

IL RISARCIMENTO DEI DANNI NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI

(questioni specifiche alla luce della giurisprudenza amministrativa).

ENRICO LUBRANO

INTRODUZIONE.

- I. LA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DELLA P.A..**
- II. LA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI.**
- III. IL RISARCIMENTO DEI DANNI MEDIANTE REINTEGRAZIONE IN FORMA SPECIFICA.**
 - 1. La richiesta di c.d. “subentro” come azione di reintegrazione in forma specifica o come azione di adempimento?**
 - 2. La c.d. “doppia pregiudiziale” per ottenere la reintegrazione in forma specifica.**
 - 3. Le situazioni di inefficacia obbligatoria o facoltativa del contratto.**
 - 3.A. I “gravi casi” e l’inefficacia obbligatoria del contratto (art. 121 C.P.A.).**
 - 3.B. I c.d. “altri casi” e l’inefficacia facoltativa del contratto (art. 122 C.P.A.).**
 - 3.C. Lo speciale regime delle c.d. “infrastrutture strategiche” (art. 125 C.P.A.).**
- IV. IL RAPPORTO TRA TUTELA IN FORMA SPECIFICA E PER EQUIVALENTE.**
- V. IL RISARCIMENTO DEI DANNI PER EQUIVALENTE.**
 - 1. Gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento dei danni per equivalente.**
 - 2. Le “poste di danno” risarcibili.**
 - 3. La quantificazione del risarcimento dei danni per equivalente.**
 - 3.A. La quantificazione delle singole poste di danno risarcibili.**
 - 3.A.1. La quantificazione del c.d. “aggio” (il mancato utile).**
 - 3.A.2. La quantificazione del c.d. “danno curriculare”.**
 - 3.A.3. Rivalutazione monetaria ed interessi.**
 - 3.B. La valutazione di eventuali “fattori di abbattimento” del risarcimento.**
 - 3.B.1. Il c.d. “*aliunde perceptum*”.**
 - 3.B.2. Condotte di inerzia processuale o sostanziale del ricorrente.**
 - 3.B.3. La c.d. “perdita di chance”.**
 - 3.C. L’eventuale corresponsabilità del controinteressato.**
- VI. LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA P.A..**
 - 1. Gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento dei danni per equivalente.**
 - 2. Le “poste di danno” risarcibili.**

CONCLUSIONI.

IL RISARCIMENTO DEI DANNI NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI

(questioni specifiche alla luce della giurisprudenza amministrativa)⁽¹⁾.

ENRICO LUBRANO

INTRODUZIONE.

Il presente scritto è volto ad analizzare le risposte fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento alle questioni di maggiore rilevanza in materia di risarcimento dei danni nel settore degli appalti pubblici (ovvero in tutte “*le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture*”), in applicazione della disciplina prevista dal Codice del Processo Amministrativo (allegato n. 1 al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, d’ora in poi “C.P.A.”) e, in particolare, dall’art. 124 dello stesso, che disciplina la tutela sia in forma specifica (mediante subentro nel contratto), sia per equivalente ⁽²⁾.

Il riferimento alla Pubblica Amministrazione in generale è da intendersi in senso ampio, in relazione a tutti i soggetti che - a prescindere dalla propria natura giuridica di tipo pubblicistico o privatistico - sono “*preposti all’esercizio di attività amministrative*” ed esercitano, comunque (anche “*mediatamente*”), un “*potere amministrativo*” di carattere autoritativo per il conseguimento di fini di tipo pubblicistico, secondo i principi sanciti sia dall’art. 1, comma 1 ter, della Legge 7 agosto 1990, n. 241 ⁽³⁾, sia dall’art. 7, commi 1 e 2, del C.P.A. ⁽⁴⁾.

¹ Testo della relazione, riveduta e ampliata, tenuta al Convegno organizzato, a Cosenza in data 6 dicembre 2013 ed a Palermo in data 14 dicembre 2013, dalla Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti sul tema “*La responsabilità della Pubblica Amministrazione*”.

² Per completezza si riporta il dato testuale della norma richiamata.

“124. *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 121, comma 1, e 122. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, 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”.*

Tale articolo costituisce il risultato di una trasposizione (non integrale, delle cui specifiche modifiche si dirà in seguito) dell’art. 245 *quinquies* del D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (c.d. “Codice dei Contratti Pubblici”) all’interno del Codice del Processo Amministrativo, ad opera del D.Lgs. n. 104/2010.

³ Per completezza si riporta il dato testuale della norma richiamata.

“1-ter. *I soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge*” (comma aggiunto dall’art.

Tale riferimento alla Pubblica Amministrazione in senso ampio è particolarmente rilevante nel settore degli appalti pubblici, nel quale, in buona parte dei casi, la c.d. “stazione appaltante” è costituita da un soggetto avente una natura giuridica privatistica, ma preposto all’esercizio di attività amministrative e titolare di poteri amministrativi, di carattere autoritativo e discrezionale, per il conseguimento di fini di tipo pubblicistico.

I. LA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DELLA P. A.

Una prima questione rilevante - con riferimento alla responsabilità della Pubblica Amministrazione in via generale (e non soltanto nel settore degli appalti pubblici) - è costituita dall’individuazione della natura giuridica di tale responsabilità dell’Amministrazione.

La dottrina e la giurisprudenza hanno disquisito a lungo con riferimento a tale questione, in ordine alla quale si sono contrapposte varie teorie, riconducibili fondamentalmente a tre tipologie di soluzioni, che hanno sostenuto rispettivamente:

- 1) la natura extracontrattuale della responsabilità della Pubblica Amministrazione (⁵);

1, della Legge 11 febbraio 2005, n. 15, e poi così modificato prima dall’art. 7, comma 1, lett. a, della Legge 18 giugno 2009, n. 69, e successivamente dall’art. 1, comma 37, della Legge 6 novembre 2012, n. 190).

⁴ Per completezza si riporta il dato testuale delle norme richiamate.

“7. *Giurisdizione amministrativa.*

1. *Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l’esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediamente all’esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell’esercizio del potere politico.*

2. *Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo”.*

⁵ Com’è ampiamente noto, fino alla fine degli anni ’90, la possibilità di ottenere un risarcimento del danno dell’interesse legittimo è stato negato dalla giurisprudenza unanime della Cassazione.

Tale orientamento negativo - dopo una costante erosione della sfera di irrisarcibilità dello stesso, con particolare riferimento al riconoscimento della risarcibilità di particolari figure di interessi legittimi (soprattutto di natura oppositiva) - è stato rivisto con la storica sentenza della Cassazione, SS. UU., 22 luglio 1999, n. 500, la quale ha riconosciuto, per la prima volta, la generale risarcibilità degli interessi legittimi (pur facendo salva, per gli interessi legittimi pretensivi, la necessità di dimostrazione della spettanza del bene della vita attraverso un giudizio prognostico del Giudice caso per caso).

Con tale decisione, la Suprema Corte - cogliendo una serie di segnali favorevoli al mutamento di indirizzo (le aspre critiche dottrinarie, le continue soluzioni giurisprudenziali di “aggiramento” dell’irrisarcibilità, le richieste alla Corte Costituzionale di intervenire sul tema, i tentativi “naufragati” di riforme legislative, nonché un riconosciuto sentimento di ingiustizia del sistema) - ha rielaborato la costante

interpretazione data all'art. 2043 c.c., fondante la c.d. responsabilità aquiliana, che aveva sempre impedito il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo.

In particolare, prima della sentenza n. 500/1999, la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c. considerava l'attributo "ingiusto" come riferibile alla condotta, anziché al danno; da ciò derivava il fatto che la condotta doveva essere *contra ius*, cioè lesiva di un diritto soggettivo assoluto.

Nella sentenza n. 500/1999, la Cassazione ha svolto il seguente *iter* logico (seppure estremamente "semplificato" nei suoi passaggi essenziali):

- 1) la precedente attribuzione dell'ingiustizia alla condotta costituisce una forzatura interpretativa;
- 2) pertanto, si deve ritenere che l'aspetto "centrale" della norma è costituito dal danno (anziché dalla condotta) e, di conseguenza, dalla tutela *erga omnes* che l'ordinamento intende garantire a tutti i consociati, in ossequio al principio del *neminem laedere*;
- 3) se è solo il danno che è ingiusto, la condotta non deve essere necessariamente *contra ius*, ma deve essere più semplicemente *non iure*, cioè non essere resa lecita da alcuna altra norma dell'ordinamento;
- 4) di conseguenza, la qualificazione formale dell'interesse del consociato come diritto soggettivo non è centrale per la risarcibilità del danno, ma è sufficiente che essa assuma una rilevanza giuridica nel caso in concreto (anche come semplice interesse legittimo);
- 5) in conclusione, perchè ci possa essere la risarcibilità di un interesse, deve esserci stato un danno ingiusto, nel senso appena descritto, ad un bene della vita posseduto o preteso (fondatamente) da un consociato.

Per tali ragioni fondamentali, la Cassazione ha riconosciuto tutela anche al bene della vita sotteso all'interesse legittimo, di tipo sia oppositivo che pretensivo (in tale ultimo caso, soltanto qualora la "pretesa" dell'interessato risulti fondata).

Il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi è, pertanto, storicamente "passato" per l'interpretazione fornita dalla Cassazione, con la sentenza n. 500/1999, all'art. 2043 c.c., nel senso sopra sommariamente richiamato.

Di conseguenza, la giurisprudenza, anche per effetto della decisione della Cassazione richiamata, ha riconosciuto, soprattutto nella prima fase storica, la natura extracontrattuale della responsabilità della Pubblica Amministrazione.

Per quanto riguarda poi, l'attribuzione della giurisdizione in materia di risarcimento dei danni nei confronti della Pubblica Amministrazione, con la sentenza n. 500/1999, la Cassazione aveva attribuito la cognizione relativa a tali tipologie di danno a favore del Giudice Ordinario.

Tale giurisdizione è stata poi oggetto di espressa attribuzione a favore del Giudice Amministrativo, nei casi di giurisdizione esclusiva, da parte della successiva Legge 21 luglio 2000, n. 205, il cui art. 7 ha modificato l'art. 35 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come segue:

"c) *l'articolo 35 è sostituito dal seguente: «Art. 35. –*

1. *Il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto.*

2. *Nei casi previsti dal comma 1, il giudice amministrativo può stabilire i criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, con il ricorso previsto dall'articolo 27, primo comma, numero 4), del testo unico approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, può essere chiesta la determinazione della somma dovuta.*

3. *Il giudice amministrativo, nelle controversie di cui al comma 1, può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonchè della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio sono disciplinati, ove occorra, nel regolamento di cui al regio decreto 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio.*

4. *Il primo periodo del terzo comma dell'articolo 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, è sostituito dal seguente: omissis*

5. *Sono abrogati l'articolo 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, e ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi".*

- 2) la natura contrattuale della responsabilità della Pubblica Amministrazione (⁶);
- 3) la natura di c.d. “*tertium genus*” (o del c.d. “contatto sociale qualificato”) della responsabilità della Pubblica Amministrazione (⁷).

⁶ L'inquadramento della natura giuridica della responsabilità della Pubblica Amministrazione in senso extracontrattuale (richiamato alla precedente nota) è stato accolto tutt'altro che pacificamente dagli operatori del diritto, i quali avevano più che altro rinvenuto, nella soluzione giurisprudenziale della c.d. “risarcibilità degli interessi legittimi” prospettata dalla Cassazione, un punto di partenza, dal quale iniziare un percorso più approfondito sulla natura della responsabilità della P.A., una volta riconosciutane l'esistenza (in tale senso, si veda: R. CHIEPPA, “*Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*”, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2003, p. 684).

Infatti, alla tesi della natura extracontrattuale della responsabilità dell'Amministrazione, si è andata contrapponendo la tesi a favore della natura contrattuale.

A favorire lo svilupparsi di questa tesi, era stata la Legge n. 241/1990 (soprattutto a seguito delle successive modifiche operate dalle Leggi nn. 15/2005 e 80/2005), la quale ha disegnato un sistema nel quale la P.A. ed il cittadino entrano in un vero e proprio rapporto, fatto di obblighi reciproci e di collaborazione.

In tale ottica, parte della dottrina e della giurisprudenza si sono “schierate” per la natura contrattuale della responsabilità della Pubblica Amministrazione, evidenziando come, a tale configurazione, non poteva neanche ostare la classica distinzione tra le due categorie, per la quale:

- 1) la responsabilità contrattuale presuppone un rapporto giuridico a monte, inadempito da una o più parti del rapporto (debitore);
- 2) la responsabilità extracontrattuale presuppone l'estraneità giuridica dei soggetti, i quali entrano in contatto esclusivamente nel momento in cui uno genera un danno ingiusto all'altro, in applicazione del principio del *neminem leadere*.

Infatti, nonostante tale apparente netta distinzione, i fautori della tesi della natura “contrattuale” della responsabilità dell'Amministrazione hanno evidenziato che l'ordinamento crea una pluralità di occasioni, attraverso norme speciali, nelle quali determinate fattispecie non sono facilmente riconducibili nell'una o nell'altra ipotesi (in tale senso, a titolo meramente esemplificativo, si richiama: G. VISINTINI, “*La Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*”, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1988, p. 1, il quale sottolinea che il confine tra i due tipi di responsabilità molto spesso può essere tracciato dal Legislatore in modo poco definito, nonostante la dogmaticità del Codice Civile nel definire gli elementi caratterizzanti l'una e l'altra categoria.

L'esempio classico di questa commistione di elementi di responsabilità extracontrattuale e di responsabilità contrattuale della responsabilità della Pubblica Amministrazione è costituito dalla responsabilità precontrattuale, per la quale la dottrina è stata da sempre divisa sulla sua riconducibilità all'una o all'altra categoria (extracontrattuale o contrattuale) o anche al c.d. “*tertium genus*” (in quest'ultimo senso, si vedano, a titolo meramente esemplificativo: G. VISINTINI, “*Inadempimento e mora del debitore*”, in *Commentario* diretto da Schlesinger e Busnelli, Milano, Giuffrè, 2006, p. 75 e ss.; V. CUFFARO, “*Responsabilità precontrattuale*”, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1270).

⁷ In tale contrapposizione tra fautori della tesi della natura extracontrattuale e fautori della tesi della natura contrattuale, si sono inseriti i fautori della teoria del c.d. “*tertium genus*”, secondo i quali la responsabilità della Pubblica Amministrazione avrebbe una natura “speciale”, non riconducibile esclusivamente all'una o all'altra tipologia civilistica (extracontrattuale o contrattuale), in quanto la responsabilità della P.A. rientra in una “zona d'ombra”, poichè presenta degli elementi che indubbiamente rientrano sia nell'una che nell'altra categoria.

D'altra parte, è sempre stato obiettato che il rapporto cittadino-P.A., ai sensi della Legge n. 241/1990, a stretto rigore, non sarebbe riconducibile ad un vero e proprio rapporto obbligatorio in senso civilistico.

In particolare, nel dibattito dottrinario, si è inserita anche la tesi della possibile configurazione della responsabilità quale responsabilità “*da contatto*” (posizione anteriore anche al riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi, disposto dalla Cassazione con la sentenza n. 500/1999; a titolo esemplificativo: R. SCOGNAMIGLIO, alla voce “*Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. XV, Torino, 1968, p. 673), che evidenziava come le obbligazioni possono

nascere anche da atti o fatti atipici, ai sensi dell'art. 1174 c.c. (“*Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*”).

Infatti, secondo tale teoria, la rilevanza per l'ordinamento di tali c.d. “*fatti atipici*”, richiesta dalla norma citata, nasce da norme di portata generale, clausole di funzionamento del sistema, quali la buona fede e la correttezza (in tale senso: C.A. CANNATA, “*Sulle fonti delle obbligazioni*”, in Trattato della responsabilità contrattuale, a cura di G. Visintini, I, 2009, p. 48 e ss.).

L'ipotesi classica di tale responsabilità da contatto è, per certi Autori, la responsabilità precontrattuale, nella quale non preesiste alcun rapporto giuridico tra i soggetti che entrano in “contatto”, però esistono delle regole giuridiche generali (buona fede e correttezza, in primo luogo), che pongono una particolare tutela sulla sfera giuridica dell'interessato.

La responsabilità “da contatto” viene definita (anche dalla dottrina tedesca) come quella responsabilità nascente da obbligazioni senza obbligo primario di prestazione, la quale non è assente, ma è indeterminabile *a priori*. La prestazione prende forma esclusivamente al verificarsi dell'attivazione dell'obbligo e non all'origine dello stesso (in tale senso: C. CASTRONOVO, “*Obblighi di protezione*”, in Enciclopedia giuridica, V. XXI, Roma, 1990).

Questa ricostruzione teorica si è poi evoluta nella c.d. “*responsabilità da contatto sociale qualificato*”, la quale scaturisce da particolari fattispecie nelle quali confluiscono comportamenti umani tipizzati ed interessi che necessitano di una tutela più intensa da parte dell'ordinamento.

Nello schema della responsabilità da contatto, due soggetti entrano in rapporto senza che vi sia un negozio presupposto che regoli i loro traffici, ma, al tempo stesso, la relazione materiale instaurata è in grado di generare obblighi giuridici, vincolando entrambi i soggetti a determinate prestazioni.

Dato questo schema generale di responsabilità, è stato evidenziato che il Legislatore, attraverso la Legge generale sul procedimento, ha determinato, in capo all'Amministrazione, non un semplice e generico dovere di non ledere, ma, anche una scansione di una serie obblighi di salvaguardia della sfera giuridica del cittadino destinatario della stessa, attraverso la procedimentalizzazione dell'azione amministrativa.

Il rapporto che si crea è privo della c.d. prestazione principale, cioè il cittadino non è titolare di un vero e proprio diritto di credito nei confronti della P.A., la quale non è obbligata ad emettere il provvedimento favorevole; però, al tempo stesso, il cittadino è titolare di situazioni giuridiche protette che gli permettono di pretendere determinate condotte (procedimentali) da parte dell'Amministrazione (si pensi agli avvisi di inizio procedimento od al preavviso di rigetto).

Questi accorgimenti procedimentali, previsti da norme speciali, impongono degli obblighi in capo all'Amministrazione, al fine di tutelare la sfera giuridica dell'interessato.

Pertanto, nello schema generale della responsabilità da contatto sociale qualificato, i relativi elementi caratteristici risultano essere, in particolare:

- 1) un'attività umana tipizzata (azione amministrativa procedimentalizzata);
- 2) due soggetti che entrano in contatto in assenza di un presupposto negozio giuridico (Amministrazione e cittadino);
- 3) una serie di obblighi di salvaguardia della sfera giuridica di uno dei soggetti, privi di prestazione principale, che sorgono da norme speciali (ad esempio, la Legge n. 241/1990) oppure da clausole generali (imparzialità e buon andamento).

Nella vigenza dell'art. 1174 c.c., sopra richiamato, che apre alle fonti di obbligazioni atipiche, non può, quindi, escludersi che le attività ed i comportamenti dell'Amministrazione possano far sorgere delle vere e proprie obbligazioni (seppur prive della prestazione principale) (in tale senso: A. ZITO, “*Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa: riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*”, Napoli, Jovene, 2003, p. 103).

La ricostruzione in questi termini, produce determinate ed importanti conseguenze, sotto tre profili, in particolare:

- 1) in primo luogo, l'obbligazione risarcitoria si riconduce nello schema degli elementi costitutivi della responsabilità contrattuale, con tutte le relative conseguenze in termini di onere probatorio;
- 2) in secondo luogo, il bene della vita lesa non è né il provvedimento finale positivo (a cui il privato non ha diritto), né una generica lesione del rapporto che si crea in occasione dell'instaurarsi del procedimento (che non è mai un rapporto obbligatorio di tipo credito-debito, come già detto), bensì l'oggetto della lesione è l'interesse sostanziale alla legalità dell'agire, il quale è strumentale a raggiungere il provvedimento finale positivo (in tale senso, si veda E. FOLLIERI, “*Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*”, in Diritto processuale Amministrativo, 2006, p. 18 ss.);

Allo stato attuale, la risposta prevalente da parte della giurisprudenza sembra essersi ormai orientata con riferimento alla natura extracontrattuale della responsabilità dell'Amministrazione⁽⁸⁾, seppure una giurisprudenza minoritaria continui a mantenere vivo il dibattito, prospettando la configurabilità di una natura speciale (di *“tertium genus”*) della stessa⁽⁹⁾.

In realtà, però, la questione relativa all'inquadramento della natura giuridica della responsabilità della Pubblica Amministrazione, alla luce della recente risposta della giurisprudenza, risulta avere perso ogni rilevanza pratica, in ragione del fatto che la giurisprudenza unanime ha, comunque, stabilito, ai fini del riconoscimento del conseguente risarcimento dei danni, la necessaria sussistenza di tutti gli elementi previsti dall'art. 2043 c.c. (condotta, danno ingiusto, nesso causale ed elemento soggettivo); in tale ottica, in particolare, si sono poste:

1) sia le pronunce che hanno sostenuto la tesi della responsabilità extracontrattuale⁽¹⁰⁾;

3) in diretta conseguenza a ciò, al fine della risarcibilità dell'interesse del privato, è irrilevante la spettanza del bene della vita (al contrario dell'inquadramento al di sotto della responsabilità extracontrattuale, come formulato dalla sentenza Cassazione n. 500/1999 già ricordata); a controbilanciare tale facile accesso al risarcimento, pone rimedio la difficile quantificabilità del danno; infatti, tale difficoltà porta, in generale, il Giudice ad utilizzare dei criteri equitativi di tipo indennitario e, quindi, ad un abbassamento generale della quantificazione dei risarcimenti (in tale senso, si veda R. CHIEPPA, ult. op. cit., p. 702 ss.).

⁸ A titolo meramente esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2013, n. 5247: *“la qualificazione del danno da illecito provvedimento rientra nello schema della responsabilità extracontrattuale disciplinata dall'art. 2043 c.c.; conseguentemente, per accedere alla tutela è indispensabile, ancorché non sufficiente, che l'interesse legittimo sia stato leso da un provvedimento (o da comportamento) illegittimo dell'amministrazione reso nell'esplicazione (o nell'inerzia) di una funzione pubblica e la lesione deve incidere sul bene della vita finale, che funge da sostrato materiale dell'interesse legittimo e che non consente di configurare la tutela degli interessi c.d. procedurali puri, delle mere aspettative o dei ritardi procedurali”*.

Nello stesso senso, si veda Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3408.

⁹ Da segnalarsi come particolarmente importante, nella qualificazione della natura della responsabilità civile della P.A., Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521, che afferma che tale responsabilità è di tipo speciale:

- 1) in primo luogo, in quanto essa non può essere ricondotta alle categorie civilistiche, in particolare:
 - a) né a quella extracontrattuale, poiché l'art. 2043 c.c. presuppone che i soggetti non abbiano normalmente alcun rapporto;
 - b) né a quella contrattuale, nella quale le posizioni tutelate sono diritti soggettivi relativi, che originano, cioè, da obbligazioni;
- 2) in secondo luogo, in quanto essa presenta dei caratteri totalmente peculiari, quali:
 - a) la condotta illecita all'interno di un procedimento amministrativo, nel quale l'esercizio del potere è regolamentato da norme speciali di azione per il principio di legalità;
 - b) il potere pubblico opposto all'interesse illegittimo, situazione che non è assimilabile ad un rapporto in cui si confrontano doveri di prestazione (o protezione) e diritto di credito.

¹⁰ A titolo meramente esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4452: *“Del pari, secondo lo schema paradigmatico di cui al citato art. 2043 Cod. civ., occorre verificare la sussistenza*

- 2) sia le pronunce che hanno, invece, sostenuto la tesi della responsabilità di tipo “speciale”⁽¹¹⁾.

II. LA GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI.

Problema a lungo dibattuto in dottrina e giurisprudenza è stato quello relativo all’individuazione del Giudice avente giurisdizione sulla c.d. “sorte del contratto”.

In particolare, secondo l’indirizzo originario della giurisprudenza prevalente, applicando il tradizionale criterio di riparto della giurisdizione basato sugli interessi dedotti in giudizio (Giudice Ordinario per i diritti soggettivi e Giudice Amministrativo per gli interessi legittimi), nel settore delle procedure ad evidenza pubblica:

- 1) le questioni intercorrenti tra il momento della indizione della gara ed il momento dell’aggiudicazione della stessa venivano attribuite alla giurisdizione del Giudice Amministrativo (sulla base della considerazione che, per tutta la fase relativa alla gara, nella scelta del contraente, vi fosse esplicazione di poteri autoritativi in relazione ai quali le posizioni dei privati avevano consistenza di interessi legittimi);
- 2) le questioni sulla sorte del contratto, determinate dall’annullamento della intera gara o della relativa aggiudicazione da parte del Giudice Amministrativo, venivano attribuite alla giurisdizione del Giudice Ordinario (sulla base della considerazione che, per tutta la fase successiva all’aggiudicazione della gara, vi fosse esplicazione di autonomia contrattuale delle parti, in relazione alla quale le posizioni di entrambe le parti avevano consistenza di

dei presupposti di carattere oggettivo (ingiustizia del danno, nesso causale, prova del pregiudizio subito), nonché quelli di carattere soggettivo (dolo o colpa del danneggiante), dovendosi, con riferimento a questi ultimi profili di configurazione dell’illecito aquiliano in capo alla P.A., dare contezza degli elementi univoci indicativi della sussistenza della colpa dell’amministrazione (Cons. Stato 29 maggio 2008 n. 2564)”.

¹¹ Sotto tale profilo, si riporta il dato testuale della già richiamata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521, che - al di là del riconoscimento della natura “speciale” della responsabilità dell’Amministrazione, rilevata come del tipo da “contatto-sociale”, se non di tipo “quasi-contrattuale” (in quanto essa potrebbe nascere anche “*da contatto tra le parti che può generare un rapporto contrattuale di fatto*”) - ha, comunque, confermato la necessaria sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità, i quali sono testualmente individuati come segue:

- i) *l’elemento oggettivo;*
- ii) *l’elemento soggettivo (la ‘colpevolezza’ o ‘rimproverabilità’);*
- iii) *il nesso di causalità materiale o strutturale;*
- iv) *il danno ingiusto, inteso come lesione alla posizione di interesse legittimo”.*

diritti soggettivi).

Con riferimento all'individuazione del Giudice competente a conoscere delle questioni relative all'annullamento dell'aggiudicazione ed alla sorte del contratto, la Direttiva dell'Unione Europea 2007/66/CE ha disposto che le stesse fossero attribuite ad un unico Giudice, al fine di garantire le esigenze primarie di concentrazione, di effettività della tutela, di ragionevole durata e di celerità dei giudizi in materia di appalti pubblici ⁽¹²⁾

Nonostante tale impostazione dell'ordinamento comunitario, in Italia, almeno inizialmente, la configurazione del riparto di giurisdizione nei termini elaborati in precedenza dalla giurisprudenza (Giudice Amministrativo per l'annullamento dell'aggiudicazione e Giudice Ordinario per la sorte del contratto) era stata ribadita ripetutamente dalle Sezioni Unite della Cassazione con una serie di decisioni, tra le quali, in particolare, le nn. 27169/2007 ⁽¹³⁾, 10443/2008 ⁽¹⁴⁾ e 19805/2008 ⁽¹⁵⁾.

¹² Tale Direttiva ha evidenziato l'esigenza che tutte le questioni relative alle procedure ad evidenza pubblica relative non solo alla fase dell'aggiudicazione, ma anche a quella della conseguente caducazione del contratto nel caso di annullamento dell'aggiudicazione fossero devolute ad un unico Giudice, al fine di consentire *“la trattazione unitaria delle domande di annullamento del procedimento di affidamento dell'appalto e di caducazione del contratto stipulato per effetto dell'illegittima aggiudicazione”*.

¹³ Si riporta il dato testuale dei relativi passaggi della decisione richiamata.
“In materia di procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, la giurisdizione esclusiva del g.a., di cui agli artt. 6 e 7 della legge n. 205/00, si arresta alla fase pubblicistica dell'appalto, senza involgere la successiva fase di esecuzione del rapporto, sorto in conseguenza del contratto stipulato tra p.a. e soggetto aggiudicatario, fonte di diritti e di obblighi, di cui conosce il g.o., quale giudice dei diritti. Spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta ad ottenere tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o l'annullamento del contratto di appalto, a seguito di annullamento della delibera di scelta dell'altro contraente, adottata all'esito di una procedura di evidenza pubblica, posto che, in ciascuno di questi casi, la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la predetta scelta, bensì 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. Detto accertamento negativo, avente ad oggetto situazioni giuridiche soggettive con consistenza di diritti soggettivi pieni, viene condotto dal giudice verificando la conformità alla norma positiva delle regole attraverso cui l'atto negoziale è sorto, ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici”.

¹⁴ Si riporta il dato testuale dei relativi passaggi della decisione richiamata.
“Al di fuori di fattispecie eccezionali, deve ritenersi che il giudice amministrativo di regola esaurisce la propria giurisdizione sulle procedure di affidamento con l'annullamento degli atti di gara e del verbale di aggiudicazione in materia di pubblici servizi, ai sensi del d.lgs. n. 80 del 1998, art. 33, lett. d, eccedendo dai limiti dei propri poteri quando annulli i contratti stipulati all'esito di dette gare o si pronuncii sugli effetti di questi. Dai contratti sorgono diritti soggettivi la cui lesione non è effetto della gara e la cui tutela resta quindi riservata ai giudici ordinari, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”.

¹⁵ Si riporta il dato testuale dei relativi passaggi della decisione richiamata.
“Spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a conseguire tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia ovvero l'annullamento, del contratto di appalto

L'affermazione di tali principi da parte della Cassazione ha determinato un forte dibattito in giurisprudenza, legato alla semplice considerazione che – nella materia delle procedure ad evidenza pubblica, nella quale il rapporto tra Amministrazione e privato si svolge fondamentalmente in due fasi (la prima pubblicistica, volta all'individuazione dell'aggiudicatario, la seconda privatistica, relativa al contratto tra Amministrazione e aggiudicatario) – l'applicazione dei principi generali relativi al riparto di giurisdizione, in base alla posizione giuridica soggettiva da tutelare, portava inevitabilmente ad uno sdoppiamento della tutela, in quanto la parte che aveva ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione della gara, disposta in favore del controinteressato, da parte del Giudice Amministrativo, era poi costretta a ricorrere anche al Giudice Ordinario per chiedere la caducazione del contratto nel frattempo stipulato tra Amministrazione e controinteressato.

In tale situazione, la Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 9/2008 – in un'ottica di prevalenza della esigenza di concentrazione della tutela relativa ad un'unica questione (sostanzialmente costituita dalla pretesa all'assegnazione del contratto oggetto della gara, seppure nelle sue due fasi di aggiudicazione e sorte del contratto) – ha apportato un correttivo all'impostazione fatta propria dalle Sezioni Unite, affermando che, per quanto il Giudice Amministrativo dovesse ritenersi privo di giurisdizione sulla sorte del contratto in fase di cognizione, lo stesso aveva, invece, giurisdizione anche sulla sorte del contratto nella fase di ottemperanza, nell'ambito della quale, essendo investito di poteri di giurisdizione di merito, esso avrebbe potuto sindacare anche la sorte del contratto. Secondo tale impostazione, l'annullamento dell'aggiudicazione da parte del Giudice Amministrativo faceva sorgere l'obbligo in capo all'Amministrazione soccombente di conformarsi al giudicato, per cui, se la stessa fosse rimasta inerte, l'interessato avrebbe potuto instaurare un giudizio di ottemperanza, nell'ambito del quale il Giudice Amministrativo avrebbe potuto sindacare in modo pieno e completo l'attività dell'Amministrazione o il suo comportamento omissivo ed, eventualmente, nominare un Commissario *ad acta* per dare esecuzione alla sentenza (¹⁶).

pubblico, a seguito dell'annullamento della delibera di scelta del contraente privato, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, giacché in ciascuno dei casi anzidetti 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, per un verso, che i predetti interessati esibiscono, al riguardo, situazioni giuridiche soggettive aventi consistenza di diritti soggettivi e che, per altro verso, si postula una verifica, da parte del giudice, della conformità alla normativa positiva delle regole in base alle quali l'atto negoziale è sorto ovvero è destinato a produrre i suoi effetti tipici”.

¹⁶ Si riporta il dato testuale dei relativi passaggi della decisione richiamata.

Infine, a conclusione di tale conflittuale (ed oggettivamente “sterile”) dibattito tra giurisdizione ordinaria e amministrativa sulla spettanza della giurisdizione con riferimento alla sorte del contratto successivamente all’annullamento dell’aggiudicazione, le Sezioni Unite della Cassazione – in applicazione dei principi di concentrazione, effettività della tutela e ragionevole durata, sanciti in materia di appalti dalla richiamata Direttiva U.E. 2007/66/CE e recepiti dall’art. 44 della legge n. 69/2009 (¹⁷) – hanno effettuato un opportuno “*revirement*” sulla posizione dalle stesse assunta in precedenza ed hanno riconosciuto la giurisdizione del Giudice Amministrativo anche sulla sorte del contratto (ordinanza 10 febbraio 2010, n. 2906 (¹⁸)): tale *revirement* è stato

“Nel caso di una specifica domanda intentata da chi abbia chiesto ed ottenuto dal giudice amministrativo l’annullamento della aggiudicazione, ovvero in presenza di una domanda di una delle parti del contratto pubblico d’appalto stipulato medio tempore, sussiste la giurisdizione civile quando si intendano far accertare – con efficacia di giudicato – le conseguenze che la medesima sentenza ha prodotto sul contratto.

Nell’emanare i provvedimenti ulteriori che conseguono all’effetto caducatorio dell’annullamento dell’aggiudicazione della gara, l’amministrazione deve tenere conto dei principi enunciati nella sentenza di annullamento e delle conseguenze giuridiche determinate dal suo contenuto ed orientare conseguentemente la sua ulteriore azione.

Qualora l’amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza oppure non constati le conseguenze giuridiche che da essa discendono, ovvero ancora nel caso di successiva sua inerzia, l’interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo – nell’esercizio della sua giurisdizione di merito – ben può sindacare in modo pieno e completo (e soddisfacente per il ricorrente) l’attività posta in essere dall’amministrazione o anche il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo.

