

Università degli Studi del Molise



FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

*Dipartimento di Scienze Giuridico-Sociali e
dell'Amministrazione*

**DOTTORATO DI RICERCA
CICLO XXII**

Settore disciplinare: IUS 01

**L'OBBLIGAZIONE E IL RAPPORTO GIURIDICO E LA LORO
TUTELA PROCESSUALE**

**RISARCIMENTO PER EQUIVALENTE E REINTEGRAZIONE IN FORMA
SPECIFICA NELLA MATERIA DEGLI APPALTI PUBBLICI**

Coordinatore:

Prof. Giovanni Di Giandomenico

Tutor:

Prof. Giovanni Di Giandomenico

Dottorando:

Enrico Ceniccola

Indice

<i>Introduzione</i>	Pag.	6
---------------------------	------	---

Capitolo I

Tutela in materia di appalti pubblici

1. Il risarcimento del danno per equivalente ed in forma specifica nella disciplina codicistica	»	11
1.2. La natura giuridica dell'istituto	»	13
1.3. L'applicabilità del risarcimento in forma specifica all'inadempimento contrattuale	»	18
1.4. Il rapporto tra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente	»	27
1.5. I limiti al risarcimento in forma specifica contenuti nell'articolo 2058 del codice civile	»	32
2. La tutela risarcitoria nei confronti della P.A.: natura giuridica	»	36
2.1. La risarcibilità degli interessi legittimi negli appalti pubblici	»	38
2.2. La natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione	»	40
2.3. La tesi della responsabilità «da contatto»	»	42
2.4. Gli appalti pubblici e l'interesse legittimo di natura pretensiva	»	45
2.5. La responsabilità precontrattuale	»	55
3. La pregiudizialità dell'annullamento e l'azione risarcitoria	»	60
3.1. Le decisioni della Cassazione e le posizioni dottrinarie	»	64
3.2. I profili evolutivi	»	77

Capitolo II

Il rapporto tra il risarcimento per equivalente e quello in forma specifica

1.	La reintegrazione in forma specifica: tesi della natura risarcitoria	Pag.	82
1.2.	La tesi della natura risarcitoria di diritto pubblico	»	84
1.3.	La tesi della tutela specifica e conseguente azione di adempimento	»	86
2.	La reintegrazione in forma specifica e la casistica degli appalti pubblici	»	88
3.	L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto	»	92
3.1.	L'Ordinanza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite 10/02/2010 n. 2906	»	101
3.2.	La natura giuridica del subentro del legittimo aggiudicatario nel contratto	»	106
4.	Il risarcimento per equivalente	»	109
4.1.	Il risarcimento per equivalente in materia di appalti pubblici	»	111
4.2.	Le altre voci rientranti nel lucro cessante: il danno curriculare	»	116
5.	Il danno da perdita di chance	»	117
5.1.	Il risarcimento della perdita di chance nelle procedure di affidamento di pubblici appalti	»	121
6.	La possibile opzione tra il risarcimento in forma specifica e il risarcimento per equivalente	»	126
7.	La difficile collocazione del risarcimento in forma specifica nell'ambito delle azioni previste nel processo amministrativo	»	129
7.1.	La coincidenza del risarcimento in forma specifica con l'azione di annullamento	»	130
7.2.	Il risarcimento in forma specifica nel processo di cognizione al fianco dell'azione di annullamento	»	133
7.3.	Il risarcimento in forma specifica si instaura nell'ambito del giudizio di ottemperanza	»	134
7.4.	L'autonomia dell'azione di risarcimento in forma	»	143

8.	specifica rispetto all'azione di ottemperanza	
	Il danno e il concorso del fatto colposo del creditore	Pag. 146

Capitolo III

Interventi comunitari e legge n. 443 del 2001

(Legge Obiettivo)

1.	La disciplina speciale relativa alle infrastrutture ed agli insediamenti produttivi	» 150
1.2.	La sospensione cautelare, l'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto stipulato	» 151
2.	Le innovazioni introdotte dalla nuova direttiva ricorsi – 2007/66/CE	» 157
2.1.	La pregiudiziale amministrativa	» 165
2.2.	L'unificazione del regime processuale	» 168
2.3.	L'incentivazione della tutela cautelare	» 169
3.	Il Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53	» 171
3.1.	Le principali innovazioni contenute nel decreto legislativo n. 53/2010	» 172
3.2.	Il termine sospensivo (<i>standstill period</i>) e l'informativa dovuta dalle stazioni appaltanti	» 173
3.3.	La comunicazione alla stazione appaltante dell'intento di proporre ricorso	» 174
3.4.	Il ricorso giurisdizionale: rimedi esperibili, termini per la proposizione ed atti impugnabili	» 175
3.5.	La preclusione alla stipula del contratto nel caso di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva con contestuale richiesta di misure cautelari	» 178
3.6.	Privazione degli effetti del contratto e sanzioni alternative	» 179
3.7.	La questione della «pregiudiziale di annullamento»: le diverse prospettive della legge-delega e del decreto delegato	» 183
3.8.	La limitazione del risarcimento del danno	» 188
3.9.	Il rapporto tra tutela in forma specifica e tutela per equivalente	» 189

3.10. Modifiche all'accordo bonario e disposizioni in materia di arbitrato	Pag. 190
<i>Considerazioni conclusive</i>	» 193
<i>Bibliografia</i>	» 200

Introduzione

La materia degli appalti pubblici in considerazione dei consistenti interessi economici in essa presenti costituisce nell'ambito della disciplina comunitaria e di riflesso in ambito nazionale la principale palestra per l'elaborazione di nuovi e più efficaci strumenti di tutela.

Infatti, proprio in questa materia, con la legge n. 142 del 1992 - in attuazione della direttiva CEE 21 dicembre 1989, n. 665 - era stata prevista la tutela risarcitoria per le imprese concorrenti lese da violazioni del diritto comunitario, introducendosi così per la prima volta, a livello normativo, una forma di tutela risarcitoria degli interessi legittimi¹, ancora prima del riconoscimento generale della loro tutela affermato dalla Corte di Cassazione nel 1999 con la nota sentenza numero 500.

A valle della sentenza 500/99 è stato ridisegnato il sistema di tutela in materia di appalti pubblici. Se fino alla pronuncia della

1 L'articolo 13, commi 1 e 2, l. n. 142/1992, così disponeva: «Violazioni del diritto comunitario in materia di appalti e forniture.

1. I soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno.

2. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo».

Suprema Corte la tutela dei concorrenti nei confronti delle amministrazioni committenti era rappresentata essenzialmente dalla tutela cautelare (con la quale si manteneva inalterata la possibilità di conseguire il bene della vita, consistente nella stipulazione del contratto) e dall'effetto conformativo del giudicato (che consente al giudice amministrativo di non limitare la funzione dell'accertamento del vizio di legittimità ed al consequenziale annullamento, ma di indicare all'amministrazione la regola da seguire per evitare di commettere ulteriori illegittimità nella successiva attività di riesame), con l'introduzione dei nuovi principi è venuta ad affiancarsi una nuova tutela ovvero quella risarcitoria (per equivalente).

Alla luce del nuovo quadro normativo² e giurisprudenziale³, peraltro in continua evoluzione, occorre quindi analizzare il tema della tutela (reintegratoria/risarcitoria) del concorrente che è stato illegittimamente escluso dalla procedura di gara ed ha ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento dell'aggiudicazione, dimostrando che nel caso in cui l'amministrazione committente non fosse incorsa nei vizi denunciati sarebbe risultato aggiudicatario.

La questione del risarcimento, con la possibile opzione tra forma specifica ed equivalente (tutela esclusa in materia di infrastrutture strategiche), assume caratteri peculiari, giacché nel settore degli appalti pubblici vengono a crearsi rapporti giuridici peculiari. Infatti, nella fase della procedura ad evidenza pubblica, a

2 Da ultimo si segnala la nuova Direttiva ricorsi (Direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE) e lo schema dell'emanando codice amministrativo.

3 Ordinanza Corte di Cassazione Sezioni Unite 10/02/2010 n. 2906.

fronte di atti illegittimi posti in essere dall'amministrazione (norme di azione) il concorrente illegittimamente pretermesso viene leso nell'interesse legittimo di natura pretensiva, ma tale lesione ha l'attitudine a riverberare i propri effetti anche sul contratto nelle more stipulato dall'illegittimo aggiudicatario (norme di relazione), con conseguenti risvolti sulla giurisdizione.

Per trovare risposte circa l'effettiva possibilità di attribuire una tutela reintegratoria, in estrema sintesi, occorre valutare se il giudice amministrativo possa o meno condannare l'amministrazione a stipulare il contratto con il legittimo aggiudicatario. Diversi sono gli ostacoli che si frappongono all'adozione di una pronuncia di reintegrazione in forma specifica.

Sul piano sostanziale, un ostacolo è costituito dalla natura pretensiva dell'interesse legittimo che si dovrebbe tutelare, infatti va considerato che il bene della vita sotteso all'interesse (stipula del contratto) non è ancora acquisito nella sfera giuridica del concorrente leso, per ottenerlo è quindi necessario condannare la pubblica amministrazione ad un *facere* specifico e ciò costituisce un ulteriore ostacolo, sul piano processuale, atteso che tale pronuncia collide con il principio tradizionale che impedisce al giudice amministrativo di emanare tali sentenze di condanna.

Tuttavia, sullo specifico punto va considerato che negli ultimi anni dottrina e giurisprudenza amministrativa si sono confrontate attribuendo poteri più incisivi al giudice amministrativo. In particolare, attraverso la definizione dei rapporti intercorrenti tra l'azione di annullamento, l'azione di risarcimento, e l'azione di

ottemperanza è stata affermata la possibilità che nel nostro ordinamento sia stata introdotta una azione di adempimento ovvero di esecuzione in forma specifica. Detta posizione sembra essere stata recepita dal legislatore, che ha introdotto nella bozza del nuovo codice amministrativo (in attuazione della delega contenuta nell'articolo 44 della legge n. 69 del 2009), al fianco delle tradizionali azioni, anche l'azione di adempimento.

Lo studio sulle diverse tecniche di tutela muove da una sintetica analisi dei rapporti tra tutela risarcitoria e reintegratoria nella disciplina codicistica, per arrivare ad esaminare «l'adattamento» dei principi enucleati, operato prevalentemente dalla giurisprudenza amministrativa, alla fattispecie dei contratti pubblici.

Viene inoltre analizzato, nell'ambito della contrattualistica pubblica, il rapporto tra risarcimento per equivalente ed in forma specifica evidenziando le diverse teorie sulla qualificazione giuridica di quest'ultimo. Inoltre, viene valutato se il rimedio di cui all'articolo 2058 del codice civile introduca un diverso strumento di quantificazione del danno, oppure costituisca un differente strumento (*rectius* una tecnica alternativa) di riparazione del medesimo danno economico, come tale svincolato dagli schemi civilistici degli articoli 2043 e seguenti del codice.

Lo studio si sofferma sulle teorie che giurisprudenza e dottrina hanno avanzato circa la natura giuridica della responsabilità della P.A., superando l'iniziale ricostruzione della Cassazione, che aveva ritenuto di inquadrare tale responsabilità nell'ambito della responsabilità extracontrattuale, per avvicinarla alla responsabilità contrattuale,

attraverso la rielaborazione della risalente teoria dei rapporti contrattuali di fatto, ovvero attraverso una ricostruzione originale che valorizza le peculiarità dell'interesse legittimo pretensivo.

Ulteriore questione incidente sui rapporti tra tutela per equivalente ed in forma specifica è quella della pregiudiziale amministrativa. A tal proposito viene evidenziato il contrasto tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa. Detto contrasto sembra aver trovato una soluzione a livello normativo, orientata dai principi contenuti nella nuova direttiva ricorsi. In riferimento alla citata direttiva, vengono considerate le principali innovazioni tese a valorizzare l'effettività delle tutela attraverso un'applicazione più ampia del risarcimento in forma specifica.

Capitolo I

Tutela in materia di appalti pubblici

1. Il risarcimento del danno per equivalente ed in forma specifica nella disciplina codicistica

Nella legislazione antecedente al codice del 1942 non erano contenute disposizioni che prevedessero il rimedio del risarcimento in forma specifica⁴.

In particolare, sotto le vigenza del codice civile del 1865 era ritenuto ammissibile il risarcimento in forma specifica in ambito extracontrattuale attraverso l'interpretazione estensiva degli articoli 1220 e 1222, disposizioni in materia di esecuzione in forma specifica. Venne così a determinarsi una confusione terminologica tra risarcimento ed esecuzione in forma specifica, senza riferimenti precisi circa l'applicabilità del risarcimento in forma specifica anche alla fattispecie contrattuale⁵.

Ulteriore confusione terminologica è stata introdotta dall'articolo 2058 del codice civile del 1942 nella cui rubrica si legge «risarcimento in forma specifica» mentre nel testo si trova la

4 D'ADDA A., *Il risarcimento in forma specifica oggetto e funzioni*, Padova, 2002, p. 3.

5 D'ADDA A., *op. cit.*, p. 106 e ss..

locuzione «reintegrazione in forma specifica». Tale differenza terminologica ha aumentato le difficoltà di inquadramento dell'istituto, spingendo alcuni autori a negare il carattere risarcitorio del rimedio in forma specifica per affiancarlo ad altre figure di reintegrazione del diritto violato senza impiego del denaro quali: lesione di diritti reali, concorrenza sleale, legislazione sulla tutela del diritto d'autore. Ciò sulla base della considerazione che il vero rimedio risarcitorio è strettamente legato al carattere pecuniario del medesimo, carente nel risarcimento in forma specifica.

Come è noto, nell'attuale disciplina codicistica, il risarcimento può essere per equivalente o in forma specifica. Nel risarcimento per equivalente il danneggiato riceve una somma di denaro corrispondente all'entità del danno subita; in tal modo, quindi, il danno non viene eliminato ma compensato attraverso la dazione di una somma pecuniaria⁶.

Mentre il risarcimento per equivalente tende ad ovviare al danno portando il patrimonio del danneggiato all'entità che aveva prima dell'illecito, il risarcimento in forma specifica è attuato attraverso l'eliminazione materiale del danno, con il ripristino della situazione antecedente all'illecito, che può avvenire mediante l'alterazione del bene fisico danneggiato⁷.

Il risarcimento in forma specifica è contemplato dall'articolo 2058 del codice civile: «Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente,

6 TOMASI, *articolo 2058*, in *Comm. cod. civ.* Cendon, Bologna-Roma, p. 2169.

7 COSTANZO A., *articolo 2058*, *Comm. breve cod. civ.*, Cian G., Trabucchi A. 2009.

se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore».

Va precisato, che l'eliminazione del danno (nel risarcimento in forma specifica) avviene solo nella realtà giuridica e non in quella materiale. Infatti, il danno inteso come entità di fatto non può essere eliminato perché si tratta di un accadimento storico, e come tale incancellabile. Pertanto, la definizione preferibile è quella secondo cui il risarcimento in forma specifica non elimina il danno, ma tende ad eliminare le sue conseguenze, ripristinando, per quanto possibile, la situazione giuridica antecedente all'illecito⁸.

1.2. La natura giuridica dell'istituto

L'articolo 2058 del codice civile dispone che la scelta tra le due forme di risarcimento spetta al danneggiato, il che ha indotto parte della dottrina a configurare questa possibilità di scelta come un'obbligazione alternativa. Tale posizione è stata criticata da altra dottrina sulla base delle seguenti argomentazioni⁹.

In primo luogo perché nell'obbligazione alternativa entrambe le obbligazioni sono fungibili ed assolutamente equivalenti; nell'ipotesi contemplata dall'articolo 2058 del codice civile, la scelta tra le due obbligazioni non è indifferente, tant'è vero che il giudice può escludere il risarcimento in forma specifica se questo risulta particolarmente oneroso per il debitore. Inoltre, questa dottrina

8 SCOGNAMIGLIO R., *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.* p. 23.

9 Cfr. D'ADDA A., *op. cit.*, Padova, 2002, p. 77.

valorizza l'argomento che la scelta del risarcimento per equivalente da parte del creditore-danneggiato non esclude la concorrenza dell'altra forma risarcitoria; infatti se il risarcimento in natura non ha eliminato del tutto il danno prodotto, al creditore è attribuito anche il diritto ulteriore al risarcimento del danno in forma pecuniaria. Se invece si trattasse di un'obbligazione alternativa la scelta di un rimedio dovrebbe escludere la concorrenza dell'altro¹⁰.

In merito alla natura giuridica dell'istituto in questione, nonostante l'articolo 2058 codice civile lo qualifichi espressamente come «risarcimento», in dottrina è stato negato che tale rimedio sia ascrivibile al fenomeno risarcitorio¹¹.

Il risarcimento, infatti, è un rimedio con cui si compensa, per equivalente, il danno subito; invece la reintegrazione in forma specifica elimina il danno dalla realtà fisica e giuridica e, anzi, può anche servire a prevenirlo, tutte le volte che la vittima dell'illecito non ha ancora riportato alcun danno permanente.

In definitiva, la reintegrazione in forma specifica non avrebbe carattere solo risarcitorio, ma anche preventivo; non è strumento

10 Cfr. FRANZONI M., *Fatti illeciti*, in *Comm. Cod. civ.*, Bologna-Roma 1993, p. 1121: «Anche per l'accostamento all'obbligazione facoltativa (o con facoltà alternativa) il discorso è analogo. Anzitutto nell'obbligazione facoltativa la scelta è rimessa al debitore, mentre qui avviene esattamente l'opposto. Inoltre l'obbligazione facoltativa presuppone una gerarchia tra le due obbligazioni, nel senso che una risulta essere più importante dell'altra, cosicché, ad esempio, se la prestazione principale viene meno si estingue anche l'obbligo di eseguire la prestazione secondaria; invece, come vedremo meglio in seguito, tra risarcimento per equivalente e risarcimento in forma specifica non esiste nessuna preminenza gerarchica e il fatto che uno dei due rimedi sia impossibile rende sempre praticabile l'altro».

11 DE CUPIS A., *Il danno teoria generale della responsabilità civile*, terza edizione Vol II, Milano 1979; LIBERTINI M., *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 85.

sanzionatorio, ma misura di attuazione del proprio diritto, tendente a ripristinare la situazione giuridica così come era prima dell'illecito: con esso si arriva alla massima realizzazione del principio di effettività della tutela.

Sarebbe quindi un rimedio più simile ad altre forme di tutela volte (non tanto a risarcire un danno ma) a realizzare il diritto dell'attore, come l'inibitoria, la restituzione dell'indebito, **l'esecuzione in forma specifica**, e gli strumenti di tutela dei diritti reali, come la rivendica, l'azione negatoria, ecc¹².

Lo stesso codice civile, nell'articolo. 2058 (norma inquadrata tra i fatti illeciti), usa l'espressione «reintegrazione», espressione che non ha un significato equivalente al termine risarcimento¹³.

In base a questa prospettazione l'articolo 2058 codice civile verrebbe ad assumere il ruolo di norma generale del sistema su cui fondare l'azione inibitoria, consentendo così di colmare profondi vuoti di tutela presenti nel nostro ordinamento¹⁴.

La dottrina prevalente, tuttavia, considera la reintegrazione in forma specifica rientrante nel più ampio *genus* del risarcimento (C. Salvi, Barbero).

In base a tale dottrina il testo dell'articolo 2058 del codice civile

12 DE CUPIS A., *Dei fatti illeciti*, in *Comm. cod. civ.* Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1993, pp. 135 e ss..

13 DE CUPIS A., *op.cit.*, p. 138.

14 D'ADDA A., *op.cit.*, Padova, 2002, p. 12: «Il risarcimento in forma specifica, avendo carattere inibitorio generale, potrebbe essere utilizzato anche lì dove non espressamente previsto dalla legge; avrebbe un contenuto variabile, in quanto potrebbe assolvere varie funzioni: non solo restitutoria e risarcitoria, ma anche inibitoria e preventiva, nonché potrebbe costituire un rimedio suppletorio rispetto alle azioni dirette alla tutela dei diritti reali e in qualche caso all'esecuzione forzata in forma specifica di cui all'articolo 2932 c.c.».

non costituisce elemento per qualificare una diversa forma di tutela in quanto la rubrica della stessa norma parla di «risarcimento»; ed in ogni caso, anche da un punto di vista letterale, le espressioni «riparare» e «reintegrare» sono sinonimi di risarcire¹⁵.

Quanto all'accostamento tra l'azione inibitoria, l'esecuzione in forma specifica e il risarcimento si è osservato che l'operazione non è esatta dal punto di vista tecnico-giuridico, perché diversi sono il fondamento e la natura dei tre istituti.

- Il risarcimento in forma specifica serve a riparare un danno;
- l'inibitoria mira invece a prevenire il danno;
- l'esecuzione in forma specifica serve ad attuare il diritto del debitore.

In particolare, per quanto riguarda il rimedio dell'esecuzione in forma specifica, qualche autore ha sostenuto che l'analogia di funzioni rispetto al risarcimento in natura si ravvisa perché il primo è finalizzato all'attuazione coattiva del diritto inadempito, il secondo è volto a ripristinare una situazione giuridica lesa, e quindi in entrambi i casi i due rimedi si configurano come reazione ad una lesione del diritto dell'attore.

Ma in contrario si è precisato che l'esecuzione in forma specifica attua il diritto dell'attore, e proprio quel diritto che costui vantava fin dall'origine; con il risarcimento in natura, invece, l'attuazione del diritto è solo tendenziale¹⁶.

In sintesi, può affermarsi che con l'esecuzione in forma

15 FRANZONI M., *op.cit.*, p. 1084.

16 BIANCA C.M., *La responsabilità*, in *Diritto civile* vol. V, Milano 1994 p. 187.

specifica l'attore ottiene proprio il diritto originariamente dovuto; con il risarcimento in forma specifica si consegue una prestazione diversa. Ed è questo il motivo per cui solo per il risarcimento in forma specifica il legislatore prevede che il rimedio possa essere escluso se è eccessivamente oneroso per il debitore¹⁷.

La giurisprudenza propende per la tesi della tutela risarcitoria, sostenendo che la reintegrazione in forma specifica sia una forma di risarcimento (tecnica di tutela)¹⁸.

Non mancano tuttavia sentenze che, in contrasto con la sopra riportata affermazione di principio, ampliano l'ambito operativo dell'articolo 2058 codice civile fino ad attribuirgli una generica funzione di ripristino della situazione antecedente al verificarsi del fatto illecito o una funzione preventiva a carattere inibitorio¹⁹.

-
- 17 Un esempio chiarirà la differenza fra i tre rimedi:
se il proprietario di un fondo vede il vicino che sta costruendo illegittimamente un muro, può chiedere all'A.G. che gli venga impedito di effettuare la costruzione, e in tal caso si integrerebbero gli estremi di un'azione inibitoria (rimedio preventivo);
se il proprietario del fondo chiede l'abbattimento del muro elevato dal vicino, si tratta di risarcimento in forma specifica (il rimedio è infatti successivo);
se colui che ha elevato il muro viene condannato a rimuoverlo, ma non ottempera all'ordine del giudice, il proprietario può chiedere che il muro venga rimosso forzatamente, e in tal caso si tratterà di esecuzione in forma specifica.
- 18 Cass. n. 7172/2000, ha stabilito che: «L'articolo 2058 c.c., che prevede la possibilità per il giudice di disporre che il risarcimento del danno avvenga solo per equivalente se la reintegrazione in forma specifica risulti eccessivamente onerosa per il debitore, non può trovare applicazione rispetto alle azioni intese a far valere un diritto reale e a ottenere la tutela mediante la riduzione in pristino, dato che il loro carattere assoluto non è conciliabile con qualsiasi forma di reintegrazione del diritto leso che non sia quella in forma specifica».
- 19 Cass. n. 647/1976; n. 2472/1988; Cass. n. 39/1978 ha affermato che «nella reintegrazione possono sussumersi, accanto alla restituzione della cosa, la

1.3. Applicabilità del risarcimento in forma specifica all'inadempimento contrattuale

Mancando una previsione specifica, la giurisprudenza si è posta il problema della applicabilità della tutela in forma specifica - di cui all'articolo 2058 codice civile - al caso di inadempimento contrattuale.

Franzoni ha evidenziato come funzionalmente i due tipi di responsabilità possono anche tendere verso il medesimo fine cioè quello di eliminare gli effetti di una perdita economica, tuttavia il loro fatto genetico resta distinto.

A tal proposito è necessario distinguere ancora una volta tra esecuzione in forma specifica e risarcimento in forma specifica: il primo mira a ripristinare l'interesse del creditore vittima di un inadempimento contrattuale garantendo allo stesso creditore il soddisfacimento del medesimo interesse (articolo 2932); viceversa il risarcimento in forma specifica mira ad eliminare un danno con modalità diverse dalla corresponsione di una somma di denaro.

La dottrina contraria all'estensione della tutela in forma specifica all'ipotesi di inadempimento contrattuale fonda principalmente sul dato testuale.

Gli artt. 1223 e seguenti del codice civile (disposizioni in

dazione di cosa appartenente allo stesso genere, il rifacimento di quanto illecitamente difatto, ovvero l'eliminazione di quanto illecitamente fatto; in pratica si viene ad assegnare all'articolo 2058 c.c. una funzione molto simile a quella propugnata dai sostenitori della prima tesi, perché si affianca al ruolo sanzionatorio e repressivo dell'illecito anche quello preventivo, volto ad evitare il perpetuarsi del danno».

materia contrattuale), infatti, non contemplano l'istituto del risarcimento in forma specifica; e il legislatore, molto chiaramente, ha delineato la disciplina del risarcimento extracontrattuale rimandando alla disciplina di quello contrattuale, salve le differenze previste in modo esplicito. Ciò posto: se è possibile applicare le norme sull'illecito contrattuale all'illecito extracontrattuale, non è possibile effettuare, in modo automatico, l'operazione inversa.

In dottrina si è osservato che l'azione contrattuale per il risarcimento in forma specifica finirebbe per coincidere con l'azione di esatto adempimento, con l'esecuzione in forma specifica o, a seconda dei casi, con la risoluzione del contratto. Se, cioè, il contraente non riceve la prestazione dovuta, il ripristino della situazione antecedente all'illecito può ottenersi solo in due modi: chiedendo l'esatto adempimento o esercitando l'azione di risoluzione, con la conseguenza che ipotizzare l'applicabilità di un risarcimento in forma specifica costituirebbe una inutile duplicazione.

In secondo luogo - come detto - viene esclusa l'estensibilità analogica di una norma (articolo 2058 c.c.) dettata specificamente con riguardo all'illecito aquilano anche in considerazione dei limiti previsti dal comma 2 dell'articolo 2058 del codice civile, limiti cui sarebbe altrimenti soggetta l'azione risarcitoria contrattuale.

Vi è poi un ulteriore argomento evidenziato da Franzoni, il quale sostiene che accogliendo la tesi dell'ammissibilità del risarcimento in forma specifica per l'illecito contrattuale si giungerebbe ad ammettere l'esecuzione in forma specifica (es. tutela reintegratoria in forma specifica dei diritti) lì dove tale rimedio era

legislativamente escluso. Ad esempio, siglato un patto di prelazione relativo ad una vendita immobiliare tra Tizio e Caio, qualora Tizio violi il suo obbligo di *denuntiatio* e venda l'immobile a Sempronio, Caio potrebbe agire con l'azione di risarcimento in forma specifica per ottenere un rimedio che la legge non prevede, cioè, il riscatto del bene dal compratore (lì dove, invece, è previsto il solo risarcimento pecuniario del danno)²⁰.

Quando il legislatore sancisce chiaramente l'efficacia *interpartes* (non estensibile a terzi) dei vincoli obbligatori (nel caso di specie prelazione) in base al principio di relatività del contratto (cfr. articolo 1372 c.c.), quel tipo di norma consente al titolare della prelazione una tutela esclusivamente risarcitoria per equivalente, non già una tutela specifica (consistente nella declaratoria di nullità del contratto o nel riscatto del bene) elusiva della predetta efficacia limitata e dei principi posti a tutela della certezza dei traffici giuridici.

Altri autori²¹ sostengono invece che la tutela ex articolo 2058 è applicabile alla responsabilità contrattuale (Sacco, Castronovo)²².

Questi autori osservano innanzitutto che, anche se la posizione della norma nel sistema potrebbe far pensare esattamente il contrario, l'idea che il risarcimento in forma specifica fosse un rimedio applicabile alla responsabilità contrattuale era presente anche nell'idea del legislatore del 1942, giacché nella Relazione al codice civile, al

20 FRANZONI M., *op. cit.*, p. 1103.

21 FRANZONI M., *op. cit.*, p. 1097 e SS.; DE CUPIS A., *op. cit.*, p. 137.

22 NIVARRA L., «il teatro d'azione sia la responsabilità aquiliana o quella contrattuale, il risarcimento in forma specifica si insinua dappertutto al pari di una piccola ma infaticabile talpa che piano piano, quasi impercettibilmente, viene erodendo le fondamenta sempre più fragili del sistema della tutela giurisdizionale dei diritti».

par. 802, si legge: «al pari del creditore nelle obbligazioni *ex contractu*, il danneggiato, in quelle per fatto illecito, ha diritto innanzitutto alla reintegrazione in forma specifica della situazione patrimoniale anteriore».

Quanto all'affermazione secondo cui lo stesso risultato del risarcimento in forma specifica sarebbe raggiungibile con l'azione di adempimento si è obiettato che ciò non è possibile in tutti i casi: se un giardiniere, effettuando il suo lavoro, fa deperire i fiori del giardino, con l'azione di adempimento i fiori non possono rinascere; né a tale risultato si perviene con l'azione di risoluzione, perché questa da un lato libera i contraenti dall'obbligo di eseguire le prestazioni, costringendoli a restituire quelle eventualmente corrisposte, dall'altro obbliga il debitore a pagare una somma di denaro a titolo risarcitorio (articolo 1453 c.c.); solo con il risarcimento in forma specifica è possibile costringere il giardiniere a piantare dei fiori dello stesso tipo di quelli appassiti.

Come si può notare nell'esempio fatto i presupposti del rimedio del risarcimento in forma specifica sono del tutto diversi dai presupposti dell'azione di esatto adempimento; l'azione di adempimento (così come l'esecuzione in forma specifica) presuppone un contratto inadempito, ma non una lesione totale del diritto del creditore; se il creditore domanda l'adempimento vuol dire che la prestazione è ancora possibile e il danno eventualmente subito sarà minimo e dovuto al ritardo nell'esecuzione della prestazione); se il creditore richiede il risarcimento in forma specifica ciò implica che il danno è totale ed irrimediabile e non è dovuto ad un semplice ritardo,

ma alla lesione totale della sua aspettativa. Quindi l'azione di adempimento presuppone che la prestazione sia ancora possibile, mentre il risarcimento in forma specifica implica esattamente l'opposto; la prima è «misura di attuazione del diritto (vi è assoluta simmetria tra la prestazione inadempita ed il comportamento cui è tenuto il debitore per effetto della sentenza), il secondo «reazione alla lesione» (vi è all'opposto perfetta asimmetria)». In definitiva i due rimedi (esatto adempimento e risarcimento in forma specifica) rimangono distinti pur a fronte di una inevitabile residualità del risarcimento in forma specifica in ambito contrattuale.

Circa l'argomento testuale, che fa leva sulla posizione dell'articolo 2058 codice civile nel sistema, questo non rappresenta un ostacolo insuperabile, potendosi fare ricorso all'applicazione analogica), anche se non mancano i sostenitori della tesi che reputa possibile l'applicazione diretta perché, sia l'articolo 1218, sia l'articolo 1453 dello stesso codice, parlano di «risarcimento» in modo generico, senza specificare a quale tipo si debba fare riferimento.

In altri termini si sostiene che le regole sul risarcimento del danno non possono che essere unitarie. Secondo taluni la funzione dell'articolo 2058 codice civile sarebbe quella di porre limiti (impossibilità parziale o totale ed eccessiva onerosità) alla tutela risarcitoria in forma specifica; per cui il mancato espresso richiamo della norma de qua porta ad escludere non la tutela risarcitoria in forma specifica in ambito contrattuale, bensì semplicemente l'applicazione dei suddetti limiti al risarcimento in forma specifica del

danno contrattuale²³.

È stato evidenziato come gli articoli 1512, 1667, 1668 e 1669 del codice civile ed il D.lgs. n. 241 del 2002 prevedano sostanzialmente delle azioni volte al risarcimento in forma specifica a fronte di un inadempimento contrattuale laddove costringono il venditore piuttosto che l'appaltatore a ripristinare le caratteristiche originarie del bene o a sopportare le spese necessarie ai fini del ripristino.

In altri termini, le suddette disposizioni interpretate in prospettiva evolutiva confermerebbero l'esistenza anche in ambito contrattuale di un principio generale di risarcibilità, oltre che per equivalente, in forma specifica dei danni da inadempimento.

Ma vi è un ulteriore argomento favore di questa tesi, sostenuto da Castronovo, il quale ha affermato che in un contratto a prestazioni corrispettive il cosiddetto esatto adempimento, in realtà è un risarcimento in forma specifica. Il presupposto della domanda (impropriamente chiamata domanda di adempimento) consiste nel fatto che uno dei contraenti non abbia eseguito la sua obbligazione (articolo 1453 c.c.), cioè, in una parola, l'inadempimento; «e l'effetto giuridico indefettibile dell'inadempimento è la responsabilità, concretizzantesi nella obbligazione di risarcimento del danno (articolo 1218 c.c.). Il cosiddetto esatto adempimento, quindi, non può essere nient'altro che risarcimento in forma specifica». La prestazione, quindi, per quanto apparentemente identica, ha mutato titolo e risulta fondata sull'inadempimento, cioè su un fatto illecito, e non sul

23 CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 501; cfr. BIANCA C.M., *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 780.

contratto.

Altra dottrina critica l'equiparazione tra i due rimedi del risarcimento in forma specifica e dell'esecuzione-adempimento coatto: con l'adempimento coatto il creditore riceve la medesima prestazione oggetto dell'obbligazione non eseguita spontaneamente; non così per la tutela risarcitoria di cui all'articolo 2058 codice civile. Peraltro, ammettere l'equiparazione significherebbe concedere una tutela che in alcuni casi il legislatore ha espressamente escluso (v. fattispecie di violazione del patto di prelazione convenzionale che non può mai comportare per il prelazionario il diritto ad agire in giudizio per il riscatto previsto per legge solo nelle ipotesi tassative di prelazione legale).

Si ritiene di dover escludere l'applicabilità del rimedio risarcitorio in forma specifica con riguardo all'illecito precontrattuale (pur essendo riconducibile, quanto a natura giuridica, all'illecito aquiliano di cui all'articolo 2043 c.c.), non essendo concettualmente immaginabile una riparazione in forma specifica del danno precontrattuale consistente - come noto - nella lesione dell'interesse negativo (spese legate alla contrattazione [danno emergente] e perdita di altre favorevoli occasioni contrattuali [lucro cessante]). Il limite dell'impossibilità di cui all'articolo 2058, comma 2 impedisce l'operatività nella fattispecie *de qua* del suddetto rimedio essendo le favorevoli occasioni contrattuali perse esclusivamente monetizzabili.

Quanto alla posizione assunta dalla giurisprudenza va evidenziato che quest'ultima tendenzialmente non distingue tra risarcimento in forma specifica, esecuzione in forma specifica e

azione di adempimento.

Anche se non mancano sentenze che hanno negato l'applicabilità del rimedio dell'articolo 2058 codice civile alla materia contrattuale, fondando la motivazione sulla posizione della norma nel sistema, la maggior parte delle decisioni sono orientate costantemente per la tesi positiva, fino a sostenere, in una sentenza che risale al 1956 (n. 1489/1956), che l'unico limite per l'applicabilità dell'istituto alla sfera contrattuale è quello dell'oggettiva impossibilità di realizzazione del rimedio.

La giurisprudenza prevalente, pur partendo dall'assunto che i confini tra l'azione di esatto adempimento e risarcimento in forma specifica sono labili e che il risarcimento in forma specifica avrebbe una valenza meramente residuale - posto che gran parte dei fini ai quali assolve l'articolo 2058 codice civile sarebbero conseguibili attraverso l'azione di esatto adempimento e che, quindi, l'azione di esatto adempimento assorbe gran parte delle esigenze di tutela regolate dall'articolo 2058 del codice civile - ammette entro limiti ristretti la praticabilità del rimedio risarcitorio in forma specifica del danno derivante dall'inadempimento dell'obbligo contrattuale.

Le ragioni di tale impostazione sono ravvisabili nella considerazione storica della maggiore forza della tutela contrattuale (di conseguenza comportante anche l'accesso per il danneggiato al risarcimento in forma specifica) rispetto a quella aquiliana; nella difficoltà di tracciare confini netti tra tutela contrattuale e tutela aquilana (ipotesi dubbie di responsabilità contrattuale da contatto sociale); nella concezione unitaria di danno contrattuale ed

extracontrattuale, accolta dalla giurisprudenza; nelle innumerevoli norme del codice civile, in precedenza citate, che sanciscono espressamente forme di risarcimento in forma specifica del danno da inadempimento contrattuale.

In particolare, va osservato come le norme sulla garanzia per vizi in generale non siano prescrizioni volte a contrastare l'inadempimento (nella compravendita l'obbligo del venditore di consegnare il bene risulta perfettamente adempiuto anche se il bene consegnato è viziato o difettoso). Ciò nondimeno le disposizioni sulla garanzia nel contratto di appalto ed in quello di vendita di beni di consumo in definitiva obbligano rispettivamente l'appaltatore ed il venditore ad adempiere correttamente l'obbligazione di *facere* e di consegna di un bene conforme (*rectius* non viziato) in tal modo introducendo nella materia contrattuale innovative forme di tutela risarcitoria in forma specifica.

Viene affermata in altri termini da parte della giurisprudenza l'identità tra la sentenza (portata ad esecuzione in forma specifica) che impone al debitore l'adempimento ed il risarcimento in forma specifica del patrimonio del danneggiato (creditore)²⁴.

24 Non sempre però la giurisprudenza utilizza i concetti di azione di adempimento, esecuzione in forma specifica e risarcimento in forma specifica in modo appropriato. Ad esempio in tema di responsabilità del mandatario che non ha restituito come doveva al mandante il bene acquistato dal primo per proprio conto (Cass. n. 2843/1972), la Corte qualifica l'azione come un risarcimento in forma specifica, ma è chiaro che si tratta di un'azione di adempimento:

Il risarcimento in forma specifica, previsto con riguardo all'illecito extracontrattuale, trova applicazione anche nel campo dell'illecito contrattuale e pertanto il mandatario che, in violazione degli obblighi nascenti dal mandato, abbia acquistato per proprio conto il bene che formava oggetto del contratto, è tenuto, quando sia possibile, e il mandante

1.4. Il rapporto tra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente

La tesi prevalente che afferma la natura «risarcitoria» del rimedio di cui all'articolo 2058 codice civile si divide ulteriormente in ordine ad un'altra questione: se questa norma introduca un diverso strumento di quantificazione del danno oppure un differente strumento (*rectius* una tecnica alternativa) di riparazione del medesimo danno economico²⁵.

Quest'ultimo orientamento non ammette una diversa quantificazione del danno a seconda che venga risarcito per equivalente o in forma specifica. In siffatta evenienza la quantificazione del danno rappresenta un *prius* logico giuridico rispetto alla questione relativa allo strumento di riparazione utilizzabile²⁶.

Si discute inoltre se il rimborso delle spese sostenute dal danneggiato per una riparazione antieconomica effettuata per proprio conto costituisca o meno una ipotesi di risarcimento in forma specifica.

La giurisprudenza propende per ricondurre questa fattispecie

ne faccia richiesta, al risarcimento in forma specifica nei confronti di questo e quindi a trasferirgli il bene acquistato per proprio conto.

