GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Il principio della domanda nel giudizio di ottemperanza (nota a C.G.A.R.S., Sez. giur., 14 luglio 2021, n. 707)

di Domenico Bottega

4 novembre 2021

Il principio della domanda nel giudizio di ottemperanza (nota a C.G.A.R.S., Sez. giur., 14 luglio 2021, n. 707).

di Domenico Bottega

Sommario: 1. Premessa – 2. La vicenda – 3. Il rito per la liquidazione dei danni di cui all'art. 34, co. 4, c.p.a.: la sentenza di determinazione dei criteri per il risarcimento del danno – 4 Il giudizio di ottemperanza per "la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi inseguiti" ai sensi dell'art. 34 c.p.a. – 5. La natura del commissario ad acta: gli orientamenti tradizionali – 6. La natura del commissario ad acta alla luce dell'art. 21 c.p.a. – 7. Considerazioni critiche – 8. Conclusioni.

1. Premessa

La sentenza in commento si pone quale tassello finale di una lunga vicenda giudiziaria che ha visto contrapposti un'associazione temporanea di imprese e la Regione Sicilia: ottenuta

l'esclusione delle prime due classificate e l'annullamento del provvedimento di riedizione della gara, un R.T.I. è ricorso al Consiglio di Giustizia amministrativa siciliano, dapprima per il risarcimento dei relativi danni e una seconda volta per l'ottemperanza della sentenza di condanna. Quest'ultimo giudizio, principiato da un'istanza della Regione di nomina di un commissario *ad acta*, si è concluso con la sentenza in commento, occasione per riflettere, oltre che sulla figura dell'ausiliario e sulle potenzialità di questo istituto**[1]**, sulle domande che la parte privata e quella pubblica possono proporre nel giudizio di ottemperanza.

2. La vicenda

La controversia riguarda la procedura a evidenza pubblica per l'affidamento dei "lavori di bonifica ambientale dell'area e dei manufatti dell'esistente impianto di depurazione dell'Isola di Lampedusa" bandita dalla Regione Sicilia: le ricorrenti, società componenti un'a.t.i. giunta terza in graduatoria, si dolgono dell'ammissione alla competizione della prima e della seconda classificata, le quali non sarebbero state escluse, nonostante abbiano dichiarato di voler ricorrere all'istituto dell'avvalimento per comprovare il possesso dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, ricorso espressamente escluso dall'inequivocabile disposto recato dall'art. 49, co. 1 *bis*, d.lgs. 163/2006.

La parte ricorrente lamenta poi l'illegittimità della decisione della stazione appaltante di annullare in autotutela l'intera gara, invece di aggiudicarla in suo favore: l'Ente regionale, infatti, accortosi dell'illegittimità della previsione contenuta nella lettera d'invito che ammetteva il ricorso all'avvalimento per iscrizione all'Albo predetto, in aperta violazione dell'art. 49 cit. (che espressamente vieta ciò che la stazione appaltante ha permesso), invece di procedere con l'esclusione delle prime due classificate e con lo scorrimento della graduatoria, ha scelto di annullare l'intera competizione e di indirne una nuova.

Le società ricorrenti hanno allora domandato la sospensione della nuova procedura, istanza che dapprima è stata negata dal T.A.R. palermitano**[2]**, ma poi concessa in sede d'appello dal Consiglio di Giustizia siciliano**[3]**.

Nonostante ciò, il ricorso è stato rigettato. Il Giudice di primo grado, infatti, ha ritenuto che l'annullamento in autotutela della gara non sia stato "posto in essere all'esclusivo fine di porre rimedio all'erronea formulazione" della lettera d'invito, nella parte in cui ammetteva "il ricorso all'istituto dell'avvalimento per l'iscrizione all'Albo" Nazionale Gestori Ambientali, in violazione

dell'art. 49, co. 1 *bis*, d.lgs. n. 163/2006**[4]**. Il T.A.R., pur riaffermando quanto già il C.G.A.R.S., in sede cautelare aveva esposto, ossia che, se fosse stata questa "la sola ragione dell'annullamento e dell'indizione di una nuova gara", l'amministrazione avrebbe dovuto far spiegare all'autotutela i suoi effetti all'interno della procedura, escludendo le prime due classificate e aggiudicando i lavori alla terza graduata, anziché annullare l'intera gara", individua nel decreto che ha annullato la gara un'ulteriore motivazione rispetto a quella anzidetta che fonda la scelta di indire una nuova procedura: la necessità di dover "estendere l'invito … anche a tutte le ditte aventi sede nel territorio siciliano, in possesso del requisito di iscrizione all'Albo Nazionale del Gestori Ambientali". Donde la decisione di rigettare il ricorso e di non caducare il provvedimento di annullamento della prima gara e quello indittivo della seconda.

Di diverso avviso si è però mostrato il Consiglio di Giustizia**[5]**, adito per la riforma dell'anzidetta sentenza, il quale non ha messo in discussione che alla base della scelta di indire una nuova competizione vi sia pure la motivazione testé esposta: contesta invece che a ciò l'amministrazione potesse provvedere attraverso il rimedio dell'autotutela, il quale ha come fine quello di "correggere l'attività amministrativa emendandola da vizi che la rendono illegittima, e … prevenire l'insorgere di liti giudiziarie che possano vedere soccombere, con aggravio di spese, l'Amministrazione".

Siccome l'unica autotutela possibile poteva essere quella volta a neutralizzare l'avvenuta ammissione alla procedura di gara delle due imprese prive dell'iscrizione all'Albo suddetto, a ciò la Regione avrebbe potuto (anzi dovuto) provvedere, in modo semplice e agevole, escludendo le due società erroneamente ammesse: con la conseguenza che la gara si sarebbe conclusa con l'aggiudicazione dell'appellante in quella sede.

Annullare l'intera gara si palesa quindi come un mezzo "sproporzionato" rispetto al "fine correttivo", che ha determinato il travolgimento di atti che, invece, erano meritevoli di essere conservati: il provvedimento di annullamento risulta quindi, a detta del Giudice di secondo grado, un chiaro esempio di sviamento dalla causa tipica del potere esercitato, surrettiziamente presentato come autotutela, anche se in verità volto a revocare – a seguito di una nuova valutazione di opportunità – una gara giunta alla sua fase conclusiva.

Alla riforma della sentenza e, quindi, all'annullamento del provvedimento di annullamento della gara, per il Collegio segue "l'obbligo dell'Amministrazione di concludere il procedimento di gara con la pronunzia dell'aggiudicazione in favore del soggetto che in graduatoria risulta collocato in posizione utile a conseguirla"**[6]**.

Alla sentenza, resa pubblica il 18 aprile 2018, non è però seguito alcun comportamento di fattiva ottemperanza da parte della stazione appaltante.

Dalla sentenza n. 79/2021, pronunciata dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana in sede di ottemperanza e resa pubblica il 2 febbraio 2021, si apprende infatti che la Regione Sicilia non si è curata delle ordinanze sospensive via via emanate dagli organi giurisdizionali, le quali avrebbero dovuto arrestare la nuova gara bandita[7].

Più precisamente, nel mese e mezzo di tempo che è intercorso tra l'ordinanza cautelare del T.A.R. siciliano che ha rigettato l'inibitoria della ricorrente[8] e l'ordinanza sull'appello cautelare che l'ha riformata[9], l'Assessorato regionale ha concluso la seconda gara, bandita dopo l'annullamento della prima, aggiudicando all'operatore economico risultato primo in graduatoria l'esecuzione dei lavori. Di poi, nonostante la sospensione ordinata dal Consiglio di giustizia siciliano, la Regione ha proseguito i rapporti con l'aggiudicatario, il quale nel corso del successivo anno ha portato a termine i lavori (ultimati il 30 novembre 2016), successivamente collaudati l'11 dicembre 2017. Insomma, già nel momento in cui il T.A.R. palermitano pronunciava la sentenza di primo grado, nessuna tutela in forma specifica risultava più possibile per l'originaria ricorrente.

Apparentemente ignara di questi fatti, quest'ultima, adendo il C.G.A.R.S. per l'ottemperanza della sentenza n. 228/2018, che le attribuiva l'aggiudicazione della gara annullata, domandava il conseguimento dell'appalto o il risarcimento del danno per equivalente monetario.

