionale”* (50).

In aggiunta, il recente orientamento del Consiglio di Stato valorizza la funzione di mero accertamento, e non pure costitutiva, della sentenza che accoglie la domanda di risarcimento del danno (51). Infatti, con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo e sotto l'influenza della

(49) Consiglio di Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2010, n. 8533; Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4513; Sez. IV, 15 settembre 2009, n. 5523; Sez. V, 9 giugno 2009, n. 3531; Cassazione, Sez. Unite, 8 aprile 2008, n. 9040; TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 14 settembre 2011, n. 7276. Cfr. altresì Cassazione, Sez. Un., nn. 13659, 13660 e 13911 del 2006: con tali pronunce la Suprema Corte affermò incidentalmente che la pregiudiziale amministrativa aggiungeva un termine di decadenza non previsto dalla legge, oltre al termine quinquennale di prescrizione a decorrere dalla conoscenza dell'atto amministrativo reputato lesivo.

(50) Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 maggio 2006, n. 3157.

(51) *Ex multis*, cfr. Cassazione, Sez. III, 13 marzo 2012, n. 3968.

giurisprudenza comunitaria e costituzionale, il danno non va più riferito al provvedimento dichiarato illegittimo, bensì al complessivo comportamento tenuto dall'amministrazione, prima della proposizione del ricorso dinanzi al giudice amministrativo (52).

Tutto ciò premesso, sempre nell'ipotesi di un'azione di condanna esercitata in via autonoma, bisogna anzitutto valutare se l'orientamento giurisprudenziale più recente trovi applicazione anche ai rapporti dedotti in giudizio (*sub specie* di domanda di annullamento) prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice del Processo Amministrativo, il quale, come è noto, ha definitivamente superato la pregiudiziale amministrativa.

Il TAR Lazio si è espresso a favore dell'applicazione retroattiva dell'orientamento giurisprudenziale in esame (53).

Ad ogni buon conto, l'art. 2, all. III al c.p.a., prevede che: “*Per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti*”.

Questo disposto sembrerebbe riferirsi ai soli termini di diritto processuale, e non anche a quelli di diritto “sostanziale”, tra i quali si annovera il termine di decorrenza della prescrizione. Costituisce infatti un principio invalso in giurisprudenza la separazione tra il diritto sostanziale e quello processuale, come contenuti nei rispettivi codici (54).

Tuttavia, è indubbio come l'orientamento, inaugurato dal Consiglio di Stato nel 2009, abbia avuto un notevole impatto sull'individuazione dell'esatto *dies a quo* di decorrenza della prescrizione, e ciò sebbene lo stesso indirizzo, che precede l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (il 16 settembre 2010), abbia riguardato, di per sé, le conseguenze derivanti dalla scomparsa della pregiudiziale amministrativa.

In altri termini, l'orientamento ermeneutico in questione potrebbe astrattamente qualificarsi come *overruling* in merito alla determinazione del termine *a quo* di decorrenza della prescrizione, anche con riferimento ai giudizi pendenti. Cosicché, si potrebbe argomentare circa la necessità di tutelare il legittimo affidamento delle imprese ricorrenti, secondo i principi della nota sentenza delle Sezioni Unite n. 15144/2011 (55), ovvero secondo il principio dell'errore scusabile (56).

Con la pronuncia in questione, le Sezioni Unite concedevano la rimesione in termini a favore di quelle parti processuali che fossero incorse in un

(52) Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3; riff. articoli 30, commi 3 e 5, nonché 34, comma 3, c.p.a.

(53) TAR Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 14 settembre 2011, n. 7276, par. 14 della decisione.

(54) Cassazione, Sez. Un., 14 aprile 2011, n. 8491

(55) Cassazione, Sez. Un., 11 luglio 2011, n. 15144.

(56) *Ex multis*, cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1767 (cfr., altresì, Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 maggio 2007, n. 2596).

improvviso *revirement* della giurisprudenza, in pendenza di un termine previsto a pena di decadenza, laddove il precedente indirizzo pretorio fosse sufficientemente preciso ed univoco da ingenerare un legittimo affidamento in capo alle parti medesime. Similmente è accaduto con la dottrina dell'errore scusabile, applicata dal Consiglio di Stato ad oscillazioni giurisprudenziali su tematiche di diritto processuale.

Ciò nondimeno, nella fattispecie in analisi, non si versa nell'ipotesi di termini processuali, ma si tratta del termine di prescrizione, che ha natura sostanziale (57).

In aggiunta, è noto come la rimessione in termini, già prevista dall'art. 34, T.U. leggi sul C.d.S., nonché dall'art. 34, l. TAR, non possa operare con riferimento al termine di prescrizione. Né è previsto uno strumento analogo in diritto civile.

Né risulterebbe opponibile al presente orientamento il *decisum* dell'Audanza Plenaria n. 3/2011.

Con la sentenza in questione, il Supremo Consesso stabiliva che:

(57) È indubbio come l'eccezione di decadenza ex art. 30, comma 5, c.p.a. sia eccezione pregiudiziale di rito, connessa all'esercizio di poteri processuali come disciplinati dal c.p.a., nonché rilevabile *ex officio* in ogni stato e grado del processo. Per converso, l'eccezione di prescrizione è eccezione preliminare di merito, rilevabile su istanza di parte e quindi, con riferimento al caso di specie, su istanza della parte resistente in *prime cure*, sino al deposito delle memorie ex art. 73 c.p.a. D'altro canto, l'art. 46 c.p.a., a differenza del comb. disp. degli articoli 166 e 167 c.p.c., non prevede la proponibilità delle eccezioni preliminari di merito a pena di decadenza entro il termine di costituzione delle parti intimiate: "*Nel giudizio amministrativo la violazione dei termini sanciti dall'art. 73, co. 1, c.p.a. (d.lgs. n. 104/2010) conduce all'inutilizzabilità processuale degli atti di costituzione in giudizio e delle memorie, con la conseguente inammissibilità delle domande, eccezioni in senso stretto e prove colà introdotte (o allegate), con la decadenza delle facoltà processuali previste dal codice sotto comminatoria di un termine e, qualora la parte appellata costituitasi tardivamente risulti vincitrice, con la possibilità di configurare le eccezionali ragioni per la compensazione delle spese di giudizio*" (Consiglio di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1058). Peraltro, con riferimento al primo grado di giudizio, è pacifico in giurisprudenza come, "*nel giudizio amministrativo, il termine di sessanta giorni previsto dall'art. 46, co. 1, c.p.a. (d.lgs. n. 104/2010) non ha carattere decadenziale (fatta salva, per il giudizio di appello, l'eccezione recata dall'art. 101, co. 2, c.p.a.), essendo posto a tutela della parte intimata; in ogni caso la costituzione in giudizio non può intervenire oltre il termine di trenta giorni (computato a ritroso dalla data di celebrazione dell'udienza di discussione), individuato dall'art. 73, co. 1, c.p.a. per il deposito delle memorie difensive illustrative, avente carattere perentorio in quanto espressivo di un precetto di ordine pubblico processuale posto a presidio del contraddittorio e dell'ordinato lavoro del giudice*" (Consiglio di Stato, Sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1058; Sez. IV, 28 febbraio 2012, n. 1120; Sez. III, 2 agosto 2011, n. 4601). Per non dire come, quand'anche la decadenza ex art. 30, comma 5, c.p.a. fosse per assurdo equiparata alle decadenze di tipo sostanziale, come quelle in tema di denuncia dei vizi nei contratti del consumatore, la differenza con la prescrizione rimarrebbe intatta. La prescrizione, infatti, rappresenta la sanzione riconnessa al mancato esercizio di una situazione giuridica soggettiva attiva nel tempo e, in definitiva, essa coincide con l'estinzione della situazione giuridica soggettiva stessa (art. 2934, comma 1, c.c.). La decadenza sostanziale, invece, è la sanzione riconnessa al mancato esercizio di un potere, a sua volta connesso al diritto soggettivo, come ad esempio accade con la garanzia per vizi o per l'evizione, e in definitiva essa determina la perdita del rimedio medesimo, ma non l'estinzione del diritto (art. 2964 c.c.). Ad ogni buon conto, è pacifico in giurisprudenza che una norma processuale si distingue da una norma sostanziale a seconda che essa sia contenuta in un codice/una legge speciale di rito ovvero nella legislazione sostanziale (Cassazione, Sez. Unite, 14 aprile 2011, n. 8491).

a) in generale, le norme del codice del processo amministrativo non si applicano alle fattispecie ed ai giudizi anteriori al 16 settembre 2010;

b) deroghe a questo principio sono ammesse in presenza di “*situazioni anteriori [all’entrata in vigore del c.p.a.] in quanto [tali deroghe siano ricognitive] di principi evincibili dal sistema normativo antecedente all’entrata in vigore del codice*”.

Ebbene, si potrebbe contestare che la diversa individuazione del *dies* di decorrenza della prescrizione sia conseguenza immediata e diretta dell’abolizione codicistica della pregiudiziale amministrativa. Cosicché, le innovazioni del codice del processo amministrativo non potrebbero non pregiudicare i giudizi e le “*fattispecie*” che essi hanno ad oggetto, ivi compreso il diritto al risarcimento dei danni in dipendenza dell’annullamento dell’aggiudicazione di una gara di appalto.

Tali considerazioni non appaiono fondate.

In primo luogo, la pregiudiziale amministrativa non avrebbe mai potuto ingenerare un legittimo affidamento secondo i canoni delle Sezioni Unite n. 15144/2011, posto che la pregiudiziale era oggetto di forti contestazioni prima dell’entrata in vigore del D. Lgs. n. 104/2010 (58), sia in seno al giudice amministrativo, sia nel confronto tra giudice amministrativo e giudice ordinario.

Per di più, ad individuare un diverso *dies a quo* di decorrenza della prescrizione era quella stessa giurisprudenza amministrativa che, già prima dell’entrata in vigore del c.p.a., ripudiava la pregiudizialità, uniformandosi con ciò all’orientamento del giudice di legittimità (59).

In secondo luogo, invece, l’Adunanza Plenaria n. 3/2011 non colora il termine “*fattispecie*” con un attributo processuale o sostanziale. Nondimeno, l’esistenza di un disposto, quale l’art. 2, all. III al c.p.a., imporrebbe di considerare il carattere squisitamente processuale dei rapporti ad oggetto della decisione della Plenaria. In breve, se la giurisprudenza non può importare deroghe alle norme di legge, la necessaria armonia tra ordinamento e decisioni pretorie richiede di interpretare queste ultime alla luce della disciplina vigente. D’altro canto, l’art. 2, all. III c.p.a., fa testualmente riferimento ai “*giudizi*” ed alle “*fattispecie*”, legati in inscindibile endiadi, mentre è incontestato il principio di separazione tra diritto processuale e diritto sostanziale, per cui una legge processuale transitoria può avere effetto sulle sole regole processuali, e giammai su quelle sostanziali, tra le quali si annovera la prescrizione.

Ne deriva che il termine quinquennale di prescrizione sembrerebbe decorrere dalla data del provvedimento di aggiudicazione, anche con riferimento ai giudizi demolitori iniziati prima del superamento definitivo della pregiudiziale amministrativa.

(58) Recante il codice del processo amministrativo.

(59) Consiglio di Stato, Sez. IV, 15 settembre 2009, n. 5523; Sez. V, 9 giugno 2009, n. 3531.

Ciò detto, ci si chiede inoltre:

a) se la notifica di un eventuale atto stragiudiziale di costituzione in mora sia idoneo ad interrompere il termine di prescrizione, prima che il TAR si pronunci su un'azione di condanna esercitata in via autonoma, si sensi dell'art. 30, comma 5, c.p.a.;

b) se anche l'aggiudicazione provvisoria posseda il predicato di lesività ai fini dell'individuazione del *dies a quo* di decorrenza del termine prescrizione.