25 D'ADDA A., *op. cit.*, p. 121.

26 D'ADDA A., *op. cit.*, p. 125; «Insomma, da diversi anni la dottrina più attenta coglie nell'articolo 2058 c.c. Uno strumento importante, che, per un verso, consente l'emaneazione di ordini di riparazione specifica a cura del danneggiante, per altro contribuisce a fornire criteri per la quantificazione del danno riparabile in forma pecuniaria. Criteri che – lo rileva chi ha dimestichezza con l'esame dei costi economici che la riparazione si porta con sé – non sempre sono coincidenti con quelli utilizzati per quantificare il danno riparato per equivalente».

nell'ambito applicativo dell'articolo 2058 del codice civile con consequenziale applicazione del limite dell'eccessiva onerosità il tutto sulla base della considerazione che il risarcimento in forma specifica sia una differente tecnica di quantificazione del danno.

La dottrina prevalente distingue nettamente tra la fase in cui si quantifica il danno da quella in cui viene deciso come risarcirlo. Ne deriva che il danno (spese per il ripristino) derivante dal deterioramento di un bene fungibile (per esempio autovettura) non può mai essere determinato con modalità tali da superare il *quantum* del pregiudizio conseguente alla perdita *in toto* del bene medesimo²⁷.

Viceversa il risarcimento del danno arrecato ad un bene infungibile non altrimenti riproducibile non può essere sottoposto alla predetta limitazione: in questo caso la spesa anche ingente per il ripristino dell'integrità del bene costituisce il coefficiente per misurare l'entità del danno.

Secondo questa impostazione deve concludersi nel senso che il risarcimento in forma specifica è una operazione successiva alla quantificazione del danno. Chiarito che il risarcimento del danno trova pur sempre il suo limite massimo nel valore venale del danneggiato, è evidente che il giudice non andrà a liquidare una somma superiore al predetto valore, non già facendo applicazione del limite dell'eccessiva onerosità di cui al comma 2 dell'articolo 2058 del codice civile, ma in considerazione del fatto che questo danno in realtà non si è mai verificato. Tutto ciò trova una deroga nel caso in cui le spese antieconomiche siano state necessarie per evitare danni maggiori.

27 D'ADDA A., *op. cit.*, 121 e seg.

In definitiva, il risarcimento in forma specifica (che presuppone a monte l'accertamento e la quantificazione del danno in modo «unitario ed uniforme» impone una ulteriore verifica circa l'eventuale eccessiva onerosità dell'obbligo di ripristino della realtà materiale esistente prima della commissione dell'illecito aquiliano.

Alla stregua di siffatta impostazione anche nel caso in cui il giudice decida di accordare eccezionalmente alla vittima dell'illecito il rimborso delle spese antieconomiche saremmo comunque in presenza di un risarcimento per equivalente poiché si tratta di riparare il pregiudizio economico derivante dall'illecito.

Ne consegue che il risarcimento in forma specifica opera soltanto laddove il giudice in sede di sentenza di condanna imponga al danneggiante di porre in essere una determinata condotta riparatoria diversa dal rimborso delle spese sostenute dalla vittima dell'illecito.

In dottrina ci si interroga su quale sia la forma di risarcimento che il legislatore considera prevalente. Secondo alcuni autori il risarcimento in forma specifica (soprattutto nell'ipotesi di danni non patrimoniali legati ai diritti della persona) avrebbe un'importanza maggiore (in termini non già statistici ma di valore) di quello per equivalente e dovrebbe sempre porsi in una posizione privilegiata nelle domande di riparazione; infatti, il risarcimento in forma specifica tende a ripristinare il patrimonio del danneggiato, mentre quello per equivalente costituisce solo un surrogato del bene leso. È chiaro, cioè, che al danneggiato interessa per quanto possibile eliminare le conseguenze del danno, e solo in via sussidiaria ottenere un equivalente in denaro.

In virtù di quest'ultimo orientamento la richiesta di risarcimento in forma specifica comprenderebbe anche quella per equivalente, ma non sarebbe possibile affermare il contrario. Ciò risulterebbe confermato dallo stesso limite dell'eccessiva onerosità di cui al comma 2 dell'articolo 2058 del codice civile la cui operatività nel caso concreto consentirebbe al giudice di liquidare comunque il risarcimento del danno per equivalente anche in mancanza di una specifica domanda di parte in tal senso (principio dell'assorbimento).

La stessa espressione utilizzata dal legislatore «il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore» sembra rivelare una minore considerazione del risarcimento per equivalente rispetto a quello in forma specifica. È questa la posizione che segue la giurisprudenza prevalente.²⁸

La tesi contraria (quella della preminenza del risarcimento per equivalente) si basa sul presupposto che il risarcimento in forma specifica non opera nei casi di impossibilità e di eccessiva onerosità. In altre parole, questo significa che il risarcimento per equivalente è sempre possibile, mentre quello in natura lo è solo quando ricorrono determinati presupposti.

In ogni caso il risarcimento per equivalente non sarebbe alternativo ma complementare e potenzialmente concorrente rispetto al risarcimento in forma specifica.

Inoltre, secondo Franzoni, la superiorità del risarcimento per equivalente su quello in natura deriva dal fatto che solo il primo è

28 Cass. Civ. n. 2468/1983.

idoneo a riparare integralmente il danno; infatti «anche quando il responsabile venga condannato al ripristino ciò non elimina la perdita di utilità subita dalla vittima nelle more tra l'evento dannoso e la riparazione».

Infine, vi è una posizione intermedia (Castronovo). La tesi che ravvisa una preminenza gerarchica nel risarcimento in natura è certamente influenzata da una concezione di tipo giusnaturalistico, che mal si addice al diritto moderno; d'altro canto la tesi opposta, che ritiene più importante il risarcimento per equivalente, si rifà all'impostazione vigente all'epoca del diritto romano, in cui la forma di reintegrazione per eccellenza era quella pecuniaria ed il risarcimento assumeva una funzione prevalentemente sanzionatoria, ma certo essa non è più coerente con la concezione attuale del fondamento della responsabilità aquiliana, che vi ravvisa natura composita (preventiva, punitiva, compensativa e distributiva, cioè di ripartizione del costo dei danni).

Il legislatore, infatti, con una precisa opzione in questo senso, ha stabilito che la scelta tra i due rimedi deve avvenire per ragioni di opportunità e a seconda del caso concreto, per cui non è possibile discorrere di preminenza gerarchica: si è insomma cercato di contemperare equamente gli interessi del danneggiato (è lui che può scegliere di chiedere il risarcimento per equivalente o in forma specifica) con quelli del debitore (il risarcimento in forma specifica non viene concesso quando questo sia eccessivamente oneroso), in aderenza alla realtà concreta e alle singole fattispecie (il risarcimento in forma specifica viene infatti concesso solo « ove sia in tutto o in

parte possibile»)

Inoltre - si è osservato - se è vera l'impostazione cui aderisce ormai la dottrina prevalente, secondo cui la responsabilità civile avrebbe una molteplicità di funzioni (sanzionatoria, preventiva, di riequilibrio economico), il risarcimento per equivalente altro non sarebbe se non «una delle possibili tecniche di espressione della finalità riparatoria»²⁹.

1.5. I limiti al risarcimento in forma specifica contenuti nell'articolo 2058 del codice civile

L'articolo 2058 del codice civile prevede due limiti alla risarcibilità del danno in forma specifica: l'impossibilità totale o parziale e l'eccessiva onerosità³⁰.

I suddetti confini costituiscono dimostrazione della natura meramente risarcitoria della tutela apprestata dalla norma de qua: non sarebbe infatti concepibile una limitazione alla tutela reintegratoria dei diritti.

Il primo limite dell'impossibilità viene interpretato nel senso di

29 DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, p. 226. In questo senso anche: SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, p. 25.

30 D'ADDA A., *op. cit.*, p. 136: «Così al creditore è rimessa la facoltà di chiedere (primo comma) la reintegrazione in forma specifica per scongiurare l'automatico operare della riparazione per equivalente; mentre spetta al giudica – una volta richiesta la riparazione in natura – di regola condannando il responsabile alla riparazione del danno per equivalente, qualora la riparazione non sia possibile».

impossibilità sia materiale (*es.* irreversibile trasformazione) che giuridica (di carattere oggettivo). L'impossibilità viene da taluno parzialmente soggettivizzata al fine di tenere in debita considerazione anche la posizione del danneggiante.

Si è posto il problema relativo all'ammissibilità del risarcimento in forma specifica con riguardo all'illecito aquiliano commesso ai danni del primo acquirente (soccumbente in forza del principio di prevalenza della trascrizione prioritaria) dal secondo acquirente - primo trascrivente nel caso di doppia alienazione immobiliare: l'opponibilità dell'acquisto prioritariamente trascritto comporta nella sostanza la perdita giuridica del diritto acquisito per effetto della prima alienazione non trascritta. In tal evenienza il risarcimento in forma specifica comporterebbe di fatto il ritrasferimento del bene in favore del soggetto danneggiato con sostanziale svuotamento del principio sancito dall'articolo 2644 codice civile e posto a garanzia della certezza dei traffici giuridici.

Secondo l'orientamento prevalente il risarcimento in forma specifica non può operare per superare scelte ordinamentali e sistematiche operate dal legislatore come nel caso di specie, bensì risulta azionabile unicamente a fronte di attività illecite di carattere puramente materiale.

Stesse argomentazioni valgono per l'ipotesi di violazione del patto di prelazione: il risarcimento in forma specifica realizzerebbe una sorta di anomalo riscatto del bene al di fuori delle ipotesi tassative (prelazione legale) in cui ciò ammesso.

Per quanto concerne il limite della eccessiva onerosità è

opportuno evidenziare che esso non opera in caso di riparazione antieconomica come impropriamente viene spesso affermato. In altri termini le spese sostenute per una riparazione antieconomica non vengono rimborsate non già perché eccessivamente onerose, bensì poiché il risarcimento del danno (in tal caso per equivalente) trova un limite tendenzialmente invalicabile nel valore venale del bene danneggiato a causa dell'illecito occorso³¹.

Parimenti è impropria l'estensione giurisprudenziale del limite di cui al comma 2 dell'articolo 2058 del codice civile con riferimento all'azione contrattuale di esatto adempimento (azioni tipicamente reintegratorie ripristinatorie non già risarcitorie estranee in quanto tali alla soggezione alla disciplina di cui agli articoli 2043 e 2058 c.c.).

L'orientamento prevalente ritiene che l'eccessiva onerosità di cui all'articolo 2058, comma 2 codice civile non possa essere rilevata d'ufficio ad opera del giudice ma debba essere allegata dalla parte interessata (danneggiante) attraverso la formulazione di apposita eccezione.

Ai fini della valutazione della eccessiva onerosità è necessario un accertamento del caso concreto tenendo in dovuta considerazione la

31 D'ADDA A., *op. cit.* p. 138. «Infatti l'avverbio eccessivamente è avverbio di relazione, che indica un'eccedenza rispetto ad una misura normale o giusta: in altre parole, utilizzando quest'avverbio il legislatore postula una comparazione tra onerosità della riparazione del danno per equivalente. Sin qui la prima descrizione della norma e dei termini dell'alternativa tra riparazione in natura e riparazione per equivalente così come posti dall'articolo 2058 cc.. Ma se si osserva, proseguendo nell'esegesi, che il campo semantico dell'aggettivo «eccessivo» non si limita a ricomprendere l'idea di eccedenza di una data misura ma richiama l'idea di esagerazione, esorbitanza, dismisura, risulta chiaro che il risarcimento in forma specifica non potrà essere concesso qualora, all'esito di una tale comparazione, risulti esageratamente oneroso rispetto alla riparazione per equivalente».

posizione soggettiva sia del danneggiato (utilità che deriverebbe dal risarcimento in forma specifica) che del danneggiante (sacrificio che deriverebbe dal risarcimento in forma specifica).

La reintegrazione in forma specifica può essere chiesta dal danneggiato e non può essere disposta d'ufficio dal giudice³². Se il risarcimento in forma specifica compensa solo una parte del danno subito, per la restante parte viene disposto il risarcimento per equivalente.

Il giudice però, qualora tale forma di riparazione risulti essere eccessivamente onerosa per il danneggiante, può disporre ugualmente il risarcimento per equivalente. Non è sufficiente, però, una maggiore onerosità, anche minima, rispetto al risarcimento per equivalente, ma occorre che la sproporzione di costi tra i due rimedi sia «eccessivamente onerosa»³³.

In conseguenza di ciò si nega spesso il risarcimento in forma specifica quando il valore della cosa danneggiata è inferiore al valore della riparazione.

Ad esempio la Corte di Cassazione ha ritenuto giustificato ridurre la somma occorrente per il totale rifacimento di un pavimento (non riparabile parzialmente) poiché a seguito del completo rifacimento conseguono condizioni estetiche e funzionali del pavimento migliori rispetto a quella preesistenti³⁴.

32 Spetta infatti al danneggiato scegliere un tipo di risarcimento piuttosto che l'altro. Tuttavia, se il giudice rileva che il risarcimento in forma specifica non è possibile, allora può disporre che avvenga per equivalente, senza che tale comportamento violi il principio processuale della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

33 COSTANZO A., *articolo 2058, Comm. breve cod. civ.*, Cian G., Trabucchi A. 2009.

34 Cass. Civ. n. 1636/1983.

In particolare il problema si è presentato frequentemente all'attenzione dei giudici nelle ipotesi di riparazione di un'auto usata, se il valore della riparazione supera quello dell'auto³⁵.

Molto spesso la giurisprudenza ha negato il risarcimento in forma specifica con motivazioni diverse, a volte sostenendo che le spese per il risarcimento in forma specifica non possono superare il valore dell'auto danneggiata (Trib. Asti, 10 gennaio 1988).

In applicazione del principio di cui all'articolo 2058 del codice civile, secondo il quale il risarcimento per equivalente, così come la somma corrispondente alle spese sostenute dal danneggiato per la reintegrazione in forma specifica, non possono essere superiori al valore della cosa danneggiata, allorché le spese sostenute dal danneggiato per la riparazione del veicolo sinistrato risultino superiori all'effettivo valore del medesimo, il danneggiato non ha diritto al rimborso delle spese.

2 La tutela risarcitoria nei confronti della P.A.: natura giuridica

La tutela risarcitoria negli appalti pubblici si colloca nella più ampia materia della responsabilità per danni provocati dalla pubblica amministrazione³⁶, soggetto in grado di incidere negativamente su

35 D'ADDA A., *op. cit.*, p. 207.

36 Sulla tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione v. GAROFOLI R., RACCA G., DE PALMA M., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, 2003; AA.VV., *La responsabilità civile della Pubblica Amministrazione* (a cura di CARINGELLA F., PORRO M.) Bologna - Roma, 2005.

situazioni giuridiche soggettive quali i diritti e gli interessi legittimi.

Fino alla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 500/1999, la giurisprudenza ha negato la risarcibilità della lesione agli interessi legittimi.

Detta posizione giurisprudenziale trovava il proprio fondamento in una lettura «rigorista immunitaria»³⁷ dell'articolo 2043 del codice civile, che identificava il danno ingiusto esclusivamente con la lesione del diritto soggettivo. Pertanto, anche nella materia degli appalti pubblici, ai privati era riconosciuta una tutela sostanzialmente parziale, dal momento che le lesioni da esse patite potevano trovare soddisfazione esclusivamente nell'ambito del effetto conformativo dell'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo³⁸.

Le sezioni unite della Cassazione nel 1999 hanno posto rimedio alla situazione delineatasi modificando radicalmente il proprio orientamento, affermando che la lesione dell'interesse legittimo, al pari di quella del diritto soggettivo o di altro interesse giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie dell'articolo 2043 del codice civile³⁹. Tale pronuncia ipotizzava un'azione risarcitoria davanti al giudice ordinario, svincolata dal previo annullamento dell'atto amministrativo.

Nel 2000, la legge n. 205 ha novellato l'articolo 7, legge TAR

37 DI GIANDOMENICO G., a cura di, *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, Napoli, 2004, p. 25.

38 Es. in una gara con procedura matematica di aggiudicazione l'annullamento giurisdizionale del provvedimento illegittimo di aggiudicazione comportava l'affidamento dell'appalto al secondo classificato. Tuttavia, se nelle more del processo amministrativo, veniva sviluppato il contratto con il primo aggiudicatario, il secondo sostanzialmente rimaneva privo di tutela non potendo accedere ad una tutela di tipo risarcitorio.

39 Cass. Sez. un., 22 luglio 1999 n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con note di PALMIERI A., PARDOLESI R..

(legge n. 1034/1971) - superando le affermazioni della Cassazione relative alla giurisdizione con la concentrazione della tutela davanti al giudice amministrativo - ha generalizzato la tutela risarcitoria nei blocchi di materie attribuibili alla giurisdizione del giudice amministrativo estendendola anche ai casi di lesione di interessi legittimi.

2.1 La risarcibilità degli interessi legittimi negli appalti pubblici

Per uniformare la disciplina nazionale a quella comunitaria, in materia di appalti pubblici, la tutela risarcitoria degli interessi legittimi era stata introdotta, limitatamente agli appalti di rilevanza comunitaria, ancor prima del riconoscimento generale della tutela affermato dalla Cassazione nel 1999.

In particolare, con la legge 19 febbraio 1992, n. 142 - in attuazione della direttiva CEE 21 dicembre 1989, n. 665 - era stata prevista la tutela risarcitoria delle imprese (concorrenti) lese da violazioni del diritto comunitario, introducendo così per la prima volta, a livello normativo, una forma di tutela risarcitoria degli interessi legittimi (articolo 13)⁴⁰. Tuttavia, la Cassazione, in quegli

40 L'articolo 13, commi 1 e 2, l. n. 142/1992, così disponeva: «Violazioni del diritto comunitario in materia di appalti e forniture.

1. I soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento possono chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno.

2. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice

anni ispirata al principio generale dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi, qualificò la norma «eccezionale», come tale di stretta interpretazione e quindi non estendibile alle altre ipotesi di lesione di interessi legittimi, e neppure alle ipotesi di appalti pubblici di importo inferiore alla cd. «soglia comunitaria».

Il legislatore per aggirare l'ostacolo creato dalla Suprema corte introdusse nell'ordinamento nazionale una regola sancita nel D.lgs. n. 80 del 1998 - successivamente travolto dalla Corte Costituzionale perché ritenuto frutto di un eccesso di delega e subito dopo reintrodotta con la legge 205/2000 – che creava un nuovo riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione del giudice amministrativo incentrato non più sulla tradizionale distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, bensì fondato sull'attribuzione al giudice amministrativo di giurisdizione «esclusiva», come tale comprensiva sia di diritti sia di interessi legittimi, su alcuni «blocchi di materie»⁴¹.

L'articolo 7, legge TAR, come novellato dall'articolo 7, legge n. 205/2000, dispone che «Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali

amministrativo».

In base a tale legge, i concorrenti ad una gara di appalto dovevano ottenere l'annullamento dell'atto illegittimo da parte del giudice amministrativo, e poi rivolgersi al giudice ordinario per conseguire il risarcimento del danno (doppio binario).

41 MOSCARINI L.V., *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza: riflessioni a margine dell'ordinanza n. 1 dell'ad. plen. del Consiglio di Stato 2 gennaio 2000*, in *Dir. proc. Amm.*, 2001.

conseguenziali» (testo vigente)⁴². Pertanto, in materia di appalti di lavori pubblici la tutela risarcitoria è consentita sia per i diritti soggettivi che per gli interessi legittimi, davanti al giudice amministrativo.

Con l'attribuzione dei blocchi di materie al giudice amministrativo sembrava essersi raggiunta una semplificazione del sistema comportante una più efficace tutela per i soggetti che avessero subito la lesione di un interesse legittimo. Tuttavia, questioni cruciali quali la natura giuridica della responsabilità della PA in relazione agli atti illegittimi da essa adottati⁴³, la sussistenza o meno della cosiddetta pregiudiziale amministrativa, nonché questioni attinenti alla giurisdizione relativamente alla fase contrattuale continuano ad affaticare gli interpreti ed attendono ancora soluzioni condivise e tali da fornire una tutela effettiva.

2.2. La natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione

L'individuazione della natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione è rilevante per le conseguenze sul piano

42 CARANTA R., *Attività amministrativa e illecito aquiliano. La responsabilità della P.A. dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2001; CARBONE V, *Le «nuove frontiere» della giurisdizione sul risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo della pubblica amministrazione (commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205)*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1127.

43 La questione della natura giuridica della responsabilità della pubblica amministrazione, era stata rimessa all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. St., ad. plen., 14 febbraio 2003 n. 2), al fine di evitare possibili contrasti giurisprudenziali, ma la Plenaria non si è pronunciata su tale questione.

applicativo:

- **termine di prescrizione dell'azione**, pari a dieci anni nella responsabilità contrattuale e a cinque anni in quella aquiliana (artt. 2946 e 2947 del codice civile);
- **onere della prova**, perché in caso di responsabilità contrattuale, la colpa si presume e incombe sul debitore l'onere di provare la non imputabilità dell'inadempimento (articolo 1218 del codice civile) mentre in caso di responsabilità aquiliana, è onere del danneggiato provare la colpa o il dolo dell'autore del danno;
- **misura del risarcimento**, che in caso di responsabilità contrattuale è circoscritto ai danni prevedibili, salvo il caso di dolo del debitore (articolo 1225 c.c.), mentre in caso di responsabilità aquiliana è esteso anche ai danni non prevedibili (articolo 2056 c.c.);
- **natura del debito**, che è di valuta nella responsabilità contrattuale, con conseguente debenza dei soli interessi legali ed esclusione della rivalutazione automatica, e onere del debitore di provare il maggior danno rispetto a quello coperto dagli interessi legali (articolo 1224 codice civile), **mentre è di valore nella responsabilità aquiliana**, con conseguente diritto alla rivalutazione monetaria oltre che agli interessi legali⁴⁴.

La tesi tradizionale, sulla scorta della sentenza n. 500 del 1999, configura la responsabilità dell'amministrazione in termini di

44 Nel senso della natura di debito di valore Cons. St., sez. V, 8 luglio 2002 n. 3796, in *Cons. Stato.*, 2002, I, 1534; Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003 n. 6666, in *Cons. Stato.*, 2003, I, 2304, con nota di CECCHINI M., *Il risarcimento in forma specifica negli appalti, suoi limiti e questioni di giurisdizione*.

responsabilità extracontrattuale. Nella citata sentenza la Cassazione ha affermato che la lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana di cui all'articolo 2043 del codice civile ai fini della qualificazione del danno come ingiusto, dovendosi per danno ingiusto intendere il danno che l'ordinamento non può tollerare che rimanga a carico della vittima, ma che va trasferito sull'autore del fatto, in quanto lesivo di interessi giuridicamente rilevanti, quale anche l'interesse legittimo.

Tale soluzione è finora seguita dalla prevalente giurisprudenza amministrativa⁴⁵.

2.2. La tesi della responsabilità «da contatto»

La Suprema corte, più di recente, ha seguito una diversa ricostruzione dogmatica, ipotizzando una «responsabilità da contatto»⁴⁶, con maggiori affinità alla responsabilità contrattuale che a quella aquiliana.

Tale tesi trova il proprio fondamento nella teoria dei rapporti contrattuali di fatto⁴⁷ con particolare riferimento ai rapporti che

45 Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004 n. 5012; Cons. St., sez. IV, 10 agosto 2004 n. 5500; Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2006 n. 3981; Cons. giust. sic., 18 aprile 2006 n. 153; Cons. giust. sic., 22 giugno 2006 n. 312. Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4689; Cons. St., sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4309.

46 Sulla responsabilità da contatto v. anche PROTTO M., *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ.*, 2001, p. 213.

47 La categoria nasce in Germania alla fine del periodo nazista e, come è stato

derivano da contatto sociale instaurato tra più sfere d'interessi, quando, in mancanza di qualsiasi fattispecie contrattuale, «assume decisivo rilievo la conseguente possibilità di reciproca influenza».

Il riferimento veniva appunto fatto ad una fattispecie analoga a quella in trattazione, ovvero alle trattative contrattuali dove col semplice fatto di addivenire alle trattative non si dà vita ad alcun obbligo positivo di prestazione, ma viene tuttavia posta in essere tra le parti una speciale relazione socialmente e giuridicamente rilevante, in virtù della quale ciascuna parte è impegnata verso l'altra ad un leale svolgimento delle trattative⁴⁸.

rilevato dall'Autore che ha costituito la linea di collegamento tra la cultura giuridica italiana e quella tedesca a cavallo della seconda guerra mondiale, le prime teorie sui rapporti contrattuali di fatto furono formulate per attribuire ad alcuni fatti gli stessi effetti giuridici che si sarebbero prodotti in conseguenza di una dichiarazione di volontà.

48 BETTI E., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353. Secondo l'autore in questi casi ha luogo un contratto sociale tra due diverse sfere di interessi, in conseguenza del quale l'un consociato per il raggiungimento di uno scopo determinato, espone i suoi interessi al potere d'influenza (e quindi anche di cura e controllo) di un altro soggetto. Ora, di fronte ad una situazione siffatta sono astrattamente configurabili due diversi criteri di comportamento:

a) o l'esigenza della correttezza, che impone ai singoli consociati di astenersi da qualsiasi comportamento lesivo dell'altrui sfera d'interessi e che si concretizza ed accentua in seguito al costituirsi di un particolare rapporto con la medesima, rimane pur sempre orientata in senso negativo, e se ne fa quindi derivare semplicemente un obbligo di protezione e di rispetto;

b) oppure si può esigere un impegno di cooperazione, che, ogni volta in cui si determini uno speciale rapporto, faccia obbligo a ciascuna parte di collaborare positivamente per l'adempimento dell'aspettativa della controparte.

Si dovrà quindi qualificare la responsabilità come extracontrattuale, se a fondamento di questa si pone il primo criterio di comportamento; se per contro si adotta il criterio di comportamento menzionato in secondo luogo, la responsabilità dovrà qualificarsi come di natura contrattuale, e troveranno applicazione diretta (e non per estensione analogica) i principi relativi ai rapporti contrattuali.

In base a detta tesi, la lesione dell'interesse legittimo viene inquadrata come un inadempimento delle regole di svolgimento dell'azione amministrativa e, pertanto, integra una responsabilità molto più vicina alla responsabilità contrattuale⁴⁹.

Conseguenza della suddetta prospettazione è che la tutela risarcitoria viene svincolata dal giudizio sulla spettanza del bene della vita o della *chance* di conseguirlo, e si concentra sugli obblighi procedimentali, in cui il contatto qualificato si concreta. In altre parole, la tutela risarcitoria viene accordata in relazione alla violazione di tali obblighi procedimentali, a prescindere dalla spettanza o meno del bene della vita.

La tesi della responsabilità da contatto ha avuto seguito anche in parte della giurisprudenza amministrativa⁵⁰, in cui si osserva che nel caso di lesione di interesse legittimo non sussiste un preesistente contratto o un rapporto obbligatorio in senso civilistico tra amministrazione e privato, ma deve ritenersi l'esistenza di un «rapporto amministrativo» che dà luogo ad un'ipotesi di «contatto sociale» tra l'amministrazione e il cittadino da cui scaturisce un affidamento di consistenza maggiore rispetto alle aspettative di mero fatto, perché l'interesse legittimo, a differenza di quello di fatto, rappresenta una posizione già individuata e differenziata dall'ordinamento. In forza di esso l'amministrato può pretendere che l'amministrazione adegui nei propri confronti il suo comportamento alle norme che ne disciplinano l'attività⁵¹.

49 Cass. civ., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, 78.

50 Cons. St., sez. V, 2 settembre 2005, n. 446.

51 Cons. giust. sic., 8 maggio 2002 n. 267, ord., in *Cons. Sato*, 2002, I, 1397.

La giurisprudenza amministrativa ha precisato inoltre che nell'attuale contesto dell'amministrazione partecipata trova riconoscimento quella particolare ipotesi di tutela dell'affidamento ingenerato dal rapporto procedimentale intercorso tra amministrazione e privato, prescindente dalla sicura acquisizione del bene della vita, che può qualificarsi in termini di responsabilità da contatto amministrativo qualificato; la violazione di tale affidamento fa qualificare la responsabilità da contatto in termini di responsabilità precontrattuale, sicché il risarcimento va circoscritto nei limiti del c.d. interesse negativo.

Il risarcimento del solo interesse negativo, se da una parte rappresenta la doverosa riparazione di un danno ingiusto, dall'altro scongiura il rischio di una iperprotezione del privato⁵² nell'ipotesi in cui questi, ottenuto il risarcimento per equivalente, riesca anche a realizzare il proprio interesse pretensivo in ragione dell'effetto ripristinatorio e conformativo del giudicato di annullamento⁵³.

2.3 Gli appalti pubblici e l'interesse legittimo di natura pretensiva

Sulla natura da attribuire alla responsabilità della pubblica amministrazione - derivante dalla lesione dell'interesse legittimo - sia

52 TAR Puglia - Bari, 17 maggio 2001 n. 1761, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 2493.

53 TAR Veneto, sez. I, 20 novembre 2003 n. 5778, in cui la responsabilità dell'amministrazione è stata ricostruita come responsabilità precontrattuale da contatto sociale, per violazione dei doveri funzionali di legalità, imparzialità ed efficienza gravanti sull'amministrazione, analoghi agli obblighi di protezione nelle obbligazioni di diritto privato.

la dottrina che la giurisprudenza hanno avanzato teorie che non sembrano compatibili con l'architettura generale del codice civile⁵⁴.

L'incongruenza è generata dal fatto che gli autori che si sono occupati della materia non hanno tenuto nella giusta considerazione le differenze esistenti tra le situazioni giuridiche soggettive interessate ed il rapporto giuridico che tra esse viene a crearsi.

Per una ricostruzione della materia fedele ai consolidati schemi civilistici occorre partire dagli insegnamenti di Nicolò⁵⁵, che distingue in modo nitido le forme di tutela conseguenti alla lesione dei diritti assoluti da quelle attribuite dal codice civile alla lesione dei diritti relativi.

In particolare, il diritto assoluto si caratterizza come interesse a conservare un bene che già si ha, con la conseguenza che agli altri consociati è richiesto un mero dovere di astensione. Il comportamento tenuto in violazione del dovere di astensione (lesione del diritto assoluto) viene qualificato come illecito in senso stretto ed è sanzionato ai sensi dell'articolo 2043 e seguenti del codice civile (responsabilità extracontrattuale).

Viceversa nell'ipotesi del diritto relativo (diritto di credito) il soggetto ha interesse a conseguire un bene che ancora non possiede. In questo caso, l'interesse a conseguire il bene non può essere realizzato senza la cooperazione altrui. Pertanto, il comportamento del soggetto obbligato ad un determinato comportamento (debitore) - che lede un diritto di credito - si qualifica come inadempimento ed è sanzionato ai

54 DI GIANDOMENICO G., *Rapporto giuridico e responsabilità civile*, in *Giur. it.*, 2006. p. 1543-1549.

55 NICOLÒ R., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962.

sensi dell'articolo 1218 del codice civile (responsabilità contrattuale).

A fronte della prima situazione descritta, ovvero illecito che viola un dovere e lede un diritto assoluto, l'ordinamento si pone il problema di assicurare la *restituito in pristinum*, ossia la reintegrazione a favore del titolare del diritto della situazione che si sarebbe avuta, se l'illecito non fosse stato posto in essere.

Per l'illecito che viola un obbligo e costituisce quindi una lesione del diritto di credito (dando luogo all'inadempimento) la conseguenza prevista dall'ordinamento è rappresentata dal sorgere di un nuovo obbligo che ha come contenuto il risarcimento del danno (art. 1218 c.c.).

In quest'ultima ipotesi la finalità cui tende l'ordinamento è quella di far conseguire al creditore, con l'impiego di strumenti coercitivi, quel medesimo risultato che si sarebbe avuto attraverso l'attuazione spontanea dell'obbligo. In particolare quando vi è identità tra il bene dovuto ed il bene che viene fatto conseguire al creditore si ha l'esecuzione in forma specifica.

In secondo luogo si pone l'esigenza di eliminare le conseguenze dannose che si possono essere verificate o per il ritardo con il quale si realizza coattivamente il diritto del creditore o per l'eventuale impossibilità per il creditore di ottenere in via coattiva quello stesso bene che gli era dovuto. Tale esigenza è realizzata con il risarcimento per equivalente attraverso la dazione di una somma di denaro.

Muovendo dalle premesse innanzi riportate la dottrina ha costruito un modello teorico in grado di fornire risposte sulla natura della responsabilità da lesione di interesse legittimo compatibili con il

sistema di responsabilità delineato dal codice civile⁵⁶.

Viene proposto un parallelismo tra la disciplina codicistica del contratto, vista come archetipo di quella del negozio giuridico, e quella dell'obbligazione che può essere considerata paradigmatica per il «rapporto giuridico», poiché le norme che la riguardano possono valere a riferimento anche per gli altri rapporti giuridici che non siano necessariamente obbligatori⁵⁷.

In altri termini, è possibile desumere dal sistema una norma che valga per tutti i rapporti giuridici così come avviene per l'articolo 1324 a proposito dei negozi giuridici.

Quale conseguenza della precedente affermazione può quindi riconoscersi l'estensione del rimedio risarcitorio di cui all'articolo 1218 del codice civile anche ai rapporti giuridici diversi da quello obbligatorio. Ciò, naturalmente, non significa sostenere che qualunque lesione delle situazioni giuridiche soggettive relative debba essere coperta per mezzo del risarcimento contrattuale, giacché in alcuni casi possono trovare applicazione le regole aquiliane. In particolare, bisogna distinguere a seconda che la lesione avvenga dall'interno del rapporto, con applicazione della tutela risarcitoria contrattuale, oppure dall'esterno, con conseguente applicazione della disciplina aquiliana⁵⁸.

56 DI GIANDOMENICO G., *La lesione del rapporto Giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, n. 7-8-9- 2008.

57 FERRI, G.B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, II ed., Rimini, 1990.

58 DI GIANDOMENICO G., *op cit* «Una prima ipotesi, da tempo enucleata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, quella della tutela aquiliana del diritto di credito, che si ha quando un terzo estraneo al rapporto incide sul diritto di credito determinandone, in qualche modo, l'estinzione o causando al creditore un grave pregiudizio.

Qui la lesione del diritto relativo rileva sotto il profilo dell'appartenenza al patrimonio del suo titolare, con l'effetto che trova applicazione l'art. 2043

Per tale via si estende la tutela risarcitoria contrattuale alle ipotesi di lesione (dall'interno) di rapporti giuridici, attraverso un processo logico - giuridico che si differenzia dalla ricostruzione del rapporto sociale qualificato.

Infatti, per estendere la nozione di obbligazione al fine di ampliarne la disciplina risarcitoria (contrattuale) e sottrarla quindi alla tutela aquiliana, non si passa, quindi, attraverso la nozione di obbligazione senza prestazione (contatto sociale qualificato), ma i confini tra l'obbligazione e gli altri rapporti giuridici rimangono marcati.

c.c., in funzione dell'efficacia *erga omnes* di tale appartenenza-titolarità. Nessuna contraddizione sussiste nell'affermazione che la lesione di una situazione giuridica soggettiva relativa possa dar luogo sia ad una tutela contrattuale sia ad una aquiliana, se si riflette che le due normative sono dirette a proteggere il rapporto giuridico da diversi tipi di lesione. Infatti, se la lesione avviene dall'interno del rapporto giuridico e cioè da parte del titolare della situazione giuridica soggettiva passiva, l'interesse del titolare della situazione attiva di cui si chiede la protezione è quello a conseguire un bene che non si ha, con la conseguente operatività dell'articolo 1218 cc. e degli altri rimedi a questo connessi. Se, al contrario, la lesione del rapporto giuridico avviene da parte di un soggetto terzo del rapporto giuridico, l'interesse da proteggere è quello di conservare un bene, o meglio una situazione giuridica relativa, già presente nella sfera del danneggiato, con la conseguenza che la tutela risarcitoria dovrà assolvere a quella funzione statica assicurata dalla tutela aquiliana. Una seconda ipotesi, finora meno esplorata, è quella in cui il soggetto passivo nel violare il rapporto giuridico vada a ledere oltre che la situazione relativa anche una assoluta (esterna al rapporto) che fa capo al titolare della situazione relativa. Anche in questo caso la tutela contro la violazione della situazione assoluta non potrà essere assicurata per il tramite della tutela contrattuale, bensì con quella aquiliana, perché non si tratta di conseguire qualcosa che non si ha (tale profilo vale solo per le situazioni relative), ma di conservare e garantire lo *status quo ante*. Ciò significa che nel caso in cui vi sia lesione del rapporto, ai fini della tutela, bisogna distinguere a seconda che questa avvenga dall'interno, con applicazione della tutela risarcitoria contrattuale, oppure dall'esterno, con conseguente applicazione della disciplina aquiliana».

L'applicazione dell'articolo 1218 del codice civile a relazioni diverse da quella obbligatoria passa per la rivalutazione dell'elemento teleologico sotteso alla tutela contrattuale. Ciò significa, innanzitutto, evitare che ipotesi di lesioni di situazioni giuridiche assolute vengano irrazionalmente assoggettate alla tutela di cui all'articolo 1218 del codice civile.

In riferimento allo specifico tema della tutela in materia di appalti pubblici, nel caso quindi di violazione del rapporto tra interesse legittimo pretensivo (di cui è titolare il concorrente alla gara) e potestà (situazione di cui è portatrice la P.A.), se si accetta l'idea dell'obbligazione senza prestazione e del contatto sociale qualificato, ciò che viene coperto dal rimedio risarcitorio sono solo gli obblighi di correttezza della pubblica amministrazione nel relazionarsi con il cittadino e le conseguenze che derivano dalla loro violazione e non all'interesse sostanziale sotteso a quella situazione giuridica soggettiva relativa qual è l'interesse legittimo pretensivo (bene della vita).

La tesi che si contrasta perviene così a negare la protezione all'interesse legittimo propriamente inteso perché tutela non l'interesse primario all'ottenimento dell'utilità sperata, ma gli interessi strumentali e cioè la violazione dell'affidamento del privato.

Al contrario, se si riconosce all'obbligazione il ruolo di archetipo del rapporto giuridico e si ammette la possibilità di applicare l'articolo 1218 del codice civile, seppure in via analogica, a tutte le ipotesi di violazioni delle situazioni giuridiche soggettive dall'interno del rapporto giuridico, dove sia necessario garantire al soggetto leso

un bene che non si ha, emerge la possibilità di applicare tale norma senza distorcere i caratteri peculiari di ogni rapporto giuridico.

La distinzione, poi, tra lesione dall'interno del rapporto e quella dall'esterno consente di cogliere meglio le peculiarità strutturali dei due tipi di tutela risarcitoria conosciuti nel nostro ordinamento.

Nella seconda ipotesi l'interesse da tutelare sarà quello a conservare un bene che già si ha, con conseguente applicazione della tutela aquiliana, nel primo caso sarà quello ad ottenere qualcosa che non si ha, con l'effetto dell'applicazione del risarcimento contrattuale.

Notevoli contrasti permangono tutt'oggi sulla natura della responsabilità per lesione di interesse legittimo e ciò in quanto continua a confondersi la situazione di potere attribuita ad un soggetto (interesse legittimo) con l'interesse sotteso a questa (che viene in giurisprudenza tradotta con la locuzione bene della vita).

A tal proposito, la soluzione prospettata da questa dottrina⁵⁹ muove dal presupposto che tale situazione giuridica non può più essere vista come una categoria unitaria, atteso che almeno due sono le tipologie degli interessi (bene della vita) ad esso sottesi. Infatti, negli interessi legittimi oppositivi l'interesse sostanziale protetto è quello a conservare un bene che già si ha mentre, al contrario, in quelli pretensivi il bene della vita che si protegge è quello a conseguire un bene o un'utilità che ancora non è entrata a far parte della propria sfera giuridica.

L'interesse legittimo oppositivo si atteggia allo stesso modo di una situazione assoluta, mentre quello pretensivo si struttura come una

59 Di Giandomenico G., *op. cit.*.

situazione relativa, per cui appare una forzatura cercare di delineare le caratteristiche e gli strumenti di tutela dell'interesse legittimo come se questo fosse una figura unitaria.

È vero che l'interesse oppositivo implica specifiche connotazioni relazionali tra il privato e la pubblica amministrazione, ma non sono tanto queste ad assumere rilievo ai fini della tutela, quanto piuttosto la protezione di carattere demolitorio (come l'annullamento del provvedimento illegittimo) a cui associare il rimedio risarcitorio nel caso in cui questo non sia sufficiente.

