

L'Adunanza plenaria – in continuità con i propri precedenti relativi all'incidenza delle sopravvenienze sul giudicato amministrativo – approfondisce le conseguenze derivanti, sul piano risarcitorio, dalla impossibilità di portare ad esecuzione in forma specifica un giudicato c.d. di spettanza (nel caso di specie l'esecuzione di un contratto di appalto di lavori a suo tempo legittimamente aggiudicato), consolidando, altresì, importanti principi in materia di giurisdizione del G.A., onere della prova e quantificazione delle voci di danno reclamabili dal creditore in caso di mancata stipulazione ed esecuzione del contratto di appalto

[Cons. St., A.P., sentenza 12 maggio 2017, n. 2 – Pres. Patroni Griffi, Est. Giovagnoli](#)

Giustizia amministrativa – Giudicato amministrativo – Attribuzione diretta della pretesa – Conseguenze.

Giustizia amministrativa – Giudizio di ottemperanza – Impossibilità sopravvenuta della esecuzione in forma specifica – Risarcimento del danno.

Giurisdizione amministrativa – Risarcimento del danno – Domanda proposta nei confronti di impresa illegittima beneficiaria di un appalto pubblico – Esclusione.

Responsabilità civile – Contratti pubblici – Mancata aggiudicazione – Lucro cessante – Mancato profitto – Danno curriculare – Onere della prova.

Responsabilità civile – Contratti pubblici – Mancata aggiudicazione – Lucro cessante – Mancato profitto – Quantificazione – *Aliunde perceptum*.

Dal giudicato amministrativo, quando riconosce la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere, nasce ex lege, in capo all'amministrazione, un'obbligazione, il cui oggetto consiste nel concedere "in natura" il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza. (1)

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

insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, oltre che dell'antigiuridicità della condotta. (2)

In base agli articoli 103 Cost. e 7 c.p.a., il giudice amministrativo ha giurisdizione solo per le controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione o un soggetto ad essa equiparato, con la conseguenza che la domanda che la parte privata danneggiata dall'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato proponga nei confronti dell'altra parte privata, beneficiaria del provvedimento illegittimo, esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa. (3)

Nel caso di mancata aggiudicazione, il danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto). Spetta, in ogni caso, all'impresa danneggiata offrire, senza poter ricorrere a criteri forfettari, la prova rigorosa dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.), e la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno. (4)

Il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato o potuto riutilizzare mezzi e manodopera per altri lavori, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum. (5)

(1-2) I.- L'Adunanza plenaria è stata chiamata a pronunciare in sede di ottemperanza ad una propria sentenza (la [n. 6 del 29 febbraio 2016](#), oggetto della [News US in data 1 marzo 2016](#), concernente la annosa questione della regolarizzazione postuma del DURC, su cui v. anche [Ad. plen., 25 maggio 2016, n. 10](#), oggetto della [News US in data 31 maggio 2016](#); [Corte di giustizia UE, sez. IX, 10 novembre 2016, C-199/15, Ciclat](#), oggetto della [News US in data 15 novembre 2016](#) e [Cass. civ., sez. un., 29 marzo 2017, n. 8117](#), oggetto della [News US in data 4 aprile 2017](#), cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento).

II.- Per meglio comprendere il significato dei principi elaborati dalla Plenaria, giova riportare sinteticamente gli elementi salienti che hanno caratterizzato la peculiare vicenda contenziosa, così come analiticamente ostesi dalla sentenza in commento:

a) la stazione appaltante ha escluso, per l'assodata irregolarità del DURC, l'impresa prima graduata dalla gara indetta per l'esecuzione di lavori pubblici, aggiudicandoli all'impresa che seguiva;

b) la sentenza di primo grado (pubblicata il 20 maggio 2015) ha accolto il ricorso dell'impresa esclusa;

c) interposto appello da parte dell'originaria aggiudicataria, la IV Sezione del Consiglio (con ordinanza pubblicata il 29 settembre 2015 a seguito della relativa camera di consiglio tenuta il 17 settembre 2015), ha rimesso la causa all'Adunanza plenaria, respingendo, nelle more, l'istanza cautelare;