Essendo possibile solo questa seconda via, e risultando oggettiva la responsabilità dell'amministrazione[10], il Collegio ha pronunciato una condanna generica al risarcimento dei danni per la mancata aggiudicazione, utilizzando, per la concreta liquidazione, lo strumento previsto dall'art. 34 c.p.a., il cui comma 4 prevede che, "in caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti".

Alla pubblicazione della sentenza sono seguiti dei tentativi tra le parti per trovare l'accordo sulla quantificazione della somma di denaro[11], ma, stante la distanza siderale tra le avverse posizioni, l'amministrazione ha deciso di adire nuovamente il C.G.A.R.S., cui ha domandato di nominare un commissario *ad acta*; nell'ambito di questo quarto procedimento, l'operatore

economico danneggiato ha invece chiesto la condanna della Regione al pagamento di una somma poco superiore a duecentomila euro**[12]**.

La sentenza, resa pubblica lo scorso 14 luglio 2021 e che ci si propone di annotare in questa sede, si sostanzia in un rigetto delle domande formulate da entrambe le parti.

Quanto alla richiesta della società danneggiata, riportata in nota per completezza nei termini in cui è stata sintetizzata in sentenza**[13]**, il Collegio ritiene che con essa non siano stati domandati, così come invece prevede l'art. 34, co. 4, c.p.a., "la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti".

A giudizio del C.G.A.R.S., è vero che "con il ricorso introduttivo del presente giudizio di ottemperanza" (*recte*, con il ricorso definito dalla sentenza n. 79/2021, che ha pronunciato la condanna generica contro la Regione) parte ricorrente aveva "chiesto la condanna degli Enti resistenti al pagamento in favore della complessiva somma di € 318.341,10, ovvero nella maggiore somma da accertarsi in corso di giudizio, e la nomina di un commissario ad acta". Tuttavia, continua il Giudice, quel "giudizio è stato definito con la sentenza n. 79/2021 che è una decisione ai sensi dell'art. 34 comma 4 c.p.a., con la quale, invece di individuarsi direttamente l'ammontare della somma dovuta, sono stati dettati i criteri di quantificazione".

E, siccome nel presente giudizio il Collegio ritiene che non sia stata avanzata in modo rituale alcuna richiesta di "determinazione della somma dovuta", domanda probabilmente avanzata nel corso della trattazione della causa, ma non veicolata "nelle forme rituali del ricorso per ottemperanza, ossia mediante atto notificato", ha ritenuto che non vi fosse alcuna richiesta su cui dover provvedere.

Quanto poi alla richiesta dell'amministrazione di nomina di un commissario *ad acta*, la stessa è stata rigettata. Il Collegio siciliano ha affermato infatti che tale domanda può provenire unicamente "da parte del soggetto interessato all'esecuzione della decisione", dovendosi ritenere "priva di causa" un'istanza di tal genere formulata da quell'amministrazione "che decida di non svolgere i propri compiti, in spregio ai principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa": la nomina – continua il C.G.A.R.S. – è infatti "funzionale a rimediare all'inadempienza dell'amministrazione, che non può scientemente sottrarsi ai propri obblighi, decidendo di non adempiere ed accollando tale compito ad un soggetto che rappresenta la *longa manus* del giudice, organo del giudizio di ottemperanza".

Per comprendere meglio tale decisione, vale la pena prendere le mosse dalla sentenza di cui da ultimo è stata chiesta l'ottemperanza (ossia la n. 79/2021), pronunciata ai sensi dell'art. 34, co. 4, c.p.a.

3. Il rito per la liquidazione dei danni di cui all'art. 34, co. 4, c.p.a.: la sentenza di determinazione dei criteri per il risarcimento del danno

La disposizione testé citata si rifà al procedimento delineato dall'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, vigente fino all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, a mente del quale "il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto" (così il comma 1); in questi casi – prosegue il comma secondo – "il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, con il ricorso previsto dall'articolo 27, primo comma, numero 4), del testo unico approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta".

Il meccanismo di cui al quarto comma dell'art. 34 ricalca questo schema, estendendolo a tutte le condanne pecuniarie (e non limitandolo a quelle pronunciate nell'ambito della giurisdizione esclusiva**[14]**), ma aggiungendo che esso è utilizzabile solo in mancanza di opposizione delle parti.

La speciale pronuncia delineata dall'art. 34 mira a far fronte alla necessità per il Giudice che intenda comminare una condanna di disporre complessi accertamenti di fatto e tecnici, indispensabili per la liquidazione del danno unicamente mediante una c.t.u., la quale si rende quindi superflua laddove il Collegio, in ordine al *quantum* risarcitorio, indichi i criteri cui attenersi, senza procedere anche alla concreta quantificazione.

Il meccanismo è presto spiegato: il giudice amministrativo, una volta deciso sull'*an*, ossia sulla spettanza del risarcimento, fissa i criteri di liquidazione del danno cui l'amministrazione deve attenersi nel formulare una proposta al soggetto leso. Tale opzione è ovviamente facoltativa per il Giudice, il quale potrebbe, in alternativa, condannare la parte resistente al pagamento di una certa somma**[15]**.

Come detto sopra, lo scopo della previsione è quello di evitare l'espletamento di una c.t.u., "venendo rimessa la quantificazione del danno al corretto e leale comportamento delle parti nonché ai principi di buona amministrazione, efficacia ed efficienza"[16]. Il giudice fissa quindi un congruo termine entro cui l'amministrazione deve formulare la sua proposta.

La possibilità per il Giudice di pronunciare una sentenza di tal genere è subordinata al fatto che le parti non si siano opposte. La giurisprudenza ritiene che non serva un accordo espresso, né sarebbe necessario che il Collegio solleciti l'espressione di una manifestazione di volontà, ben sapendo i soggetti in causa che, a fronte della proposizione di una domanda di condanna, esiste la possibilità che l'organo giurisdizionale scelga tale opzione[17].

Per dottrina e giurisprudenza, l'accordo a valle della decisione si forma secondo l'ordinaria disciplina civilistica, quando alla proposta dell'amministrazione segue l'accettazione del privato [18]: se l'intesa è raggiunta, l'accordo non preclude l'impugnazione della sentenza di condanna che si è pronunciata sull'*an* della pretesa, ma impedisce di adire il Giudice per conseguire somme maggiori rispetto a quelle liquidate con l'accordo sottoscritto tra le parti.

Se queste non riescono a raggiungere un'intesa, perché l'amministrazione resta inerte o perché il privato rifiuta la proposta, il Giudice può essere nuovamente adito con il ricorso di cui al Titolo I del Libro IV del c.p.a., ossia quello proposto in sede di ottemperanza[19]. A onor del vero, ci si trova davanti a una forma di ottemperanza anomala, finalizzata a "riempire" la condanna pronunciata dal Giudice, che si era limitato a individuare i soli criteri per la liquidazione del danno. Tale rito è stato scelto perché si tratta di uno strumento processuale agile e rapido, diretto a integrare il precetto contenuto nella prima decisione.

Tornando alla sentenza di cui si chiede l'ottemperanza nella pronuncia qui in commento, il C.G.A.R.S., per la determinazione del lucro cessante, ha richiamato un proprio precedente[20], nel quale si è affermato che la stazione appaltante deve basare la sua proposta, in casi come questi in cui la tutela in forma specifica mediante aggiudicazione dei lavori è impossibile, sugli elementi emergenti dall'offerta, "posto che nella stessa sono esposti i costi dai quali sono desumibili, seppur approssimativamente, i ricavi netti – e dunque l'utile (*rectius*: il profitto) – che la società prevedeva di trarre dall'aggiudicazione e dalla conseguente esecuzione dell'appalto" [21].

Il Consiglio ha avuto cura di precisare che, qualora la legge di gara non consenta di accertare quale sarebbe stato l'utile effettivo, allora l'amministrazione può ricorrere al criterio presuntivo, costituito dalla percentuale di utile indicata nel prezziario regionale all'epoca vigente, al netto

del ribasso offerto dall'impresa in sede di offerta[22].

Nulla, invece, è stato riconosciuto a titolo di danno curricolare, non essendo stata offerta da parte delle ricorrenti la prova di non aver utilizzato (o potuto altrimenti utilizzare) maestranze e mezzi poiché tenuti a disposizione in vista della commessa, dovendosi quindi presumere, secondo il meccanismo dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*, che l'impresa abbia riutilizzato (o potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza) mezzi e manodopera per altri lavori, con conseguente decurtazione, in via equitativa, di una percentuale del 25% della somma riconosciuta a titolo di lucro cessante[23].