Al contrario, in quello pretensivo è il profilo relazionale a connotare la situazione giuridica, giacché è solo attraverso il comportamento della pubblica amministrazione che il privato può ottenere il bene della vita a cui aspira.

Sulla base di tale rilievo può quindi ritenersi che nell'ipotesi di interesse legittimo oppositivo, poiché l'interesse tutelato è di conservare un bene che già si ha, la tutela risarcitoria deve avere una funzione statica, con l'effetto che la disciplina da applicare non potrà essere che quella stabilita dagli articoli 2043 e seguenti del codice civile, a differenza di quello pretensivo dove, come vedremo, la normativa più conferente è quella di cui agli articoli 1218 e seguenti del codice civile.

Ciò premesso – in riferimento agli interessi legittimi di tipo pretensivo – non si condivide l'orientamento giurisprudenziale che ritiene di applicare in ogni caso il rimedio aquiliano. In particolare, la soluzione prospettata è più articolata nel senso che, se la lesione è dall'interno del rapporto, andrà applicata la tutela contrattuale, se

invece la lesione è dall'esterno la disciplina sarà quella stabilita dagli articoli 2043 e seguenti del codice civile.

Secondo la lettura proposta, il modello della responsabilità aquiliana e quello della responsabilità contrattuale, sono applicabili, il primo, in via diretta alla violazione di tutte le situazioni giuridiche soggettive attive assolute ed alla lesione dall'esterno del rapporto giuridico ed il secondo, in via analogica, alle lesioni derivanti da comportamenti illegittimi provenienti dall'interno dei rapporti giuridici, compresi quelli che non possono essere ricondotti all'obbligazione in senso stretto.

Si impone, quindi, una rilettura del ruolo sia dell'articolo 1174 del codice civile sia degli articoli 1218 e seguenti dello stesso codice che consenta di cogliere la centralità della figura dell'obbligazione che, nella sua funzione di archetipo di rapporto giuridico, contiene disposizioni - in specie quelle previste in sede di risarcimento del danno - estensibili agli altri rapporti giuridici.

La soluzione proposta ha poi una serie di riflessi di più ampia portata. Se si guarda al tema della tutela delle situazioni giuridiche diverse da quella obbligatoria, si comprende come non sia indifferente stabilire se queste si inseriscono o meno in un rapporto giuridico, giacché nel primo caso troveranno applicazione le regole del risarcimento cd. contrattuale (quando la lesione è dall'interno del rapporto), mentre nell'ipotesi di situazioni assolute si applicherà la disciplina aquiliana.

Ciò significa che, dinanzi ad una nuova situazione giuridica soggettiva, non è sufficiente rilevare che l'interesse ad essa sotteso sia

degno di tutela, ma sarà necessario stabilire se questa si inquadra o meno in un rapporto giuridico.

La ricostruzione proposta⁶⁰ determina importanti conseguenze sulle tecniche di tutela e quindi sul rapporto tra tutela in forma specifica e per equivalente.

L'equiparazione della lesione (dall'interno del rapporto) dell'interesse legittimo pretensivo alla lesione dell'interesse del creditore da parte del debitore (diritto relativo) determina una «assimilazione» anche ai fini risarcitori.

In particolare, il rimedio della esecuzione in forma specifica (2930 e seg. c.c.) così come viene espressamente previsto per il creditore a seguito dell'inadempimento contrattuale, sembra potersi/doversi applicare anche alla lesione dell'interesse legittimo pretensivo (cfr. Capitolo II par. 1.3).

Ciò posto, il concorrente ad una gara pubblica, potrà chiedere al giudice (amministrativo) l'attribuzione dello specifico bene (stipula del contratto) che a seguito dell'illegittimità posta in essere dalla committente non ha potuto conseguire. Pertanto, laddove il soggetto

60 DI GIANDOMENICO G., *op cit*, «Il vantaggio della lettura proposta, rispetto alle tesi avanzate dalla giurisprudenza, è evidente. Infatti, la giurisprudenza in diverse pronunzie ha adottato la tesi della natura extracontrattuale, in altre quella del contatto sociale qualificato ma, dinanzi alle incongruenze a cui entrambe le tesi danno luogo, mal adattandosi la prima agli interessi legittimi pretensivi e la seconda a quelli oppositivi, ha tentato di risolvere il problema attraverso una dubbia prospettazione sincretica componendo gli elementi costitutivi dell'articolo 2043 del codice civile con quelli dell'articolo 1218 dello stesso codice. Al contrario la distinzione, sotto il profilo della tutela, delle diverse tipologie di interesse legittimo (oppositivo, pretensivo) consente di calibrare le risposte nel rispetto sia dell'architettura generale del codice civile, sia delle esigenze di protezione del privato e della pubblica amministrazione».

leso scelga di ottenere una tutela in forma specifica, quest'ultima sembra avvicinarsi alla esecuzione in forma specifica prevista dall'articolo 2930 e seguenti del codice civile piuttosto che a quella (extracontrattuale) prevista essenzialmente a fini ripristinatori, quindi a tutela dei diritti assoluti, dall'articolo 2043 e seguenti del codice civile.

Al riguardo si è constatato che la tutela in forma specifica non rappresenta una modalità di riparazione del danno, alternativa al risarcimento per equivalente, bensì un mezzo di tutela che prescinde dalla prova del danno e della colpevolezza e che tende a realizzare quello stesso interesse che è protetto dalle norme giuridiche attributive della posizione giuridica lesa dall'azione illegittima dell'autorità⁶¹.

2.4. La responsabilità precontrattuale

Nei pubblici appalti le ipotesi di responsabilità precontrattuale possono riguardare da un lato gli atti illegittimi posti in essere dall'amministrazione nel corso della procedura ad evidenza pubblica, e, dall'altro lato, i comportamenti cosiddetti «scorretti» che la pubblica amministrazione pone in essere nella fase di formazione del contratto, a prescindere dall'adozione di atti amministrativi illegittimi e, anzi, proprio nelle ipotesi in cui gli atti del procedimento di gara sono tutti legittimi, e ciò nonostante l'amministrazione ha tenuto

61 TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, p. 51.

comportamenti non conformi a buona fede⁶².

Pur risultando certa la configurabilità di una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione laddove essa agisca *jure privatorum*⁶³ per condotta scorretta nella fase delle trattative, ancora dubbi sussistono sulla ipotizzabilità di una responsabilità precontrattuale nelle ipotesi in cui l'amministrazione stipula contratti a valle di procedure ad evidenza pubblica.

Secondo una risalente impostazione, nella procedura ad evidenza pubblica mancherebbe una vera e propria trattativa, potendo i partecipanti solo formulare le offerte senza vantare un affidamento giuridicamente tutelabile in ordine all'aggiudicazione del contratto⁶⁴.

Nell'ambito di tale impostazione, qualche apertura si registrava in relazione alla limitata fase che va dall'aggiudicazione alla stipulazione, in cui il contraente è individuato e ha un legittimo affidamento alla stipulazione⁶⁵.

Il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi, operato dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 500/1999 e dalla legge n. 205/2000 ha avuto come conseguenza l'applicazione dei doveri di correttezza e buona fede previsti dagli articoli 1337 e 1338 del codice civile durante le «trattative» previste per le procedure ad evidenza pubblica.

La giurisprudenza ha ritenuto che il dovere di agire secondo

62 DIANA A.G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Padova, 2000; RACCA M.G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000.

63 Cass. Sez. un., 12 luglio 1961 n. 1675, in *Foro it.*, 1962, I, 96, con nota di BIGLIAZZI GERI L..

64 Cass. civ., sez. I, 29 luglio 1987 n. 6545, in *Foro it.*, 1988, I, 460.

65 Cass. Sez. un., 5 agosto 1975 n. 2980, in *Giur. it.*, 1977, I, 172.

correttezza e buona fede grava anche sull'amministrazione e non è assolto solo con il compimento di attività previste da specifiche disposizioni di legge, ma anche con comportamenti che, sebbene non individuati dal legislatore, sono necessari, in relazione alle singole situazioni di fatto, per evitare l'aggravamento della posizione dell'altra parte⁶⁶.

Ancora, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione sia configurabile, ai sensi dell'articolo 1337 del codice civile, quando si verifica una ingiustificata e arbitraria interruzione delle trattative dirette alla conclusione del contratto, tale da ledere l'incolpevole affidamento della controparte nell'osservanza delle regole di

66 In tale logica, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto: «In caso di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto è configurabile a carico dell'amministrazione appaltante la responsabilità contrattuale prevista dalla norma per avere ingenerato nell'impresa, dal momento dell'avvenuta aggiudicazione in suo favore, l'incolpevole affidamento di considerare valido ed efficace il contratto di appalto, nonché, per non averla tutelata anche attraverso il dovere di informazione e per non essersi astenuta dalla stipulazione del negozio che doveva sapere invalido rientrando nei suoi poteri conoscere le cause dell'illegittima aggiudicazione, ricorre un'ipotesi di responsabilità rientrante nel paradigma della responsabilità precontrattuale: essa costituisce *species* di quella contemplata nell'articolo 2043 c.c., ed è regolata dagli stessi principi a quest'ultima applicabili» (Cons. St., sez. VI, 10 settembre 2008, n. 4309). Inoltre «A seguito della legittima revoca dell'aggiudicazione spetta all'aggiudicatario il risarcimento dei danni precontrattuali conseguenti alla lesione dell'affidamento ingenerato nell'impresa vittoriosa in seno alla procedura di evidenza pubblica poi rimossa, ma sempre che il comportamento tenuto dall'amministrazione risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'articolo 1337 c.c. e che tale comportamento abbia ingenerato un danno del quale appunto viene chiesto il ristoro; il risarcimento eventualmente dovuto riguarda il solo interesse negativo (spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali), mentre non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata» (Cons. St., sez. IV, 07 luglio 2008, n. 3380).

correttezza e buona fede⁶⁷.

Volendo esemplificare, una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nel procedimento di affidamento degli appalti pubblici è configurabile in due principali ipotesi.

L'ipotesi di adozione di atti illegittimi nella fase di evidenza pubblica, prima dell'incontro della volontà delle parti: la responsabilità dell'amministrazione per l'adozione di atti illegittimi nella fase dell'evidenza pubblica nei pubblici appalti va assimilata alla responsabilità dei soggetti privati nella fase delle trattative contrattuali, vale a dire alla responsabilità precontrattuale. Ciò in quanto, fino a che non interviene l'incontro delle volontà delle parti contraenti, non vi è un atto fonte di obbligazioni, e dunque non vi può essere responsabilità contrattuale per inadempimento.

La seconda ipotesi è quella di comportamenti scorretti non connessi ad atti amministrativi illegittimi, ma ad atti amministrativi in sé legittimi. In tal caso ciò che si imputa all'amministrazione a titolo di responsabilità precontrattuale è la violazione delle regole di correttezza e di buona fede e, in particolare, l'omissione o il ritardo nella comunicazione al contraente, che vanta un legittimo affidamento nella stipulazione del contratto, dei problemi e delle difficoltà inerenti alla conclusione del contratti e della possibilità del ritiro degli atti di gara. E, tanto, in ipotesi in cui gli atti amministrativi (diniego di aggiudicazione, diniego di stipulazione, diniego di approvazione, annullamento in via di autotutela degli atti di gara) sono in sé legittimi. Siffatti comportamenti scorretti si inquadrano chiaramente

67 TAR Campania-Napoli, sez. II, 21 febbraio 2001 n. 810, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 1369; anche Cons. St., sez. V, 12 settembre 2001 n. 4776, in *giustamm.it*.

nelle previsioni civilistiche degli articoli 1337 e 1338 del codice civile.

Da un lato, l'articolo 1337 impone il dovere di buona fede nella fase delle trattative e nella formazione del contratto. Dall'altro lato, l'articolo 1338 impone alla parte che conosce le cause di invalidità del contratto, di darne notizia all'altra parte che confida, senza colpa, nella validità dello stesso.

Dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 204 del 2004, si è posto il problema se permanga la giurisdizione del giudice amministrativo sul risarcimento dei danni da «comportamenti» tenuti nella fase precontrattuale. La risposta non può che essere affermativa, dal momento che non si tratta di meri comportamenti materiali, ma pur sempre comportamenti connessi all'esercizio di pubbliche funzioni⁶⁸, e perché la giurisdizione esclusiva sui pubblici appalti, divisata dall'articolo 6, legge n. 205/2000, abbraccia anche i comportamenti⁶⁹.

Nei casi di responsabilità precontrattuale, il danno risarcibile va

68 Si argomenta in tal senso da Cons. St., ad. plen., 15 settembre 2005 n. 7, in *Cons. Stato*, 2005, I, 1451, secondo cui sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo su domande di risarcimento del danno derivante da condotte omissive della p.a., che non sono meri comportamenti materiali, ma omissioni di provvedimenti, nell'ambito del (mancato) esercizio di pubbliche funzioni, e in particolare mancato o tardivo rilascio di concessione edilizia, in quanto in tal caso si tratta di omissioni lesive di interessi legittimi pretesivi (nella specie, mancato o tardivo rilascio di concessione edilizia); nonché da Cons. St., ad. plen., 30 agosto 2005, n. 4, secondo cui sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di risarcimento del danno subito per lo spossessamento di un bene durante il periodo di occupazione di urgenza, non seguita da espropriazione, perché il danno non deriva da un comportamento mero, bensì da un comportamento (l'occupazione) derivante dall'esercizio di funzione pubblica (l'occupazione d'urgenza).

69 Cons. St., ad. plen., 15 settembre 2005 n. 6, in *Cons. Stato.*, 2005, I, 1440.

limitato al c.d. interesse contrattuale negativo, che comprende le spese sopportate per l'approntamento della partecipazione alla gara e la perdita di occasioni di lavoro alternative, **sempre che sia fornita la prova dei danni subiti**⁷⁰. Occorre la prova specifica dei danni subiti - la responsabilità precontrattuale va inquadrata nel *genus* di quella aquiliana - non potendosi invocare la liquidazione in via equitativa quando non è fornita alcuna prova del danno; la liquidazione in via equitativa presuppone infatti che vi sia la prova dell'*an*, e che non sia possibile provare con esattezza il solo *quantum*⁷¹.

3 La pregiudizialità dell'annullamento e l'azione risarcitoria

Un problema ancora molto dibattuto e sostanzialmente irrisolto nell'ampia tematica della tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione è quello della necessità o meno del previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo per poter conseguire il risarcimento del danno derivante dal medesimo atto - la c.d. pregiudizialità dell'annullamento amministrativo rispetto al risarcimento.

La pronuncia della Cassazione a sezioni unite, n. 500/1999, nel riconoscere in termini generali la risarcibilità degli interessi legittimi, aveva escluso la necessità della previa azione di annullamento, osservando che rispetto al giudizio di risarcimento del danno di

70 Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457, *cit.*; Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2004 n. 8220.

71 Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2006 n. 3989, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, I, p. 971.

interessi legittimi che può svolgersi davanti al giudice ordinario non è ravvisabile la necessaria pregiudizialità del giudizio di annullamento.

Tale principio è stato affermato dalla Cassazione con riguardo alle norme previgenti all'entrata in vigore della legge n. 205/2000, in quanto sulla base dell'originaria stesura dell'articolo 35 del D.lgs. n. 80/98 la concentrazione delle azioni (di annullamento e risarcitoria) innanzi al giudice amministrativo era stata attuata solo per le materie attribuite alla giurisdizione esclusiva di quest'ultimo, mentre nelle materie in cui il giudice amministrativo aveva la sola giurisdizione di legittimità la domanda risarcitoria doveva essere proposta davanti al giudice ordinario.

La riformulazione dell'articolo 35, ad opera dell'articolo 7 della legge n. 205/2000, ha eliminato lo spazio residuo di tutela ripartita tra i due giudici, attribuendo al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (blocchi di materie) e di legittimità, tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali.

A seguito della concentrazione presso il giudice amministrativo della tutela impugnatoria dell'atto illegittimo e di quella risarcitoria conseguente - attuata dal legislatore da un lato per evitare al cittadino la complicazione di dover adire due giudici prima di essere soddisfatto in violazione dei principi sanciti dall'articolo 111 della Costituzione sulla giusta durata dei processi e dall'altro per evitare il contrasto di giudicati - ha ingenerato nuovi interrogativi sulla necessità della sussistenza della pregiudizialità.

Il mutato quadro normativo ha indotto la giurisprudenza amministrativa ad orientarsi chiaramente in favore della necessità della pregiudiziale amministrativa.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che - a seguito della concentrazione sul fronte amministrativo della tutela - non è possibile l'accertamento incidentale da parte del giudice amministrativo della illegittimità dell'atto non impugnato nei termini decadenziali al solo fine di un giudizio risarcitorio e l'azione di risarcimento del danno è ammissibile solo a condizione che sia impugnato tempestivamente - nei termini decadenziali - il provvedimento illegittimo e che sia coltivato con successo il relativo giudizio di annullamento, in quanto al giudice amministrativo non è dato di poter disapplicare atti amministrativi⁷² non regolamentari⁷³. Con l'inevitabile conseguenza che l'elusione del termine decadenziale previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi costituisce ostacolo insuperabile ai fini dell'ammissibilità di un'azione risarcitoria autonoma rispetto all'azione di annullamento dell'atto fonte del danno.

Sempre ad avviso dei giudici amministrativi, non si ravvisano ragioni per cui il breve termine decadenziale per l'impugnazione degli atti amministrativi dovrebbe operare solo quando si chiede l'annullamento dell'atto, mentre non sarebbe applicabile quando la stessa posizione soggettiva di interesse legittimo viene tutelata in via risarcitoria in un giudizio in cui la legittimità del provvedimento fonte di danno costituisce sempre oggetto di cognizione da parte del giudice amministrativo, al pari dell'ipotesi della sola domanda di

72 Tesi aversata da autorevole dottrina come si vedrà in seguito.

73 Cons. St., Ad. Plen., 26 marzo 2003 n. 4.

annullamento.

Sono state, inoltre, evidenziate alcune incongruenze, della tesi dell'autonomia tra azione di annullamento e azione risarcitoria; infatti, in presenza di un atto amministrativo, mai impugnato e ritenuto solo incidentalmente illegittimo dal giudice amministrativo, l'amministrazione avrebbe davanti due alternative:

- a) rimuovere necessariamente l'atto ritenuto illegittimo dal giudice con il conseguente aggiramento dei termini decadenziali, posti dal legislatore, oltre che l'ulteriore inconveniente del mancato rispetto del contraddittorio con controinteressati che non rivestono la qualifica di parti necessarie nel giudizio risarcitorio e che possono aver beneficiato del provvedimento amministrativo, che in quel giudizio è stato ritenuto illegittimo;
- b) opporre l'inoppugnabilità del provvedimento non contestato nei termini e tenere quindi fermo l'assetto degli interessi regolato da quell'atto, pur in presenza di una condanna al risarcimento dei danni che da quell'atto sono derivati e che, in ipotesi soprattutto di atti di diniego, possono continuare a prodursi anche in futuro, determinando una evidente contraddittorietà tra l'accertato obbligo di risarcimento e la permanente efficacia di un atto fonte di pretese risarcitorie anche ulteriori.

Peraltro, a favore della tesi della pregiudizialità, argomenti sono stati tratti anche dal dato testuale dell'articolo 35 del D.lgs. n. 80/98, così come novellato dalla legge n. 205/2000: sia l'articolo 7, comma 3, della Legge Tar, che il comma 5 dell'articolo 35 del D.Lgs. n. 80/98 hanno qualificato le questioni risarcitorie collegate ad un

provvedimento illegittimo, come questioni «conseguenziali» rispetto all'annullamento di quest'ultimo, riconoscendo implicitamente che il risarcimento presuppone non un semplice accertamento incidentale dell'atto, ma il suo annullamento⁷⁴.

Da ultimo la VI Sezione del Consiglio di Stato nell'affermare ancora una volta la necessità della pregiudiziale amministrativa, ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria⁷⁵.

74 A favore della tesi della pregiudizialità si è espressa in qualche caso anche la II sezione della Cassazione, che, andando di contrario avviso rispetto ai principi affermati nella sentenza n. 500/99, ha rilevato che il giudice ordinario è titolare del potere di disapplicare il provvedimento amministrativo quando l'oggetto della controversia al suo esame sia costituito dalla pretesa di un diritto soggettivo perfetto e quando la valutazione della legittimità del provvedimento debba avvenire soltanto in via incidentale. L'illegittimità dell'atto, quale elemento costitutivo della fattispecie attributiva del diritto al risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 2043 codice civile, non può essere accertata in via incidentale e senza efficacia di giudicato; pertanto, ove l'accertamento in via principale sia precluso nel giudizio risarcitorio in quanto l'interessato non sperimenta, o non può sperimentare (a seguito di giudicato, decadenza, transazione, ecc.), i rimedi specifici previsti dalla legge per contestare la conformità a legge della situazione medesima, la domanda risarcitoria deve essere rigettata perché il fatto produttivo del danno non è suscettibile di essere qualificato illecito. Sempre secondo la II Sezione della cassazione, il principio fondamentale di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, al cui presidio è posto il breve termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi, subirebbe un notevole *vulnus* ove fosse consentito far valere, sia pure ad altri fini, l'illegittimità. Anche nei rapporti paritetici, in molti casi viene privilegiata tale esigenza di certezza con la previsione di termini decadenziali entro cui contestare la conformità a diritto di determinate situazioni giuridiche, la cui scadenza preclude anche l'azione risarcitoria: non è consentito domandare il risarcimento del danno per essere stati assoggettati illegittimamente a sanzione amministrativa mediante ordinanza-ingiunzione non impugnata ai sensi della legge 689/81; il lavoratore licenziato non può scegliere di optare per il risarcimento del danno, senza impugnare il recesso secondo le prescrizioni della legge 604/66; lo stesso deve dirsi per il caso di mancata impugnativa di delibere condominiali o societarie.

75 Cons. St. sez. VI 21/04/2009 n. 2436.

3.1. Le decisioni della Cassazione e le posizioni dottrinarie

La Corte di Cassazione nel 2006 ha mutato repentinamente il proprio orientamento sulla pregiudiziale amministrativa⁷⁶.

Nel giugno del 2006 le Sezioni Unite, con le ordinanze n. 13659 e n. 13660, hanno riconosciuto la giurisdizione del giudice amministrativo sul danno da provvedimento, sia in caso di domanda risarcitoria proposta unitamente all'azione di annullamento sia in caso di domanda proposta in via autonoma.

In tali pronunzie viene affermato che ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo, anziché dal solo accertamento della sua illegittimità, significherebbe restringere la tutela del privato di fronte alla pubblica amministrazione attraverso una deroga alla regola generale della prescrizione.

76 Da evidenziare che lo stesso anno con sentenza n. 1207/06 le Sezioni Unite della Cassazione nell'affermare che le controversie sul danno da provvedimento appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo solo in caso di domanda risarcitoria proposta contestualmente all'azione di annullamento (e non in caso di autonomo giudizio dopo il giudicato di annullamento, da proporre al giudice ordinario), hanno escluso che possa essere proposta una azione risarcitoria avente a oggetto il pregiudizio derivante da un atto amministrativo definitivo per difetto di tempestiva impugnazione, essendo precluso al giudice il sindacato in via principale sull'atto o sul provvedimento amministrativo.

La Cassazione aveva, in sostanza, affermato che la domanda risarcitoria può essere proposta davanti al giudice amministrativo solo contestualmente all'azione di annullamento (e quindi avendo impugnato l'atto, fonte del danno, nel termine di decadenza) e che l'azione autonoma è proponibile davanti al giudice ordinario solo dopo l'annullamento del provvedimento amministrativo, restando preclusa in ipotesi di omessa impugnazione (Cass. 22 febbraio 2002, n. 2588).

Viceversa, secondo i giudici della Corte di Cassazione, un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme che hanno attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione sul risarcimento del danno, consente di riconoscere loro la portata d'aver dato al giudice amministrativo giurisdizione anche solo in rapporto alla tutela risarcitoria autonoma - senza la previa impugnazione del provvedimento fonte del danno.

All'affermazione, secondo cui è nella disponibilità del legislatore disciplinare la tutela delle situazioni soggettive assoggettando a termini di decadenza l'esercizio dell'azione, la Cassazione obietta che una norma del genere oggi manca e in ogni caso una norma che in modo esplicito assoggettasse ad un termine di decadenza la domanda di solo risarcimento del danno davanti al giudice amministrativo non potrebbe essere formulata nel senso di rendere il termine uguale a quello cui è soggetta la domanda di annullamento, perché ciò varrebbe a porre il diverso problema della legittimità di una disciplina che tornasse a negare la tutela risarcitoria autonoma per le situazioni soggettive sacrificate dall'esercizio illegittimo del potere della pubblica amministrazione⁷⁷.

La Cassazione conclude il proprio iter argomentativo con

77 Nella sostanza, tutela risarcitoria autonoma delle situazioni di interesse legittimo significa tutela che spetta alla parte per il fatto che la situazione soggettiva è stata sacrificata da un potere esercitato in modo illegittimo e la domanda con cui questa tutela è chiesta richiede al giudice di accertare l'illegittimità di tale agire. Questo accertamento - secondo la Cassazione - non può perciò risultare precluso dalla inoppugnabilità del provvedimento né il diritto al risarcimento può essere per sé sconosciuto da ciò che invece concorre a determinare il danno, ovvero sia la regolazione che il rapporto ha avuto sulla base del provvedimento e che la pubblica amministrazione ha mantenuto nonostante la sua illegittimità.

l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo sui danni da provvedimento, svincolandola dal previo annullamento dell'atto lesivo. Per rafforzare il principio enunciato, la Cassazione aggiunge un *obiter dictum*, che se il giudice amministrativo rifiuta di esercitare la giurisdizione, non esaminando nel merito la domanda autonoma di risarcimento del danno per la ragione che nel termine per ciò stabilito non sono stati chiesti l'annullamento dell'atto e la conseguente rimozione dei suoi effetti, la sua decisione, a norma dell'articolo 362, primo comma c.p.c., si presta a cassazione da parte delle Sezioni Unite quale giudice del riparto della giurisdizione.

Parte della dottrina amministrativa ha evidenziato che in tal modo, però, si finisce per assoggettare le sentenze del giudice amministrativo ad un controllo di merito, estraneo a profili di giurisdizione e legittimità, per i quali solo è ammesso il sindacato della Cassazione.

È stato inoltre evidenziato che, a differenza dell'atto nullo che non è espressione della funzione amministrativa e come tale non è idoneo a produrre effetti, il provvedimento (solo) illegittimo regola il caso concreto e svolge i suoi effetti fino ad un eventuale annullamento. Non è, quindi, sufficiente affermare che il risarcimento senza l'annullamento lascia vivere l'atto e perciò non mina il sistema della certezza degli atti amministrativi e della inoppugnabilità-decadenza, in quanto tale assunto non tiene conto della presenza anche nel diritto civile, di una sorta di pregiudiziale di annullamento in presenza, dell'esercizio dei poteri privati contestabili entro termini di decadenza e del fatto che le esigenze di certezza del diritto non

possono essere segmentate e ritenute valide solo ai fini dell'annullamento dell'atto, quando invece la stabilità dei rapporti riguarda anche, gli aspetti economici e più in genera il consolidamento, sotto ogni profilo, dell'assetto di interessi regolati dal provvedimento⁷⁸.

Del resto, era stata la stessa II Sezione della Cassazione ad evidenziare che anche nel diritto civile sussistono esigenze di certezza per l'esercizio dei poteri privati (delibere societarie o di assemblee di condominio; poteri disciplinari del datore di lavoro), che hanno indotto il legislatore ad introdurre termini decadenza, la cui scadenza preclude anche l'azione risarcitoria⁷⁹.

L'orientamento della Cassazione, nonostante le numerose pronunce difformi della giustizia amministrativa, si è consolidato dal momento che nel 2008 le Sezioni Unite hanno ribadito l'abbandono alla pregiudiziale amministrativa⁸⁰. In particolare, secondo la Suprema

78 CARPENTIERI P., *Due dogmi, un mito e una contraddizione (prime riflessioni su Cass., ss.uu. ord. 13 giugno 2006, n. 13660)*, in *giustamm.it.*, 2006.

79 Cass. civ. sez. II, 27 marzo 2003 n. 4538.

80 Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008 ribadiscono alcuni principi già espressi con le ordinanze numeri 13659, 13660 e 13911 emesse nell'anno 2006, intervenendo nella *vexata quaestio* della pregiudizialità amministrativa stabilendo, ancora una volta, che non è necessaria la previa impugnazione del provvedimento illegittimo per poter chiedere e ottenere il risarcimento dei danni conseguenti all'emanazione del medesimo. La sentenza del 2008 a differenza delle ordinanze del 2006, si sofferma particolarmente sulla competenza della Cassazione in ordine alle decisioni emanate dal Consiglio di Stato, che l'articolo 36 della legge 1034/1971 limita alle questioni di giurisdizione. Secondo la Cassazione costituisce norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti per l'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere medesimo e il suo controllo non deve limitarsi a definire gli ambiti reciproci di esercizio della funzione giurisdizionale tra i vari ordini di giudici esistenti nell'ordinamento, ma va esteso anche alla verifica sull'effettività della tutela giurisdizionale. Negare il risarcimento dei

Corte, l'omessa impugnazione del provvedimento amministrativo, fonte del danno, non rappresenta più una causa ostativa all'accoglimento dell'azione risarcitoria, ma costituisce solo un

danni in presenza di atti amministrativi illegittimi non previamente annullati in sede giurisdizionale o di autotutela secondo la Suprema corte significa «negare, in linea di principio, che la giurisdizione del giudice amministrativo includa nel suo bagaglio una tutela risarcitoria autonoma». Il rifiuto della tutela risarcitoria nel caso concreto «dipenderebbe non da determinanti sul piano processuale o sostanziale ma da un'interpretazione della norma attributiva del potere di condanna al risarcimento del danno, che approda a una conformazione della giurisdizione da cui ne resta esclusa una possibile forma» con conseguente menomazione della tutela assicurata al cittadino. Affermata così la propria competenza la Corte prosegue ribadendo il superamento della pregiudizialità amministrativa poiché la tutela risarcitoria autonoma rientra tra quelle che, secondo l'ordinamento, pertengono all'interesse legittimo in virtù della sua natura sostanziale anche se, aggiunge successivamente, non avere l'interessato chiesto l'annullamento «può rilevare come comportamento che ha concorso a provocare danno».

Va, tuttavia, evidenziato che la Suprema Corte sembra dimenticare che il giudizio sul risarcimento del danno, nel diritto pubblico come nel diritto civile, è un giudizio sul rapporto giuridico intercorrente tra due soggetti, uno dei quali, nel primo caso, è di diritto pubblico. Inoltre, il rapporto di diritto civile è liberamente determinato dalla volontà delle parti secondo lo schema del negozio giuridico, quello di diritto pubblico viene definito nel suo contenuto e conformato autoritativamente dal provvedimento amministrativo che uno dei soggetti dei medesimo è abilitato a emanare, in virtù del potere di supremazia di cui gode poiché è tenuto a perseguire non un interesse proprio, ma un fine pubblico affidatogli dalla legge. Nel rapporto di diritto pubblico le pretese dei soggetti, ivi compresa la richiesta risarcitoria del privato, devono essere valutate alla luce del provvedimento amministrativo il quale, fin quando esplica i propri effetti, è idoneo a regolamentare il rapporto stesso. Questa caratteristica fondamentale del provvedimento non è considerata dalla sentenza. Ma se si tiene presente quello che è un tratto caratteristico del provvedimento amministrativo nel nostro ordinamento, e cioè l'autoritarità intesa come capacità di apportare modificazioni nelle posizioni giuridiche dei destinatari indipendentemente dal loro consenso, si comprende che solamente una volta che lo stesso sia posto nel nulla, per iniziativa dell'amministrazione in autotutela o del privato che abbia adito il giudice competente per l'annullamento, allora potrà essere valutata la richiesta risarcitoria, al pari di quanto avviene nel rapporto di diritto civile regolamentato dal contratto il quale ultimo, se non è nullo e finché non viene annullato, costituisce base per il giudizio sulle pretese delle parti.

elemento valutabile ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile. Non può ritenersi, infatti, che l'azione di risarcimento sia in ogni caso da accogliere anche se il provvedimento amministrativo sulla cui illegittimità si fonda sia divenuto inoppugnabile. Sulla base dell'articolo 1227, comma 2, del codice civile, il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza ed è comunque diminuito se il fatto colposo del creditore ha contribuito a cagionare il danno. Pertanto, va imputata al creditore quella parte di danno che avrebbe potuto essere evitata usando l'ordinaria diligenza nella difesa del proprio interesse, e tale potrebbe essere considerata la mancata proposizione del rimedio costitutivo⁸¹.

Parte della dottrina, sostanzialmente in linea con i principi enunciati dalla Suprema Corte, sostiene l'assoluta autonomia tra le due azioni sulla base dei seguenti argomenti:

- il termine decadenziale non rileva ai fini del risarcimento del danno,

81 TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, p. 48 e ss.; DE PRETIS D., *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, in *Dir. & Form*, 2002: «Fino ad oggi era stato escluso che il secondo comma di tale articolo potesse essere interpretato nel senso di richiedere che il danneggiato sia tenuto a far valere tempestivamente in giudizio il suo diritto nei confronti del danneggiante, in quanto il ricorso a rimedi processuali comporta pur sempre un apprezzabile sacrificio in termine di costi e di rischi (Cass. civ., I, 7 novembre 1988 n. 5995). Tuttavia, l'applicazione di tale indirizzo alle fattispecie di danno da provvedimento amministrativo illegittimo potrebbe essere riconsiderata se dovesse consolidarsi la tesi contraria alla pregiudiziale, come dimostra anche quella giurisprudenza che in passato aveva già accolto la tesi dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria autonoma (Cons. Stato, IV, 22 marzo 2001 n. 1684). Del resto, è stato osservato che l'esperimento del rimedio annullatorio non implica né maggiori rischi né maggiori costi rispetto a quelli affrontati esercitando l'azione di responsabilità, sicché la sua proposizione rientra nel criterio dell'ordinaria diligenza».

in quanto si tratta di un termine previsto per garantire in tempi rapidi la certezza dell'intangibilità alla fattispecie provvedimento, mentre la regolazione degli interessi in gioco non viene posta in discussione da un'azione solo risarcitoria, nella quale la verifica della legittimità dell'atto è operata incidentalmente;

- l'assenza di un espresso potere di disapplicazione in capo al giudice amministrativo si giustifica con la sussistenza del più penetrante potere di annullamento, ma nei casi in cui l'annullamento non viene chiesto nessuna disposizione vieta al giudice amministrativo di conoscere incidentalmente dell'atto amministrativo;

- per perfezionare la fattispecie di illecito aquiliano *ex* articolo 2043 del codice civile non vi è affatto bisogno del previo annullamento dell'atto amministrativo;

- è comunque possibile l'applicazione dell'articolo 1227, comma 2, del codice civile, ai sensi del quale il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, in modo che il risarcimento sarebbe ridotto in misura consistente verso chi non abbia cura di agire tempestivamente con l'azione demolitoria, invocando la relativa tutela cautelare;

- la pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella di risarcimento è regola di dubbia legittimità costituzionale, perché si pone in contrasto con il diritto di difesa e con l'effettività della tutela giurisdizionale di diritti e interessi contro la pubblica amministrazione⁸².

Altra dottrina, viceversa, ha criticato l'orientamento della

82 ROMANO TASSONE A., *Giudice amministrativo e risarcimento del danno*, in *giust.it*, n. 3/2001.

Cassazione, affermando che la stessa non sembra tener conto dell'esistenza di una pregiudizialità di annullamento anche nel diritto civile e, più in generale, delle esigenze di certezza del diritto e delle posizioni giuridiche, connesse alla previsione di un termine di decadenza per contestare i provvedimenti amministrativi.

Sulla scorta del precedente assunto ha continuato a ritenere che tra tutela risarcitoria e azione di annullamento intercorra un rapporto di pregiudizialità⁸³, evidenziando che, con l'adesione alla tesi della pregiudiziale, non si introduce alcuna ingiustificata deroga rispetto agli istituti civilistici, in quanto la natura generale della disposizione di cui all'articolo 2043 del codice civile impone di ricercare all'esterno della norma stessa la rilevanza giuridica della relazione tra soggetto e bene e di individuare sempre all'esterno gli interessi giuridicamente rilevanti e quindi risarcibili. In caso di danni derivanti dall'attività amministrativa e, in particolare, da atti amministrativi illegittimi, l'ordinamento assicura tutela all'interesse del danneggiato con disposizioni specifiche che prevedono un breve termine per contestare gli atti, al cui rispetto è subordinata la protezione di

83 CUGURRA G., *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.* 2000, p. 6 e ss.; G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2000, p. 1130 s.; FALCON G., *Il giudice amministrativo fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 287; FRANCO I., *Commento all'articolo 7*, in *La giustizia amministrativa. Commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di V. Italia, Milano, 2000, p. 192; MOSCARINI L.V., *Risarcibilità degli interessi legittimi e termine di decadenza: riflessioni a margine dell'ordinanza n. 1 dell'Ad. pl. del Consiglio di Stato 2 gennaio 2000*, in *Dir. proc. amm.* 2001, p. 1 e ss.; STELLA RICHTER P., *Il principio di concentrazione nella legge di riforma della giustizia amministrativa*, in *Giust. civ.* 2000, II, p. 438 e ss..

quell'interesse in ogni forma.

Inoltre, il collegamento tra l'esercizio del potere autoritativo e la questione risarcitoria, posto alla base della sentenza della Corte Costituzionale n. 204/04, era sembrato confortare l'idea che tale potere vada sempre contestato nel termine di decadenza, secondo la tecnica impugnatoria e confermare quindi l'orientamento del Consiglio di Stato sulla questione della pregiudiziale.

Con specifico riferimento alla sentenza n. 204/04 la Consulta ha chiarito che il risarcimento del danno ingiusto non costituisce una nuova «materia» attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma integra uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Se il risarcimento del danno è uno strumento di tutela ulteriore delle posizioni di interesse legittimo, sembra corretto ritenere che, nei casi in cui l'ordinamento preveda un termine di decadenza per agire in giudizio a difesa di tali posizioni incise da un provvedimento amministrativo, debba comunque essere rispettato tale termine di decadenza, anche qualora si chieda la sola tutela risarcitoria.

Secondo tale prospettazione si deve anche tenere presente che la tutela risarcitoria ha tendenzialmente una funzione sussidiaria rispetto alla tutela giurisdizionale accordata con l'annullamento dell'atto impugnato, nel senso che gli effetti conformativi derivanti dal giudicato di annullamento garantiscono la tutela della posizione di interesse legittimo e che, qualora a causa del decorso del tempo o di

altri motivi, tale forma di tutela non sia, in tutto o in parte, possibile o comunque residuo dei danni, la stessa posizione di interesse legittimo viene protetta (anche o solo) con la tutela risarcitoria.

Ciò non preclude che l'interessato possa optare per la sola tutela risarcitoria, ma anche in questo caso restano ferme quelle esigenze di certezza delle posizioni giuridiche, al cui presidio è posto il termine di decadenza per contestare i provvedimenti amministrativi.

Secondo Virga il legislatore - a parte il sistema primordiale previsto dal legislatore in materia di appalti, che prevedeva un sistema «duale» di tutela il quale a sua volta presupponeva l'annullamento dell'atto illegittimo - con l'ammissione in via generale della risarcibilità della lesione di interessi legittimi, non ha previsto espressamente che tale nuova possibilità fosse subordinata al previo annullamento di atti amministrativi.

In base all'articolata prospettazione di Moscarini il termine di decadenza non rappresenta un profilo di rilievo solo processuale, bensì caratterizza nell'essenza la figura degli interessi legittimi. Pertanto, la questione della pregiudiziale amministrativa deve essere affrontata e risolta come questione afferente appunto alla sostanza delle posizioni giuridico soggettive di interesse legittimo e non come una mera questione processuale.