d) la stazione appaltante ha disposto la nuova aggiudicazione in esecuzione della sentenza impugnata in data 8 giugno 2015 (quando ancora erano pendenti i termini per l'appello); il contratto è stato stipulato il 2 settembre 2015, senza neanche attendere, non solo la decisione sull'istanza di sospensiva (pubblicata il 29 settembre 2015), ma neanche la data di celebrazione (17 settembre 2015) della camera di consiglio fissata per la trattazione collegiale della domanda cautelare;

e) i lavori sono stati ultimati in data 17 febbraio 2016, con significativo anticipo rispetto al termine previsto di trecento giorni, che sarebbe scaduto (come indicato nello stesso certificato di ultimazione dei lavori) solo in data 9 maggio 2016; vi è stata, quindi, subito dopo la sentenza di primo grado, una particolare accelerazione sia della fase amministrativa (con la nuova aggiudicazione avvenuta circa quindici giorni dopo la pubblicazione della sentenza di primo grado), sia della fase di esecuzione dei lavori (ultimati circa tre mesi prima del termine previsto);

f) non è stato assodato che tale rapidità fosse giustificata da particolari ragioni di urgenza, né risulta, per quanto riguarda in particolare la posizione della stazione appaltante che la medesima sia stata compulsata (e, quindi, indotta all'immediata esecuzione) dall'iniziativa della vincitrice in primo grado finalizzata ad ottenere l'ottemperanza della sentenza di primo grado;

g) in data 29 febbraio 2016 l'Adunanza plenaria, in riforma della sentenza impugnata, ha respinto il ricorso di primo grado consolidando gli effetti della originaria aggiudicazione definitiva;

h) l'impresa vincitrice, stante l'inerzia dell'Amministrazione (che nulla aveva comunicato circa l'avvenuto completamento dei lavori), ha adito l'Adunanza plenaria per ottenere l'esecuzione del giudicato attraverso la stipula del relativo contratto e

l'esecuzione dei lavori, ovvero, in subordine, il risarcimento del danno derivante dalla impossibilità di esecuzione del giudicato.

III.- Questi gli snodi argomentativi che hanno condotto l'Adunanza plenaria a formulare i principi di cui alle relative massime ed alla condanna della sola stazione appaltante al risarcimento del danno:

i) l'azione prevista dall'art. 112, comma 3, c.p.a. – nel testo risultante dalla novella recata dal primo correttivo al codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. n. 195 del 2011 – è qualificabile in termini di rimedio risarcitorio tipico e derogatorio della disciplina generale della responsabilità civile;

j) l'art. 112, comma 3, cit., distingue, infatti, il danno "connesso" all'impossibilità (o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica del giudicato) da quello derivante dalla violazione o elusione del giudicato;

k) il riferimento della norma ad una impossibilità di esecuzione, che trova la sua causa in un fatto diverso dalla violazione o elusione del giudicato, comporta il risarcimento del danno – e non un semplice indennizzo - anche nel caso in cui, pur non configurandosi un inadempimento imputabile, non è comunque possibile attuare il giudicato in forma specifica;

l) la deroga, in particolare, si coglie avuto riguardo al regime della responsabilità da inadempimento dell'obbligazione, come delineato dall'art. 1218 c.c.; deve ritenersi che dal giudicato amministrativo che riconosca la fondatezza della pretesa sostanziale, esaurendo ogni margine di discrezionalità nel successivo esercizio del potere - cfr., in ordine ai poteri esercitabili dalla P.A. dopo la formazione del giudicato, al giudicato a formazione progressiva, alla incidenza delle sopravvenienze, alla individuazione dei soggetti legittimati passivi all'azione di ottemperanza, la fondamentale [Ad. plen. 9 giugno 2016, n. 11](#), oggetto della [News US in data 24 giugno 2016](#), nonché in *Riv. nel diritto*, 2016, 1261, con nota di BRUNO; *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2016, fasc. 3, 109, con nota di SANTARELLI; *Urbanistica e appalti*, 2016, 1371, con nota di COMMANDATORE; *Dir. proc. ammin.*, 2016, 1159, con nota di SPADARO, cui si rinvia per ogni approfondimento ulteriore - nasce *ex lege*, in capo all'amministrazione (ed in certi casi anche in capo alle parti private soccombenti) un'obbligazione, il cui oggetto (la prestazione) consiste proprio nel concedere "in natura" (cioè in forma specifica) il bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza;