Come anticipato, però, nonostante la perspicuità e l'alto livello di dettaglio dei criteri indicati dal Giudice, la parte ricorrente e quella resistente sono giunte a due quantificazioni molto diverse in ordine al danno risarcibile, che ha indotto la seconda ad adire per la quarta volta il Giudice amministrativo: giudizio conclusosi con la sentenza qui in commento, verso cui ora convergerà la nostra attenzione.

4. Il giudizio di ottemperanza per "la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi inseguiti" ai sensi dell'art. 34 c.p.a

Vale la pena di concentrarci sulla sentenza n. 707/2021, con la quale il Collegio ha rigettato le richieste formulate da entrambe le parti.

L'a.t.i. ha domandato – come viene riportato in sentenza – "che venga dichiarato l'obbligo degli Enti resistenti al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni complessivamente patiti a causa dei provvedimenti impugnati, da quantificarsi nella complessiva somma di € 216.428,13, oltre accessori, e, in via istruttoria, che venga disposta consulenza tecnica d'ufficio ai fini della quantificazione del risarcimento del danno". Aggiunge il Collegio che "la parte ricorrente non ha chiesto la nomina di un Commissario ad acta".

La richiesta non ha però trovato accoglimento. La decisione si spiega solo leggendo il prosieguo della motivazione, nella parte in cui il Giudice, ricostruendo i fatti, scrive che "dalla documentazione prodotta in giudizio dall'amministrazione si evince che quest'ultima ha inviato all'impresa una proposta risarcitoria dell'importo di euro € 25.084,57; che le imprese interessate hanno risposto inoltrando un atto di diffida con il quale rilevano come la proposta non sia

«suscettibile di accoglimento e deve necessariamente disattendersi in quanto fondamentalmente errata, incongrua ed inesatta ed in quanto tale elusiva del giudicato reso dal C.G.A.», diffidando al pagamento dell'importo di € 216.428,13; che l'amministrazione ha rinnovato «la proposta risarcitoria avanzata con prot. n° 8319 del 25/02/2021, redatta in conformità alle indicazioni contenute nella sentenza del C.G.A. n° 79/2021 pubblicata in data 02/02/2021», specificando i criteri seguiti per la quantificazione ivi esposta".

Si legge poi che "le ricorrenti non risultano aver dato riscontro a tale nota" e che "successivamente alla presentazione da parte dell'amministrazione dell'istanza di nomina del commissario ad acta hanno presentato una memoria formulando le richieste sopra indicate". Sembra che l'associazione di imprese cui il Collegio si riferisce parlando di "parte ricorrente" sia invero stata intimata nel presente giudizio, nonostante in epigrafe venga riportato l'opposto**[24]**, e che il procedimento sia stato incardinato dall'amministrazione con la presentazione dell'istanza di nomina di un commissario *ad acta*.

La domanda dell'aggiudicataria pretermessa pare quindi essere stata veicolata attraverso un atto meramente depositato, invece che notificato a controparte**[25]**: le richieste ivi contenute non possono quindi essere oggetto di scrutinio da parte del Giudice**[26]**.

Di maggior interesse è la richiesta dell'amministrazione, la quale, come si è detto, non ha trovato accoglimento per due ordini di ragioni.

In primo luogo, perché, a detta del Consiglio siciliano, essa non sarebbe proponibile dalla P.A., che, formulando una domanda di tal fatta, dimostrerebbe di volersi scientemente sottrarre "ai propri obblighi, decidendo di non adempiere", "accollando tale compito a un soggetto che rappresenta la *longa manus* del giudice".

A detta del Collegio, infatti, il potere sostitutivo implicherebbe "la surroga *ex lege* dell'amministrazione inadempiente ad opera del commissario *ad acta*", il quale è "organo straordinario della stessa amministrazione".

In secondo luogo, sarebbe "priva di causa" la nomina di un commissario in assenza di una richiesta di tal tenore "da parte del soggetto interessato all'esecuzione della decisione", bensì su istanza "dell'amministrazione che decida di non svolgere i propri compiti, in spregio ai principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa".

Così sunteggiata la scarna motivazione di rigetto, si pongono all'attenzione dell'interprete almeno due temi meritevoli di approfondimento: quale sia la natura del commissario *ad acta* e se nel caso di specie si possa effettivamente affermare che manchi la richiesta di nomina dell'ausiliario da parte di un soggetto interessato.

5. La natura del commissario ad acta – gli orientamenti tradizionali

La figura del commissario *ad acta* vede le sue origini nel silenzio del legislatore, all'inizio degli anni Sessanta, in alcune sentenze che riconoscevano il potere del giudice di ordinare all'amministrazione la nomina di un commissario, che si sostituisse alla stessa onde far fronte al suo inadempimento, ponendo in essere gli atti e le attività necessari all'esecuzione del giudicato **[27]**.

Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, almeno tre erano le impostazioni elaborate per ricostruire la figura in parola.

La prima, prevalente in dottrina e giurisprudenza, tendeva a identificare il commissario *ad acta* in un organo del giudice dell'ottemperanza. Si deve tale ricostruzione a un'importante pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – 14 luglio 1978, n. 23 –, la quale, escludendo che tale soggetto possa rappresentare un organo, sia pure straordinario, dell'amministrazione, ha affermato che esso debba essere considerato quale organo del giudice, sia che esso venga scelto direttamente da quest'ultimo, sia che la scelta passi attraverso l'interposizione di un organo amministrativo incaricato dal giudice di procedere alla nomina**[28]**.

Tale posizione si fonda invero anche su una coeva pronuncia della Corte costituzionale (sentenza 12 maggio 1977 n. 75), nella quale si è affermato che "il giudice amministrativo, sia che sostituisca la propria decisione all'omesso provvedimento della pubblica amministrazione, che vi era tenuta in forza del giudicato formatosi nei suoi confronti, come più spesso suole accadere quando si tratti di atto vincolato; sia che ingiunga alla amministrazione medesima di provvedere essa stessa, entro un termine all'uopo prefissatole e con le modalità specificate in sentenza; sia infine che disponga la nomina di un commissario per l'ipotesi che il termine abbia a decorrere infruttuosamente, esplica sempre attività di carattere giurisdizionale («decide pronunciando anche in merito», come si esprime l'art. 27, comma primo, del citato testo unico del 1924, riferendosi testualmente al Consiglio di Stato «in sede giurisdizionale»). Né fa differenza, sotto

questo aspetto . . . che la nomina del commissario sia operata dal giudice amministrativo direttamente, ovvero attraverso l'interposizione di un organo amministrativo. . . , poiché in tal caso a quest'ultimo viene semplicemente demandata la scelta della persona, e non già conferito il potere di agire in via sostitutiva per mezzo di un «suo» commissario, come si verifica invece quando sia l'organo di controllo, di propria iniziativa, ad inviare un commissario *ad acta* presso amministrazioni sottoposte alla sua vigilanza. Procedendo, pertanto, direttamente o indirettamente, alla nomina di un commissario, il giudice amministrativo non si surroga all'organo di controllo, ma pone in essere un'attività qualitativamente diversa da quella che quest'ultimo avrebbe istituzionalmente il potere-dovere di esplicare nell'ipotesi di omissione da parte degli enti locali di atti obbligatori per legge, tra i quali rientrano bensì, ma senza esaurirne la specie, quelli da adottare per conformarsi ad un giudicato: potere-dovere che, comunque, preesiste alla pronuncia emessa nel giudizio di ottemperanza ed è da questa indipendente. Ed a sua volta, l'attività del commissario, pur essendo, praticamente, la medesima che avrebbe dovuto essere prestata dall'amministrazione, o in ipotesi da un commissario *ad acta* inviato dall'organo di controllo, ne differisce tuttavia giuridicamente, perché si fonda sull'ordine contenuto nella decisione del giudice amministrativo, alla quale è legata da uno stretto nesso di strumentalità" **[29]**.

In base a questa teoria, il commissario *ad acta* sarebbe quindi da considerarsi ausiliario del giudice: in verità, però, tale impostazione non ha avuto molto successo, mancando una disposizione di legge che attribuisse al giudice il potere di istituire organi amministrativi e preporvi funzionari di sua scelta**[30]**.