Il giudice amministrativo può realizzare il contenuto conformativo della sentenza, di per sé riferibile alla fase pubblicistica successiva all’annullamento, ed emanare tutti i provvedimenti idonei ad assicurare al ricorrente vittorioso il bene della vita effettivamente perseguito attraverso il giudizio di legittimità e reintegrarlo pienamente nella situazione concreta che avrebbe dovuto già conseguire qualora l’amministrazione non avesse adottato l’atto di aggiudicazione illegittimo”.

¹⁷ La legittimità dell’impostazione comunitaria di assegnare tutte le questioni ad un unico Giudice è stata confermata anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva (Cons. Stato, Commissione Speciale 25 gennaio 2010, parere n. 5098): “*si osserva che la previsione della giurisdizione del giudice amministrativo sulla c.d. privazione di effetti del contratto è corretta, in quanto l’intera impostazione della direttiva è nel senso di attribuire ad un unico ‘organo di ricorso indipendente’ il compito di conoscere delle illegittimità delle procedure di gare e di accertare la carenza di effetti del contratto. In coerenza con la direttiva la legge delega ha previsto la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto all’esito dell’annullamento dell’aggiudicazione, qualificando tale giurisdizione come esclusiva (art. 44, comma 3, lett. h)”.*

¹⁸ Si riporta il dato testuale dei relativi passaggi della decisione richiamata.

“La devoluzione al G.A. della privazione degli effetti del contratto, stipulato nelle more della caducazione dell’aggiudicazione illegittima, è ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell’entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria del 2007 e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall’attribuzione della cognizione al giudice amministrativo di esse nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall’aggiudicante con l’aggiudicatario prima o dopo l’annullamento degli atti di gara, fermo restando il potere del giudice amministrativo di preferire, motivatamente e in relazione agli interessi

giustificato in ragione dell'avvenuta scadenza del termine (alla data del 31 dicembre 2009) per il recepimento della Direttiva 2007/66/CE e (per quanto non ancora recepita con legge in Italiana a tale momento) dalla sua acquisizione del carattere di *self-executing*, con conseguente necessità di applicarne direttamente i principi.

Tale impostazione (giurisdizione del Giudice Amministrativo, sia con riferimento all'annullamento dell'aggiudicazione, sia con riferimento alla sorte del contratto) è stata successivamente codificata, prima con il D.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, nella disciplina (relativa al contenzioso in materia di appalti: artt. 244 e segg.) poi trasfusa (seppure con alcune modifiche) nel Codice del Processo Amministrativo (artt. 120-125 e art. 133, comma 1, lett. e, n. 1: "*la giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione*").

L'analisi della storia della disciplina della giurisdizione in materia di sorte del contratto (sopra sommariamente riportata nei suoi momenti evolutivi essenziali) dà pienamente il senso di come il principio di concentrazione (funzionale a garantire pragmaticamente l'effettività della tutela), laddove non fosse stato imposto direttamente dalla U.E. (con la richiamata Direttiva 2007/66/CE), avrebbe finito per essere "sacrificato sull'altare" delle (burocratiche) contrapposizioni tra le giurisdizioni, con conseguente "italica" duplicazione dei giudizi.

III. IL RISARCIMENTO DEI DANNI MEDIANTE REINTEGRAZIONE IN FORMA SPECIFICA.

L'art. 124, comma 1, C.P.A. (intitolato "*Tutela in forma specifica e per equivalente*") disciplina il risarcimento dei danni:

generali e pubblici oggetto di controversia, un'eventuale reintegrazione per equivalente, se richiesta dal ricorrente in via subordinata.

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 CE 66/2007 ed anche prima del termine per la trasposizione di essa nell'ordinamento interno, 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, che appare certa nelle materie di giurisdizione esclusiva".

- 1) in primo luogo, nella forma della tutela in forma specifica, mediante il c.d. “subentro” nel contratto, previa declaratoria di inefficacia dello stesso, nei casi e nei limiti in cui il subentro sia ancora materialmente possibile e, comunque, di interesse per il ricorrente (*“L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122”*);
- 2) in secondo luogo, nella forma della tutela per equivalente (*“Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato”*).

Tale impostazione ricalca sostanzialmente il modello indicato dall'art. 2058 c.c., ai sensi del quale l'azione di risarcimento dei danni è costituita da due tipologie di azioni:

- 1) una (primaria) costituita dalla richiesta di reintegrazione in forma specifica (primo comma: *“Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile”*);
- 2) un'altra (secondaria) costituita dalla richiesta di risarcimento per equivalente (esperibile nei soli casi di eccessiva onerosità della reintegrazione in forma specifica) (secondo comma: *“Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore”*).

Pertanto, seguendo l'impostazione delle norme sopra indicate (art. 124 C.P.A. e art. 2058 c.c.), si procederà prima ad un'analisi delle questioni relative alla reintegrazione in forma specifica (oggetto del presente paragrafo III) e poi ad un'analisi delle questioni relative al risarcimento per equivalente (oggetto del successivo paragrafo IV).

1. La richiesta di c.d. “subentro” come azione di reintegrazione in forma specifica o come azione di adempimento?

Una parte della dottrina ha criticato ampiamente la qualificazione giuridica dell'azione in questione (ovvero la configurazione della richiesta di subentro come azione di reintegrazione in forma specifica, come rilevata dalla rubrica dell'art. 124 C.P.A.), in quanto, a stretto rigore, la stessa dovrebbe essere considerata un'azione di adempimento vera e propria ¹⁹ (riconosciuta,

¹⁹ In tale senso, si vedano, tra gli altri (ed in ordine alfabetico): P. GOTTI, *“Reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo tra tutela risarcitoria di tipo civilistico e azione di adempimento”*, in Foro Amministrativo Consiglio di Stato, 2008, pp. 2185 ss.; S.R. MASERA, *“Il risarcimento in forma specifica nel giudizio amministrativo”*, Padova, Cedam, 2006; A. TRAVI, *“La reintegrazione in forma*

nel Codice del Processo Amministrativo, soltanto successivamente, con l'emanazione del D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160, c.d. "Secondo Correttivo" ⁽²⁰⁾).

Tale dottrina evidenzia che:

- 1) l'azione di adempimento mira a rimediare ad un'obbligazione rimasta inadempita da parte del debitore mediante il conseguimento del relativo "bene della vita";
- 2) mentre, il risarcimento in forma specifica ha come elemento centrale il danno, il quale deve essere oggetto di rimedio attraverso una prestazione diversa e succedanea rispetto a quanto contenuto nell'obbligazione.

La questione assume una potenziale rilevanza pratica con riferimento all'individuazione dei presupposti costitutivi dell'accoglimento della relativa azione: in particolare:

- 1) mentre, nel caso dell'azione di adempimento, la prova è limitata alla dimostrazione della sussistenza del titolo giuridico dalla quale scaturisce l'obbligazione.
- 2) viceversa, nel caso di azione di risarcimento del danno, l'interessato è tenuto a dimostrare

specifica nel processo amministrativo fra azione di adempimento e azione risarcitoria", in Diritto Processuale Amministrativo, 2003, pp. 222 ss..

Nel medesimo senso, si veda, inoltre, G. GRECO, "Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel D.Lgs. 53/2010", in www.giustamm.it: secondo tale Autore, dal punto di vista dei presupposti perché il Giudice possa disporre il subentro, la richiesta è "svincolata dalla fattispecie dell'illecito (dunque, non è più un risarcimento in forma specifica, anche se al pari di questo, è idonea ad eliminare il danno)".

²⁰ Tale inserimento dell'azione di adempimento è tecnicamente avvenuta con un'aggiunta di un periodo alla lett. c del comma 1, dell'art. 34 del Codice e con la previsione specifica, in tale caso, dell'applicazione dei limiti previsti con riferimento all'azione sul silenzio (ovvero nei soli casi di attività vincolata o a discrezionalità esaurita, per i quali non siano necessarie ulteriori attività istruttorie) e della proponibilità di tale azione solo contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento o all'azione avverso il silenzio (art. 1, comma 1, lett. e, d.lgs. n. 160/2012: "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio").

L'introduzione dell'azione di adempimento (costituente una *species* del *genus* dell'azione di condanna) nel Codice ha definitivamente chiuso la questione relativa all'ammissibilità di essa e, a monte, anche la questione dell'ammissibilità dell'azione di condanna ad un *facere*.

Per un'analisi specifica sull'azione di adempimento, si vedano (a titolo esemplificativo ed in ordine alfabetico): A. CARBONE, "L'azione di adempimento è nel Codice. Alcune riflessioni sul d.lgs. 14 settembre 2012, n. 160 (c.d. Secondo Correttivo)", su www.giustamm.it; A. CARBONE, "L'azione di adempimento nel processo amministrativo", Giappichelli Editore, 2012; A. CARBONE, "Azione di adempimento, disponibilità della situazione giuridica e onere della prova", in Il Foro amministrativo Tar, 2011 fasc. 9, pagg. 2959 e ss.; A. CARBONE, "Fine delle perplessità sull'azione di adempimento (nota a Tar Lombardia, Milano, sez. III, 8 giugno n. 1428)", in Il Foro amministrativo, Tar, 2011, fasc. 5, pagg. 1149 e ss.; A. DI MARIO, "Rebus ammissibilità per l'azione di adempimento", in Guida al diritto – Dossier, 2011 fasc. 9, pagg. 87 e ss.; F. FOLLIERI, "Azioni di accertamento e condanna atipica. Con la "conversione" dell'azione scatta il rischio della ultra petizione", Guida al Diritto – Dossier 2011, fasc. 9, pagg. 46 e ss.; F. MERUSI, "Con il giusto processo sulla "scia" di Strasburgo", in Guida al diritto – Dossier 2011, fasc. 9, pagg. 94 e ss.; D. VAIANO, "L'azione di adempimento nel processo amministrativo: prime incertezze giurisprudenziali", in Giurisprudenza italiana, 2012, fasc. 3, pagg. 715 e ss..

STUDIO LEGALE LUBRANO & Associati

tutti gli elementi costitutivi del proprio diritto (condotta, danno ingiusto, nesso causale, elemento soggettivo).

L'equivoco posto in essere dal Legislatore (con la rubrica dell'art. 124 C.P.A. in termini di "tutela in forma specifica") è stato realisticamente determinato dal fatto che il C.P.A., al momento della sua emanazione nella versione originaria (D.Lgs. n. 104/2010), non contemplava l'azione di adempimento (che era stata prevista nello schema di Codice licenziato dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato in data 11 febbraio 2010 ⁽²¹⁾, ma era stata poi "sforbiciata" dal Governo in sede di emanazione della versione definitiva del D.Lgs. n. 104/2010 ⁽²²⁾).

A conferma di quanto prospettato dalla dottrina, si è posta l'interpretazione di alcuna recente giurisprudenza, che configura l'azione di subentro come azione di adempimento e richiede, quindi, come unici presupposti necessari al subentro della ricorrente (oltre alla sua disponibilità a subentrare), dei presupposti di carattere oggettivo (con esclusione di ogni riferimento a situazioni soggettive di dolo o colpa dell'Amministrazione), ovvero l'annullamento dell'aggiudicazione e la dichiarazione di inefficacia del contratto ⁽²³⁾.

²¹ Per completezza, si riporta il dato testuale dell'originario art. 40 dello schema di Codice licenziato dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato in data 11 febbraio 2010.

"Art. 40 Azione di adempimento"

1. *Il ricorrente può chiedere la condanna dell'amministrazione all'emanazione del provvedimento richiesto o denegato. Le parti allegano in giudizio tutti gli elementi utili ai fini dell'accertamento della fondatezza della pretesa ai sensi dell'articolo 45, comma 2.*

2. *L'azione è proposta contestualmente a quella di annullamento o avverso il silenzio entro i termini previsti per tali azioni".*

²² Sono note le vicende che hanno interessato l'attuazione della legge delega. Il testo adottato dalla Commissione costituita in seno al Consiglio di Stato aveva dato piena attuazione all'art. 44 cit., finché un "anonimo sforbiciatore ministeriale" (l'espressione è di F. MERUSI, *In viaggio con Laband ...*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 658) non intervenne, affermando di agire in nome della tenuta dei conti.

Aspre sono state le reazioni in dottrina.

Si è detto che "*Così non serve a niente*" (titolo di un articolo di ANTONIO ROMANO TASSONE su www.giustamm.it); si è parlato del "*Codice che poteva essere*" (titolo di SAITTA N., anch'esso su www.giustamm.it). Altra dottrina invece ha evidenziato che seppure non fosse un "*utensile perfetto*", il CPA così come "*forgiato dalla fucina legislativa*" non era neppure un "*arnese inservibile*": l'espressione è di CLARICH M. (*Le azioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*. Parte 11, p. 1128) il quale, con una serie di argomenti molto convincenti, arrivava a sostenere che il CPA avesse "virato" verso l'atipicità delle azioni.

²³ In tale senso, si veda, di recente, TAR Lombardia, Sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2681.

Con tale decisione, il TAR Lombardia aderisce alla teoria per cui il subentro nel contratto in materia di appalti non è azione risarcitoria di reintegrazione in forma specifica (nella quale vi è comunque il ristoro della posizione del danneggiato con una prestazione diversa e succedanea da parte del danneggiante del bene ormai definitivamente perso), bensì è una vera e propria azione di adempimento.

"Per chiarezza espositiva e sistematica, il Tribunale evidenzia che la pretesa all'aggiudicazione e alla stipulazione del contratto, previa dichiarazione di inefficacia del contratto già stipulato con

Allo stato attuale, però, la giurisprudenza prevalente (forse indotta dalla rubrica dell'art. 124 C.P.A.) continua a configurare l'azione di subentro come azione di risarcimento mediante reintegrazione in forma specifica ⁽²⁴⁾.

l'aggiudicataria, non integra una domanda di risarcimento in forma specifica, perché si tratta di una pretesa priva di portata risarcitoria in senso stretto. ...

La reintegrazione in forma specifica rimane un rimedio risarcitorio, ossia una forma di reintegrazione dell'interesse del danneggiato realizzata attraverso una prestazione diversa e succedanea rispetto a quella originariamente dovuta, sicché essa non può essere confusa né con l'azione di adempimento, diretta ad ottenere la condanna del debitore all'effettuazione della prestazione dovuta, né con il diverso rimedio dell'esecuzione in forma specifica quale strumento per l'attuazione coercitiva del diritto e non mezzo di rimozione diretta delle conseguenze pregiudizievoli ...

Insomma, lo strumento risarcitorio, quale mezzo di tutela praticabile in caso di lesione di una posizione giuridica soggettiva meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, sia esso per equivalente, o in forma specifica, si caratterizza per l'imposizione al danneggiante di una "prestazione" diversa in sostituzione di quella originaria. Ne consegue che se l'amministrazione era tenuta, in base ai criteri di legittimità che ne governano l'azione, al rilascio di un determinato provvedimento, l'adozione di quell'atto costituisce il contenuto primario della 'prestazione' cui l'amministrazione era tenuta e non assume una funzione risarcitoria (cfr. in argomento Consiglio di Stato, sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338; Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716; Consiglio di Stato, sez. VI, 22 maggio 2008, n. 2449; Consiglio di Stato, sez. VI, 31 maggio 2008, n. 2622)".

Da tale soluzione giuridica derivano rilevanti conseguenze in ordine agli elementi relativi alla responsabilità, con esclusione dell'onere, a carico del ricorrente, di provare l'elemento soggettivo della colpa dell'Amministrazione.

"A ben vedere siffatti rimedi, riferibili alla tutela conseguibile in generale tramite gli strumenti propri del processo amministrativo e non esclusivi del settore degli appalti, sono di più agevole applicazione per il ricorrente, rispetto ai rimedi risarcitori, giacché si tratta di istituti di applicazione oggettiva, ancorati al dato dell'illegittimità dell'azione amministrativa e della natura del potere esercitato, mentre non postulano la dimostrazione di una responsabilità dell'amministrazione anche su base soggettiva, come è necessario per l'azione risarcitoria, che, in generale e salve le precisazioni da compiere in materia di appalti di rilevanza comunitaria, postula la dimostrazione dell'elemento soggettivo dell'illecito, in termini di dolo o colpa dell'apparato amministrativo.

Inoltre, i rimedi in esame non incontrano i limiti propri del risarcimento in forma specifica, che, ai sensi dell'art. 2058, comma 2, c.c., richiede una verifica in termini di onerosità, verifica esclusa, invece, per il giudizio di ottemperanza, che incontra solo il limite della sopravvenuta impossibilità.

Tanto basta per evidenziare che la qualificazione della domanda volta ad ottenere l'aggiudicazione e il contratto in termini di domanda risarcitoria non è condivisibile, perché è diretta ad ottenere proprio il provvedimento cui, in ipotesi, avrebbe condotto un agire legittimo della stazione appaltante, ossia proprio la 'prestazione' attesa dal ricorrente".

²⁴ A titolo esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. III, 19 dicembre 2011, n. 6638: "6. - Tanto premesso, il Collegio ritiene che la domanda di reintegrazione in forma specifica avanzata dall'appellante col ricorso di primo grado ed in questa sede ribadita, possa essere accolta, sussistendo i presupposti per la dichiarazione di inefficacia del contratto ex art. 122 c.p.a. (non rientrando la fattispecie nell'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione per gravi violazioni ex art. 121, comma 1, c.p.a.), dal momento che il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo per la stazione appaltante di rinnovare la gara ma lo scorrimento della graduatoria, nella quale la ricorrente si è classificata seconda, con offerta peraltro successivamente valutata come non anomala dall'Amministrazione; a tale dichiarazione non ostano poi né la natura dell'appalto (di servizi, nel quale classicamente un appaltatore può sostituirsi all'altro nella esecuzione delle prestazioni di capitolato senza particolari disfunzioni, peraltro in nessun modo emerse nelle difese delle resistenti), né lo stato di esecuzione del contratto, la cui durata triennale verrà a scadere, secondo le non contestate deduzioni dell'appellante, nel febbraio 2013".

Tale contrasto sulla natura giuridica dell'azione volta al subentro nel contratto (come azione di adempimento o come azione di reintegrazione in forma specifica) risulta, comunque, privo di concreta rilevanza pratica, in quanto anche la giurisprudenza che configura la richiesta di subentro come azione di risarcimento mediante reintegrazione in forma specifica non ritiene necessaria la prova dell'elemento soggettivo della colpa dell'Amministrazione (facendo riferimento alla recente giurisprudenza comunitaria, come si avrà modo di vedere oltre): pertanto, nel presente scritto (anche alla luce dell'indicazione contenuta nella rubrica dell'art. 124 C.P.A.), l'azione di subentro sarà, comunque, individuata come azione di reintegrazione in forma specifica.

Chiarito quanto sopra con riferimento alla controversa natura giuridica dell'azione di subentro, nei successivi paragrafi verranno approfondite le condizioni per le quali, ai sensi degli artt. 121 e 122 del CPA, il Giudice è legittimato a dichiarare l'inefficacia del contratto.

2. La c.d. “doppia pregiudiziale” per ottenere la reintegrazione in forma specifica.

L'articolo 124, comma 1 del C.P.A. dispone, innanzitutto, che la reintegrazione in forma specifica sia accessibile per l'interessato esclusivamente qualora sia stato dichiarato inefficace il contratto ai sensi degli artt. 121 o 122 C.P.A..

Da tale indicazione - peraltro giuridicamente necessaria, in quanto, senza previa declaratoria di inefficacia del contratto, non sarebbe materialmente possibile per il Giudice fare subentrare nel contratto un secondo soggetto - è derivato il carattere pregiudiziale della dichiarazione di inefficacia del contratto rispetto alla reintegrazione in forma specifica.

E' stato osservato, in dottrina ed in giurisprudenza, che vi sarebbe una pregiudiziale, per così dire, composta, cioè una pregiudiziale a due livelli; in particolare, affinché il ricorrente possa ottenere il subentro:

- 1) in primo luogo, deve esserci l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva illegittima a favore dell'originario contraente ⁽²⁵⁾;

²⁵ A titolo esemplificativo, si veda TAR Puglia, Sez. I, 6 dicembre 2012, n. 2062: *“Laddove venga accertata la legittimità del provvedimento di aggiudicazione di una gara d'appalto, va dichiarata l'inammissibilità - ai sensi dell'art. 121 e ss., c. proc. amm. - della domanda di caducazione del contratto e di accertamento del diritto al subentro, rivestendo carattere pregiudiziale il previo annullamento, da parte del giudice, del provvedimento di aggiudicazione”*.

In particolare, con riferimento al carattere pregiudiziale dell'azione di annullamento in relazione all'azione di risarcimento del danno, si vedano due articoli di G.P. CIRILLO, *“Il risarcimento del danno e*

- 2) in secondo luogo, deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto (²⁶).

In sostanza, il ricorrente, interessato ad ottenere il subentro nel contratto, deve:

- 1) dimostrare l'illegittimità dell'aggiudicazione (primo livello di pregiudiziale);
- 2) dimostrare la sussistenza dei presupposti, previsti dall'art. 121 o dall'art. 122 C.P.A., per ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto (secondo livello di pregiudiziale);
- 3) dimostrare di possedere il titolo giuridico al subentro, e cioè che il contratto sarebbe spettato ad esso, in assenza *ab origine* dell'aggiudicazione illegittima (²⁷);
- 4) formulare la domanda di subentro (e mantenere la relativa disponibilità a subentrare nel contratto per tutto il corso del giudizio, salvo nel caso in cui l'avvenuta esecuzione di un'ampia parte del contratto da parte del controinteressato, non renda giustificabile il "ritiro" della propria disponibilità al subentro da parte del ricorrente).

3. Le situazioni di inefficacia obbligatoria o facoltativa del contratto.

l'incidenza, nella sua valutazione, della mancata proposizione dell'azione di annullamento" e "Il danno da illegittimità dell'azione amministrativa e il giudizio risarcitorio", entrambi pubblicati in www.giustizia-amministrativa.it; sullo stesso tema, si veda anche G.M. DI LIETO, "La giurisdizione in tema di responsabilità aquiliana della P.A. per lesione di interessi legittimi e la c.d. 'pregiudiziale amministrativa'", pubblicato in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ In tale senso, A. BARTOLINI – S. FANTINI – F. FIGORILLI, "Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi", in *Urbanistica e Appalti*, 2010, n. 6, p. 660.

In senso contrario, E. FOLLIERI, "I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120–124 del Codice del Processo Amministrativo", in www.giustamm.it: l'Autore nega la sussistenza di una pregiudiziale, sulla base della considerazione che il Giudice non può conoscere in via diretta dell'efficacia del contratto, ma tale conoscenza avviene solo in esito all'annullamento dell'aggiudicazione, rientrando nella cognizione degli effetti dell'annullamento; inoltre, poiché l'inefficacia del contratto non può costituire un'autonoma domanda, non si dovrebbe parlare di pregiudiziale in tale senso.

²⁷ In mancanza di prova del fatto che, laddove la gara non fosse stata illegittimamente aggiudicata al controinteressato, la stessa avrebbe dovuto essere aggiudicata al ricorrente con certezza o, quantomeno, con ragionevole probabilità, il ricorrente può ottenere esclusivamente l'annullamento e la ripetizione della gara, quale misura di reintegrazione in forma specifica.

A titolo esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6499: "Oltre alla forma di tutela rappresentata dalla diretta aggiudicazione in favore del concorrente utilmente graduato di cui all'art. 124 c.p.a. (che rappresenta pur sempre disposizione di carattere speciale), sono configurabili ulteriori e diverse forme di tutela le quali rinvergono il proprio fondamento sistematico nell'ambito dei principi desumibili dall'art. 2058 c.c. (pur riguardando esso in quanto tale l'attività materiale), applicabile quando le relative misure risultino possibili e non eccessivamente onerose per il soggetto inciso. Pertanto, in ipotesi quale quella di specie (in cui l'illegittima esclusione da una gara d'appalto ha impedito alla società di partecipare alla gara stessa, ma lo stato di esecuzione del contratto risulta comunque limitato), non si individuano ragioni sistematiche — una volta dichiarata l'inefficacia del contratto — per escludere il riconoscimento di una forma di tutela consistente nella ripetizione della gara previa riammissione del soggetto illegittimamente escluso, trattandosi di soluzione interamente compatibile con i principi riguardanti l'effettività della tutela giurisdizionale".

Il Codice del Processo Amministrativo prevede due distinte tipologie di situazioni, nelle quali il Giudice Amministrativo:

- A) è obbligato a dichiarare l'inefficacia del contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (c.d. "gravi casi", ai sensi dell'art. 121 C.P.A.) (par. 3.A.);
- B) ha facoltà, secondo la propria valutazione discrezionale, di dichiarare l'inefficacia del contratto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (c.d. "altri casi", ai sensi dell'art. 122 C.P.A.) (par. 3.B.).

3.A. I "gravi casi" e l'inefficacia "obbligatoria" del contratto (art. 121 C.P.A.).

L'art. 121, comma 1, C.P.A. elenca quattro tipologie di casi tassativi di c.d. "gravi violazioni" poste in essere da una Stazione Appaltante nello svolgimento di una procedura di gara: in tali casi, il Giudice ha l'obbligo di dichiarare ("dichiara") l'inefficacia del contratto stipulato.

Le c.d. gravi violazioni, consistono, sostanzialmente, nella mancata pubblicazione del Bando di gara e nella violazione dell'obbligo di *stand-still* immediato (c.d. "preprocessuale") o successivo (c.d. "processuale"). In particolare, la norma richiamata prevede che le seguenti quattro fattispecie costituiscano gravi violazioni ⁽²⁸⁾:

- 1) l'aggiudicazione definitiva in assenza di una preventiva pubblicazione del Bando di gara

²⁸ In particolare, l'art. 121 CPA prevede che il Giudice "dichiara" l'inefficacia del contratto, nei seguenti quattro casi di violazioni gravi:

- "a) *se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;*
- b) *se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;*
- c) *se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;*
- d) *se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento".*

prevista dal Codice degli Appalti (D.Lgs. 13 aprile 2006, n. 163);

- 2) l'aggiudicazione definitiva in esito ad una procedura negoziata senza bando o ad un affidamento in economia, in casi non consentiti dalla legge, in assenza di una preventiva pubblicazione del Bando di gara prevista dal Codice degli Appalti;
- 3) la stipulazione del contratto senza aspettare il termine dilatorio previsto dall'art. 11, comma 10, del Codice degli Appalti (c.d. "*stand still preprocessuale*"), esclusivamente in presenza di vizi sostanziali dell'aggiudicazione e qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di ottenere l'affidamento del contratto;
- 4) la stipulazione del contratto senza aspettare il termine dilatorio previsto dall'art. 11, comma 10 ter, del Codice degli Appalti (c.d. "*stand still processuale*"), esclusivamente in presenza di vizi sostanziali dell'aggiudicazione e qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di ottenere l'affidamento del contratto (²⁹).

²⁹ Sul punto, è pacifico l'orientamento sia della dottrina che della giurisprudenza, che - ai fini della configurazione di una c.d. grave violazione nel caso di mancato rispetto dello *stand still* (preprocessuale o anche processuale) - hanno evidenziato la necessità:

- 1) della sussistenza di vizi sostanziali del provvedimento di aggiudicazione della gara;
- 2) della rilevanza della violazione dello *stand still*, nel senso che essa assume valenza soltanto laddove abbia precluso all'interessato la possibilità di ottenere il subentro nel contratto.

In tale senso, si veda, in dottrina, a titolo esemplificativo, A. GRAZIANO, "*Note minime in tema di inefficacia del contratto d'appalto nel Codice del processo amministrativo*", www.giustizia-amministrativa.it.

"E' oltretutto prescritta l'ulteriore condizione che la violazione del termine dilatorio in questione, unitamente ai vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di conseguire l'affidamento.

La precisazione è importante poiché sancisce una evidente dequotazione ed irrilevanza della violazione meramente formale del termine dilatorio, occorrendo, dunque, da un lato la precondizione che detta violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di adeguata reazione giurisdizionale prima della stipulazione del contratto e, dall'altro, la condizione sostanziale che la violazione in parola non sia l'unica che affligge l'aggiudicazione.

Necessita dunque che essa violazione si aggiunga ad altri vizi propri dell'aggiudicazione definitiva in guisa da influire sulle possibilità del ricorrente di conseguire l'affidamento della commessa.

Ne discende che la mera e sola violazione della clausola stand still non ha efficacia invalidante dell'aggiudicazione, ma occorre che ad essa si accompagnino vizi sostanziali o procedurali ulteriori che concorrano a influire sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento".

Nello stesso senso si è posta anche la giurisprudenza, la quale ha sottolineato le diverse conseguenze che potrebbe comportare la violazione dello *stand-still*, a seconda che la stessa assuma o meno una rilevanza anche sostanziale.

In tale senso, si veda, da ultimo, TAR Lombardia, Brescia, 18 aprile 2013, n. 363.

"La violazione della clausola di stand still in sé considerata e cioè senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione e senza un'apprezzabile incidenza sulla possibilità di ottenere l'affidamento, non comporta l'annullamento di quest'ultima né l'inefficacia del contratto, potendo rilevare ai fini della valutazione delle responsabilità, anche risarcitorie, e dell'applicazione delle sanzioni alternative. Ai sensi dell'art. 121 comma 1 lett. c) c.p.a. il contratto di appalto stipulato a seguito di aggiudicazione annullata è dichiarato inefficace quando l'amministrazione abbia violato il termine dilatorio stabilito dall'art. 11 del Codice dei contratti pubblici, 'sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento'.

Nella fattispecie la censura ritenuta sussistente dal Collegio provoca la caducazione dell'affidamento diretto alla controinteressata, ma è preclusa ogni valutazione sulle reali chance della ricorrente di conseguire il bene della vita, tenuto conto della platea di opzioni che l'amministrazione

In tali casi, la declaratoria di inefficacia del contratto può essere retroattiva o irretroattiva (ovvero limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data di pubblicazione del dispositivo della sentenza), a seconda di una valutazione discrezionale del Giudice della situazione di fatto e della gravità della condotta tenuta dall'Amministrazione (³⁰).

La dichiarazione di inefficacia del contratto, nel caso di accertamento di gravi violazioni, è, in via generale, obbligatoria per il Giudice, ma non automatica (³¹).

Infatti, la grave violazione non comporta, in assoluto, l'obbligo per il Giudice di dichiarare l'inefficacia, in quanto sono previste due possibili deroghe; in particolare:

- 1) è previsto, dal successivo comma 2 del medesimo art. 121 C.P.A., che - laddove il Giudice rinvenga la sussistenza di situazioni eccezionali, costituite dal necessario “rispetto di

conserva (nuovo affidamento a impresa in possesso dei requisiti, indizione di gara d'appalto, gestione in house, etc.). Dunque la violazione dell'obbligo di stand still non ha di per sé precluso alla ricorrente di ottenere il servizio (e anzi il precedente affidamento le era stato legittimamente revocato) e manca pertanto il presupposto per la declaratoria d'inefficacia del contratto”;

Nello stesso senso, TAR Puglia, Lecce, 12 marzo 2013, n. 572.

³⁰ Per completezza, si riporta il dato testuale della norma in questione.

“Art. 121. Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni.

“1. Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva ...”.

Sulla possibilità da parte del Giudice Amministrativo di dichiarare l'inefficacia del contratto solo per le prestazioni ancora da eseguire, si è espresso M. SANINO (a cura di), “Codice del processo amministrativo”, Torino, Utet, 2011, affermando che mai si era immaginato in passato che un Giudice potesse dichiarare inefficace un contratto a “tranche”.

³¹ In tale senso, si veda, tra gli altri, Cons. Stato, Sez. III, ordinanza 7 gennaio 2013, n. 25.

“12. Si è già sottolineato come la disciplina della direttiva, circa le conseguenze che l'annullamento dell'aggiudicazione determina sul contratto, segua criteri ispirati all'assenza di automatismi e alla graduazione e proporzionalità delle conseguenze, nel segno di un flessibile bilanciamento tra i contrapposti interessi.

Il segno di tale scelta di fondo si può cogliere con riferimento alle violazioni più gravi, in quanto persino per esse la privazione degli effetti del contratto non è mai una conseguenza ineluttabile e neppure automatica, ma è fatto salvo un margine di flessibilità e di adattamento al caso concreto”.

Nel medesimo senso, si veda anche Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437.

“Dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva comunitaria 2007/66/CE, trasfuse negli artt. 121 e 122 c.p.a., in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente, anche nei casi di violazioni gravi, se mantenere o non l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato; l'inefficacia del contratto non è quindi la conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, la quale determina solo il sorgere del potere in capo al giudice di valutare se il contratto debba continuare o non a produrre effetti, con la conseguenza che la privazione degli effetti del contratto, per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, deve formare oggetto di una espressa pronuncia giurisdizionale”.

esigenze imperative connesse ad un interesse generale”, che impongano di mantenere l’efficacia del contratto - lo stesso possa mantenere l’efficacia del contratto ⁽³²⁾; in tali casi, il Giudice dispone, comunque, l’irrogazione delle c.d. “sanzioni alternative”, ai sensi del successivo comma 4 dell’art. 121 C.P.A. ⁽³³⁾ (istituto del quale non ci si occuperà nel presente scritto, essendone stata pacificamente esclusa la natura risarcitoria, anche ai sensi dell’art. 123, comma 3, che dispone che *“l’eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative”*) ⁽³⁴⁾;

³² Per completezza, si riporta il dato testuale della norma in questione.

“2. *Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l’altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall’esecutore attuale. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l’inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all’eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporta l’obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l’altro i costi derivanti dal ritardo nell’esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell’operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia*”.

³³ Per completezza, si riporta il dato testuale della norma in questione.

“4. *Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l’inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni alternative di cui all’articolo 123*”.

³⁴ Il comma 2 dell’art. 121 del CPA pone una deroga generale (le c.d. *“esigenze imperative per il mantenimento dell’efficacia del contratto illegittimo”*) alla dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato in esito ad una procedura di selezione pubblica giudizialmente accertata come illegittima per gravi violazioni, come individuate dal comma precedente.