In particolare, non risulterebbero giuridicamente configurabili, né efficaci fini dell'interruzione della prescrizione, atti stragiudiziali di costituzione in mora, laddove l'art. 1219, comma 2, n. 1), c.c. esclude la costituzione in mora del presunto debitore per le obbligazioni derivanti da illecito, soprattutto prima che il giudice di prime cure si sia espresso su un'eventuale azione di condanna esercitata in via autonoma.

La disciplina di cui all'art. 1219, comma 2, n. 1), c.c., detta della mora automatica, è anzitutto espressione dell'esigenza di un'immediata ed integrale eliminazione delle conseguenze dell'ingiusta lesione provocata dall'illecito. Il tempo che intercorre tra il momento della commissione dell'illecito e quello della liquidazione del danno non deve pregiudicare il creditore ed il danneggiante è costretto a pagare gli interessi moratori sulla somma che sarà liquidata anche per il tempo in questione in modo da assicurare al danneggiato il risarcimento integrale. Detta regola poggia, inoltre, sullo sfavore sociale che colpisce il fatto illecito, con la conseguente inammissibilità di una presunzione legislativa di tolleranza del ritardo da parte del creditore.

Infine, in base al principio di tassatività delle cause interruttive della prescrizione ex art. 2943 c.c. ed ex art. 2944 c.c. (60), la disciplina della mora automatica trova il proprio fondamento nel necessario accertamento giudiziale e nella necessaria prova del fatto illecito, del nesso causale, del danno (nell'*an* e nel *quantum*), del dolo o della colpa (61). Viene peraltro fatta salva la possibilità di un riconoscimento stragiudiziale di responsabilità aquiliana da parte dell'eventuale danneggiante (62), ovvero vengono fatti salvi i meccanismi interruttivi in presenza di obbligazioni civili nascenti da reato (63), ovvero vengono fatti salvi gli effetti interruttivi derivanti dalla proposizione della domanda giudiziale (64). In nessun caso, però, sarebbe ammissibile un atto stragiudiziale

(60) *Ex multis*, cfr. Cassazione, Sez. II, 29 maggio 1998, n. 5302

(61) La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 30 settembre 2010, causa C-314/09, ha escluso la necessità della prova della colpa in capo alla PA, laddove il risarcimento per equivalente sia strumento necessariamente sostitutivo della tutela in forma specifica. Cfr. altresì Consiglio di Stato, Sez. V, 20 giugno 2011, n. 3670. Tuttavia, occorre che il danneggiato adempia all'onere di allegazione e prova del nesso causale, laddove i costi di partecipazione alla gara, il danno curriculare, il lucro cessante, devono essere individuati quali conseguenze immediate e dirette dell'aggiudicazione illegittima (art. 1223 c.c.).

(62) Cassazione, Sez. III, 10 luglio 1979, n. 3850.

(63) Cassazione, Sez. I, 12 novembre 1987, n. 8337.

(64) Cassazione, Sez. III, 10 febbraio 1995, n. 1490.

di costituzione in mora per obbligazioni derivanti da fatto illecito.

Anche il Consiglio di Stato, con una pronuncia del 2010, dopo aver ricordato che il termine breve di prescrizione ex art. 2947 c.c. decorre dalla data del provvedimento/evento lesivo, ha osservato che l'interruzione della prescrizione costituisce un onere probatorio a carico del danneggiato, nei modi "espressamente previsti dagli artt. 2943 e 2944 c.c." (65), tra i quali, però, non si annovera una forma atipica di costituzione in mora dell'eventuale amministrazione danneggiante.

In definitiva, il diritto al risarcimento del danno o, comunque, la tutela per equivalente del bene della vita danneggiato (66) sorgerebbero già con la manifestazione del comportamento illecito della pubblica amministrazione. Tanto legittimerebbe all'esercizio immediato del diritto o della tecnica risarcitoria di tutela, senza l'onere di previa costituzione in mora, contestualmente alla proposizione del ricorso demolitorio (67) od anche in via autonoma, entro il termine di centoventi giorni dalla conoscenza del provvedimento ritenuto lesivo (68). La prescrizione, da parte sua, decorrerebbe dal giorno in cui il diritto è esercitabile (art. 2934 c.c.), con la proposizione di una specifica azione di condanna, anche in via autonoma, dinanzi al giudice amministrativo.

In aggiunta, potrebbero sorgere dei dubbi in ordine alla configurabilità di un atto utile di costituzione in mora, dal momento che, secondo le sentenze della Corte Costituzionale n. 204/2004 e 191/2006, il risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi (il caso di specie) non corrisponde né ad una materia, né ad un vero e proprio diritto di credito, ma ad un'ulteriore tecnica di tutela accordata dall'ordinamento. Sotto questo profilo, la prescrizione ex art. 2934 c.c. decorrerebbe sempre dal giorno in cui è esercitabile la pretesa risarcitoria (69), ovvero dalla data di conoscenza del provvedimento illegittimo (70).

Per di più, l'utile decorso del termine quinquennale di prescrizione estingue la pretesa stessa, posto che, secondo la prospettiva rimediale, il diritto viene inteso come pretesa, come domanda di attivazione di una tecnica di tutela, ovviamente insuscettibile di fungere da "presupposto" per la costituzione in mora nei termini di cui all'art. 1219 c.c.

Senza dimenticare come, prima che la sentenza in materia risarcitoria sia adottata, un presunto atto stragiudiziale non potrebbe mai costituire in mora il

(65) Consiglio di Stato, Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4513.

(66) A seconda che si opti per la natura sostanziale o rimediale del risarcimento del danno extracontrattuale.

(67) Art. 30, comma 1, c.p.a.; art. 7, l. n. 205/2000, di mod. art. 7, l. TAR.

(68) Art. 30, comma 3, c.p.c.; TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 14 settembre 2011, n. 7276.

