

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 13/07/2015**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37149-si-al-danno-emergente-risarcimento-per-equivalente-impossibilit-esecuzione-giudicato>**

**Autore: Lazzini Sonia**

## **Si al danno emergente risarcimento per equivalente impossibilità esecuzione giudicato**

Resta la domanda di risarcimento del danno emergente, riferito dalle spese - delle quali è offerta prova documentale - sostenute dalla società per partecipare alla gara annullata. (decisione numero 2690 del 29 maggio 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato)

Sonia Lazzini

Viene dunque in questione l'interesse negativo, sul piano sostanziale della responsabilità precontrattuale (non a caso la ricorrente fa riferimento alla trattativa).

Il Comune di Milano ritiene di liberarsi della domanda sostenendo che il danno evocato non avrebbe rapporti con la mancata esecuzione del giudicato, costituirebbe una tipica domanda risarcitoria connessa all'azione di annullamento e avrebbe dovuto essere fatta valere entro termini di decadenza ormai scaduti,

A tale proposito, il Comune argomenta dall'abrogazione del comma 4 dell'art. 112 c.p.a.

La difesa non ha pregio.

Il decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 195, ha sì abrogato il comma 4, ma al tempo stesso ha modificato il comma 3 dello stesso art. 112. Per effetto di tale modifica, in sede di ottemperanza può essere proposta anche "azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione".

Nel testo precedente, la disposizione legava l'azione risarcitoria ai "danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato".

La differente dizione non è priva di significato.

Anche sulla scorta della nuova formulazione normativa si è potuto dire - con affermazione che il Collegio fa propria, non ravvisando ragioni per discostarsene - che "il Codice del processo amministrativo non considera l'ipotesi che una sentenza di accoglimento del ricorso - che, pertanto, afferma l'intervenuta lesione della posizione giuridica sostanziale (e, in particolare, dell'interesse legittimo) - possa non trovare <<sbocco>> in forme di riparazione,

le quali possono essere sia di tipo "ripristinatorio" (a seconda dei casi, sia attraverso l'adozione di un provvedimento di contenuto favorevole all'interessato, sia attraverso il ripristino delle condizioni di esercizio del potere amministrativo), sia di tipo risarcitorio o <<per equivalente>>, laddove vi sia impossibilità di esecuzione del giudicato.

Ne consegue che ..., quale che sia la ragione dell'impossibilità di esecuzione (sia essa oggettiva, o sia essa riconducibile ad una attività o comportamento inerte dell'amministrazione), oggetto del risarcimento per equivalente monetario è la lesione stessa della posizione sostanziale accertata dal giudice del cognitorio e coperta dal passaggio in giudicato della relativa decisione. Non a caso l'art. 112, co. 3 evidenzia un danno <<connesso>> alla impossibilità dell'esecuzione e non già <<conseguente>> a tale impossibilità; dunque, non si tratta, necessariamente, di un danno <<nuovo>>, bensì (anche) del danno accertato con la sentenza passata in giudicato, non più riparabile nelle forme ivi indicate" (Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2013, n. 259).

Segue da ciò che ricorrente ha diritto al risarcimento del danno emergente per un importo complessivo di euro 59.819,41, risultante dalla documentazione prodotta e non contestata dal Comune.

Come chiesto dalla ricorrente, tale importo sarà incrementato degli interessi legali, dalla data della presente decisione sino all'integrale pagamento, mentre - in difetto di specifica prova, nemmeno presuntiva - non può essere riconosciuta la rivalutazione a titolo di maggior danno ex art. 1224, secondo comma, c.c. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2014, n. 3131; Id., sez. V, 14 aprile 2015, n. 1879; Id., sez. IV, 27 aprile 2015, n. 2090).

N. 02690/2015REG.PROV.COLL.

N. 10254/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

1. La valutazione del merito della controversia richiede due premesse, l'una, di fatto, l'altra, di diritto.

In punto di fatto, la Sezione ritiene di sottolineare come la ricostruzione in fatto, come sopra riportata e ripetitiva di quella operata dal giudice di prime cure, non sia stata contestata dalle parti costituite per cui, vigendo la preclusione posta dall'art. 64, comma 2, c.p.a., deve considerarsi idonea alla prova dei fatti oggetto di giudizio.

In punto di diritto, va rammentato che, tenuto conto della natura sostanzialmente giurisdizionale dell'atto che decide il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, per la sua esecuzione è ammesso il ricorso in ottemperanza innanzi al Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9 e n. 10).

2. Come detto in narrativa, il parere del Consiglio di Stato, sulla base del quale il ricorso straordinario è stato accolto, ha riscontrato negli atti impugnati almeno tre illegittimità: violazione del principio dell'anonimato, assunzione da parte dello stesso soggetto della parte di soggetto controllore e di soggetto controllato, difetto della necessaria pubblicità delle sedute di **gara**.

Ciò è sufficiente per respingere la difesa del Comune, secondo la quale il decreto decisivo avrebbe ritenuto legittimo il provvedimento di esclusione della ricorrente.