La legge dispone che - qualora il Giudice ravvisi la sussistenza delle c.d. esigenze imperative - potrà mantenere il contratto efficace; la norma formula un elenco meramente esemplificativo (come indicato testualmente dall’espressione *“fra l’altro”*), indicando, in particolare, la sussistenza delle seguenti situazioni:

- 1) la condizione di fatto (di qualsiasi natura) per la quale il contratto può essere portato a termine solo dall’esecutore attuale (illegittimo), come ad esempio:
 - a) per ragioni tecniche (per completezza, si riporta il relativo passaggio dell’art. 121, comma 2: *“Tra le esigenze imperative rientrano, fra l’altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall’esecutore attuale”*): con riferimento alle ragioni tecniche, la dottrina (A. GRAZIANO, ult. op. cit.) ha osservato che queste possano avere una rilevanza solo in casi estremi, ovvero nei soli casi in cui un certo contratto possa essere eseguito solo dall’originario contraente, in quanto unico soggetto dotato del relativo know-how: *“La norma si sforza poi di individuare dei concreti esempi di esigenze imperative, contemplando anzitutto quelle derivanti da necessità tecniche o di altro tipo tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall’esecutore che ha stipulato il contratto d’appalto. E’ difficile in concreto delineare fattispecie in cui si verifichino siffatte evenienze. Probabilmente la norma fa riferimento a evenienze di carattere tecnico verosimilmente connesse al possesso in capo all’esecutore di diritti di privativa industriale o di know-how che facciano ritenere che il contratto possa essere portato ad ulteriore esecuzione solo dal medesimo. In tal caso l’ipotesi lumeggiata sembra coincidere con quella caratterizzata dalla sussistenza di ragioni di natura tecnica, artistica o attinenti alla tutela di diritti di esclusiva, in forza dei quali il*

- 2) inoltre, il successivo comma 5 del medesimo art. 121 C.P.A. - in situazioni eccezionali nelle quali il Codice Appalti permette di procedere ad affidamenti senza espletamento di procedura di gara - prevede che non trova applicazione l'inefficacia del contratto stipulato senza pubblicazione di Bando (lett. a e b del comma 1) nei casi in cui le Amministrazioni procedano alla stipula del contratto previo esperimento di una particolare procedura (emanazione di atto motivato indicante il fatto che, nella fattispecie, il Codice Appalti consente una procedura senza pubblicazione di Bando; pubblicazione in G.U.U.E. o in G.U.R.I. di una manifestazione di procedere alla conclusione del contratto in via diretta; stipula del relativo contratto dopo il decorso di un termine dilatorio di dieci giorni) ⁽³⁵⁾; tale

contratto può essere affidato unicamente ad un imprenditore determinato a mente dell'art. 57, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006. E' pure ipotizzabile il caso in cui l'appaltatore goda di particolari contratti di fornitura con clausola di esclusiva per effetto dei quali le provviste per l'esecuzione del contratto non possono essere fornite ad altri esecutori. Sarà l'esperienza pratica a delineare le concrete fattispecie";

- b) oppure a causa di uno stato dell'esecuzione molto avanzato: con riferimento a tali situazioni, la giurisprudenza ha evidenziato che, laddove il contratto sia stato ormai quasi integralmente eseguito, non ha più senso dichiararne l'inefficacia, al fine di fare subentrare il soggetto ricorrente (in tale senso, tra gli altri, Cons. Stato, Sez. V, 11 giugno 2013, n. 3230: *"Laddove venga accertata la illegittimità del provvedimento di aggiudicazione della gara d'appalto non può essere accordato il risarcimento in forma specifica dovendosi, ai sensi dell'art. 121, co. 2, c.p.a., mantenere l'efficacia del contratto con l'aggiudicatario, avuto riguardo al fatto che lo stesso si trova in stato di avanzata esecuzione, tale per cui i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale"*);
- 2) l'interesse economico può rilevare solo a condizioni eccezionali, cioè qualora l'inefficacia del contratto comporti conseguenze sproporzionate; la norma fa l'esempio per il quale, a causa di un mancato obbligo di rinnovo della gara in capo alla P.A. oppure a causa della mancata richiesta di subentro del ricorrente nel contratto, vi sia il rischio che il contratto dichiarato inefficace non sia eseguito da nessun soggetto, con la conseguente compromissione dell'interesse pubblico sotteso (per completezza, si riporta il relativo passaggio dell'art. 121, comma 2: *"Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara"*);
- 3) da ultimo, tale interesse economico non può mai essere legato ad una diretta conseguenza del contratto; in altri termini, tutte quelle conseguenze di carattere economico che derivano ordinariamente dalla dichiarazione di inefficacia del contratto (quali la ripetizione della gara od il subentro di altro concorrente), non possono comportare il mantenimento dell'efficacia dello stesso, proprio perché conseguenze naturali (per completezza, si riporta il relativo passaggio dell'art. 121, comma 2: *"Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia"*).

Sulla nozione di esigenza imperativa si veda, in particolare: F. CINTIOLI, *"In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul 'nuovo' processo amministrativo sui contratti pubblici)"*, www.giustamm.it; l'Autore qualifica tali "esigenze imperative" come *"interesse, cruciale e concreto, riferibile alla collettività (...). L'imperatività delle ragioni di deroga deve, perciò essere davvero rilevante ed assimilabile alla portata di quegli interessi superiori che, ai sensi dell'art. 2933, comma 2, cod. civ., si collegano alle esigenze della "economia nazionale"*.

³⁵ Per completezza, si riporta il dato testuale della norma in questione.

norma risulta essere stata sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con ordinanza della Terza Sezione del Consiglio di Stato, 7 gennaio 2013, n. 25, con richiesta di interpretazione della stessa e di chiarimento se, in tali casi, il Giudice, pur non dovendo dichiarare l'inefficacia del contratto in via obbligatoria, possa comunque dichiararne l'inefficacia in via facoltativa, ai sensi del successivo art. 122, nonché, in caso di risposta negativa alla indicata richiesta di chiarimento, con richiesta di valutarne le legittimità dal punto di vista della potenziale violazione dei principi comunitari ⁽³⁶⁾.

“5. *La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura:*

- a) *abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;*
- b) *abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;*
- c) *il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b)”.*

Con riferimento a tale disposizione, si veda, in dottrina, M. FRACANZANI: “Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia”, www.giustizia-amministrativa.it: “Se ben leggiamo, si tratterebbe di adempimenti succedanei soddisfatti rispetto ai doveri di pubblicità istituzionale previsti a tutela della concorrenza. In altri termini la norma sembra dire: ‘non sono state seguite le forme di pubblicazioni del bando necessarie e per ciò stesso l'aggiudicazione merita di cadere, ma hai comunque tutelato la concorrenza con una procedura di altrettale trasparenza e, quindi, il contratto non è inefficace’. Si tratterebbe in sostanza di un vizio formale dequotato, cioè irrilevante ove comunque sia stato raggiunto lo scopo della pubblicità, cui viene ancorata (per presunzione iuris et de iure) la tutela della concorrenza, su cui si incardina il meccanismo comunitario. Il rischio è forte, perché se questa fosse la lettura da dare, gli operatori del settore dovrebbero stare attenti ai bandi, ma anche agli avvisi volontari che preannunciano la stipula di un contratto senza bando. I tempi, poi, hanno un ruolo fondamentale, poiché rispetto ai trentasette o cinquantadue giorni per presentare l'offerta, ci si trova con solo dieci per impedire una stipula”.

³⁶ I Giudici di Palazzo Spada, in particolare, hanno interrogato il Giudice comunitario sotto due profili:

- 1) in via principale, sulla legittimità comunitaria di un'interpretazione della normativa nazionale che impedisca al Giudice interno di dichiarare (almeno in via facoltativa) l'inefficacia di un contratto stipulato senza previa pubblicazione del Bando nei casi del comma 5 in questione (poiché, nel caso in questione, la Stazione Appaltante aveva posto in essere preventivamente la procedura prevista ai sensi dell'art. 121, comma 5 del CPA);
- 2) in via subordinata, qualora tale lettura sia conforme al dato normativo comunitario, è stata avanzata un'ipotesi di illegittimità della stessa norma prevista dal comma 5 in questione, che sarebbe in contrasto con il principio di concorrenza, parità delle parti, non discriminazione e di tutela effettiva della giustizia.

Per completezza, visto il particolare interesse della questione, si riporta uno stralcio dell'ordinanza di rimessione sopra richiamata.

“14. *Il punto di vista del Collegio, nella soluzione da dare alla prima delle questione pregiudiziali sottoposte, che viene espresso ai sensi del par. 23 delle Istruzioni della Corte di Giustizia 160/01 del 2011, è che dovrebbe essere privilegiata un'interpretazione (della direttiva) che permetta, nel diritto nazionale, di ricomprendere nel novero delle violazioni “minori”, ovvero degli “altri casi” di cui all'art. 122 del codice del processo amministrativo, l'ipotesi in cui l'affidamento diretto del contratto senza previa*

In ogni caso, anche al di là delle due deroghe sopra indicate, l'inefficacia non è mai automatica, in quanto - in attuazione dei principi introdotti dalla Direttiva Ricorsi (2007/66) - è sempre necessaria una pronuncia di un'Autorità dello Stato Membro, con valutazione caso per caso, affinché il contratto stipulato divenga inefficace (³⁷).

La particolare costruzione della norma prevista dal comma 1 (*"Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto"*), nell'attribuire il potere di dichiarazione di inefficacia del contratto in capo al Giudice Amministrativo, ha fatto sorgere,

pubblicazione del bando sia stata preceduta dalla pubblicazione dell'avviso di trasparenza preventiva. Detto in altri termini, l'impossibilità di dichiarare il contratto inefficace ai sensi dell'art. 121 non dovrebbe impedire di disporre l'inefficacia ai sensi dell'art. 122, ove ne ricorrano le condizioni. [...]

16. *Ove la questione interpretativa dovesse essere risolta nel senso che l'art. 2 quinquies, par. 4, impone in ogni caso la conservazione degli effetti del contratto, senza che gli Stati membri possano prevedere nulla di diverso, ci si interroga sulla adeguatezza di una tale soluzione, con riferimento sia a taluni principi derivanti dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea - quali in specie i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza - che al diritto ad un ricorso effettivo sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti dell'Unione europea.*

17. *Il punto di vista del Collegio, nella soluzione da dare alla seconda delle questione pregiudiziali sottoposte, che viene espresso ai sensi del par. 23 delle Istruzioni della Corte di Giustizia 160/01 del 2011, è che si possa dubitare che l'art. 2 quinquies, par. 4, della direttiva 2007/66 - ove interpretato nel senso di un divieto assoluto e indistinto di privare di effetti il contratto frutto di un illegittimo affidamento senza gara - sia conforme ai principi di parità delle parti, non discriminazione e di concorrenza, principi che trovano il loro fondamento nella libertà di circolazione delle merci, nella libertà di stabilimento e nella libertà di circolazione dei servizi (v. il 2° Considerando della direttiva 2004/18/CE)".*

³⁷ L'espressione della necessità di una pronuncia di un'Autorità per produrre l'inefficacia del contratto stipulato in esito ad una procedura di gara illegittima, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, rivela la natura di eccezionalità della fattispecie, rispetto al normale funzionamento della caducazione automatica di un atto consequenziale in seguito all'annullamento dell'atto strettamente presupposto.

In proposito si veda, a titolo esemplificativo, Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6374.

"Al riguardo, il Collegio ricorda che dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva 2007/66/CE, ora riprese negli artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato.

Tale sistema normativo, in base al quale l'inefficacia del contratto non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma costituisce oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale, si pone come innovazione rispetto alla logica sequenza procedimentale che vede la privazione degli effetti del contratto strettamente connessa all'annullamento dell'aggiudicazione, e da questa dipendente (Cons. Stato, III, 19 dicembre 2011, n. 6638).

Come è stato più volte osservato (Cons. Stato, V, 14 gennaio 2011, n. 11; V, 20 ottobre 2010, n. 7578; V, 7 settembre 2011, n. 5032), 'in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, l'annullamento giurisdizionale ovvero l'annullamento a seguito di autotutela della procedura amministrativa comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti'.

La caducazione del contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione poi annullata costituisce, quindi, in via generale, la conseguenza necessitata dell'annullamento: di tale conseguenza l'art. 122 del Codice del processo amministrativo costituisce una deroga, imperniata sulle esigenze di semplificazione e concentrazione delle tutele ai fini della loro effettività".

inoltre, il dubbio interpretativo in merito alla sua natura di potere d'ufficio o meno. In particolare, la dottrina e giurisprudenza si sono interrogate se lo stesso sia esercitabile esclusivamente su richiesta di parte, sulla base del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, oppure se lo stesso risponda ad una natura di sanzione che può essere irrogata d'ufficio dal Giudice.

Con riferimento a tale questione, si sono registrate due teorie dottrinarie in merito, le cui conseguenze pratiche sono notevoli, in quanto ne deriva la sussistenza o meno dell'obbligo di proposizione della domanda di parte di dichiarazione di inefficacia del contratto:

- 1) secondo una prima tesi, il potere in questione avrebbe natura di sanzione, come tale applicabile d'ufficio (³⁸);

³⁸ Tale tesi della natura officiosa del potere del Giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione nei casi gravi, si fonda sulle seguenti considerazioni.

- 1) La norma parla espressamente di dichiarazione di inefficacia del contratto; una pronuncia dichiarativa del Giudice presuppone una mera attività ricognitiva da parte dello stesso, il quale accerta una situazione giuridica preesistente, quale la nullità del contratto.
- 2) La dichiarazione di inefficacia è la principale sanzione applicabile dal Giudice; ai sensi del successivo comma 4, qualora la stessa non sia applicabile in tutto od in parte (efficacia solo *ex nunc*), devono essere irrogate le sanzioni alternative previste dall'art. 123 (definite, pertanto, propriamente, "sanzioni alternative" da parte del Codice).
- 3) A conforto della tesi della natura di potere d'ufficio del potere di dichiarare l'inefficacia del contratto, ricorrono tutti i caratteri tipici dell'irrogazione delle sanzioni, cioè un'Autorità che decide discrezionalmente nell'*an*, nel *quantum* e nel *quando* sulla base degli elementi di fatto e della condotta dell'agente responsabile (la Stazione Appaltante), in aperto richiamo all'art. 133 c.p. (in merito agli elementi che il Giudice penale deve considerare nell'applicazione discrezionale della pena edittale).

Sul punto si veda M. FRACANZANI, ult. op. cit.: *"Semmai significativo per il nostro discorso è invece il comma quarto, nella sua brevità, ove dispone che quando pur in presenza di violazioni il contratto debba esser mantenuto efficace, ovvero l'inefficacia debba esser ritenuta temporalmente limitata 'si applicano le sanzioni alternative' di cui all'art. 123. Ecco la rivelazione: l'inefficacia è una sanzione, la principale sanzione lasciata alla discrezionalità del giudice nel 'se' nel 'quanto' e nel 'quando', secondo il suo prudente apprezzamento degli interessi in gioco e della gravità delle violazioni, della condotta e della situazione venutasi a creare, con un'assonanza alla previsione dell'art. 133 c.p., che richiama l'intensità del dolo o il grado della colpa nella determinazione della pena. Ed allora possiamo raccogliere tutti gli elementi che concorrono a dipingere l'inefficacia come sanzione. L'inefficacia è sanzione perché, ove non sia possibile pronunciarla, sono previste sanzioni alternative (art. 121, comma IV, art. 123); per parte sua il risarcimento del danno - effetto diretto dell'inefficacia - non è considerato sanzione, ma si cumula con le sanzioni alternative (art. 123 II comma); ancora, alternativamente o cumulativamente all'inefficacia può essere irrogata sanzione pecuniaria in percentuale sul valore del contratto; ma il contratto stesso può essere ridotto nella sua durata tra un minimo ed un massimo tra il 10 ed il 50%, rendendolo quindi 'inefficace' in percentuale. Soprattutto i criteri per la determinazione della sanzione in concreto richiamano quelli previsti per l'irrogazione della pena e, infine, non vi è automatismo tra caducazione dell'aggiudicazione e inefficacia del contratto, poiché ne è liberamente valutabile l'irrogazione, tranne nelle quattro ipotesi più gravi di cui all'art. 121 primo comma"*.

- 4) Tale conclusione può essere raggiunta anche per motivi di ordine sistematico, in quanto, un sistema che è fondato sulla costruzione di una giustizia effettiva garantita dalla previsione di un Giudice unico competente a conoscere di tutte le vicende relative alle procedure di evidenza pubblica, non può essere compromesso alla base da un'istanza di parte.

- 2) secondo una seconda tesi, il potere in questione sarebbe sempre subordinato alla richiesta esplicita di parte ⁽³⁹⁾.

La giurisprudenza prevalente ha qualificato la domanda di declaratoria di inefficacia come onere della parte interessata, affinché la stessa possa accedere alla tutela in forma specifica (subentro nel contratto) ⁽⁴⁰⁾; essa ha, inoltre, riconosciuto che la domanda in questione sia

In tale senso, si veda R. GAROFOLI – G. FERRARI, *“Codice del processo amministrativo”*, Roma, Nel Diritto, 2010, p. 1711: *“Sarebbe stato infatti contrario a principi di logica, prima ancora che di diritto, il solo ipotizzare che il giudice unico, consapevole del compito che gli era stato assegnato, si sentisse vincolato da una istanza incompleta o comunque non correttamente formulata dall’interessato e ritenesse per ciò stesso di avere esaurito i suoi compiti nel mero annullamento dell’atto autoritativo da lui riconosciuto illegittimo, mantenendo in vita l’atto pattizio che, sul presupposto della legittimità del primo, era stato stipulato dalla stazione appaltante”*.

- 5) Da ultimo, la scelta in tal senso è stata effettuata la stessa Direttiva Ricorsi, ai *“Considerando”* nn. 13 e 14, laddove viene individuata la privazione degli effetti come soluzione prioritaria al fine di ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali; di qui, è emerso un legittimo temperamento al principio della domanda, in funzione del più generale interesse al ripristino di una corretta concorrenza (in tale senso, si veda R. DE NICTOLIS, *“Il recepimento della direttiva ricorsi”*, in www.giustizia.amministrativa.it).

³⁹ Tale tesi, secondo la quale il potere del Giudice di dichiarare l’inefficacia del contratto sarebbe vincolato ai soli casi di presentazione di una domanda in tale senso da parte del ricorrente, anche a seguito di annullamento dell’aggiudicazione nei casi gravi, si fonda sulle seguenti considerazioni.

- 1) La normativa comunitaria e, di riflesso, quella nazionale, hanno imposto, come già detto, la scelta sistematica per la quale la cessazione della produzione degli effetti deve passare necessariamente da una pronuncia di un’Autorità e non può prodursi automaticamente, per ragioni di certezza giuridica; pertanto, la pronuncia del Giudice ha effetti costitutivi, in quanto solo essa produce la modifica della realtà giuridica (c.d. teoria della risoluzione giudiziale del contratto: in tale senso, si veda M. LIPARI, *“Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia flessibile del contratto”*, in www.giustamm.it).
- 2) Il principio dispositivo è incardinato nel nostro sistema costituzionale e lo caratterizza fortemente, ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost.; infatti, la giurisdizione amministrativa è sempre stata di diritto soggettivo (come ricordato peraltro dalla Ad. Plen. del Consiglio di Stato n. 4/2011).
- 3) A favore della vigenza del principio dispositivo depone senz’altro il comma 1 della norma, il quale dà rilevanza alle deduzioni delle parti in merito alla situazione di fatto ed alla condotta della Stazione Appaltante.
- 4) L’eventualità che il Giudice possa esprimersi d’ufficio porrebbe in essere un’ipotesi di potere amministrativo sanzionatorio officioso attratto all’interno del processo ed avverso il quale non sarebbe ammessa alcuna tutela giurisdizionale, in violazione dell’art. 111 Cost. (in tale senso, si veda, F. CINTIOLI, *“In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul ‘nuovo’ processo amministrativo sui contratti pubblici)”*, www.giustamm.it).

⁴⁰ In tale senso, a titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, Sez. V, 10 luglio 2012, n. 4067: *“Solo nei giudizi introdotti dopo la entrata in vigore del d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53, può ravvisarsi sussistente un onere per l’impresa ricorrente di chiedere in sede di impugnazione dell’atto di aggiudicazione anche la pronuncia di inefficacia del contratto e di subentro nello stesso, laddove in tutti gli altri casi in cui l’azione di annullamento è stata introdotta precedentemente resta fermo il potere del giudice di accertare in sede di ottemperanza la inefficacia del contratto, tenendo conto della effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione e di subentrare nel contratto”*.
- 2) Cons. Stato, Sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5642: *“Nelle gare pubbliche, la sottoscrizione del contratto, anche in carenza di domanda di dichiarazione di inefficacia, non priva il ricorrente*

proponibile, per la prima volta, anche nell'eventuale successivo giudizio di ottemperanza, qualora essa non sia stata formulata nel giudizio di cognizione, in quanto essa costituisce "una delle possibili modalità di attuazione del giudicato" (41).

L'inefficacia del contratto può, inoltre, essere dichiarata, in via provvisoria ed interinale, anche mediante misura cautelare: la giurisprudenza è pervenuta a tale conclusione sulla base di due ordini di motivi, in particolare:

- 1) per un ragionamento di carattere generale circa l'atipicità della misura cautelare amministrativa, la quale è in grado di anticipare in tutto e per tutto gli effetti della pronuncia conclusiva del giudizio;
- 2) nonchè per il disposto normativo contenuto nell'art. 125, comma 3, del C.P.A. (42), dal quale si ricava *a contrario* (in quanto la norma dispone una deroga al riguardo) che, in generale, anche la sospensione cautelare del provvedimento di aggiudicazione può comportare la dichiarazione di inefficacia (ovviamente provvisoria) di esso (43).

dell'interesse ad ottenere una pronuncia dichiarativa dell'illegittimità dell'esclusione, anche ai soli fini risarcitori, in base al disposto di cui all'art. 34 comma 3, c. proc. amm., il che esclude possa pervenirsi ad una dichiarazione di improcedibilità dell'appello".

41 In tale senso, a titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2013, n. 4752: "5.1- Vero che la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto può essere proposta anche nel giudizio di ottemperanza, intesa quale una delle possibili modalità di attuazione del giudicato ed anche se non vi sia stata alcuna domanda in tal senso nel giudizio di cognizione. Tuttavia, la domanda di inefficacia del contratto, quand'anche ammissibile per la prima volta nel giudizio di ottemperanza, presuppone pur sempre la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto e l'interesse della parte, essendo la declaratoria di inefficacia sempre strumentale all'interesse del ricorrente di poter subentrare nel contratto o partecipare ad una nuova procedura di affidamento".
- 2) Cons. Stato, Sez. III, 18 febbraio 2011, n. 6638: "L'inefficacia del contratto, quale condizione logica necessaria e imprescindibile del risarcimento in forma specifica (legittimamente perseguibile in sede di ottemperanza), può essere dichiarata, su domanda dell'interessato, dal giudice dell'esecuzione in sede di individuazione delle misure di attuazione del giudicato ritenute più opportune per la soddisfazione dell'interesse del ricorrente che ivi abbia proposto domanda di tutela in forma specifica".

42 Per completezza, si riporta il dato testuale dell'art. 125, comma 3, del CPA.

"3. Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati, la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l'articolo 34, comma 3".

43 In tale senso, a titolo esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2011, n. 4677: "Il potere di statuire in merito all'efficacia del contratto è esercitabile dal g.a. anche in sede cautelare, deponendo in tal senso sia l'atipicità del contenuto delle misure cautelari di cui all'art. 55, comma 1, c. proc. amm. sia la naturale finalizzazione della misura cautelare ad anticipare in via interinale l'adozione delle misure adottabili con la decisione definitiva. A sostegno dell'assunto depone anche il disposto dell'art. 125, comma 3, c. proc. amm., che, nell'assunto della generale idoneità della misura della sospensione dell'aggiudicazione a riverberarsi sul dispiegarsi degli effetti del contratto nelle more

3.B. I c.d. “altri casi” e l’inefficacia facoltativa del contratto (art. 122 C.P.A.).

L’art. 122 C.P.A. (composto di un unico comma) individua delle ipotesi in cui il contratto stipulato in esito ad una procedura di gara viziata può essere dichiarato inefficace dal Giudice, secondo una valutazione discrezionale dello stesso, al ricorrere di determinati presupposti elencati in via esemplificativa (come si ricava direttamente dal dato testuale “*tenendo conto, in particolare*”) ⁽⁴⁴⁾.

La norma individua per esclusione le fattispecie cui la stessa si applica, ovvero nei casi in cui, in particolare, alternativamente:

- 1) non sia stata posta in essere una violazione grave, ai sensi dell’art. 121, comma 1;
- 2) non sia stato rispettato il termine dello *stand-still* preprocessuale o processuale, senza che, però, tale violazione abbia avuto una rilevanza diretta nel precludere al ricorrente di potere ottenere l’affidamento del servizio, ai sensi dell’art. 123, comma 3, C.P.A., nel quale caso, il Giudice applica le c.d. sanzioni alternative ⁽⁴⁵⁾.

Pertanto, in queste ipotesi residuali, in caso di annullamento dell’aggiudicazione, il Giudice può dichiarare l’inefficacia del contratto e la relativa decorrenza (*ex tunc* o *ex nunc*), sulla base di una pluralità di presupposti, che la norma individua in via esemplificativa. Tra questi presupposti ricorrono gli interessi delle parti, l’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione, lo stato di esecuzione del contratto e la possibilità di subentrare nel contratto,

stipulato, stabilisce, in via di eccezione, che, solo con riguardo alle controversie relative alle infrastrutture strategiche, la sospensione dell’aggiudicazione non comporta la caducazione del contratto già stipulato”.

⁴⁴ Per completezza, si riporta il dato testuale dell’art. 122 del CPA.

“1. Fuori dei casi indicati dall’articolo 121, comma 1, e dall’articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l’aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”.

⁴⁵ Per completezza, si riporta il dato testuale dell’art. 123, comma 3, del CPA.

“Il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l’aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l’affidamento”.

sempre che l'annullamento dell'aggiudicazione non comporti per l'Amministrazione l'obbligo di rinnovare la gara e che la parte ricorrente abbia proposto la domanda di subentro ⁽⁴⁶⁾.

⁴⁶ Sugli effetti prodotti dal vizio che determina l'obbligo di rifacimento della gara, si veda, in particolare, Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13, della quale si ritiene opportuno riportare alcuni stralci.

“10. Negli appelli del Comune di Sassari e dell'a.t.i. con mandataria Riccoboni s.p.a. viene contestato anche il capo con il quale la sentenza appellata ha disposto l'annullamento del contratto stipulato tra l'ente e la detta aggiudicataria in data 20 aprile 2010.

Si fa rilevare che alla data del 9 giugno 2010 di adozione della decisione appellata era già entrato in vigore il d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53, recante modifiche al d.lgs. n. 163 del 2006, con introduzione degli artt. 245 bis e 245 ter, che dettavano disposizioni in materia di efficacia del contratto, poi recepite dagli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo.

La sentenza, annullando apoditticamente il contratto senza esporre alcuna ragione idonea ad escludere che il contratto stipulato potesse conservare efficacia, avrebbe violato gli invocati precetti che, secondo l'assunto, impongono al giudice una valutazione comparativa di tutti gli interessi in giuoco in base agli elementi fattuali emergenti dalle circostanze, quali lo stato di avanzamento dell'esecuzione ovvero la natura tecnica della prestazione, tale da non poter essere condotta a termine da altro contraente.

Il motivo non può essere accolto.

Posto che non si verte in ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione per gravi violazioni, di cui all'art. 121 c.p.a., la norma che si pretende violata va individuata nel successivo art. 122, che regola l'inefficacia del contratto attribuendo al giudice di stabilire se dichiarare tale inefficacia, tenendo conto degli elementi ricordati dagli appellanti, e soprattutto, se vi sono elementi per ritenere che l'appalto possa essere aggiudicato al ricorrente vittorioso (Cons. St., Sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759).

La norma, tuttavia, è applicabile, testualmente, 'nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara', e tale circostanza nella specie non ricorre.

Il vizio accertato dai primi giudici, è riconosciuto anche in questa sede, ha prodotto l'annullamento dell'intera gara e la necessità di rinnovare la procedura”.

Nello stesso senso, si veda anche TAR Umbria, Sez. I, 30 gennaio 2013, n. 61: “L'art. 122 c.p.a. comporta, in caso di annullamento dell'intera gara con conseguente necessità di rinnovare la procedura, la pronuncia di inefficacia del contratto, senza che occorra una specifica valutazione comparativa degli elementi nella stessa fissati”.

In tale situazione, si consenta di segnalare una differente lettura della norma.

In particolare, si ritiene che, qualora il vizio determini l'obbligo di rifacimento della gara, vi sono due elementi, uno di carattere letterale ed uno di carattere sistematico, per ritenere che il legislatore attraverso tale disposizione non abbia voluto rendere in ogni caso necessaria la pronuncia di dichiarazione di inefficacia a prescindere da ogni valutazione degli elementi di fatto, ma al contrario abbia voluto inibire il potere del Giudice.

Infatti:

- 1) dal punto di vista letterale, la norma dispone testualmente che *“il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli [...] nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”*; se fosse valida la lettura data dalla giurisprudenza, ciò vorrebbe dire che, dato l'utilizzo della congiunzione *“e”* effettuato dal legislatore, la ponderazione degli interessi sarebbe superflua anche nelle ipotesi in cui sia stata proposta la domanda di subentro; ma tale lettura è perfettamente illogica ed in contrasto con l'unanime interpretazione data alla domanda di subentro, qualificata come presupposto indispensabile per potersi procedere alla dichiarazione di inefficacia, la cui assenza inibisce il potere del Giudice; se la domanda di subentro (sempre necessaria) facesse venire meno l'obbligo di ponderazione degli interessi, questi non potrebbero mai essere valutati;
- 2) dal punto di vista sistematico, data la costruzione della norma quale ipotesi di inefficacia del contratto per vizi considerati *“minori”* o *“meno gravi”* rispetto a quelli indicati dall'art. 121, i quali vengono sanzionati esclusivamente qualora non venga messo a repentaglio l'esecuzione del contratto, sembra plausibile ipotizzare il fatto che, se il vizio fosse in grado di determinare la ripetizione dell'intera gara, il legislatore abbia ritenuto preferibile conservare il contratto attuale.

In conclusione, è possibile interpretare la norma nel senso di ritenere inibito il potere del Giudice di dichiarazione di inefficacia del contratto nei casi in cui il vizio determinerebbe la ripetizione della gara,

In altri termini, nelle ipotesi previste dall'art. 122 C.P.A., affinché il Giudice possa dichiarare l'inefficacia del contratto, devono ricorrere i seguenti elementi indispensabili:

- 1) deve esservi un vizio della gara diverso da quelli c.d. gravi;
- 2) deve esservi la presentazione della domanda di subentro da parte del ricorrente (pertanto, data l'imprescindibilità della domanda di parte, nei casi di violazioni non gravi, il potere del Giudice di declaratoria di inefficacia del contratto non può configurarsi come officioso)⁽⁴⁷⁾.

3.C. Lo speciale regime delle c.d. "infrastrutture strategiche" (art. 125 C.P.A.).

L'art. 125 del CPA prevede, infine, un rito c.d. "specialissimo" per le controversie inerenti alle c.d. "infrastrutture strategiche"⁽⁴⁸⁾. La norma in questione configura un rito che - dal punto di vista della declaratoria dell'inefficacia del contratto e del successivo eventuale subentro - deroga sotto due aspetti (commi 2 e 3) alla disciplina generale sopra indicata.

La *ratio* in base alla quale la norma dispone le due deroghe è quella di esaltare al massimo

in quanto il Legislatore ha già stabilito in astratto ed a priori che qualora sussista un vizio "minore", nel bilanciamento dell'interesse all'esecuzione celere del contratto con il contrapposto interesse di tutela di concorrenza e l'interesse privato al subentro, deve prevalere il primo di questi, che sarebbe fortemente compromesso dal rifacimento dell'intera procedura di gara, con un conseguente ritardo di diverso tempo rispetto a quanto originariamente programmato dall'Amministrazione.

⁴⁷ La necessità che sia stata proposta la domanda di subentro, ai fini della declaratoria di inefficacia da parte del Giudice, nei casi di cui all'art. 122 CPA, è pacifica in giurisprudenza.

In senso contrario, si veda soltanto TAR Lazio, Sez. III, 1 giugno 2011, n. 4984: "*L'inefficacia del contratto si atteggia, ormai, anche ai sensi dell'art. 122 c.p.a., quale mera conseguenza rispetto all'annullamento all'aggiudicazione, atteso che la scelta in ordine all'inefficacia del contratto quale effetto dell'invalidità dell'aggiudicazione è rimessa al giudice, che a tal fine valuta la sussistenza dei relativi presupposti e condizioni, anche in difetto di espressa domanda di parte*".

⁴⁸ Per completezza, si riporta il dato testale dei commi 1 e 4 dell'art. 125 CPA, che individuano le c.d. "infrastrutture strategiche" cui si deve applicare tale rito "specialissimo".

"1. *Nei giudizi che riguardano le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, di cui alla parte II, titolo III, capo IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, oltre alle disposizioni del presente Capo, con esclusione dell'articolo 122, si applicano le seguenti previsioni*".

Omissis

"4. *Le disposizioni del comma 3 si applicano anche alle controversie relative:*

- a) *alle procedure di cui all'articolo 140 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;*
- b) *alle procedure di progettazione, approvazione e realizzazione degli interventi individuati nel contratto istituzionale di sviluppo ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 31 maggio 2011, n. 88;*
- c) *alle opere di cui all'articolo 32, comma 18, del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98 convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111*".

l'interesse pubblico alla immediata realizzazione dell'opera, nei limiti della compatibilità con la Direttiva Ricorsi, la quale pone dei paletti rilevanti in merito per tutelare in modo efficace il mercato e la libera concorrenza.