Alla ricostruzione di cui si è appena detto, se ne contrapponeva un'altra, che qualificava il commissario *ad acta* come organo straordinario dell'amministrazione: tale teoria si fondava sulla considerazione per cui "deve escludersi che un'attività caratterizzata da valutazioni amministrative di tipo discrezionale possa essere riferita alla giurisdizione e quindi compiuta senza assunzione di responsabilità politiche, civili ed amministrative ed eventualmente in difformità dagli indirizzi politici dell'autorità attributaria del potere in via ordinaria"**[31]**.

In assenza di una chiara disciplina di legge, vi era chi sosteneva – tra gli aderenti a questa seconda teoria – che gli atti del commissario, che agisce non come *longa manus* del giudice bensì come supplente dell'amministrazione inerte, in nulla differissero da un "ordinario" atto amministrativo, impugnabile attraverso un ricorso in sede di legittimità nei termini generali di decadenza, giammai, però, dall'amministrazione, alla quale al più residuava la facoltà di annullamento in sede di autotutela**[32]**.

Ai due orientamenti predetti se ne aggiungeva un terzo, elaborato dal Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana, poi condiviso anche da altri organi giurisdizionali[33] e da una parte della dottrina[34]. In base a tale ulteriore impostazione, il commissario *ad acta* era da definirsi come soggetto misto, di natura ambivalente, avendo da un lato ricevuto un'investitura formale dal giudice finalizzata a portare ad esecuzione le prescrizioni contenute nella sentenza ottemperanda, ed essendo dall'altro lato organo straordinario della P.A., inserito forzatamente nella struttura amministrativa di quest'ultima.

A sopire, benché non del tutto, questo dibattito è stata l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo.

6. La natura del commissario ad acta alla luce dell'art. 21 c.p.a

L'art. 21 c.p.a. prevede che il giudice possa sostituirsi alla pubblica amministrazione, quando necessario, nominando un commissario *ad acta*[35]; l'incarico di questi ha carattere fiduciario, con ampio margine di scelta per il giudice: la disposizione non fissa infatti vincoli analoghi a quelli previsti dall'art. 19 c.p.a. per la nomina dei consulenti tecnici, che debbono essere scelti tra gli iscritti in specifici albi o dotati di particolare competenza tecnica[36].

L'art. 21, anche in forza della sua collocazione all'interno del Capo VI del Libro I, dedicato agli "ausiliari del giudice", è chiaro nel qualificare il commissario *ad acta* come tale, e non come organo della pubblica amministrazione.

Quanto alla relazione che si instaura tra la pubblica amministrazione e il commissario si sono nel tempo affermate due ricostruzioni opposte. In base a una tesi più risalente, tale rapporto avrebbe natura interorganica[37], mentre secondo un'impostazione più recente la relazione deve qualificarsi come intersoggettiva[38], per cui al commissario *ad acta* non spetterebbe una competenza di ordine generale sostitutiva delle prerogative in capo alla amministrazione pubblica sostituita[39]. Al contempo, comunque, non si può nemmeno affermare che il suo ruolo si riduca all'emanazione di un singolo atto, potendo invece accadere che egli debba compiere attività più complesse, affinché la sua azione sia effettiva nel consentire al privato di conseguire il bene della vita di cui è stato riconosciuto titolare[40].

La tesi della relazione di natura intersoggettiva troverebbe conferma anche nella circostanza che i poteri riconosciuti al commissario *ad acta* nominato nel giudizio di ottemperanza sono

attribuiti e delimitati dalla stessa pronuncia giurisdizionale. Infatti, ai sensi del combinato disposto dell'art. 21 e dell'art. 114, co. 4, lett. d) c.p.a., il potere riconosciuto in capo al commissario trova fondamento diretto nella pronuncia giurisdizionale da eseguire.

Non è mancato, tuttavia, chi abbia tentato una rivisitazione delle più risalenti impostazioni: ci si riferisce qui all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che nella sentenza n. 7/2019, ha *en passent* scritto che il commissario *ad acta* avrebbe una "duplice veste di ausiliario del giudice e di organo straordinario dell'amministrazione". Affermazione che di recente il medesimo consesso ha ritenuto opportuno precisare (*rectius*, correggere). Risale allo scorso 25 maggio 2021 la già citata sentenza n. 8/2021, in cui l'Adunanza Plenaria ha affermato che "non può essere riconosciuta al commissario *ad acta*, nemmeno in via «aggiuntiva», la natura di organo straordinario dell'amministrazione (dovendosi, in tal senso, precisare quanto – peraltro incidentalmente – affermato da Cons. Stato, Ad. Plen. 9 maggio 2019 n. 7, che riconosce invece al commissario una «duplice veste di ausiliario del giudice e di organo straordinario dell'amministrazione»)"**[41]**.

Tale conclusione si fonda innanzitutto sul fatto che "la natura di ausiliario del giudice del commissario ad acta è l'unica normativamente riconosciuta e definita", nonché sulla considerazione per cui, siccome "gli organi amministrativi, quanto alla loro esistenza, natura e competenza (poteri) sono istituiti dalla legge", tale non può essere il commissario, a meno di non ritenerlo "un organo amministrativo di fonte giurisdizionale".

Insomma, la qualifica di ausiliario del giudice appare la più adatta, anche considerando che tale soggetto non deve "esercitare poteri amministrativi funzionalizzati alla cura dell'interesse pubblico", ma "dare attuazione alla pronuncia del giudice"; peraltro, aggiunge la Plenaria, "non è necessario ipotizzare la natura di organo straordinario dell'amministrazione per giustificare l'imputazione alla sua sfera giuridica degli effetti dell'agire del commissario, trovando questi fonte e giustificazione direttamente nel provvedimento giurisdizionale".

In modo alquanto lapidario, e con intento evidentemente correttivo del precedente di due anni prima, il Consiglio di Stato conclude sancendo che "attualmente, ed in modo inequivocabile, la conquistata definizione normativa dell'istituto ne definisce espressamente la natura soggettiva, che è quella (esclusivamente) di ausiliario del giudice".

Peraltro, la dottrina più recente non sembra più nutrire dubbi su tale qualificazione, forse anche per il fatto che l'importanza di tale dibattito si fondava sull'incertezza del regime di

impugnazione degli atti commissariali, questione oggi risolta dall'art. 114 c.p.a., che attrae tale cognizione al giudice dell'ottemperanza[42].

7. Considerazioni critiche

Analizzati gli istituti coinvolti nella sentenza in commento, deve ora spendersi qualche parola sulla scelta del C.G.A.R.S. di riferirsi al commissario *ad acta* quale organo straordinario dell'amministrazione.

L'affermazione è rimasta priva di una qualche motivazione a corredo, tale da rendere intellegibile la scelta del Collegio. Dal complessivo tenore della pronuncia, tuttavia, pare potersi affermare che l'uso di tale espressione non costituisca un tentativo di riportare in auge una tesi da tempo abbandonata[43], né sia la manifestazione di una volontà "controcorrente", in aperto contrasto con quanto affermato dall'Adunanza Plenaria poco tempo prima. L'opzione perseguita dal Consiglio siciliano sembra più che altro volta a contrastare con maggior vigore la decisone di rigettare l'istanza di nomina di un commissario formulata dall'Amministrazione.

Il Giudice, infatti, appare più che altro interessato a sottolineare l'eccentricità dell'istanza, la proposizione della quale costituirebbe evidenza dello stato in cui versa l'amministrazione, che sostanzialmente domanderebbe di essere commissariata. Ciò che poi il Collegio sembra voler evidenziare è che tale condotta sia frutto di una chiara volontà della P.A. di "sottrarsi ai propri obblighi" e di voler rimettere l'onere di liquidare i danni a un terzo.

Ciò detto, vale la pena di capire se effettivamente un'istanza di tale tenore non fosse proponibile dall'amministrazione.

I pochi elementi in punto di fatto che la sentenza riassume, nonché le erronee indicazioni presenti in epigrafe (dove il ricorrente sembra il privato, quando, già si è detto, pare che sia stato l'Ente regionale ad aver per primo adito il Giudice), impediscono di qualificare in modo preciso la domanda formulata dall'Ente.

È noto che le ipotesi nelle quali il codice del processo amministrativo prevede la nomina del commissario *ad acta* sono:

- l'art. 34, co. 1, lett. e), secondo il quale il giudice "dispone le misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese, compresa la nomina di un commissario *ad acta*, che può avvenire anche in sede di cognizione con effetto dalla scadenza di un termine

assegnato per l'ottemperanza";

- l'art. 114, co. 4, lett. d), in base al quale il giudice dell'ottemperanza "nomina, ove occorra, un commissario ad acta";

- l'art. 117, co. 3, secondo il quale, nell'ambito del giudizio sul silenzio dell'amministrazione, "il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente, su istanza della parte interessata";

- l'art. 59, relativo alla "esecuzione delle misure cautelari", che consente, laddove i provvedimenti cautelari non siano in tutto o in parte eseguiti, che il giudice, su istanza motivata dell'interessato, eserciti "i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza", e dunque possa disporre anche la nomina di un commissario *ad acta*.