m) l'elemento di specialità rispetto al paradigma della responsabilità ex 1218 c.c., è rappresentato dal fatto che l'impossibilità da causa non imputabile (non dovuta cioè a violazione o elusione del giudicato) non estingue l'obbligazione, ma la converte, *ex lege*, in una diversa obbligazione, di natura "risarcitoria", avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato;

n) si tratta di una forma di responsabilità che, nei casi di impossibilità non imputabile a violazione o elusione del giudicato, presenta i caratteri di quella oggettiva, perché non è ammessa alcuna prova liberatoria fondata sulla carenza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), che, invece, necessariamente connota le ipotesi di violazione o elusione del giudicato;

o) viene in rilievo un rimedio che assume una connotazione tipicamente compensativa: una sorta di ottemperanza per equivalente che sostituisce l'ottemperanza in forma specifica nei casi in cui questa non sia più possibile (in dottrina in senso conforme v. R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2015, 1607 ss.; V. LOPILATO, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. QUARANTA – V. LOPILATO, Milano, 2011, 890);

p) la funzione sostitutiva del rimedio giustifica sia l'ammissibilità in sede di ottemperanza, anche in un unico grado (in quanto "connessa" all'impossibilità oggettiva di esecuzione del giudicato), sia l'assenza del requisito della colpevolezza;

q) trattandosi di una tutela che sostituisce l'ottemperanza non più possibile in forma specifica, essa soggiace, sia sul piano del rito, sia sul piano dei presupposti sostanziali, alle stesse regole dell'azione di ottemperanza (in forma specifica), che pure si caratterizza come rimedio "oggettivo", sganciato dalla prova del dolo o della colpa: è, in altri termini, una ragionevole scelta del legislatore in tema di allocazione del rischio della impossibilità di esecuzione del giudicato;

r) la qualificazione in termini "oggettivi" della responsabilità delineata dall'art. 112, comma 3, c.p.a., è coerente con l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, secondo cui in materia di risarcimento da (mancato) affidamento di gare pubbliche di appalto e concessioni, non è necessario provare la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria; le garanzie di trasparenza e di non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti fanno sì che una qualsiasi violazione degli obblighi di matrice sovranazionale consente all'impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore e dunque della imputabilità soggettiva della lamentata violazione (cfr. Corte di giustizia UE, sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz*, in *Foro it.*, 2012, IV, 195; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2011, 3014 (m), con nota di FELIZIANI cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento di dottrina e giurisprudenza; successivamente, per ulteriori profili relativi alla disciplina europea del risarcimento del danno, v. sez. V, 26 novembre 2015, n. 166/14, in *Giur. it.*, 2016, 158 (m), con nota di GIUSTI; *Urbanistica e appalti*, 2016, 260, con nota di CAPUTO; nella giurisprudenza nazionale v. Cons. Stato, sez. V, n. 6450 del 2014 cit. che ha pure

escluso profili di incostituzionalità nella ricostruzione della responsabilità civile della stazione appaltante in termini di responsabilità oggettiva);

s) trattandosi di una fattispecie di responsabilità civile, è comunque necessaria la presenza dell'elemento oggettivo (nella diade condotta – evento - nesso di causalità e antiggiuridicità del danno); conseguentemente la responsabilità può essere esclusa solo per la presenza di cause di giustificazione ovvero per la insussistenza (originaria) o il venir meno del nesso di causalità (il cui onere probatorio grava sul debitore medesimo;