Tuttavia l'Adunanza Plenaria, investita due volte della questione, ha tutt'e due le volte evitato di affrontare il nucleo centrale della questione sottoposta al suo esame, ma ha nel contempo confermato il suo stretto collegamento con il profilo della giurisdizione.

Le decisioni dell'Adunanza Plenaria lasciano dunque al giudice amministrativo - cui almeno nelle controversie appartenenti al «blocco di materie» attribuito alla sua giurisdizione esclusiva spetta il compito di affermare o negare l'operatività del termine di decadenza - di fronte all'alternativa se ribadire la perdurante validità della pregiudiziale o esporsi al sindacato della Corte di Cassazione per difetto di giurisdizione.

La pregiudiziale resta, ad avviso di Moscarini, da risolvere - come del resto ha giudicato l'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 12/2007 - sempre nel senso della perdurante attualità della pregiudiziale stessa, e ciò sia per l'argomento desunto dall'applicabilità, al caso in cui il privato leso nel suo interesse legittimo lasci scadere invano il termine di impugnazione del provvedimento autoritativo lesivo, dell'articolo 1227 del codice civile, sia soprattutto per una considerazione di ordine generale incentrata sull'essenza del concetto di interesse legittimo, del quale concetto il termine decadenziale breve costituisce un connotato essenziale⁸⁴.

Se si volesse ancora dubitare dell'operatività della pregiudiziale in fattispecie analoghe a quelle sottoposte all'Adunanza Plenaria e decise con le sentenze n. 9 e n. 12 del 2007, forse un qualche spazio potrebbe essere rinvenuto nel fatto che in quelle fattispecie la posizione giuridico - soggettiva incisa era all'origine sicuramente un diritto soggettivo (di proprietà). Ma in questa direzione si dovrebbe mettere in discussione il fenomeno giuridico dell'affievolimento del

84 Confortano in questa conclusione le osservazioni di PAOLANTONIO N., *La tutela risarcitoria nei confronti dell'amministrazione pubblica: problemi di giurisdizione*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, p. 909 ss..

diritto soggettivo, degradato ad interesse legittimo, che è problema di puro diritto amministrativo.

Poiché quello della pregiudiziale amministrativa resta un problema generale, rilevante sicuramente anche rispetto agli interessi legittimi pretensivi quali quelli oggetto delle controversie in materia di affidamento di appalti pubblici, ad avviso di Moscarini è indubitabile che almeno per quest'ultimo tipo di controversie l'operatività della pregiudiziale amministrativa resti operante proprio perché non può ritenersi «defunta» la categoria degli interessi legittimi che è nata come categoria concettuale coniata dalla dottrina, e solo successivamente è stata recepita in modo espresso nella Carta costituzionale.

Da tali controversie il legislatore ha tratto spunto per risolvere, sotto la spinta dell'ordinamento comunitario, il problema della risarcibilità degli interessi legittimi seguendo la via del nuovo riparto di giurisdizione per materie. E almeno rispetto ad esse la figura degli interessi legittimi deve ritenersi ancora dotata di pieno valore, che neppure i principi comunitari possono scalfire essendo essa legata ai valori della solidarietà che connotano la Costituzione.

Secondo questa dottrina se il concorrente di una procedura ad evidenza pubblica, ritenendosi illegittimamente escluso da una gara o illegittimamente postergato ad altro concorrente, non fa valere il suo interesse legittimo allo svolgimento della gara secondo legge entro il termine decadenziale breve, la sua posizione inevitabilmente si estingue proprio perché la sua subordinazione ad una tempestiva impugnazione del provvedimento lesivo appartiene all'essenza della

sua posizione tutelata dall'ordinamento: in altri termini può affermarsi che: l'interesse generale alla inoppugnabilità del provvedimento lesivo prevale sicuramente sull'interesse individuale tutelato come interesse legittimo di natura pretensiva. Di conseguenza, una volta estinta la posizione giuridico-soggettiva tutelata, non ha senso ipotizzare la sopravvivenza di una posizione di diritto al risarcimento del danno.

3.2. I profili evolutivi

Le pronunce dalla Cassazione nell'anno 2006 hanno sicuramente ampliato la tutela risarcitoria a favore dei privati. L'ampliamento si affianca a una tendenza del legislatore a restringere l'area della tutela di annullamento, prevedendo in determinati casi la sola tutela risarcitoria per il privato leso nel proprio interesse legittimo da un provvedimento amministrativo. Espressione di questo orientamento è stato il D.l. n. 185 del 29 novembre 2008, che ha avuto l'obiettivo di approntare misure efficaci per affrontare la difficile situazione economica internazionale. In base all'articolo 20 di detto decreto il Presidente del Consiglio ed i presidenti delle giunte regionali, con propri decreti, possono individuare gli investimenti pubblici, rispettivamente statali e regionali, aventi carattere prioritario. Con i decreti devono essere stabiliti i tempi di realizzazione degli investimenti stessi e nominati i commissari straordinari delegati a vigilare sul rispetto dei medesimi, e più in generale sull'effettiva attuazione degli interventi programmati. I commissari possono

adottare tutti gli atti necessari, in deroga a ogni normativa vigente tranne le disposizioni comunitarie. L'impugnazione degli atti commissariali è soggetta a un nuovo rito speciale introdotto dal comma 8 del suddetto articolo 20, caratterizzato da tempi brevissimi e da una limitazione all'applicazione delle misure cautelari.

In particolare, la concessione di misure cautelari e l'annullamento dei provvedimenti impugnati, come nella disciplina dettata per le infrastrutture strategiche, non comportano, rispettivamente, la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato, sicché il risarcimento del danno può essere disposto solo per equivalente, senza comunque eccedere l'utile effettivo che il ricorrente avrebbe conseguito se fosse risultato aggiudicatario, in base all'offerta economica presentata in gara.

Alla luce degli ultimi interventi normativi (cfr. normativa in materia di infrastrutture strategiche) sembrerebbe emergere una tendenza evolutiva del nostro diritto amministrativo tesa a favorire la tutela risarcitoria nei confronti del provvedimento illegittimo, ampliandone la fruizione anche ai casi in cui questo non venga impugnato, e per contro un disfavore verso la tutela «reale» consistente nel ripristino della situazione fattuale antecedente l'emanazione del provvedimento medesimo.

Occorre chiedersi se in tal modo le garanzie di giustizia, e in particolare l'effettività della tutela giurisdizionale, non vengano compromesse.

Parte della dottrina ritiene che la primaria tutela da garantire al cittadino leso debba essere l'annullamento del provvedimento

illegittimo affinché il successivo riesercizio dell'azione amministrativa venga esplicato nei binari della legalità, riservando la tutela per equivalente a quelle situazioni in cui nemmeno attraverso la riedizione del potere pubblico possa essere garantito il bene della vita cui è correlato l'interesse legittimo inciso. Ipotizzare la «monetizzazione» dell'illegittimità amministrativa sembra insoddisfacente sotto il profilo della tutela per i soggetti amministrati per diverse considerazioni. In primo luogo il risarcimento per equivalente non è sempre idoneo a ristorare integralmente il soggetto inciso da un provvedimento illegittimo; inoltre esso costituisce un deterrente spesso inefficace nei confronti dell'amministrazione e infine vi è l'ovvia considerazione che con la riparazione per equivalente, la collettività resta danneggiata due volte, la prima con l'emanazione del provvedimento illegittimo e la seconda con l'esborso di denaro pubblico a fini risarcitori. È vero che il funzionario pubblico che ha cagionato il danno erariale può essere chiamato a risponderne innanzi alla Corte dei conti, ma i tempi lunghi del processo contabile rendono tale deterrente non sempre efficace.

Occorre infine ricordare che se è vero che l'intervento del giudice amministrativo sul provvedimento comporta l'allungamento dei tempi dell'azione amministrativa, è altrettanto vero che l'efficacia di questa è funzione anche della sua legittimità; ma ancor più bisogna riflettere sul fatto che la scomparsa di controlli interni efficaci, sia amministrativi che politici, sull'azione degli organi di governo delle pubbliche amministrazioni rischia di rendere i medesimi autoreferenziali, e questa tendenza può essere bilanciata solo

dall'intervento di un giudice che operi in termini non unicamente risarcitori, ma anche di «tutela reale» avverso gli atti illegittimi, così come suggerito anche a livello comunitario.

In tale quadro, nell'anno 2009 si è assistito al tentativo del legislatore di fare chiarezza sullo spinosa questione della pregiudiziale amministrativa⁸⁵.

In particolare Con la legge 18 giugno 2009, n. 69 è stata conferita (articolo 44) una delega⁸⁶ al Governo per l'adozione di un organico codice del processo amministrativo. Come previsto dalla stessa delega, il Governo ha rimesso al Consiglio di Stato la predisposizione dell'articolato che costituirà il Codice del processo amministrativo. In attuazione della delega, in data 8 febbraio 2010, la Commissione speciale costituita dal Consiglio di Stato ha elaborato una proposta di decreto delegato contenente lo schema del Codice⁸⁷.

Lo schema di codice in merito alla c.d. pregiudiziale amministrativa, sembra aver individuato un giusto temperamento

85 CHIEPPA R., LOPILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, Milano 2007, «...Al più, vi potrebbe essere l'esigenza di fissare in 120 giorni il termine per proporre, a pena di decadenza, la domanda risarcitoria autonoma per danni da provvedimento, tenuto conto che la contestazione del provvedimento amministrativo può avvenire o entro il termine di 60 giorni davanti al giudice amministrativo, o con la proposizione di un ricorso straordinario al capo dello Stato entro il termine di 120 giorni».

86 I principi cui fa riferimento la delega possono essere sintetizzati:
la razionalizzazione dei termini e, più in generale, dell'intero processo;
la riconsiderazione del ruolo del giudice monocratico anche in questo settore e lo sfoltoimento dell'arretrato;
il riordino dei casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle ipotesi non più attuali;
la riunione, in un unico testo, di tutte le norme oggi sparse in numerose e datate leggi.

87 L'operazione di riassetto, se approvata così come licenziata dalla Commissione, consentirebbe l'abrogazione di 50 fonti normative e di un numero di disposizioni pari a circa 350 articoli.

tra le opposte visioni della Cassazione e del Consiglio di Stato: viene ammessa espressamente l'azione risarcitoria autonoma rispetto all'impugnazione del provvedimento lesivo, ma nel contempo non la si assoggetta all'ordinario termine di prescrizione, ma ad un breve termine decadenziale (sei mesi), per non lasciare troppo a lungo l'amministrazione in uno stato di incertezza.

La scelta di individuare un termine decadenziale cosiddetto mediano – tra il breve termine dei 60 giorni o 30 previsto dal recepimento della nuova direttiva ricorsi e il termine di prescrizione (5 o 10 anni) – al fine di contemperare le esigenze di tutela con quelle di certezza delle situazioni giuridiche era stata già prospettata in dottrina. In particolare, tra gli altri, Chieppa⁸⁸ aveva affermato l'esigenza di fissare in 120 giorni il termine per proporre, a pena di decadenza, la domanda risarcitoria autonoma per danni da provvedimento, tenuto conto che la contestazione del provvedimento amministrativo può avvenire o entro il termine di 60 giorni davanti al giudice amministrativo, o con la proposizione di un ricorso straordinario al capo dello Stato entro il termine di 120 giorni.

La bozza di Codice contiene ulteriori novità. In particolare vi è l'introduzione della figura del Giudice istruttore all'interno del processo amministrativo, nonché la possibilità di emanare sentenze di condanna cosiddette alla tedesca (vedi Capitolo II par. 7).

88 CHIEPPA R., LOPILATO V., *op.cit.*

Capitolo II

Il rapporto tra il risarcimento per equivalente e quello in forma specifica

1. La reintegrazione in forma specifica: tesi della natura risarcitoria

Relativamente alle procedure per l'affidamento degli appalti pubblici l'articolo 35, comma 1, D.lgs. n. 80/1998 stabiliva che il giudice amministrativo «dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto»⁸⁹.

La giurisprudenza amministrativa, investita dal nuovo riparto di giurisdizione per blocchi di materie, ha trasferito con i dovuti aggiustamenti i parametri generali stabiliti dall'articolo 2058 del codice civile (domanda di parte, possibilità concreta, non eccessiva onerosità per il debitore) al processo amministrativo, osservando che la reintegrazione in forma specifica deve essere intesa come un istituto speciale del diritto processuale amministrativo, i cui limiti di

89 Con la legge 2005 del 2000 la possibilità risarcitoria è stata estesa a tutte le materie attribuite alla competenza esclusiva del giudice amministrativo.

applicazione coincidono con quelli di speciale rilevanza dell'interesse pubblico⁹⁰.

In base alla ricostruzione della prevalente giurisprudenza amministrativa lo strumento della reintegrazione in forma specifica viene qualificato come un vero e proprio rimedio di natura risarcitoria. A tale conclusione si arriva mettendo in evidenza che al centro della fattispecie normativa l'articolo 35 sopra citato ha collocato la nozione del danno ingiusto, rispetto al quale la successiva previsione della reintegrazione in forma specifica non può che rappresentare uno strumento di rimozione degli effetti causati dal comportamento illecito.

In altri termini l'orientamento dei giudici amministrativi non considera la reintegrazione in forma specifica come volta a realizzare l'obbligazione originaria, ossia gli stessi obblighi primari sorti sulla base del rapporto rimasto inadempito, invece reputa il rimedio introdotto dal citato articolo 35, come una modalità di riparazione del danno attraverso una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio. In questo modo si attribuisce alla reintegrazione in forma specifica il compito di eliminare le conseguenze negative prodotte nella sfera giuridica del soggetto danneggiato, che si traduce nella realizzazione della situazione materiale e giuridica che si sarebbe verificata se non fosse intervenuto il comportamento illecito, mediante l'esecuzione di una obbligazione secondaria che si sostituisce all'obbligazione originaria rimasta inadempita.

90 Cons. St., sez. V, 14 giugno 2001 n. 3169, in *Cons. Stato*, 2001, I, p. 1304; Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003 n. 6666.

Detta posizione si fonda sulla natura extracontrattuale della responsabilità della p.a., nell'ambito della quale pertanto si richiede la presenza degli stessi elementi costitutivi della fattispecie dell'articolo 2043 del codice civile.

1.2. Tesi della natura risarcitoria di diritto pubblico

Parte della dottrina ritiene la reintegrazione in forma specifica, pur connotata dalla natura risarcitoria, un rimedio che si discosta dalla modello previsto dal codice civile per assumere i contorni di una forma autonoma di responsabilità⁹¹.

In particolare, detta dottrina considera il risarcimento in forma specifica quale mezzo idoneo non soltanto a rimuovere le conseguenze pregiudizievoli, provocate dall'attività illecita, quanto ad ottenere dal giudice amministrativo la condanna dell'amministrazione ad un «*facere specifico*», compresa l'adozione del provvedimento richiesto⁹².

Secondo questa dottrina il soggetto danneggiato potrebbe

91 FOLLIERI E., *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1, p. 18.

92 Tra gli altri, reputano ammissibile una pronuncia di condanna della pubblica amministrazione all'emanazione di un determinato atto amministrativo: PUGLIESE F., *Le nuove disposizioni in materia di giustizia rimodellano gli istituti processuali e l'attività amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 615 ss; FOLLIERI E., *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del d.lg. n. 80/1998*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 478; MOSCARINI L.V., *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.* 198, 819.

ottenere, nell'ambito del giudizio di risarcimento in forma specifica, la condanna ad adottare un determinato provvedimento, nonché una pronuncia costitutiva tesa a produrre gli stessi effetti che l'amministrazione avrebbe dovuto realizzare attraverso l'atto che illegittimamente si è rifiutata di emanare⁹³.

Anche in giurisprudenza è stato sporadicamente affermato che attraverso il rimedio della reintegrazione in forma specifica, il giudice amministrativo può impartire ordini alla pubblica amministrazione, tra i quali ad esempio l'emaneazione dei provvedimenti di aggiudicazione nei confronti di imprese illegittimamente escluse⁹⁴.

All'interno di questo orientamento si distingue la posizione di chi limita la possibilità di ammettere la condanna dell'amministrazione all'emaneazione degli atti soltanto nelle ipotesi d'attività caratterizzata da un basso contenuto discrezionale, oppure totalmente vincolata⁹⁵.

Quest'ultimo indirizzo rispetto al precedente ha trovato maggiori conferme in giurisprudenziali⁹⁶.

93 FOLLIERI E., *Giudice Amministrativo e Tutele in Forma Specifica*, Milano 2003, p. 275.

94 TAR Friuli Venezia Giulia, Trieste, 28 maggio 2001, n. 291; TAR Veneto, Venezia, sez. I 9 febbraio 1999, n. 119.

95 FIGORILLI F., *Commento all'art. 35*, in M. Dell'Olio e B. Sassani, *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo. Commento ai d.lg. 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387*, Milano, 2000, p. 434; LIGUORI F., *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo*, Napoli 2002.

96 TAR Sicilia, Catania, sez. I, 18 gennaio 2000, n. 38; TAR Lombardia, Brescia, 20 dicembre 200, 2246; TAR Puglia, Bari, sez. I, 27 febbraio 2002, n. 1108 in cui si afferma che quando la sfera della discrezionalità appare marginale, perché consumata nelle scelte già compiute, è consentito condannare l'amministrazione ad eseguire degli obblighi di fare che sfociano nell'adozione degli atti amministrativi dovuti.

1.3. La tesi della tutela specifica e conseguente azione di adempimento

Come già anticipato (cfr. Capitolo I paragrafo 2.3) parte della dottrina ha affermato che la tutela in forma specifica non rappresenta una modalità di riparazione del danno, alternativa al risarcimento per equivalente, bensì un mezzo di tutela che prescinde dalla prova del danno e della colpevolezza e che tende a realizzare quello stesso interesse che è protetto dalle norme giuridiche attributive della posizione giuridica lesa dall'azione illegittima dell'autorità, alla stregua della responsabilità contrattuale.

La stessa dottrina ha evidenziato che di fronte ad attività vincolata della pubblica amministrazione non vi è alcuna ragione per escludere che il giudice amministrativo imponga degli obblighi di fare⁹⁷. In questa prospettiva è stata anche rilevata l'opportunità d'introdurre un'azione di adempimento nell'ambito del processo amministrativo, sulla base del modello previsto dall'ordinamento tedesco, considerata l'inadeguatezza della tutela offerta dall'azione di annullamento, la quale era espressione di uno strumento concepito solo per la tutela degli interessi legittimi oppositivi.

Le recenti trasformazioni dell'ordinamento⁹⁸ hanno determinato

97 TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000, p. 51.

98 Attraverso l'introduzione delle nuove norme sulla giustizia amministrativa che hanno affiancato all'azione di annullamento anche l'azione per il risarcimento del danno anche alla giurisdizione generale di legittimità, con

nuove condizioni che hanno messo in crisi il principio dell'esclusività della tutela di annullamento, in particolare nei confronti delle situazioni giuridiche di interesse legittimo di tipo pretensivo.

In sintesi secondo questa dottrina (corroborata da parte della giurisprudenza) nell'ipotesi in cui la fattispecie normativa non lasci alcun margine d'indeterminatezza al successivo esercizio del potere amministrativo (es. aggiudicazione al massimo ribasso con esclusione automatica dell'offerta anomala), che risulta così vincolato al rispetto di tutti i presupposti previsti dalla legge, non vi è alcuna ragione per escludere che il giudice amministrativo possa procedere a sindacare il rapporto tra amministrazione e privato. E ciò non solo quando il privato rivendichi la titolarità di un diritto soggettivo, ma anche nel caso in cui sia portatore di un interesse legittimo. Ciò in considerazione della posizione dottrina riportata secondo cui le disposizioni relative al rapporto obbligatorio possono essere applicate più in generale al rapporto giuridico, nell'ambito del quale si può ricomprendere non solo la coppia diritto soggettivo relativo - obbligo ma anche, con i limiti indicati, interesse legittimo – potestà (cfr. Capitolo I, paragrafo 2.3).

Infine è stato osservato che ove sussista nell'ambito di un giudizio amministrativo, la presenza di un obbligo o di un dovere in capo alla pubblica amministrazione sarebbe del tutto paradossale ammettere che il giudice possa soltanto nel primo caso procedere attraverso una pronuncia avente contenuto ordinatorio e stabilire invece che la medesima pronuncia sia preclusa nel caso di dovere

la conseguenze che l'azione di condanna è possibile anche in presenza di interessi legittimi ovvero senza alcun limite.

correlato ad un interesse legittimo⁹⁹.

2. La reintegrazione in forma specifica e la casistica degli appalti pubblici

In materia di pubblici appalti, atteso che l'obiettivo del soggetto leso è quello di conseguire utilità che al momento non ha - quindi è portatore di un interesse legittimo pretensivo - la reintegrazione in forma specifica ha costituito (prima della sentenza n. 500 del 1999) l'unica forma di tutela e costituisce tuttora la principale forma di tutela, sicché il risarcimento per equivalente può essere disposto solo in via gradata, quando quello in forma specifica sia impossibile o eccessivamente oneroso¹⁰⁰.

In concreto il risarcimento in forma specifica può atteggiarsi nei seguenti modi determinando:

- la riammissione in gara (in caso di illegittima esclusione);
- il rinnovo della gara (in caso di illegittimo espletamento della stessa);
- l'aggiudicazione dell'appalto (in caso di illegittimo diniego di aggiudicazione).

La giurisprudenza ha ritenuto praticabile il risarcimento in forma specifica nei casi di impugnazione di bandi o di atti di esclusione dalla gara fino al momento dell'aggiudicazione e della

99 CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2005, 3, p. 559.

100 TRGA - Bolzano, 12 febbraio 2003 n. 48, in *Trib. amm. reg.*, 2003, I, p. 76.

conseguente stipula del contratto¹⁰¹. In dette ipotesi si potrà disporre il rinnovo della gara e/o l'ammissione in gara del concorrente escluso¹⁰².

Inoltre, parte della giurisprudenza ritiene praticabile il risarcimento in forma specifica anche quando, pur essendo intervenuta l'aggiudicazione e la sottoscrizione del contratto, i lavori ovvero i servizi non siano iniziati o siano solo nella fase iniziale di esecuzione, residuando la possibilità in capo all'avente diritto di eseguire una prestazione parziale¹⁰³. Ovviamente per la parte di lavoro, servizio e fornitura già eseguita residuerà il risarcimento per equivalente da definirsi con i parametri enucleati dalla giurisprudenza.

Anche nell'ipotesi in cui dall'accoglimento del ricorso avverso il bando di gara consegue la ripetizione della gara, si ha il soddisfacimento diretto e pieno dell'interesse fatto valere, non residuando di norma ulteriori danni in capo all'avente diritto¹⁰⁴.

In definitiva, la reintegrazione in forma specifica - nel caso di illegittimo rifiuto dell'aggiudicazione in un appalto - consiste nella doverosa assegnazione dell'appalto alla ditta risultata aggiudicataria, mentre - nel caso di illegittima esclusione - consiste in quell'utilità meramente strumentale che si traduce nella riammissione in gara dell'offerta assieme a quella delle altre ditte in possesso dei requisiti

101 In seguito si vedranno le posizioni giurisprudenziali sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

102 TAR Lombardia-Brescia, 23 aprile 2002 n. 787, in *Urb. app.*, 2002, 1456, con nota di C. IMONE, *Reintegrazione in forma specifica e aggiudicazioni sostitutive* (1458-1465).

103 Cons. St. sez. VI n. 213 del 25/01/2008.

104 TAR Campania-Napoli, sez. I, 6 settembre 1999 n. 2267, in *Trib. amm. reg.*, 1999, I, 4441; *Urb. app.*, 2000, 650.

per concorrere alla gara, senza nessuna garanzia di vittoria¹⁰⁵.

Tuttavia, in base al prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa, nelle ipotesi in cui la reintegrazione in forma specifica risulti eccessivamente onerosa per l'amministrazione, le forme di tutela anzidette devono lasciar spazio al risarcimento per equivalente dal momento che anche nel giudizio risarcitorio contro la pubblica amministrazione si applica il principio generale di cui all'articolo 2058 del codice civile.

Il giudice amministrativo, come anzidetto, nell'applicazione dell'articolo 2058 dovrà tener conto anche dell'interesse pubblico. Pertanto difficilmente a seguito della pronuncia di annullamento arriverà a stabilire un risarcimento in forma specifica nelle ipotesi in cui l'appalto risulti aggiudicato e i relativi lavori affidati e in corso di esecuzione, in quanto appare eccessivamente oneroso per l'amministrazione dover porre nel nulla gli atti di gara e i lavori già eseguiti.

In tal senso, si segnala in giurisprudenza, l'osservazione secondo cui la reintegrazione in forma specifica deve essere intesa come istituto speciale del diritto processuale amministrativo, in cui l'eccessiva onerosità per il debitore prevista dall'articolo 2058 del codice civile deve essere valutata alla stregua di eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività. Va perciò escluso il risarcimento in forma specifica a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto nel caso in cui la particolare natura dei lavori induca a ritenere che l'inizio della realizzazione precluda la

105 TAR Friuli-Venezia Giulia, 27 aprile 1999, n. 537, in *Urb. app.*, 1999, 1237, con nota di DE PAULI.

possibilità di procedere all'aggiudicazione in favore dell'impresa ricorrente illegittimamente esclusa¹⁰⁶.

In particolare, si è osservato che la reintegrazione in forma specifica in materia di pubblici appalti, mediante aggiudicazione dell'appalto al ricorrente vittorioso è, ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile, oggettivamente impossibile in caso di integrale esecuzione del contratto; in tal caso va solo imposto all'amministrazione, in sede di esecuzione del giudicato, di rinnovare la gara in modo virtuale sulla base del criterio indicato dal giudicato, allo scopo di stabilire se il beneficiario sarebbe stato o no vincitore, e di determinare il risarcimento per equivalente¹⁰⁷.

Inoltre, va evidenziato che nello specifico settore degli appalti di infrastrutture strategiche, il legislatore ha espressamente optato per la configurazione del risarcimento per equivalente come forma principale di tutela.

Invero, l'articolo 14, D.lgs. n. 190/2002, ora trasfuso nell'articolo 246, comma 4, codice appalti approvato con il D.lgs. n. 163/2006, nel recepire una soluzione di derivazione comunitaria (sancita dall'articolo 2, comma 6, direttiva 89/665/CEE del 21 dicembre 1989, e dall'articolo 2, comma 6, direttiva 92/13/CEE del 25 febbraio 1992), dispone che la sospensione o l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione non determina la caducazione del contratto già stipulato. In tal caso il risarcimento delle situazioni soggettive lese avviene solo per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica. Dunque se il contratto è stato già

106 TAR Lazio - Roma, sez. III-ter, 13 febbraio 2003 n. 962.

107 Cons. St., sez. V, 21 gennaio 2003 n. 204, ord. in sosp., 2003, 34652.

stipulato, l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione non comporta il venir meno del contratto(vedi Capitolo III par. 1).

Il ricorrente quindi non potrà ottenere tutela restitutoria mediante il rinnovo della gara o l'aggiudicazione in suo favore, ma solo tutela per equivalente, mediante risarcimento pecuniario.

Pertanto, negli appalti di infrastrutture strategiche, il ricorrente può ottenere tutela restitutoria solo se riesce a bloccare la stipulazione del contratto, e dunque se la sospensione o annullamento dell'aggiudicazione intervengano prima della stipulazione¹⁰⁸.

3. L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto

La sorte del contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione poi annullata dal giudice amministrativo determina importanti conseguenze sulle effettive possibilità di tutela dei soggetti lesi, in quanto la soluzione del problema determina la «misura» della reintegrazione in forma specifica rispetto al risarcimento per equivalente.

Il primo problema che si è posto è quello relativo alla giurisdizione, cioè stabilire quale sia il giudice chiamato a decidere

108 È stata rimessa alla plenaria la questione se attraverso la reintegrazione in forma specifica il giudice amministrativo possa condannare l'amministrazione a un facere specifico e, segnatamente, all'aggiudicazione dell'appalto alla impresa illegittimamente esclusa, e quale sia, in tale ipotesi, il limite della eccessiva onerosità di cui all'articolo 2058 del codice civile. La questione non è stata affrontata dalla Plenaria, che ha respinto il ricorso di primo grado avverso l'aggiudicazione. (Cons. St., ad. plen., 28 luglio 2005 n. 3).

sulla sorte del contratto di appalto pubblico stipulato a seguito di un atto amministrativo di aggiudicazione successivamente annullato.

Le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 27196 del 28 dicembre 2007¹⁰⁹, hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario.

Con tale pronuncia la Corte Suprema ha ribadito una sua risalente e costante giurisprudenza che ha fissato la linea di demarcazione fra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria nella materia degli appalti, proprio nel momento della stipula del contratto, a seguito della quale la vicenda perde i suoi profili pubblicistici e rientra nel diritto civile e quindi nell'ambito della giurisdizione ordinaria.

Tuttavia, la stretta connessione esistente fra il provvedimento di aggiudicazione (che in base alla giurisprudenza formatasi sulla base della disciplina previgente «tiene luogo del contratto») e il contratto crea diversi problemi nella tutela delle situazioni soggettive vantate dalle parti in causa.

L'indirizzo della Cassazione fonda su solide basi normative, poiché l'articolo 6 della legge n. 205 del 2000 limita chiaramente la giurisdizione esclusiva alle «procedure di affidamento», concetto che esclude appunto la fase successiva ovvero quella contrattuale.

Inoltre, la giurisdizione del giudice ordinario si giustifica anche sotto il profilo sistematico in quanto non tutte le cause di invalidità del contratto potrebbero rientrare nella giurisdizione amministrativa, ma

109 Cass. Civ., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169 in *Riv trim app* 2008, 3, 678, con nota di SANTRORO P.

solo quelle derivanti dall'aggiudicazione¹¹⁰.

Va evidenziato inoltre che il giudice amministrativo di recente ha operato numerosi tentativi per avocare a sé la giurisdizione in materia.

Prima della sentenza n. 500 del 1999 vi era sostanzialmente l'impossibilità di incidere sull'attività negoziale della pubblica amministrazione, con la conseguente accentuazione del ruolo della tutela cautelare. Infatti, la controversia poteva trovare la sua soluzione esclusivamente nella fase cautelare, poiché solo il blocco della procedura poteva impedire che si pervenisse alla stipula di un contratto che era poi di fatto inattaccabile dal concorrente leso dalla illegittima aggiudicazione, essendo precluso il risarcimento (pecuniario) degli interessi legittimi, con il rischio quindi di un vero e proprio diniego di giustizia¹¹¹.

La situazione è in parte migliorata a seguito della legge n. 205 del 2000, che ha esteso e stabilizzato il diritto al risarcimento del danno.

110 Cfr. COCA F. G. «Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto» in *giustamm.it*, 1/2007, che in un breve spunto a conclusione della sua analisi sulla invalidità del contratto ad evidenza pubblica, sostiene che solo a condizione di far rientrare la questione nell'ambito della regolarità della gara può ipotizzarsi una cognizione del giudice amministrativo.

111 CORAGGIO G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, Relazione al convegno di presentazione del Trattato sui contratti pubblici a cura di SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., Università degli studi Roma Tre; 2008 in *giustamm.it* «Ciò era la conseguenza della giurisprudenza del giudice ordinario che riteneva il contratto stipulato in queste condizioni come meramente annullabile su richiesta dell'amministrazione interessata, cosicché, mancando anche la possibilità di un'azione di risarcimento, al privato non rimaneva che mettere in cornice la sentenza di annullamento quale soddisfazione di un interesse meramente morale».

Pertanto si è assistito a una sorta di rivoluzione copernicana dove il risarcimento per equivalente (attesa, anche alla luce dei conflitti di giurisdizione, l'oggettiva difficoltà di caducare il contratto stipulato) costituisce forma prioritaria di soddisfazione dell'interesse fatto valere in giudizio, in contrasto con i principi e la tradizione del giudizio amministrativo, la cui funzione è stata da sempre quella di garanzia della correttezza sostanziale dell'azione amministrativa.

La prassi instauratasi non sembra essere in linea con il sistema comunitario in cui si dedica grande attenzione (come vedremo in seguito) a quel complesso di poteri (cautelari) e di vincoli (termini dilatori per la stipula del contratto) che mirano appunto a garantire la possibilità di recupero della correttezza sostanziale delle procedure.

Dalle direttive comunitarie è possibile trarre qualche utile insegnamento poiché laddove impongono l'eliminazione del contratto parlano di «inefficacia», termine che sembra assunto nel suo significato generico, cioè di mancata produzione di effetti sia per cause endogene al contratto sia per cause esogene, ma che sicuramente esclude l'annullabilità (su richiesta della stazione appaltante).

Si aggiunga che se la scelta fra le due opzioni del risarcimento del danno ovvero della «inefficacia» del contratto è affidata al legislatore nazionale, vi sono poi casi di inefficacia previsti espressamente dalla direttiva non marginali per rilevanza e per numero. In definitiva, non ci sono elementi per intendere che il risarcimento costituisca l'ipotesi principale e che la inefficacia sia da considerarsi ipotesi residuale.

Al contrario l'opzione inversa appare come una scelta perfettamente coerente con la direttiva in un sistema come il nostro caratterizzato da una minore pregnanza della fase cautelare: un sistema che non fosse in grado di garantire quello che è il risultato di fondo cui la normativa europea aspira, e cioè la correttezza dell'azione amministrativa, non sarebbe rispettoso della sostanza delle direttive comunitarie.

Con riferimento al dato normativo nazionale non può negarsi che, sia pure con formule non del tutto esplicite, il legislatore abbia preso posizione in favore di una tutela giudiziale non orientata al semplice risarcimento ma alla soddisfazione materiale dell'interesse al bene della vita vantato dal ricorrente. Il riferimento è all'articolo 7 della legge n. 1034 che, nella sua attuale formulazione, riconosce la possibilità di una «reintegrazione in forma specifica».

Riguardo poi specificatamente al settore degli appalti strategici l'articolo 246 del D.lgs. 163/06, per le grandi opere infrastrutturali dispone al quarto comma che «la sospensione o l'annullamento non comporta la caducazione». Pertanto non è difficile desumerne *a contrario* che negli altri casi la caducazione si verifichi e quindi si realizzi il caso di inefficacia del contratto previsto dalla normativa europea e direi quasi in applicazione della normativa europea.

L'opzione legislativa è discutibile poiché richiama un concetto, quello appunto di «caducazione», che non trova riscontro nelle categorie civilistiche, essendo il frutto di una elaborazione giurisprudenziale amministrativa legata alla problematica dei rapporti fra atti (influenza dell'annullamento di un atto su un successivo atto

ad esso connesso).

Nelle più recenti sentenze della Cassazione si nota una certa apertura verso diverse e più rigorose soluzioni (nullità assoluta¹¹², caducazione automatica per difetto di legittimazione a contrarre¹¹³, inefficacia sopravvenuta¹¹⁴: l'auspicio è che tale indirizzo si consolidi quale che sia l'opzione prescelta.

Nella qualificazione del vizio dell'attività negoziale vi è la soluzione del problema che garantisca insieme il rispetto della giurisdizione del giudice ordinario e la completezza e la effettività della tutela affidata al giudice amministrativo. Difatti una volta che si riconosca che l'annullamento dell'aggiudicazione si traduce in una inefficacia *ex lege* del contratto si deve anche ammettere che il giudice amministrativo sia legittimato a conoscere tale situazione in via incidentale¹¹⁵.

Puntare ad una cognizione puramente incidentale è da ritenere più soddisfacente non solo sotto il profilo del riparto di giurisdizione, evitando così un contenzioso che è espressione di una patologia del sistema giudiziario, bensì anche e soprattutto nella prospettiva della conformazione stessa del giudizio amministrativo e della sua effettività.

La particolare attenzione dedicata nelle sentenze al profilo della invalidità dell'atto ha portato ad una duplice e grave distorsione dello

112 Cass.Civ. Sez. un., 18 luglio 2008, n. 19805.

113 TAR. Abruzzo Pescara, sez. I, 05 novembre 2008, n. 878.

114 TAR. Liguria Genova, sez. II, 26 maggio 2006, n. 502; TAR. Lombardia Milano, sez. I, 08 maggio 2008, n. 1370.

115 CORAGGIO G., *Effettività del giudicato ed invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in *Riv dir proc amm*, 1/2003.

stesso giudizio amministrativo. Da una parte infatti si riscontra un abnorme approfondimento di questa problematica dell'invalidità che è sostanzialmente estranea al ruolo e alla competenza del giudice amministrativo. Dall'altra essa induce alla tentazione di anticipare al giudizio cognitorio la valutazione del merito delle scelte operate dall'amministrazione che la tradizione e soprattutto il legislatore hanno sottratto a questa fase e rinviato all'ottemperanza.

Al contrario, l'essenza della cognizione incidentale è che essa non è fine a se stessa ma è finalizzata alla pronuncia richiesta dalla parte ricorrente; e tale finalizzazione non è dato scorgere quando quest'ultima si limiti a chiedere l'annullamento dell'aggiudicazione (è il caso delle sentenze di primo e secondo grado censurate dalla Cassazione): una domanda rivolta direttamente contro il contratto non è in alcun modo giustificata non essendo ancora chiaro se il ricorrente intenda poi chiedere il risarcimento del danno ovvero di subentrare nel rapporto, nonché, in quest'ultimo caso, se vi siano le condizioni per tale subentro.

È solo in relazione a tali ulteriori e specifiche domande che può porsi il problema della sorte del contratto e solo tecnicamente in funzione di esse che tale problema può essere preso in considerazione nella decisione.

Va aggiunto che la presenza di una domanda di risarcimento avanzata in sede cognitoria non acquista rilievo ai nostri fini, perché essa non può che essere a sua volta subordinata alla verifica della possibilità di esecuzione del giudicato in forma specifica. È questo infatti lo sbocco naturale dell'azione di annullamento e quindi

prioritario rispetto all'eventuale risarcimento, anche nella forma della «reintegrazione in forma specifica» (articolo 7 della legge n. 205), **da** cui, come è noto, si differenzia non fosse altro per la non necessità della colpa.

Una tale scansione delle domande è l'unica coerente con la tradizione e l'esperienza del giudice amministrativo la cui azione è diretta in primo luogo alla correzione dell'attività amministrativa e al recupero della sua correttezza nell'interesse pubblico non meno che di quello privato. Né si tratta di una specificità solo italiana poiché nelle direttive comunitarie, e in specie nell'ultima – come si è visto -, questa esigenza costituisce oggetto di una non minore attenzione.

Questa complessa e articolata valutazione è peraltro riservata ad una fase successiva al giudizio cognitorio e cioè a quella di ottemperanza¹¹⁶. È in questa sede che il giudice dovrà innanzitutto valutare se e in che misura esistono le condizioni per subentrare nel rapporto, valutazione che incide inevitabilmente sulla residua discrezionalità amministrativa e che quindi deve essere riservata alla cognizione di merito propria di questo giudizio. E che si tratti appunto di un giudizio di merito è ben presente anche al legislatore europeo, quando ricorda (punto 22 del preambolo) che gli Stati membri possono consentire di non rimettere in discussione il contratto «quando nelle circostanze eccezionali della fattispecie, ciò sia reso necessario da alcune esigenze imperative legate ad un interesse generale»; espressioni che sembrano ricordare alla lettera le

116 Come ricorda in un articolo CINTIOLI F., *Le sezioni unite rivendicano a sè il contratto ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*, in *giustamm.it*, 1/2008.

ricostruzioni del giudizio di ottemperanza come giudizio di merito.

Solo in un secondo momento, e una volta esclusa in tutto o in parte la possibilità di ordinare il subentro nel rapporto, sarà possibile esaminare la questione del risarcimento. Né rileva il fatto che poi in concreto non sia prodotta la domanda di esecuzione in forma specifica poiché l'opzione deve ritenersi implicita nell'azione di impugnazione il cui scopo precipuo è appunto quello della realizzazione del bene della vita e quindi nella specie di subentro nel rapporto contrattuale.

Il mancato esercizio della pretesa nascente dal giudicato non può che ritorcersi contro il ricorrente che, sottraendosi alla esecuzione del contratto, concorre egli stesso alla produzione del danno e quindi per la parte in cui il subentro sia ancora possibile si espone all'applicazione dell'articolo 1227 del codice civile.