Delle due deroghe, verrà qui esaminata solo quella con riferimento allo speciale regime risarcitorio dettato dal comma 3 dell'art. 125, essendo l'altra (comma 2) relativa a soli profili cautelari ⁽⁴⁹⁾.

In particolare, l'art. 125, comma 3, C.P.A. ⁽⁵⁰⁾ dispone che il contratto stipulato in esito ad una procedura di gara viziata può essere dichiarato inefficace esclusivamente per i vizi c.d. "gravi" previsti dall'art. 121 del CPA, mentre lo stesso non può comunque essere dichiarato inefficace per i vizi c.d. "minori", come individuati dall'art. 122 del C.P.A.: in questi casi (violazioni non gravi), nell'ipotesi di accertamento dell'illegittimità dell'aggiudicazione, il

⁴⁹ La seconda deroga non analizzata nel testo, per motivi di non stretta inerenza all'argomento è quella dettata al comma 2 dell'art. 125 del CPA, del quale, per completezza, si riporta il relativo dato testuale: *"In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene 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, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure"*.

Tale comma dispone delle peculiari regole per il bilanciamento degli interessi che il Giudice Amministrativo deve esperire in sede di valutazione della richiesta di misura cautelare, in particolare, il Giudice deve:

- 1) dare il massimo risalto all'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, il quale è definito dalla norma come "preminente";
- 2) valutare in modo rigoroso l'aspetto dell'irreparabilità del danno prospettato dal ricorrente, a cui si contrappone, in ogni caso, l'interesse dell'aggiudicatario alla celere prosecuzione delle procedure.

Con ogni evidenza, la presenza di questi due elementi limita fortemente la possibilità di concessione della misura cautelare, con la diretta conseguenza che la stessa potrà essere concessa molto meno di frequente rispetto a quanto avviene ordinariamente nel rito-appalti.

La restrizione dei presupposti legittimanti l'adozione della misura cautelare comporta, ovviamente, che sia più difficile interrompere la stipulazione e l'esecuzione di un contratto.

In questo senso, si veda, in particolare, A. LUPO, *"Le controversie in materia di infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi: specialità del rito ed effettività della tutela"*, in www.giustamm.it: *"Rebus sic stantibus, pare che residui ben poco spazio per la concessione di una misura cautelare. Ed invero, se ai fini dell'accoglimento dell'istanza cautelare il giudice sarà tenuto a ponderare comparativamente gli interessi dedotti in giudizio unitamente alle 'probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi' ed al suindicato 'preminente interesse nazionale', indubbiamente «la concessione del provvedimento cautelare potrà accedere non soltanto all'esito favorevole della comparazione di interessi sopra indicati, ma anche all'emersione di un pregiudizio per la parte ricorrente - evidentemente accessiva alla preventiva e prognostica valutazione della fondatezza delle ragioni da essa fatte valere in giudizio - che, ove realizzatosi, vanificherebbe inesorabilmente le possibilità di conseguire tutela in termini di effettività»"*.

⁵⁰ Per completezza, si riporta il dato testuale del comma 3 dell'art. 125 CPA: *"Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l'articolo 34, comma 3"*.

Giudice non può disporre l'inefficacia del contratto ed il subentro del ricorrente, ma può soltanto disporre il risarcimento per equivalente in favore del ricorrente.

Originariamente l'art. 246 del Codice degli Appalti prevedeva un divieto generalizzato di caducazione del contratto stipulato in esito alla gara viziata (anche nei c.d. "casi gravi"), ma i successivi D.Lgs. nn. 53/2010 e 104/2010 hanno dovuto temperare tale disposizione (consentendo la caducazione del contratto nei casi di violazioni gravi), in quanto in contrasto con la richiamata Direttiva Comunitaria.

IV. IL RAPPORTO TRA TUTELA IN FORMA SPECIFICA E PER EQUIVALENTE.

Come anticipato sopra, il rapporto tra la tutela mediante reintegrazione in forma specifica (costituito dal c.d. "subentro" nel contratto, al di là delle opinioni dottrinarie che vi hanno ravvisato l'oggetto di un'azione di adempimento) e la tutela mediante risarcimento per equivalente si sviluppa con una "pregiudizialità sostanziale" della prima rispetto alla seconda: in sostanza, pertanto, secondo la stessa impostazione dell'art. 124 C.P.A., la tutela in forma specifica assume un carattere "principale", mentre la tutela per equivalente assume un carattere di tipo "sussidiario", che trova un riconoscimento positivo in sede giurisdizionale soltanto se l'interessato abbia previamente posto in essere tutte le azioni utili ad ottenere il "subentro" nel contratto per tutta la durata di esso (il mancato esperimento di tutte le azioni finalizzate ad ottenere il subentro costituisce, infatti, come si vedrà oltre, una ragione di esclusione nell'*an o*, quantomeno, di "abbattimento" nel *quantum* del risarcimento per equivalente spettante al ricorrente).

Tale rapporto di "pregiudizialità sostanziale" dell'azione di reintegrazione in forma specifica rispetto all'azione di risarcimento per equivalente si desume, nell'art. 124 C.P.A., sotto quattro profili, tutti coincidenti in tale senso, ovvero:

- 1) dalla rubrica dell'art. 124, nella quale l'indicazione della tutela in forma specifica è anteposta all'indicazione della tutela per equivalente ("*art. 124: Tutela in forma specifica e per equivalente*");
- 2) dalla struttura del primo comma, nel quale la disciplina della tutela in forma specifica (prima parte: "*L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122*") è anteposta alla disciplina della tutela per equivalente

(seconda parte: “*Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato*”);

- 3) dalla disciplina della seconda parte del primo comma, che consente al Giudice di disporre il risarcimento per equivalente soltanto laddove lo stesso non abbia dichiarato inefficace il contratto, ulteriore elemento che conferma come, *a contrario*, il Giudice, se dichiara inefficace il contratto e dispone il subentro del ricorrente (per tutta la durata o per parte di essa), non può disporre il risarcimento per equivalente (almeno con riferimento alla parte del contratto per la quale il ricorrente abbia ottenuto il subentro);
- 4) dalla disciplina del secondo comma⁽⁵¹⁾, che – mediante il richiamo all’art. 1227 c.c.⁽⁵²⁾ – “sanziona” il comportamento del ricorrente che non abbia richiesto il subentro o non si sia reso disponibile a subentrare nel contratto, con conseguente esclusione o “abbattimento” del risarcimento per equivalente allo stesso spettante (come si vedrà meglio oltre).

Tale disciplina dell’art. 124 C.P.A. - laddove lo stesso prevede il carattere “principale” della tutela mediante reintegrazione in forma specifica ed il carattere “sussidiario” della tutela per equivalente (con conseguente carattere di “pregiudizialità sostanziale” della prima rispetto alla seconda) - corrisponde alla disciplina dell’art. 2058 c.c. (che prevede la tutela risarcitoria, in via primaria mediante reintegrazione in forma specifica ed in via soltanto secondaria per equivalente)⁽⁵³⁾, richiamato espressamente, in via generale, per tutte le materie di giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, dall’art. 30, comma 2, C.P.A.⁽⁵⁴⁾

⁵¹ Per completezza, si riporta il dato testuale del secondo comma dell’art. 124 CPA: “*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*”.

⁵² Per completezza, si riporta il dato testuale dell’art. 1227 c.c.: “*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 risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l’ordinaria diligenza*”.

⁵³ Per completezza, si riporta il dato testuale dell’art. 2058 c.c.: “*Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile*” (primo comma); “*Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore*” (secondo comma:).”.

⁵⁴ Per completezza, si riporta il dato testuale dell’art. 30, comma 2, CPA.
“*Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall’illegittimo esercizio dell’attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall’articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica*”.

Tale pregiudizialità sostanziale dell'azione di reintegrazione in forma specifica rispetto all'azione di risarcimento per equivalente è stata, inoltre, specificamente ribadita dalla giurisprudenza (⁵⁵) e si giustifica per le seguenti considerazioni:

- 1) mediante la reintegrazione in forma specifica (ove il subentro sia disposto per tutta la durata del contratto), si ripristina la legalità violata (nel senso che l'aggiudicazione illegittima viene annullata retroattivamente, il contratto stipulato con l'originario aggiudicatario viene dichiarato inefficace e il ricorrente subentra in tale contratto) ed a costo-zero per le "casse" dell'Amministrazione (non dovendo la stessa, in caso di subentro per tutta la durata del contratto, pagare alcun risarcimento per equivalente in favore del ricorrente, i cui interessi vengono integralmente soddisfatti dal subentro nel contratto);
- 2) mediante il risarcimento per equivalente, invece, non si ripristina la legalità violata (nel senso che, pur essendo l'aggiudicazione stata dichiarata illegittima ed annullata retroattivamente, il contratto stipulato con l'originario aggiudicatario resta al medesimo ed il ricorrente non subentra in tale contratto) e il prezzo pagato per relativo risarcimento per equivalente costituisce un costo per le "casse erariali" (⁵⁶).

⁵⁵ Sotto tale profilo, si evidenzia l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale comunitario e nazionale, secondo il quale *"di norma, la via del risarcimento per equivalente viene percorsa qualora risulti preclusa quella della tutela in forma specifica; la reintegrazione in forma specifica rappresenta, peraltro, in ambito amministrativo l'obiettivo tendenzialmente primario da perseguire e il risarcimento per equivalente costituisce invece una misura residuale, di norma subordinata all'impossibilità parziale o totale di giungere alla correzione del potere amministrativo, come dimostra, d'altra parte, anche la vicenda giurisprudenziale e normativa relativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto, come da ultimo risolta per effetto del d.lgs. n. 53-2010, le cui previsioni sono confluite nel Codice del processo amministrativo agli artt. 121 e ss."* (Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686).

⁵⁶ In tale ottica, in particolare, si veda R. CAPONIGRO, *"Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto"*, Relazione al corso di formazione per i magistrati amministrativi, Roma, www.giustizia-amministrativa.it, 27 novembre 2009.

"La considerazione che la norma comunitaria è strutturata in modo da riconoscere il risarcimento del danno per equivalente patrimoniale solo ove non sia possibile soddisfare l'interesse sostanziale del concorrente illegittimamente pretermesso con il bene della vita al quale aspira conferma, a mio avviso, che il risarcimento dei danni non è la panacea per tutte le situazioni patologiche e che non può essere affatto posto sullo stesso piano della soddisfazione in forma specifica dell'interesse sostanziale, rispetto alla quale si pone in rapporto di sussidiarietà e non di alternatività.

In proposito, occorre rilevare che la soddisfazione in forma specifica dell'interesse sostanziale, vale a dire l'attribuzione del bene della vita, costituisce un effetto "naturale" dell'esecuzione della sentenza di annullamento e che il risarcimento del danno, di contro, contrasta con l'interesse pubblico che l'amministrazione aggiudicatrice è chiamata ontologicamente a perseguire sia perché determina che la prestazione venga eseguita da chi non è il "giusto" ed il "miglior" contraente sia perché comporta per la finanza pubblica un aggravio di spesa dovendo la stazione appaltante compensare le prestazioni rese dall'illegittimo aggiudicatario e risarcire il danno, ricorrendone i presupposti, all'imprenditore che sarebbe stato legittimo aggiudicatario o legittimo concorrente e contrasta altresì con l'interesse del ricorrente vittorioso in giudizio che perde comunque la possibilità di conseguire le qualificazioni ed i titoli professionali relativi all'esecuzione dell'appalto".

Di conseguenza, nell'esplicazione dei giudizi amministrativi in materia, in caso di annullamento dell'aggiudicazione, si possono configurare tre possibilità alternative:

- 1) una prima situazione "ideale", nella quale - per effetto prima dell'applicazione dello *stand still* preprocessuale e processuale e poi dell'emanazione di un'ordinanza cautelare di accoglimento - si giunge a sentenza prima della sottoscrizione del contratto tra stazione appaltante e originario aggiudicatario o comunque prima dell'avvenuto inizio della materiale esecuzione dello stesso (⁵⁷): in tale contesto, il Giudice può procedere alla soddisfazione degli interessi del ricorrente mediante integrale reintegrazione in forma specifica, con declaratoria di illegittimità ed annullamento dell'aggiudicazione, declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto e declaratoria del diritto al subentro in tale contratto (per tutta la durata dello stesso originariamente prevista) del ricorrente, che ne abbia fatto richiesta (⁵⁸); in tale caso, in teoria, non vi dovrebbe essere contestuale condanna al risarcimento dei danni per equivalente, salvo con riferimento al c.d. "danno da ritardo" nell'esecuzione del contratto (⁵⁹);

⁵⁷ A titolo esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2013, n. 6036: "7.4. Meritano, altresì, accoglimento le domande di declaratoria d'inefficacia del contratto (stipulato il 12 agosto 2013) e di subentro della seconda classificata Romeo Gestioni s.p.a. nell'aggiudicazione e nel contratto (previa verifica del possesso dei prescritti requisiti) – peraltro, espressamente proposte sin dal ricorso di primo grado – tenuto conto dei criteri tutti delineati dall'art. 122 cod. proc. amm. e, in particolare, della circostanza che, versandosi in fattispecie di appalto di servizi ad esecuzione contrattuale non ancora iniziata (infatti, ai precedenti gestori è stata assegnata la data di consegna del 31 ottobre 2013; v. nota INPS del 31 luglio 2013), il subentro appare senz'altro possibile e compatibile con tutti gli interessi, anche pubblici, coinvolti, mentre non si ravvisano ragioni specifiche e concrete ostative all'accoglimento della domanda di reintegrazione in forma specifica della situazione giuridica soggettiva azionata dall'odierna appellante".

⁵⁸ Come, infatti, già chiarito nei paragrafi precedenti, la mancata presentazione della domanda di subentro (salvo nei casi di "violazioni gravi" ai sensi dell'art. 121 CPA) impedisce la dichiarazione di inefficacia, poiché la stessa è la garanzia della continuità dell'esercizio dell'azione amministrativa.

Tale profilo è pacifico in giurisprudenza; sotto tale profilo, oltre alla giurisprudenza già richiamata nella parte relativa all'analisi del carattere d'ufficio o meno del potere del Giudice di disporre il subentro, si veda anche, a titolo meramente esemplificativo: TAR Puglia, Sez. I, 5 luglio 2011, n. 1014: "Negli atti della parte però non si rinviene tale domanda di subentro (e neppure un'esplicita dichiarazione di disponibilità ovvero un'apposita richiesta di conseguire l'aggiudicazione, se ritenute equipollenti, come potrebbe argomentarsi sulla base dell'articolo 124). Tale assenza preclude la pronuncia d'inefficacia del contratto nelle ipotesi di cui all'art. 122 e, addirittura, la condiziona anche nel caso di violazioni gravi (articolo 121, secondo comma), costituendo la medesima domanda la garanzia della continuità dell'esercizio dell'azione amministrativa quando essa si avvale delle prestazioni del privato, anche nell'ipotesi che la presupposta gara sia viziata e l'aggiudicazione annullata".

⁵⁹ In tale senso, attenta dottrina (in particolare, S. CIMINI "La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici: tra novità normative e assestamenti giurisprudenziali", www.giustamm.it) ha evidenziato come, in realtà, il ricorrente che ottenga il subentro nel contratto (anche per l'intera durata) può, in ogni caso, chiedere il risarcimento per equivalente del danno da ritardo causato dal tardivo inizio dell'esecuzione del contratto, determinato dalla durata del processo amministrativo dallo stesso instaurato per ottenere l'annullamento della aggiudicazione della gara al controinteressato ed il subentro del ricorrente nel contratto, durante il quale il ricorrente è stato costretto a tenere "fermi" mezzi e maestranze (ovviamente, previa dimostrazione di tale incolpevole inattività).

- 2) una seconda situazione (che è quella che si verifica statisticamente con maggiore frequenza), nella quale - in conseguenza generalmente dell'emanazione di un'ordinanza cautelare di rigetto - si giunge a sentenza dopo la sottoscrizione del contratto tra stazione appaltante e originario aggiudicatario e in uno stato di parziale esecuzione materiale di esso: in tale contesto, il Giudice può procedere alla soddisfazione degli interessi del ricorrente:
- a) mediante (parziale) reintegrazione in forma specifica, con declaratoria di illegittimità ed annullamento dell'aggiudicazione, declaratoria di inefficacia del contratto sottoscritto e declaratoria del diritto al subentro in tale contratto (per la durata residua, ovvero non ancora materialmente eseguita, dello stesso) del ricorrente, che ne abbia fatto richiesta: sotto tale profilo, i parametri, che il Giudice prende in considerazione, per valutare se si possa effettivamente procedere ad ordinare il subentro del ricorrente nel contratto già parzialmente eseguito dal controinteressato, sono costituiti:
- a1) dalla durata residua del contratto da eseguire (in via generale, il Giudice dispone senz'altro il subentro se risulti ancora da eseguire una parte del contratto superiore alla metà della durata dello stesso o, comunque, una parte del contratto ancora rilevante, mentre tende a non disporre il subentro quando residui l'esecuzione del contratto per una parte estremamente limitata) ⁽⁶⁰⁾;
- a2) dalla tipologia dell'oggetto del contratto (essendo molto più semplice il subentro nei contratti di servizi e di forniture, per i quali non vi sono normalmente profili di complessità nel relativo c.d. "passaggio di cantiere", mentre più difficoltoso può risultare il materiale subentro nei contratti di lavori, per i quali, invece, possono esservi normalmente profili di complessità nel relativo c.d. "passaggio di cantiere" ⁽⁶¹⁾);

⁶⁰ In tale senso, si veda, tra gli altri, Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444: *"resta da accertare se, alla stregua dell'art. 122 c.p.a., si imponga comunque, per altra via, l'inefficacia del contratto. La risposta, valutati comparativamente tutti gli elementi della fattispecie in esame, deve essere negativa in considerazione dell'avanzato stato di esecuzione del contratto, che avendo durata annuale volge oramai al termine, e che rende prevalente, anche a beneficio degli utenti del servizio, l'interesse alla sua conservazione"*.

⁶¹ In particolare, la giurisprudenza ha riconosciuto, nei contratti di fornitura e servizi, soprattutto se di lunga durata, un certo *favor* al subentro del ricorrente, poiché non vi sono ordinariamente dei pregiudizi rilevanti per il "passaggio di consegne", sempre qualora il vizio non comporti il rifacimento della gara e il contratto non sia in uno stato di esecuzione troppo avanzato.

Tali principi sono piuttosto consolidati in giurisprudenza; in via esemplificativa, si vedano le seguenti pronunce.

1) Cons. Stato, Sez. V, 19 dicembre 2011, n. 6638: *"il Collegio ritiene che la domanda di reintegrazione in forma specifica avanzata dall'appellante col ricorso di primo grado ed in questa*

- b) mediante (parziale) risarcimento per equivalente del ricorrente con riferimento alla durata del contratto già materialmente eseguita dal controinteressato (ovvero dall'originario aggiudicatario);
- 3) una terza situazione, nella quale - in conseguenza generalmente dell'emanazione di un'ordinanza cautelare di rigetto - si giunge a sentenza in un contesto nella quale il contratto (tra stazione appaltante ed originario aggiudicatario) è stato sottoscritto ed è stato materialmente eseguito *in toto* o quasi *in toto*: in tale caso, il Giudice può procedere alla soddisfazione degli interessi del ricorrente esclusivamente mediante risarcimento per equivalente del ricorrente con riferimento a tutta la durata del contratto già integralmente ⁽⁶²⁾ (o quasi integralmente) ⁽⁶³⁾ eseguita dal controinteressato (ovvero dall'originario aggiudicatario).

V. IL RISARCIMENTO DEI DANNI PER EQUIVALENTE.

sede ribadita, possa essere accolta, sussistendo i presupposti per la dichiarazione di inefficacia del contratto ex art. 122 c.p.a. (non rientrando la fattispecie nell'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione per gravi violazioni ex art. 121, comma 1, c.p.a.), dal momento che il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo per la stazione appaltante di rinnovare la gara ma lo scorrimento della graduatoria, nella quale la ricorrente si è classificata seconda, con offerta peraltro successivamente valutata come non anomala dall'Amministrazione; a tale dichiarazione non ostano poi né la natura dell'appalto (di servizi, nel quale classicamente un appaltatore può sostituirsi all'altro nella esecuzione delle prestazioni di capitolato senza particolari disfunzioni, peraltro in nessun modo emerse nelle difese delle resistenti), né lo stato di esecuzione del contratto, la cui durata triennale verrà a scadere, secondo le non contestate deduzioni dell'appellante, nel febbraio 2013".

- 2) Cons. Stato, Sez. III, 11 marzo 2011, n. 1570: “è possibile rilevare, in primo luogo, che il contratto, stipulato in data 4 luglio 2008, ha una durata di sei anni e ha per oggetto la fornitura di prodotti e arredi destinati al "centro prelievi" dell'amministrazione sanitaria intimata. Pertanto, è ancora apprezzabile l'interesse della parte ricorrente ad ottenere il rinnovo delle operazioni di gara, in vista del conseguimento dell'appalto per la residua durata del contratto di fornitura. Di contro, l'interruzione del rapporto contrattuale, con piena salvezza delle prestazioni già eseguite, non arreca significativi pregiudizi né all'amministrazione, né all'originario aggiudicatario”.

⁶² In via esemplificativa, si veda Cons. Stato, Sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1193: “Ai sensi dell'art. 122 c.p.a. la società, illegittimamente esclusa da una gara pubblica indetta per l'affidamento di un appalto di fornitura e che ha impugnato gli atti della procedura, non ha più interesse alla pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione e alla declaratoria di inefficacia del contratto ove, nelle more del giudizio, la fornitura sia stata integralmente eseguita dall'originaria aggiudicataria ma, ai sensi dell'art. 34 comma 3, dello stesso c.p.a., permane il suo interesse alla declaratoria di illegittimità degli atti impugnati ai fini della domanda di risarcimento del danno proposta in via graduata”.

⁶³ In via esemplificativa, si veda Cons. Stato, Sez. III, 1 febbraio 2012, n. 507: “Ai sensi dell'art. 122, c.p.a., ove alla data dell'udienza di discussione il contratto, che ancorché illegittimamente aggiudicato sia stato per la massima parte eseguito, deve essere dichiarato efficace, e l'interesse sostanziale della parte ricorrente in primo grado può essere soddisfatto mediante la proposizione dell'azione risarcitoria”.

STUDIO LEGALE LUBRANO & Associati

L'art. 124, comma 1, secondo periodo, dispone che *“Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato”*.

In particolare, tale norma evidenzia tre profili essenziali relativi al risarcimento del danno per equivalente, in particolare:

- 1) il risarcimento per equivalente può essere riconosciuto esclusivamente nell'ipotesi in cui il contratto mantenga (integralmente o parzialmente) i propri effetti, qualora il Giudice ritenga di non dichiararne l'inefficacia (integrale o parziale);
- 2) il rimedio risarcitorio per equivalente è sussidiario, subordinato e residuale rispetto alla tutela mediante reintegrazione in forma specifica; in presenza della richiesta del ricorrente sia di reintegrazione in forma specifica sia di risarcimento per equivalente, il Giudice dovrà dare priorità alla reintegrazione in forma specifica (nei limiti di quanto sia materialmente possibile, con riferimento all'esecuzione del contratto), in quanto tutela maggiormente soddisfacente per l'interessato (salva diversa richiesta da parte dello stesso, nel qual caso troverà applicazione il successivo comma 2), ripristinatoria della legalità violata ed a costo-zero per il “sistema”;
- 3) il danno subito dal ricorrente deve essere *“provato”*: tale indicazione, per quanto possa sembrare pleonastica, ha, invece, una valenza estremamente significativa, in quanto si riferisce chiaramente alla necessità di un estremo rigore nella prova del danno (nell'*an* e nel *quantum*) da parte del ricorrente; questa precisazione, da parte del legislatore, dell'applicabilità del principio generale sancito dall'art. 2697 c.c. in materia di onere della prova, ha, in realtà, codificato un concetto già pacificamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa; infatti, dal punto di vista dell'onere probatorio, si rileva che:
 - a) con riferimento alla tematica del risarcimento del danno in via generale, dottrina⁽⁶⁴⁾ e giurisprudenza⁽⁶⁵⁾ concordano nel ritenere il sistema previsto dal Processo

⁶⁴ A titolo esemplificativo, si veda C. LAMBERTI, *“Disponibilità della prova e poteri del giudice amministrativo”*, www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

⁶⁵ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3408: *“nel giudizio risarcitorio che si svolge davanti al giudice amministrativo, nel rispetto del principio generale sancito dal combinato disposto degli artt. 2697 c.c. (secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda) e 63, co. 1 e 64, co. 1, c.p.a. (secondo cui l'onere della prova grava sulle parti che devono fornire i relativi elementi di fatto di cui hanno la piena disponibilità), non può avere ingresso il c.d. metodo acquisitivo tipico del processo impugnatorio; pertanto, il ricorrente che chiede il risarcimento del danno da cattivo (o omesso) esercizio della funzione pubblica, deve fornire la prova dei fatti base costitutivi della domanda”*.
- 2) Cons. Stato, Sez. IV, 11 febbraio 2011, n. 924: *“Invero, nel processo amministrativo, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice approvato con D.L.vo 2 luglio 2010 n. 104 (cfr. art. 64, comma 3, cod. proc. amm.), il sistema probatorio è fondamentalmente retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice, il quale comporta*

Amministrativo (come regolato dal D.Lgs. n. 104/2010) pienamente dispositivo, con la conseguenza che vi è un pieno onere della prova, in capo al soggetto che afferma di aver subito il danno, con riferimento a tutti gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento dei danni e con riferimento alla relativa quantificazione di esso; tale ragionamento si fonda sulla considerazione che, in relazione al risarcimento dei danni, non vi è la disparità nella posizione delle parti (ricorrente ed Amministrazione) che giustifica, invece, nell'ordinario giudizio di legittimità dell'atto impugnato, la generale sussistenza del sistema acquisitorio, nel quale è richiesto al ricorrente solo il c.d. "principio di prova" (cui poi può dare seguito il Giudice, in sede di istruttoria, ordinando all'Amministrazione di depositare in giudizio la documentazione necessaria);

- b) con riferimento alla tematica del risarcimento del danno nel settore specifico degli appalti, il rigore dell'onere probatorio posto a carico del ricorrente risulta ulteriormente rafforzato dall'indicazione (solo apparentemente pleonastica) contenuta nell'art. 124 C.P.A., che specifica il danno "*subito e provato*" (l'importanza dell'onere probatorio a carico della parte all'interno del processo-appalti sarà ulteriormente approfondita oltre, in relazione alla risarcibilità delle singole poste di danno ed alla loro specifica dimostrazione).

Per quanto riguarda il risarcimento per equivalente – una volta inquadrata la natura c.d. "sussidiaria" rispetto al risarcimento mediante reintegrazione in forma specifica e la casistica nella quale può essere disposto parzialmente (laddove "combinato" con un subentro parziale nel contratto per la durata residua di esso) o integralmente (laddove, per la integrale o "quasi-integrale" esecuzione del contratto, non sia stato possibile, o comunque opportuno, disporre neanche un subentro parziale nel contratto) – si evidenziano i seguenti profili fondamentali,

l'onere per il ricorrente di presentare almeno un indizio di prova perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6118): e ciò, per l'appunto, è contemplato dal "sistema" proprio in quanto il ricorrente, di per sé, non ha la disponibilità delle prove, essendo queste nell'esclusivo possesso dell'amministrazione ed essendo quindi sufficiente che egli fornisca un principio di prova. Viceversa, la disciplina contenuta nell'art. 2697 cod. civ. (corrispondente, ora, all'art. 64, comma 1, cod. proc. amm.) secondo la quale spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti, deve trovare integrale applicazione anche nel processo amministrativo ogniqualvolta non ricorra tale disuguaglianza di posizioni tra Pubblica Amministrazione e privato, come - per l'appunto - nel caso di specie, laddove si verte esclusivamente sulla spettanza, o meno, di un risarcimento del danno: con la conseguenza che, a pena di un'inammissibile inversione del regime dell'onere della prova, non è consentito al giudice amministrativo di sostituirsi alla parte onerata quando quest'ultima si trovi nell'impossibilità di provare il fatto posto a base della sua azione (cfr., al riguardo, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 10 novembre 2010 n. 8006)".

relativi essenzialmente a:

- 1) l'*an* (individuazione degli elementi costitutivi del diritto al risarcimento dei danni per equivalente) (cfr. par. 1);
- 2) il *quid* (individuazione delle “poste di danno” risarcibili) (cfr. par. 2);
- 3) il *quantum* (individuazione degli elementi di quantificazione delle singole poste di danno risarcibili e degli eventuali “fattori di abbattimento”) (cfr. par. 3).

1. Gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento dei danni per equivalente.

Come indicato in precedenza – per quanto la natura giuridica della responsabilità della Pubblica Amministrazione sia ancora dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza – al di là delle relative ricostruzioni dommatiche, in ogni caso, la giurisprudenza concorda sul fatto che gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento dei danni vadano individuati nell’art. 2043 c.c.⁽⁶⁶⁾; l’interessato dovrà, pertanto, provare la sussistenza di:

- 1) una condotta illegittima;
- 2) un danno ingiusto dallo stesso subito;
- 3) un nesso causale tra condotta e danno;
- 4) un elemento soggettivo (dolo o colpa).

Gli elementi costitutivi della responsabilità della Pubblica Amministrazione, come delineati sopra, si atteggiano in maniera particolare nel settore degli appalti pubblici, per via della speciale disciplina prevista dall’art. 124 C.P.A. e della notevole ingerenza della giurisprudenza comunitaria.

In relazione a ciascuno di tali elementi, la giurisprudenza ha rilevato quanto segue.

1. La condotta illegittima si configura nell’adozione di provvedimenti illegittimi o nell’omissione di provvedimenti legittimi (ad esempio, nella materia degli appalti, l’illegittimità del provvedimento di aggiudicazione della stessa ad un controinteressato o l’illegittimità del provvedimento di esclusione del ricorrente dalla gara⁽⁶⁷⁾).

⁶⁶ Per completezza si riporta il dato testuale della norma richiamata: “Art. 2043. *Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”.

⁶⁷ Si evidenzia che anche un provvedimento di esclusione di un’impresa da una gara, ove illegittimo, può determinare il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni, per mancata aggiudicazione, ove sicuramente spettante al ricorrente (o anche per c.d. “perdita di chance”, della quale si dirà oltre): in tale

2. L'ingiustizia del danno risiede nella mancata aggiudicazione della gara, qualora la stessa, in caso di mancata emanazione del provvedimento riconosciuto come illegittimo, sarebbe stata certamente o molto probabilmente aggiudicata al ricorrente (⁶⁸); sotto tale profilo, in alcuni casi, la giurisprudenza amministrativa ha anche disposto una Consulenza Tecnica d'Ufficio per accertare la spettanza dell'aggiudicazione (o meno) all'impresa ricorrente (⁶⁹).

senso, si veda, a titolo esemplificativo: TAR Campania, Napoli, Sez. I, 26 giugno 2013, n. 3337: *“Il comportamento illecito dell'amministrazione emerge nitidamente dalla mancata esclusione dell'aggiudicataria Ecobuilding, la quale avrebbe consentito alla ricorrente di essere la legittima affidataria”*.

⁶⁸ In tale senso, a titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, Sez. V, 31 ottobre 2013, n. 5247: *“b) la prova dell'esistenza dell'antigiuridicità del danno deve intervenire all'esito di una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua certezza la quale, a sua volta, presuppone: l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale; l'esistenza di una lesione che è configurabile (oltre ch  nell'ovvia evidenza fattuale) anche allorquando vi sia una rilevante probabilit  di risultato utile frustrata dall'agire (o dall'inerzia) illegittima della p.a.”*.
- 2) Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3408: *“la prova dell'esistenza del danno deve intervenire all'esito di una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua certezza la quale a sua volta presuppone: l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale; l'esistenza di una lesione che   configurabile (oltre ch  nell'ovvia evidenza fattuale) anche allorquando vi sia una rilevante probabilit  di risultato utile frustrata dall'agire (o dall'inerzia) illegittima della p.a.”*.
- 3) TAR Lazio, Sez. I ter, 23 luglio 2013, n. 7480: *“... la c.d. spettanza del bene della vita, vale a dire, nella fattispecie, la certezza dell'aggiudicazione in assenza dell'attivit  illegittima della stazione appaltante, ovvero, quantomeno, la ragionevole probabilit  di conseguirla secondo un criterio di normalit . Nella memoria depositata in prossimit  dell'udienza di discussione, la ricorrente ha dedotto di aver fornito la prova sull'idoneit  all'aggiudicazione avendo prodotto in giudizio il ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione, i verbali di gara, elementi dai quali avrebbe potuto desumersi in modo palese la spettanza del bene della vita. Ritiene il Collegio che – se pure non pu  accedersi alla tesi radicale propugnata dall'Avvocatura erariale, secondo cui l'impresa per poter chiedere i danni da mancata aggiudicazione deve dimostrare con certezza la sua idoneit  all'aggiudicazione, in quanto in questo modo l'impresa sarebbe onerata di una vera e propria 'probatio diabolica' – nondimeno neppure pu  accedersi alla tesi della ricorrente diretta a sostenere che la prova dell'idoneit  all'aggiudicazione si desumerebbe in via automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione tenendo conto della sua condizione di seconda classificata dietro alla societ  Pedus. La ricorrente deve infatti provare – se non la certezza dell'aggiudicazione - quantomeno la sua ragionevole probabilit  facendo applicazione del principio dell'id quod plerumque accidit”*.
- 4) TAR Calabria, Catanzaro, 14 giugno 2013, n. 681: *“Come ha avuto modo di precisare il Consiglio di Stato, il riconoscimento del danno da perdita di chance non pu  intendersi subordinato all'offerta in giudizio da parte dell'interessato di una prova in termini di certezza, perch  ci    oggettivamente incompatibile con la natura di tale voce di danno, risultando quindi sufficiente che gli elementi adottati, in virt  del principio contenuto nell'art. 2697 c.c., consentano una prognosi concreta e ragionevole circa la possibilit  di vantaggi futuri, invece impediti a causa della condotta illecita altrui (cosi  Cons. Stato, sez V - sentenza 2 maggio 2013 n. 2399; Sez. V, 18 aprile 2012, n. 225)”*.