t) nell'accertamento del nesso causale in materia civile (ed amministrativa) vige la regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non";

u) il nesso di causalità è interrotto dal caso fortuito: spetta al debitore l'onere di provare il caso fortuito - inteso come specifico fattore capace di determinare autonomamente il danno comprensivo del fatto del terzo (che abbia avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno) - rimanendo a suo carico il fatto ignoto in quanto inidoneo a eliminare il dubbio in ordine allo svolgimento eziologico dell'accadimento;

v) non costituisce fatto del terzo il provvedimento giurisdizionale esecutivo che abbia inciso sulla vicenda contenziosa; tale provvedimento, infatti, non può valere come giustificazione dell'operato della pubblica amministrazione, recidendo il nesso di causalità tra il comportamento di quest'ultima e l'impossibilità di eseguire il giudicato (sul punto specifico v. per completezza Cons. Stato, sez. V, n. 6450 del 2014 cit., § 10.2, lett. c), ivi gli ulteriori richiami di giurisprudenza).

IV.- Facendo applicazione dei su esposti principi al peculiare caso di specie, la sentenza in commento ha raggiunto le seguenti conclusioni:

w) l'attività successiva alla pubblicazione della sentenza di primo grado da parte dell'Amministrazione è stata ritenuta connotata dall'assenza di qualsiasi forma di cautela rispetto al possibile esito del giudizio di appello al punto da far emergere in questo tipo di condotta profili di colpa che integrerebbero, comunque, il presupposto dell'assenza della "normale prudenza" cui fa riferimento l'art. 96, comma 2, c.p.c.;

x) sia l'aggiudicazione, sia il successivo contratto stipulato in esecuzione della sentenza di primo grado, devono ritenersi, per effetto dell'accoglimento dell'appello da parte della decisione della Plenaria n. 6 del 2016, automaticamente travolti in applicazione della regola del c.d. effettivo espansivo esterno della sentenza sancito dall'art. 336, comma 2, c.p.c. ed applicabile al processo amministrativo in virtù del rinvio contenuto nell'art. 39, comma 1, c.p.a. (sull'applicabilità dell'art. 336 c.p.c. al giudizio amministrativo v. Ad. plen., 28 gennaio 2015, n. 1, in *Foro it.*, 2015, III, 446, con nota di R. DE HIPPOLITYS, secondo cui per impedire l'effetto espansivo esterno accertando una situazione di acquiescenza, occorre dimostrare che l'amministrazione abbia adottato il

nuovo atto non in conseguenza della sentenza di primo grado ma in base a proprie autonome e nuove scelte discrezionali; Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2011, n. 1926, *id.*, 2011, III, 568, secondo cui <<la circostanza che l'amministrazione soccombente abbia dato esecuzione alla sentenza esecutiva di primo grado, senza in alcun modo eccedere rispetto agli effetti della sentenza stessa, non rende improcedibile l'appello>>; nello stesso senso, pur giungendo ad un risultato in concreto diverso, Ad. plen., 27 febbraio 2003, n. 3, *id.*, 2006, III, 7, con nota di SIGISMONDI cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento di dottrina e giurisprudenza; ad analoghe conclusioni perviene la giurisprudenza che ha analizzato la intrinseca provvisorietà degli effetti delle misure cautelari in quanto avvinte, nel processo amministrativo, da un vincolo di stretta strumentalità rispetto alla tutela di merito definitiva e come tali destinate ad essere assorbite dalla sentenza che chiude il giudizio quale ne sia la natura, Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 2016, n. 2659; sez. V, 16 aprile 2014, n. 1860; sulla impossibilità di qualificare in senso tecnico processuale il c.d. giudicato cautelare, v. Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro it.*, 2014, I, 441, con nota di R. ROMBOLI; in dottrina, per una accurata panoramica di tutte le criticità rinvenibili nella esecuzione delle sentenze non sospese, R. DE NICTOLIS, *op. cit.*, 1682 ss.; sul c.d. effetto espansivo interno, v. da ultimo Cass. civ., sez. un., 27 ottobre 2016, n. 21691, in *Foro it.*, 2016, I; 3832);

(3) I.- La terza massima aderisce al consolidato indirizzo delle Sezioni unite, espressamente richiamate dalla Plenaria (cfr. Cass. civ., sez. un., ordinanza 3 ottobre 2016, n. 19677, in *Foro it.*, 2016, I, 3422, nonché oggetto della News US in data 7 ottobre 2016 *allegata*, cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento di dottrina e giurisprudenza).