(69) Il giorno in cui si è conosciuto il provvedimento ritenuto lesivo, ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a.; TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 14 settembre 2011, n. 7276.

(70) Il quale costituisce illecito *in re ipsa*. Cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 20 giugno 2011, n. 3670. Vi è comunque differenza tra il fatto illecito *in re ipsa*, il quale esonera dalla prova dell'evento lesivo, ed il danno *in re ipsa*, il quale esonera dalla prova dell'*an debeatur*.

danneggiante ed interrompere utilmente la prescrizione ex art. 2943 c.c., dato il mancato accertamento del diritto al risarcimento del danno come credito di valore (71).

D'altro canto, prima di una sua ricognizione giudiziale, il diritto al risarcimento del danno, già sorto in conseguenza del fatto illecito dell'amministrazione (e, dunque, della conoscibilità, secondo l'ordinaria diligenza, del provvedimento/fatto lesivo) (72) non sarebbe configurabile neanche alla stregua di un credito di valore (73). Da qui, l'inefficacia interruttiva dell'eventuale atto di intimazione e costituzione in mora, quando:

a) non sia avvenuta alcuna forma di riconoscimento stragiudiziale di responsabilità da parte del danneggiante, ai sensi dell'art. 2944 c.c.;

b) l'illecito facente capo all'amministrazione, il nesso causale e il danno (nell'*an* e nel *quantum*) non siano stati ancora accertati da parte del giudice amministrativo, prima della proposizione del ricorso per il risarcimento dei danni;

c) non sia stata esperita alcuna azione di condanna generica contestualmente alla domanda di annullamento.

Parimenti, si deve segnalare che la notifica del previo ricorso demolitorio non potrebbe avere effetto interruttivo della prescrizione con riferimento al diverso diritto al risarcimento del danno, anche perché la giurisprudenza di legittimità suole affermare che le domande di annullamento, risoluzione, ecc., del contratto, in quanto tendenti ad una pronuncia costitutiva avulsa da una pregressa pretesa creditoria, non sono idonee ad interrompere la prescrizione, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2943 c.c. (74).

Per contro, se da un lato la pronuncia demolitoria del giudice amministrativo ha efficacia costitutiva dell'illegittimità del provvedimento amministrativo, dall'altro, la pronuncia di condanna è ricognitiva del fatto illecito dell'amministrazione (75). In effetti, l'azione di condanna può essere esercitata indipendentemente da quella di annullamento (76), dovendosi badare all'illegittimità del provvedimento come dato di fatto, rilevabile *incidenter tantum* nell'ipotesi di domanda risarcitoria formulata in via autonoma.

In definitiva, l'azione di annullamento non sarebbe in grado di produrre effetti interruttivi della prescrizione con riferimento al "diverso" ed "autonomo" "diritto" al risarcimento del danno (77), posto che la domanda demolitoria tutela l'interesse legittimo alla correttezza della procedura di gara,

(71) TAR Lazio, Roma, Sez. III, 29 marzo 2013, n. 3228.

(72) Consiglio di Stato, Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4513; Cassazione, Sez. III, 25 maggio 2010, n. 12699.

(73) TAR Lazio, Roma, Sez. III, 29 marzo 2013, n. 3228.

(74) Cassazione, Sez. I, n. 25468/2010; Sez. I, n. 20332/2007.

(75) Consiglio di Stato, Ad. Plen., 22 ottobre 2007, n. 12; Ad. Plen., n. 3/2011.

(76) Art. 34, comma 3, c.p.a.,

(77) Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 3/2011.

mentre la domanda risarcitoria tutela l'interesse a non essere leso nelle proprie situazioni giuridiche soggettive, nel possesso e nella detenzione qualificata nella vita di relazione.

Queste considerazioni non sono smentite ed, anzi, troverebbero rispondenza nella decisione della Cassazione, Sez. Unite, 8 aprile 2008, n. 9040.

In quella sede, infatti, la Suprema Corte ha straordinariamente riconosciuto l'efficacia interruttiva della prescrizione in capo alla domanda di annullamento dinanzi al GA, senza nulla precisare, tra le altre cose, in ordine alla diversità delle situazioni giuridiche soggettive protette dall'azione demolitoria e da quella di condanna. Tuttavia, per la Cassazione, "*prima che l'art. 35 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205, concentrasse nella cognizione del giudice amministrativo la tutela demolitoria e quella risarcitoria*", si rendeva necessario assicurare una qualche tutela effettiva (art. 24 Cost.) a favore del privato, facendo in modo che la pregiudiziale amministrativa ed i tempi processuali non avessero impatto sull'utile decorso del termine di prescrizione quinquennale, a decorrere dal provvedimento/evento lesivo.

Ovviamente, tali considerazioni devono ritenersi superate fin dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 80/1998 e della l. n. 205/2000, la quale ha previsto la possibilità di proporre l'azione di condanna dinanzi al GA, contestualmente a quella di annullamento (78).

Ciò è ancor più vero in relazione alle azioni demolitorie, esercitate nel 2006 e preordinate al successivo esercizio di azioni di condanna. In effetti, fin dal 2006, la giurisprudenza di legittimità si era orientata ad ammettere un'azione di risarcimento del danno in via autonoma (79), senza che a ciò ostasse il termine decadenziale per proporre il ricorso di annullamento (80).

Dunque, a decorrere dall'entrata in vigore del D. Lgs. n. 80/1998 e maggiormente dal 2006, nessuna difficoltà di accesso ad un'effettiva tutela giurisdizionale potrebbe derogare all'ordinaria irrilevanza della domanda costitutiva di annullamento ai fini dell'interruzione della prescrizione quinquennale per il risarcimento del danno.

Tanto premesso, in un'ottica di giudizio sul rapporto, bisogna altresì ritenere che l'aggiudicazione provvisoria abbia assunto le vesti di un vero e proprio provvedimento/evento lesivo, individuabile quale *dies a quo* di decorrenza del termine di prescrizione, ai sensi dell'art. 2947 c.c.