⁶⁹ In tale senso, a titolo esemplificativo, si veda la recente decisione del TAR Lombardia, Sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2681 (gi  richiamata con riferimento alla tesi della natura di azione dell'adempimento della richiesta di subentro): in particolare, in tale occasione, il Giudice Amministrativo si   affidato alla valutazione del CTU per superare un'eccezione della Stazione Appaltante circa la certezza della c.d. spettanza dell'aggiudicazione (in caso di annullamento dell'atto impugnato); infatti, l'Amministrazione, con

3. Il nesso di causalità deve sussistere, in via diretta ed immediata, tra condotta illegittima (ad esempio, aggiudicazione ad un terzo) e danno ingiusto subito dal ricorrente (ad esempio, mancata aggiudicazione al ricorrente): con riferimento a tale profilo, pertanto, sulla base degli elementi forniti dal ricorrente, il Giudice effettua un giudizio prognostico per capire se il danno (come sopra individuato) sia stato direttamente causato dalla condotta illegittima dell'Amministrazione⁽⁷⁰⁾.

4. Per quanto riguarda, infine, l'elemento soggettivo (colpa o dolo), si rileva una particolare

ricorso incidentale aveva contestato l'ammissibilità dell'offerta tecnica della ricorrente per profili tecnici di non compatibilità con il progetto originario (inammissibilità delle varianti); in tale giudizio, il TAR Lombardia, aderendo alle valutazioni del CTU, ha ritenuto la proposta della ricorrente come conforme al progetto; quindi, non ha accolto l'eccezione dell'Amministrazione ed ha concluso per la certezza della spettanza.

Per completezza e per il particolare interesse della stessa, si riporta il relativo stralcio di tale decisione.

"Piuttosto, Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a. dubita della possibilità di ritenere che il bene della vita, rappresentato dall'aggiudicazione dell'appalto e dalla conseguente stipulazione del contratto, sarebbe spettato al Consorzio ricorrente in termini di certezza, qualora la stazione appaltante non fosse incorsa nelle illegittimità che hanno condotto all'annullamento dell'aggiudicazione in favore di Strabag.

In particolare, si sostiene che l'offerta presentata dalla ricorrente presenta profili di inammissibilità analoghi a quelli denunciati rispetto all'offerta di Strabag, sicché anche nei suoi confronti sarebbe stata preclusa l'aggiudicazione.

Le contestazioni si appuntano sulle modalità di esecuzione del ponte sul fiume Adda previste nell'offerta presentata dal Consorzio Pedelombarda 2, che secondo la stazione appaltante (cfr. in particolare memoria depositata in data 10 maggio 2013) comporterebbero l'introduzione di varianti non ammesse, sicché il Consorzio non poteva risultare aggiudicatario dell'appalto e, quindi, non sussisterebbe alcuna certezza in ordine alla spettanza dell'aggiudicazione e del contratto.

L'eccezione non può essere condivisa ... La deduzione coinvolge aspetti prettamente tecnici, prima che giuridici, rispetto ai quali sono stati sottoposti specifici quesiti al C.T.U., tanto in relazione alle modalità di esecuzione del ponte previste da Strabag, quanto rispetto a quelle proposte dal Consorzio ricorrente, secondo quanto già evidenziato ... A questo punto, alla luce del dato tecnico appena richiamato, occorre verificare se le modificazioni previste dal Consorzio Pedelombarda 2, quanto alle modalità di esecuzione del ponte, integrino delle inammissibili varianti, oppure si collochino tra le proposte migliorative della cantierizzazione, in quanto dirette a limitarne gli impatti rispetto all'esecuzione del ponte sull'Adda.

Il Tribunale ritiene che quest'ultima sia l'opzione che si ataglia alla fattispecie in esame ... Inoltre, dalla consulenza emerge che le modalità di montaggio del ponte previste dal Consorzio Pedelombarda 2, così come, del resto, quelle previste dall'Ati Strabag, sono migliorative degli impatti della cantierizzazione perché riducono sensibilmente l'invasione delle zone golenali ed eliminano l'interferenza con l'alveo.

Tanto basta per evidenziare che l'innovazione proposta dal ricorrente in ordine alle modalità di realizzazione del ponte sull'Adda non attengono alla struttura dell'opera, né alle sue caratteristiche qualitative, funzionali o prestazionali, perché si tratta di modifiche incidenti sulle modalità di montaggio del ponte, ossia su aspetti meramente operativi, tali da rientrare nella nozione di cantierizzazione, in coerenza con il limite che la lex specialis pone alla possibilità di presentare proposte migliorative.

Ne consegue l'infondatezza dell'eccezione in esame".

⁷⁰ In tale senso, a titolo esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4439: "il nesso di causalità tra illegittimità e danno (da ritenersi sussistente tutte le volte in cui, senza l'attività amministrativa illegittima posta in essere dall'Amministrazione, il danno non si sarebbe verificato)".

impostazione nel settore degli appalti; in particolare:

- a) in via generale (in tutti i settori del Diritto Amministrativo), la giurisprudenza ritiene (ormai in modo consolidato) che - laddove in giudizio sia stata dimostrata l'illegittimità del provvedimento impugnato - sussista una presunzione relativa di colpa dell'Amministrazione (c.d. presunzione "iuris tantum"), che ammette prova contraria; ciò comporta un'inversione dell'onere della prova a carico della Amministrazione ⁽⁷¹⁾, la quale

⁷¹ Sulla non configurabilità di un onere della prova dell'esistenza dell'elemento soggettivo a carico del privato (con conseguente inversione del relativo onere della prova in capo all'Amministrazione, nel senso che sarà questa a dovere provare l'assenza di colpa ed il proprio errore scusabile), si vedano, a titolo meramente esemplificativo.

- 1) Cons. Stato, Sez. V, 17 settembre 2010, n. 6979: *"Nel giudizio di risarcimento del danno, il vizio dell'atto costituisce un indizio presuntivo della colpa, restando a carico dell'amministrazione l'onere di dimostrare la scusabilità dell'errore, che dovrà essere valutata dal giudice per escludere la colpevolezza, non potendo l'imputazione avvenire sulla base del dato meramente oggettivo dell'illegittimità del provvedimento"*.
- 2) Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2010, n. 3965: *"In sede di giudizio per il risarcimento del danno derivante da provvedimento amministrativo illegittimo, il privato danneggiato può limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto quale indice presuntivo della colpa restando, poi, a carico dell'Amministrazione l'onere di dimostrare che si è trattato di un errore scusabile dell'ente (per contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione della norma, per la complessità del fatto ovvero per l'influenza di altri soggetti)"*.
- 3) Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144: *"Non è richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa della p.a. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione relativa di colpa dell'Amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà a quel punto all'Amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata (nel caso di specie, è stato violato un principio fondamentale relativo alla qualificazione delle imprese in materia di appalti - quello della corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione - e, pertanto, considerando anche che l'Amministrazione non ha allegato circostanze tali superare la presunzione di colpa che nasce dall'illegittimità, deve ritenersi integrata la prova dell'elemento soggettivo)"*.
- 4) Cons. Stato, 23 marzo 2009, n. 1732: *"fermo restando l'inquadramento della maggior parte delle fattispecie di responsabilità della p.a., all'interno della responsabilità extracontrattuale, non è comunque richiesto al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare sforzo probatorio sotto il profilo dell'elemento soggettivo. Infatti, pur non essendo configurabile, in mancanza di un'espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o comunque ad una violazione delle regole, possono invece operare regole di comune esperienza e la presunzione semplice, di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie. Il privato danneggiato può, quindi, invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà, di contro, all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità*

potrà sollevarsi dalla responsabilità esclusivamente qualora dimostri la sussistenza del c.d. errore scusabile⁽⁷²⁾;

- b) nella particolare materia degli appalti pubblici, sulla scia della giurisprudenza comunitaria⁽⁷³⁾, la giurisprudenza amministrativa ritiene (ormai in modo quasi pacifico) che - laddove in giudizio sia stata dimostrata l'illegittimità del provvedimento impugnato - sussista, invece, una presunzione assoluta di colpa dell'Amministrazione (c.d. presunzione "iuris et de iure"), che non ammette prova contraria; si parla perciò di vera e propria responsabilità oggettiva (c.d. colpa "in re ipsa")⁽⁷⁴⁾; tale principio della responsabilità oggettiva è stato,

del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata".

⁷² In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha "tipizzato" il c.d. "errore scusabile" che l'Amministrazione può dimostrare in giudizio ad alcune situazioni specifiche; in tale senso, a titolo esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 27 giugno 2013, n. 3521, che ha riconosciuto la configurabilità dell'errore scusabile soltanto nei casi in cui ricorrano:

- a) *contrastati giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma;*
- b) *una formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore;*
- c) *una rilevante complessità del fatto;*
- d) *una illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata".*

In dottrina, a titolo esemplificativo, si vedano S. CIMINI, "La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche", Torino, Giappichelli, 2008, p. 513 ss.; M.A. SANDULLI, "Diritto europeo e processo amministrativo", in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, 2008, p. 37 ss..

⁷³ Tale orientamento si è consolidato con la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. III, 30 settembre 2010, n. C-314/09 (Graz Stadt), la quale ha confermato i suoi precedenti (in particolare sentenze 14 ottobre 2004, n. C-275/03, e 10 gennaio 2008, n. C-70/06), nei quali aveva già affermato che in materia di appalti, si dovesse escludere in assoluto la necessità di dimostrare la colpevolezza dell'Amministrazione (c.d. "colpa in re ipsa", presunta in via assoluta e senza possibilità di fornire prova contraria).

In particolare, con tale ultima pronuncia, il Giudice Comunitario è stato assolutamente perentorio nell'escludere la possibilità di configurarsi di presunzioni relative, che potessero ammettere prova contraria, quale la scusabilità dell'errore ("*poco importa al riguardo che [...] la disciplina in questione nel presente procedimento non faccia gravare sul soggetto leso l'onere della prova dell'esistenza di una colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì imponga a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, limitando i motivi invocabili a tal fine*"), in quanto, secondo la Corte di Giustizia, l'ammissibilità della prova contraria priverebbe il rimedio giurisdizionale del carattere di effettività richiesto, invece, dall'art. 1, comma 1, e dal terzo considerando della Direttiva n. 89/665/CEE ("*Infatti, quest'ultima normativa genera anch'essa il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante. [...] la situazione sarebbe contraria all'obiettivo della direttiva 89/665, enunciato all'art. 1, n. 1, ed al terzo 'considerando' di quest'ultima, consistente nel garantire l'esistenza di mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione della normativa sugli appalti pubblici*").

⁷⁴ Il carattere di c.d. "responsabilità oggettiva" dell'Amministrazione, nella materia del risarcimento dei danni nel settore di appalti pubblici, è stato poi recepito anche dalla giurisprudenza amministrativa, in maniera quasi-unanime.

A titolo meramente esemplificativo, si richiamano con due recenti ed importanti sentenze (testualmente identiche sul punto) e, in particolare, Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1833, e Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686, le quali hanno sancito tale principio.

inoltre, riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa, oltre che nei contratti “sopra soglia”, anche nei contratti c.d. “sotto soglia” (⁷⁵); tuttavia, è da segnalare che vi è ancora

“L’ordinamento comunitario dimostra che ciò che rileva è l’ingiustizia del danno e non l’elemento della colpevolezza; ciò determina ipso facto la creazione di un diritto amministrativo comune a tutti gli Stati membri nel quale i principi che si elaborano a livello comunitario, in applicazione dei Trattati, trovano humus negli ordinamenti interni, e costituiscono una sorta di sussunzione unificante di regole riscontrabili in tali ordinamenti.

In questo processo di astrazione è inevitabile che i principi di diritto interno vengano sostituiti da principi caratterizzati da più larga acquisizione, poiché il ravvicinamento e l’armonizzazione normativa premia il principio maggiormente condiviso, come è quello della responsabilità piena della p.a. senza aree di franchigia.

Peraltro, l’assenza, nella disciplina comunitaria degli appalti, di qualsivoglia riferimento ad un’indagine in ordine all’elemento soggettivo della responsabilità, lungi dall’essere una dimenticanza, si spiega ponendo mente al fatto che, di norma, la via del risarcimento per equivalente viene percorsa qualora risulti preclusa quella della tutela in forma specifica; la reintegrazione in forma specifica rappresenta, peraltro, in ambito amministrativo l’obiettivo tendenzialmente primario da perseguire e il risarcimento per equivalente costituisce invece una misura residuale, di norma subordinata all’impossibilità parziale o totale di giungere alla correzione del potere amministrativo, come dimostra, d’altra parte, anche la vicenda giurisprudenziale e normativa relativa alla dichiarazione di inefficacia del contratto d’appalto, come da ultimo risolta per effetto del d.lgs. n. 53-2010, le cui previsioni sono confluite nel Codice del processo amministrativo agli artt. 121 e ss.

In tal modo, dunque, il ricorrente che non ottiene direttamente il bene della vita a cui aspira, ossia la riedizione della gara o l’aggiudicazione definitiva può aspirare alla monetizzazione del pregiudizio subito; se, tuttavia, anche tale ultima via di ristoro venisse resa impraticabile o assolutamente impervia, il privato rischierebbe di restare sprovvisto di qualsiasi forma di tutela.

Quanto prefigurato è esattamente ciò che accade qualora una normativa nazionale subordini il risarcimento del danno al positivo riscontro della colpa della stazione appaltante”.

Nello stesso senso, si veda anche Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4439.

Si veda, infine, di recente, TAR Lombardia, Sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2681: *“In via generale, l’accoglimento della domanda risarcitoria postula la dimostrazione degli elementi costitutivi della responsabilità extracontrattuale, ai sensi degli artt. 2043 e seg.ti del codice civile, disciplina cui, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, deve essere ricondotta la responsabilità risarcitoria delle amministrazioni, comprese le stazioni appaltanti qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del d.l.vo 2006 n. 163, a prescindere, come nel caso di specie, dalla forma giuridica da esse rivestita. Nondimeno, trattandosi di responsabilità risarcitoria correlata alla mancata aggiudicazione di un appalto pubblico, occorre fare applicazione del principio comunitario che esclude la rilevanza, in simili casi, dell’elemento soggettivo dell’illecito, configurando una responsabilità di natura oggettiva. In particolare, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea (cfr. C.G.U.E, sez. III, 30 settembre 2010, C314/09, che ribadisce principi già affermati da C.G.U.E 14 ottobre 2004, C275/03) afferma che la vigente normativa europea, che regola le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non consente che il diritto ad ottenere il risarcimento del danno da un’amministrazione pubblica, che abbia violato le norme sulla disciplina degli appalti, sia subordinato al carattere colpevole di tale violazione”*.

Sul tema si segnala il tentativo di dare una lettura diversa alla sentenza Graz Stadt da parte di parte della dottrina: in tale senso, si veda S. CIMINI, *“La tutela risarcitoria in materia di contratti pubblici: tra novità normative e assestamenti giurisprudenziali”*, www.giustamm.it, p. 13.

⁷⁵ In tale senso, si veda Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437: *“La regola comunitaria in materia di appalti pubblici, per la quale agli effetti risarcitori è indifferente che il provvedimento illegittimo sia conseguenza o non di dolo o colpa dell’Autorità emanante, atteso che ciò che rileva è l’ingiustizia del danno e non la colpevolezza del suo autore, non può essere circoscritta ai soli appalti comunitari, ma deve estendersi, in quanto principio generale di diritto comunitario in materia di effettività della tutela, a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi di diritto comunitario hanno diretta rilevanza ed incidenza, non fosse altro che per il richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore nel Codice degli appalti.”*

una giurisprudenza minoritaria, che tende a discostarsi da principio e che afferma il principio della presunzione relativa di colpa anche nel settore degli appalti (⁷⁶).

Sotto tale profilo, si ritiene che, in realtà, la giurisprudenza nazionale (sancendo il principio che, negli appalti, la colpa è “*in re ipsa*”) abbia “equivocato” le indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia (che aveva, invece, sancito il principio che, in tutti i casi in cui l’interessato possa esperire una tutela meramente risarcitoria, la colpa è “*in re ipsa*”).

⁷⁶ In tale senso, si veda Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2012, n. 5846, che, pur dando atto della posizione espressa dal Giudice comunitario al riguardo, fa comunque riferimento alla mancata prova, da parte dell’Amministrazione, di alcun errore scusabile.

“3b Circa le condizioni di accesso al risarcimento è appena il caso di ricordare, infatti, che l’illegittimità dell’atto amministrativo già costituisce un indice presuntivo della colpa della P.A., sulla quale incombe l’onere di provare la sussistenza di un proprio ipotetico errore scusabile (C.d.S., V, 31 ottobre 2008, n. 5453).

La giurisprudenza ha sottolineato, più ampiamente (cfr. ad es. C.d.S., VI, 9 marzo 2007 n. 1114 e 9 giugno 2008 n. 2751), che al privato danneggiato da un provvedimento illegittimo non è richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa dell’Amministrazione. Questi può limitarsi ad allegare l’illegittimità dell’atto, potendosi ben fare applicazione, al fine della prova dell’elemento soggettivo, delle regole di comune esperienza e della presunzione semplice di cui all’art. 2727 del codice civile. E spetta a quel punto all’Amministrazione dimostrare, se del caso, di essere incorsa in un errore scusabile (cfr., tra le tante, C.d.S., IV, 12 febbraio 2010, n. 785; V, 20 luglio 2009, n. 4527).

Nel caso di specie, però, la parte pubblica onerata non ha addotto alcuna significativa incertezza interpretativa che potesse giustificare il suo operato.

D’altra parte, la Corte di Giustizia dell’U.E. ha recentemente chiarito che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici, da parte di un’Amministrazione aggiudicatrice, al carattere colpevole di tale violazione. E questo anche nel caso in cui l’applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all’Amministrazione suddetta, nonché sull’impossibilità per quest’ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un ipotetico difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (Corte giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010, proc. C314/09)”.

Nello stesso senso, si veda anche Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4438, la quale, allo stesso modo, dà atto di conoscere l’orientamento comunitario in materia, ma poi si esprime comunque sull’assenza dell’errore scusabile con riferimento al comportamento dell’Amministrazione.

“Le recenti conclusioni della giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia UE, III, 30 settembre 2010 n. C- 314/09) escludono la necessità di accertare la componente soggettiva dell’illecito sulla base della direttiva 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, di coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, così come modificato dalla direttiva 18 giugno 1992, 92/50/CEE: l’interpretazione del combinato disposto delle direttive porta alla conclusione che osta alle singole normative nazionali subordinare il diritto all’ottenimento di risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte dell’amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione e ciò anche nel caso in cui l’applicazione della normativa in questione sia incentrata sulla presunzione di colpevolezza in capo all’amministrazione medesima (da ultimo, Cons. Stato, V, 21 novembre 2011 n. 6126).

Ciò premesso, la Sezione è dell’avviso che nel caso di specie non sussista alcuna delle fattispecie elaborate dalla giurisprudenza quale errore scusabile, tanto più che il bando di gara, che, secondo l’amministrazione sarebbe la fonte dell’incertezza che avrebbe determinato l’appurata illegittimità degli atti, è stato redatto dalla stessa amministrazione che, pertanto, non può invocare, quale esimente della propria responsabilità, una difficoltà interpretativa di una clausola da essa stessa fissata”.

In particolare, si rileva che, secondo l'insegnamento del Diritto Comunitario (in particolare, con la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 30 settembre 2010, causa c-314) - in tutti i casi in cui si il cittadino si veda riconoscere dall'ordinamento una tutela non piena (laddove la pienezza della tutela è costituita dalla somma di tutte le forme di tutela possibili e, in particolare quella demolitoria e quella risarcitoria), ma limitata all'esperibilità della sola azione risarcitoria - lo stesso non può essere gravato dall'ordinamento stesso dall'onere di provare elementi ulteriori (quali la colpa dell'Amministrazione), che non avrebbe dovuto provare se avesse potuto richiedere una tutela anche demolitoria; di conseguenza, laddove l'interessato presenti un'azione di mero risarcimento non per propria libera scelta (laddove, in ipotesi, avrebbe potuto scegliere di presentare anche un'azione demolitoria), ma in quanto unica forma di tutela possibile (o per previsione generale ⁽⁷⁷⁾ o per il contesto del singolo giudizio specifico ⁽⁷⁸⁾), lo stesso interessato non può essere gravato della prova dell'elemento della colpa dell'Amministrazione, che, pertanto, deve ritenersi *in re ipsa* ⁽⁷⁹⁾; per tali ragioni, a mio modo di

⁷⁷ Tali situazioni si verificano, nell'ordinamento giuridico italiano, in soli due casi:
1) nel caso di ricorsi in materia di infrastrutture strategiche, nella quale l'art. 125 CPA, in caso di violazioni non gravi, appronta una tutela meramente risarcitoria per equivalente;
2) nel caso della materia disciplinare sportiva, nella quale la Corte Costituzionale, con sentenza 11 febbraio 2011, n. 49, ha riconosciuto l'esperibilità della sola azione di risarcimento per equivalente.

⁷⁸ Tale situazione può verificarsi, ad esempio, in qualsiasi giudizio amministrativo, nel caso in cui il decorso del tempo prima della emanazione di una sentenza ha, di fatto, reso impossibile il conseguimento di una tutela reintegrativa e restitutiva del bene della vita illegittimamente negato.

⁷⁹ Tale principio è espresso, in maniera chiara ed inequivocabile, ai parr. 38-45 della sentenza della Corte di Giustizia sopra richiamata.

Per completezza, si riportano testualmente i paragrafi nn. 38-45 della richiamata sentenza della Corte di Giustizia, che chiariscono (in particolare, il punto n. 39), come l'assunto che la colpa debba essere riconosciuta *in re ipsa* nell'illegittimità del provvedimento sia determinato dall'esistenza di un tutela limitata ai profili esclusivamente risarcitori e dalla correlativa esigenza di garantire comunque l'effettività della tutela giurisdizionale.

“38 Inoltre, l'art. 2, n. 6, secondo comma, della direttiva 89/665 riconosce agli Stati membri la facoltà di prevedere che, dopo la conclusione del contratto successiva all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso siano limitati alla concessione di un risarcimento.

39 In tale contesto, il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva [v. in tal senso, in particolare, sentenza Uniplex (UK), cit., punto 40], soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata – così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso previsti dal citato art. 2, n. 1 – alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice.

40 Come rilevato dalla Commissione europea, poco importa al riguardo che, a differenza della normativa nazionale esaminata nella citata sentenza 14 ottobre 2004, Commissione/Portogallo, la disciplina in questione nel presente procedimento non faccia gravare sul soggetto leso l'onere della prova dell'esistenza di una colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì imponga a quest'ultima di vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante, limitando i motivi invocabili a tal fine.

41 Infatti, quest'ultima normativa genera anch'essa il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere

vedere, tale principio non deve essere ritenuto valido solo nella materia degli appalti (che è stata soltanto l'occasione per l'affermazione di tale principio da parte della Corte di Giustizia), ma in tutti i settori del contenzioso amministrativo.

La giurisprudenza amministrativa italiana, invece, ha letto l'insegnamento del Diritto Comunitario sopra richiamato, nel senso di applicare tale principio della colpa *in re ipsa* esclusivamente al settore degli appalti (anziché a tutti i settori ed a tutti i casi nei quali il cittadino abbia la possibilità di proporre esclusivamente un'azione di risarcimento, risultandogli precluse altre azioni), con ciò (si ritiene erroneamente) delineando un "sistema" processuale nel quale:

- a) nel settore degli appalti (anche "sotto-soglia", come prima evidenziato), si applica il principio della colpa *in re ipsa* ⁽⁸⁰⁾;

un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante. Orbene, secondo quanto risulta dalla presente domanda di pronuncia pregiudiziale, e così come confermato dalle discussioni svoltesi all'udienza, una simile eventualità non risulta esclusa nel caso di specie, tenuto conto della possibilità per la Stadt Graz di invocare il carattere scusabile dell'errore di diritto da essa asseritamente commesso, a motivo dell'intervento della decisione 10 giugno 1999 del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark, che ha rigettato il ricorso delle società Strabag e a.

42 *Quanto meno, l'offerente suddetto corre il rischio, in virtù di questa stessa normativa, di ottenere un risarcimento soltanto tardivamente, considerata la lunghezza dei tempi che possono rendersi necessari per un procedimento civile inteso all'accertamento del carattere colpevole della violazione lamentata.*

43 *Orbene, nell'uno e nell'altro caso, la situazione sarebbe contraria all'obiettivo della direttiva 89/665, enunciato all'art. 1, n. 1, ed al terzo 'considerando' di quest'ultima, consistente nel garantire l'esistenza di mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione della normativa sugli appalti pubblici.*

44 *Va poi sottolineato che, anche supponendo che, nel presente caso, la Stadt Graz possa aver ritenuto, nel giugno 1999, di essere obbligata, in considerazione dell'obiettivo di efficacia inerente allo svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, a dare immediatamente esecuzione alla decisione 10 giugno 1999 del Vergabekontrollsenat des Landes Steiermark, senza attendere la scadenza del termine previsto per l'impugnazione di tale decisione, resta il fatto che, come evidenziato dalla Commissione all'udienza, l'accertamento della fondatezza di una domanda di risarcimento proposta dall'offerente pretermesso a seguito dell'annullamento di tale decisione da parte di un giudice amministrativo non può, per parte sua, essere subordinato – in contrasto con il tenore, l'economia sistematica e la finalità delle disposizioni della direttiva 89/665 contemplanti il diritto ad ottenere tale risarcimento – ad una valutazione del carattere colpevole del comportamento dell'amministrazione aggiudicatrice chiamata in causa.*

45 *Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione dichiarando che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata".*

⁸⁰ In tale senso, si è posta, infatti, la giurisprudenza amministrativa assolutamente prevalente; oltre alle decisioni già richiamate, si vedano anche, a titolo meramente esemplificativo.

1) TAR Lazio, Roma, Sez. III, 2 febbraio 2011, n. 974: "In materia di appalti pubblici, in presenza di una norma puntuale non osservata si configura la colpa dell'amministrazione, in quanto, come è stato chiarito dalla Corte di Giustizia (sentenza 30 settembre 2010, n. 314), la direttiva 92/50/CEE osta a una normativa nazionale, la quale subordini il diritto a ottenere un risarcimento al carattere

- b) in tutti gli altri settori del Diritto Amministrativo, si applica il principio della sola presunzione di colpa (salva la possibilità di fornire prova contraria, di scusabilità dell'errore, da parte dell'Amministrazione).

Tale sperequazione della tutela giurisdizionale – con applicazione di principi generali diversi a seconda della tipologia del settore di contenzioso (colpa *in re ipsa* negli appalti e sola presunzione di colpa in tutti gli altri settori) – non solo non risponde ai principi sanciti dalla Corte di Giustizia (colpa *in re ipsa* in tutti i casi di esperibilità concreta della sola azione risarcitoria), ma non risulta neanche giustificabile in base ai principi generali di “*par condicio*”, da applicare anche nell'ambito della “risposta” (o della “domanda”) di Giustizia, secondo il principio generale in base al quale “*la legge è uguale per tutti*”.

2. Le “poste di danno” risarcibili.

Per quanto riguarda le “poste di danno” risarcibili (nel caso in cui sussistano tutti gli elementi sopra richiamati), la giurisprudenza amministrativa, ha ritenuto di individuare tali poste esclusivamente nel c.d. “lucro cessante” (c.d. “interesse positivo”), il quale è composto:

colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su un presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata”.

- 2) TAR Lazio, Latina, Sez. I, 14 gennaio 2011, n. 21: “*Il risarcimento del danno per condotta illecita della Pubblica Amministrazione richiede la sussistenza del fatto, la sua anti giuridicità e la colpevolezza, quest'ultima, tuttavia, destinata a perdere la sua iniziale consistenza. Il fatto consiste, in particolare, nella condotta commissiva o omissiva produttiva - attraverso il rapporto di causalità - dell'evento dannoso (nella specie costituito dalla illegittima attribuzione dell'aggiudicazione quale conseguenza della indeterminatezza dei criteri previsti dal bando), mentre l'anti giuridicità deve ravvisarsi nella violazione delle regole giuridiche e specificamente nell'illegittimità del bando. Quanto al profilo della colpa, in seguito alla emanazione della direttiva comunitaria n. 89/665 il rispetto del principio di effettività del rimedio risarcitorio da essa perseguito può intendersi rispettato nella sola ipotesi in cui la possibilità di riconoscere il risarcimento del danno non sia subordinata alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice. In tal senso, non è accettabile neanche la inversione dell'onere della prova a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, poiché genera il rischio che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice venga comunque privato del diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da tale decisione, nel caso in cui l'amministrazione suddetta riesca a vincere la presunzione di colpevolezza su di essa gravante”.*
- 3) TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 4 novembre 2010, n. 4552: “*Non è possibile subordinare la concessione di un risarcimento al riconoscimento del carattere colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amministrazione aggiudicatrice. Nel caso in cui, a seguito dell'intervenuta esecuzione di un appalto di fornitura oggetto di gara pubblica, non sia possibile riconoscere all'impresa, illegittimamente esclusa dall'aggiudicazione, il risarcimento in forma specifica, spetta comunque ad essa il risarcimento per equivalente, essendo irrilevante a questo effetto, secondo principi enunciati dal giudice comunitario, ogni verifica sul comportamento colposo o non tenuto nella vicenda dalla stazione appaltante”.*

- 1) dal c.d. “aggio”, costituito dall’utile che il ricorrente non ha potuto conseguire, in conseguenza dell’avvenuta esecuzione (integrale o parziale, a seconda dei casi) del contratto da parte del controinteressato;
- 2) dal c.d. “danno curriculare” (⁸¹), costituito dalla mancata maturazione dell’“esperienza curriculare”, che sarebbe derivata al ricorrente dalla materiale esecuzione del contratto e che gli avrebbe consentito di arricchire sia il proprio *curriculum*, sia il proprio *know how*, con conseguenze positive con riferimento alla futura partecipazione dello stesso ad ulteriori gare analoghe.

Al contrario, la giurisprudenza non considera, invece, come “posta di danno” risarcibile, il c.d. danno emergente (c.d. “interesse negativo”), costituito fondamentalmente dalle spese sostenute dal ricorrente per partecipare alla gara, quali, ad esempio, i costi sopportati per la formulazione dell’offerta; la giurisprudenza ritiene, infatti, che tali spese facciano parte del c.d. rischio d’impresa e cioè che esse costituiscano un investimento effettuato dall’impresa e che, pertanto, esse non debbano essere recuperate in alcun caso, in quanto, anche laddove l’impresa avesse vinto la gara, i costi di partecipazione non le sarebbero stati comunque rimborsati dall’Amministrazione, trattandosi di una voce di costo fisiologico e non recuperabile, da calcolarsi dall’impresa al momento di valutare la propria partecipazione alla gara (⁸²); tali poste di

⁸¹ Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681: *“Il danno curriculare, costituente una specificazione del danno per perdita di chance, si correla necessariamente alla qualità dell’impresa operante nel settore degli appalti pubblici e, più in particolare, al fatto stesso di eseguire uno di questi tipi di contratto, a prescindere dal lucro che l’impresa stessa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante. Questa qualità imprenditoriale può ben essere fonte per l’impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti. L’interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un operatore economico, va oltre l’interesse all’esecuzione dell’opera in sé e ai relativi ricavi diretti. In linea di massima deve, pertanto, ammettersi che l’impresa ingiustamente privata dell’esecuzione di un appalto possa rivendicare, a titolo di lucro cessante, anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale al di là dell’incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare”*.

⁸² A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, Sez. VI, 3 settembre 2013, n. 4392: *“Per converso, nel caso in cui l’impresa ottenga il risarcimento del lucro cessante per mancata aggiudicazione (o, come nella specie, per aggiudicazione illegittimamente annullata) non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all’impresa un beneficio maggiore di quello che la stessa avrebbe tratto dall’aggiudicazione e dall’esecuzione del servizio”*.
- 2) Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437: *“ciò in base alla considerazione che nella liquidazione del lucro cessante è già ricompresa la remunerazione del capitale impiegato per la partecipazione alla gara e tenuto conto che l’impresa che risulti vincitrice di una gara non potrebbe comunque ottenere il rimborso dei costi sostenuti per la partecipazione alla gara”*.
- 3) Cons. Stato, Sez. V, 12 febbraio 2013, n. 799: *“5.1 Innanzitutto, contrariamente a quanto sostenuto da parte appellante, nulla spetta a titolo di danno emergente, quantificato in Euro*

danno sono, invece, risarcibili nelle differenti ipotesi di responsabilità precontrattuale della P.A. (come si vedrà oltre).

3. La quantificazione del risarcimento dei danni per equivalente.

La quantificazione del risarcimento per equivalente (una volta verificata la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento per equivalente del ricorrente, ovvero illegittimità dell'aggiudicazione, titolo al subentro, impossibilità di disporre il subentro integrale nel contratto) viene disposta dal Giudice Amministrativo con una valutazione complessa, che ha ad oggetto:

- A) la quantificazione delle singole poste di danno risarcibili (cfr. par. 3.A.);
- B) la valutazione degli eventuali "fattori di abbattimento" del risarcimento dei danni (cfr. par. 3.B.);
- C) l'eventuale riparto tra stazione appaltante e controinteressato delle relative percentuali di responsabilità e, conseguentemente, del risarcimento da corrispondere al ricorrente (cfr. par. 3.C.).

3.A. La quantificazione delle singole poste di danno risarcibili.

Una volta individuate le varie poste di danno risarcibili, si evidenzia quanto segue con riferimento all'attuale risposta della giurisprudenza, in relazione alla loro esatta quantificazione e all'onere probatorio del ricorrente (con riferimento al *quantum* del danno subito), in particolare per quanto riguarda le due poste fondamentali di danno risarcibili, ovvero l'utile (par. 3.A.1.) ed il danno curriculare (par. 3.A.2.), che devono poi essere implementate da rivalutazione monetaria ed interessi (par. 3.A.3.).