La Plenaria ha ricusato la giurisdizione del G.A. ribadendo, altresì, il principio secondo cui non sono ammessi spostamenti della giurisdizione per ragioni di connessione (Ad. plen., 29 gennaio 2014, n. 6 in *Foro it.*, 2014, III, 518, con nota di A. TRAVI cui si rinvia per ogni ulteriore approfondimento di dottrina e giurisprudenza; successivamente, Cass. civ., sez. un., 8 giugno 2016, n. 11713; 31 maggio 2016, n. 11387).

I su esposti principi hanno trovato applicazione in relazione ad una controversia caratterizzata dalle seguenti particolarità:

a) la domanda di risarcimento del danno è stata proposta in sede di giudizio di ottemperanza nei confronti della stazione appaltante e del concorrente che aveva, *contra ius*, eseguito l'appalto in forza della sentenza di primo grado;

b) la stazione appaltante, nel corso del giudizio di ottemperanza svoltosi innanzi alla Plenaria, aveva irritualmente proposto (con semplice memoria conclusionale) una domanda qualificata come di regresso (in relazione a tale ultimo profilo la Plenaria ha evidenziato che, stante l'impossibilità di esercitare la propria *potestas decidendi*, non

potrebbe qualificare esattamente l'azione proposta nei termini di regresso ex art. 2055 c.c. ovvero di azione di ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c., né poteva esprimersi sulla individuazione del giudice munito di giurisdizione, ferma restando, però, l'impossibilità di far rientrare un tale tipo di azione fra quelle esperibili in sede di ottemperanza richiedendosi la trattazione propria del giudizio di cognizione).

II.- La plenaria per giungere alle predette conclusioni ha ritenuto che:

c) non sia condivisibile l'indirizzo espresso da una parte della giurisprudenza amministrativa, secondo cui in materia di risarcimento del danno da aggiudicazione illegittima, vi sarebbe, ex art. 2055 c.c., la possibilità per il giudice amministrativo sia di pronunciare la condanna in solido al risarcimento del danno, sia di ripartire, anche solo ai fini del futuro esercizio dell'azione di regresso da parte dell'amministrazione, le quote interne di responsabilità;

d) le norme sancite dagli artt. 41, comma 2, ultimo periodo, c.p.a. e 112, commi 1 e 3, in quanto disposizioni sul rito non consentono di estendere la giurisdizione del G.A.;

e) l'art. 41 cit., non prevede, a rigore e in senso tecnico, un litisconsorzio necessario nei confronti del privato beneficiario dell'atto illegittimo, limitandosi a sancire l'obbligo di una mera *denuntiatio litis*; in altri termini, il privato non è destinatario di una domanda di risarcimento del danno contro di lui diretta, ma solo destinatario della notificazione della domanda proposta contro l'amministrazione, al fine di rendere possibile l'opponibilità del giudicato;

f) l'art. 112, comma 1, c.p.a., nella parte in cui prevede che l'obbligo di eseguire il giudicato grava non solo sull'amministrazione ma anche sulle altre parti, è coerente con la finalità di rendere effettiva (la tutela giurisdizionale per il tramite della) esecuzione in forma specifica del giudicato anche mediante l'ingerenza nella sfera giudica e materiale di soggetti privati, specie nel caso in cui sono stati destinatari di provvedimenti favorevoli poi annullati e devono, per effetto del giudicato, adempiere ad obblighi (meramente consequenziali o riflessi) di carattere restitutorio e ripristinatorio;

g) diversamente per l'ipotesi in cui, divenuta impossibile l'esecuzione in forma specifica, si chiedi, ex art. 112, comma 3, c.p.a., la condanna al risarcimento del danno a titolo (derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria) di responsabilità oggettiva (dunque in assenza dell'elemento soggettivo), non solo dell'Amministrazione ma anche del privato cui si attribuisce l'impossibilità del giudicato; in tal caso, infatti, mancando una specifica previsione nel citato comma, 3, non è possibile estendere la giurisdizione del G.A. alla relativa domanda;