È altresì noto che, ai sensi del secondo periodo dell'art. 34, co. 4, "se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti".

Le disposizioni che rilevano per risolvere la questione sono quindi gli artt. 112-114 c.p.a. relativi al giudizio di ottemperanza e l'art. 34 c.p.a.

Partendo dalla lettura di quest'ultimo nella parte testé citata, si può affermare che la norma tace sulla legittimazione attiva e, in ogni caso, non stabilisce che sia unicamente il privato creditore della somma di cui alla condanna pecuniaria ad essere titolato ad adire il Giudice con l'azione di ottemperanza.

Dall'altro lato vi sono gli artt. 112-114 c.p.a., cui rimanda l'art. 34 per la disciplina del ricorso ivi previsto. Da queste disposizioni si ricava che, mentre non v'è dubbio che la legittimazione passiva spetti alla pubblica amministrazione e ai controinteressati (ossia le parti del giudizio in cui è stata emessa la pronuncia di cui si chiede l'esecuzione), come annotato da autorevole dottrina "il c.p.a. tace sulla legittimazione attiva in relazione al ricorso per ottemperanza"**[44]**: non vi è quindi un dato legislativo inequivoco da cui possa desumersi che il ricorso per l'ottemperanza sia proponibile unicamente dal privato o, comunque, che l'unico ricorso per ottemperanza proponibile dal soggetto pubblico sia quello volto a ottenere chiarimenti (di cui all'art. 112, co. 5, c.p.a.).

Dall'esame delle disposizioni rilevanti non pare, quindi, che si possa affermare che la "parte interessata" alla nomina di un commissario *ad acta* non possa essere l'amministrazione.

Nel caso di specie, poi, vi è un altro elemento da tenere in considerazione: l'art. 34 non fissa alcuna limitazione relativa alla legittimazione attiva, anzi. Esso prevede che la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti "possono essere chiesti" con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, senza stabilire il soggetto da cui tale domanda debba provenire.

Ci si potrebbe domandare se, nel provvedere a una richiesta formulata ai sensi dell'art. 34 (di quantificazione del credito o di condanna all'adempimento), il Giudice possa avvalersi di un commissario: la risposta non può che essere positiva, atteso che tale facoltà viene riconosciuta dall'art. 114, co. 4, lett. d) (applicabile alla speciale azione di cui all'art. 34 in forza del rinvio al rito predetto), per cui il Collegio può provvedere alla "nomina, ove occorra, [di] un commissario *ad acta*".

Peraltro, come si evince dal tenore della norma, anche in assenza di un'esplicita istanza il Giudice dell'ottemperanza può nominare tale proprio ausiliario.

Sembra allora che, in virtù di quanto detto, il C.G.A.R.S. sicuramente potesse, o probabilmente dovesse, nominare un commissario *ad acta*.

Infatti, in assenza di un divieto esplicito e, anzi, in forza di una disposizione che prevede la facoltà anche per l'amministrazione di attivare il meccanismo previsto dal secondo periodo del quarto comma dell'art. 34, il Giudice avrebbe dovuto provvedere sull'istanza presentata dalla Regione. Oltre al fatto che tale potere di nomina spetta in via generalizzata al Giudice dell'ottemperanza e, nel caso di specie, stante l'acclarata inerzia dell'amministrazione, le circostanze suggerivano l'opportunità di tale provvedimento.

8. Conclusioni

L'esecuzione del giudicato, lungi dall'essere una sorta di "appendice" alla fase di cognizione, "ne costituisce un passaggio essenziale, in quanto in esso si manifesta in concreto l'effettività della tutela giurisdizionale, ... il momento in cui il comando espresso nella pronuncia del giudice deve trovare attuazione nella realtà materiale"**[45]**.

La delicatezza di tale passaggio, dall'"essere" al "dover essere", spiega l'attenzione che la dottrina e la giurisprudenza hanno dedicato al giudizio di ottemperanza e al giudicato**[46]**, efficacemente definito come "l'anello di congiunzione tra la sentenza e l'ottemperanza/esecuzione ... il punto di arrivo dell'esercizio della funzione giurisdizionale che deve creare certezza su un rapporto

controverso tra le parti”[47].

Nel processo amministrativo, è noto, l’esecuzione del giudicato è caratterizzata da una serie di peculiarità che la distinguono nettamente da quella civilistica[48]: il nostro ordinamento, che deterrebbe il primato, tra quelli europei, della “riluttanza” delle amministrazioni pubbliche a dare piena e corretta esecuzione alle decisioni sfavorevoli dei giudici[49], conosce infatti un sistema tra i più avanzati, che fornisce al giudice dell’esecuzione una serie di penetranti strumenti coercitivi e di intervento nei confronti della p.a., in grado di assicurare una tutela piena ed effettiva al ricorrente vittorioso[50].

Ragionando unicamente alla luce del principio di effettività,, nel caso di specie il Giudice avrebbe potuto valutare percorsi interpretativi delle disposizioni in argomento che, in base a quanto si è detto sopra, consentono all’Amministrazione di presentare l’istanza di nomina di un commissario, oppure avrebbe potuto provvedere d’ufficio a tale nomina, avendo constatato che la Regione si trovava in una situazione di *impasse*.

Il C.G.A.R.S. è invece giunto alla soluzione opposta tracciando i limiti delle domande proponibili nel giudizio di ottemperanza, ritenendo, in particolare, che la parte pubblica non possa domandare la nomina del commissario *ad acta* [51].

La sentenza merita di essere inoltre segnalata come esempio di una crescente tendenza del Giudice ad auspicare che le parti trovino un accordo al di fuori del giudizio[52]. Ci si domanda allora se non sia opportuno cominciare a immaginare una estensione della casistica in cui consentire al Giudice, su istanza non solo del privato ma anche dell’amministrazione pubblica, di nominare un proprio ausiliario, che, nella veste di commissario, sia d’aiuto nel risolvere questioni che più facilmente possono trovare soluzione da un confronto collaborativo, piuttosto che in sede contenziosa. Non è questa la sede per approfondire il tema, ma la prassi insegna che, ad esempio, la fase esecutiva dei contratti d’appalto e dei *project financing* sia caratterizzata da un alto livello di litigiosità, il più delle volte causata dalla difficoltà per le parti di gestire un rapporto contrattuale che dura a lungo nel tempo e che involge questioni altamente tecniche, di difficile soluzione anche per il giudice amministrativo: non sarebbe improvvido, allora, che, prima che la lite venga definita da una sentenza, venga nominato dall’autorità giudiziaria un soggetto cui affidare il compito di tentare di risolvere la controversia insorta[53].

***

[1] La dottrina sul commissario *ad acta* e sul giudizio di ottemperanza è molto vasta; senza pretesa di esaustività, si segnalano Andreis, *L’attività successiva alla sentenza di annullamento tra*

acquiescenza e principio di assorbimento, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1198 ss.; Benvenuti, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969; Cacciavillani, *Il Giudicato*, in Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, 613 ss.; Id, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; Caianiello, *Esecuzione delle sentenze nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Enc. dir., Agg. III*, Milano, 1999, 603 ss.; Calabrò, *Giudicato (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003; Caputi Jambrenghi, *Commissario ad acta, in Enc. dir.*, Agg. VI, 2002; D'Alessandri, *Il giudizio di ottemperanza*, Roma, 2015; Francario, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 277 ss.; Id., *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1025 ss.; Tarullo, *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*, Torino, 2017; Travi, *L'esecuzione della sentenza*, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, V, Milano, 2003, 4647 ss.

[2] Nella sentenza del T.A.R. Sicilia, Palermo, 9 novembre 2016, n. 2551, che ha definito il primo grado della controversia, si legge che la Sezione avrebbe accolto la domanda cautelare con ordinanza n. 482/2016, poi riformata dal giudice d'appello, con ordinanza n. 358/2016: in verità, però, il Collegio di primo grado aveva rigettato l'istanza inibitoria, decisione poi riformata in appello dalla pronuncia succitata.