Dunque, nel caso non infrequente di un abbinamento fin dall'inizio della domanda di annullamento e di quella di risarcimento, è da escludere che il giudice possa procedere senz'altro alla liquidazione del danno, salvo casi del tutto eccezionali in cui il giudicato abbia integralmente consumato la discrezionalità.

Di regola occorre o rinviare l'intera questione all'ulteriore necessario giudizio di ottemperanza ovvero limitarsi ad una affermazione di principio, come autorizza a fare l'articolo 35 del decreto legislativo n. 80 del 1998 che al comma 2 prevede la possibilità di fissare i criteri del risarcimento del danno, criteri che dovranno però ben evidenziare la condizione che lo stato dell'esecuzione del contratto o la natura dello stesso siano tali da escludere la possibilità di un subentro anche parziale, rinviando

dunque la effettiva liquidazione al giudizio di ottemperanza.

Né infine dovrebbe escludersi la possibilità di limitarsi – sempre nel giudizio cognitorio - alla condanna generica di cui all'articolo 278 c.p.c.; considerato che la formulazione molto generica con cui di solito viene proposta la richiesta di risarcimento giustifica che la si interpreti come una domanda ai sensi appunto dell'articolo in esame.

3.1. L'Ordinanza Corte di Cassazione a Sezioni Unite 10/02/2010 n. 2906¹¹⁷

La Corte di Cassazione, come anzidetto, ha reiteratamente affermato la giurisdizione ordinaria sulla domanda volta a conseguire tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia ovvero l'annullamento del contratto di appalto pubblico, a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione al contraente privato - adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica - giacché la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta del contraente, ma il successivo rapporto di esecuzione del contratto derivante dalla sua stipulazione e rispetto al quale gli interessati invocano l'accertamento di un aspetto patologico al fine di impedirne l'adempimento. Ne consegue che i predetti interessi assumono la veste di situazioni giuridiche soggettive aventi consistenza di diritti soggettivi¹¹⁸.

117 L'Ordinanza supera il precedente indirizzo della Cassazione: Cass. Civ., sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27169 cit..

118 Cass. Sez. un., 18 luglio 2008 n. 19805; Cass. Sez. un. 28 dicembre 2007 n.

La Corte non ritiene significativa la circostanza che interessi legittimi e diritti soggettivi esercitati nelle materie di giurisdizione esclusiva, come quella degli appalti pubblici, in ragione dello stretto collegamento tra le situazioni soggettive azionate, siano state dal legislatore attribuite ad un unico giudice, perché si pronunci su entrambe le domande. La descritta connessione se rileva ai fini della competenza, potendola modificare, come risulta dalla disciplina dell'istituto contenuta nel codice di procedura civile (articoli 34 - 36 c.p.c), non incide invece sulla giurisdizione, come chiariscono le norme che seguono dello stesso codice (articoli 37 - 40).

L'enunciata negazione nella prevalente giurisprudenza di legittimità della giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di invalidità o inefficacia del contratto stipulato all'esito di gara annullata perché illegittima, fondata sul principio che non può incidere la riconosciuta «connessione» tra le più domande oggetto di distinte giurisdizioni per spostare questa da uno a altro giudice, nega che su di esse possa aversi giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per effetto della impossibile ricorrenza di abusi di funzioni pubbliche nei rapporti inerenti al contratto, sia ai fini della stipula di esso che in quelli sorti dall'atto in sede di esecuzione di questo. Tali rapporti, da chi nega il rilievo della connessione nella fattispecie, sono ritenuti autonomi rispetto a quelli che i concorrenti nella gara hanno avuto con l'amministrazione nel procedimento di affidamento dell'appalto e, per tale motivo, se ne afferma la non

27169, e, sulla scia di questa, Cass. Sez. un. 13 marzo 2009 n. 6068 e 17 dicembre 2008 n. 29425 nonché Cons. St. Ad. Plen. 30 luglio 2008 n. 9 e Cons. St., sez. V, 19 maggio 2009 n. 3070.

conoscibilità dallo stesso giudice amministrativo insieme ai connessi interessi legittimi ad un corretto procedimento, su cui lo stesso si pronuncia, anche in materia di giurisdizione esclusiva.

Con la recente Ordinanza a Sezioni Unite n. 2906 del 10 febbraio 2010 la Corte considera gli effetti sulla giurisdizione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 n. 66 - relativa al «miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici» . Secondo la Corte, in base ad una interpretazione orientata costituzionalmente e quindi comunitariamente (articolo 117 Cost.) delle disposizioni contenute nella Direttiva ricorsi, rende necessario l'esame congiunto della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, nonostante l'annullamento della gara, prima o dopo la decisione del giudice adito, in ragione del principio di concentrazione effettività e ragionevole durata dei processi che la norma comunitaria impone agli Stati membri di attuare.

Per effetto della Direttiva è attribuita al giudice amministrativo, nelle materie di giurisdizione esclusiva, la cognizione delle controversie estesa anche ai contratti, essendo tale giudice l'organo indipendente dalla amministrazione che, ai sensi della direttiva, ha il potere di pronunciare l'annullamento della aggiudicazione.

Secondo la Corte gli effetti della Direttiva si ripercuotono su procedure di gara svolte dopo la pubblicazione della stessa (anno 2007), in quanto per ogni appalto concluso in attuazione di una gara svoltasi con procedura illegittima il diritto comunitario incide nel

sistema giurisdizionale interno anche retroattivamente, esigendo la trattazione unitaria delle domande di annullamento del procedimento di affidamento dell'appalto e di caducazione del contratto stipulato per effetto dell'illegittima aggiudicazione.

La necessità di concentrare su un solo giudice la cognizione di diritti e interessi quando sia domandata la caducazione degli effetti del contratto di appalto come reintegratoria del diritto sorto dall'annullamento della gara chiesto con il medesimo ricorso, dopo l'entrata in vigore della direttiva e anche prima del termine per la trasposizione di essa nell'ordinamento interno, incide sull'interpretazione delle norme in materia¹¹⁹ e impone di riconoscere il rilievo per il diritto comunitario della connessione tra le domande in precedenza ritenuta irrilevante a favore di una giurisdizione unica del giudice amministrativo, estesa anche agli effetti del contratto concluso a seguito di illegittima aggiudicazione, che appare certa nelle materie di giurisdizione esclusiva.

Tale conclusione è pienamente conforme alle norme costituzionali che impongono la effettività della tutela (articolo 24 e 111 Cost.), perché la rilevanza della connessione denegata in passato per la cognizione congiunta della lesione degli interessi legittimi e dei diritti conseguenti, non è oggi contestabile, derivando da norma comunitaria incidente sulla ermeneutica delle norme interne (articolo 117), che è vincolante per l'interprete.

Se le due controversie per l'annullamento della gara e la caducazione del contratto sono in materia di giurisdizione esclusiva

119 Sulla valenza ermeneutica delle Direttive, cfr. Cass. S. u., 16 marzo 2009 n. 6316

deve quindi ritenersi che, ai sensi dell'articolo 103 della Costituzione, le richieste di tutela dei diritti inerenti ai rapporti contrattuali non sono scindibili da quelle sugli interessi legittimi violati dall'abuso dei poteri della pubblica amministrazione, su cui ha di certo cognizione il giudice amministrativo, che può quindi decidere anche su tali diritti, dopo essersi pronunciato sugli interessi al corretto svolgimento della gara¹²⁰.

Se in passato, l'alternativa che pur si era posta sul piano interpretativo tra il ricondurre l'invalidità derivata del contratto e la sua pronuncia ai poteri del giudice amministrativo in giurisdizione esclusiva ovvero a quelli del giudice ordinario, era apparsa doversi risolvere nel secondo senso, una volta entrata in vigore la nuova direttiva - anche prima della scadenza del termine di trasposizione per gli Stati membri - la soluzione non può che essere l'opposta, per il caso in cui si chiedo contestuale tutela di diritti e/o di interessi in materia di affidamenti di appalti e di privazione di effetti dei contratti conclusi all'esito di gare invalidate, dovendosi affermare la scelta ermeneutica della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La Direttiva CE n. 2007/66, infatti, nei suoi «considerando preliminari», al n. 13, stabilisce espressamente che negli Stati della Comunità «un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetti», per cui il giudice adito, come organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, come può annullare l'affidamento, ha il potere di dichiarare «privo di effetti» il

120 C. cost., 6 luglio 2004 n. 204; C. cost., 11 maggio 2006 n. 196.

contratto concluso dalla stessa amministrazione aggiudicante con un contraente scelto illegittimamente (articolo 2 *quinquies* Dir. n. 66 del 2007, par. 1), potendo anche non dar luogo a tale perdita di efficacia «per il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale» (par. 3 della stessa norma).

Pertanto tra la domanda di annullamento della gara e quella di dichiarazione della privazione degli effetti del contratto stipulato, nonostante l'annullamento dell'aggiudicazione, vi è una stretta connessione che con la normativa comunitaria di cui alla Direttiva citata, non vincolante *ratione temporis* per i casi oggetto delle controversie di cui alla pregressa giurisprudenza in rapporto alle concrete fattispecie esaminate, assume invece rilievo unificante dei giudizi su ogni processo pendente davanti al giudice amministrativo, successivo alla data di recepimento della direttiva (12 aprile 2010) relativo alle domande di cui alla normativa comunitaria.

3.2. La natura giuridica del subentro del legittimo aggiudicatario nel contratto

È necessario chiarire se il subentro nel contratto (che presuppone una nuova aggiudicazione nei confronti del ricorrente vittorioso) sia un rimedio puramente risarcitorio ovvero abbia una diversa natura, in quanto dalla qualificazione del subentro derivano rilevanti conseguenze circa la tutela attribuibile al soggetto leso.

Va ribadito che la reintegrazione in forma specifica in materia di

pubblici appalti, così come inteso dal prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa, pur consistendo nella diretta rimozione della lesione e delle sue conseguenze, è comunque ritenuto un rimedio risarcitorio, cioè una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato diversa e succedanea rispetto al contenuto del dovere di rispetto della sfera giuridica altrui (cfr. Capitolo I, par. 1). Pertanto, il risarcimento in forma specifica resta differente dall'attribuzione dell'originaria utilità ingiustamente sottratta al danneggiato.

Laddove, invece, si giunga a disporre in favore del ricorrente l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto, sulla cui procedura ad evidenza pubblica è insorta controversia, secondo Zonno¹²¹, il risarcimento non si atterrebbe come in forma specifica, ma si verserebbe nell'ipotesi di tutela «reale». Pertanto, la facoltà per le stazioni appaltanti, di determinare il subentro nel contratto già stipulato (novazione soggettiva dell'obbligazione), va intesa non come risarcimento in forma specifica, bensì come rimedio «ripristinatore» della posizione giuridica del ricorrente.

L'autore evidenzia che vi è una diversità dei presupposti per il riconoscimento della tutela risarcitoria e di quella ripristinatoria.

L'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa riconduce la responsabilità della p.a. per l'adozione di atti illegittimi nell'ambito di quella extracontrattuale. In conseguenza di tale impostazione teorica, si richiede l'accertamento della colpa.

La tutela restitutoria o ripristinatoria (*ergo* esecuzione in forma

121 ZONNO D., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le nuove frontiere della «tutela reale» dinanzi al giudice amministrativo*, in *Giur. merito*, 1/2009, p. 229.

specifica), stante la diversità ontologica rispetto a quella risarcitoria, non richiede, invece, l'accertamento dell'elemento psicologico. Infatti, sarebbe irragionevole escludere l'aggiudicazione del contratto al ricorrente vittorioso, tutte le volte in cui ciò sia ancora possibile, pur se difetti il requisito della colpa.

Da ciò consegue che, nel momento in cui si dispone l'annullamento della precedente aggiudicazione, prevedendo che questa avvenga in favore di altra partecipante (sempre che ciò sia possibile e con i limiti determinati dal rispetto della discrezionalità amministrativa), risulta superfluo l'accertamento della colpa.

Mentre il risarcimento per equivalente andrà dunque escluso ad esempio nel caso in cui lo stato della giurisprudenza sia incerto o la normativa che presiede alla disciplina della fattispecie concreta non sia di agevole interpretazione, la tutela ripristinatoria – cioè l'aggiudicazione ed il conseguente subentro - non troverà ostacoli di sorta, proprio perché questa non va intesa in funzione risarcitoria, ma di riequilibrio degli assetti di interessi, immediatamente conseguente al ripristino della legalità dell'operato dell'Amministrazione.

Ugualmente, secondo Zonno, risulterebbe inapplicabile il limite dell'eccessiva onerosità previsto dall'articolo 2058, comma 2, del codice civile, proprio della tutela risarcitoria ma non di quella restitutoria¹²².

Resterebbe, tuttavia, applicabile il limite dell'impossibilità sopravvenuta, causa estintiva dell'obbligazione, sicché il rimedio in

122 L'autore tuttavia non sembra cogliere la differenza tra la situazione giuridica lesa – interesse legittimo pretensivo – che non si presta ad una tutela di tipo restitutorio, atteso che il soggetto leso non ha ancora conseguito il bene della vita sotteso all'interesse tutelato.

questione verrebbe escluso laddove l'esecuzione del contratto sia già avvenuta o sia in fase talmente avanzata da non consentire il subentro.

D'altronde il giudice ha sempre a propria disposizione, per verificare la praticabilità concreta della tutela invocata, la clausola generale della buona fede che potrebbe essere utilizzata, anche nelle ipotesi di richiesta di riparazione in forma specifica (*rectius* di tutela reale), per evitare che l'attribuzione del rimedio si concreti in un adempimento insostenibile per la pubblica amministrazione, a causa dello stato avanzato di esecuzione del contratto.

Il criterio della buona fede, infatti, imponendo di salvaguardare l'utilità altrui, sia pure nei limiti di un apprezzabile sacrificio, consentirebbe di modulare al meglio, rispetto al caso concreto, l'atteggiarsi della tutela ed eviterebbe, al contempo, di adottare condanne «rovinose» per l'interesse pubblico.

4. Il risarcimento per equivalente

Nel risarcimento per equivalente, si consegue l'equivalente monetario del bene della vita perduto. Si articola nelle due voci del danno emergente e del lucro cessante.

Trova applicazione anche l'articolo 1226 del codice civile (richiamato dall'articolo 2056 del medesimo codice) che consente la liquidazione equitativa quando il danno non possa essere provato nel suo preciso ammontare, ovvero quando il pregiudizio non è conoscibile perché il fatto che ne avrebbe consentito la

quantificazione non è avvenuto e non può avvenire, sicché occorre procedere in via presuntiva secondo la regola dell'*id quod plerumque accidit*, mentre a tale criterio non può farsi ricorso quando i fatti causativi del danno sono avvenuti e sarebbero suscettibili di dimostrazione¹²³.

Tale principio è pacificamente applicato dal giudice ordinario e dalla V sezione del Consiglio di Stato, che dal 2008 ha evidenziato che al criterio di determinazione equitativa del danno ex articolo 1226 codice civile è consentito ricorrere soltanto in presenza di una impossibilità, o motivata grande difficoltà, di procedere alla esatta quantificazione del danno, non già per supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova posto a carico del danneggiato in relazione alla esistenza del danno¹²⁴, e, non può essere superata dalla richiesta di c.t.u..

Sulla somma liquidata a titolo di risarcimento, trattandosi di debito di valore, sono dovuti gli interessi e la rivalutazione monetaria. Sul debito di risarcimento del danno, in quanto debito di valore, non spettano gli interessi anatocistici di cui all'articolo 1283 codice civile (capitalizzazione degli interessi)¹²⁵.

123 Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2006 n. 3989; Cons. St., sez. V, 15 marzo 2004 n. 1280, in *Cons. Stato*, 2004, I, 575 (m), con note di BISANTI, CECCHINI; *D&G*, 2004, 14, 49, con note di GIURDANELLA C..

124 Cass. civ., sez. I, 10 luglio 2003 n. 10850.

125 Cons. St., sez. V, 13 luglio 2006 n. 4438, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, I, p. 1079.

4.1. Il risarcimento per equivalente in materia di appalti pubblici

Il risarcimento per equivalente ha ampio spazio in materia di pubblici appalti, ed è per legge la forma principale di tutela in caso di infrastrutture strategiche.

La giurisprudenza si è occupata dei criteri di quantificazione del danno, distinguendo:

- *il danno emergente;*
- *il lucro cessante;*
- *la perdita di chance.*

Il danno emergente consiste nei costi sopportati per la partecipazione alla gara.

Tale danno è stato ritenuto risarcibile autonomamente rispetto al mancato utile, solo nel caso di illegittima esclusione dall'appalto. Viceversa nel caso di partecipazione alla gara, i costi di partecipazione rimangono a carico del concorrente¹²⁶.

La giurisprudenza ha puntualizzato che la partecipazione alle gare di appalto comporta per le imprese dei costi che, ordinariamente, restano a carico delle imprese medesime, sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione; detti costi si caratterizzano come danno emergente solo qualora l'impresa subisca una illegittima esclusione, perché in tal caso viene in rilievo il diritto soggettivo del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili e addirittura illegittime; i costi di partecipazione alla gara qualificati

126 Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2003 n. 4567, in *Cons. Stato.*, 2003, I.

come danno emergente in caso di condotta illecita della stazione appaltante vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara e solo ove tale rinnovo non sia possibile, vanno ristorati per equivalente¹²⁷. Conseguentemente, nel caso in cui il giudice disponga il risarcimento in forma specifica della illegittima esclusione dalla gara di appalto, mediante rinnovo delle operazioni di gara, non vi è spazio per il risarcimento per equivalente del danno emergente consistente nei costi di partecipazione alla gara, atteso che, come anzidetto, tali costi restano ordinariamente a carico dei partecipanti alla gara, e che mediante il risarcimento del danno non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dalla aggiudicazione, atteso che anche l'aggiudicatario sopporta in proprio i costi di partecipazione alla gara¹²⁸.

Il lucro cessante in materia di procedure di affidamento di pubblici appalti comprende, secondo l'elaborazione giurisprudenziale, sia il mancato utile, sia il danno alla immagine professionale dell'impresa e la perdita di ulteriori occasioni favorevoli (cosiddetto danno curriculare).

È corretto ritenere che il mancato utile sia risarcibile solo quando sia ipotizzabile una responsabilità contrattuale della pubblica amministrazione, e non anche in caso di responsabilità precontrattuale¹²⁹; in ogni caso, dalle somme dovute a titolo di

127 Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2002 n. 4435.

128 Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2002 n. 4435.

129 Secondo la costante giurisprudenza il pregiudizio risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale è circoscritto nei limiti dello stretto interesse negativo, rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle

mancato utile va detratto *l'aliunde perceptum e l'aliunde percipiendum* (se, ad es., l'impresa ha nel frattempo conseguito altri appalti).

La giurisprudenza amministrativa negli ultimi anni ha affermato che il mancato utile va ristorato nella sua interezza solo se l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri contratti; in caso contrario è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri lavori, servizi o forniture¹³⁰.

L'onere della prova in base ai principi civilistici dovrebbe ricadere sulla pubblica amministrazione e andrebbe eccepito ai sensi dell'articolo 2967 del codice civile. In realtà la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato che l'onere della prova di non aver potuto impegnare proficuamente le maestranze ed i mezzi d'opera in altri lavori grava sull'impresa¹³¹.

trattative in vista della conclusione del contratto, sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione del contratto altrettanto o maggiormente vantaggioso. Va escluso, invece che la disposizione di cui all'articolo 1337 c.c. Possa essere invocata per il risarcimento dei danni che sarebbero evitati e dai vantaggi che si sarebbero conseguiti con la stipulazione ed esecuzione del contratto (Cons. St., sez. V, 10 ottobre 2006 n. 6026).

130 Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003 n. 6666; *Cons. Stato*, sez. V, 24 ottobre 2002 n. 5860, in *Cons. Stato*, 2002, I, 2324; Cons. St., sez. V, 18 novembre 2002 n. 6393, in *Cons. Stato*, 2002, I, 2519, che esclude l'applicabilità dell'articolo 345, I. n. 2248/1865, all. F quando la parte non abbia fornito un principio di prova sulle opportunità alternative alle quali ha dovuto rinunciare.

131 Il lucro cessante da mancata aggiudicazione può essere risarcito per intero se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi, mentre quando tale dimostrazione non sia stata offerta è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per

Quanto al mancato utile, sono stati utilizzati svariati criteri per determinarlo. Spesso viene impiegato il criterio legale che quantifica l'utile di impresa nella misura del dieci per cento del valore dell'appalto, in base all'articolo 345, legge n. 2248/1865, all. F, norma comunemente considerata espressiva del criterio generale di quantificazione del margine di profitto nei contratti con l'amministrazione¹³². Tale parametro nasce in un contesto indennitario (recesso unilaterale del committente).

Peraltro, si è ritenuto che il criterio legale, che quantifica l'utile di impresa nella misura del 10%, è un criterio meramente presuntivo che è suscettibile di essere disatteso caso per caso ove l'utile risulti provato in una misura differente, superiore o inferiore¹³³.

lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile. Si tratta di una applicazione del principio *dell'aliunde perceptum*, in base al quale, onde evitare che a seguito del risarcimento il danneggiato possa trovarsi in una situazione addirittura migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovata in assenza dell'illecito, va detratto dall'importo dovuto a titolo risarcitorio, quanto da lui percepito grazie allo svolgimento di diverse attività lucrative, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione. Tuttavia, l'onere di provare l'assenza dell'*aliunde perceptum* grava non sull'amministrazione, ma sull'impresa, e tale ripartizione muove dalla presunzione, a sua volta fondata sull'*id quod plerumque accidit*, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente una attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative che dalla cui esecuzione trae utili. In tal senso: Cons. St., sez. VI, 09 giugno 2008, n. 2751.

132 Cons. St., sez. V, 8 luglio 2002 n. 3796, cit.; T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 07 ottobre 2008, n. 8785 - TAR Marche, 26 maggio 2001 n. 624.

133 Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2003 n. 4567; Cons. St., sez. VI, 10 novembre 2004 n. 7256, in *Cons. Stato*, 2004, I, 2343; lexforit, con nota di CHIEPPA R., E' possibile optare per il solo risarcimento del danno da provvedimento amministrativo illegittimo, senza avvalersi degli effetti conformativi del giudicato di annullamento?

In particolare, il criterio legale del 10% viene ridotto se l'utile è pari ad una minore percentuale desumibile dall'offerta e dalla sua eventuale giustificazione¹³⁴, ovvero viene aumentato nel caso di appalto di servizi ad alto valore aggiunto intellettuale, in quanto non vi è l'incidenza dei materiali¹³⁵.

Più in generale, si è ritenuto che la misura del 10% debba subire una riduzione se non è provata la certezza della vittoria al cento per cento: sicché alla percentuale di utile presunto pari al 10% (articolo 345, legge n. 2248/1865 all. F) va applicato un coefficiente di riduzione correlato alle probabilità che, in base ad una ragionevole presunzione, la ditta interessata avrebbe potuto avere di aggiudicarsi la gara, in esito all'ipotetica rinnovazione della stessa¹³⁶.

Dunque, se vi è la prova che il ricorrente in mancanza dell'atto illegittimo avrebbe vinto la gara, il risarcimento va quantificato nella misura dell'utile conseguibile in caso di aggiudicazione; se invece il ricorrente allega solo la perdita di una chance di vittoria, la somma commisurata all'utile di impresa deve essere proporzionalmente ridotta in ragione delle concrete possibilità di vittoria¹³⁷.

134 Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2005 n. 478, cit.; TAR Campania - Napoli, sez. I, 6 aprile 2001 n. 1584, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 1885.

135 Cons. St., sez. VI, 4 aprile 2003 n. 1775, in *Cons. Stato*, 2003, I, 837. - Nel caso in cui, poi, l'impresa illegittimamente esclusa da una gara di appalto sarebbe stata sicura aggiudicataria se il procedimento non fosse stato inficiato dagli errori commessi dalla stazione appaltante, il mancato utile va calcolato non sulla base dell'importo teorico del 10% dell'ammontare a base d'asta, ma tenendo conto della quota di utile che, in sede di offerta, l'impresa partecipante aveva stimato sufficiente nell'economia generale dell'appalto.

136 TAR Lombardia-Milano, sez. I, 23 dicembre 1999 n. 5049, in *Foro it.*, 2000, III, 198, con note di CARROZZA, FRACCHIA; in *Corr. giur.*, 2000, 391, con nota di DI MAJO A..

137 Cons. St., sez. IV, 10 agosto 2004 n. 5500. T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 27 febbraio 2009, n. 420.

Quanto alla base di calcolo della percentuale di mancato utile, si è osservato che tale percentuale non va calcolata sul prezzo posto a base di asta, bensì sul prezzo indicato nella offerta dal concorrente che chiede il risarcimento del danno¹³⁸.

Sotto il profilo probatorio, il mancato utile può essere quantificato con c.t.u. o anche sulla base di perizia di parte. Tuttavia la c.t.u. non può mai supplire all'onere probatorio di parte, circa il danno subito¹³⁹.

4.2. Le altre voci rientranti nel lucro cessante: il danno curriculare

Quanto ad altre voci di danno rientranti nel lucro cessante, si è ritenuto che, in sede di illegittima esclusione da appalto, il danno all'immagine professionale dell'impresa è risarcibile solo se vi sia la prova specifica che l'esclusione ha recato un nocumento all'immagine, alla professionalità, all'esperienza dell'impresa, ad esempio precludendo all'impresa ulteriori appalti in cui occorre dimostrare una specifica esperienza nell'ambito della quale non si può annoverare l'appalto non aggiudicato¹⁴⁰.

138 Cons. St., sez. V, 5 aprile 2005 n. 1563, in *Urb. app.*, 2005, 734.

139 Cons. St., sez. IV, 10 agosto 2004 n. 5500.

140 In linea di massima, deve ammettersi che l'impresa illegittimamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare a titolo di lucro cessante anche la perdita della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale (il cd. danno curriculare); infatti, l'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un'impresa, va ben oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé e al relativo incasso, posto che alla mancata esecuzione di un'opera appaltata si ricollegano indirettamente nocumenti all'immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del

5. Il danno da perdita di *chance*

La *chance* va intesa come possibilità di conseguire un risultato favorevole.

La *chance*, o concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, non è una mera aspettativa di fatto ma un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, per tanto la sua perdita, vale a dire la perdita della possibilità consistente di conseguire il risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale.

In relazione al danno da perdita di *chance*, è controverso se tale ipotesi vada collocata nell'ambito della responsabilità aquiliana, contrattuale, o da contatto.

Il problema forse è mal posto, perché nell'ambito di ogni tipo di responsabilità si può in concreto produrre, oltre che il danno ad una situazione soggettiva attuale, il danno ad una aspettativa, quale è la *chance*.

Sicché, la tematica della *chance* attiene, più che al tipo di responsabilità, al tipo di situazione giuridica soggettiva lesa ed ai criteri di quantificazione del danno.

potenziamento di imprese concorrenti che operano su medesimo target di mercato, dichiarate, in modo illegittimo, aggiudicatarie della gara (danno in genere liquidato nella misura ricompresa tra l'1% ed il 5% calcolato, a volte sull'importo globale dell'appalto, altre sulla somma già liquidata a titolo di lucro cessante). Cons. St. , sez. VI, 09 giugno 2008, n. 2751 - Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2003 n. 4567, cit.

Il danno da perdita di *chance* esula certamente dalla categoria dei danni futuri ossia quei danni (danni emergenti o lucri cessanti) che si prevedono doversi verificare in un tempo successivo a quello in cui il danneggiato fa valere la sua pretesa. Il criterio differenziale va individuato nel fatto che il danno da perdita di *chance* costituisce un danno attuale (non irrealizzato), presente e costituito dalla lesione della possibilità di conseguire il risultato favorevole.

Nella valutazione del danno da perdita di *chance* il pregiudizio subito dal danneggiato incide direttamente sul suo patrimonio e deve essere valutato in termini di probabilità, pur senza certezza della realizzazione della *chance* favorevole: in questo senso conta la valutazione della probabilità perduta non la certezza del conseguimento del vantaggio sperato.

La perdita di *chance* costituisce un danno derivante sia da responsabilità contrattuale che da responsabilità extracontrattuale, si identifica con la perdita della possibilità di conseguire un risultato utile, non con la perdita di quel risultato, ma richiede che siano stati posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato.

Nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, oggetto di tutela è la *chance* di vittoria del concorrente escluso o a cui è stata negata l'aggiudicazione, e viene dunque tutelata la perdita di un'occasione favorevole, quale danno attuale¹⁴¹.

Ha osservato la giurisprudenza che nei casi in cui ad un soggetto è preclusa a monte la partecipazione ad una gara o concorso,

141 Per la perdita di *chance* come danno attuale v. BIANCA C.M., *Diritto civile*, 5, - *la responsabilità*, Milano, 1994, 161.

sicché non è possibile dimostrare, *ex post*, né la certezza della vittoria, né la certezza della non vittoria, la situazione soggettiva tutelabile è la *chance*, cioè la astratta possibilità di un esito favorevole¹⁴².

Secondo la giurisprudenza, chi subisce un danno da perdita di *chance* può chiederne il ristoro o mediante la ripetizione dell'occasione perduta o per equivalente monetario¹⁴³.

In caso di ristoro per equivalente, ove il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, si ammette il ristoro della *chance* in via equitativa, con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile, scontato percentualmente¹⁴⁴.

Nel processo amministrativo, la perdita di *chance* va ristorata prioritariamente mediante ripetizione dell'occasione perduta¹⁴⁵.

Il risarcimento per equivalente monetario, così come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, ha carattere sussidiario rispetto al rimedio dell'ottemperanza al giudicato con il rinnovo del procedimento e del provvedimento, che più puntualmente risponde al

142 Il risarcimento del danno da parte dei ricorrenti che abbiano lamentato, non l'illegittima esclusione dalla gara per l'affidamento dell'appalto, ma il fatto che l'amministrazione abbia deciso di affidare l'appalto in via diretta, senza indire la gara, non può che avere la consistenza del c.d. danno da perdita di *chance* (Cons. St., sez. VI, 03 aprile 2007, n. 1514).

143 Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001 n. 6281, Cons. St., sez. VI, 25 luglio 2006 n. 4634, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, I, p. 1114.

144 Cons. St., sez. VI, 25 luglio 2006 n. 4634.

145 Premesso che la lesione dell'interesse legittimo consistente nella preclusione alla partecipazione ad una gara di appalto è risarcibile, in caso di impossibilità di reintegrazione in forma specifica, con una somma di denaro commisurata alla perdita di «*chance*», non spetta il risarcimento del danno per equivalente laddove l'accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione dell'appalto intervenga in tempo utile a restituire in forma specifica la «*chance*» di partecipare alla gara da rinnovarsi da parte dell'amministrazione, consentendo quindi la soddisfazione piena dell'interesse fatto valere. (Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281).

principio della effettività della tutela del cittadino nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione, sancito a livello costituzionale dagli artt. 24 e 113.

Solo nel caso in cui l'interessato limiti espressamente la sua richiesta al risarcimento per equivalente monetario, non si fa luogo al rinnovo del procedimento¹⁴⁶.

In caso di procedure concorsuali, la *chance* di vittoria va ristorata in forma specifica con il rinnovo della procedura concorsuale.

Una volta che avvenga il ristoro della posizione lesa mediante il rinnovo della procedura concorsuale, di regola non residua spazio alcuno per il risarcimento per equivalente monetario, salvo che sia data la prova, specifica, di un ulteriore danno emergente¹⁴⁷.

Il rinnovo della procedura concorsuale potrebbe, tuttavia, per mutamento della situazione di fatto, non ricreare le stesse identiche condizioni della originaria procedura.

In questo caso, secondo la giurisprudenza precedente, non vi è spazio per ulteriore tutela risarcitoria, in quanto, purché l'operato dell'amministrazione sia stato legittimo, il mutamento della situazione di fatto non è ad essa amministrazione imputabile.

Quando, infatti, a causa del decorso del tempo, l'occasione ripetuta non è stata, *recte*, non poteva essere, identica all'occasione perduta, siffatta diversità non è imputabile all'amministrazione, bensì al mero decorso del tempo.

Si tratta perciò di circostanze di mero fatto, che rientrano

146 Cons. St., sez. V, 10 agosto 2004 n. 5500; Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2005 n. 45.

147 Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001 n. 6281; Cons. St., sez. V, 13 marzo 2002 n. 1495; Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2004 n. 6579.

nell'alea normale propria di qualsiasi procedura concorsuale, e che, come tali, non sono giuridicamente apprezzabili. Ciò che rileva è il dato giuridico che l'amministrazione ha rinnovato la procedura concorsuale, ricostituendo la *chance* di vittoria in una situazione di sostanziale equivalenza con quella originaria. sicché, l'avvenuta esecuzione del giudicato di annullamento, mediante riproduzione della *chance*, nel rispetto delle regole della procedura concorsuale, rende inammissibile una richiesta di ristoro per equivalente monetario.

5.1. Il risarcimento della perdita di chance nelle procedure di affidamento di pubblici appalti

Nei pubblici appalti, il risarcimento in forma specifica della chance di vittoria del concorrente escluso, o comunque non aggiudicatario, consiste nella riammissione in gara del concorrente escluso, ovvero nella ripetizione della procedura.

Nel caso di illegittimo affidamento di appalto mediante trattativa privata, il risarcimento in forma specifica della chance consiste nella indizione di pubblica gara per l'appalto in questione. Quando la chance di successo viene tutelata in forma reale, risultano esclusi danni da risarcire per equivalente, a parte il danno emergente legato al ritardo della procedura e alle spese aggiuntive sofferte¹⁴⁸.

Tuttavia, al di là dei casi in cui il danno è con sicurezza quantificabile nei costi di partecipazione alla gara, ovvero nel mancato utile

148 Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001 n. 6281.

conseguente ad un illegittimo diniego di aggiudicazione quando è certo che l'appalto sarebbe stato aggiudicato al ricorrente, nella maggior parte degli appalti, l'annullamento della esclusione o della mancata aggiudicazione non comportano senz'altro la certezza che l'appalto sarebbe stato aggiudicato al ricorrente. Inoltre, se l'appalto è stato già aggiudicato e/o i lavori già eseguiti, il giudice in genere non ordina il rinnovo della gara. Sicché, la *chance* di vittoria del ricorrente può essere tutelata solo per equivalente.

Nell'ambito del risarcimento per equivalente della *chance* possono essere seguite due differenti tecniche.

La prima, talora praticata dalla giurisprudenza, consiste nel rinnovo «virtuale» della gara, per verificare se il ricorrente sarebbe stato il vincitore.

Nella seconda, il giudice si limita a monetizzare con criteri probabilistici e presuntivi la perdita di chance.

Nel rinnovo virtuale della gara, il giudice amministrativo segue un meccanismo in cui fase di cognizione e fase di esecuzione si fondono in un unico giudizio. In particolare, il giudice, dopo aver annullato l'illegittima esclusione o l'illegittimo diniego di aggiudicazione, allorché non è possibile il ristoro in forma specifica (mediante riammissione in gara o mediante aggiudicazione) e non è neppure certo che il ricorrente sarebbe risultato aggiudicatario (sicché non è possibile quantificare il danno per equivalente nella misura del mancato utile), dispone il: rinnovo virtuale della gara, al solo fine di quantificare il danno. Il rinnovo virtuale della gara può avvenire o

mediante c.t.u., o mediante incarico alla stessa stazione appaltante¹⁴⁹. All'esito di tale rinnovo virtuale sarà possibile, secondo l'esito dello stesso, determinare il danno risarcibile.

La giurisprudenza ha osservato che in un appalto pubblico la chance di vittoria dell'impresa illegittimamente esclusa deve essere ristorata in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara: se all'esito del rinnovo l'impresa risulti vincitrice, ma non possa aggiudicarsi l'appalto perché lo stesso nel frattempo è stato già eseguito, sarà dovuto il risarcimento per equivalente, sia del danno emergente (costi di partecipazione alla gara), sia del lucro cessante (mancato utile)¹⁵⁰.

Sicché, il giudizio di cognizione si conclude, oltre che con l'annullamento dell'atto illegittimo, con una sorta di pronuncia istruttoria, volta in prima battuta al rinnovo virtuale della gara, al fine della successiva liquidazione del danno, cui si potrà far luogo a condizione che sia accertata anche la colpa (o dolo) dell'amministrazione. Non può configurarsi colpa dell'Amministrazione ove la violazione delle regole da parte di questa sia l'effetto di un errore scusabile e se alla stessa amministrazione non possano essere mosse censure sul piano della diligenza e della perizia¹⁵¹.

Con la seconda tecnica, viene invece operata una valutazione probabilistica e presuntiva in ordine alla possibilità che aveva il ricorrente di risultare vincitore e sulla base della probabilità di vittoria,

149 Hanno ipotizzato il rinnovo virtuale della gara, ad. es., TAR Lombardia-Milano, sez. III, 11 dicembre 2000 n. 7702, in *Urb. app.*, 2001, p. 555.

150 Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4435.

151 Cons. St., sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6000.

maggiore o minore, viene quantificato proporzionalmente il danno risarcibile.

In definitiva, si segue il criterio civilistico secondo cui il danno da perdita di occasione favorevole è determinabile in via equitativa in ragione della maggiore o minore probabilità dell'occasione perduta¹⁵².

Talora la giurisprudenza amministrativa, seguendo una meno recente giurisprudenza civilistica, ha richiesto, al fine del ristoro del danno, che la probabilità di vittoria sia superiore al 50%: in tema di risarcimento danni, applicabile anche nel caso di responsabilità della pubblica amministrazione, la perdita di chance, diversamente dal danno futuro, che riguarda un pregiudizio di là da venire soggetto a ristoro purché certo e altamente probabile e fondato su una causa efficiente già in atto, costituisce un danno attuale (non irrealizzato) derivante da responsabilità contrattuale o da responsabilità extracontrattuale, che non si identifica con la perdita di un risultato utile bensì con la possibilità di conseguirlo e richiede, a tal fine, che siano stati posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato (ossia una probabilità di successo maggiore del cinquanta per cento statisticamente valutabile con giudizio prognostico ex ante secondo *l'id quod plerumque accidit* sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato)¹⁵³.

In particolare, la giurisprudenza ha osservato che il risarcimento per equivalente della perdita di chance viene quantificato con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara

152 BIANCA C.M., *op. cit.*

153 Cons. St., sez. VI, 7 febbraio 2002 n. 686.

o concorso¹⁵⁴.

In applicazione di tale criterio si è osservato che la domanda risarcitoria deve avere come base di calcolo l'importo del contratto medesimo dedotto dalla stazione appaltante, purché non contestato, né contraddetto dagli atti di causa, e il quantum del danno risarcibile (nella specie per illegittimo affidamento a trattativa privata), deve essere determinato ipotizzando il numero di partecipanti all'eventuale procedura concorsuale, sulla base dei dati relativi a gare simili indette dal medesimo ente, dividendo l'utile di impresa, quantificato in via forfetaria in misura pari al dieci per cento del prezzo base dell'appalto, per il numero dei possibili concorrenti¹⁵⁵.

Ancora, si è ritenuto che nella liquidazione del danno da perdita di chance in un pubblico appalto, occorre applicare un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di probabilità teorica di conseguire l'aggiudicazione (nella specie, attesa l'ampiezza dei poteri discrezionali della commissione tecnica, il coefficiente è stato equitativamente stabilito nella misura dell'85%)¹⁵⁶.

Va però segnalato che secondo la più recente giurisprudenza della Cassazione la *chance* è ristorabile ogni qualvolta la possibilità di vittoria sia seria, anche se non necessariamente superiore al 50%¹⁵⁷.

La tecnica del risarcimento per equivalente della perdita di chance - mediante determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti

154 Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001 n. 6281.