III. Si segnala per completezza:

h) che rimane sullo sfondo la possibilità (pure indirettamente adombrata dalla sentenza in commento al § 12) che, *de iure condendo*, in caso di sopravvenuta impossibilità oggettiva di esecuzione del giudicato in forma specifica, la legge preveda un ristoro di carattere indennitario (sulla evoluzione del concetto di atto lecito dannoso generatore di obbligazione indennitaria cfr. da ultimo Cass. civ., sez. II, 16 dicembre 2015, n. 25292, in *Foro it.*, 2016, I, 1311, con nota di G. GRASSO cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza);

i) Corte cost., 15 luglio 2016, n. 179 (in *Foro it.*, 2016, I, 3047, con nota di TRAVI, nonché oggetto della News US in data 20 luglio 2016 *allegata*, cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza) che ammette la proponibilità, nei casi di giurisdizione esclusiva, della domanda da parte della P.A. nei confronti del privato (conformandosi ad un consolidato indirizzo della giurisprudenza civile ed amministrativa, cfr. Cass. civ., sez. un., 9 marzo 2015, n. 4683 che ha confermato Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2012, n. 28);

j) sulla responsabilità solidale della stazione appaltante e dell'impresa ex art. 2055 c.c., Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450, in *Foro it.*, 2015, III, 299, con nota di P. SANTORO.

(4-5) I.- L'Adunanza plenaria ha formulato le massime in commento, consolidando principi e argomenti sviluppati nel tempo dalla giurisprudenza amministrativa, così sintetizzabili:

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

b) nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del *curriculum* e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto); non è dubitabile, invero, che il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), possa essere, comunque, fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la *chance* di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti;

c) spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di

equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.;

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

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

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

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

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

i) può presumersi, *iuris tantum*, che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria

diligenza, dovuta ex art. 1227 c.c., al fine di non concorrere all'aggravamento del danno; conseguentemente, il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di certezza dell'aggiudicazione in favore dell'impresa ricorrente, solo se questa dimostri (anche mediante le risultanze delle scritture contabili), di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa; in difetto di tale dimostrazione, la liquidazione del danno da mancato utile deve essere ridotta, a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum*, di una percentuale equitativamente determinata (nella specie il 25%).

II.- Si segnala per completezza:

l) sulla impossibilità di liquidare a titolo di danno emergente le spese e i costi relativi alla presentazione delle offerte quando si ristora la mancata percezione dell'utile netto, nonché sulla necessità di considerare ricompreso nel danno curriculare anche quello all'immagine dell'impresa salva l'ipotesi di provvedimento di esclusione adottato per motivi infamanti, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 23 maggio 2016, n. 2111, in *Appalti & Contratti*, 2016, fasc. 6, 87; sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6450 cit.; sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143, in *Foro it.*, 2009, III, 309, con nota di SIMONETTI cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e giurisprudenza;

m) sulla portata applicativa del principio della *compensatio lucri cum damno* (di cui la regola dell'*aliunde perceptum vel percipiendum* costituisce possibile declinazione), cfr. Cass. civ., sez. un., 30 giugno 2016, n. 13372, in *Foro it.*, 2016, I, 2711, con note di R. PARDOLESI e U. IZZO, cui si rinvia per la ricostruzione dell'istituto ed ogni ulteriore riferimento di dottrina e giurisprudenza;

n) sull'onere della prova in materia di responsabilità civile da provvedimento illegittimo v. Cons. Stato, sez. III, 19 marzo 2014, n. 1357, in *Foro it.*, 2014, III, 281, con nota di B. TASSONE.