[3] L'ordinanza n. 358 del 27 maggio 2016 del C.G.A.R.S. contiene in estrema sintesi, sebbene all'esito di una valutazione che si è concentrata più sul *periculum in mora* che sul *fumus boni iuris* , la decisione che poi verrà assunta dal Giudice d'appello. Rileva infatti il C.G.A.R.S. che, "nell'evidenza dell'errore pacificamente commesso dalla stazione appaltante, nell'ammettere i concorrenti Aemme s.r.l. e Pinto Vraca s.r.l. in violazione dell'art. 49, co. 1 *bis*, d.lgs. 163/2006, alla procedura negoziata avviata il 7.12.2015", "l'autotutela dell'amministrazione avrebbe dovuto logicamente manifestarsi all'interno della procedura già avviata, escludendo tali imprese e aggiudicando i lavori alla terza in graduatoria, anziché annullare l'intera procedura": scelta, peraltro, che contraddice – evidenzia il Collegio di seconde cure – "le stesse finalità di urgenza indicate nella motivazione dell'atto del 24.2.2016, legate al regolare svolgimento dell'attività turistica sull'isola". Per quel che concerne strettamente il *periculum*, il C.G.A.R.S. ha ritenuto prevalente l'interesse della ricorrente all'aggiudicazione della prima procedura – della quale era automaticamente aggiudicataria, considerando che la stessa stazione appaltante aveva riconosciuto l'illegittimità della previsione di gara che aveva consentito l'ammissione delle prime due classificate –, "dal cui irragionevole annullamento è destinata a risentire un pregiudizio grave ed irreparabile, non adeguatamente bilanciabile dalla mera *chance* di aggiudicazione derivante dalla partecipazione alla seconda procedura".

[4] La disposizione non lascia spazio a dubbi interpretativi: "il comma 1 non è applicabile al requisito dell'iscrizione all'Albo Nazionale dei Gestori Ambientali di cui all'articolo 212 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152"; laddove il comma 1 consente al "concorrente [di] soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto".

[5] Il C.G.A.R.S., peraltro, nelle more della trattazione del merito della causa, ha accolto l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata, giusta ordinanza del 14 aprile 2017, n. 291. Il Collegio ha reputato che, ad un primo sommario esame, "il requisito per cui è causa non sia «prestabile» (né, dunque, correlativamente acquisibile mediante «avvalimento») e che l'annullamento d'ufficio dell'intera procedura, inizialmente indetta, non appare, in ogni caso, giustificato": donde la decisione di sospendere "tanto i provvedimenti impugnati che la sentenza di primo grado (che li ha reputati legittimi)", dato che gli stessi "cagionano all'appellante un pregiudizio immediato, grave ed irreparabile".

[6] Così la sentenza del C.G.A.R.S., Sez. giur., 18 aprile 2018, n. 228.

[7] Il riferimento qui è all'ordinanza del C.G.A.R.S. n. 358/2016, del 27 maggio 2016, la quale riformava l'ord. n. 482/2016, datata 8 aprile 2016, del T.A.R. Sicilia, disponendo quindi la sospensione del provvedimento che ha annullato la prima gara e della lettera di invito alla seconda procedura; nonché all'ord. n. 291/2017 del 14 aprile 2017, con cui il Giudice d'appello sospendeva l'esecutività della sentenza di primo grado.

[8] T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, ord. 8 aprile 2016, n. 482.

[9] C.G.A.R.S., Sez. giur., ord. 27 maggio 2016, n. 358.

[10] Non ci si dilunga sulla questione, non oggetto di indagine di questo contributo: si rinvia alla copiosissima giurisprudenza per la quale la responsabilità per danni conseguenti all'illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell'elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici, è improntata – secondo le previsioni contenute nella normativa eurounitaria in materia – a un modello di tipo oggettivo, disancorato dall'elemento soggettivo, coerente con l'esigenza di assicurare l'effettività del rimedio risarcitorio (da ultimo si veda *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 1 febbraio 2021, n. 912).

[11] La Regione aveva proposto una somma pari a un decimo di quella quantificata dal ricorrente, ossia circa 25 mila euro.

[12] Precisamente, nella sentenza si legge quanto segue: "le ricorrenti chiedono che venga dichiarato l'obbligo degli Enti resistenti al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni complessivamente patiti a causa dei provvedimenti impugnati, da quantificarsi nella complessiva somma di € 216.428,13, oltre accessori, e, in via istruttoria, che venga disposta consulenza tecnica d'ufficio ai fini della quantificazione del risarcimento del danno".

[13] Si veda la nota che precede.

[14] Sebbene il tenore dell'art. 35, commi 1 e 2, d.lgs. n. 80/1998 non lasciasse spazi a dubbi interpretativi (il comma 2 si apre riferendosi ai casi di cui al comma 1, ove si discorre unicamente di "controversie devolute alla ... giurisdizione esclusiva" del g.a.), l'interpretazione pretoria antecedente al c.p.a. aveva affermato che l'art. 35 dovesse trovare applicazione anche se la controversia non riguardava una materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: si veda Cons. Stato, Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461, ove si è affermato che "la condanna generica al pagamento di somme di denaro, una volta accertata la sussistenza di un diritto, non costituisce affatto una eccezione nell'ambito del sistema (articolo 278 codice di procedura civile) e che comunque la *ratio* dell'articolo 35, comma due, del decreto legislativo n. 80 del 1998, pur inizialmente inserito nell'ambito più circoscritto della giurisdizione esclusiva, sta proprio nell'esigenza di raccordare le norme della procedura civile alla tipicità del processo amministrativo, che si muove sempre nell'ambito di situazioni caratterizzate dalla presenza di un potere della pubblica amministrazione. In questo ambito, quindi, la cosiddetta «sentenza sui criteri» può essere utilmente impiegata anche al di là della giurisdizione esclusiva, allorché, come nel caso di specie, la quantificazione del danno necessita di una ulteriore attività collaborativa dell'amministrazione".

[15] Vale la pena di precisare che tale genere di pronuncia non è annoverabile tra le condanne generiche di cui all'art. 278 c.p.c., che non sembra ammessa nel processo amministrativo: nella fattispecie, infatti, il Giudice, indicando i criteri da seguire per la quantificazione del risarcimento, non si limita a una decisione in un punto di *an*.

[16] Così De Nictolis, *Codice del processo amministrativo commentato*, IV, Milano, 2017, 1303, che richiama Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 8074.

[17] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 ottobre 2018, n. 6144: "La disposizione di cui all'art. 34, comma 4, c.p.a. si limita ad indicare come presupposto della procedura ivi divisata la «mancanza di opposizione delle parti», ma non reca l'espressa previsione circa la necessità della previa

acquisizione dell'espresso consenso delle parti stesse. È, pertanto, più rispettoso del tenore testuale della norma concludere che sia onere dell'interessato manifestare tempestivamente la propria opposizione all'eventuale ricorso del Giudicante a tale procedura. Del resto, l'onere in questione non si palesa eccessivo o spropositato: la disposizione, infatti, trova applicazione solo ove la parte abbia sollecitato una «condanna pecuniaria», di talché colui che abbia coltivato un siffatto *petitum* ben può prevedere che il Giudice disponga l'accoglimento della domanda secondo le forme previste dalla cennata disposizione e, dunque, può tempestivamente e preventivamente rappresentare, oltretutto senza particolari oneri formali né vincoli temporali, la propria opposizione".

[18] Si vedano Cons. Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2006, n. 6063, che conferma T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 16 luglio 2004, n. 3049; cfr. altresì Rocco, *Accordo, esecuzione del giudicato e giudizio di ottemperanza*, in *Urb. App.*, 2005, 97.

[19] A tale approdo la giurisprudenza era giunta già prima dell'entrata in vigore dell'art. 34: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 4 maggio 2005, n. 2167.

[20] C.G.A.R.S., Sez. giur., 31 dicembre 2020, n. 1216.

[21] Il criterio prescelto è in linea con l'orientamento che ha superato quella giurisprudenza che riconosceva il diritto all'utile nella misura percentuale del 10% dell'importo dell'offerta, criterio forfettario e presuntivo ormai abbandonato data la prescrizione di legge secondo la quale il danno da mancata aggiudicazione deve essere "provato" (art. 124, comma 1, c.p.a.). L'oggetto di questa prova, appunto, deve avere riguardo al margine di utile effettivo, quale ricostruibile dall'esame della documentazione prodotta in gara (tra le più recenti, si veda Cons. Stato, Sez. III, 5 marzo 2020, n. 1607 e la giurisprudenza ivi richiamata).