100.659,53, quale compenso per prestazioni professionali svolte per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, di cui alla predetta parcella vidimata prodotta in giudizio. Al contrario, essa va sottratta dal quantum risarcibile. Giova in proposito ricordare che il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione qui fatto valere è funzionale al ristoro dell'interesse positivo, che consiste nel mancato conseguimento delle utilità economiche che l'ing. Si. avrebbe ricavato dall'esecuzione del contratto posto a gara. Per contro, le spese sostenute per partecipare a quest'ultima costituiscono poste risarcibili nell'ambito del c.d. interesse negativo, azionabile in ipotesi di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice (ad es. in caso di illegittima revoca dell'aggiudicazione o ingiustificato rifiuto di stipulare il contratto). In altri termini, poiché nel caso di specie si verte in ipotesi di danno da mancata aggiudicazione, risarcibile per equivalente unicamente con riguardo al risultato netto patrimoniale che il soggetto danneggiato avrebbe conseguito per effetto dell'aggiudicazione illegittimamente negatagli, nella determinazione del risultato netto patrimoniale occorre conseguentemente detrarre le spese di partecipazione dal concorrente, poiché queste sarebbero state definitivamente a carico dello stesso anche in caso di aggiudicazione".

3.A.1. La quantificazione del c.d. “aggio” (il mancato utile).

In particolare, per quanto riguarda la quantificazione del “mancato utile”, la giurisprudenza ha affermato i seguenti principi fondamentali:

- 1) il mancato utile deve essere oggetto di rigorosa e specifica prova da parte del ricorrente, che è tenuto a dimostrare quale sarebbe stato l’utile che lo stesso avrebbe effettivamente percepito nel caso di esecuzione del contratto (utile che, nella maggiore parte dei casi, può essere desunto dalle indicazioni formulate dallo stesso ricorrente nella propria offerta) ⁽⁸³⁾;
- 2) risulta, invece, ormai quasi pacificamente superato il precedente orientamento giurisprudenziale, che riteneva applicabile una quantificazione dello stesso in misura pari al 10% dell’importo a base d’asta ⁽⁸⁴⁾, fatta salva ancora qualche decisione in tale senso ⁽⁸⁵⁾.

⁸³ A titolo esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2013, n. 4376.

“1. *In materia di appalti pubblici, la comune ascrizione dell’illecito commesso dall’Amministrazione nell’esercizio dell’attività provvedimentale allo schema della responsabilità extracontrattuale implica che incombe sulla parte ricorrente l’onere di dimostrare, oltre l’esistenza di un pregiudizio patrimoniale e la sua riconducibilità eziologica all’adozione del provvedimento illegittimo, la misura del risarcimento.*

Ne deriva che la parte ricorrente non può limitarsi ad addurre l’illegittimità dell’atto, valendosi, ai fini della sua quantificazione risarcitoria, del principio dispositivo con metodo acquisitivo, ma è tenuta a compiere l’ulteriore sforzo probatorio di documentare il pregiudizio patrimoniale, allegando gli elementi di fatto e gli indizi sulla cui base possono individuarsi i parametri presuntivi di determinazione del danno”.

⁸⁴ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397: “È innanzi tutto conclusione giurisprudenziale condivisibile quella secondo cui nelle procedure per l’aggiudicazione di appalti pubblici il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante, inteso come mancato profitto che l’impresa avrebbe ricavato dall’esecuzione dell’appalto, non deve essere calcolato utilizzando il criterio forfetario di una percentuale del prezzo a base d’asta, ma sulla base dell’utile che effettivamente avrebbe conseguito ove fosse risultata aggiudicataria (Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 gennaio 2009, n. 357). La misura del 10% invocata, infatti, non è più considerata come parametro automatico dalla giurisprudenza in applicazione analogica del criterio del 10% del prezzo a base d’asta ai sensi dell’art. 345 della l. n. 2248/1865, All. F, (Consiglio di Stato, Sez. V, 20 aprile 12, n. 2317). Ciò sia perché tale criterio di liquidazione si richiama a disposizione in tema di lavori pubblici che riguarda un istituto specifico, quale l’indennizzo dell’appaltatore nel caso di recesso dell’Amministrazione committente, sia perché, quando impiegato al mero fine risarcitorio residuale in una logica equitativa, può condurre all’abnorme risultato che il risarcimento dei danni finisca per essere, per l’imprenditore, più favorevole dell’impiego del capitale (il che comporterebbe la mancanza di interesse del ricorrente a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe meno di quanto la liquidazione forfetaria gli consentirebbe). Il richiamato criterio del 10% non può quindi essere oggetto di applicazione automatica ma è sempre necessaria la prova rigorosa, a carico dell’impresa, della percentuale di utile effettivo che essa avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria, anche ai sensi dell’art. 124 del c.p.a., che prevede, in assenza di dichiarazione di inefficacia del contratto, il risarcimento del danno per equivalente subito, a condizione, tuttavia, che lo stesso sia stato ‘provato’ (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2317/12 cit.)”.
- 2) Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686: “Inoltre, in sede di determinazione del quantum risarcitorio, esclusa la pretesa di ottenere l’equivalente del 10% dell’importo a base d’asta, non essendo oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, è necessaria la prova, a carico dell’impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata

aggiudicataria dell'appalto, prova desumibile in primis dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara; tale principio trova, infatti, conferma nell'art. 124 del codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno (per equivalente) subito e provato. Occorre, quindi, verificare se parte ricorrente ha rispettato il principio basilare sancito dall'art. 2697 c.c., secondo cui chi agisce in giudizio deve fornire la prova dei fatti costitutivi della domanda: come noto, il diritto entra nel processo attraverso le prove, che devono avere ad oggetto circostanze di fatto precise, e si debbono disattendere le domande risarcitorie formulate in maniera del tutto generica, senza alcuna allegazione degli elementi presupposti”.

- 3) Cons. Stato, Sez. IV, 20 giugno 2011, n. 3670: *“In tema di appalto pubblico, deve ritenersi che ai fini della quantificazione del danno per lucro cessante, che l'impresa partecipante a gara pubblica assuma di aver ingiustamente sofferto per effetto dell'illegittima mancata aggiudicazione dell'appalto, occorra che venga fornita la prova rigorosa della percentuale d'utile che l'impresa avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria, prova desumibile dall'esibizione dell'offerta economica da essa presentata al seggio di gara, non potendo (più) costituire il criterio del 10% del prezzo a base d'asta un criterio automatico, ma solo presuntivo.”*; nello stesso identico senso, anche dal punto di vista testuale, si veda Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2010, n. 6485.
- 4) TAR Lombardia, Sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2681 (già richiamata con riferimento ad altre statuizioni relative a vari profili): *“Sul punto, merita condivisione la tesi giurisprudenziale secondo la quale la rigida applicazione del criterio del 10% conduce, almeno di regola, all'abnorme risultato per cui il risarcimento finisce per essere, per l'operatore economico danneggiato, più conveniente dell'impiego del capitale, perché gli consente di raggiungere un predeterminato risultato economico, senza sopportare in concreto il rischio di impresa. Inoltre, sul piano probatorio la rigida applicazione del criterio del 10% condurrebbe ad una distorsione del sistema, tale per cui il ricorrente non avrebbe più interesse a provare in modo puntuale il danno subito, perché presumibilmente otterrebbe meno di quanto potrebbe conseguire mediante la liquidazione forfetaria fondata sul parametro del 10% (sul punto, T.A.R. Roma Lazio, sez. III, 05 marzo 2013, n. 2358; Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144). Ne discende che il richiamato criterio del 10% non si presta ad un'applicazione automatica, ma integra solo un parametro di riferimento, che può essere utilizzato come punto di partenza per l'individuazione, nel quadro della liquidazione equitativa del danno, ex art. 1226 c.c., della percentuale di utile che l'operatore economico danneggiato avrebbe verosimilmente conseguito se fosse risultato aggiudicatario e se avesse concretamente eseguito il contratto”.*
- 5) TAR Lazio, Sez. III, 5 marzo 2013, n. 2358: *“Nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante, inteso come mancato profitto che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto, non deve essere calcolato utilizzando il criterio forfetario di una percentuale del prezzo a base d'asta, ma sulla base dell'utile che effettivamente avrebbe conseguito ove fosse risultata aggiudicataria. La misura del 10% non è più considerata come parametro automatico dalla giurisprudenza in applicazione analogica del criterio del 10% del prezzo a base d'asta ai sensi dell'art. 345, l. n. 2248 del 1865, All. F. Ciò sia perché tale criterio di liquidazione si richiama a disposizione in tema di lavori pubblici che riguarda un istituto specifico, quale l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'Amministrazione committente, sia perché, quando impiegato al mero fine risarcitorio residuale in una logica equitativa, conduce tuttavia, almeno di regola, all'abnorme risultato che il risarcimento dei danni finisce per essere, per l'imprenditore, più favorevole dell'impiego del capitale, con il che si crea la distorsione per cui il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe meno di quanto la liquidazione forfetaria gli consentirebbe”.*
- 6) TAR Campania, Napoli, 9 settembre 2011, n. 4371: *“Quanto, invece, all'utile ritraibile dall'esecuzione dell'appalto, come noto, la quantificazione forfetaria nella misura del 10% dell'importo offerto non può essere accolta, comportando un indebito arricchimento dell'impresa ricorrente. Infatti, l'utile che le imprese traggono dall'aggiudicazione dell'appalto è mediamente di molto inferiore a tale percentuale. Il criterio del dieci per cento è stato desunto da alcune disposizioni in tema di lavori pubblici, che riguardano però altri istituti, come l'indennizzo dell'appaltatore nel caso di recesso dell'amministrazione committente o la determinazione del prezzo a base d'asta. Tale riferimento, pur evocato come criterio residuale in una logica*

In questa ottica, vista la necessità di provare in giudizio quale sarebbe stato l'utile effettivo che l'impresa avrebbe conseguito in caso di originaria aggiudicazione della gara e di esecuzione del relativo contratto, il dato più importante che il ricorrente può fornire al Giudice è costituito dall'offerta economica dallo stesso formulata nella gara in questione; tale dato viene utilizzato dal Giudice Amministrativo alternativamente:

- 1) o per indicare direttamente la precisa quantificazione del risarcimento dovuto al ricorrente (modalità, in via generale, senz'altro preferibile dal ricorrente e normalmente utilizzata dalla giurisprudenza, anche per la sua capacità di chiudere definitivamente la questione, senza "code" di esplicazione di ulteriore attività amministrativa)⁽⁸⁶⁾;

equitativa, conduce di regola al risultato che il risarcimento dei danni è per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale".

⁸⁵ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115: "8.3 Il Collegio ritiene di dover accogliere la domanda risarcitoria soltanto nei limiti di cui appresso. La perdita di chance va rapportata in termini percentuali all'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione della gara ed esecuzione dell'appalto: utile che, secondo un consolidato criterio, va presuntivamente stimato nel 10% dell'importo posto a base d'asta, ribassato dall'offerta presentata (Cons. Stato, V, 8 luglio 2002, n. 3796; IV, 6 luglio 2004, n. 5012)".
- 2) TAR Sardegna, Cagliari, 21 agosto 2012, n. 778: "La quantificazione del danno da perdita di chance da determinarsi sull'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione della gara viene di solito commisurato al 10% dell'importo posto a base di gara, diminuito del ribasso offerto, utilizzando in via equitativa il criterio stabilito attualmente dall'art. 158 del Codice dei contratti pubblici, di cui D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163".

⁸⁶ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2013, n. 3437: "Nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 124 comma 1, c.p.a., il risarcimento del c.d. lucro cessante è subordinato alla prova, a carico dell'impresa ricorrente, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, prova desumibile in via principale dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara".
- 2) Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2013, n. 3135: "Nelle gare pubbliche il criterio del 10% del prezzo a base d'asta che, se pure è in grado di individuare in via presuntiva l'utile che l'impresa può trarre dall'esecuzione di un appalto, non può formare oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, risultando per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale; occorre quindi procedere con il criterio, ormai necessitato ex art. 124 c.p.a., e cioè che l'impresa dimostri rigorosamente l'utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, con riferimento all'offerta economica presentata al seggio di gara suddivisa per il numero di partecipanti alla gara medesima".
- 3) TAR Lombardia, Sez. III, 3 dicembre 2013 (già richiamata con riferimento ad altri profili): "Esiste, però, un dato economico che esprime con immediatezza il tipo di strategia imprenditoriale approntata dal concorrente per conseguire l'aggiudicazione e che si lega in modo diretto all'utile atteso. Il riferimento va all'ammontare dell'offerta economica, in quanto risponde a criteri di ragionevolezza e al parametro dell'id quod plerumque accidit la circostanza che, a fronte di un'offerta economica, che, pur senza superare la soglia di anomalia, si presenti come fortemente competitiva, l'utile concretamente atteso si riduce e ciò è espressione di una precisa scelta imprenditoriale, diretta a limitare il profitto, attraverso un'offerta economica bassa, pur di conseguire l'appalto e di eseguirlo ... Si tratta di passare, ai soli fini della decisione sulla domanda risarcitoria, dall'analisi astratta dell'offerta, all'esame concreto delle voci che la

- 2) oppure, talvolta, per formulare i criteri da tenere in considerazione per la quantificazione del risarcimento da parte dell'Amministrazione, con conseguente condanna della stessa a formulare un'offerta sulla base di essi, ai sensi dell'art. 34, comma 4, del C.P.A. ⁽⁸⁷⁾ (criterio già sancito, a suo tempo, con l'art. 35 del D.Lgs. n. 80/1998), modalità che, seppure più sporadicamente, viene comunque occasionalmente utilizzata dalla giurisprudenza ⁽⁸⁸⁾.

compongono, posto che il risarcimento deve ristorare tutto il danno effettivamente subito, ma non può eccederlo, perché non può tradursi in uno strumento di arricchimento ... Quanto poi alla determinazione del valore cui applicare l'indicata percentuale non è condivisibile la tesi della ricorrente che pretende di riferirsi al prezzo posto a base di gara. Difatti, siccome il prezzo a base di gara è oggetto di ribasso, manca qualunque correlazione tra il suo ammontare e l'utile previsto, correlazione esistente, invece, tra il valore dell'offerta economica complessiva presentata dal danneggiato e l'utile che avrebbe verosimilmente conseguito in caso di aggiudicazione del contratto in suo favore e successiva esecuzione dell'appalto".

- 4) TAR Lombardia, Sez. I, 9 ottobre 2012, n. 2497: "Il danno va comunque calcolato sull'offerta presentata in gara dalla ricorrente e non sul prezzo posto a base di gara: è su tale base, infatti, che può essere determinato l'utile che l'impresa avrebbe potuto ottenere dall'esecuzione dell'appalto".

⁸⁷ Per completezza, si riporta il dato testuale dell'art. 34, comma 4, del CPA:

"4. In caso di condanna pecuniaria, il giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti".

⁸⁸ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce:

- 1) Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686: "Il Collegio ritiene di sciogliere positivamente il quesito, poiché gli elementi prodotti in giudizio sono sufficienti ad emettere una pronuncia che statuisca sul quantum spettante a titolo di riparazione pecuniaria, ai fini della formulazione della proposta risarcitoria da parte del Comune e l'eventuale raggiungimento di un accordo con la ricorrente ex art. 34, comma 4, c.p.a.

In particolare la stazione appaltante dovrà:

- *attenersi all'offerta economica presentata dall'appellante in sede di gara;*
- *valorizzare sul punto l'elaborato contenente le giustificazioni delle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo esibito;*
- *tenere in particolare conto di tutte le spese sostenute e sostenibili;*
- *determinare il margine di guadagno che residua dopo l'applicazione del ribasso indicato in sede di gara, anche in relazione all'utile conseguito in concreto nei mesi in cui l'appellante ha potuto gestire il servizio*";

- 2) Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384 (decisione anteriore all'emanazione del Codice del Processo Amministrativo, ma comunque rilevante, stante l'identità di contenuti tra il "vecchio" art. 35 del D.Lgs. n. 80/1998 ed il "nuovo" art. 34, comma 4, CPA): "Nei termini sopra precisati il Collegio ritiene che la domanda risarcitoria possa essere accolta per quanto riguarda l'an, senza però immediata definizione del 'quantum', risultando necessario e sufficiente – a norma dell'art. 35 del D.Lgs. 31.3.1998, n. 80, nel testo introdotto dall'art. 7 della legge 21.7.2000, n. 205 – che si forniscano al riguardo i criteri, a cui l'Amministrazione dovrà attenersi nella successiva fase di liquidazione. Viene normalmente escluso infatti, in assenza di esplicita disciplina normativa in tal senso, che sia stata introdotta nel processo amministrativo l'azione di condanna generica, prevista dall'art. 278 cod. proc. civ., ma è la stessa norma di riferimento (art. 35 D.Lgs. n. 80/98 cit.) a rendere possibile – sulla base del mero principio di prova fornito dalla parte interessata – la fissazione di parametri, in base ai quali sia possibile pervenire ad un accordo fra le parti, fatto salvo il ricorso previsto dall'art. 27, comma 1, n. 4 del T.U. approvato

3.A.2. La quantificazione del c.d. “danno curriculare”.

Per quanto riguarda, invece, la quantificazione del c.d. “danno curriculare”, la giurisprudenza ha affermato i seguenti principi fondamentali:

- 1) per quanto riguarda la prova del c.d. “danno curriculare” nell’*an*, il ricorrente non risulta gravato di un particolare onere probatorio, in quanto la sussistenza di tale danno sarebbe in *re ipsa*, poichè direttamente conseguente all’impossibilità di eseguire il contratto (⁸⁹);
- 2) per quanto riguarda la prova del c.d. “danno curriculare” nel *quantum*:
 - a) la relativa quantificazione, laddove non specificamente provata dal ricorrente, viene normalmente calcolata, sulla base del criterio equitativo, in una misura variabile tra l’1% e il 5% dell’offerta economica formulata dal ricorrente nella relativa gara (misura piuttosto consistente, se si tiene in considerazione che, attualmente, il c.d. “aggio”, ovvero il mancato utile, viene quantificato in una misura mediamente inferiore al 10% dell’offerta economica formulata dal ricorrente nella relativa gara) (⁹⁰);

con R.D. 26.6.1924, n. 1054 (cfr. in tal senso Cons. St., sez. IV, 2.3.2004, n. 942, 28.4.2006, n. 2408 e 11.10.2006, n. 6063; Cons. St., sez. V, 27.4.2006, n. 3229 e 20.3.2007, n. 1346)”.

⁸⁹ A titolo esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2546: “6c. Si obietta, altresì, che l'avversaria non aveva concretamente dimostrato di avere subito alcun danno curricolare. Il Collegio è però dell'avviso che l'esistenza di tale profilo di danno, in tema di appalti pubblici di servizi, possa essere pragmaticamente ritenuta in *re ipsa*, per il fatto stesso dell'impossibilità di utilizzare le referenze derivanti dall'esecuzione dell'appalto in controversia nell'ambito di futuri procedimenti simili di gara cui la stessa ricorrente potrebbe partecipare. Ne consegue che un'impresa operante nel settore degli appalti di servizi non può dirsi gravata, al riguardo, da alcuno specifico onere probatorio”.

⁹⁰ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2012, n. 6693: “Spetta inoltre il danno curricolare (o da mancata qualificazione) preteso dall'Agromare, in quanto in effetti derivante dalla mancata acquisizione della commessa e dunque dalla possibilità di farla valere come requisito di qualificazione in successive procedure di affidamento. In questo caso la liquidazione è necessariamente effettuata con criterio equitativo ai sensi del combinato disposto degli artt. 2056 e 1226 cod. civ., stimandosi congruo al riguardo l'ammontare corrispondente al 2% dell'importo posto a base di gara”.
- 2) Cons. Stato, Sez. V, 5 giugno 2012, n. 3314: “4.3.2.2. - Vanno impiegati criteri equitativi per quantificare il cosiddetto danno curricolare richiesto dagli appellanti (v. pag. 20 ric. app.). Ci si riferisce al ristoro del pregiudizio economico connesso alla impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico collegato alla esecuzione della attività di progettazione. L'impiego di criteri equitativi induce a riconoscere questa voce di danno nella misura del 10 % dell'utile economico (detto altrimenti, nel 2% del prezzo offerto). Poiché il danno curricolare si concretizza nel nocimento alla immagine sociale della impresa, o del professionista, con riferimento all'aspetto del radicamento nel territorio (cfr., sul punto, Cons. St., VI, n. 2751/08), risulta evidente la contiguità con quello che in perizia viene qualificato come ‘danno per il mancato ritorno di immagine’”.

- b) parte della giurisprudenza ha poi ritenuto che – considerato che il c.d. danno curriculare deve essere quantificato in via equitativa tenendo espressamente conto dell'effettivo danno all'immagine che può avere subito la ricorrente – nei casi in cui il prestigio dei concorrenti è indiscusso (ad esempio, laddove essi sono *leader* nei settori di riferimento), il danno da questi subito al proprio *curriculum* può non essere considerato affatto ⁽⁹¹⁾ o, comunque, considerato in termini di molto inferiori rispetto ai normali casi, relativi a concorrenti non particolarmente qualificati ⁽⁹²⁾.

3.A.3. Rivalutazione monetaria ed interessi.

Sulle somme determinate alla luce dei criteri sopra richiamati, si devono poi applicare, in quanto debito di valore, la rivalutazione monetaria (per reintegrare il patrimonio del danneggiato, come se non vi fosse mai stato il danno) e gli interessi legali (per compensare il ritardo del

-
- 3) Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384: “*Appare poi ragionevole che, in tale ottica, sia compensato anche il cosiddetto ‘danno curriculare’, ovvero la ‘deminutio’ di peso imprenditoriale della società, per omessa acquisizione dell’appalto che la medesima avrebbe avuto titolo a conseguire; tale ‘deminutio’ può essere rapportata ad un inferiore radicamento nel mercato, anche come possibile concausa di crisi economica o imprenditoriale, in termini di difficile determinazione, ma in linea di massima rapportabili a valori percentuali compresi – secondo una stima già ritenuta equa (Cons. St., sez. VI, 9.6.2008, n. 2751) – fra l’1% e il 5% dell’importo globale del servizio da aggiudicare*”.
- 4) TAR Lazio, 11 aprile 2011, n. 3169: “*Il cd. danno curriculare è il danno conseguente alla impossibilità di utilizzare le referenze derivanti dall’esecuzione dell’appalto nell’ambito di futuri ed eventuali procedimenti di gara ossia il danno derivante dal mancato incremento del fatturato derivante dalle commesse eseguite che l’aggiudicazione dell’appalto avrebbe comportato. Ed 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; alla mancata esecuzione di un’opera appaltata si ricollegano, infatti, indiretti nocimenti all’immagine della società ed al suo radicamento nel mercato, per non dire del potenziamento di imprese concorrenti che operino su medesimo target di mercato. In linea di massima, allora, 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; tale danno viene generalmente rapportato, in via equitativa, a valori percentuali compresi fra l’1% e il 5% dell’importo globale dell’appalto da aggiudicare, depurato del ribasso offerto*”.

⁹¹ In tale senso, si veda, di recente Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2013, n. 1381: “*B) – quanto al pregiudizio subito dall’appellante per la mancata inclusione dell’esecuzione dell’appalto nel proprio curriculum professionale, questo può essere stimato nullo, trattandosi di ditta leader, a livello mondiale, nel settore, alla cui fama ed al cui prestigio nulla avrebbe aggiunto il contratto di cui si discute (due macchine fotocopiatrici per un valore complessivo di circa 20.000 euro)*”.

⁹² In tale senso, si veda, di recente TAR Lombardia, Sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2681 (decisione già richiamata sotto altri profili): “*In altre parole, se il danno curriculare è il pregiudizio subito dall’impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale, per non poter indicare in esso l’avvenuta esecuzione dell’appalto, allora è ragionevole ritenere che tale danno si riduca al crescere del livello di qualificazione già posseduto dall’impresa, perché quanto più essa è qualificata, tanto meno la singola gara potrà accrescere la fama, il prestigio e la qualificazione di cui essa già gode (in argomento Consiglio di Stato, sez. III, 07 marzo 2013, n. 1381)*”.

percepimento del denaro)⁹³).

3.B. La valutazione di eventuali “fattori di abbattimento” del risarcimento.

Una volta operata la quantificazione delle singole “poste di danno” risarcibili (mancato utile e danno curriculare), il Giudice valuta la sussistenza (o meno) di eventuali “fattori di abbattimento” del risarcimento dei danni spettante al ricorrente.

Tali fattori di abbattimento sono costituiti fondamentalmente da:

- 1) il c.d. “*aliunde perceptum*” (cfr. par. 3.B.1.);
- 2) da ogni forma di inattività o di inerzia processuale o sostanziale, posta in essere da parte del ricorrente, che abbia determinato *in toto*, o quantomeno concorso ad aumentare, il danno

⁹³ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444: “*Trattandosi di debito di valore, l'importo capitale così calcolato andrà rivalutato a far data dal giorno della stipulazione del contratto, da parte del RTI Gepsa, sino alla pubblicazione della presente sentenza, applicando l'indice Istat. Dopo la pubblicazione della sentenza il debito si trasformerà in debito di valuta e saranno dovuti gli interessi legali dalla data del deposito sino all'effettivo pagamento*”.
- 2) Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686: “*Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto, con conseguente risarcimento del danno ai sensi della motivazione, maggiorato di interessi e rivalutazione. Per liquidare l'obbligazione di risarcimento del danno da fatto illecito, infatti, il giudice deve effettuare una duplice operazione; innanzitutto va reintegrato il danneggiato nella stessa situazione patrimoniale nella quale si sarebbe trovato se il danno non fosse stato prodotto, dovendosi così provvedere alla rivalutazione del credito, cioè alla trasformazione dell'importo del credito originario in valori monetari correnti alla data in cui è compiuta la liquidazione giudiziale; normalmente questa operazione viene effettuata avvalendosi del coefficiente di rivalutazione elaborato dall'Istat, applicando l'indice dei prezzi al consumo per famiglie di operai e impiegati, se non dimostrato un diverso indice di rivalutazione. In secondo luogo, dovrà calcolarsi il cd. danno da ritardo, utilizzando il metodo consistente nell'attribuzione degli interessi (c.d. compensativi), da calcolare secondo i criteri già fissati dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 1712/95), secondo cui gli interessi (ad un tasso non necessariamente corrispondente a quello legale) vanno calcolati dalla data del fatto non sulla somma complessiva rivalutata alla data della liquidazione, bensì sulla somma originaria rivalutata anno dopo anno, cioè con riferimento ai singoli momenti con riguardo ai quali la predetta somma si incrementa nominalmente in base agli indici di rivalutazione monetaria*”.
- 3) TAR Sardegna, 21 agosto 2012, n. 778: “*Alla somma, riguardante il risarcimento di un danno da responsabilità extracontrattuale e, pertanto, costituente debito di valore (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2005 n. 478, Cons. Stato, sez. V, 7 luglio 2002 n. 3796), deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data del verificarsi dell'illecito (T.A.R. Lombardia Brescia 23 giugno 2000 n. 557), vale a dire dalla data della illegittima aggiudicazione, fino alla data di deposito della sentenza; data in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta. Sulle somme, progressivamente rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale, secondo il tasso annuale vigente a partire dall'epoca della verifica dell'illecito e fino a quello di deposito della sentenza; ciò in funzione compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2005 n. 478). Su tutte le somme sono dovuti, infine, gli interessi legali, dalla data di deposito della sentenza fino all'effettivo soddisfo*”.

dallo stesso subito (cfr. par. 3.B.2.);

- 3) dalle percentuali di conseguimento dell'aggiudicazione (laddove non sia accertabile, con certezza, se, nel caso di mancata emanazione di provvedimenti illegittimi, quale l'esclusione del ricorrente, lo stesso avrebbe conseguito l'aggiudicazione o meno) (c.d. "perdita di chance") (cfr. par. 3.B.3.).

3.B.1. Il c.d. "aliunde perceptum".

Un primo fattore di abbattimento del risarcimento dei danni nella sua quantificazione è costituito dal c.d. "aliunde perceptum", elemento quasi sempre preso in considerazione dalla giurisprudenza amministrativa e che produce, di fatto, un abbattimento della quantificazione del danno alla metà di quanto risultante sulla base dei parametri sopra indicati.

In sostanza, in base a tale criterio, si presume che il ricorrente – nel periodo di tempo nel quale avrebbe svolto attività per l'esecuzione del contratto nel quale lo stesso pretendeva il subentro – abbia svolto altrove (*aliunde*) un'altra attività imprenditoriale di tipo analogo, conseguendo un utile (*perceptum*) normalmente valutato in misura pari alla metà dell'utile che lo stesso avrebbe conseguito nell'esecuzione del contratto oggetto della gara in contestazione; di conseguenza, il risarcimento dei danni viene "abbattuto" alla metà di quanto calcolato. Il principio opera, in sostanza, sulla presunzione data dall'"*id quod plurimumque accidit*", ovvero si presume (in via relativa) che l'imprenditore, sfumata un'occasione di lavoro, si dedichi ad altra attività, dalla quale ricaverà il relativo utile, cioè il c.d. *aliunde perceptum* ⁽⁹⁴⁾

⁹⁴ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2013, n. 3135: "*Nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di appalto pubblico e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, il mancato utile spetta a costui nella misura integrale solo se dimostra di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; di conseguenza, in difetto di tale dimostrazione, che compete comunque al concorrente fornire, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi e da qui la decurtazione del risarcimento di una misura a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum, considerato anche che, ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno*".
- 2) Cons. Stato, Sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279: "*Tale quantificazione va qui poi congruamente ridotta, sia perché si tratta di risarcire una mera chance (seppure consistente) di aggiudicazione, perché l'interessata non ha dimostrato di essere stata nell'impossibilità di utilizzare, durante il tempo di esecuzione del servizio per cui è giudizio, mezzi e maestranze per l'espletamento di altri e diversi servizi (C.d.S., Sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607; C.d.S., Sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860). Invero, come di recente rilevato da questa Sezione (C.d.S., Sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681), ad evitare che a seguito del risarcimento il danneggiato possa locupletare un effetto finanziario addirittura migliore rispetto a quello in cui si sarebbe trovato in assenza dell'illecito, dal decimo dell'importo così stimato va detratto quanto percepito dall'impresa grazie allo svolgimento di attività lucrative diverse, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione. Nondimeno, l'onere di provare (l'assenza del) l'aliunde perceptum vel percipiendum*

Tale criterio viene normalmente applicato, in via generale, qualora il ricorrente non dimostri di non aver lavorato *aliunde* nel periodo in cui lo stesso non ha potuto eseguire il contratto cui avrebbe avuto diritto; in tale ottica, un mezzo di prova documentale attraverso il quale il ricorrente può dimostrare al Giudice di non avere utilizzato i propri mezzi e maestranze per altri contratti è quello della produzione dei libri contabili, dai quali risulti il mancato introito conseguito da diverse ed ulteriori attività economiche, nel qual caso, secondo alcuna giurisprudenza, l'abbattimento del c.d. "*aliunde perceptum*" non deve applicarsi e, di conseguenza, il risarcimento dei danni viene quantificato nella sua misura piena⁽⁹⁵⁾.

grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa: e ciò in ragione della presunzione, secondo l'id quod plerumque accidit, che l'imprenditore normalmente diligente (v. art. 1227 cod. civ.) non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma persegue occasioni contrattuali alternative, dalla cui esecuzione trae il relativo utile".

- 3) Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2012, n. 2317: "*Nel caso di annullamento dell'aggiudicazione di appalto pubblico e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, il mancato utile spetta a costui nella misura integrale solo se dimostra di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; di conseguenza, in difetto di tale dimostrazione, che compete comunque al concorrente fornire, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi e da qui la decurtazione del risarcimento di una misura a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum, considerato anche che, ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno".*
- 4) TAR Lombardia, Sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2681 (decisione già richiamata sotto altri profili): "*La giurisprudenza consolidata e meritevole di condivisione rileva che il mancato utile nella misura integrale, nel caso di annullamento dell'aggiudicazione e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, spetta solo se quest'ultimo dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, mentre, in difetto di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori e servizi; pertanto, in tale ipotesi deve operarsi una decurtazione del risarcimento di una misura per l'aliunde perceptum vel percipiendum'. Si tratta, in particolare, di fare applicazione del principio emergente dall'art. 1227 c.c., in forza del quale il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, principio ripreso ed ampliato nella sua concreta portata applicativa dall'art. 30 c.p.a., ove si stabilisce che il giudice nella determinazione del risarcimento valuta tutte le circostanze di fatto ed il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".*

⁹⁵ A titolo esemplificativo, si veda TAR Sicilia, Catania, 27 marzo 2013, n. 880.

"Pertanto, 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 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.

L'onere di provare l'assenza dell'aliunde perceptum grava non sulla p.A., ma sull'impresa. Tale ripartizione dell'onere probatorio 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.

3.B.2. Condotte di inerzia processuale o sostanziale del ricorrente.

Un altro fattore di “abbattimento” del risarcimento dei danni è costituito da ogni forma di inattività o di inerzia processuale o sostanziale, posta in essere da parte del ricorrente, che abbia determinato *in toto*, o quantomeno concorso ad aumentare, il danno dallo stesso subito, con conseguente esclusione o “abbattimento” della quantificazione finale del risarcimento dei danni allo stesso spettante.