D'altro canto, l'orientamento fatto proprio dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 8533/2010, in tema di prescrizione, si pone nel solco di quell'indirizzo giurisprudenziale, inaugurato nel 2009, il quale ha senza dubbio avuto portata

(78) Art. 7, l. TAR, mod. dall'art. 7, l. 205/2000; cfr. art. 30, comma 1, c.p.a.

(79) Art. 30, commi 3 e 5, c.p.a.

(80) Cassazione, Sez. Un., nn. 13659, 13660 e 13911 del 2006.

innovativa rispetto al precedente indirizzo del Consiglio di Stato, fondato invece sulla pregiudizialità amministrativa e sulla decorrenza del termine di prescrizione a far data dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento.

In altri termini, in un'ottica di giudizio sul rapporto, piuttosto che sull'atto, l'indirizzo giurisprudenziale più recente in materia di prescrizione valorizza la funzione di mero accertamento, e non pure costitutiva, della sentenza che accoglie la domanda stessa, con riferimento del danno al complessivo comportamento tenuto dall'amministrazione.

È per questo motivo che il TAR Lazio ha sancito che il *dies a quo* di decorrenza del termine ex art. 2947 c.c. va individuato “nella conoscenza dell'evento lesivo” in capo al danneggiato, e non pure nella semplice conoscenza dell'atto lesivo o dotato di efficacia esterna ai fini della proposizione dell'azione di annullamento (81).

Più precisamente, secondo l'assunto del TAR Lazio e della recente giurisprudenza amministrativa, divergono i presupposti dell'azione demolitoria rispetto ai presupposti dell'azione di condanna.

Da un lato, l'azione demolitoria è azione di legittimità, e cioè azione sull'atto, la quale viene proposta in dipendenza delle lesioni dell'interesse legittimo alla correttezza della gara, avverso il solo provvedimento avente portata eso-procedimentale, ad esempio l'aggiudicazione definitiva (82).

Per contro, l'azione di condanna è azione sul rapporto, sul complessivo comportamento illecito dell'amministrazione, sul danno ingiusto arrecato all'amministrato (83), in dipendenza del “diritto” dell'amministrato a non essere leso nei suoi interessi giuridicamente tutelati nella vita di relazione (84), con conseguente rilevanza esterna dell'intera attività lesiva dell'amministrazione, a prescindere dalla portata eso-procedimentale del singolo atto, purché questo sia conoscibile o sia stato addirittura impugnato (85).

Dunque, se nelle azioni di condanna il fondamento dell'obbligo o del dovere risarcitorio risiede nel comportamento illecito dell'amministrazione, sembrerebbe avvenire che, ai fini della determinazione del *dies a quo* di decorrenza della prescrizione, non possa essere rilevante il solo provvedimento avente efficacia eso-procedimentale in ordine alla proposizione dell'azione demolitoria, come l'aggiudicazione definitiva.

Per converso, sebbene sia normalmente irrilevante in sede di azione di annullamento, l'aggiudicazione provvisoria, suggellata dall'aggiudicazione definitiva ed in quanto testimonianza iniziale del comportamento *contra jus*

(81) TAR Lazio, Roma, Sez. II *bis*, 14 settembre 2011, n. 7276.

(82) Consiglio di Stato, Sez. V, 6 agosto 2012, n. 4518.

(83) Cassazione, Sez. Un., n. 500/1999; Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 3/2011.

(84) Art. 2043 c.c.

(85) TAR Lazio, Roma, n. 7276/2011.

dell'amministrazione, potrebbe svolgere un importante ruolo quale momento di manifestazione primordiale dell'illecito. Ciò dovrebbe verificarsi specialmente se l'aggiudicazione provvisoria sia stata conosciuta dalle imprese che reclamano il danno ed ancor di più se le stesse imprese l'abbiano impugnata in via principale dinanzi al giudice amministrativo, ravvisandone ovviamente la natura lesiva.

Così, rimanendo in tema di azione di condanna e di giudizio sul rapporto (86), l'aggiudicazione provvisoria è stata ritenuta un provvedimento rilevante, e cioè con efficacia esterna ai fini risarcitori (87), al fine di instaurare la responsabilità precontrattuale (aquiliana) dell'amministrazione, nel caso in cui quest'ultima dovesse revocare od annullare *ex officio* l'aggiudicazione provvisoria stessa (88).

Di conseguenza, all'interno di un giudizio sul rapporto, laddove l'aggiudicazione definitiva abbia confermato quella provvisoria e laddove il ricorrente abbia impugnato in via principale l'aggiudicazione provvisoria (riservandosi di impugnare con motivi aggiunti l'aggiudicazione definitiva), sembrerebbe che la lesione si sia consolidata con l'aggiudicazione provvisoria, la quale sarebbe comunque provvista di efficacia esterna ai fini risarcitori, diversa dalla portata eso-procedimentale ai fini demolitori.

In definitiva, secondo una prospettiva di giudizio sul rapporto, se l'aggiudicazione provvisoria - oggetto di revoca - rileva ai fini della responsabilità precontrattuale, non si vede perché, in tema di danno da aggiudicazione illegittima, la medesima aggiudicazione provvisoria non debba rilevare, laddove il danno iniziale sia conosciuto dalle imprese e derivi dall'aggiudicazione provvisoria medesima.

A ciò si aggiunge che, se l'aggiudicazione provvisoria dovesse eventualmente essere impugnata, anche per mero scrupolo, l'impugnazione principale dovrebbe essere dichiarata inammissibile, ancorché non si verificherà poi la contestuale inammissibilità dell'atto per motivi aggiunti con cui si impugnava l'aggiudicazione definitiva (89).

Senza dimenticare come l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria non è senza effetto processuale e sostanziale. Siffatta impugnazione, infatti, rende irricevibile qualsiasi ricorso in via principale avverso l'aggiudicazione

(86) Nei termini fatti propri dalla Plenaria n. 3/2011.