155 AR Campania-Napoli, sez. I, 20 maggio 2003 n. 5868, in *Trib. amm. reg.*, 2003, I, p. 1021.

156 TRGA - Bolzano, 12 febbraio 2003 n. 48.

157 Cass. Civ. s.u., 13 giugno 1991 n. 6657.

alla gara o concorso - è di complessa applicazione quando una gara non c'è mai stata, - come accade in caso di illegittimo affidamento a trattativa privata - sicché occorre ipotizzare in via di medie e presunzioni quale sarebbe stato il numero presumibile di partecipanti alla gara, se gara vi fosse stata (sulla base dei dati relativi a gare similari indette dal medesimo ente), e di dividere l'utile di impresa (quantificato in via forfetaria in misura pari al 10% del prezzo base dell'appalto) per il numero presuntivo di partecipanti: il quoziente costituisce la misura del danno risarcibile¹⁵⁸.

Una pregevole pronuncia del Consiglio di Stato¹⁵⁹ ha fatto il punto sul danno da perdita di *chances*.

6. La possibile opzione tra il risarcimento in forma specifica e il risarcimento per equivalente

Il risarcimento per equivalente ha carattere sussidiario rispetto alla reintegrazione in forma specifica, e può essere riconosciuto solo se il ricorrente abbia espressamente limitato a tale modalità la propria domanda risarcitoria¹⁶⁰ e in tal caso non si fa luogo al rinnovo del procedimento¹⁶¹.

158 Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001 n. 6281, cit.; TAR Lombardia- Brescia, 4 luglio 2006 n. 859, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, II, 1264.

159 Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2006 n. 5323, «Va poi accolta anche la domanda di risarcimento dei danni avanzata dalla ditta ricorrente, che, stante la discrezionalità del metodo di aggiudicazione, devono valutarsi come danni da perdita di *chance* e possono liquidarsi in via equitativa».

160 Cons. St., sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2280.

161 Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2004, n. 950, in *Cons. Stato*, 2004, I, 494. (187)

Come chiarito dalla giurisprudenza, il risarcimento per equivalente ha carattere sussidiario rispetto a quello in forma specifica, che più puntualmente risponde al principio della effettività della tutela del cittadino nei confronti dell'attività, provvedimento o materiale, della p.a., sancito a livello costituzionale dagli artt. 24 e 113.

Secondo un recente orientamento, la domanda di risarcimento in forma specifica comprende anche quella per equivalente, e il giudice può d'ufficio accordare il risarcimento per equivalente senza violare il principio della domanda; viceversa, se viene chiesto il risarcimento solo per equivalente, il giudice non può accordare di ufficio quello in forma specifica.

Circa la possibilità di limitare la richiesta al risarcimento monetario, rinunciando al rinnovo del procedimento, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito, quanto al rapporto tra il risarcimento per equivalente e la reintegrazione in forma specifica (intendendosi per tale anche la c.d. ottemperanza del giudicato amministrativo, mediante rinnovo del procedimento), che, per come ricavabile dal dato testuale dell'articolo 2058 codice civile (là dove precisa che «il danneggiato può chiedere...»), la richiesta del risarcimento per equivalente (esclusivamente riservata ad una libera opzione processuale del soggetto danneggiato) non autorizza la scelta del risarcimento in forma specifica ad opera del giudice e non postula, per la sua concessione, che sia a monte impraticabile la riparazione in forma specifica.

Cons. St., sez. V, 10 agosto 2004 n. 5500; Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2005 n. 45.

In particolare, tale analisi del rapporto tra i due moduli risarcitori va chiarito, con specifico riferimento al giudizio amministrativo ed alla lesione degli interessi pretensivi, nel senso che, se si qualifica come reintegrazione in forma specifica anche la rinnovazione dei provvedimenti annullati, si deve concludere che il giudicato demolitorio-conformativo soddisfa direttamente e pienamente l'interesse azionato e preclude, come tale, l'esercizio della pretesa risarcitoria generica, solo nelle ipotesi in cui il provvedimento controverso non ha prodotto effetti irreversibili ed intangibili ed è, quindi, ancora possibile l'assegnazione al ricorrente (per via amministrativa) dell'utilità giuridica od economica alla quale egli aspira (cfr. capitolo II par. 7).

Viceversa, quando il conseguimento del bene della vita è divenuto ormai impossibile, vuoi perché il provvedimento finale è stato interamente eseguito, vuoi perché le sue conseguenze giuridiche si sono cristallizzate per mezzo di atti ulteriori che hanno consolidato posizioni soggettive di terzi, resta riservata all'iniziativa del danneggiato la selezione tra le due tecniche di riparazione (risultando, a quel punto, quella in forma specifica di difficile configurazione ed attuazione) e l'omessa richiesta della tutela reintegratoria non implica alcuna preclusione nella concessione del risarcimento per equivalente.

Si è ritenuto che il ricorrente che ha conseguito l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara di appalto con riconoscimento del suo diritto a subentrare nell'appalto in corso, possa rinunciare ad avvalersi degli effetti conformativi del giudicato, e optare per il solo risarcimento per equivalente (cfr. D.lgs. 53/2010) Nel caso specifico si

trattava di appalto di servizi della durata originaria di tre anni, in cui il ricorrente poteva subentrare solo per la residua durata di cinque mesi. Il giudice ha osservato che il subentro nell'appalto per soli cinque mesi non soddisfa l'interesse originario, che è quello a conseguire un appalto di tre anni, e che ai sensi dell'articolo 1181 codice civile, il creditore può sempre rifiutare l'offerta di un adempimento parziale rispetto all'originaria prestazione¹⁶².

C'è tuttavia da chiedersi se la soluzione può essere identica nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione intervenga quando l'esecuzione dell'appalto non è ancora iniziata.

7. La difficile collocazione del risarcimento in forma specifica nell'ambito delle azioni previste nel processo amministrativo

L'introduzione nell'ambito del processo amministrativo del potere del giudice di disporre il risarcimento in forma specifica ha sollevato interrogativi rispetto alla sua collocazione all'interno delle diverse tipologie di azioni ammesse nel sistema della giustizia amministrativa¹⁶³. Ciò in quanto all'attribuzione in favore del giudice amministrativo del potere corrispondente alla funzione del risarcimento del danno non è seguita un'opera di rivisitazione della disciplina processuale.

Sia la dottrina che la giurisprudenza hanno cercato di tamponare

162 Cons. St., sez. VI, 10 novembre 2004 n. 7256; Cons. St. sez. VI, n. 213 del 25/01/2008.

163 PELLEGRINO G., a cura di, *Verso il codice del processo amministrativo*, Roma, 2010, p. 56.

la lacuna normativa attraverso una difficile attività di interpretazione, che trova il proprio limite nella prevalente natura impugnatoria attribuita al giudizio amministrativo.

7.1. La coincidenza del risarcimento in forma specifica con l'azione di annullamento

Parte della dottrina ha affermato che il risarcimento in forma specifica non rappresenta una nuova tipologia di azione, da affiancare all'azione costitutiva di impugnazione, in quanto tale rimedio è già contenuto nell'ambito degli effetti che derivano dall'accoglimento dell'azione di annullamento.

In primo luogo sono stati evidenziati gli effetti demolitori degli atti amministrativi, in base ai quali i provvedimenti impugnati ed annullati sono considerati come retroattivamente mai posti in essere con l'unico limite costituito dai cosiddetti effetti irreversibili¹⁶⁴.

In secondo luogo gli effetti ripristinatori che tendono a rimuovere le trasformazioni materiali e giuridiche, che sono state eventualmente realizzate nelle more dell'espletamento del giudizio¹⁶⁵.

Infine, gli effetti conformativi che consentono al giudice

164 CARINGELLA F, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, 1178.

165 CARINGELLA F., *op. cit.*, 1179, secondo cui: «L'effetto di ripristinazione produce una restaurazione della situazione precedente all'adozione dell'atto annullato, implica in definitiva una ricostituzione della situazione di fatto e di diritto esistente al tempo in cui fu emanato l'atto annullato secondo un principio di diritto comune rinvenibile anche nell'art. 1443 cc. con riferimento al contratto e nell'art. 389 c.p.c. [...] volto alla tutela degli interessi oppositivi».

amministrativo di non limitare la sua funzione all'accertamento del vizio d'illegittimità dell'atto ed al conseguenziale annullamento, ma di dettare all'amministrazione (nella motivazione della sentenza) anche la regola da seguire, per evitare di commettere ulteriori illegittimità, nel compimento del successivo esercizio dell'attività di riesame.

Per le ragioni esposte, è stato affermato in giurisprudenza che l'annullamento giurisdizionale dell'atto ed il successivo rinnovo compiuto dall'amministrazione, in sede di riesame, rappresentano «di per sé un risarcimento in forma specifica, che esclude o riduce altre forme di risarcimento»¹⁶⁶.

Tuttavia detta ricostruzione appare in contrasto con l'asserita (dalla giurisprudenza) natura giuridica risarcitoria della reintegrazione in forma specifica.

Ciò in quanto diversi sono i presupposti necessari per l'azione di annullamento, nell'ambito della quale l'accoglimento della domanda dipende dall'illegittimità dell'atto, e per il risarcimento in forma specifica, che, invece, richiede tutti gli elementi costitutivi della fattispecie dell'illecito.

Non è possibile, quindi, confondere la tutela in forma specifica con gli effetti ripristinatori e/o conformativi dell'annullamento giurisdizionale, perché nel primo caso occorre un fatto illecito, mentre

166 Cons. St., sez. V, 12 dicembre 2004, n. 6579, *Cons. Stato*, 2004, I, 2112; Cons. St., sez. V, 10 febbraio 2004, n. 493, *ivi*, 2004, I, 295; TAR Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, *Foro amm.*, 2002, 2579. In linea con tale affermazione si è inoltre stabilito che la domanda giurisdizionale di annullamento dell'atto «Contiene in sé implicita la domanda di risarcimento in forma specifica, mediante, il rinnovo, legittimo, dell'atto annullato», non escludendo la possibilità di ottenere i danni «per la parte in cui l'appalto ha già avuto esecuzione».

nel secondo è sufficiente la carenza sopravvenuta dell'efficacia di un atto legittimo¹⁶⁷.

Aderendo, invece, all'impostazione nella quale l'azione di annullamento coincide con quella di reintegrazione, si produrrebbe l'effetto paradossale di escludere che in assenza di un danno ingiusto si possa procedere non soltanto al risarcimento, ma perfino all'annullamento giurisdizionale dell'atto¹⁶⁸.

È evidente che tra le due azioni non sussiste una situazione d'immedesimazione, nella quale l'una scompare nell'altra, ma di complementarità¹⁶⁹, come si deduce da una pronunzia che afferma che l'annullamento assorbe in sé la funzione della reintegrazione, ma poi aggiunge che per valutare la risarcibilità di eventuali danni occorre attendere l'esito dell'attività di riesame¹⁷⁰.

167 cfr., A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Milano, 2000, 3521; nonché cfr. Cons. St., Ad. plen., 29 aprile 2005, n. 2, *Foro it.*, 2006, III, 72, secondo cui, in una fattispecie di annullamento giurisdizionale della dichiarazione di pubblica utilità e dei conseguenti provvedimenti, l'accoglimento della domanda del proprietario che rivendica la restituzione del bene è «fondata sul venir meno del titolo legale dell'apprensione del bene» e non risulta preclusa dall'applicazione dell'art. 2058 c.c..

168 TIBERII M., *La tutela del terzo nei contratti ad evidenza pubblica*, Napoli, 2010, p. 90.

169 A. TRAVI, *op. Cit.*, p. 3521.

170 Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6579, *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 2872, nella quale si afferma che: «il risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente costituiscono forme alternative di ristoro, di cui la prima, ove praticabile, di regola elimina l'area del danno da risarcire per equivalente, ovvero la riduce al solo danno emergente».

7.2. Il risarcimento in forma specifica nel processo di cognizione al fianco dell'azione di annullamento

Secondo un'altra dottrina, il conferimento del potere di risarcire i danni al giudice amministrativo non confluisce nell'ambito dell'azione di annullamento, ma si pone al fianco del giudizio impugnatorio, poiché¹⁷¹ si può considerare il diritto al risarcimento del danno come «un diritto consequenziale all'annullamento dell'atto».

Si tratta, dunque, di un'azione (quella volta ad ottenere il risarcimento) autonoma quanto ai presupposti (costitutivi dell'illecito), ma comunque dipendente dal previo esperimento ed accoglimento della domanda di annullamento degli atti.

In base a tale ipotesi ricostruttiva le azioni di annullamento e risarcimento risultano entrambe distinte ma poste in sequenza, con al centro «l'effetto conformativo» che, pur essendo contenuto nella prima pronunzia, già contempla una prima regola di risoluzione del conflitto tra gli interessi oggetto del giudizio¹⁷².

171 Sul tema cfr. MOSCARINI L.V., *Risarcibilità degli interessi legittimi e termine di decadenza: riflessioni a margine dell'ordinanza n. 1 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 gennaio 2000*, *Dir. proc. amm.*, 2001, 1; MONTESANO M., *giudizi sulle responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione*, *Dir. proc. amm.*, 2001, 3, 583.

172 Cons. St. n. 3338 del 2002, nella quale si evidenzia che «l'obbligo per la p.a. di provvedere in un determinato modo è già presente nel giudizio amministrativo in virtù del legame tra parte dispositiva e parte motiva della decisione, cui la p.a. è tenuta a conformarsi». Questa decisione inoltre si segnala perché considera lo strumento dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento come equivalente ad un'azione di adempimento, considerato che nel caso d'inadempimento in entrambe le ipotesi lo strumento di tutela è l'azione di esecuzione o d'ottemperanza.

7.3. Il risarcimento in forma specifica si instaura nell'ambito del giudizio di ottemperanza

La tesi che, ponendo il risarcimento in forma specifica al fianco dell'azione di annullamento, riconosce al rimedio in esame la funzione di sollecitare una pronunzia di condanna ad un «*facere*» specifico, consistente nell'adozione di un provvedimento, come accade quando si ordina all'amministrazione di «disporre l'aggiudicazione della gara di appalto»¹⁷³, è stata oggetto di numerose osservazioni critiche.

In particolare, si è evidenziato che nell'ambito della giurisdizione di legittimità il giudice amministrativo ha soltanto il potere di annullare gli atti impugnati, ma non può procedere all'accertamento dei fatti costitutivi del rapporto tra il privato e la pubblica amministrazione, né adottare pronunzie volte a modificare o sostituire le decisioni amministrative¹⁷⁴.

173 Cfr. Cons. St., sez. IV, 28 aprile 2006, n. 2408, in *Foro amm. C.J.S.*, 2006, IV, 1175. L'azione risarcitoria, richiedendo l'accertamento del danno ingiusto, ha invero potenziato la funzione di accertamento già contenuta nell'ambito dell'azione di annullamento la quale, anche in seguito alle recenti trasformazioni dell'ordinamento (cfr. art. 21 *octies*, 1. n. 241 del 1990), si è evoluta dalla mera verifica della presenza di un vizio soltanto formale all'indagine sull'illegalità sostanziale, ovvero sulla capacità delle patologie dell'atto di compromettere la correttezza delle decisioni amministrative.

174 cfr., TAR Lombardia, Milano, sez. III, 31 gennaio 2002, n. 416, in *Foro amm. T.A.R.*, 2002, 404, che ha respinto la domanda di risarcimento in forma specifica osservando che: «non rientra nei poteri del giudice amministrativo sostituirsi all'amministrazione nella gestione del potere, essendo la sua funzione primariamente limitata ad un sindacato di legittimità che si esercita, per così dire, dall'esterno. La funzione

Come noto, infatti, il nostro ordinamento giuridico è ancora fondato sul principio della separazione delle sfere di attribuzione del potere giurisdizionale ed amministrativo, sì che l'adozione da parte del giudice amministrativo di una pronuncia di condanna, rivolta ad ordinare un obbligo di fare specifico, si tradurrebbe nella palese violazione dell'area delle valutazioni riservate alla discrezionalità amministrativa.

Inoltre, si è evidenziato che la collocazione di un'eventuale pronuncia di condanna ad un *facere* specifico nell'ambito del giudizio risarcitorio, consequenziale all'annullamento dell'atto amministrativo impugnato, comporterebbe una minore garanzia di tutela nei confronti del privato ricorrente.

Si è già rilevato, infatti, che dalla natura risarcitoria del rimedio in esame deriva l'applicazione della disciplina prevista dal codice civile in materia di attività illecita, con riferimento non soltanto ai presupposti previsti dall'articolo 2043 del codice civile, quanto soprattutto alle condizioni prescritte dall'articolo 2058 dello stesso codice per il risarcimento in forma specifica, che subordina l'accoglimento della richiesta di tutela alla circostanza della possibilità della prestazione e non eccessiva onerosità della stessa.

Al riguardo, la giurisprudenza¹⁷⁵ ha chiarito che l'adozione di un provvedimento, da parte della amministrazione, non può dipendere dalla presenza di un danno eventualmente inferto nei confronti di un

amministrativa, nel sistema vigente, è sempre riservata, infatti, almeno in prima battuta, all'amministrazione ed a quest'ultima il giudice amministrativo può sostituirsi soltanto quando la sua giurisdizione sia estesa anche al merito».

175 Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, *Riv. giur. edilizia*, 2002, I, 1344.

privato, o dalla valutazione sulla convenienza economica tra il risarcimento ed il ripristino della situazione lesa in forma specifica.

Appare, infatti, evidente che ove si accerti la spettanza di un provvedimento, ossia il rilascio di un determinato atto in favore del privato, questa pretesa non costituisce una misura risarcitoria, ma l'esecuzione di un obbligo o di un dovere primario che grava in capo alla pubblica amministrazione, nell'ambito di un giudizio che attiene «a profili di adempimento e di esecuzione»¹⁷⁶.

Il tentativo operato dalla dottrina di anticipazione della pienezza della tutela dal giudizio di ottemperanza, che rappresenta la fase finale del processo amministrativo, alla precedente fase del giudizio risarcitorio risulta, pertanto, controproducente, perché si traduce nella sottoposizione della richiesta volta a conseguire il bene della vita ad

176 Cfr. Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, cit.; nonché Cons. St., sez. V, 15 marzo 2004, n. 1280; in dottrina si rinvia a TRAVI A. *processo*, nella parte in cui l'autore rileva che: «La distinzione fra i modelli di tutela è stata richiamata anche in alcune decisioni recenti del Consiglio di Stato, in particolare da Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, e da Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716». In queste due decisioni viene sottolineata innanzi tutto l'esigenza di non confondere l'azione risarcitoria con l'azione di adempimento e con l'esecuzione specifica dei doveri rimasti inadempiti. L'azione risarcitoria reintegra «l'interesse del danneggiato mediante una prestazione diversa e succedanea rispetto al contenuto del rapporto obbligatorio» (così Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338, cit.). «L'adozione, da parte dell'amministrazione, di un determinato provvedimento attiene a profili di adempimento e di esecuzione e non a quelli risarcitori; in presenza di accertata spettanza del provvedimento preteso, l'emanazione dello stesso non costituisce una misura risarcitoria, ma rappresenta la doverosa esecuzione di un obbligo che grava sull'amministrazione» (così Cons. St., sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716, cit., che prosegue osservando come non vada confusa «la coazione all'esecuzione di doveri inadempiti con il risarcimento in forma specifica, anche perché il risarcimento in forma specifica, ai sensi dell'art. 2058 c.c., incontra un limite, quello dell'eccessiva onerosità, che invece non vale per l'esecuzione di doveri inadempiti»).

un più rigido regime di limitazioni, nell'ambito del quale all'ostacolo dell'impossibilità (sopravvenuta) si aggiunge anche l'ulteriore barriera della «eccessiva onerosità».

Si forma così un terzo orientamento, che considera l'azione di ottemperanza come la sede più adeguata nella quale far valere la pretesa al rilascio del provvedimento, che rappresenta una forma di esecuzione specifica della prestazione originariamente dovuta.

Questa scelta appare, del resto, dettata anche dalla diversa natura del giudizio amministrativo di esecuzione, nell'ambito del quale, come noto, il giudice possiede più ampi poteri istruttori di accesso e di accertamento dei fatti, nonché può, anche attraverso la nomina di un commissario *ad acta*, adottare atti e provvedimenti in sostituzione della p.a. rimasta inadempiente.

Nell'ambito di questa prospettazione, si è osservato che con la nuova formulazione dell'articolo 7, comma 3, legge TAR, la funzione del processo di ottemperanza di realizzare l'assetto degli interessi delineato dalla pronuncia irrevocabile di annullamento del provvedimento amministrativo illegittimo, è stata arricchita e completata dal potere attribuito al giudice amministrativo di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno, sia attraverso la reintegrazione in forma specifica che per equivalente; in tal modo, l'impossibilità di realizzare puntualmente il giudicato, per effetto di sopravvenienze di fatto o di diritto, non determina l'impossibilità di ristorare, sia pure per equivalente, il pregiudizio patrimoniale derivante dal provvedimento annullato¹⁷⁷.

177 Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2003 n. 1077, in *Cons. Stato*, 2003, I, p. 433.

Configurare il risarcimento come una ottemperanza alla sentenza di annullamento, comporta che la relativa domanda può essere proposta anche per la prima volta in sede di giudizio di ottemperanza, purché si tratti di giudizio (di ottemperanza) di primo grado, per rispettare il principio del doppio grado di giudizio¹⁷⁸.

Allo stato attuale, non sempre è chiara nell'elaborazione giurisprudenziale la distinzione tra tutela ripristinatoria, che si persegue con l'ottemperanza, e reintegrazione in forma specifica, che è comunque una azione risarcitoria, e spesso vengono qualificate come «reintegrazione in forma specifica» ipotesi che attengono alla esecuzione del giudicato mediante ripristino della situazione lesa, sicché più correttamente dovrebbe parlarsi di «esecuzione in forma specifica».

Occorre allora stabilire una gerarchia tra esecuzione del giudicato mediante azione ripristinatoria e risarcimento del danno, dovendosi ritenere, che, stante la indisponibilità degli interessi pubblici, la tutela ripristinatoria non vada considerata come eccezionale e residuale, ma al contrario come forma principale di tutela, rispetto alla quale quella risarcitoria va considerata sussidiaria, e dunque praticabile solo quando la tutela restitutoria non possa essere conseguita con successo¹⁷⁹.

In dottrina, si è ritenuto che la previsione secondo cui il giudice amministrativo può ordinare il risarcimento in forma specifica,

178 TAR Campania-Napoli, sez. I, 21 febbraio 2002 n. 995, in *Trib. amm. reg.*, 2002, I, 1556; TAR Campania-Napoli, sez. I, 4 ottobre 2001 n. 4485, in *Trib. amm. reg.*, 2001, I, 4136.

179 Cons. St., sez. IV, 29 aprile 2002 n. 2280, in *Cons. Stato*, 2003, I, 898; Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003 n. 6666.

comportando una condanna del giudice all'amministrazione ad un *facere* pubblicistico, contempla una nuova ipotesi di giurisdizione di merito¹⁸⁰. A tale tesi si è obiettato che le nuove ipotesi di giurisdizione di merito necessitano di una previsione espressa.

Per altra tesi, gli articoli 7, legge n. 205/2000 e 35, D.lgs. n. 80/1998, contemplano una azione di adempimento, sul modello tedesco¹⁸¹.

Secondo un'altra impostazione dottrinarica, il risarcimento in forma specifica va inquadrato nel diritto amministrativo e, se riferito agli interessi legittimi, assume un significato diverso che rispetto ai diritti soggettivi. In particolare, il risarcimento in forma specifica riferito agli interessi legittimi mira a rimuovere la situazione che è all'origine del danno, correggendo l'esercizio della funzione amministrativa, sicché la reintegrazione in forma specifica degli interessi legittimi sarebbe sottratta alla logica della convertibilità degli obblighi primari in obblighi di corresponsione di un equivalente monetario, e sarebbe invece dominata dal principio opposto della restaurazione delle posizioni giuridiche lese, attraverso il ripristino di uno stato conforme a diritto: in tale logica si giustificherebbe l'imposizione alla pubblica amministrazione, da parte del giudice, di obblighi di fare, in relazione a interessi pretensivi¹⁸².

Sul tema si può osservare che la reintegrazione in forma

180 MOSCARINI L.V., *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 819.

181 VIRGA P., *La reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 326.

182 TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria dell'interesse legittimo*, Torino, 2000.

specifica, a seguito di un giudizio di annullamento di un atto amministrativo, assume spesso, anche se non sempre connotati propri dell'ottemperanza concretandosi, come quest'ultima, in un ordine del giudice rivolto all'amministrazione a rinnovare il procedimento amministrativo e, in caso di atti vincolati, ad adottare il provvedimento chiesto dal ricorrente.

Il giudizio di ottemperanza ha natura di giurisdizione di merito, comportando il potere del giudice di ordinare all'amministrazione un *facere* pubblicistico.

Il potere del giudice di ordinare la reintegrazione in forma specifica è espressamente previsto dall'articolo 35, d.lgs. n. 80/1998 sicché, a fronte di una espressa previsione di legge, che oltretutto si raccorda con il già esistente giudizio di ottemperanza, non si può dubitare della sussistenza del potere del giudice di condannare l'amministrazione ad un *facere* pubblicistico.

Ora, date le peculiarità del processo amministrativo impugnatorio, che sfocia nell'annullamento di un atto amministrativo, e stante la tesi secondo cui al fine del risarcimento del danno è pregiudiziale il previo annullamento dell'atto amministrativo, accade che il giudizio risarcitorio si colloca a valle di quello impugnatorio, alla stessa stregua del giudizio di ottemperanza, e che il giudizio risarcitorio assuma spesso, anche se non sempre, lo stesso ruolo di quello di ottemperanza, di esecuzione del giudicato di annullamento e di ripristino dell'ordinamento violato.

In particolare, la differenza tra azione risarcitoria e azione di esatto adempimento va mantenuta ferma anche nel giudizio

amministrativo:

- con l'azione di esatto adempimento, si mira a conseguire proprio ed esattamente il provvedimento negato;
- con l'azione di risarcimento in forma specifica, si mira a conseguire un provvedimento analogo, ma non identico a quello negato.

Esemplificando, in un giudizio avverso diniego di aggiudicazione:

- con l'azione di ottemperanza, si mira a conseguire proprio l'aggiudicazione negata, nella medesima gara di appalto;
- con l'azione di reintegrazione in forma specifica, si mira a conseguire l'aggiudicazione di un appalto analogo, ma non quello negato, ormai non più conseguibile (perché già eseguito o in corso di esecuzione): il che è concretamente possibile negli appalti di servizi e forniture, aventi carattere di durata, in cui, perso un appalto, perché nel frattempo già eseguito, si può aspirare ad un nuovo appalto simile, per un diverso periodo temporale.

Va evidenziato che spesso nella pratica viene qualificata come azione di reintegrazione in forma specifica quella che in realtà è un'azione di ottemperanza.

Quando sotto forma di reintegrazione in forma specifica viene chiesta in realtà l'ottemperanza, l'azione risarcitoria non si differenzia dal giudizio di ottemperanza, quanto a scopi e natura giuridica.

La differenza è di rito, in quanto il giudizio di ottemperanza si propone separatamente da quello di cognizione, e previa diffida all'amministrazione, mentre il giudizio risarcitorio può essere instaurato contestualmente a quello impugnatorio.

In tale ipotesi l'assimilazione dell'azione volta alla reintegrazione in forma specifica a quella di ottemperanza, comporta che, al pari che nel giudizio di ottemperanza, si deve prescindere da un esame sull'elemento della colpa dell'amministrazione.

Altrimenti, si perviene al paradossale risultato che si può negare la reintegrazione in forma specifica quando si esclude la colpa dell'amministrazione, laddove l'ottemperanza viene accordata in ogni caso, a prescindere dall'assenza di colpa: è quanto accaduto nel caso deciso da Tar Sicilia-Catania, n. 2261/2002, che ha ritenuto in astratto possibile la reintegrazione in forma specifica a seguito di annullamento di aggiudicazione, ma la ha in concreto negata per difetto di colpa dell'amministrazione¹⁸³. Ma, così ragionando, attraverso l'istituto del risarcimento del danno, che nell'intenzione di giurisprudenza e legislatore è stato esteso al processo amministrativo per ampliare la tutela dei privati, si finisce con il ridurre la tutela, rispetto a quanto si sarebbe potuto ottenere con il giudizio di ottemperanza.

Inoltre, come osservato dalla giurisprudenza, la reintegrazione in forma specifica è ancorata, dall'articolo 2058 del codice civile, a presupposti più severi rispetto al giudizio di ottemperanza: oltre all'elemento soggettivo della colpa, occorre che la reintegrazione sia, oltre che possibile, non eccessivamente onerosa per il debitore, laddove il giudizio di ottemperanza prescinde sia dalla colpa che dall'eccessiva onerosità, ed è ancorato al solo requisito della possibilità. Ancora, mentre il giudizio risarcitorio necessita di due

183 T.A.R. Molise, 27 aprile 2006, n. 501, con nota CENICCOLA E., in *Riv giur Mol. Sannio*, n. 3, 2006.

gradi di giudizio, così non è per il giudizio di ottemperanza alle sentenze di appello.

Sicché, in caso di interessi pretensivi, come quelli, in materia di appalti, a conseguire l'aggiudicazione, può in concreto essere più appetibile il giudizio di ottemperanza che quello per reintegrazione in forma specifica.

La reintegrazione in forma specifica acquista una sua utilità e valenza autonoma, come osservato dalla giurisprudenza, nei giudizi a tutela di interessi oppositivi (riconsegna e ripristino del bene illegittimamente sottratto, consegna di una cosa uguale a quella illegittimamente distrutta, riparazione materiale dei danni cagionati in esecuzione di un provvedimento illegittimo).

Inoltre, la reintegrazione in forma specifica ha una sua autonomia, anche per gli interessi pretensivi, quando si mira ad ottenere non l'identico provvedimento negato, ma un provvedimento analogo, p. es. l'affidamento di una simile gara di appalto, rispetto a quella non più conseguibile, o il subentro nell'appalto in corso (il che è possibile negli appalti a esecuzione continuata o periodica, quali servizi e forniture).

7.4. L'autonomia dell'azione di risarcimento in forma specifica rispetto all'azione di ottemperanza

Si è affermato in dottrina che la reintegrazione in forma specifica del danno ingiusto, ai sensi dell'articolo 35, D.lgs. n. 80/1998, deve essere

considerata alla stregua di una alternativa risarcitoria, potendo quest'ultima intervenire anche per equivalente, e trova applicazione nel diritto amministrativo soprattutto in caso di tutela di interessi di tipo oppositivo.

Invece, la reintegrazione in forma specifica non costituisce il mezzo per impartire un ordine all'amministrazione di emanare un determinato provvedimento o quanto meno di provvedere in un determinato modo, perché così opinando si darebbero all'istituto caratteri che non corrispondono in realtà alla vera e propria tutela aquiliana, ma tengono assai di più della tutela ripristinatoria che si ottiene con il giudizio di ottemperanza, il che presupporrebbe un concetto di reintegrazione in forma specifica del tutto diverso da quello affermatosi in sede civilistica sulla base dell'articolo 2058 del codice civile.

Invero, lo strumento risarcitorio, sia per equivalente che in forma specifica, si caratterizza per l'imposizione al debitore (*rectius*, all'amministrazione) di una «prestazione» diversa in sostituzione di quella originaria; se l'amministrazione era tenuta al rilascio di un determinato provvedimento, l'adozione di quell'atto costituisce il contenuto primario della «prestazione» cui l'amministrazione era appunto tenuta, e non assume una funzione risarcitoria; pertanto è inammissibile, sulla base della disciplina vigente, la domanda finalizzata ad ordinare all'amministrazione l'emanazione di provvedimenti amministrativi, anche se di carattere vincolato (ovvero ad accertare un obbligo in tal senso) (nella specie, si è ritenuta inammissibile la domanda, qualificata come di risarcimento in forma

specifica, volta ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto)¹⁸⁴.

Ha osservato la giurisprudenza che l'adozione da parte dell'amministrazione di un determinato atto amministrativo attiene più ai profili di adempimento e di esecuzione che non a quelli risarcitori: in presenza di un illegittimo diniego e di accertata spettanza del provvedimento amministrativo richiesto, il rilascio dello stesso costituisce non una misura risarcitoria, ma la doverosa esecuzione di un obbligo che grava sull'amministrazione, salvi gli eventuali danni causati al privato (esso viene infatti accordato a prescindere sia dall'esistenza di un danno patrimonialmente apprezzabile e, soprattutto, dall'indagine sull'elemento soggettivo dell'illecito). Riportare anche tale fase nell'ambito della reintegrazione e quindi della tutela risarcitoria significa estendere a tale fase anche tutti i limiti di tale tutela, che sono più rigorosi rispetto ai limiti previsti per l'esecuzione. Infatti, mentre la reintegrazione in forma specifica richiede una verifica in termini di onerosità ai sensi dell'articolo 2058, comma 2, codice civile, tale verifica non è richiesta in relazione alle forme di esecuzione in forma specifica della prestazione originariamente dovuta, per le quali può rilevare la sola sopravvenuta impossibilità¹⁸⁵, e salva la verifica se sia possibile applicare, in sede di giudizio di ottemperanza, l'articolo 2933, comma 2, del codice civile¹⁸⁶, quale principio generale dell'ordinamento, secondo cui non

184 Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002- n. 3338.; aderisce a tale impostazione TRAVI A., *La reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo tra azione di adempimento e azione risarcitoria*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2003, 208 ss..

185 Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002 n. 3338.

186 Cfr. in tal senso v. Cons. St., sez. V, 12 luglio 1996 n. 874, in *Foro it.*, 1996, III, 485; con nota di PIETROSANTI; Cons. St., 1996, I, 1159; *Corr. giur.*,

va ordinata la distruzione della cosa (opera pubblica realizzata) «se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale»; ma secondo l'interpretazione preferibile la norma si riferisce alle cose insostituibili o di eccezionale importanza per l'economia dell'intero Paese.

Secondo tale orientamento, con l'inciso «anche attraverso la reintegrazione in forma specifica» di cui all'articolo 35 del D.lgs. n. 80/1998 il legislatore ha voluto introdurre solo una modalità alternativa di tutela risarcitoria, non l'azione di adempimento simile a quella prevista nell'ordinamento tedesco che consente di agire in giudizio per ottenere la condanna dell'amministrazione all'emanazione di un provvedimento o di un atto amministrativo; sicché si esclude che con la reintegrazione in forma specifica si possa conseguire l'imposizione all'amministrazione di atti amministrativi anche se di carattere vincolato.

8. La quantificazione del danno e il concorso del fatto colposo del creditore

Sia che si accolga la tesi della natura contrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione, sia che si accolga quella della natura aquiliana (prevalente), trova applicazione l'articolo 1227 del codice civile (dettato per la responsabilità contrattuale, e richiamato anche per la responsabilità aquiliana dall'articolo 2056 del codice civile).

1996, 1408.

Il comma 1 dell'articolo 1227 codice civile dispone che se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Il comma 2 dell'articolo 1227 codice civile esclude il risarcimento per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Mentre il comma 1 dell'articolo 1227 si limita a prevedere una riduzione del risarcimento in relazione al concorso di colpa del creditore, il comma 2 del medesimo articolo esclude senz'altro il risarcimento per i danni evitabili con l'ordinaria diligenza.

La giurisprudenza ha fatto applicazione di tale articolo per affermare la necessità che venga chiesto il previo annullamento dell'atto illegittimo, ritenendo che la richiesta del risarcimento, proposta dopo aver fatto scadere i termini di impugnazione del provvedimento integri gli estremi del fatto colposo del creditore. Sono ipotizzabili una serie di altri casi in cui può ravvisarsi il concorso del fatto colposo del creditore.

Nell'ambito delle partecipazione a gare di appalto, sono ipotizzabili negligenze di carattere formale da parte dei concorrenti, che possono indurre la stazione appaltante a rigorose esclusioni, poi annullate dal giudice amministrativo.

In tali ipotesi, pur considerati illegittimi i provvedimenti amministrativi eccessivamente formalistici, si deve ritenere che vi sia un concorso colposo del concorrente, che va tenuto in debito conto in sede di quantificazione del danno.

La giurisprudenza ha infatti affermato il concorso colposo del danneggiato in un caso di violazione da parte del privato dei doveri di correttezza nel fornire il suo apporto partecipativo al procedimento, celando circostanze rilevanti o producendo dichiarazioni inesatte: in particolare, in un giudizio relativo all'esclusione di un'offerta ritenuta anomala, il giudice amministrativo, pur avendo annullato l'esclusione, ha escluso la colpa dell'amministrazione, riconoscendone l'errore scusabile, valutato anche alla luce del comportamento negligente del privato, che non aveva fornito una completa analisi degli elementi dell'offerta come richiesto dal bando di gara, concorrendo quindi a causare l'errore della amministrazione¹⁸⁷.

Si può poi ipotizzare che il concorrente risultato aggiudicatario provvisorio, di sua iniziativa, appresti i mezzi per l'esecuzione dell'appalto, prima che intervengano l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto.

In tale ipotesi, se l'amministrazione nega l'aggiudicazione e la stipulazione, e tali atti siano poi riconosciuti illegittimi dal giudice, il risarcimento andrà limitato al danno da ritardo e da perdita di altre occasioni, ma andranno esclusi i danni evitabili con l'ordinaria diligenza (quali quelli derivanti da un intempestivo approntamento dei mezzi di esecuzione dell'appalto).

Non può invece trovare applicazione l'articolo 1227 del codice civile nel caso in cui l'azione di risarcimento venga esperita nel rispetto del termine di prescrizione, ma decorso un notevole lasso di tempo, in quanto secondo l'insegnamento della Corte costituzionale il

187 Cons. St., sez. VI 19 luglio 2002 n. 4007.

principio contenuto nell'articolo 1227, comma 2, codice civile, secondo cui il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, non si estende alla sollecitudine nell'agire a tutela del proprio credito, posto che i maggiori danni dovuti al decorso del tempo sono comunque imputabili esclusivamente alla condotta del debitore, tenuto al tempestivo adempimento della sua obbligazione.

Capitolo III

Interventi comunitari e legge n. 443 del 2001 (Legge Obiettivo)

1. La disciplina speciale relativa alle infrastrutture ed agli insediamenti produttivi

L'articolo 14 del D.lgs. n. 190/2002 (attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici di interesse nazionale) rubricato «norme in materia processuale», disciplina, al comma 1, i giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa che comunque riguardino le procedure di progettazione, approvazione e realizzazione delle infrastrutture ed insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione ed asservimento.

La norma di cui al citato articolo 14 contiene disposizioni eccezionali che si inseriscono nel regime speciale inerente gli appalti pubblici (di cui all'articolo 23 *bis* della legge n. 1034/1971). Si tratta di un regime speciale che trova giustificazione nelle esigenze di celerità connesse alla realizzazione di infrastrutture ed insediamenti di primaria importanza per la modernizzazione e lo sviluppo nazionale

così come previsto dalla cosiddetta legge obiettivo (legge n. 443/2001). Tale disciplina è stata sostanzialmente trasfusa nell'articolo 246 del D.lgs. 163/06.

1.2. La sospensione cautelare, l'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto stipulato

Ai sensi del comma 3 del richiamato articolo, la valutazione del provvedimento cautelare eventualmente richiesto deve tener conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera; nel concedere la misura cautelare il giudice non potrà prescindere dal motivare anche sulla gravità ed irreparabilità del pregiudizio all'impresa del ricorrente, il cui interesse dovrà comunque essere comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.

Va osservato che il comma 3 richiede al giudice amministrativo, prima di concedere il richiesto provvedimento cautelare, di tenere conto, delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per gli interessi sia pubblici che privati che possono essere lesi.

Tale disposizione non desta problemi, dal momento che è quanto normalmente avviene già nella delibazione in camera di consiglio, propedeutica alla decisione sull'istanza cautelare. Il giudice considera non solo gli interessi delle parti contrapposte - quello

pubblico alla realizzazione dell'opera e quello alla legittimità delle procedure indette e delle attività svolte dall'amministrazione - ma anche altri interessi pubblici eventualmente coinvolti; si pensi a quello ambientale o paesaggistico che si contrappone in genere all'interesse alla realizzazione dell'opera.

Il giudice, inoltre, deve anche tenere conto dell'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera; interesse che la legge qualifica «preminente» su tutti gli interessi che possono essere lesi.