Tali situazioni di inerzia - che vengono valutate dal Giudice sotto un profilo di diligenza da parte del ricorrente, ai sensi dell’art. 30, comma 3 (seconda parte), C.P.A. ⁽⁹⁶⁾ e dell’art. 124, comma 2, C.P.A. (con specifico riferimento al richiamo all’art. 1227 c.c., dallo stesso operato) ⁽⁹⁷⁾ - sono state ravvisate dalla giurisprudenza nei seguenti comportamenti processuali o sostanziali:

- 1) inerzia processuale:
 - a) mancata attivazione di tutti gli strumenti di tutela idonei ad evitare il danno, quali, *in primis*, la richiesta di misura cautelare, la quale attiverrebbe il c.d. *stand-still* processuale, impedendo alle parti di stipulare e, quindi, eseguire il contratto ⁽⁹⁸⁾;

In sede di quantificazione del danno, quindi, spetterà all'impresa dimostrare, anche mediante l'esibizione alla p.A. di libri contabili, di non aver eseguito, nel periodo che sarebbe stato impegnato dall'appalto in questione, altre attività lucrative incompatibili con quella per la cui mancata esecuzione chiede il risarcimento del danno. L'opzione della prova a carico della P.A. circa l'utilizzo di mezzi e persone in altre attività dell'impresa, infatti, finirebbe con il determinare una vera e proprio 'probatio diabolica' di impossibile applicazione”.

⁹⁶ Per completezza, si riporta il dato testuale dell’art. 30, comma 3, seconda parte, del CPA:
“*Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*”.

⁹⁷ Il secondo comma dell’art. 124 CPA dispone un esplicito richiamo all’art. 1227 c.c., per il quale l’esistenza del danno (comma 1) o la sua quantificazione (comma 2) potrebbero essere ricondotti nella responsabilità o corresponsabilità dello stesso ricorrente/creditore e, di conseguenza, il risarcimento potrebbe essere negato o diminuito sensibilmente nella sua quantificazione.

La norma prevede che, qualora il ricorrente non abbia formulato la domanda di subentro o non si sia reso disponibile a subentrare nel contratto (nonostante la presentazione della domanda), allora tale condotta è valutata dal Giudice ai sensi dell’articolo richiamato.

Quest’ultimo ben potrà escludere il risarcimento del danno del ricorrente o diminuire la quantificazione del risarcimento accordato, poiché lo stesso non si è attivato con tutti gli strumenti di tutela previsti dall’ordinamento.

⁹⁸ A titolo esemplificativo, si veda TAR Sicilia, Sez. I, 6 agosto 2013, n. 1583.
“*La stipula e l'esecuzione del contratto sono stati resi possibili dal fatto che a fronte di un ricorso, con istanza di sospensione, depositato il 9 ottobre 2012, l'istanza di fissazione di udienza è stata depositata*

- b) mancata presentazione della domanda di annullamento dell'aggiudicazione (⁹⁹);
- c) mancata formulazione della domanda di subentro nel contratto o avvenuto ritiro della domanda di subentro, originariamente formulata, laddove non adeguatamente giustificato dalla situazione relativa all'esecuzione del contratto (¹⁰⁰);
- d) mancata attivazione di un giudizio di ottemperanza in esito ad una sentenza di

solo il 13 aprile 2013, cosicché la domanda cautelare è stata trattata soltanto all'udienza camerale del 23 aprile 2013.

Dunque, poiché 'La domanda cautelare è improcedibile finché non è presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito, salvo che essa debba essere fissata d'ufficio' (art. 55, comma 4, cod. proc. amm.), la mancata procedibilità della domanda cautelare ha consentito alla stazione appaltante di stipulare e di eseguire il contratto. [...]

La pretesa risarcitoria della parte ricorrente concerne dunque un danno che la stessa ricorrente avrebbe potuto evitare rendendo procedibile la domanda cautelare - mediante sollecito e tempestivo deposito dell'istanza di fissazione di udienza - presentata in calce al ricorso.

Ne consegue che la domanda risarcitoria è infondata anche ai sensi dell'art. 30, comma 3, cod. proc. amm., come interpretato da Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza 23 marzo 2011 n. 3 [...]"

⁹⁹ A titolo esemplificativo, si veda TAR Campania, Napoli, Sez. I, 26 giugno 2013, n. 3337.

"La proposizione di una domanda tesa al risarcimento di un danno che una tempestiva azione di annullamento avrebbe stemperato rende configurabile un comportamento che viola il canone della buona fede e, quindi, in forza del principio di auto-responsabilità cristallizzato dall'art. 1227, comma 2, c.c., implica la non risarcibilità della parte del danno da presumere evitabile (cfr. C.d.S. a.p., n. 3 del 2011).

Pertanto sulla somma ottenuta in virtù dell'applicazione dei criteri esposti è corretto, secondo il principio sancito dall'articolo 1227 c.c. e recepito specificamente nelle discipline degli appalti pubblici, procedere ad una riduzione pari al 20% dell'utile che avrebbe conseguito".

¹⁰⁰ Il legislatore fa espressamente salvo il giustificato motivo, il quale può essere individuato nello stato troppo avanzato di esecuzione del contratto oppure nella sua già completa esecuzione oppure nell'impegno ormai assunto dall'impresa ricorrente con un diverso contratto.

In questo senso, la giurisprudenza ritiene che vi sia la più ampia sfera di autonomia dell'impresa, la quale, però, deve dimostrare la sussistenza delle ragioni oggettive, che la abbiano indotta a ritirare la disponibilità a subentrare nel contratto.

A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti decisioni.

- 1) Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 2012, n. 1597 (in termini di giustificazione della scelta del ricorrente di ritirare la disponibilità al subentro): *"Se è vero, infatti, che la stipula del contratto non è di ostacolo al subentro del ricorrente in caso di annullamento dell'aggiudicazione, spetta, tuttavia, al ricorrente scegliere se procedere al subentro, ove questo non sia stato ancora interamente eseguito, o se optare per il risarcimento del danno anche in relazione alla parte del contratto non eseguita. Infatti, mentre l'interesse originario dell'impresa è indirizzato all'esecuzione dell'appalto per il suo complessivo valore quale identificato nel bando di gara, la prestazione del servizio per un periodo di limitata durata introduce, invece, condizioni nuove negli aspetti economici ed organizzativi, che l'impresa può valutare con la più ampia sfera di autonomia con riguardo sia al diverso impegno di mezzi ed attrezzature, sia al mutato livello di remunerazione che ne può conseguire in relazione all'offerta presentata in sede di gara".*
- 2) TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 28 giugno 2013, n. 1903 (in termini di negazione di ogni giustificazione della scelta del ricorrente di ritirare la disponibilità al subentro): *"b) che debba essere, ai sensi del combinato disposto degli artt. 124, comma 2, cpa e 1227 cc, rigettata la domanda nella parte relativa al danno curriculare: infatti, la rinuncia alla domanda di subentro ha eliso in radice, in difetto di alcuna argomentazione diversa da parte della società ricorrente, la possibilità di effettuare l'esecuzione dell'appalto (ciò che sarebbe stato possibile, trattandosi di beni durevoli materialmente consegnati nel dicembre del 2011), circostanza che avrebbe completamente eliminato tale forma di danno".*

condanna non eseguita dall'Amministrazione⁽¹⁰¹⁾;

- 2) inerzia sostanziale (c.d. “*aliunde percipiendum*”): mancata attivazione dell'impresa per ottenere altri contratti, da eseguire nel periodo di tempo in cui la stessa non ha potuto eseguire il contratto relativo alla gara in contestazione; in tale senso, secondo la giurisprudenza - se il ricorrente riesce a dimostrare di non avere lavorato nel periodo intercorrente tra l'impugnazione dell'aggiudicazione e la sentenza definitiva, superando così la presunzione dell'*aliunde perceptum* - lo stesso dimostra comunque di avere tenuto un'inerzia ingiustificata, che non gli ha consentito di svolgere i lavori che lo stesso avrebbe dovuto svolgere e di conseguire il relativo utile (“*aliunde percipiendum*”) e che ha, pertanto, concorso nell'aggravamento del danno, ai sensi dell'art. 1227, comma 2 c.c. e, quindi, subisce, in ogni caso, una riduzione del danno, in una misura in genere pari alla metà rispetto a quanto dallo stesso comprovato⁽¹⁰²⁾.

¹⁰¹ A titolo esemplificativo, si veda TAR Calabria, Reggio Calabria, 22 novembre 2012, n. 695: “V'è poi un ulteriore elemento da considerare che potrebbe giustificare la riduzione della quantificazione del lucro cessante, come sopra determinata. Ovvero verificare se nel lungo tempo trascorso tra la pronuncia del Tribunale che annullava la precedente aggiudicazione e il ricorso per la condanna della P.A. al risarcimento dei danni, l'impresa si sia limitata a diffidare l'Amministrazione, ovvero abbia posto in essere strumenti maggiormente cogenti per far valere le proprie ragioni, quali, ad esempio, un giudizio per ottemperanza. Gli artt. 1227 co. 2, Cod. Civ. e 30 co. 3, Cod. Proc. Amm. dispongono che il risarcimento non è dovuto per i danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti”.

¹⁰² A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Giust. Amm. Sic., 19 giugno 2013, n. 602: “Ai fini della quantificazione del mancato utile in sede di liquidazione dei danni da mancata aggiudicazione di una gara d'appalto, il principio espresso dall'art. 1227, Cod. Civ., comporta che, salvo casi particolari, non costituisce condotta ragionevole immobilizzare tutti i mezzi di impresa nelle more del giudizio, nell'attesa dell'aggiudicazione a proprio favore, essendo invece ragionevole che l'impresa si attivi per svolgere altre attività; e ciò in quanto l'impresa non aggiudicataria, ancorché proponga ricorso e possa ragionevolmente confidare che riuscirà vittoriosa, non può mai nutrire la matematica certezza che le verrà aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative. Pertanto, deve escludersi che l'attesa dell'esito processuale sia causa di giustificazione dell'inerzia operativa dell'impresa ed integri gli estremi del ‘caso particolare’ che consente la quantificazione del mancato utile nella misura integrale del 10%.; per tali soggetti economici, infatti, l'esposizione al rischio di un contenzioso giudiziario (con i fornitori, con i committenti, con le maestranze, ecc.), nonché le vicende temporali e gli alterni esiti che lo stesso può comportare, rappresentano eventi normali del confronto con i mercati di riferimento, come tali prevedibili e perciò ‘assicurabili’ alla stregua di un costo di produzione e, dunque, da tenere ben distinti dai ‘casi particolari’ non riducibili a comportamenti ‘opportunistici’ dei soggetti interessati, ovvero a situazioni di ‘attesa’ determinate dagli incerti svolgimenti di un contenzioso”.
- 2) Cons. Stato, Sez. VI, 19 aprile 2011, n. 2427: “Non costituisce, normalmente e salvi casi particolari, condotta ragionevole immobilizzare tutti i mezzi di impresa nelle more del giudizio, nell'attesa dell'aggiudicazione in proprio favore, essendo invece ragionevole che l'impresa si attivi per svolgere altre attività. Di qui la piena ragionevolezza della detrazione dal risarcimento del mancato utile, nella misura del 50%, sia dell'*aliunde perceptum* sia dell'*aliunde percipiendum* con l'originaria diligenza”.
- 3) Cons. Stato, Sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7004: “4.1. Quanto al primo, che verte sulla riduzione del 50% della misura del risarcimento del danno, la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato afferma che il mancato utile spetta, in caso di annullamento

In sostanza, alla luce di quanto sopra evidenziato, secondo la risposta data dalla giurisprudenza amministrativa, il ricorrente può percepire, al massimo, una somma pari alla metà del risarcimento dei danni dallo stesso comprovati, in quanto:

dell'aggiudicazione e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, nella misura integrale solo se il ricorrente dimostri di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, tenuti a disposizione in vista dell'aggiudicazione; in difetto di tale dimostrazione, è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi, e di qui la decurtazione del risarcimento di una misura per aliunde perceptum vel percipiendum. In secondo luogo, ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno. Nelle gare di appalto, l'impresa non aggiudicataria, ancorché proponga ricorso e possa ragionevolmente confidare che riuscirà vittoriosa, non può mai nutrire la matematica certezza che le verrà aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative. Pertanto, non costituisce, normalmente, e salvi casi particolari, condotta ragionevole immobilizzare tutti i mezzi di impresa nelle more del giudizio, nell'attesa dell'aggiudicazione in proprio favore, essendo invece ragionevole che l'impresa si attivi per svolgere altre attività. Di qui la piena ragionevolezza della detrazione, affermata dalla giurisprudenza, dal risarcimento del mancato utile, nella misura del 50%, sia dell'aliunde perceptum, sia dell'aliunde percipiendum con l'originaria diligenza. Inoltre, nel caso specifico, la parte, al di là della generica affermazione di aver immobilizzato i mezzi d'opera nelle more nel giudizio, non ne ha fornito alcuna prova puntuale, né alcuna giustificazione plausibile”.

- 4) TAR Lombardia, Sez. III, 3 dicembre 2013 (già richiamata con riferimento ad altri profili): “*La determinazione equitativa del quantum risarcibile a titolo di mancata percezione dell'utile richiede un ulteriore passaggio. Con riferimento alle gare di appalto l'operatore economico non aggiudicatario, ancorché proponga un ricorso e possa ragionevolmente confidare di riuscire vittorioso, non può mai nutrire la matematica certezza che gli verrà aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative, compresa la possibilità per la stazione appaltante di decidere di non aggiudicare il contratto, ai sensi e nei limiti dell'art. 81 del d.l.vo 2006 n. 163, o di intervenire in autotutela sull'aggiudicazione già adottata. Ne consegue che non costituisce una condotta normalmente diligente quella consistente nella immobilizzazione di tutti i mezzi d'impresa nelle more del giudizio e in attesa dell'eventuale aggiudicazione in proprio favore, essendo, invece, ragionevole e coerente con criteri di corretta gestione aziendale che l'impresa si attivi per svolgere, nelle more, altre attività, procurandosi prestazioni contrattuali alternative dalla quali trarre utili (cfr. tra le più recenti si consideri Consiglio di Stato, sez. V, 03 settembre 2013, n. 4376). Insomma, l'imprenditore che partecipa ad una gara d'appalto e che ne contesta l'esito in sede giurisdizionale, pretendendo di ottenere l'aggiudicazione ed avanzando anche una domanda risarcitoria, è tenuto a rispettare il canone della diligenza professionale, ai sensi dell'art. 1176 c.c., canone la cui osservanza si può da lui pretendere, in quanto esercente professionalmente un'attività economica. E tale diligenza professionale si traduce nel dovere di attivarsi, in attesa dell'esito del giudizio, per svolgere altre attività, utilizzando le maestranze e i mezzi predisposti per l'appalto sub iudice e, quindi, procurandosi prestazioni contrattuali ulteriori dalle quali trarre utili, così da limitare le conseguenze dannose correlate alla mancata aggiudicazione della gara contestata. Si tratta di una presunzione di comportamento diligente che può essere superata solo dall'operatore interessato, il quale è tenuto a dimostrare di non aver potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, ossia la propria struttura aziendale”.*
- 5) TAR Lazio, 5 marzo 2013, n. 2358: “*Ai sensi dell'art. 1227, Cod. Civ., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno e nelle gare di appalto l'impresa non aggiudicataria, ancorché proponga un ricorso e possa ragionevolmente confidare di riuscire vittoriosa, non può mai nutrire la matematica certezza che le verrà aggiudicato il contratto, atteso che sono molteplici le possibili sopravvenienze ostative, per cui non costituisce normalmente condotta diligente quella di immobilizzare tutti i mezzi d'impresa nelle more del giudizio nell'attesa dell'aggiudicazione in proprio favore, essendo invece ben più razionale che l'impresa si attivi per svolgere nelle more altre attività, procurandosi prestazioni contrattuali alternative dalla quali trarre utili”.*

STUDIO LEGALE LUBRANO & Associati

- 1) secondo il criterio del c.d. “*aliunde perceptum*”, si presume che lo stesso si sia attivato, nel corso del giudizio amministrativo, per ottenere ed eseguire un altro contratto altrove (*aliunde*) e sia effettivamente riuscito ad ottenere ed eseguire tale contratto, dal quale si presume che abbia percepito un utile (*perceptum*) pari alla metà dell’utile che avrebbe ottenuto con l’esecuzione del contratto relativo alla gara contestata, con conseguente decurtazione alla metà del risarcimento allo stesso spettante;
- 2) in ogni caso, laddove il ricorrente dimostri oggettivamente di non avere ottenuto ed eseguito alcun altro contratto ed il relativo utile, allora, secondo il criterio dell’“*aliunde percipiendum*”, gli si rimprovera di non avere conseguito altrove l’utile che lo stesso avrebbe potuto e dovuto ottenere attivandosi in tale senso, e, quindi, lo stesso viene sanzionato per l’“ingiustificabile” inerzia dallo stesso tenuto nel corso del relativo giudizio, con conseguente applicazione comunque della decurtazione alla metà del risarcimento allo stesso spettante.

Tale soluzione appare contraddittoria, non risultando logico:

- 1) da una parte, presumere che il ricorrente abbia svolto altre attività in attesa degli esiti del giudizio (e, di conseguenza, ridurre alla metà il risarcimento allo stesso spettante, in base al criterio del c.d. “*aliunde perceptum*”);
- 2) dall’altra parte, laddove il ricorrente riesca a provare di non avere svolto altre attività in attesa degli esiti del giudizio, sanzionare il medesimo ricorrente per inerzia sostanziale concretante violazione del dovere di ordinaria diligenza per non avere lo stesso percepito altrove quanto avrebbe potuto e dovuto percepire (e, di conseguenza, ridurre, comunque, alla metà il risarcimento allo stesso spettante, in base ad una “forzata” applicazione dell’art. 1227 c.c., in base al criterio del c.d. “*aliunde percipiendum*”).

Sotto tale profilo, si ritiene che la logica di fondo sia quella di evitare che il ricorrente possa ottenere - a carico dell’Amministrazione Pubblica, con conseguente danno erariale ed inevitabili effetti negativi sul sistema economico generale - gli stessi benefici (dal punto di vista del mancato utile) che lo stesso avrebbe conseguito laddove avesse effettivamente svolto il lavoro, il servizio o la fornitura, oggetto della gara in contestazione, mediante la semplice attivazione di un giudizio amministrativo (anche se poi rivelatosi fondato) e senza avere effettivamente svolto un’attività utile per l’Amministrazione e per la collettività (ovvero il lavoro, il servizio o la fornitura, oggetto della gara in contestazione).

Tale realistica ragione di fondo della risposta della giurisprudenza amministrativa in tema

di “abbattimenti” del risarcimento dei danni nel settore degli appalti non considera, però:

- 1) né il “peso” dell’ingiustizia subita dal ricorrente ad opera dell’Amministrazione;
- 2) né gli oneri dallo stesso sopportati con il giudizio amministrativo (ovvero i tempi e soprattutto i costi di esso, anche in considerazione dell’irragionevole costo del contributo unificato in materia di appalti);
- 3) né i saggi insegnamenti del Chioventa, secondo il quale “*il processo, per quanto possibile, deve dare al titolare del diritto tutto quello e proprio quello che egli avrebbe diritto di conseguire sulla base del diritto sostanziale*”¹⁰³;
- 4) né, infine, che – nell’attuale contesto di crisi economica generale – risulta piuttosto arduo sostenere:
 - a) la presunzione che un’impresa - che abbia perso un lavoro (nella fattispecie, l’opportunità di eseguire un contratto pubblico) - trovi comunque un altro lavoro tale da garantirle un utile pari alla metà di quello che avrebbe ottenuto con il lavoro perso (per di più, durante il giudizio volto a “recuperare” il lavoro perso);
 - b) la presunzione che un’impresa - che abbia perso un lavoro (nella fattispecie, l’opportunità di eseguire un contratto pubblico) e che e non abbia trovato comunque un altro lavoro tale da garantirle un utile pari alla metà di quello che avrebbe ottenuto con il lavoro perso (per di più, durante il giudizio volto a “recuperare” il lavoro perso) - sia colpevole di inattività, con conseguente “addebito” di una violazione dei propri obblighi di diligenza, talmente grave da giustificare la riduzione del risarcimento dei danni alla metà.

3.B.3. La c.d. “perdita di chance”.

Un’ultima situazione di “abbattimento” del risarcimento dei danni spettante al ricorrente si realizza nei casi di c.d. “perdita di chance”, ovvero nei casi in cui - essendo stata impugnata l’esclusione del ricorrente in via diretta (per vizi propri) e l’aggiudicazione al controinteressato come atto consequenziale (per vizi derivati) - non vi sia la certezza (e non possa essere dimostrata nel caso di specie) che, nel caso di mancata esclusione del ricorrente, lo stesso avrebbe vinto la gara.

La risarcibilità della “perdita di chance” – comunque riconosciuta già dalla giurisprudenza anche prima dell’emanazione del Codice del Processo Amministrativo – è stata implicitamente

¹⁰³ Chioventa G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965.

codificata dalle correzioni apposte dal Legislatore all'art. 245 *quinquies* del Codice Appalti (che prevedeva il risarcimento dei danni per il solo "*avente titolo all'aggiudicazione*") nella trasposizione di esso nell'ambito dell'art. 124 C.P.A. (nel quale è stata eliminata la indicata limitazione) ⁽¹⁰⁴⁾.

In tali casi, la giurisprudenza quantifica il risarcimento per equivalente spettante al ricorrente illegittimamente escluso, con valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c. ⁽¹⁰⁵⁾, calcolando l'ammontare dello stesso prima in base ai criteri sopra indicati e poi dividendolo per il numero dei partecipanti alla gara: in sostanza, la "chance" per il ricorrente di conseguire il bene-aggiudicazione viene calcolata in misura percentuale a seconda del numero dei partecipanti alla gara (ad esempio, 50% nel caso di due partecipanti, 33% nel caso di tre partecipanti, 25% nel caso di quattro partecipanti e così via, sempre comprendendo nel numero dei partecipanti alla gara, ai fini del calcolo della relativa percentuale di chance, anche il ricorrente illegittimamente escluso) ⁽¹⁰⁶⁾.

¹⁰⁴ Sotto tale profilo, si devono, infatti, evidenziare le modifiche che la norma in questione ha subito a seguito della trasposizione dal Codice dei Contratti Pubblici (art. 245 *quinquies*) all'attuale art. 124 CPA.

In particolare, il Legislatore ha eliminato la disposizione per la quale il risarcimento per equivalente potesse essere riconosciuto esclusivamente "*su domanda e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione*".

In precedenza, quindi, tale forma di risarcimento poteva essere riconosciuta in capo all'interessato nel solo caso in cui lo stesso avesse diritto all'aggiudicazione.

Tale correzione ha comportato delle rilevanti conseguenze in merito alla riconoscibilità del danno da c.d. perdita di chances, peraltro, già espressamente riconosciuto dall'art. 2, par. 7 della Direttiva 92/13/CEE ("*7. Qualora venga presentata una richiesta di risarcimento danni in relazione ai costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, la persona che avanza tale richiesta è tenuta a provare solamente che vi è violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto e che aveva una possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa*").

¹⁰⁵ Per completezza, si riporta il dato testuale dell'art. 1226 c.c. ("*Valutazione equitativa del danno*"): "*Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa*".

¹⁰⁶ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, Sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1443: "*Il risarcimento per equivalente della perdita di chance di aggiudicazione dell'appalto in caso di annullamento degli atti della procedura può essere quantificato con la tecnica della determinazione dell'utile conseguibile in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara*".
- 2) Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2002, n. 2485: "*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 o concorso*".
- 3) TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 1 agosto 2013, n. 414: "*Inoltre il risarcimento del danno nella forma della perdita di chance di aggiudicazione va quantificato con la tecnica della determinazione dell'utile che sarebbe stato possibile conseguire in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara, e quindi in ragione delle concrete possibilità di vittoria*".
- 4) TAR Campania, 14 marzo 2013, n. 1467: "*Nell'ipotesi ove non può essere pacifico che la società ricorrente avrebbe certamente conseguito l'aggiudicazione della gara, come pure non può*"

In alcuni casi - laddove non sia possibile determinare la spettanza del bene-aggiudicazione, nemmeno in via probabilistica e percentuale – la giurisprudenza ha ritenuto di potere definire tale probabilità solo con la c.d. “ripetizione della gara virtuale”, ovvero mediante la nomina di una nuova commissione con il compito di effettuare, esclusivamente ai fini risarcitori, il giudizio tecnico relativo alle offerte e alla formazione della graduatoria conseguente (¹⁰⁷).

3.C. L’eventuale corresponsabilità del controinteressato.

Di particolare interesse, in tema di riparto della responsabilità civile tra Amministrazione e controinteressato, nel risarcimento dei danni da corrispondere al ricorrente, risulta la recente posizione assunta da alcuna giurisprudenza amministrativa, in applicazione dell’art. 2055 c.c. (¹⁰⁸), nel senso di valutare anche il comportamento del controinteressato, quale possibile

tassativamente escludersi che un tale evento si sarebbe verificato, il pregiudizio è risarcibile unicamente come perdita di chance. Il danno va quantificato nella misura del lucro cessante, consistente negli utili ricavabili dall'appalto, diviso per il numero dei concorrenti che hanno partecipato alla procedura”.

- 5) TAR Lombardia, Sez. I, 9 ottobre 2012, n. 2497: “Il risarcimento del danno nella forma della perdita di chance di aggiudicazione va quantificato con la tecnica della determinazione dell’utile che sarebbe stato possibile conseguire in caso di vittoria, scontato percentualmente in base al numero dei partecipanti alla gara, posto che tale tipo di danno - non potendo essere provato nel suo preciso ammontare - deve essere quantificato in via equitativa ai sensi dell’art. 1226 c.c.”.
- 6) TAR Campania, Sez. II, 26 maggio 2011, n. 2845: “Laddove l’annullamento di una procedura selettiva si stata disposta per mancanza di elementi oggettivi e predeterminati di aggiudicazione e laddove non sia possibile l’applicazione del criterio dell’utile di impresa, trattandosi di affidamento di prestazioni professionali, il danno da perdita di chance può essere liquidato con valutazione equitativa ai sensi dell’art. 1226 c.c. Ai fini della quantificazione va tenuto conto di ogni circostanza utile, ivi compreso il numero dei partecipanti alla procedura”.

¹⁰⁷ A titolo esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2012, n. 105.

“4. L’appello deve, in conclusione, essere accolto, nei termini di cui sopra e, poiché il presente giudizio è quello proposto per l’ottemperanza al giudicato, va disposta la ripetizione virtuale della gara di cui si tratta. A tal fine, la Sezione dispone che la commissione sia composta da tre membri, nominati dal Prefetto di Milano entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione in via amministrativa o dalla notificazione a cura della parte più diligente della presente sentenza. Tali membri saranno sorteggiati, alla presenza di almeno due testimoni e previo avviso alle parti (che potranno essere presenti), nell’ambito di un elenco di dieci membri, designati dal Prefetto o, se questi lo riterrà opportuno, da un Rettore di una Università avente sede in Lombardia, dal Prefetto stesso individuato.

La commissione, così nominata, acquisirà immediatamente gli atti di gara dalla stazione appaltante, darà alle parti comunicazione, presso i domicili eletti per questo grado del giudizio, salvo diversa comunicazione, dell’inizio dei lavori e concluderà gli stessi entro sessanta giorni dalla consegna degli atti, dandone comunicazione alle parti con le stesse modalità di cui sopra”.

¹⁰⁸ Per completezza, si riporta il dato testuale della norma richiamata.

“Art. 2055 c.c. - Responsabilità solidale.

Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno.

responsabile o corresponsabile dell'illegittimità dell'azione amministrativa e, di conseguenza, del danno subito dal ricorrente.

In sostanza - laddove risulti comprovato che l'aggiudicatario abbia indotto in errore la stazione appaltante, ponendosi, con il proprio comportamento scorretto, quale causa (o concausa) dell'emanazione del provvedimento illegittimo di aggiudicazione della gara in suo favore - il Giudice Amministrativo può:

- 1) non solo statuire la sussistenza di tale responsabilità in solido del controinteressato (¹⁰⁹);
- 2) ma anche, ove lo ritenga opportuno, quantificare la stessa in percentuale, arrivando anche a stabilire le percentuali del riparto, tra Amministrazione e controinteressato, del risarcimento dei danni spettante al ricorrente (¹¹⁰).

Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali”.

¹⁰⁹ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, Sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279: *“Quando l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione è dipesa da un comportamento senz'altro consapevole di natura omissiva e riferibile all'aggiudicatario, la responsabilità civile da illegittima aggiudicazione e stipula del contratto ha natura solidale: invero, in applicazione di un principio generale dell'ordinamento giuridico (cui si ispira anche l'art. 2055 c.c.), vi è la solidarietà anche quando il danno sia stato concausato da due autori del fatto, le cui condotte siano rispettivamente una colposa e una dolosa”.*
- 2) Cons. Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115: *“In sede di risarcimento dei danni derivanti dalla illegittima aggiudicazione di una gara di appalto, il g.a. può ritenere sussistente la solidarietà passiva dell'obbligazione risarcitoria tra stazione appaltante ed imprese aggiudicatrici, nel caso in cui l'errore (pur inescusabile) della stazione appaltante sia stato indotto dal comportamento delle imprese aggiudicatrici stesse (che nella specie avevano comunicato la sostanziale mutazione della veste soggettiva di partecipazione alla gara); con la conseguenza che, in base al principio desumibile dall'art. 2055 c.c., va affermata, ai soli fini della statuizione di accertamento, la natura solidale della responsabilità civile di che trattasi, e ciò anche ai fini dell'eventuale azione di regresso che la stazione appaltante potrà intraprendere per rivalersi, nel concorso di tutte le ulteriori condizioni legittimanti, nei confronti della società beneficiaria degli atti illegittimi e che ha indotto alla loro emanazione”.*

¹¹⁰ A titolo esemplificativo, si veda specificamente la già richiamata decisione del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 15 ottobre 2012, n. 5279).

“Pertanto, va fatta applicazione di un principio generale dell'ordinamento giuridico (cui si ispira anche l'art. 2055 del codice civile), per il quale vi è la solidarietà anche quando il danno sia stato concausato da due autori del fatto, le cui condotte siano rispettivamente una colposa e una dolosa.

Pertanto, ritiene la Sezione che;

- a) *con riferimento alla posizione dell'appellante, la domanda vada accolta, con il vincolo di solidarietà tra l'amministrazione e il beneficiario dell'atto illegittimo, in applicazione dell'art. 41, comma 2, ultimo periodo, del codice del processo amministrativo;*
- b) *con riferimento ai rapporti interni tra l'amministrazione e il beneficiario dell'atto illegittimo, e ciò ai fini dell'eventuale azione di regresso che la stazione appaltante potrà intraprendere per rivalersi, nel concorso di tutte le ulteriori condizioni legittimanti, la responsabilità vada ripartita:*
 - b1 *in ragione dei quattro quinti, a carico del medesimo beneficiario, in considerazione della sua condotta omissiva e consapevole, volta a ottenere un vantaggio patrimoniale, poi effettivamente conseguito;*

Tale recente orientamento giurisprudenziale assume una particolare importanza, in quanto costituisce un elemento di valutazione ulteriore in capo a tutti i partecipanti alle gare pubbliche, imponendo agli stessi di tenere un comportamento corretto, per evitare non solo i rischi di successivo annullamento dell'aggiudicazione in proprio favore, ma anche i rischi di condanna al risarcimento dei danni per equivalente, in favore del relativo ricorrente, secondo i principi di solidarietà della responsabilità civile.

VI. LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA P.A..

Oltre alle varie ipotesi di responsabilità civile della Pubblica Amministrazione per l'emanazione di un provvedimento illegittimo finora analizzate, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto anche la responsabilità c.d. "precontrattuale" dell'Amministrazione, che si verifica in tutti quei casi in cui la stessa, pur non emanando un provvedimento illegittimo, adotta atti o comportamenti legittimi (revoca o annullamento dell'aggiudicazione o dell'intera gara), ma comunque lesivi dell'interesse dell'aggiudicatario della gara alla stipula del relativo contratto o dell'interesse di tutti i partecipanti alla gara alla conclusione della stessa.

Tale situazione si verifica qualora - prima della conclusione della procedura ad evidenza pubblica o anche dopo tale conclusione (e cioè tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto) - l'Amministrazione decida legittimamente di revocare o di annullare l'aggiudicazione o l'intera gara, ai sensi degli artt. 21 *quinquies* ⁽¹¹¹⁾ o *nonies* ⁽¹¹²⁾ della Legge 7 agosto 1990, n.

b2) *in ragione di un quinto, a carico dell'amministrazione soccombente, in considerazione della sua condotta colposa in quanto negligente, perché avrebbe dovuto attivare i procedimenti consentiti dal sistema, per il ripristino della legalità, una volta emerse le circostanze ostative alla stipula del contratto d'appalto".*

¹¹¹ Per completezza, si riporta il dato testuale dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990.
"Art. 21-*quinquies*. *(Revoca del provvedimento)*

1. *Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.*

1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

241.

In tali casi, l'Amministrazione - seppure abbia adottato un provvedimento di autotutela pienamente legittimo - ha, comunque, leso l'affidamento dei concorrenti alla conclusione della gara alla quale gli stessi hanno partecipato (partecipazione comportante oneri di tempo e di spesa sostenuti inutilmente).

Perciò, la giurisprudenza - assimilando la fase della gara pubblicistica (in quanto volta alla stipula del contratto) alla fase delle trattative di diritto privato (volte al medesimo fine) - ha riconosciuto tali comportamenti dell'Amministrazione come condotte idonee a configurare una vera e propria responsabilità precontrattuale in capo alla stessa, con conseguente applicazione dell'art. 1337 c.c., che impone lo svolgimento delle trattative secondo buona fede e correttezza (¹¹³): in tali casi, come si vedrà oltre, il risarcimento dei danni è normalmente commisurato al solo c.d. "interesse negativo", ovvero al danno emergente costituito dalle spese sopportate dai partecipanti alla gara per tale partecipazione.

Anche in relazione alla responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, è opportuno focalizzare:

- 1) gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento dei danni per equivalente.
- 2) le "poste di danno" risarcibili.

1. Gli elementi costitutivi del diritto al risarcimento dei danni per equivalente.

1-ter. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

¹¹² Per completezza, si riporta il dato testuale dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990.
"Articolo 21-nonies. *(Annullamento d'ufficio).*

1. *Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.*

2. *È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole".*

¹¹³ Per completezza si riporta il dato testuale della norma richiamata.
"Art. 1337 - *Trattative e responsabilità precontrattuale.*

Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede".