(87) Al di là della successiva aggiudicazione definitiva.

(88) Consiglio di Stato, Ad Plen., 5 settembre 2005, n. 6; Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633; Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156; Sez. IV, 7 marzo 2005, n. 920; Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 25 settembre 2012, n. 3923; Sez. VIII, 3 maggio 2010, n. 2263; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 28 ottobre 2009, n. 10477; Sez. II *ter*, 11 dicembre 2008, n. 11265; Sez. III, 10 settembre 2007, n. 8761; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 8 luglio 2004, n. 4921; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 6 luglio 2001, n. 609; App. Napoli, Sez. III, 30 marzo 2006, S. s.a.s. di C.B. c. I.A.C.P. di Salerno.

(89) Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 giugno 2004, n. 4448. TAR Marche Ancona, Sez. I, 26 luglio 2010, n. 3178.

definitiva (da impugnare con motivi aggiunti) (90), con consolidamento dell'aggiudicazione definitiva stessa e con conseguente improcedibilità del ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria per sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere (91).

Peraltro, non è affatto vero che la proponibilità contestuale delle domande di annullamento e di condanna (92) manifesti una simbiosi tra l'azione demolitoria e quella risarcitoria, la prima presupposto per l'esercizio dell'altra, con presunti riflessi in tema di decorrenza del termine di prescrizione dal giorno in cui è possibile chiedere contestualmente il risarcimento del danno e l'annullamento dell'unico atto avente portata eso-procedimentale, e cioè l'aggiudicazione definitiva.

D'altro canto, in un'ottica di giudizio sull'atto, se la piena conoscenza dei motivi dell'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva non osta rispetto alla decorrenza del termine di impugnazione a decorrere dalla comunicazione ex art. 79, D.Lgs. n. 163/2006 (93), a maggior ragione, secondo una prospettiva di giudizio sul rapporto, la conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria, testimoniata da una sua tempestiva impugnazione, equivarrebbe già a coscienza della "*rapportabilità causale*" di un danno al comportamento lesivo dell'amministrazione (94), con conseguente individuazione in tale momento del *dies a quo* di decorrenza del termine prescizionale (95).

Ad ogni modo, nel caso in cui l'aggiudicazione provvisoria venga concretamente alla stregua di un provvedimento lesivo e, pertanto, venga impugnata, i privati non potrebbero contestualmente invocare il carattere endo-procedimentale del succitato provvedimento, a meno di non incorrere nella violazione del principio generale "*nemo potest venire contra factum proprium*". In effetti, tale violazione può essere utilmente eccepita, dalla parte odierna appellante, mediante l'*exceptio doli generalis seu presentis*, secondo l'insegnamento della Cassazione civile, Sez. I, 7 marzo 2007, n. 5273, valevole in tema di diritto sostanziale ed anche in tema di diritto processuale (96).

(90) Art. 120, comma 7, c.p.a.

(91) *Ex multis*, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 6 marzo 2012, n. 1118; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 28 febbraio 2012, n. 539; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 6 marzo 2010, n. 175; T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. II, 24 agosto 2009, n. 1400.

(92) Art. 30, comma 1, c.p.a.

(93) Consiglio di Stato, Ad. Plen., 31 luglio 2012, n. 31. *Contra*, cfr. TAR Puglia, Bari, Sez. I, ord., 25 marzo 2013, n. 427, di rimessione di una pregiudiziale ex art. 267 TFUE. *Contra*, cfr. altresì Consiglio di Stato, ord., 11 febbraio 2013, n. 790, di rimessione della questione all'Adunanza Plenaria.

(94) Cassazione, Sez. III, 25 maggio 2010, n. 12699.

(95) Vale a dire del giorno dal quale è possibile chiedere il risarcimento del danno contestualmente all'annullamento e soprattutto in via autonoma, al di là di ogni specifica domanda demolitoria, ai sensi degli articoli 30, commi 3 e 5, c.p.a. e 34, comma 3, c.p.a. *Ibid.*

(96) Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656.

4. *Determinazione del quantum risarcibile: spese per la partecipazione alla gara; mancato utile e perdita di chances; danno all'immagine a carico dell'impresa non aggiudicataria della gara di appalto; danno curriculare. Orientamenti giurisprudenziali a confronto.*

Per quanto attiene al *quantum* risarcibile per equivalente, in dipendenza di aggiudicazione illegittima, vengono in rilievo diverse voci di danno, tra cui:

- a) il danno emergente, consistente nelle spese per la partecipazione alla gara;
- b) il lucro cessante, quale mancato utile derivante dall'illegittima aggiudicazione della gara ad altro concorrente;
- c) il lucro cessante, quale perdita di *chances* imprenditoriali, in conseguenza dell'illegittima aggiudicazione della gara ad altro concorrente;
- d) il danno all'immagine a carico dell'impresa non aggiudicataria della gara di appalto;
- e) il danno curriculare, quale mancata inserzione dell'appalto non aggiudicato nel *curriculum* dell'impresa, utile ai fini della partecipazione ad ulteriori procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture.

Con riferimento al danno emergente, la giurisprudenza amministrativa è granitica nell'affermare come: *"I costi sostenuti per la partecipazione ad una gara di appalto non sono risarcibili dall'impresa che lamenti la mancata aggiudicazione dell'appalto, in quanto la partecipazione a dette gare comporta per le imprese costi che ordinariamente restano a carico delle stesse, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione; i costi di partecipazione si configurano infatti come danno emergente (e sono quindi risarcibili) solo nel caso in cui l'impresa sia stata illegittimamente esclusa dalla gara, atteso che in questo caso viene in rilievo la pretesa del partecipante a non essere coinvolto in trattative inutili"* (97).