Il giudice amministrativo è chiamato quindi ad una valutazione di qualcosa che è stato previamente valutato dal legislatore; si tratta allora di una valutazione inutile, dovendosi limitare a dare atto che l'opera pubblica si deve fare e nei rapidi tempi previsti. Ciò posto, al giudice amministrativo residua uno spazio pressoché nullo per la concessione della misura cautelare.

A seguito di tale valutazione - che di per sé dovrebbe già portare alla reiezione dell'istanza cautelare - la disposizione richiede al giudice, per la concessione della misura cautelare, di motivare non solo sulla gravità ed irreparabilità del pregiudizio all'impresa del ricorrente - e anche questo è quanto il giudice già deve fare per potere accogliere la domanda cautelare - ma di mettere anche a comparazione il relativo interesse con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure. Sembra evidente che quest'ultimo interesse, di carattere pubblico e collettivo, è di per sé prevalente sul primo, di carattere privato e di tipo economico¹⁸⁸.

188 Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, «la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve

Il comma 4 dispone che la sospensione o l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato in tale caso il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica.

La norma attua il primo criterio direttivo posto dall'articolo 1, comma 2, lettera n), della legge n. 443/2001, che demanda al decreto legislativo attuativo la previsione, «dopo la stipula dei contratti di progettazione, appalto, concessione o affidamento a contraente generale, di forme di tutela risarcitoria per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica», nonché la «restrizione, per tutti gli interessi patrimoniali, della tutela cautelare al pagamento di una provvisoria». Il secondo criterio è rimasto inattuato (vedi recepimento nuova direttiva ricorsi).

andare a danno dell'attore che ha ragione, in attuazione dell'articolo 24 della Costituzione (sentenze n. 253 del 1994 e n. 190 del 1985)». La Consulta, «con riferimento particolare alla giurisdizione amministrativa, basata sull'annullamento degli atti illegittimi, ha, da tempo, posto in luce il carattere essenziale della procedura cautelare e l'intima compenetrazione della stessa con il processo di merito, dichiarando illegittima l'esclusione o la limitazione del potere cautelare con riguardo a determinate categorie di atti amministrativi o al tipo di vizio denunciato (sentenze n. 227 del 1975 e n. 284 del 1974)». Corte cost. 16 luglio 1996, n. 249, in *Cons. Stato*, 1996, II, 1197. La Corte aveva dichiarato non fondata - in riferimento agli artt. 3, 24, 97 e 113 della Costituzione - la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 31 bis, comma 3, della legge n. 109/1994, aggiunto dall'articolo 9 del d.l. 3 aprile 1995, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 giugno 1995 n. 216, secondo cui, nei giudizi amministrativi in materia di lavori pubblici nei quali sia stata chiesta la sospensione del provvedimento impugnato, i controinteressati e l'amministrazione resistente possono chiedere che la questione venga decisa nel merito; ciò in quanto la presentazione di tale istanza non impedisce la sospensione del provvedimento impugnato in presenza dei presupposti di legge.

La disposizione sembra conforme alle direttive comunitarie, in materia di ricorsi, le quali consentono (e non obbligano) gli Stati membri di prevedere che, «dopo la stipulazione di un contratto in seguito all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione».

L'eccezione è data al sistema normale, previsto dall'articolo 7, comma 3, della legge n. 1034/1971, a sua volta preceduto dall'articolo 2058 del codice civile che prevede la reintegrazione in forma specifica, se possibile e solo in via residuale (dopo la sentenza n. 500 del 1999) il risarcimento del danno per equivalente.

Il risarcimento del danno in forma specifica, come affermato anche in questo lavoro, riveste particolare valenza per il giudice amministrativo, laddove l'annullamento giurisdizionale del provvedimento impugnato si qualifica proprio come una specie di reintegrazione in forma specifica.

Il risarcimento del danno configura una tutela aggiuntiva di completamento, dato che con la reintegrazione in forma specifica al giudice amministrativo è consentito attribuire al ricorrente quel bene della vita per il quale lo stesso agisce in giudizio.

La stipulazione del contratto tra l'aggiudicatario e l'amministrazione, per effetto del decreto legislativo, diviene il muro oltre il quale non è più consentita la reintegrazione in forma specifica. Fino al D.lgs. n. 190/2002 la circostanza dell'avvenuta stipula del contratto, rendendo ancora più pregnante l'interesse pubblico all'esecuzione dei lavori, poteva essere uno degli elementi valutati dal

giudice amministrativo ai fini della reiezione della domanda cautelare avverso il provvedimento di aggiudicazione, ma non comportava, di per sé, l'impossibilità di conseguire la tutela cautelare stessa, malgrado fosse compressa dalla circostanza dell'inizio dei lavori o avanzata esecuzione degli stessi. Erano la già intervenuta aggiudicazione ed esecuzione dell'appalto che non consentivano il risarcimento in forma specifica mediante rinnovazione della gara¹⁸⁹.

Con il comma 4 dell'articolo 246 (articolo 14, comma 2, del D.lgs. n. 190/2002)si verifica una sorta di valutazione legislativa precostituita, per cui, in tema di infrastrutture, l'avvenuta stipulazione del contratto segna il momento a partire dal quale la reintegrazione in forma specifica è esclusa. Ciò in quanto il legislatore sembra averla ritenuta eccessivamente onerosa per il debitore, sostituendosi al giudice che, altrimenti, ai sensi dell'articolo 2058, comma 2, del codice civile, avrebbe potuto disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente. Si tratta di una presunzione assoluta, che non ammette prova contraria, anche nell'ipotesi in cui l'aggiudicazione in favore del ricorrente, escluso ad esempio per anomalia dell'offerta, comporterebbe un notevole risparmio di spesa per il soggetto aggiudicatore.

Conseguire il risarcimento del danno per equivalente al posto della reintegrazione in forma specifica non è la stessa cosa. Il ricorrente non è detto che debba chiedere sempre il risarcimento del danno, anche se nel caso delle infrastrutture strategiche dovrà sempre pretenderlo, ed in genere il bene della vita che si persegue si

189 Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2002, n. 4007.

immedesima nella realizzazione dell'opera; circostanza che di per sé comporta non solo guadagno ma anche maggiore esperienza e qualificazione professionali, da utilizzare a fini di partecipazione a gare ulteriori. Motivo per cui la giurisprudenza prevalente, una volta ammesso il risarcimento del danno conseguente a lesione di interessi legittimi, non aveva mai escluso la tutela cautelare a causa della mera possibilità di conseguire il risarcimento.

Alla luce della disciplina speciale in materia di infrastrutture strategiche il valore a cui anche in ambito comunitario, sembra essere attribuita maggiore tutela è il valore economico; il non concludere l'opera pubblica nei tempi previsti crea diseconomie collettive. Ecco che il legislatore preferisce che le infrastrutture strategiche per il Paese vengano realizzate nei brevi tempi previsti, anche se all'imprenditore ricorrente, illegittimamente non aggiudicatario o illegittimamente escluso, si dovrà corrispondere, nel peggiore dei casi per l'amministrazione, il 10 per cento del valore dell'opera a titolo di mancato utile, oppure il danno da chance, dipendente dall'astratta possibilità di un esito favorevole della gara o, nell'ipotesi in cui si ritenga trattarsi di responsabilità precontrattuale (a seguito di violazione da parte dell'amministrazione delle regole della procedura di gara), il solo interesse negativo, costituito dalle spese sostenute e dalle possibilità perdute di ulteriori guadagni.

Dubbi sussistono sulla legittimità costituzionale di un sistema che non consente di conseguire una tutela piena, ma solo quella per equivalente, sottraendo ogni tipo di valutazione al giudice.

Pur tenendo conto che la disciplina esaminata costituisce il

risultato del recepimento di disposizioni comunitarie, non può tralasciarsi il principio (previsto pure dal nuovo testo dell'articolo 117, comma 1, della Costituzione) secondo cui «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario». Pertanto, sulla scorta del principio citato, non è consentito derogare ad alcuni principi costituzionali fondamentali, tra cui quello dell'effettività della tutela giurisdizionale, affermato dagli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione.

A questo punto, il problema principale risiede nell'equivalenza o meno delle varie tecniche di tutela consentite dall'ordinamento e nella diversa rilevanza degli interessi coinvolti.

Si pensi, ad esempio, a chi agisce per la tutela di interessi essenziali della persona, quali quelli alla salute, o ambientali o comunque relativi a interessi di primario rilievo costituzionale. Questi interessi, alcuni tutelabili anche a livello collettivo, possono essere lesi dalla realizzazione delle grandi opere e certamente non trovano tutela equivalente nella possibilità di conseguire solo il risarcimento del danno.

2. Le innovazioni introdotte dalla nuova direttiva ricorsi¹⁹⁰

La Direttiva unificata 11 dicembre 2007 n. 66/CE¹⁹¹ per il rigore dei

190 Direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici.

meccanismi di ricorso enunciati, potrebbe avere sul sistema giustiziale nazionale un forte influsso, in quanto contiene regole che per la loro vincolatività hanno l'attitudine ad incidere non solo sul sistema della giustizia ma anche sullo stesso processo amministrativo¹⁹².

In particolare, la Direttiva ha introdotto alcune misure finalizzate a rafforzare l'effettività del sistema di tutela, fondato su mezzi di ricorso efficaci e rapidi avverso le decisioni delle pubbliche amministrazioni e degli altri soggetti tenuti al rispetto del diritto comunitario, in modo da garantire che l'intervento del giudice abbia luogo, per quanto possibile, in un momento in cui le violazioni possono ancora essere corrette (cfr. considerando da 1 a 4).

Tra le principali innovazioni introdotte dalla direttiva aventi un impatto significativo sulle tecniche di tutela in materia di appalti pubblici, si segnala l'introduzione di un sistema di termini sospensivi

191 (che ha modificato le direttive 89/665/CE e 92/13/CE – concernenti le procedure di ricorso in materia, rispettivamente, di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori e forniture, e di procedure di appalto nei c.d. settori speciali) così come recepita nello schema di decreto legislativo emanato in attuazione dell'articolo 44, della legge 7 luglio 2009, n. 80 - con cui il Governo ha conferito la delega per l'attuazione della direttiva entro il termine di recepimento della stessa fissato per il 20 dicembre 2009 e successivamente prorogato di novanta giorni per effetto della trasmissione dello schema al parere delle Commissioni parlamentari ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della stessa legge n. 88/2009

192 Corte cost., 28 marzo 2006, n. 129, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, p. 739 e 13 luglio 2007, n. 269, *ivi*, 2007, p. 2029 - Va ricordato che, secondo la Corte costituzionale, il precetto contenuto nel nuovo articolo 117 Cost. impone il rispetto dei vincoli comunitari si collega all'articolo 11 Cost. e presuppone il rispetto dei diritti e principi fondamentali garantiti dalla costituzione italiana tra cui devono ritenersi compresi gli obblighi derivanti dalle direttive comunitarie che fungono da norme interposte atte ad integrare il previsto parametro di valutazione, con particolare riferimento all'obbligo di ricorrere a procedure di evidenza pubblica posto a tutela della concorrenza e trasparenza.

minimi che, salvo casi eccezionali, precludono la stipulazione del contratto di appalto prima che siano decorsi dieci o quindici giorni (a seconda degli strumenti utilizzati per le comunicazioni) dall'aggiudicazione. In caso di proposizione del ricorso la preclusione perdura sino alla pronuncia del giudice in sede cautelare¹⁹³.

Inoltre, il legislatore comunitario introduce la garanzia di un termine minimo per la proposizione del ricorso, pari ad almeno dieci o quindici giorni (a seconda dello strumento utilizzato per l'informativa) dalla comunicazione della decisione amministrativa, e non inferiore a trenta giorni per i ricorsi diretti a far dichiarare la c.d. privazione degli effetti del contratto (artt. 2 *quater* e 2 *septies* della direttiva).

Secondo la direttiva, inoltre, tutte le comunicazioni indirizzate dalle stazioni appaltanti agli interessati (quindi non solo gli atti con natura provvedimento) devono contenere una relazione nella quale l'amministrazione espone sinteticamente i motivi della propria decisione.

Tra le altre innovazioni apportate, con riferimento alle sorti del contratto stipulato a seguito di provvedimento di aggiudicazione annullato, si segnala un articolato sistema di sanzioni attribuite dal giudice, graduate in base alla gravità della violazione del diritto comunitario in modo da assicurare «sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive» (considerando n. 13), con obbligo per gli Stati membri di sanzionare con la «privazione degli effetti del contratto» alcune

193 Già la direttiva 89/665/CE faceva obbligo agli Stati membri di assicurare all'organo giudicante adeguati poteri cautelari, *compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici* (articolo 2).

violazioni ritenute particolarmente gravi. Tali fattispecie sono riferite, essenzialmente, alla radicale assenza della procedura concorrenziale o al mancato rispetto di uno dei termini sospensivi per la stipula del contratto (articolo 2 *quinquies*).

Per un altro gruppo - anche esso circoscritto - di fattispecie (articolo 2 *sexies*, par. 1), gli Stati membri possono scegliere, discrezionalmente, se prevedere la privazione di effetti o introdurre, in alternativa, altri adeguati meccanismi sanzionatori, purché proporzionati e dissuasivi (diversi ed ulteriori dal risarcimento del danno). In tali due ipotesi, secondo la direttiva, la scelta circa l'applicazione delle sanzioni alternative può essere stabilita dalla legge nazionale, oppure affidata, di volta in volta, all'Autorità decidente (giudice o altro soggetto imparziale).

Al di fuori dei casi menzionati, la tutela della parte interessata è rimessa al diritto nazionale, il quale può anche prevedere che essa sia limitata al solo risarcimento del danno per equivalente (infrastrutture strategiche).

In sintesi, quindi, la direttiva prevede tre diverse fattispecie:

- violazioni gravi, in cui la caducazione del contratto è obbligatoria salvo che ricorrano esigenze imperative di interesse generale (infrastrutture strategiche), nel quale caso si applicano le sanzioni alternative;
- violazioni sempre gravi (violazione dei termini), non caratterizzate da un concreto effetto sulle possibilità di ricorso e di aggiudicazione dell'appalto, in cui è rimessa agli Stati la scelta tra caducazione e sanzioni alternative;

- violazioni non gravi, in cui spetta al diritto nazionale determinare gli effetti dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto, con espressa previsione della possibilità di limitare la tutela al solo risarcimento del danno per equivalente, con salvezza del contratto sebbene preceduto da una illegittima aggiudicazione.

Sotto il profilo processuale, la direttiva prevede che la privazione di effetti obbligatoria debba essere accertata con apposita decisione. In base al comma 1 dell'articolo 2 *quinquies*, gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso.

Il diritto comunitario non prende posizione sulla definizione delle conseguenze giuridiche sostanziali della «privazione degli effetti» obbligatoria. Non si tratta di una lacuna, ma di una scelta meditata, volta ad attribuire, anche in questo campo, un ampio margine di scelta agli ordinamenti nazionali.

In questa prospettiva, il comma 2, dell'articolo 2 *quinquies*, stabilisce che «le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono previste dal diritto nazionale». Pertanto, il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o viceversa limitare la portata della soppressione di quegli obblighi che rimangono da adempiere.

Ciò non dovrebbe condurre a una mancanza di forti sanzioni se gli obblighi derivanti da un contratto sono già stati adempiuti

interamente o quasi interamente. In tali casi gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni alternative che tengano conto in che misura il contratto rimane in vigore conformemente al diritto nazionale.

È consentito, tuttavia, non considerare un contratto privo di effetti in presenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale (art. 2 *quinquies* comma 3), mentre in tutti gli altri casi la privazione di effetti è facoltativa in quanto può essere surrogata da sanzioni alternative (art. 2 *sexies*) rimesse all'ampia discrezionalità dell'organo di ricorso il quale può tener conto di tutti i fattori rilevanti, compresa la gravità della violazione, il comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice e la durata del contratto (comma 2).

La sanzione pecuniaria, come quella della riduzione del contratto, sono alternative alla privazione di effetti del contratto, ma presuppongono una decisione di annullamento dell'aggiudicazione e sono compatibili con il risarcimento del danno.

La misura della sospensione degli effetti del contratto in caso di irregolare affidamento diretto, però, può impattare con il sistema giurisdizionale dualistico operante in Italia, dovendo, ancora una volta confrontarsi con la problematica di chi debba essere il giudice competente alla privazione di effetti del contratto, anche se deve riconoscersi che, essendo in gioco la violazione di regole concernenti la procedura negoziata ovvero una trattativa privata più o meno procedimentalizzata, la posizione dei controinteressati rimane pur sempre di interesse legittimo e come tale azionabile innanzi al giudice

amministrativo.

L'impostazione della direttiva, tuttavia, sembra presupporre l'unicità dell'organo di ricorso sia per la decisione di annullamento che per quella di privazione di effetti del contratto, in ciò agevolata dalla previsione di meccanismi idonei a differire la stipula del contratto dopo la risoluzione della controversia.

Ciò dovrebbe comportare la concentrazione di ogni decisione presso il giudice amministrativo con conseguente superamento dell'orientamento della Corte regolatrice¹⁹⁴ che ha riaffermato con forza la competenza del giudice ordinario su ogni questione attinente alla esecuzione del contratto tanto di nullità quanto di inefficacia o di annullamento del contratto di appalto, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, posto che in ciascuno di questi casi la controversia, non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta suddetta, ma il successivo rapporto di esecuzione che si concreta nella stipulazione del contratto di appalto, del quale i soggetti interessati chiedono di accertare un aspetto patologico, al fine di impedirne l'adempimento.

Il contrasto con l'opposta posizione della giurisprudenza amministrativa sembra aver trovato una soluzione con la recente Ordinanza a Sezioni Unite n. 2906 del 10 febbraio 2010, in cui il Supremo consesso della giustizia ordinaria alla luce delle innovazioni introdotte dalla direttiva in esame attribuisce la giurisdizione in materia contrattuale al giudice amministrativo.

194 Cass. Sez. un., 28 dicembre 2007, n. 1146; Cass. Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27169.

Il riconoscimento, a livello comunitario, di un unico organo di ricorso per l'adozione delle varie misure (sospensiva, annullamento, risarcimento, sanzione pecuniaria e riduzione del contratto) di fatto ha appianato, come già accennato, la strada verso la concentrazione (presso un unico giudice) delle decisioni su tutti i ricorsi proposti fino alla stipulazione del contratto e spostato la piena cognizione del giudice amministrativo fino alla nuova linea spartiacque.

L'unificazione della sede decisionale di ricorso dovrebbe inoltre determinare una opzione di sistema tra termini di decadenza o di prescrizione (considerando n. 25), rimediando all'anomalia (di matrice giurisprudenziale) che la prescrizione comincia a decorrere dalla decisione definitiva di annullamento¹⁹⁵, anche perché la previsione di una decisione unica e contestuale presuppone la presentazione immediata e contestuale di tutte le pretese di ricorso.

La limitazione della possibilità di far valere la privazione degli effetti del contratto entro un «determinato» periodo, la cui effettività deve essere rispettata, è giustificata da motivi di certezza giuridica (considerando n. 27); va ricordato che la Corte comunitaria ha affermato che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio all'esigenza di effettività di tutela¹⁹⁶, in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto¹⁹⁷.

195 L'orientamento espresso da Cons. St., A.P., 9 febbraio 2006, n. 2, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, p. 415, è stato già disconosciuto da Cass, Sez. un., 8 aprile 2008, n. 9040.

196 CGE, 12 dicembre 2002, C-470/99, in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, p. 3099 e 11 ottobre 2007, C-241/06, *ivi*, 2007, p. 2693.

197 CGE, 13 marzo 2007, C-432/05, *ivi*, 2007, p. 726. e 27 febbraio 2003, C-327/00, *ivi*, 2003, p. 419.

La scelta è rimessa all'ordinamento nazionale anche se è indicato un termine massimo di sei mesi dalla stipula del contratto (articolo 2 *septies*, lett. b) la cui armonizzazione con la tempistica dei termini vigenti non appare di facile soluzione.

2.1. La pregiudiziale amministrativa

La nuova direttiva contempla, la possibilità, per gli Stati membri, di stabilire che la domanda di risarcimento dei danni debba essere subordinata alla (tempestiva) richiesta di annullamento dei provvedimenti ritenuti illegittimi.

Secondo il nuovo articolo 2, comma 6, della direttiva n. 665/1989, così come modificato dalla Direttiva 11 dicembre 2007 n. 66/CE «gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata».

La direttiva sembra lasciar liberi gli Stati di prevedere che in caso di richiesta di risarcimento del danno debba essere «per prima cosa» annullata la decisione contestata (art. 2, comma 6).

La disposizione potrebbe significare che, in tal caso, l'annullamento sia di per sé soddisfacente in modo da escludere il risarcimento; si ritiene tuttavia che la disposizione vada coordinata con la previsione (art. 2 comma 1, lett. c) che il risarcimento deve essere accordato ai soggetti lesi dalla violazione e che quindi la misura

risarcitoria non sia alternativa, in via di principio, a quella di annullamento.

In altri termini «per prima cosa» significa che l'annullamento deve precedere la misura risarcitoria nell'unica decisione da adottare; ciò comporta che il riconoscimento e l'entità del risarcimento è correlato al grado di lesività della «decisione illegittima».

Non appare tuttavia chiaro se, l'eventuale necessaria priorità dell'annullamento impedisca o meno di proporre un'azione risarcitoria autonoma rispetto alla richiesta di annullamento, così come ritenuto dalla giurisprudenza comunitaria¹⁹⁸, ovvero di scegliere tra il conseguimento degli effetti della tutela demolitoria-conformativa e la tutela risarcitoria, come ammesso dal giudice nazionale¹⁹⁹.

Una chiave di lettura potrebbe essere rinvenuta nell'inciso (articolo 2, comma 7, secondo capoverso) che fa salvi «i casi» in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, nel senso che la pregiudiziale non potrebbe essere prefigurata come assolutamente necessaria ma limitata «ai casi» di maggior rilievo specificamente predeterminati.

In tali casi il previo annullamento risulterebbe necessario e condizionerebbe l'eventuale risarcimento dei danni coesistenti e residuali, mentre negli altri casi l'annullamento sarebbe prioritario ma non pregiudiziale.

Il risarcimento dovrebbe essere, invece, alternativo qualora il contratto fosse stato già stipulato e sussistessero i presupposti per

198 CGE, 17 dicembre 1981, C-19780, in *Raccolta*, 1981, p. 3211; Trib CE, 24 ottobre 2000, T-98, in *Raccolta*, 2000, p. 3331.

199 Cons. St., Sez., VI, 15 gennaio 2008, n. 213, in *appaltiecontratti.it*.

conservarne gli effetti nonostante l'accertata illegittimità dell'aggiudicazione.

La pregiudiziale, in ogni caso, appare un profilo di stretta competenza dell'organo giudicante che deve assumere una decisione unica e contestuale sulla misura da adottare, di modo che dovrebbe risultare superato il contrasto delineatosi in ambito nazionale sulla insindacabilità dell'eventuale rifiuto di tutela risarcitoria autonoma per motivi attinenti alla giurisdizione²⁰⁰, considerando la pregiudiziale non tanto una questione processuale ma un problema di merito attinente alla fondatezza di una domanda composita²⁰¹.

La concentrazione di ogni decisione in un unico organo di ricorso non avrebbe alcuna ragione di essere posta in discussione dal momento che, essendo le controversie in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, resta indifferente la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi ed il conseguente problema di chi sia il giudice naturale; è pacifico infatti che l'azione risarcitoria involge solo questioni di liceità della condotta e non anche di legittimità dell'esercizio della funzione pubblica²⁰², secondo la tradizionale relazione tra antigiuridicità dell'atto/fatto ed ingiustizia del danno propria dell'illecito civile.

200 Cass. Sez. un., 13 giugno 2006, n. 13659, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1259 e 13 giugno 2006, n. 13660, *ivi*, p. 1269; Cass. Sez. un., 13 giugno 2006, n. 13611, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, p. 1359; *contra*, Cons. St., A.P., 22 ottobre 2007, n. 12, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, p. 2756.

201 TAR Napoli, Sez. I, 5 giugno 2007, n. 5992, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 2120; Cons. St., Sez. V, 31 maggio 2007, n. 2822, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, p. 1824.

202 SCOCA F.G., *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1.

2.2. L'unificazione del regime processuale

Le disciplina unitaria ed omogenea non dovrebbe più consentire una differenziazione di regime a seconda dell'oggetto degli appalti ordinari, di modo che dovrebbero essere amalgamate le regole processuali speciali previste solo per le controversie relative alle infrastrutture strategiche previste dall'articolo 246 del codice dei contratti, con particolare riferimento alla disposizione (comma 4), che prevede la non automaticità della caducazione del contratto e la preferenza per il risarcimento per equivalente, che dovrebbe diventare regola generale valida anche per gli appalti con oggetto ordinario; quella regola che è eccezionale, secondo l'ordinamento nazionale, dovrebbe diventare regola di principio valida per tutti gli appalti, non solo di lavori ma anche di forniture e servizi.

La direttiva, infatti dà facoltà agli Stati di tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché per l'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive, precisando che in ogni caso, la decisione di non accordare provvedimenti cautelari non pregiudica gli altri diritti rivendicati dal soggetto che chiede tali provvedimenti.

Da questa impostazione unitaria consegue che i vari meccanismi interagendo tra di loro in modo equilibrato di modo che

non potrebbe più tollerarsi una tutela differenziata di base a seconda dell'importanza dell'appalto, se non apprezzando di volta in volta comparativamente l'interesse pubblico e quello privato.

La possibilità di un rimedio risarcitorio alternativo era già contenuto nel testo originario della direttiva (articolo 2, punto 6 Dir. 89/665/CEE) e la stessa Corte comunitaria aveva interpretato la disposizione nel senso che per i ricorsi presentati dopo la conclusione del contratto l'organo adito non potesse procedere all'annullamento delle decisione impugnata ma dovesse limitarsi a disporre il risarcimento dei danni²⁰³; ma è noto che la specificazione della regola per gli appalti relativo alle infrastrutture strategiche (articolo 14 D.lgs. n. 190/2002) è stata intesa in senso derogatorio rispetto alla disciplina generale, in quanto eccezione confermativa, a contrario, della regola della nullità o caducazione del contratto²⁰⁴.

2.3. L'incentivazione della tutela cautelare

La direttiva afferma chiaramente che gli operatori economici dovrebbero essere incoraggiati ad avvalersi di nuovi meccanismi, tra cui spiccano:

- 1) l'informativa preliminare sulla intenzione di presentare ricorso (articolo 1, comma 4);
- 2) la necessità di un previo ricorso amministrativo;

203 CGE, 4 dicembre 2003, C-448/01.

204 IEVA L., *Annullamento degli atti dell'evidenza pubblica e nullità del contratto di appalto*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, p. 964.

- 3) l'effetto sospensivo automatico della procedura a seguito ricorso amministrativo (articolo 1, comma 5);
- 4) la sospensione (automatica) della procedura di conclusione del contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso (articolo 2, comma 3);
- 5) la possibilità che l'organo di ricorso formuli una valutazione preliminare di ricevibilità del ricorso (considerando n. 12).

La disciplina della tutela cautelare d'urgenza (articolo 2, lett. a) è identica a quella contenuta della precedente direttiva n. 89/665 (articolo 2, lett. a) e pertanto va interpretata nel senso che l'adozione del procedimento cautelare prescinde dalla previa proposizione di un ricorso di merito²⁰⁵ e che quindi deve essere consentita la tutela provvisoria *ante causa*, già introdotta dal codice dei contratti pubblici (articolo 245, comma 3) in attuazione dell'articolo 81 della Dr. 2004/18/CE.

Nella concessione di provvedimenti cautelari si può tener conto delle probabili conseguenze per tutti gli interessi che possono essere lesi nonché per l'interesse pubblico (articolo 3, comma 5); ciò significa che il c.d. *periculum in mora* deve essere apprezzato anche dal lato della stazione appaltante, senza tuttavia che il diniego di provvedimenti cautelari pregiudichi i diritti rivendicati.

Viene in sostanza generalizzata la regola della valutazione

205 CGE, 28 aprile 2004, C-202/03, in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, p. 1000, 15 maggio 2003, C-214/00, *ivi*, 2003, p. 1389 e 19 settembre 1996, C-236/95, in *Giur. it.*, 1998, IV, p. 142.

bilaterale²⁰⁶ del *periculum* che l'ordinamento nazionale già consente di utilizzare per gli appalti delle infrastrutture (articolo 246 codice contratti) mediante la comparazione della irreparabilità del pregiudizio per con l'interesse del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.

3. Il Decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53

Il decreto legislativo di recepimento della Direttiva è stato emanato in attuazione dell'articolo 44 della legge n. 80 del 2009 con cui è stata conferita al Governo una delega di portata più ampia della Direttiva, in quanto comprende anche disposizioni riguardanti altri istituti, come l'accordo bonario e l'arbitrato.

Secondo una precisa indicazione della legge delega il decreto legislativo provvede ad un vero e proprio riordino del contenzioso in materia di contratti pubblici introducendo, fra l'altro, alcune disposizioni volte ad agevolare e potenziare gli strumenti di risoluzione alternativi alla tutela giurisdizionale, specie in fase di esecuzione del contratto. Il riferimento è alle modifiche alla disciplina dell'accordo bonario, nonché all'evidente favore per la reintroduzione di clausole compromissorie nei contratti pubblici.

Presumibilmente, proprio perché ha inteso dare corpo ad un sistema di regole non solo processuali, il legislatore delegato ha preferito non collocare il recepimento della direttiva 2007/66/CE

206 LIPARI M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Federalismi.it* n. 9/2008.

nell'ambito della riforma del processo amministrativo attualmente in itinere, optando invece per la diversa soluzione di introdurre modifiche ed integrazioni al D.lgs. 163/2006, soprattutto nella sua Parte IV dedicata al contenzioso. Quest'ultima risulta ora suddivisa fra una Titolo I, rubricato Strumenti di definizione delle liti diversi dal ricorso giurisdizionale (artt. 239-243) ed un Titolo II, dedicato a Giurisdizione e norme processuali (artt. 244 ss.)²⁰⁷.

3.1. Le principali innovazioni contenute nel Decreto legislativo n. 53/2010

La direttiva obbligava gli Stati membri ad introdurre procedure efficaci di ricorso per gli appalti disciplinati dalle direttive 17 e 18 del 2004 e, quindi, autorizzava discipline differenziate per gli appalti sotto e sopra soglia.

207 Sul punto si segnala il parere contrario del Consiglio di stato parere commissione speciale 1/2/2010 n. 368/2010 «In particolare, le osservazioni formulate sono in parte dirette ad evitare di codificare, con specifico riguardo al settore degli appalti, principi generali, ampiamente consolidati nella giurisprudenza, riguardo ai quali la necessità, o meno, di una codificazione potrà essere valutata in sede di predisposizione dell'emanando Codice del processo amministrativo (articolo 44 della legge n. 69/2009). La formulazione e suddivisione degli articoli è stata effettuata anche al fine di individuare fin da ora le disposizioni solo processuali, che necessariamente si ritiene che debbano confluire nell'emanando Codice del processo amministrativo. E', infatti, evidente che tutte le norme processuali, che al momento vengono inserite nel Codice dei contratti pubblici, troveranno la loro naturale sede nel Codice del processo amministrativo e si segnala fin da ora l'esigenza di provvedere, dopo il recepimento della direttiva ricorsi, al coordinamento con l'emanando Codice per l'inserimento in quella sede delle disposizioni in seguito indicate.

In attuazione della delega conferita dal legislatore nazionale, viceversa, il decreto legislativo adotta una soluzione unificata per tutte le procedure di ricorso in materia di contratti pubblici estendendo così l'ambito di applicazione delle disposizioni comunitarie senza alcuna distinzione in base al valore dell'appalto ovvero all'appartenenza del contratto ai settori c.d. speciali.

3.2. Termine sospensivo (standstill period) e informativa dovuta dalle stazioni appaltanti

Il termine sospensivo (che in base alla direttiva non può essere inferiore a dieci o quindici giorni a seconda degli strumenti utilizzati per le comunicazioni) viene individuato dal legislatore italiano in trentacinque giorni dall'invio dell'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Lo *standstill period* preclude non solo la sottoscrizione del contratto, ma altresì l'esecuzione anticipata delle prestazioni in via di urgenza salvo rare eccezioni (articolo 11, comma 10 D.lgs. 163/06). La durata della sospensione è stata parametrata tenendo conto dei tempi tecnici connessi agli obblighi di informativa imposti dall'articolo 79 D.lgs. 163/06 (cinque giorni) nonché del nuovo e più breve termine di decadenza di trenta giorni introdotto per la proposizione del ricorso giurisdizionale. Poiché, tuttavia, la preclusione assolve la precisa funzione di consentire ai concorrenti non aggiudicatari di valutare se proporre ricorso e, in caso affermativo, di presentarlo prima della

sottoscrizione del contratto, essa non trova applicazione nei casi in cui non vi siano potenziali interessati al ricorso (in presenza di una sola offerta o nelle altre ipotesi indicate dal nuovo comma 10 *bis* dell'articolo 11 D.lgs. 163/06).

Quanto agli oneri di informativa, il novellato articolo 79 D.lgs. 163/06 prevede che, entro cinque giorni, le stazioni appaltanti comunichino ai soggetti interessati (aggiudicatario, secondo classificato, candidati che hanno presentato un'offerta ammessa, o che abbiano impugnato la propria esclusione ovvero ancora il bando di gara) l'aggiudicazione definitiva, la decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro, nonché l'avvenuta sottoscrizione del contratto, inviando per iscritto compiuta informativa, della quale viene indicato in maniera analitica il contenuto minimo.

L'ultimo comma della disposizione introduce altresì una forma semplificata ed accelerata di accesso agli atti, che deve essere consentito entro dieci giorni lavorativi, senza necessità di proporre istanza scritta né di ottenere un provvedimento di assenso.

3.3. Comunicazione alla stazione appaltante dell'intento di proporre ricorso

Secondo quanto espressamente consentito dalla direttiva comunitaria, il decreto di recepimento prevede che chi intende proporre ricorso

giurisdizionale, ne dia preventiva comunicazione alla stazione appaltante.

Tale onere è chiaramente ispirato ad una *ratio* deflattiva: la comunicazione, infatti, deve contenere l'individuazione della presunta illegittimità e dell'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale, in modo da consentire alla stazione appaltante di valutare la posizione dell'interessato e, ove ne ravvisi i presupposti, di evitare il giudizio revocando tempestivamente la propria decisione (eventualmente all'esito di un procedimento di autotutela nel caso in cui debba essere assicurato il contraddittorio: v. articolo 243 *bis*). La comunicazione può essere inviata sino alla proposizione del ricorso e non rappresenta una condizione di procedibilità dell'azione: la sua assenza, infatti, costituisce comportamento valutabile dal giudice nel successivo giudizio ai fini dell'eventuale condanna alle spese nonché dell'accertamento della gravità della colpa e dei danni risarcibili ex articolo 1227 del codice civile.

3.4. Il ricorso giurisdizionale: rimedi esperibili, termini per la proposizione ed atti impugnabili

L'articolo 245 del D.lgs. 163/06 presenta importanti novità, volte ad assicurare certezza e brevità ai procedimenti.

In particolare, gli atti delle procedure di affidamento (ed i provvedimenti eventualmente connessi dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici) sono impugnabili esclusivamente con ricorso al

giudice amministrativo.

È soppressa quindi la facoltà di impugnare gli atti con ricorso straordinario al Capo dello Stato, strumento che rappresenta nel nostro ordinamento un rimedio a carattere generale disciplinato con legge ordinaria (D.P.R. 24/11/1971, n. 1199) e privo di copertura costituzionale. L'abolizione dell'istituto per la materia dei contratti pubblici suscita perplessità in quanto non trova esplicito fondamento nella legge delega ed, inoltre, determina di fatto una forte limitazione della tutela per le imprese concorrenti negli appalti di modesto valore economico, che per tutelare i propri interessi sono obbligate ad adire il giudice amministrativo, sobbarcandosi il relativo onere economico del versamento del contributo unificato pari ad euro 2.000 (si ricorda che il ricorso straordinario al Capo dello Stato è esente da contribuzione).

Oggetto di impugnazione possono essere, alternativamente: i bandi di gara (o, in assenza, gli avvisi od inviti che danno avvio alla procedura) – se autonomamente lesivi -, i provvedimenti di esclusione e quelli di aggiudicazione definitiva. Ad eccezione di queste tre categorie di provvedimenti, che devono essere impugnati autonomamente, tutti gli altri atti della procedura – compresi i bandi od avvisi non immediatamente lesivi ed aggiudicazione provvisoria -, vanno contestati solo all'esito della procedura, e dunque unitamente all'aggiudicazione definitiva²⁰⁸.

Il ricorso giurisdizionale deve essere proposto nel termine perentorio di trenta giorni, decorrenti dalla ricezione della comunicazione della decisione amministrativa ovvero, nel caso di

208 La giurisprudenza nazionale era già consolidata in tal senso.

bandi autonomamente lesivi, dalla loro pubblicazione. Nel suddetto termine il ricorso deve essere notificato alla stazione appaltante e ad almeno un controinteressato.

Vengono dettate altresì le principali norme di procedura per i giudizi di fronte al TAR ed al Consiglio di Stato in questa materia. Il giudizio è disciplinato sulla scorta dell'attuale articolo 23 *bis* della legge TAR (che viene contestualmente abrogato nella parte in cui include il contenzioso sull'affidamento dei contratti pubblici), con abbreviazione di tutti i termini processuali e disposizioni volte ad assicurare la massima semplificazione e concentrazione del giudizio.

A titolo esemplificativo: il termine per il deposito del ricorso è di dieci giorni dall'ultima notifica; il termine per la proposizione del ricorso incidentale è di dieci giorni dalla ricevuta notifica. Il processo viene definito, anche in assenza di istanza di parte, in una udienza da tenersi entro sessanta giorni dalla scadenza del termine delle parti diverse dal ricorrente; il dispositivo è pubblicato in udienza o, al più tardi, entro sette giorni; la sentenza è redatta, di regola, in forma semplificata.

La tutela cautelare è concessa nei casi di estrema gravità ed urgenza, tali da non consentire l'attesa della udienza fissata per la definizione della causa; l'ordinanza cautelare è pubblicata in udienza o il giorno feriale successivo ed è impugnabile nel termine di quindici giorni. È rimasta immutata la possibilità della tutela cautelare provvisoria *ante causam*, già consentita per i giudizi di primo grado.

3.5. La preclusione alla stipula del contratto nel caso di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva con contestuale richiesta di misure cautelari

In conformità alle indicazioni della direttiva comunitaria, la proposizione di un ricorso giurisdizionale (*standstill period*) costituisce preclusione alla stipulazione del contratto in attesa della pronuncia del giudice, in sede cautelare o di merito. Questa è l'ipotesi contemplata nell'articolo 245 *bis*, il quale, nella attuale stesura, àncora l'operatività della preclusione ad alcuni presupposti.

Innanzitutto, recependo i criteri introdotti dalla legge delega nazionale, il decreto legislativo prevede la preclusione a stipulare il contratto esclusivamente nel caso in cui il ricorso abbia ad oggetto l'aggiudicazione definitiva, contenga la domanda cautelare e sia rivolto al giudice amministrativo competente per territorio. A tale ultimo proposito, l'articolo 245 *bis* introduce infatti una peculiare ipotesi di competenza territoriale inderogabile, che impedisce l'adozione di una pronuncia cautelare da parte di un giudice incompetente.

In secondo luogo, la preclusione opera dal momento della ricezione della notificazione del ricorso sino all'adozione della pronuncia cautelare collegiale di primo grado, ovvero alla pubblicazione del dispositivo di sentenza nel caso di passaggio dalla fase cautelare alla decisione di merito.

Essa viene meno nell'ipotesi di rinuncia, anche tacita, all'istanza cautelare, ovvero nel caso in cui il giudice si pronunci

negativamente in sede dispositivo di sentenza, di pronuncia cautelare di primo grado non impugnata o di pronuncia cautelare di appello.

Inoltre, al solo fine dell'operatività della preclusione alla stipulazione del contratto nei confronti delle amministrazioni che si avvalgono del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso deve essere notificato anche al domicilio reale della stazione appaltante.