[22] Non può, infatti, applicarsi la percentuale di utile sull'intero importo a base d'asta, senza tener conto del ribasso offerto, in quanto, in mancanza di prova contraria, che incombe sulla parte ricorrente, deve supporsi che il ribasso riguardasse, come di regola, l'intera base d'asta, utile incluso. L'entità dell'utile si presume correlata all'offerta presentata in gara, ovvero al margine positivo in essa incorporato, quale differenza tra costi e prezzo offerto. La proposta economica individua l'importo finale scaturito dal ribasso sul prezzo a base d'asta; a quest'ultimo l'Amministrazione appaltante perviene aggiungendo ai vari costi, evidenziati nel computo metrico, l'aliquota per spese generali e l'aliquota per utile d'impresa. Il calcolo dell'utile facendo ricorso al criterio presuntivo impone il cammino inverso, vale a dire scomporre dalla base d'asta l'utile applicato in sede progettuale dall'Amministrazione appaltante. Poiché il danno

risarcibile è quello effettivamente patito dall'impresa, deve ovviamente aversi riguardo all'importo al netto del ribasso offerto.

[23] Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 2/2017.

[24] In epigrafe si legge trattarsi del "ricorso numero di registro generale 742 del 2020, proposto da Seap s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Ecoin s.r.l., ed Ecoin s.r.l." contro l'"Assessorato regionale dell'energia e dei servizi di pubblica utilità e Presidenza del Consiglio dei Ministri".

[25] Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 novembre 2020, n. 6769: è "principio pacifico del processo amministrativo che con le memorie non notificate possono essere illustrati e chiariti i motivi già svolti con l'atto introduttivo del giudizio ovvero confutate le tesi avversarie; tuttavia, anche ai fini dell'effettivo rispetto del principio del contraddittorio, non possono essere dedotte nuove censure, né può essere specificato, integrato o ampliato il contenuto dei motivi originari di appello e, a maggior ragione, del ricorso di primo grado (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3759; sez. IV, 7 settembre 2018, n. 5277)".

[26] Il Collegio precisa che non può essere scrutinata nemmeno la richiesta risarcitoria formulata nel primo giudizio di ottemperanza, conclusosi con la sentenza n. 79/2021, che ha fissato i criteri per la liquidazione del danno. Anche la ricostruzione di questo passaggio è assai poco chiara in sentenza. Il Giudice scrive infatti che "con il ricorso introduttivo del presente giudizio di ottemperanza le ricorrenti avevano chiesto la condanna degli Enti resistenti al pagamento in favore della complessiva somma di € 318.341,10, ovvero nella maggiore somma da accertarsi in corso di giudizio, e la nomina di un commissario ad acta". In realtà, non si tratta del "presente giudizio di ottemperanza", bensì del precedente. E non può che essere così, dato che la pretesa risarcitoria di cui all'atto di diffida inviato all'amministrazione in risposta alla proposta formulata è ben inferiore alla somma testé riportata. A conferma di ciò, poco dopo il giudice annota che tale "giudizio è stato definito con la sentenza n. 79/2021 che è una decisione ai sensi dell'art. 34 comma 4 c.p.a., con la quale, invece di individuarsi direttamente l'ammontare della somma dovuta, sono stati dettati i criteri di quantificazione".

[27] Cfr. Giacchetti, *Un abito nuovo per il giudizio di ottemperanza,* in *Foro amm.*, 1979, 2614, che annota che "il commissario *ad acta* nominato dal giudice dell'ottemperanza è una figura creata dalla giurisprudenza *praeter legem* per esigenze pratiche ed è del tutto sconosciuta al legislatore e finora dalla più significativa dottrina. Perché è stato creato è abbastanza semplice. È un noto dato sociologico che la pubblica amministrazione, quando tende ad autocostruirsi come potere e

non come servizio – tale tratto è tipico della società contemporanea e in certa misura è sempre esistito – tende anche ad autocostruirsi come sistema autarchico ed autonomo, impermeabile alle esigenze degli altri poteri dello Stato, ed in particolare a quelle della magistratura. Con tale sistema tendenzialmente chiuso possono venire a collidere sentenze amministrative scomode, cioè sentenze che non si limitano ad annullare un provvedimento illegittimo ... ma indichino – o addirittura prescrivano – di tenere un comportamento che non risponda a quello che lo *staff* ritenga essere il reale interesse dell'amministrazione. In tal caso quest'ultima, non potendosi ribellare esplicitamente, tende ad opporre alle sentenze scomode un muro di gomma di ostruzionismo, adottando misure dilatorie o provvedimenti elusivi o addirittura una assoluta inerzia; è questo non necessariamente per motivi dolosi ... ma anche per motivi che al di fuori possono sembrare abbastanza banali, quali la modifica di un modulo o di una circolare o di una struttura di ufficio, fatti questi che infrangono il principio sacrale del precedente, possono creare vere e proprie crisi esistenziali nell'ambito di istituzioni anelastiche quali quelle del nostro ordinamento".

[28] A tale impostazione conseguiva, sempre per l'Adunanza Plenaria, che i provvedimenti emessi dal commissario non potessero essere riconducibili al normale regime degli atti amministrativi e, pertanto, che non potessero essere impugnati dinanzi al giudice amministrativo in sede di legittimità, bensì avanti a quello dell'ottemperanza. La giurisprudenza successiva si è allineata a questa impostazione: esempio ne è la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 maggio 1987, n. 297, annotata da Cannada Bartoli, *Il ritorno del giudizio di ottemperanza*, in *Foro amm.*, 1987, 981, il quale commenta "il pregio della sentenza consistente nella riconduzione al solo giudice dell'ottemperanza dei ricorso o dei reclami avverso gli atti commissariali". Infatti, immagina l'Autore, "si suppongano due giudizi di ottemperanza contro due comuni su materie identiche: nel primo, decorso il termine assegnato all'autorità amministrativa, opera il commissario *ad acta*, che emana un dato provvedimento; nel secondo giudizio, l'autorità, alla quale il giudice ha assegnato il termine per ottemperare, emana un provvedimento eguale a quello disposto nell'altro giudizio dal commissario. L'atto di quest'ultimo è sindacabile nel giudizio di ottemperanza. Identica soluzione deve valere nell'altro caso, di atto compiuto dall'autorità amministrativa per conformarsi, nel giudizio di ottemperanza, al precedente giudicato".

[29] La dottrina dell'epoca, nell'ambito di tale ricostruzione, rinveniva alcune "varianti interpretative" tese ad identificare il commissario come semplice ausiliario del giudice dell'ottemperanza (così Nigro, *Il giudicato amministrativo e il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza*, *Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*,

Varenna, 1981, Milano, 1983, pp. 68 ss.), oppure come organo giurisdizionale delegato ovvero ancora come suo sostituto (cfr. A.M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1982, 37: "si tratta di una soluzione tipicamente pragmatica e pretoria, la quale non ha base nel diritto scritto ed anzi appare difficilmente conciliabile con gli stessi principi, non essendo consentito ai pubblici poteri, ed ancor meno ai giudici, di farsi sostituire – laddove la legge non lo autorizzi – né da altri organi né da persone estranee all'organizzazione dei poteri stessi").

[30] In questi termini A.M. Sandulli, *op. cit.*

[31] Così Aprea, *Inottemperanza inerzia e commissario ad acta nella giustizia amministrativa*, Milano, 2003, 54; v. altresì Favara, *Ottemperanza al giudicato e attribuzioni amministrative regionali*, in *Rass. Avv. St.*, 1977, 492.

[32] Cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 7 marzo 1992, n. 157, il quale conclude per l'esclusiva competenza del giudice dell'ottemperanza in quanto l'atto di nomina proviene da quest'ultimo e in forza del principio generale per cui in materia di esecuzione dei provvedimenti giudiziari è il giudice dell'esecuzione a controllare ogni incidente o contestazione relativi a tale fase.

[33] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 5 febbraio 1985, n. 60, e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 14 dicembre 1987, n. 1882.

[34] Vi è stata però anche una parte della giurisprudenza, per la quale gli atti del commissario dovevano essere conosciuti unicamente dal giudice dell'ottemperanza, in considerazione dello stretto legame tra i due organi: Cfr. Mazzarolli, *Il giudicato di ottemperanza oggi: risultati concreti* , in *Dir. proc. amm.*, 1990, 226 ss.