A dire il vero, il parere non si pronuncia espressamente sul punto. Tuttavia, là dove censura la violazione del principio dell'anonimato ("perché le offerte sono state esaminate dopo che si era conosciuto il nominativo del soggetto che le aveva presentate, e non c'è bisogno di dimostrare che in tal modo viene meno ogni garanzia d'imparzialità"), afferma - in modo implicito ma chiarissimo - che l'esclusione di ricorrente dalla **gara** è stata disposta all'esito di una fase procedurale viziata.

Da questo presupposto non discende però la conseguenza che la società vorrebbe far valere, cioè che l'annullamento degli atti impugnati le riconosca il bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione della **gara** alle condizioni originariamente previste.

Questa tesi sarebbe fondata, semmai, se la società fosse stata ammessa alla fase terminale della selezione e questa si fosse conclusa con l'aggiudicazione finale, con soccombenza della ricorrente.

Poiché nulla di ciò è avvenuto, è evidente che l'unico bene che derivava alla società dall'annullamento degli atti impugnati è il diritto alla rinnovazione della **gara** - in linea di principio - alle condizioni date.

3. Questo diritto va peraltro valutato alla luce delle sopravvenienze.

In linea di principio, è indubbio che l'Amministrazione, soccombente a seguito di sentenza di annullamento passata in giudicato, abbia l'obbligo di ripristinare la situazione controversa, a favore del privato, con effetto retroattivo, per evitare che la durata del processo vada a scapito della parte vittoriosa. Questa retroattività dell'esecuzione del giudicato trova però un limite intrinseco e

ineliminabile (che è logico e pratico, ancor prima che giuridico) nella sopravvenienza di mutamenti della realtà - fattuale o giuridica - tali da non consentire l'integrale ripristino dello *status quo ante*.

Vero è che, in quanto ha per oggetto l'adempimento di un'obbligazione, l'esecuzione del giudicato postula l'esatto adempimento. Peraltro, la responsabilità del debitore cade di fronte all'impossibilità della prestazione, derivante da causa a lui non imputabile (art. 1218 c.c.) (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2013, n. 1075).

A chiarimento di tali principi generali, una giurisprudenza costante di questo Consiglio di Stato aggiunge che l'esecuzione del giudicato da parte della P. A. può trovare ostacoli e limiti nelle sole sopravvenienze di fatto e di diritto verificatesi anteriormente alla notificazione della sentenza. Sono invece irrilevanti le sopravvenienze "in senso proprio" successive alla notifica, cioè quelle relative a questioni di fatto o di diritto che non abbiano rappresentato oggetto effettivo o potenziale del *thema decidendum* e che siano emerse solo successivamente al passaggio in decisione del ricorso e prima della notifica della sentenza (cfr. da ultimo sez. V, 17 marzo 2015, n. 1366, ove riferimenti ulteriori).

Nel caso di specie, il finanziamento previsto è venuto meno per determinazione di un soggetto pubblico diverso dal Comune; l'atto relativo (determinazione del 1° agosto 2012) è anteriore a quella dell'adozione del decreto decisivo (la comunicazione successiva, su cui fa leva la società, è irrilevante in quanto ciò che rileva è l'obiettivo cessazione del contributo pubblico); l'atto non è stato impugnato e - in relazione alla nota comunale del 25 febbraio 2013 - la società non ha manifestato interesse ad acquisire l'area senza il contributo pubblico.

La compiuta esecuzione del giudicato è palesemente divenuta impossibile.

4. Difatti, in via subordinata, la società domanda il risarcimento del danno, riguardo al lucro cessante e al danno emergente.

Quanto al lucro cessante, ricorrente si duole del "cospicuo guadagno patrimoniale" che le sarebbe venuto a mancare come conseguenza della condotta illegittima della P.A. In altre parole, si tratta del risultato economico dell'operazione economica progettata, proiettata sul ventennio 2022 – 2042 e, comunque, asserito piuttosto che dimostrato.

In disparte da tale ultimo rilievo, la società continua a ragionare come se il decreto decisivo le avesse riconosciuto il diritto all'assegnazione dell'area. Il che non è, come prima si è detto.

Ciò che la società ha perso, dunque, non è una concreta aspettativa di guadagno, ma la possibilità di partecipare alla **gara** rinnovata, di eventualmente vincerla e di poter portare a conclusione un investimento immobiliare dal quale si riprometteva considerevoli ricavi. Si tratta, in definitiva, di un danno da perdita di una *chance*.

Al riguardo, l'orientamento di questo Consiglio di Stato (si veda da ultimo sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 131) è cauto nel riconoscere il diritto al risarcimento del supposto danno, ritenendo che la sussistenza del pregiudizio vada preliminarmente provata, alternativamente, attraverso:

la constatazione in concreto della sua esistenza, ottenuta attraverso elementi probatori (ad esempio, con riferimento alle gare d'appalto, se si è in presenza di un contratto eseguito o in esecuzione, che avrebbe dovuto essere certamente eseguito dall'impresa ricorrente, in luogo di quella beneficiaria di aggiudicazione illegittima);

un'articolazione di argomentazioni logiche, che, sulla base di un processo deduttivo rigorosamente sorvegliato, inducono a concludere per la sua sussistenza;

un processo deduttivo secondo il criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, del c.d. "più probabile che non" (Cass. civ., sez. III, 10 novembre 2010, n. 22837), e cioè alla luce "delle massime d'esperienza, intese come proposizioni di ordine generale tratte dalla reiterata osservazione dei fenomeni naturali o socioeconomici", delle quali "il giudice ... è tenuto ad avvalersi come regola di giudizio destinata a governare sia la valutazione delle prove che l'argomentazione di tipo presuntivo" (Cass. civ., sez. III, 28 ottobre 2010, n. 22022).