Per contro, con riferimento al lucro cessante, la giurisprudenza dominante pone in evidenza tre condizioni per l'ottenimento del risarcimento:

1) che l'entità del mancato utile sia provata, anche mediante il riferimento agli utili percepiti in appalti simili, posto che il criterio dell'utile, pari al 10% dell'offerta oggetto di ribasso, ha valore meramente presuntivo (98);

2) che le imprese ricorrenti dimostrino, in base alle specifiche caratteristiche della procedura di gara, l'esistenza di un indice probabilistico pari al 100% in ordine al conseguimento dell'aggiudicazione in assenza del provvedimento illegittimo adottato dalla stazione appaltante (99); altrimenti, si può chiedere soltanto il risarcimento della perdita di *chances* (100);

(97) Consiglio di Stato, Sez. V, 3 luglio 2012, n. 3888; cfr. altresì, Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 settembre 2011, n. 5168; Sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5528; Sez. V, 20 giugno 2011, n. 3670; Sez. V, 18 gennaio 2011, n. 329. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 27 giugno 2012, n. 5920; Sez. III, 22 febbraio 2011, n. 1680; Sez. III, 29 marzo 2013, n. 3228.

(98) Consiglio di Stato, Sez. V, 20 giugno 2011, n. 3670.

3) che venga specificatamente addotta prova negativa, da parte dell'impresa ricorrente, circa l'*aliunde perceptum vel percipiendum*, a pena di presunzione in ordine alla naturale produttività dei mezzi di produzione: in particolare, le imprese ricorrenti devono provare, in modo preciso, il fermo dei macchinari, la mancata utilizzazione di personale regolarmente retribuito, le spese per materiali non utilizzati, ecc., in poche parole, di non essere state beneficiarie di utili a seguito dell'esecuzione di altre commesse nel periodo in cui avrebbero dovuto realizzare l'opera ad oggetto del bando di gara (101).

In aggiunta, si segnala che vi è divergenza, in sede giurisprudenziale, in ordine alla definizione del contenuto, alla qualificazione ed alla quantificazione del lucro cessante ovvero della perdita di *chances*.

In breve, risulta pacifico che il lucro cessante sia risarcibile laddove vi sia la certezza in ordine alla conseguibilità dell'appalto a favore del ricorrente (102).

Per converso, la perdita di *chances* sarebbe risarcibile:

a) per certa giurisprudenza, in presenza di un indice probabilistico almeno pari al 50% delle possibilità di ottenimento dell'appalto (103);

b) per altra giurisprudenza, in presenza di un indice probabilistico anche inferiore al 50 % (104).

Ugualmente, è principio accettato che, laddove non sia risarcibile il lucro cessante, potrebbe esservi comunque spazio per il risarcimento della perdita di *chances*, se la relativa domanda è stata ritualmente formulata (105).

Ciò nondimeno, avviene di sovente che la giurisprudenza amministrativa

(99) Consiglio di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5100. Per dimostrare la certezza nel conseguimento dell'appalto, occorre dimostrare gli "indici significativi di successo" nel conseguimento dell'appalto, in assenza del provvedimento illegittimo di aggiudicazione della gara, con particolare riferimento, per esempio, al numero dei concorrenti, alla configurazione della graduatoria eventualmente stilata ed al contenuto dell'offerta presentata dall'impresa danneggiata, come suggerito dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, pubblicata in data 28 gennaio 2009, n. 491. Critico è TAR Lazio, Roma, Sez. III, 29 marzo 2013, n. 3228, per cui: "*Nelle gare di appalto, l'impresa non aggiudicataria, ancorché proponga ricorso e possa ragionevolmente confidare che riuscirà vittoriosa, non può mai - come detto - nutrire la matematica certezza che le verrà aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative*".

(100) TAR Puglia, Bari, Sez. II, 18 luglio 2002, n. 3399, la domanda per perdita di *chances*, però, in quanto fondata su un diverso tipo di danno, rappresenta una domanda nuova e diversa rispetto alla domanda di risarcimento del lucro cessante, formulata dalle imprese odierne resistenti, con automatica soggezione al divieto di *mutatio libelli* e di *jus novorum* in appello.

(101) Questa prova negativa, oltre ad evitare i rischi di un'indebita locupletazione dei danni, è fondamentale ai fini della dimostrazione del danno da inattività, ma anche ai fini della quantificazione, in senso riduttivo ed in via equitativa, del lucro cessante (Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 aprile 2011, n. 2427) ovvero della perdita di *chances* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115). *Contra*, cfr. Cons. Giust. Amm. Reg. Siciliana, 21 settembre 2010, n. 1226.

(102) Consiglio di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2008, n. 5100.

(103) Consiglio di Stato, Sez. V, 10 ottobre 2011, n. 5527; Sez. IV, 4 luglio 2008, n. 3340.

(104) Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 4 giugno 2010, n. 2069.

(105) Consiglio di Stato, Sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5527; TAR Puglia, Bari, Sez. II, 18 luglio 2002, n. 3399.

risarcisca il lucro cessante indifferentemente sotto la fattispecie della perdita di *chances* ovvero sotto quella del mancato utile, facendo riferimento al criterio presuntivo dell'utile pari al 10 % dell'offerta oggetto di ribasso (106).

Vi sono anche dei casi in cui, più correttamente, la perdita di *chances* viene risarcita in misura minore rispetto al mancato utile, in una percentuale che va dall'1 % al 5 % dell'offerta ribassata, cui deve aggiungersi la riduzione equitativa del danno per mancata prova dell'*aliunde perceptum vel percipiendum* (107).

Ciò detto, occorre valutare il rapporto esistente tra il risarcimento del mancato utile ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi del comb. disp. degli articoli 53, comma 2, ed 83, D. Lgs. n. 163/2006.

Sul punto sono emersi due distinti orientamenti.

Da un lato, vi è chi ha sostenuto:

a) che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a differenza del criterio del prezzo più basso, non è di automatica applicazione, presupponendo invece valutazioni discrezionali da parte della stazione appaltante;

b) che sono necessari criteri di aggiudicazione automatici per integrare la certezza nell'affidamento dell'appalto a favore del ricorrente secondo classificato;

c) che, in ossequio al riparto di giurisdizione tra G.A. e P.A., il giudice amministrativo può risarcire il mancato utile soltanto in presenza di criteri di aggiudicazione automatici.

In presenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quindi, il mancato utile non sarebbe risarcibile in via integrale. Sarebbe, invece, risarcibile la perdita di *chances* (108).

Dall'altro lato, vi è chi ha sostenuto che, nonostante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non possieda caratteri di automaticità, *“negli appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la misura presunta del lucro cessante (pari al 10% dell'importo del contratto), qualora si debba risarcire l'impresa illegittimamente esclusa dalla gara, va decurtata in ragione degli indici significativi delle potenzialità di successo (quali, ad esempio, il numero dei concorrenti, la configurazione della graduatoria eventualmente stilata ed il contenuto dell'offerta presentata dall'impresa danneggiata); conseguentemente la relativa determinazione giurisdizionale dei criteri sfugge a canoni valutativi rigidi, cosicché ai fini della liquidazione del danno può essere utilizzato lo strumento previsto dall'art. 35, comma 2, D.Lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7 L. n. 205/2000”* (109).

Ne deriva che il lucro cessante o mancato utile non sarebbe integralmente

(106) Consiglio di Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115; Sez. V, 28 gennaio 2009, n. 491.

(107) Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; Sez. V, 20 ottobre 2011, n. 5527; TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 4 giugno 2010, n. 2069.

(108) TAR Puglia, Bari, Sez. II, 18 luglio 2002, n. 3399. CARINGELLA, *Corso di Diritto Amministrativo*, Vol. I, 2011, pp. 581 e 582.

(109) Consiglio di Stato, Sez. V, 28 gennaio 2009, n. 491.

risarcibile, nell'ipotesi in cui la mancata prova della certezza nell'affidamento dovesse condurre ad una riduzione equitativa dell'importo risarcito, ulteriore rispetto alla riduzione equitativa per la mancata prova dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*.

A maggior ragione, il mancato utile non sarebbe risarcibile se si dovesse accedere a quell'altro orientamento giurisprudenziale, per cui la mancata prova della certezza nell'affidamento dell'appalto, in presenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pregiudica, in modo assoluto, la risarcibilità del mancato utile.

Ciò detto, il danno all'immagine non è risarcibile se sfornito di prova (110), mentre il danno curriculare è risarcibile (111), giusta prova dell'*an* e del *quantum*, in una misura che va dal 2% al 5% dell'offerta oggetto di ribasso (112).

In particolare, nonostante il provvedimento illegittimo dell'amministrazione rappresenti un'ipotesi di fatto illecito *in re ipsa*, i danni risarcibili appartengono sempre alla specie dei danni conseguenza, secondo gli insegnamenti della Corte Costituzionale (113). Anche il danno curriculare non sfugge alla specie dei danni conseguenza (diversi dai pretesi danni *in re ipsa*), i quali non sfuggono alla dimostrazione dell'*an debeatur*, soprattutto, del *quantum debeatur* (114).

(110) Consiglio di Stato, Sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5527: "In materia di appalti pubblici, per il diritto al risarcimento del danno derivante alla seconda classificata dalla illegittima aggiudicazione ad altra impresa concorrente, non possono essere presi in considerazione, ai fini della quantificazione del danno, né l'utilità derivante dallo svolgimento di prestazioni ulteriori ed aggiuntive rispetto a quelle previste in gara (evidentemente non attinenti all'appalto, da considerarsi solo eventuali al momento dello svolgimento della selezione), né le mancate economie di scala per effetto dell'innalzamento del fatturato, in quanto non direttamente ricollegabili alla mancata esecuzione dell'appalto, né, infine, il danno da immagine, del tutto sfornito di prova. Va, invece, riconosciuto il diritto al risarcimento del danno curriculare, derivante dalla maggiore qualificazione professionale che sarebbe derivata alla interessata dalla esecuzione dell'appalto". Consiglio di Stato, Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 661, confonde il danno curriculare con il danno all'immagine sociale dell'impresa non aggiudicataria: "Il cd. danno curriculare, derivante all'impresa nei cui confronti non sia stata disposta l'aggiudicazione (nella specie a causa dell'illegittimità dell'azione amministrativa) deve identificarsi nel ristoro del pregiudizio economico connesso alla impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico collegato alla esecuzione del lavoro o del servizio. Tale danno, in particolare, si concretizza nel nocumento alla immagine sociale della impresa, con riferimento all'aspetto del radicamento nel territorio, per cui risulta evidente la contiguità con il danno alla immagine derivante dalla perdita di prestigio nell'ambito del mercato legata alla mancata esecuzione dei lavori".

(111) Consiglio di Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; Sez. VI, 2 marzo 2009, n. 1180; Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; Sez. V, 23 luglio 2009, n. 4594. TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010, n. 3.

(112) Su una percentuale del 2% si è assestata la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5527. Per contro, su un coefficiente tra l'1% ed il 5% si è assestato il TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 4 giugno 2010, n. 2069.

(113) Corte Costituzionale, 14 luglio 1986, n. 184; 27 ottobre 1994, n. 372. Sul danno *in re ipsa*, si erano implicitamente assestate le precedenti pronunce della Corte Costituzionale nn. 87 e 88 del 1979. Contra il danno *in re ipsa*, cfr. altresì Cassazione, Sez. I, 25 settembre 2012, n. 16294, in tema di configurabilità del danno *in re ipsa* da concorrenza sleale. Il danno *in re ipsa* esonera dalla prova del danno nell'*an*.

(114) Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7004; Sez. V, 22 febbraio 2010, n. 1038. Cassazione, Sez. I, 15 febbraio 2008, n. 3794. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 29 marzo 2013, n. 3228.

Finito di stampare nel mese di settembre 2013
Servizi Tipografici Carlo Colombo s.r.l.
Via Roberto Malatesta n. 296 - Roma