[35] Nella seconda parte della disposizione è affermato il principio per cui l'istituto della ricusazione su istanza di parte, previsto per il giudice, si estende anche al suo ausiliario: tale previsione si fonda sull'art. 108, co. 2, Cost., a mente del quale "la legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia".

[36] Cfr. T.A.R. Umbria, Sez. I, 16 novembre 2016, n. 705.

[37] V. T.A.R. Molise, Sez. I, 18 luglio 2007 n. 621; cfr. altresì Giardino, *L'annullamento d'ufficio degli atti del commissario ad acta – il commento*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 869.

[38] Così Cons. St., Sez. II, 9 gennaio 2017, n. 177; cfr. Cons. St., Sez. III, 22 agosto 2016, n. 3664.

[39] Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 8 ottobre 2014, n. 5158.

[40] T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 27 febbraio 2017, n. 1149; cfr. altresì T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 17 gennaio 2017, n. 31: nel caso di ottemperanza al giudicato di condanna della pubblica amministrazione al pagamento di una somma di denaro, si è ritenuto che il commissario *ad acta* sia legittimato a provvedere alle seguenti attività: "allocazione della somma in bilancio (ove manchi un apposito stanziamento), espletamento delle fasi di impegno, liquidazione, ordinazione e pagamento della spesa, nonché reperimento materiale della somma; con la precisazione che l'esaurimento dei fondi di bilancio o la mancanza di disponibilità di cassa non costituiscono legittima causa di impedimento all'esecuzione del giudicato, dovendo il predetto organo straordinario porre in essere tutte e iniziative necessarie per porre in essere il pagamento".

[41] Cfr. Scognamiglio, *Sul potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio della P.A. (nota ad Ad. Plen. 25 05 2021 n. 8)*, in questa *Rivista*, la quale scrive di condividere "la scelta della Plenaria di abbandonare definitivamente la locuzione di «organo straordinario» dell'amministrazione spesso utilizzata con riferimento al commissario ad acta nominato nell'ambito del processo e di ascrivere decisamente alla sfera della giurisdizione la sua attività".

[42] Cfr. Tarullo, *Il giudizio di ottemperanza*, in Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2011, 589, dove si può leggere che deve riconoscersi "al commissario *ad acta* non già la natura di organo straordinario dell'amministrazione (come pure da alcuni sostenuto in passato), bensì quella di organo ausiliario del giudice, in quanto è il giudice che nomina il Commissario, dal giudice questi deriva i propri poteri di sostituzione, ed è sempre il giudice, investito del compito di dirigere l'esecuzione, ad indirizzare ed orientare la sua attività". Si veda altresì Daidone, *Commento agli artt. 112-115 c.p.a.*, in Morbidelli (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 1074, il quale annota, a conferma di tale qualificazione, che il rapporto di ausiliarietà si riflette, ad esempio, "nella possibilità che il commissario sia soggetto a ricusazione nelle ipotesi di cui all'art. 51 c.p.c., nonché nel riconoscimento di un compenso per l'opera svolta". In termini, si veda anche De Nictolis, *op cit.*, 1759.

[43] La stessa Plenaria, nella recente sentenza n. 8/2021, discorre di "risalente dibattito" per riferirsi ai contrapposti orientamenti "sulla natura soggettiva del commissario *ad acta*", figura che "nel tempo" ha "oscillato tra le distinte nature di organo straordinario dell'amministrazione, ausiliario del giudice, soggetto con duplice natura (ausiliario del giudice e organo straordinario)"; dibattito che è "storicamente comprensibile", in ragione della "progressiva definizione

dell'istituto", "di origine giurisprudenziale", che però oggi è giunto alla "sua piena affermazione sia sul piano della previsione normativa (ora art. 21 c.p.a.), sia sul piano dell'ambito di intervento, oggi praticamente esteso ad ogni necessità di ottemperanza e/o esecuzione del provvedimento giurisdizionale dotato di forza esecutiva, secondo quanto prescritto dall'art. 112 c.p.a.".

[44] Così De Nictolis, *op. cit.*, 1741.

[45] Così Greco, *L'effettività della tutela nel giudizio di ottemperanza*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[46] Benvenuti, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, vol XVIII, Milano, 1969; Cacciavillani, *Il Giudicato*, in Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2020, 613 ss.; Id, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; Calabrò, *Giudicato (dir. proc. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2003; D'Alessandri, *Il giudizio di ottemperanza*, Roma, 2015; Francario, *Osservazioni in tema di giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 277 ss.; Travi, *L'esecuzione della sentenza*, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, V, Milano, 2003, 4647 ss.

[47] Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 4, 1025 ss.

[48] Una delle motivazioni sta nella natura della parte soccombente, titolare di attribuzioni e poteri che la pongono a un livello diverso rispetto a quello della parte vincitrice. Si spiega così perché si discorra di "giudizio di ottemperanza" e non di processo esecutivo, avendo il primo una portata più ampia e variegata rispetto alla mera "esecuzione", ricomprendendo tutte le attività necessarie e idonee a garantire la "attuazione" (come recita l'art. 112 c.p.a.) del comando giudiziale.

[49] Caputi Jambrenghi, *Commissario ad acta, in Enc. dir.*, agg. VI, 2002, 285 ss.

[50] Caputi Jambrenghi, *op cit.*, che ha comparato la normativa italiana in materia con quella di altri ordinamenti europei e occidentali; cfr. altresì Greco, op. cit.

[51] Non si indugia oltre sui confini delle richieste proponibili in tale rito, tema che certamente merita di essere ulteriormente indagato. Rimane il fatto che il dato codicistico che lascia aperte varie strade, e sarebbe stato forse preferibile che il Collegio avesse optato per quella soluzione in grado di evitare ai litiganti di adire per la terza volta il giudice dell'ottemperanza. Come efficacemente è stato scritto, "il processo d'esecuzione ... è, e deve essere, sempre rapido: il

combattimento fra le parti è finito, la bilancia è messa da parte e si tratta d'applicare una buona volta la sentenza, anche se il suo senso possa rivelarsi non chiaro. Del resto, non occorre di regola istruttoria, ed il giudice saprà bene cosa ha inteso dire. ... Poco conta che sopravvengano pronunzie cognitorie, se quelle d'accoglimento non siano poi eseguite. E lo stesso vale per pronunzie cautelari. Per ciò, la rapidità del giudizio d'esecuzione è il primo presidio del buon funzionamento della giustizia amministrativa". Aggiunge l'autore che "un modo per far eseguire le pronunzie favorevoli al ricorrente contro la volontà dell'Amministrazione è quello della nomina del commissario *ad acta*. Tale figura è incontroversa nella giurisprudenza. Sarebbe tempo che la legge la recepisca e la disciplini, per le parti in cui l'inventiva del giudice può apparire arbitraria" Paleologo, *La giustizia amministrativa cautelare e d'urgenza*, in *Giornale Dir. Amm.*, 1995, 745 ss. Tali osservazioni risalgono a un momento in cui il codice del processo amministrativo ancora non esisteva, ma già allora il commissario *ad acta* veniva indicato come quel soggetto che può aiutare il giudice nel suo compito di concretizzare la decisione passata in giudicato. Non vi è allora motivo per tardare nell'avvalersi di tale ausiliario, la cui nomina dovrebbe intervenire in via automatica quando l'amministrazione abbia dimostrato una certa inerzia nell'intraprendere l'esecuzione della sentenza.

[52] Cfr. *ex multis* Cons. Stato, 30 agosto 2021, n. 6111, ulteriore esempio di condanna ai sensi dell'art. 34, co. 4, c.p.a., in cui si rimanda a un accordo stragiudiziale la quantificazione del credito del ricorrente; v. altresì T.A.R. Veneto, ord. 25 marzo 2021, n. 146, in cui il Tribunale ha invitato le parti di due giudizi connessi, in cui erano coinvolte diverse amministrazioni, "ad un confronto collaborativo sui profili tecnici della vicenda".

[53] In questa direzione pare vada inteso anche il recente intervento normativo di cui all'art. 6, D.L. n. 76/2020, che ha introdotto il "collegio consultivo tecnico" con funzioni di "assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso". Sul tema si segnala un interessante contributo relativo all'istituto e, in particolare, alla qualificazione delle "decisioni" assunte dal collegio predetto: Francario, *La natura giuridica delle determinazioni del collegio consultivo tecnico*, 23 marzo 2021, in *lamministrativista.it*.