In particolare, nel caso di esclusione da una **gara**, al fine di ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance* occorre fornire prova certa in ordine alla circostanza che l'offerta del concorrente illegittimamente escluso sarebbe stata quella che avrebbe comportato l'attribuzione dell'aggiudicazione al concorrente medesimo, di modo che questi si vede privato del lucro derivante dall'esecuzione del contratto o in genere dell'operazione economica (nonché, se si vuole, dell'acquisizione di un elemento curriculare positivo, da far valere in ulteriori e successive procedure di **gara**).

Nulla essendo stato dimostrato nei termini ora detti, la domanda di risarcimento del lucro cessante va respinta.

5. Resta la domanda di risarcimento del danno emergente, riferito dalle spese - delle quali è offerta prova documentale - sostenute dalla società per partecipare alla **gara** annullata. Viene dunque in questione l'interesse negativo, sul piano sostanziale della responsabilità precontrattuale (non a caso la ricorrente fa riferimento alla trattativa).

Il Comune di Milano ritiene di liberarsi della domanda sostenendo che il danno evocato non avrebbe rapporti con la mancata esecuzione del giudicato, costituirebbe una tipica domanda risarcitoria connessa all'azione di annullamento e avrebbe dovuto essere fatta valere entro termini di decadenza ormai scaduti,

A tale proposito, il Comune argomenta dall'abrogazione del comma 4 dell'art. 112 c.p.a.

La difesa non ha pregio.

Il decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 195, ha sì abrogato il comma 4, ma al tempo stesso ha modificato il comma 3 dello stesso art. 112. Per effetto di tale modifica, in sede di ottemperanza può essere proposta anche "azione di risarcimento dei danni *connessi* all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione".

Nel testo precedente, la disposizione legava l'azione risarcitoria ai "danni *derivanti* dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato".

La differente dizione non è priva di significato.

Anche sulla scorta della nuova formulazione normativa si è potuto dire - con affermazione che il Collegio fa propria, non ravvisando ragioni per discostarsene - che "il Codice del processo amministrativo non considera l'ipotesi che una sentenza di accoglimento del ricorso - che, pertanto, afferma l'intervenuta lesione della posizione giuridica sostanziale (e, in particolare, dell'interesse legittimo) - possa non trovare <<sbocco>> in forme di riparazione, le quali possono essere sia di tipo "ripristinatorio" (a seconda dei casi, sia attraverso l'adozione di un provvedimento di contenuto favorevole all'interessato, sia attraverso il ripristino delle condizioni di esercizio del potere

amministrativo), sia di tipo risarcitorio o <<per equivalente>>, laddove vi sia impossibilità di esecuzione del giudicato.

Ne consegue che ..., quale che sia la ragione dell'impossibilità di esecuzione (sia essa oggettiva, o sia essa riconducibile ad una attività o comportamento inerte dell'amministrazione), oggetto del risarcimento per equivalente monetario è la lesione stessa della posizione sostanziale accertata dal giudice del cognitorio e coperta dal passaggio in giudicato della relativa decisione. Non a caso l'art. 112, co. 3 evidenzia un danno <<connesso>> alla impossibilità dell'esecuzione e non già <<conseguente>> a tale impossibilità; dunque, non si tratta, necessariamente, di un danno <<nuovo>>, bensì (anche) del danno accertato con la sentenza passata in giudicato, non più riparabile nelle forme ivi indicate" (Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2013, n. 259).

Segue da ciò che ricorrente ha diritto al risarcimento del danno emergente per un importo complessivo di euro 59.819,41, risultante dalla documentazione prodotta e non contestata dal Comune.

Come chiesto dalla ricorrente, tale importo sarà incrementato degli interessi legali, dalla data della presente decisione sino all'integrale pagamento, mentre - in difetto di specifica prova, nemmeno presuntiva - non può essere riconosciuta la rivalutazione a titolo di maggior danno ex art. 1224, secondo comma, c.c. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2014, n. 3131; Id., sez. V, 14 aprile 2015, n. 1879; Id., sez. IV, 27 aprile 2015, n. 2090).

6. In definitiva, il ricorso in ottemperanza deve essere accolto nei termini sopra esposti.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ., sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a condurre a una conclusione di segno diverso.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza, secondo la legge, e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso in ottemperanza, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, secondo quanto meglio esposto in motivazione.

Condanna il Comune soccombente al pagamento delle spese di giudizio, che liquida nell'importo di euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/05/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)