3.6. Privazione degli effetti del contratto e sanzioni alternative

L'articolo 245 *ter* disciplina la privazione degli effetti del contratto e le sanzioni alternative²⁰⁹. Come si è detto, la direttiva comunitaria pone alcuni vincoli precisi, consistenti essenzialmente nell'imposizione della privazione degli effetti del contratto come sanzione dovuta per le violazioni più gravi del diritto comunitario, con la precisazione che tale privazione «non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo» (considerando n. 13) e può essere in casi eccezionali sostituita da sanzioni alternative.

209 L'articolo 245 *ter* deve essere integrato con le disposizioni introdotte dal successivo articolo 245 - *quater* per le ipotesi, previste dal legislatore comunitario, nella quali è necessario assicurare la possibilità di ricorrere per la privazione di effetti di un contratto già stipulato entro un termine più lungo (sei mesi) ovvero decorrente dalla effettiva conoscenza delle decisioni dell'amministrazione. Si tratta di casi eccezionali (ad es., procedure indette senza pubblicazione di bandi o avvisi, ovvero negoziate senza preventiva pubblicazione di bando, etc.), nei quali vi può essere una sostanziale impossibilità di proporre ricorso nei termini ordinari.

Per le altre violazioni del diritto comunitario, gli Stati membri hanno facoltà di estendere la privazione degli effetti del contratto ovvero di introdurre sanzioni alternative – come il pagamento di somme di denaro ovvero l’abbreviazione della durata del contratto, aggiuntive rispetto al risarcimento danni, considerato da solo misura non adeguata ai fini della direttiva (nuovo articolo 2 *sexies* dir. 89/665/CE).

Spetta altresì agli Stati membri determinare se la privazione degli effetti del contratto debba valere *ex tunc* ovvero essere limitata alle sole prestazioni da eseguire ed individuare i poteri spettanti in concreto agli organi giudicanti investiti della decisione.

Il recepimento di tali disposizioni rappresenta uno dei profili più delicati della nuova disciplina ed è destinato ad incidere profondamente sul sistema di giustizia amministrativa e sul riparto di giurisdizione con il giudice ordinario. A tal proposito, la legge delega esprime un’opzione precisa: quella di affidare la pronuncia sulla privazione degli effetti del contratto, sulla sua decorrenza effettiva e sull’applicazione di sanzioni alternative alla valutazione in sede di bilanciamento degli interessi coinvolti dall’annullamento dell’aggiudicazione definitiva, nell’ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito. Questa soluzione è chiaramente improntata ad un principio di unicità della giurisdizione.

Il decreto legislativo n. 53 abbandona la locuzione atecnica «privazione di effetti», sostituendola con la locuzione «inefficacia», come peraltro suggerito nel parere del Consiglio di Stato.

Si tratta di un’espressione più adeguata al nostro linguaggio

giuridico. Tuttavia, dalla lettura del decreto non risulta ancora chiara la natura e quindi la concreta disciplina di tale «inefficacia», in quanto il legislatore sembra aver optato per un'idea dell'inefficacia «elastica» del contratto, con la conseguenza che risulta molto difficile stabilire a priori se l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione determinerà l'inefficacia del contratto o meno. Ancora più difficile prevedere se l'inefficacia sarà pienamente retroattiva o lascerà salve le prestazioni già eseguite. Ciò in quanto, la pluralità dei parametri di apprezzamento e il rilevante potere di apprezzamento degli stessi da parte del giudice accentuano notevolmente il concetto di elasticità della inefficacia del contratto derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione²¹⁰.

La nuova disciplina, pur riconoscendo il ruolo determinante della valutazione concreta del giudice, individua comunque i presupposti indefettibili della dichiarazione di inefficacia del contratto.

Da evidenziare che in nessun caso, la nuova normativa contempla ipotesi di dichiarazioni di inefficacia sganciate dal preventivo annullamento dell'aggiudicazione. Il problema della sorte del contratto si pone quindi esclusivamente quale conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione.

La normativa descrive con precisione gli ulteriori presupposti necessari alla pronuncia di inefficacia del contratto, collegati al tipo di violazione riscontrata: tali requisiti devono comunque sussistere, ma

210 Sul punto cfr. LIPARI M., *Il recepimento della «Direttiva Ricorsi»: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia «flessibile» del contratto* in *federalismi.it*, 2010.

non sono sufficienti per «privare di effetti» il contratto, poiché, come detto, resta sempre salvo il potere di una diversa valutazione del giudice²¹¹.

Il decreto prevede espressamente che la sorte del contratto è pronunciata dal giudice («Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto»). Ciò posto, l'illegittimità della procedura di affidamento non può mai riflettersi automaticamente sulla efficacia del contratto: occorre una pronuncia costitutiva di annullamento dell'aggiudicazione su cui poggia il contratto. Ma anche in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, l'inefficacia può derivare esclusivamente da una apposita statuizione del giudice.

L'esigenza di certezza perseguita dalla normativa europea richiede non solo una puntuale precisazione dei presupposti sostanziali

211 In particolare, il numero 1) prevede la privazione di effetti del contratto nei casi di cui all'articolo 2-*quinquies*, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-*quinquies*, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 92/13/CEE, con le deroghe e i temperamenti ivi previsti.

Si tratta, anzitutto, delle ipotesi di «affidamenti diretti», in cui è sostanzialmente mancata una gara o la sua adeguata pubblicità («se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea senza che ciò sia consentito a norma delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»). Si tratta, poi, del caso della violazione dei termini dilatori per la stipulazione del contratto, ma solo «qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto». Dunque, per l'inefficacia, la violazione dei termini deve essere rafforzata dalla presenza di due ulteriori requisiti. Secondo il diritto comunitario, in tali eventualità la privazione di effetti è la regola, ma, eccezionalmente, è possibile conservare il contratto, applicando sanzioni alternative, qualora «il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti».

dell'inefficacia, quanto l'individuazione di un meccanismo di accertamento «affidabile» in ordine al destino del rapporto contrattuale.

In ragione di quanto evidenziato, fino a quando manca una pronuncia del giudice, il contratto, deve considerarsi ancora produttivo di effetti giuridici.

La nuova disciplina quindi introduce una precisa «pregiudiziale» di annullamento dell'aggiudicazione di modo che l'inefficacia del contratto può essere pronunciata solo in seguito al venir meno dell'atto amministrativo di affidamento²¹².

3.7. La questione della «pregiudiziale di annullamento»: le diverse prospettive della legge delega e del decreto delegato

Nella legge delega è evidente l'intento di gettare le basi per l'affermazione di una «pregiudiziale amministrativa» di annullamento, nel settore del contenzioso disciplinato dal codice dei contratti pubblici.

Tuttavia, va evidenziato che la questione, in termini generali, è stata affrontata e risolta dallo schema del codice del processo amministrativo, il quale, si discosta dalla tesi più rigida della pregiudiziale di annullamento, prevede la sottoposizione dell'azione risarcitoria autonoma al termine decadenziale di sei mesi, senza ipotizzare alcuna deroga per settori particolari del contenzioso.

212 Sul punto cfr. TIBERII M., *La tutela del terzo nei contratti ad evidenza pubblica*, Napoli, 2010, p. 203.

La formula originaria del decreto attuativo della direttiva, in un'ottica di massima semplificazione, aveva imposto una sincronizzazione totale degli strumenti di protezione giudiziaria offerti all'interessato, anche se ciò comportava evidenti forzature dei principi operanti nel nostro ordinamento sostanziale e processuale.

Secondo questa iniziale impostazione, la domanda di annullamento dell'aggiudicazione contiene, «implicitamente», tanto la richiesta di dichiarazione di inefficacia del contratto, tanto quella di risarcimento in forma specifica (l'affidamento del contratto in contestazione)²¹³. Inoltre, nello stesso giudizio deve essere proposta l'eventuale richiesta di risarcimento del danno per equivalente («Fuori dai casi stabiliti dai commi seguenti, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva, se il contratto sia stato nel frattempo stipulato, decide, previo bilanciamento degli interessi coinvolti, se dichiarare la privazione degli effetti del contratto, fissando in tal caso la decorrenza della privazione degli effetti, ovvero, e in via subordinata, se accordare il risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato»).

Quindi, nell'originaria prospettiva del legislatore delegato, la sentenza, se accerta l'illegittimità dell'aggiudicazione, deve stabilire se il contratto conserva efficacia o meno (indicando anche la relativa decorrenza), se il ricorrente ha titolo al risarcimento in forma specifica o per equivalente, se la procedura di gara debba essere rinnovata, o meno.

La scelta di ricondurre la domanda volta ad ottenere la

213 Cfr. TIBERII M., *op.cit.*, p. 251.

cessazione degli effetti del contratto stipulato, in modo automatico, nell'ambito della richiesta di annullamento dell'aggiudicazione appare dettata da una serie di ragioni.

In primo luogo, essa sembra recepire quell'orientamento nel quale si considera la domanda di risarcimento in forma specifica già contenuta nella richiesta di annullamento, confermando che il processo amministrativo dal modello originario, esclusivamente impugnatorio si è trasformato in un giudizio sul rapporto tra la pubblica amministrazione ed il privato, nel quale si decide non soltanto dell'illegittimità degli atti, ma anche dei beni della vita ossia dell'aggiudicazione e dei contratti. In secondo luogo, dimostra che l'annullamento dell'aggiudicazione è la questione principale e pregiudiziale, dalla quale possono dipendere le sorti del contratto sottoscritto. In definitiva, tale impostazione rispecchia il particolare legame che intercorre tra l'atto che conclude la procedura dell'evidenza pubblica ed il contratto²¹⁴.

L'impostazione indicata appariva interessante e rispondente ad un'esigenza di certezza dei rapporti giuridici. Tuttavia, le soluzioni proposte non sembravano, come detto, coerenti con regole e principi del nostro sistema processuale.

Oltretutto, la disposizione non sembrava ben coordinata con la diversa soluzione generale del tema della «pregiudiziale» fornita dallo schema di codice del processo amministrativo. In cui si precisa che la parte interessata ha, di regola, il potere di scegliere tra tutela per equivalente e tutela in forma specifica, l'azione risarcitoria per

214 In tal senso, TIBERII M., *op. cit.*, p. 256.

equivalente può essere proposta senza preventiva impugnazione dell'atto lesivo, ma nel termine decadenziale di sei mesi.

In ragione delle criticità evidenziate la previsione normativa indicata è stata abbandonata nell'articolato definitivo, in cui è stato eliminato ogni riferimento esplicito alla pregiudiziale di annullamento²¹⁵.

La disposizione vigente intende affrontare il problema del rapporto tra domanda di risarcimento del danno per equivalente e in forma specifica, anche in relazione alla pronuncia di inefficacia del contratto, rispondendo alle obiezioni prospettate nel parere del Consiglio di Stato.

La soluzione della questione non è agevole, in quanto il legislatore ha cercato di contemperare l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici con il principio della domanda.

La disposizione sembra affermare la regola secondo cui la richiesta diretta ad «ottenere l'aggiudicazione del contratto» è in ogni caso subordinata alla dichiarazione di inefficacia del contratto. Pertanto, il ricorrente vittorioso non potrebbe ottenere l'affidamento del contratto se prima non sia «eliminato» dal mondo giuridico il contratto stipulato con l'originario aggiudicatario.

215 articolo 245-*quinquies* del codice, riguardante la «tutela in forma specifica e per equivalente». «1. L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 245-bis e 245-ter.»

Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone, su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento per equivalente del danno da questi subito e provato.

2. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile».

Inoltre, nonostante la dizione formale della norma, è scontata anche l'affermazione secondo cui la previa dichiarazione di inefficacia del contratto è condizione necessaria pure delle richieste «strumentali», dirette ad ottenere non già l'affidamento del contratto la definizione del potere conformativo della successiva attività dell'amministrazione. Ciò si verifica, in particolare, qualora, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione non sia possibile individuare il soggetto avente titolo all'aggiudicazione, ma occorra il rinnovo delle operazioni di gara. Anche in questo caso la realizzazione di tale interesse è possibile solo se il contratto stipulato è dichiarato inefficace.

Tuttavia, la norma non chiarisce quali siano le conseguenze della mancanza di una domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto proposta dal ricorrente, che intenda ottenere l'aggiudicazione. La soluzione ipotizzabile potrebbe essere quella secondo la quale la richiesta di attribuzione del contratto implichi sempre la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con l'illegittimo aggiudicatario. Ciò anche in considerazione del principio secondo cui il potere di qualificazione e di interpretazione della domanda spetta sempre al giudice²¹⁶.

216 LIPARI M., *op. cit.*, p. 67.

3.8. La limitazione del risarcimento del danno

Il secondo periodo del comma 1 dell'articolo 245 contiene il principio secondo cui se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, il ricorrente non può conseguire la tutela in forma specifica, ma solo per equivalente.

L'elemento di maggiore criticità della disposizione è rappresentato dalla circostanza che il risarcimento del danno spetta solo al ricorrente che avrebbe «titolo» all'aggiudicazione.

Si potrebbe ritenere che, in questo modo, la disposizione abbia previsto l'esclusione del risarcimento del danno per mera perdita di *chances* di aggiudicazione. Se è così, i dubbi sulla legittimità costituzionale e comunitaria della norma sono evidenti.

Non si comprende, infatti, quale disposizione della direttiva n. 66/2007 attribuisca agli Stati membri il potere di privare l'interessato di qualsiasi forma di tutela, nel caso in cui il giudice abbia reputato di «conservare» il contratto e il ricorrente, in base alla violazione accertata, non possa dimostrare di avere titolo all'aggiudicazione.

Una limitazione del risarcimento del danno subito dal ricorrente, poi, non è in alcun modo contemplata tra i criteri di delega racchiusi nell'articolo 44 della legge n. 88/2009.

In definitiva non si comprende quale sia l'effettiva utilità di siffatta limitazione.

3.9. Il rapporto tra tutela in forma specifica e tutela per equivalente

Il decreto n. 53 sembra riconoscere il potere di scelta della parte interessata, tra la tutela in forma specifica e la tutela per equivalente. Si stabilisce, peraltro, che la mancata richiesta di «subentrare nel contratto» (considerata come domanda di risarcimento del danno in forma specifica), se ingiustificata, può precludere (o ridurre) il diritto al risarcimento del danno per equivalente.

La norma non introduce una regola del tutto nuova nel nostro diritto, ma codifica un principio già espresso più volte dalla Cassazione civile. L'autore dell'illecito, convenuto per il risarcimento del danno per equivalente, può sempre offrire di eseguire la materiale attività di ripristino del diritto violato. Il creditore, a sua volta, ha il potere di rifiutare l'offerta, ma solo se ciò non sia contrario alla buona fede.

In buona sostanza, in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, la stazione appaltante ha la facoltà di offrire il «subentro» nel contratto al ricorrente vittorioso. Se questi rifiuta, senza giustificato motivo, perde il diritto al risarcimento del danno per equivalente, ovvero il giudice nella quantificazione dello stesso dovrà tener conto del rifiuto al subentro.

Va aggiunto che, poi, il tema della conservazione di effetti del contratto è comunque destinato ad essere affrontato dalle parti in funzione della decisione del giudice sulla sorte del contratto.

È opportuno quindi verificare l'incidenza della norma in esame sulla questione della «pregiudiziale di annullamento», ossia sulla

facoltà della parte interessata di proporre la domanda di risarcimento per equivalente senza la tempestiva impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

Come si è detto, la formula definitiva del decreto legislativo non sembra introdurre una specifica regola sulla pregiudiziale.

Tuttavia, la sequenza delle regole previste dall'articolo 245 *quinquies* potrebbe determinare, indirettamente conseguenze pratiche molto simili a quelle derivanti dalla regola della pregiudiziale. Infatti, la mancata proposizione della domanda diretta alla dichiarazione di inefficacia del contratto potrebbe precludere il risarcimento del danno per equivalente. A sua volta, però, la domanda per la dichiarazione di inefficacia del contratto presuppone l'annullamento dell'aggiudicazione, da proporre nel brevissimo termine decadenziale di trenta giorni.

In definitiva, la parte che decida di proporre direttamente una domanda risarcitoria per equivalente, senza impugnare tempestivamente l'aggiudicazione, corre il fortissimo rischio di una pronuncia di rigetto, incentrata sulla regole dell'articolo 245 *quinquies*.

3.10. Modifiche all'accordo bonario e disposizioni in materia di arbitrato

Il legislatore ha introdotto alcune misure che non attengono al recepimento della normativa comunitaria e sono chiaramente volte a

favorire la risoluzione accelerata e non giurisdizionale del contenzioso, specie di quello insorto in fase di esecuzione del contratto.

Viene così sostanzialmente modificato l'articolo 240, D.lgs. 163/06, in materia di all'accordo bonario. Tra le novità più significative, oltre al potenziamento del ruolo dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ed all'introduzione di un mediatore unico come alternativa all'organo collegiale, è la disposizione che esclude esplicitamente, in caso di *«accettazione integrale della proposta motivata di accordo bonario la gravità della colpa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica ...»*.

In merito all'arbitrato, secondo la scelta operata nella legge delega, le stazioni appaltanti non possono stipulare compromessi ma hanno facoltà di indicare nel bando di gara se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria, con facoltà per l'aggiudicatario di ricusare tale clausola entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione (articolo 241 D.lgs. 163/06). Il concorrente può però rinunciare in fase di gara alla declinatoria della clausola compromissoria, con l'effetto di poter offrire un ulteriore autonomo ribasso (non rilevante ai fini della soglia di sospetta anomalia) giustificato con i minori oneri finanziari derivanti dalla maggiore celerità di risoluzione delle controversie relative all'esecuzione del contratto (articolo 82, ultimo comma, D.lgs. 163/06; v. altresì artt. 83 e 87, D.lgs. 163/06).

Tra le modifiche alla disciplina dell'arbitrato contenute nel

nuovo articolo 242 si segnala che:

- il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione mentre il deposito presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici diviene condizione di efficacia;
- l'impugnazione per nullità del lodo è proposta nel termine di trenta giorni dalla sua notificazione e non è più proponibile decorsi centoventi giorni dalla data dell'ultima sottoscrizione;
- è disciplinato un procedimento per sospendere l'efficacia del lodo.

Considerazioni conclusive

Il tema del rapporto tra risarcimento per equivalente e la reintegrazione in forma specifica, del quale nel presente lavoro sono stati trattati gli aspetti più controversi che continuano ad appassionare dottrina e giurisprudenza: dalla natura della responsabilità della pubblica amministrazione conseguente alla lesione dell'interesse legittimo, passando per la sorte del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima, fino alla pregiudiziale amministrativa, necessita di un inquadramento dogmatico finalistico. Detto inquadramento sembra essere contenuto nella nuova direttiva ricorsi (e di conseguenza nel decreto legislativo di recepimento) che ha operato una chiara scelta finalizzata ad assicurare una celere ed effettiva tutela giurisdizionale nel duplice interesse dei privati e delle stazioni appaltanti.

Con essa si è cercato di mediare tra principio della domanda giurisdizionale e le esigenze di contenimento della spesa pubblica che impongono di evitare, possibilmente, che per il medesimo contratto la stazione appaltante debba da un lato corrispondere il prezzo a chi lo esegue e dall'altro il risarcimento per equivalente al ricorrente vittorioso in giudizio.

La direttiva è intervenuta in una materia in cui persiste un netto contrasto tra le pronunce del giudice amministrativo - che interviene a tutela di situazioni soggettive di interesse legittimo pretensivo – e quelle del giudice ordinario – che ha il compito di adottare pronunzie di accertamento costitutivo sull'efficacia o validità di un contratto (diritti soggettivi).

Il principio di effettività della tutela, rafforzato dalla nuova direttiva, comporta la necessità di evitare lo svuotamento della protezione della posizione del partecipante alla gara e di tutelarne gli interessi nella loro materialità, vale a dire rispetto a quella utilità concreta che consiste nella aggiudicazione e nella stipula del contratto con l'amministrazione committente.

Il primo obiettivo è stato conseguito con il riconoscimento della tutela risarcitoria dell'interesse legittimo. L'altro obiettivo consiste nell'evitare che il concorrente debba «accontentarsi» del risarcimento per equivalente anche nell'ipotesi in cui abbia scelto di ottenere quella specifica utilità economica rappresentata dalla stipulazione del contratto.

Sotto quest'ultimo profilo vi erano delle situazioni che limitavano sostanzialmente la tutela, quali l'eccessiva durata del processo e l'intervenuta stipula del contratto con l'illegittimo aggiudicatario.

All'ostacolo derivante dalla durata del processo sia il legislatore nazionale che quello comunitario hanno cercato di porre rimedio, in particolare con l'articolo 23 *bis* introdotto dalla legge n. 205 del 2000, che ha previsto un rito speciale per questa materia (v. di recente, nello

stesso senso, l'art. 20 del D.L. 29 novembre 2008, n. 185 ed il D.lgs. n. 53 del 2010 di recepimento della direttiva ricorsi che sostanzialmente introduce un ulteriore rito speciale con termini ancora più ridotti).

All'ostacolo derivante dalla interposizione di un contratto già stipulato la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha dato risposta attraverso l'elaborazione delle teorie della inefficacia-invalidità-caducazione del contratto, nelle sue varie declinazioni, quale conseguenza della violazione delle regole dell'evidenza pubblica e, dunque, quale conseguenza della illegittimità dell'aggiudicazione che lo stesso contratto ha posto a sua base, nonché con l'attribuzione della giurisdizione esclusiva anche in materia contrattuale al giudice amministrativo²¹⁷.

217 DE LISE P., *Relazione tenuta il 4 dicembre 2008 in occasione degli «Incontri sul processo amministrativo» promossi dalla Libera Università San Pio V.*: «L'inefficacia-nullità del contratto come dichiarazione del giudice amministrativo non è stata dunque motivata dal desiderio di ingerirsi in uno spazio di tutela che prima spettava al giudice ordinario, bensì dall'esigenza di conquistare spazi sul piano della reale satisfattività della pretesa. La satisfattività della tutela fornita dal giudice amministrativo potrebbe essere anche assicurata – in maniera, per così dire, meno traumatica sul piano del riparto – mediante il riconoscimento ad esso, in sede di ottemperanza (come affermato dall'Adunanza plenaria n. 9/2008), di un potere di accertamento incidentale, senza efficacia di giudicato, sulla validità del contratto, così limitando i suoi poteri all'esecuzione della pretesa avente natura di interesse legittimo. Se il contratto è nullo o inefficace, il giudice dell'ottemperanza potrà ordinare alla pubblica amministrazione di aggiudicare la gara al vincitore del processo amministrativo e quindi di stipulare il contratto con quest'ultimo; nel contempo, va riconosciuto al giudice ordinario il potere di accertare con efficacia di giudicato lo stato invalidante del contratto. In tal modo il giudice amministrativo può assicurare piena tutela in via esecutiva, sì da realizzare in sede di ottemperanza quella satisfattività della tutela che viene richiesta; sicché, una volta annullata in sede giurisdizionale e con efficacia di giudicato l'aggiudicazione, deve, nel giudizio di ottemperanza, potersi dare piena attuazione alla pretesa, con conseguente obbligo

Di diverso avviso era la Cassazione, che fino alla recente Ordinanza a Sezioni Unite n. 2906 del 10 febbraio 2010, ha affermato la duplicità di giudizi, dinanzi al giudice amministrativo per l'aggiudicazione e dinanzi al giudice ordinario per il contratto. Tuttavia, il sistema cosiddetto binario di giurisdizione oltre a non garantire l'effettività della tutela, collide con i principi comunitari e, in particolare, con la nuova Direttiva ricorsi.

In ragione di ciò, in controtendenza con la giurisprudenza pregressa, anche la Cassazione con la citata Ordinanza del 10 febbraio 2010, nel considerare gli effetti sulla giurisdizione della Direttiva ricorsi, afferma che è necessario l'esame da parte dello stesso giudice della domanda di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, individuandolo nel giudice amministrativo.

Il sistema previsto nella direttiva è prevalentemente orientato ad impedire la stipula del contratto sino a quando la *chance* del ricorso

conformativo in capo alla p.a.. Il che, poi, appare in sintonia con la configurazione *sub specie* di interesse legittimo (pretensivo) della situazione giuridica soggettiva del privato, tesa a conseguire il bene della vita costituito, appunto, dalla stipulazione del contratto, con la possibilità di eseguire l'opera pubblica e, ancora, con l'estensione – fisiologica, non patologica (quella cioè che ha prodotto il corretto intervento caducatorio della Corte costituzionale con la sentenza n. 204 del 2004) - della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che ha condotto al radicamento presso tale giudice delle controversie in materia di procedure di gara espletate da soggetti privati; una soluzione affermata dal Consiglio di Stato, condivisa, dopo un iniziale indirizzo contrario, dalla Corte di cassazione e consacrata infine dal legislatore (con l'art. 6, comma 1, della legge n. 205 del 2000 e, oggi, con l'art. 244, comma 1, del codice dei contratti pubblici). In tal modo il contratto andrebbe considerato come ultimo atto della procedura ad evidenza pubblica, rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi delle disposizioni da ultimo richiamate, anziché come isolato ed autonomo negozio giuridico la cui cognizione apparterebbe al giudice ordinario».

non si sia esaurita. Il principio di effettività si coniuga con la tutela «reale» della pretesa e con una protezione che consente al ricorrente (se il ricorso è fondato) di conseguire quel vantaggio concreto che deriva dalla stipula del contratto.

Inoltre, in base alle previsioni della nuova direttiva, il giudice è investito di valutazioni e poteri decisorii circa l'effettiva ricorrenza dei tassativi casi di inefficacia del contratto previsti nella direttiva stessa, nonché circa l'esistenza di cause imperative di interesse generale che possono consentire il dispiegarsi dell'efficacia del contratto, pur in costanza delle gravi violazioni comunitarie.

Ciò posto, se in base alle previsioni del legislatore comunitario, il giudice che annulla il provvedimento di aggiudicazione deve anche poter valutare, ai fini dell'ottemperanza, se il contratto stipulato sia inefficace nei casi di gravi violazioni, se deve effettuare una valutazione di interesse pubblico generale in proposito, mescolando pronuncia di annullamento ed accertamento sulla efficacia del contratto, deve necessariamente condividersi - ritenendola legittima ed in linea con i principi di ragionevole durata e di concentrazione processuale - la scelta operata con il decreto legislativo n. 53/2010 di attribuire al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva in materia.

La necessità di concentrare su un solo giudice la cognizione di diritti e interessi, quando con il medesimo ricorso, sia domandata la caducazione degli effetti del contratto di appalto come reintegratoria del diritto sorto dall'annullamento della gara, dopo l'entrata in vigore della direttiva incide sull'interpretazione delle norme in materia e

impone di riconoscere il rilievo per il diritto comunitario della connessione tra le domande in precedenza ritenuta irrilevante a favore di una giurisdizione unica del giudice amministrativo, estesa anche agli effetti del contratto concluso a seguito di illegittima aggiudicazione.

Tale conclusione è pienamente conforme alle norme costituzionali che impongono la effettività della tutela (articolo 24 e 111 Cost.) perché la rilevanza della connessione, denegata in passato per la cognizione congiunta della lesione degli interessi legittimi e dei diritti conseguenti, non è più contestabile in quanto deriva da norma comunitaria incidente sulla ermeneutica delle norme interne (articolo 117), che è vincolante in tale senso per l'interprete.

In conclusione, nell'ambito del nuovo quadro normativo delineato, anche alla luce della lettura della Suprema Corte²¹⁸, sembra finalmente trovare centralità il tema dell'effettività della tutela e con esso il tema della reintegrazione in forma specifica.

Come si è visto, la tutela che il sistema (risultante dalle recenti innovazioni) appresta alla lesione dell'interesse legittimo pretensivo consiste sempre più nella diretta rimozione della lesione e delle sue conseguenze, pertanto sembra coincidere con l'esecuzione in forma specifica (2930 e seg. c.c.) volta alla tutela dei diritti relativi, piuttosto che alla reintegrazione in forma specifica (2058 c.c.) prevista essenzialmente per la tutela dei diritti assoluti (vedi Capitolo II par. 2.3).

In altre parole, nel caso in cui il giudice disponga

218 Anche le disposizioni contenute nello schema dell'emanando codice amministrativo sembrano confermare i principi richiamati.

l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto in favore del legittimo aggiudicatario, tale forma di risarcimento non si atterrebbe come in forma specifica, ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile e con i limiti da questo previsti, ma si verserebbe nell'ipotesi di esecuzione in forma specifica, tutela dettata dal legislatore per la lesione dei diritti relativi nell'ambito del rapporto obbligatorio.

In base allo studio condotto, che avvalorava la tesi della natura contrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interesse legittimo pretensivo, la forma di tutela più conferente con la fattispecie in trattazione sembra essere quella prevista dagli articoli 2930 e seguenti del codice civile.

Peraltro, a riprova della concreta applicabilità nel nostro sistema giudico di detta forma di tutela da parte del giudice amministrativo, sembra essere superato anche l'ultimo ostacolo costituito dall'assenza dell'azione di adempimento dall'armamentario del giudice amministrativo²¹⁹. Infatti, nello schema del nuovo codice amministrativo viene espressamente prevista, al fianco delle azioni di annullamento e di condanna anche l'azione di adempimento²²⁰.

219 FOLLIERI E., *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *DprAM.*, 2006, 18-33.

220 Cfr. PELLEGRINO G., op. cit., p. 56. Secondo l'autore l'azione di condanna è da intendersi non solo in senso di condanna al pagamento di somme di denaro, ma di condanna in senso tedesco che si sostanzia in una pronuncia reintegratorio-satisfattoria con la quale il giudice, accertata la fondatezza della pretesa, condanna l'amministrazione all'emanazione del provvedimento dovuto quando l'atto che il privato vuole ottenere sia un atto vincolato. Detta rilevante innovazione (sulla base della positiva esperienza tedesca) è contenuta nella proposta di decreto delegato contenente lo schema del nuovo Codice del processo amministrativo, predisposta da una Commissione speciale costituita dal Consiglio di Stato in attuazione della delega conferita al Governo con legge 18 giugno 2009, n. 69.

Bibliografia

TESTI

AGNINO F., *Risarcimento del danno e processo amministrativo*, Milano, 2005;

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1954,

BIANCA C.M., *La responsabilità*, vol. 5, Milano, 2001;

CARANTA R., *Attività amministrativa e illecito aquiliano. La responsabilità della P.A. dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2001;

CARINGELLA F., *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, 2003, 1178;

CARINGELLA F., GAROFOLI M., *Trattato di Giustizia Amministrativa*, Vol I e II, Milano, 2006;

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, scritti in onore di Mengoni, 1995, I 148;

CECCHERINI G., *Risarcimento del danno e riparazione in forma specifica*, Milano, 1989;

CHIEPPA R., LOPILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007;

- CIANFLONE A., GIOVANNINI G., *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003;
- CIAN G., TRABUCCHI A., *Commentario Breve al codice civile*, Padova, 2007;
- D'ADDA A., *Il risarcimento in forma specifica oggetto e funzioni*, Padova, 2002;
- DE CUPIS A., *Dei fatti illeciti*, in Comm. del Cod. Civ. Scialoja e Branca, articolo 2043, Bologna-Roma, 1993;
- DE NICTOLIS R., *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici, alla luce del codice dei contratti pubblici*, Milano 2007;
- DIANA A.G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione*, Padova, 2000;
- DI GIANDOMENICO G., a cura di, *Il danno risarcibile per lesione di interessi legittimi*, Napoli, 2004;
- DI MAJO A., *La tutela dei diritti*, Bologna, Zanichelli, 1988;
- FERRARA L., *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione – La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, 2003;
- FERRI, G.B., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, II ed., Rimini, 1990;
- FOLLIERI E., *Giudice Amministrativo e Tutele in Forma Specifica*, Milano, 2003;
- FRANZONI M., *Commentario del codice civile. Fatti illeciti. articolo 2043-2059*, Bologna, 1993;
- GAROFOLI R., a cura di, *La tutela in tema di appalti pubblici*, Napoli, 2007;
- GAROFOLI R., FERRI G., *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008;

- GRAZIUSO L., *Il contenzioso nei lavori pubblici*, Padova, 2005;
- MARELLA M. R., *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000;
- MASERA S.R., *Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo*, Padova, 2006;
- MAZZONE M., LORIA C., *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, Roma, 2005;
- MESSINEO F., *Il contratto in genere, Trattato di diritto civile e commerciale*, XXI, Milano, 1973, p. 726
- MOSCARINI L.V., *Risarcibilità degli interessi legittimi e pregiudiziale amministrativa*, Torino, 2008;
- NICOLÒ R., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962;
- PAOLANTONIO N., *La tutela risarcitoria nei confronti dell'amministrazione pubblica: problemi di giurisdizione*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007;
- PELLEGRINO G., a cura di, *Verso il codice del processo amministrativo*, Roma, 2010;
- POLICE A., *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001.
- RACCA M.G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000;
- RICCIUTO V, NERVI A., *Il Contratto della Pubblica Amministrazione*, Napoli, 2009;
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966;
- SANTORO P., *Sistema di Responsabilità e Pubblica Amministrazione*, Santarcangelo, 2004;

SANTORO P., *Manuale dei contratti pubblici*, Santarcangelo, 2007;

TRAVI A., *L'esecuzione della sentenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, IV, Milano, 2000, 3521;

TRIMARCHI BANFI F., *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2000.

RIVISTE

ANELLI C., *Pubblico e privato in materia di contratti dello Stato e degli enti pubblici*, in *Cons Stato*, 1966, II, 333;

BARBIERI E. M., *Annullamento della gara pubblica ed annullamento del contratto: un problema di giurisdizione*, in *Riv. trim. app.*, 2001, n. 3, 721;

BARBIERI E. M., *L'illegittimità amministrativa fra risarcimento per equivalente e reintegrazione in forma specifica*, in *Riv. trim. app.*, 2006, n. 1, 135-149;

BETTI E., *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957;

BUONVINO E., *Colpa e contatto sociale verso nuove forme di responsabilità della pubblica amministrazione?*, in *Ram*, 2001, 715-721;

CARBONE V., *Le «nuove frontiere» della giurisdizione sul risarcimento del danno da atto amministrativo illegittimo della pubblica amministrazione (commento alla l. 21 luglio 2000, n. 205)*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1127;

CARPENTIERI P., *Due dogmi, un mito e una contraddizione (prime riflessioni su Cass., ss.uu. ord. 13 giugno 2006, n. 13660)*, in *giustamm.it.*, 2006;

CASTRONOVO C., *Responsabilità civile per la pubblica*

amministrazione, in *Jus*, 1998, 647-669;

CINTOLI F. *Il processo amministrativo risarcitorio senza la pregiudizialità*, *Giustamm.it*, n. 7, 2009;

CINTIOLI F. *Le sezioni unite rivendicano a sè il contratto ma non bloccano il giudizio di ottemperanza*, in *giustamm.it*, 1/2008;

CHIEPPA R., *La reintegrazione in forma specifica nel diritto amministrativa: tutela risarcitoria o azione di adempimento?*, in *RCP*, I, 2003, 3-12;

CLARICH M., *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 559;

CORAGGIO G., *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, Relazione al convegno di presentazione del Trattato sui contratti pubblici a cura di SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., Università degli studi Roma Tre; 2008 in *giustamm.it*;

CORAGGIO G., *Effettività del giudicato ed invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima* in *Riv dir proc amm*, 1/2003;

CUGURRA G., *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.* 2000, p. 6;

DE LISE P., *Relazione tenuta il 4 dicembre 2008 in occasione degli «Incontri sul processo amministrativo» promossi dalla Libera Università San Pio V*, in *giustamm.it*;

DE NARDI F., *Il risarcimento del danno provocato dalla mancata aggiudicazione dell'appalto dovuta all'illegittimità dell'azione amministrativa. La reintegrazione in forma specifica e la liquidazione per equivalente comprensiva del pregiudizio per la perdita di chances e del danno da mancata aggiudicazione dei lavori*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2004, n. 3, 694-712;

DE NICTOLIS R., *L'arbitrato delle pubbliche amministrazioni, dalla legge Merloni alla legge 166/2002*, in *Urb e appalti*, 2002, 1004;

DE PRETIS D., *Azione di annullamento e azione risarcitoria nel processo amministrativo*, in *Dir. & Form.*, 2002

DI GIANDOMENICO G., *La lesione del rapporto Giuridico*, in *Riv. Dir. Comm.* n. 7-8-9- 2008;

DI GIANDOMENICO G., *Rapporto giuridico e responsabilità civile*, in *Giur.It.*, 2006, 1543-1549;

DI GIANDOMENICO G., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale nella lesione di interesse legittimo*, in *FA.*, 2003, 2677-2692;

DI MAJO A., *Danno ingiusto e danno risarcibile nell'interesse legittimo*, in *Cor. Giur.*, 2000, 388-396;

DOMENICHELLI V., *Le azioni nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2006, 1;

FOLLIERI E., *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *DprAM.*, 2006, 18-33;

FOLLIERI E., *Il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi alla luce del d.lg. n. 80/1998*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 478;

GRECO G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2000, p. 1130;

IEVA L., *Annullamento degli atti dell'evidenza pubblica e nullità del contratto di appalto*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, p. 964;

LIPARI M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Federalismi.it* n. 9/2008;

LOPILATO V., *Vizi della procedura di evidenza pubblica e patologie contrattuali*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 4, 1519;

MONTESANO M., *giudizi sulle responsabilità per danni e sulle*

illegittimità della pubblica amministrazione, Dir. proc. amm., 2001, 3, 583;

MOSCARINI L.V., *Giurisdizione e pregiudiziale di annullamento note a margine delle decisioni dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 30 luglio 2007 n. 9 e 22 ottobre 2007n. 12;*

MOSCARINI L.V., *Risarcibilità degli interessi legittimi e termine di decadenza: riflessioni a margine dell'ordinanza n. 1 dell'Ad. pl. del Consiglio di Stato 2 gennaio 2000, in Dir. proc. amm. 2001, p. 1;*

MUSOLINO G., *La risoluzione del contratto nell'appalto pubblico, in Riv. Trim. Appalti, 2008, n. 1, 13-61;*

PROTTO M., *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo, in Resp. Civ., 2001, 213;*

RALLO A., *La tutela diligente nella nuova direttiva ricorsi 2007/66/CE, Scritti in memoria di F. Pugliese, in Quaderno di Dir. E proc. Amm., 2009.*

ROMANO TASSONE A., *Giudice amministrativo e risarcimento del danno, in giust.it, n. 3/2001;*

RUIU T., *Ancora sulla sorte del contratto di appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione: la tesi dell'inefficacia sopravvenuta, i risvolti sulla giurisdizione, la tutela riparatoria, in Riv. Trim. Appalti, 2008, n. 1, 251-268;*

SANTORO P., *La rimozione della pregiudiziale amministrativa e il paradosso del risarcimento da atto vantaggioso, in Riv. Trim. Appalti, 2007, n. 2, 401-419;*

SANTORO P., *La tutela reintegratoria e risarcitoria nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, in Trib. Amm. Reg., 2001, n. 9, 555-573;*

SATTA F., *L'annullamento dell'aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto, in Dir. amm., 2003, 4, 645.*

SCOCA F.G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 2, 797.

SCOCA F.G., *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1;

VILLATA P., *Riflessioni in tema di giudizio di ottemperanza attività successiva alla sentenza di annullamento*, in *DprAM*, 1989, 369-399;

VIRGA P., *Pregiudizialità dell'azione di annullamento rispetto a quella di risarcimento*, in *lexitalia.it*;

VIRGA P., *La reintegrazione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 326;

VIVARELLI M.G., *Le conseguenze dell'annullamento della gara pubblica*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2008, n. 1, 177-211;

ZITO A., DE CAROLIS D., a cura di *Giudice amministrativo e tutele in forma specifica: atti della Tavola rotonda, Teramo, 3 maggio 2002*, Milano, Giuffrè, 2003;

ZONNO D., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le nuove frontiere della «tutela reale» dinanzi al giudice amministrativo*, in *Giur. Merito*, 1/2009, 229;