Per quanto riguarda il risarcimento dei danni derivante da responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, l'interessato deve provare la sussistenza di:

- 1) una condotta dell'Amministrazione concretante la violazione del principio di buona fede;
- 2) un danno ingiusto dallo stesso subito;
- 3) un nesso causale tra condotta e danno;
- 4) un elemento soggettivo (dolo o colpa).

In relazione a tali elementi, la giurisprudenza ha rilevato quanto segue.

1. Per quanto riguarda la condotta, è sufficiente che la stessa - per quanto legittima - sia comunque stata posta in essere in violazione del principio di buona fede (¹¹⁴) e del legittimo

¹¹⁴ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

- 1) Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831: *“La revoca dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura, anche ove ritenuta legittima, lascia invero intatto il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi, onde i relativi comportamenti dell'Amministrazione, allorché risultino contrastanti con le regole di correttezza e di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., si pongono quali fatti generatori di responsabilità precontrattuale”*.
- 2) Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633: *“La responsabilità precontrattuale prescinde dall'eventuale illegittimità del provvedimento amministrativo di autotutela che formalizza la volontà dell'Amministrazione di annullare o revocare gli atti di gara. La responsabilità precontrattuale non discende infatti dalla violazione delle norme di diritto pubblico che disciplinano l'agire autoritativo della pubblica amministrazione e dalla cui violazione discende l'illegittimità dell'atto. Essa, al contrario, deriva dalla violazione delle regole comuni (in particolare del principio generale di buona fede in senso oggettivo dell'art. 1337 Cod. civ..) che trattano del 'comportamento' precontrattuale, ponendole in capo alla pubblica amministrazione doveri di correttezza e di buona fede analoghi a quelli che gravano su un comune soggetto nel corso delle trattative precontrattuali. Invero, nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'Amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le norme dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento del provvedimento ed una eventuale responsabilità da attività provvedimento illegittima), ma anche le norme generali sulla correttezza di cui all'art. 1337 Cod. civ. prescritte dal diritto comune (la violazione delle quali fa nascere appunto la responsabilità precontrattuale) (cfr. in questi termini Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6). Da qui l'ordinaria possibilità che una responsabilità precontrattuale sussista nonostante la legittimità del provvedimento con cui si revocano (o si annullano) in autotutela gli atti di gara. Del resto, come la giurisprudenza ha ulteriormente chiarito (cfr. Cass., SS.UU., 12 maggio 2008, n. 11656), la responsabilità precontrattuale è una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza”*.
- 3) TAR Lazio, Sez. III, 20 febbraio 2013, n. 1874: *“l'accertamento della responsabilità precontrattuale della p.a. non è escluso dalla dichiarata legittimità del provvedimento di annullamento o di revoca assunto in via di autotutela posto che la revoca dell'aggiudicazione pone al riparo l'interesse pubblico, ma non quello privato”*.
- 4) TAR Campania, Sez. VIII, 25 settembre 2012, n. 3923: *“Sussiste, in capo all'Amministrazione, la responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., se dopo l'indizione di una gara d'appalto e la relativa aggiudicazione, quest'ultima sia ritirata in autotutela con sacrificio degli affidamenti*

affidamento maturato:

- a) sia dall'aggiudicatario della gara alla stipula del relativo contratto (nel caso di revoca o annullamento dell'intera gara dopo l'aggiudicazione) ⁽¹¹⁵⁾;
- b) sia dai partecipanti alla gara alla conclusione della stessa, (nel caso di revoca o annullamento dell'intera gara prima dell'aggiudicazione) ⁽¹¹⁶⁾.

2. Per quanto riguarda il danno ingiusto, la giurisprudenza ha rilevato:

- a) sotto il profilo della sussistenza di un danno, che l'interesse giuridicamente rilevante del concorrente leso è costituito dall'affidamento nello stesso ingenerato alla aggiudicazione della gara ed alla stipulazione del relativo contratto ⁽¹¹⁷⁾;

suscitati nell'impresa dagli atti concorsuali poi rimossi. E ciò non solo nell'ipotesi di revoca, ma anche allorquando - come nella specie - l'intervento in autotutela sia stato spiegato sotto forma di annullamento d'ufficio di una aggiudicazione provvisoria".

¹¹⁵ Sotto tale profilo, si veda, in particolare, Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6: *"La revoca dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura è valsa a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare per carenza delle risorse finanziarie occorrenti. E' restato però - dopo tale revoca (caducatoria dell'aggiudicazione e degli altri atti del procedimento) - il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi (affidamenti che sono perdurati fino a quando non è stata comunicata alla parte privata la revoca degli atti avanti ricordati). Ed invero l'impresa non poteva non confidare, durante il procedimento di evidenza pubblica, dapprima sulla "possibilità" di diventare affidataria del contratto e più tardi - ad aggiudicazione intervenuta - sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso".*

¹¹⁶ Sotto tale profilo, si veda, in particolare, Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831: *"Nel caso di revoca di procedura contrattuale la circostanza che la fase pubblicistica di scelta del contraente avviata non sia ancora sfociata nell'aggiudicazione non vale, di per sé sola, ad escludere la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo all'Amministrazione revocante, occorrendo invece all'uopo verificare in concreto la condotta da questa tenuta alla luce del parametro di diritto comune della correttezza nelle trattative, fermo restando, comunque, che il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale".*

In senso contrario si veda TAR Lombardia, Sez. III, 18 luglio 2013, n. 1913: *"Detto orientamento giurisprudenziale, che afferma non essere ostativo al risarcimento del danno in materia di procedure ad evidenza pubblica l'intervento di un atto di revoca assunto in via di autotutela ancorché quest'ultimo sia legittimo (da ultimo Cons. Stato Sez. IV, 7-02-2012, n. 662), non è invocabile nel caso di specie in assenza del provvedimento di aggiudicazione, in una fase in cui la stazione appaltante doveva valutare il profilo economico finanziario della gestione. La domanda risarcitoria deve pertanto essere respinta".*

¹¹⁷ A titolo esemplificativo, si veda TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 28 agosto 2013, n. 738: *"In concreto, il Collegio ravvisa un danno ingiusto determinato dalla violazione delle regole di correttezza amministrativa (evidenziate nella sentenza passata in giudicato), che ha provocato l'annullamento parziale della procedura di gara, con lesione dell'interesse giuridicamente rilevante del titolare dell'aspirante all'affidamento dell'appalto. Le censure accolte nella sentenza 1692/02 - che hanno evidenziato un comportamento della Commissione di gara contrario ad elementari regole di svolgimento delle operazioni di valutazione delle offerte - integrano la 'culpa in contraendo' dell'amministrazione, essendo mancato un corretto svolgimento delle operazioni valutative che avrebbero condotto all'individuazione del contraente, in contrasto con gli ordinari canoni di correttezza".*

- b) sotto il profilo dell'ingiustizia del danno (*non iure*), che la stessa è costituita dalla violazione delle regole di buona fede e correttezza nella gestione delle trattative da parte dell'Amministrazione (¹¹⁸).
3. Per quanto riguarda il nesso causale tra condotta e danno, la giurisprudenza ha ritenuto lo stesso sussistente soltanto laddove vi sia un rapporto di consequenzialità diretta tra la decisione dell'Amministrazione di revocare o annullare l'aggiudicazione o l'intera gara e l'affidamento ingenerato rispettivamente nell'aggiudicatario alla stipula del contratto e nei partecipanti alla regolare conclusione della gara stessa (¹¹⁹).

¹¹⁸ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti decisioni.

- 1) Cons. Stato, Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6: *“Occorre, naturalmente, che i comportamenti predetti – per porsi quali fatti generatori di responsabilità precontrattuale - risultino contrastanti con le regole di correttezza e di buona fede di cui all’art. 1337 del c.c.. Sembrano, peraltro, essersi verificate, nel caso in esame, le condizioni volute dalla legge. La mancanza di ogni vigilanza e coordinamento sugli impegni economici che l’amministrazione veniva assumendo quando la procedura di evidenza pubblica risultava già avviata e addirittura pervenuta all’aggiudicazione ha fatto sì che, con grave delusione delle aspettative della parte privata, si rendesse inevitabile la rimozione di tutti gli atti della fase pubblicistica compresa l’aggiudicazione. Un comportamento – quello dell’amministrazione - tanto più disattento ove si consideri che gli affidamenti radicatisi nell’impresa si sono lasciati perdurare al di là del tempo strettamente indispensabile non offrendosi ad horas (come la situazione avrebbe imposto) notizie sulla revoca dell’aggiudicazione (la revoca disposta il 14 settembre 2002 è stata comunicata all’impresa solo il 5 novembre)”*.
- 2) Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633: *“Nel caso di specie, infatti, il comportamento complessivo tenuto dalla stazione appaltante, poi sfociato nella revoca degli atti di gara, integra un illecito precontrattuale, perché si pone in contrasto con le regole di buona fede e correttezza di cui all’art. 1337 Cod.civ. riferite ad una pubblica amministrazione. E” ormai consolidata la configurabilità di una responsabilità precontrattuale anche della pubblica amministrazione, perché anche su di essa grava l’obbligo sancito dall’art. 1337 Cod. civ. di comportarsi secondo buona fede durante lo svolgimento delle trattative. Pertanto, se durante la fase formativa del contratto la pubblica amministrazione viola quel dovere di lealtà e di correttezza, ponendo in essere comportamenti che non salvaguardano l’affidamento della controparte (anche colposamente, perché non occorre un particolare comportamento di malafede, né la prova dell’intenzione di arrecare pregiudizio all’altro contraente) in modo da sorprendere la sua fiducia sulla conclusione del contratto, essa risponde per responsabilità precontrattuale”*;

¹¹⁹ A titolo esemplificativo, si veda TAR Sardegna, Sez. I, 4 dicembre 2013, n. 820.

“La giurisprudenza è pacifica nel senso di ritenere che la stazione appaltante ben può legittimamente non statuire l’aggiudicazione definitiva e non dar corso definitivo alla gara svolta, in presenza di ragioni d’opportunità economica e/o di sopravvenuta non congruenza dell’oggetto dell’appalto a fronte del mutato scenario organizzativo (da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 4 settembre 2013, n. 4433).

La scelta di revocare gli atti di una gara è già in sé possibile quando sia discrezionale e può essere sindacata dal G.A. solo quando essa si palesi manifestamente irrazionale o arbitraria.

Occorre poi precisare che nelle gare di appalto, l’aggiudicazione provvisoria, quale atto endoprocedimentale che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario della gara, non fa nascere in capo all’interessato un’aspettativa alla conclusione del procedimento (Cons. Stato, Sez. III, 24 maggio 2013, n. 2838).

Nel caso che qui occupa il Collegio, la procedura non era neppure arrivata alla fase della aggiudicazione provvisoria ma si è arrestata molto prima e cioè, come precisato nella esposizione in fatto, nella fase di valutazione dell’anomalia delle offerte.

4. Per quanto riguarda, infine, l'elemento soggettivo la giurisprudenza ha evidenziato che:
- a) tale elemento si concreta anche in una condotta meramente colposa, non essendo necessaria una condotta dolosa (malafede dell'Amministrazione) ⁽¹²⁰⁾;
 - b) la responsabilità sussiste quando sia imputabile alla Amministrazione almeno una qualsiasi forma di negligenza, anche *in vigilando* ⁽¹²¹⁾;
 - c) la responsabilità è, invece, esclusa laddove l'emanazione dei provvedimenti di autotutela derivi da un fatto eccezionale o comunque estraneo alla sua sfera di controllo (quale, ad esempio, una modifica normativa) ⁽¹²²⁾.

2. Le “poste di danno” risarcibili.

Non si può pertanto addebitare all'Amministrazione alcun comportamento contrario ai doveri di buona fede e correttezza posto che alcuna aspettativa alla conclusione del procedimento poteva essere riconosciuta in capo al ricorrente.

E' pacifico che affinché sussista responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione nell'ambito di una procedura concorsuale, è necessario che i rapporti tra le parti siano giunti ad uno stadio tale da giustificare l'affidamento nella conclusione del contratto e che l'Amministrazione abbia interrotto la gara in violazione delle regole di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c., eludendo così le aspettative dell'impresa concorrente la quale, avendo confidato incolpevolmente nella possibilità che la gara andasse a buon fine, sia stata indotta a sostenere spese per la partecipazione o a rinunciare ad occasioni alternative favorevoli (Cons. Stato, Sez. III, 24 maggio 2013, n. 2838). Non è così, all'evidenza, nel caso qui esaminato, dove oltre a non esservi nessuna aspettativa tutelabile in capo al ricorrente, va sottolineato che lo stesso, a seguito dell'apertura delle offerte, risultava terzo classificato”.

¹²⁰ A titolo esemplificativo, si veda TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 28 agosto 2013, n. 738: *“L'obbligo appena evocato di buona fede nella conduzione degli affari negoziali va inteso infatti in senso 'oggettivo', nel senso che non si richiede un particolare comportamento soggettivo di malafede, ma è sufficiente anche la condotta non intenzionale o meramente colposa della parte che, senza giustificato motivo, ha eluso le aspettative della controparte (Consiglio di Stato, sez. III – 18/1/2013 n. 279)”.*

¹²¹ A titolo esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633: *“Nel caso di specie, in altri termini, si è in presenza di una fattispecie nella quale la stazione appaltante, dopo aver bandito e aggiudicato una gara, ha deciso di non concludere il contratto (e di revocare quindi gli atti di gara) a causa di una sopravvenuta carenza di risorse finanziarie, carenza imputabile non a circostanze eccezionali o estranee alla propria sfera di controllo, ma a una scelta consapevolmente e volontariamente effettuata, che si è risolta nella rinuncia al finanziamento già ottenuto senza cercare prima ragionevoli alternative a tutela del maturato affidamento del suo contraente. Rinuncia compiuta in un momento in cui già vi era un provvedimento di aggiudicazione e, quindi, era configurabile in capo all'aggiudicatario un tale affidamento meritevole di tutela e di prudente considerazione”.*

¹²² A titolo esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. III, 21 gennaio 2013, n. 339: *“Alcuna responsabilità precontrattuale è addebitabile alla stazione appaltante che decida di revocare l'aggiudicazione provvisoria in ragione di un sopraggiunto mutamento organizzatorio determinato da mutamenti normativi: invero, in questo caso non sussistono i presupposti necessari per il prodursi della responsabilità precontrattuale, mancando sia l'elemento soggettivo della colpa in capo all'Amministrazione, sia l'ingiustizia del danno; così pure non è configurabile una violazione dei principi di correttezza e buona fede ex art. 1337 c.c., né la violazione delle regole di buona amministrazione; senza dimenticare, infine, che il sopraggiungere di un nuovo assetto normativo rappresenta una circostanza del tutto indipendente dalla volontà dell'Amministrazione”.*

Per quanto riguarda le “poste di danno” risarcibili (nel caso in cui, ovviamente, sussistano tutti gli elementi sopra richiamati), la giurisprudenza amministrativa, ha ritenuto fondamentale di tutelare l’interesse dei partecipanti ad una gara a non essere coinvolti in trattative inutili (¹²³).

Ne deriva:

- 1) l’esclusione, in via generale, del risarcimento del c.d. “interesse positivo” (utile e danno curriculare) (¹²⁴), salvo situazioni di già avvenuta emanazione del provvedimento di aggiudicazione (¹²⁵);
- 2) la risarcibilità soltanto del c.d. “interesse negativo”, ovvero delle poste di danno riferibili essenzialmente alle spese di gara ed alla c.d. “perdita di chances alternative” (¹²⁶).

¹²³ A titolo esemplificativo, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633: *“Nei casi di responsabilità precontrattuale propriamente detti, infatti, ciò che il privato lamenta non è la mancata aggiudicazione, ma la lesione della sua corretta autodeterminazione negoziale. Questa, del resto, è anche la ragione per la quale, in caso di responsabilità precontrattuale da ingiustificato recesso dalla trattative (nel cui ambito si inquadra la vicenda in esame, in cui viene in rilievo la revoca degli atti di gara), il danno è commisurato non al c.d. interesse positivo (ovvero alle utilità economiche che il privato avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto), ma al c.d. interesse negativo, da intendersi, appunto, come interesse a non essere coinvolto in trattative inutili, a non investire inutilmente tempo e risorse economiche partecipando a trattative (o, nel presente caso, a gare d'appalto) destinate poi a rivelarsi del tutto inutili a causa del recesso scorretto della controparte”*.

¹²⁴ A titolo esemplificativo, si riporta un ulteriore passaggio della già richiamata decisione del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633): *“Non meritano, quindi, risarcimento le voci che fanno riferimento all'interesse c.d. positivo (l'interesse all'esecuzione dell'appalto), che attengono, appunto, alle utilità e ai vantaggi che sarebbero derivati dall'esecuzione del contratto. In quest'ottica si deve ritenere condivisibile la mancata risarcibilità del c.d. danno curriculare. Nell'ambito della responsabilità precontrattuale (nonostante il Collegio sia consapevole dell'esistenza di precedenti giurisprudenziali di diverso avviso), il c.d. danno curriculare non è risarcibile, perché non attiene all'interesse negativo, ma, più propriamente, all'interesse positivo, derivando proprio dalla mancata esecuzione dell'appalto, non dall'inutilità della trattativa. Il c.d. danno curriculare può, infatti, essere definito come il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto”*.

¹²⁵ Si segnala, in particolare, un unico precedente giurisprudenziale che riconosce la risarcibilità anche del c.d. danno curriculare (ordinariamente escluso, come sopra indicato, in quanto facente parte del c.d. interesse positivo), qualora nelle trattative si fosse arrivati già all’aggiudicazione definitiva ed alla definizione di gran parte del contenuto del contratto. In particolare, in tale senso, si veda Cons. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156: *“A tali voci, ritiene il Collegio che possa essere aggiunto il cd. ‘danno curriculare’, cioè quel danno consistente nell'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito. E ciò nei casi in cui la responsabilità precontrattuale della P.A. non si configura con riferimento ad una interruzione delle trattative, che determina la mancata stipula del contratto, intervenuta in un generico momento delle stesse, bensì laddove si era già addivenuti alla sicura individuazione del contraente, a maggior ragione se per il tramite dell'aggiudicazione definitiva ed in presenza di un contenuto contrattuale già compiutamente definito, per il tramite del bando di gara e dell'offerta aggiudicataria”*.

¹²⁶ A titolo esemplificativo, si vedano le seguenti pronunce.

In particolare, con riferimento a ciascuna di tali due tipologie di poste risarcibili, la giurisprudenza ha evidenziato quanto segue:

- 1) le spese di gara - ovvero tutte le spese sostenute inutilmente dal concorrente al fine di partecipare alla gara (formulazione dell'offerta, eventuale costituzione di ATI, ecc.) - sono risarcibili soltanto se e nei limiti in cui il ricorrente abbia dimostrato specificamente l'effettivo esborso di denaro per partecipare alla gara stessa, non essendo stata ritenuta sufficiente neanche l'esibizione delle relative fatture (¹²⁷);
- 2) la c.d. "perdita di chance contrattuale alternativa", cioè la perdita della possibilità di stipulare altri contratti alternativi:
 - a) è risarcibile soltanto se e nei limiti in cui tali altre possibilità abbiano assunto un certo grado di concretezza (ad esempio, nel caso di stato avanzato delle trattative

-
- 1) Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1357: *"Nel caso di accertata responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione il danno risarcibile è solo quello circoscritto al c.d. interesse contrattuale negativo, comprensivo delle spese inutilmente sostenute e della perdita di favorevoli occasioni in quanto impegnate in inutili trattative"*.
 - 2) Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633: *"12.1. In primo luogo, la sentenza appellata merita conferma laddove afferma il principio secondo cui, trattandosi di responsabilità precontrattuale, il danno va risarcito nei limiti dell'interesse negativo, che include soltanto le spese sostenute per la partecipazione alla gara ed, eventualmente, la perdita della c.d. chance contrattuale alternativa"*.
 - 3) Cons. Stato, Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156: *"La responsabilità precontrattuale comporta l'obbligo di risarcimento del danno nei limiti del cd. interesse negativo, e cioè dell'interesse del soggetto a non essere leso nell'esercizio della sua libertà negoziale laddove l'interesse positivo è interesse all'esecuzione del contratto; di conseguenza, mentre l'interesse positivo consiste nella perdita che il soggetto avrebbe evitato (danno emergente) e nel vantaggio economico che avrebbe conseguito (lucro cessante) se il contratto fosse stato eseguito, al contrario il danno proprio dell'interesse negativo consiste nel pregiudizio che il soggetto subisce per avere inutilmente confidato nella conclusione e nella validità del contratto ovvero per avere stipulato un contratto che senza l'altrui ingerenza non avrebbe stipulato o avrebbe stipulato a condizioni diverse; ne consegue che, nel caso di mancata conclusione del contratto, il soggetto ha diritto al risarcimento del danno consistente innanzi tutto nelle spese inutilmente sostenute e inoltre nella perdita di favorevoli occasioni contrattuali, cioè di ulteriori possibilità vantaggiose sfuggite al contraente a causa della trattativa inutilmente intercorsa, ovvero a causa dell'inutile stipulazione del contratto"*.

¹²⁷ A titolo esemplificativo, si riporta un ulteriore passaggio della già richiamata decisione del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633): *"12.2. Per quanto riguarda, invece, le spese sostenute per la partecipazione alla gara, l'appello principale merita parziale accoglimento. Il Collegio ritiene che debbano essere risarcite tutte le spese documentate e specificamente sostenute per la gara. Vanno risarcite in particolare le spese inerenti la elaborazione dell'offerta, la progettazione e pianificazione della commessa nella fase precedente alla gara, le spese sostenute per la costituzione dell'associazione temporanea di imprese, le spese sostenute per le polizze fideiussorie e, più in generale, tutte le spese comunque riconducibili all'attività svolta per la partecipazione alla gara. Resta inteso, ovviamente, che tali spese andranno risarcite solo se, e nella misura in cui, l'a.t.i. Edilcostruzioni sia in grado di fornire alla stazione appaltante copia dei pagamenti effettuati per la partecipazione alla gara, non potendosi ritenere sufficiente la mera esibizione della fattura, atteso che essa non dimostra l'avvenuto pagamento e, quindi, l'effettivo sostenimento del costo da rimborsare"*.

- seppure in assenza della stipulazione del contratto) ⁽¹²⁸⁾;
- b) non rileva, nemmeno come eventuale atteggiamento negligente dell'operatore economico, il fatto di non aver accettato altre proposte contrattuali, poiché tale ipotesi rientra nella sfera di autodeterminazione imprenditoriale del concorrente, purchè non esercitata in modo irragionevole ⁽¹²⁹⁾;
- c) per la quantificazione della perdita di chance contrattuale alternativa, si fa normalmente riferimento al criterio equitativo, data l'estrema difficoltà di determinare l'esatto ammontare di utile che il concorrente avrebbe maturato in esito alla positiva conclusione delle trattative ed alla stipulazione del relativo contratto; in genere, considerato anche il carattere non certo della stipulazione del c.d. "contratto alternativo", viene definito equo un presunto utile calcolato su un importo percentuale pari normalmente al 5% del valore del contratto perso (o della media dei contratti persi, qualora le opportunità fossero state più di una) ⁽¹³⁰⁾.

¹²⁸ A titolo esemplificativo, si riporta un ulteriore passaggio della già richiamata decisione del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633): *"In altri termini, ai fini del riconoscimento di questo tipo di danno, non si richiede che il contratto alternativo poi "rinunciato" sia già stato concluso, ed è al contrario sufficiente (anzi è proprio questo il presupposto del danno) che si dimostri che vi era una reale e concreta possibilità di concludere un diverso e fruttuoso contratto e che questo non è stato concluso proprio per effetto dell'affidamento concretamente e seriamente ingenerato dall'aggiudicazione poi indebitamente ritirata dalla stazione appaltante. Nella specie peraltro, a differenza di quanto sostenuto dalla sentenza appellata, non vengono in considerazione mere proposte o mere trattative precontrattuali. L'a.t.i. Edilcostruzioni documenta, infatti, che le trattative 'alternative' si erano sostanzialmente concluse mediante l'accettazione, da parte dei vari committenti, delle proposte o dei preventivi inviati dalle imprese che compongono l'a.t.i. Edilcostruzioni. Le trattative erano quindi giunte a un punto molto serio e avanzato, il che permette qui di ritenere configurabile l'esistenza di una significativa chance contrattuale alternativa"*.

¹²⁹ A titolo esemplificativo, si riporta un ulteriore passaggio della già richiamata decisione del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633): *"Pertanto, anche se in astratto la struttura aziendale delle imprese fosse stata compatibile con la contemporanea esecuzione di più contratti (circostanza, peraltro, che non emerge dagli atti di gara, mancando la prova dell'incompatibilità, come quella della compatibilità), è dirimente che nella specie le società abbiano preferito, in un esercizio che non appare incauto o irragionevole dell'autodeterminazione imprenditoriale, non assumere contestualmente più impegni, preferendo concentrarsi sull'appalto per loro già certo e concreto, e ragionevolmente - per le sue caratteristiche - stimato preferibile, relativo al Nuovo Centro Termale di Santa Cesarea. Tale scelta imprenditoriale non appare irrazionale né frutto di un comportamento negligente, come tale rilevante ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, Cod. civ.. La scelta, fra vari contratti, di quello stimato più conveniente, e la conseguente decisione di eseguirlo in via esclusiva e senza assumere impegni concomitanti, esprime una scelta strategica di impresa che in assenza di dimostrazione contraria e per le circostanze date appare sensata e ragionevole, vale a dire esprime un uso lineare e corretto della diligenza imprenditoriale; e manifesta - in relazione al quadro generale delle opportunità contrattuali presenti in quel contesto - una corretta autodeterminazione economica dell'imprenditore. Sicché una scelta di tal genere, proprio perché non risulta manifestamente strumentale, incauta o irragionevole, non costituisce in sé un comportamento negligente che possa rilevare ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, Cod. civ."*.

¹³⁰ A titolo esemplificativo, si riporta un ulteriore passaggio della già richiamata decisione del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 633).

CONCLUSIONI.

Alla luce delle risposte fornite dalla dottrina e dalla giurisprudenza in ordine alle complesse e rilevanti questioni analizzate in materia di risarcimento dei danni nel settore degli appalti pubblici, si evidenziano due considerazioni finali relative rispettivamente all'influenza positiva del Diritto Europeo ed alla evoluzione della cultura del risarcimento dei danni nel Diritto Amministrativo.

1. Una prima considerazione (accennata già nel par. II) attiene alla constatazione dei positivi benefici del pragmatismo del Diritto Europeo sul Diritto Amministrativo sostanziale e processuale italiano, in particolare, con riferimento all'avvenuta imposizione, da parte del primo, della devoluzione di tutte le questioni relative alle procedure di gara (annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto) alla giurisdizione di un unico Giudice, poi individuato nel Giudice Amministrativo, innanzi al quale si è, pertanto, realizzato un sistema di tutela "integrale" (artt. 120-125 C.P.A.), che, alla luce dell'analisi della giurisprudenza formatasi successivamente all'entrata in vigore del Codice del Processo Amministrativo, garantisce al cittadino ed alle imprese quella effettività e quella pienezza della tutela, sancite quali "architavi" del Processo Amministrativo dall'art. 1 del Codice (¹³¹).

Tale "sistema integrale" di tutele contempla, infatti, nel settore degli appalti pubblici, una

"12.6. A tal fine, fra i vari contratti indicati dalle società appellanti, un elementare criterio di proporzione conduce a prendere senz'altro in considerazione un contratto di importo assimilabile, per importanza, a quello oggetto della gara bandita dalla società Terme di Santa Cesarea. Per la Edilcostruzioni s.r.l. i contratti alternativi di maggiore importanza hanno un valore economico medio intorno a circa Euro 1.600.000 (facendo una media approssimativa dei lavori da eseguire in favore rispettivamente dell'impresa Fumarola, Sagittario s.r.l. e Le Valli Immobiliari s.r.l. ed escludendo i lavori - di ben più modesta entità - commissionati dall'impresa Corsano Mario da Vitigliano). [...]"

12.7. Si tratta, a questo punto, di determinare qual è il danno derivante dalla perdita della chance di stipulare ed eseguire un ipotetico contratto alternativo di tale importo. [...]. In assenza di un criterio legale di determinazione del danno e a fronte della difficoltà di determinare nel suo preciso ammontare questo tipo di pregiudizio patrimoniale, non resta che ricorrere alla valutazione equitativa. A tal proposito, considerate le circostanze e tenuto conto del fatto che quella che viene in considerazione è, comunque, una semplice chance contrattuale (sia pure significativa per il livello avanzato cui erano giunte le trattative), e non un contratto alternativo definito e dunque definitivamente "certo", appare equo riconoscere un importo pari al 5% dell'importo del contratto alternativo come sopra determinato".

¹³¹ Per completezza, si riporta il testo dell'art. 1 CPA.

"art. 1. Effettività - La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo".

tutela giurisdizionale articolata in tutte le sue possibili esplicazioni, quale espressione di tutte le tipologie di azioni possibili (annullamento dell'aggiudicazione; accertamento della eventuale fondatezza della pretesa al subentro nel contratto; condanna dell'Amministrazione al subentro, quale accoglimento dell'azione di adempimento o quale reintegrazione in forma specifica, a seconda delle diverse posizioni assunte in dottrina e giurisprudenza; risarcimento per equivalente nei casi e per la parte di contratto per la quale non sia stato possibile il subentro; risarcimento per equivalente della perdita di chance derivante da responsabilità amministrativa o da responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione; eventuali sanzioni alternative ecc.), laddove, invece, in tutti gli altri settori del Diritto Amministrativo, la completezza delle azioni esperibili (con specifico riferimento all'accertamento della fondatezza della pretesa e relativa condanna dell'Amministrazione al relativo *facere*), seppure prevista formalmente sulla "carta", resta ancora in parte inespressa (¹³²).

¹³² Si consenta di richiamare, in tale senso, E. LUBRANO, "Le azioni a tutela degli interessi pretensivi nel nuovo processo amministrativo", Istituto Editoriale Regioni Italiane, 2012 e, in particolare, le relative conclusioni, nell'ambito delle quali si rileva come la completezza delle azioni esperibili - per quanto formalmente riconosciuta dal Codice del Processo Amministrativo dopo il Secondo Correttivo - sia ancora tutta da conquistare nella sua applicazione effettiva da parte della giurisprudenza.

*"Ad oggi, dunque, in via generale ed astratta, risulta formalmente ammessa l'azione di adempimento e, di conseguenza, dovrebbero esserlo anche l'azione di condanna ad un *facere* (che ne costituisce il *genus*) e l'azione di accertamento della fondatezza della pretesa (che ne costituisce un presupposto), peraltro ormai riconosciute dalla giurisprudenza.*

Ma la risposta di un sistema non è nella previsione generale ed astratta delle regole (comunque indispensabile per muovere la cultura di settore a guardare avanti ed a camminare nella nuova direzione), quanto piuttosto nella loro applicazione specifica e concreta, caso per caso, giorno dopo giorno.

E', infatti, evidente che la previsione generale dell'ammissibilità dell'azione di adempimento (peraltro corredata di limiti apparentemente stringenti, quali attività vincolata o a discrezionalità esaurita) rimarrebbe lettera morta se non fosse seguita da un'applicazione concreta di essa, con definizione, ad opera della giurisprudenza, del principio (sostenuto nel Capitolo X) di obbligatorio esaurimento della discrezionalità amministrativa alla fine del percorso procedimentale (ovvero con l'emanazione del provvedimento con il limite del c.d. 'one shot') o, quantomeno, nell'ambito del processo amministrativo; con realizzazione di un sistema che consenta sempre e comunque (salvo casi eccezionali in cui non sia materialmente possibile) la definizione del rapporto Amministrazione-amministrato nella sua interezza con la sentenza del Giudice Amministrativo.

*L'auspicio, quindi, è che – una volta formalmente riconosciuta l'ammissibilità delle azioni in questione, quale presupposto necessario per la realizzazione di una giurisdizione sul rapporto – la Giustizia Amministrativa applichi effettivamente tali principi nella realtà quotidiana, in tutte le questioni aventi ad oggetto interessi pretensivi, concludendo i relativi giudizi (laddove le istanze del privato risultino fondate) con espresso accertamento della fondatezza della pretesa del cittadino e con condanna dell'Amministrazione ad un *facere* specifico (non soltanto nella parte motivazionale della sentenza, ma anche nel suo dispositivo), realizzando così un sistema di giurisdizione piena, senza più 'code' post iudicium di riedizione del potere amministrativo.*

Alla luce dei principi-obiettivo non solo di effettività e pienezza della tutela, ma anche di concentrazione del giudizio (in un unico processo) e parità delle parti (non solo nel processo, ma in tutto il rapporto, dalla fase procedimentale alla fase processuale), infatti, non può più avere alcun senso una riedizione del potere da parte di un'Amministrazione che sia stata parte soccombente in un giudizio e, come tale, sia diventata priva della necessaria terzietà rispetto alla questione e, quindi, incapace di guidare l'azione amministrativa secondo il principio di 'imparzialità' sancito dall'art. 97 della Costituzione, quale presupposto imprescindibile per perseguire il "buon andamento" della stessa: 'chi

Tale “sistema” costituisce il risultato, senz’altro positivo, dell’estensione della giurisdizione del Giudice Amministrativo anche alla c.d. “sorte del contratto”, risultato al quale il legislatore italiano è pervenuto soltanto in dovuta esecuzione della Direttiva dell’Unione Europea 2007/66 (¹³³), in assenza della quale, molto verosimilmente, allo stato attuale, ci troveremmo ancora in un contesto di frazionamento della tutela giurisdizionale in due giudizi (con devoluzione al Giudice Amministrativo delle questioni relative all’annullamento dell’aggiudicazione e al Giudice Ordinario delle questioni relative alla sorte del contratto), che, nella materia del risarcimento del danno, si sarebbe realisticamente ulteriormente frazionato in tre distinti giudizi (annullamento dell’aggiudicazione innanzi al Giudice Amministrativo; sorte del contratto, con accertamento della fondatezza della pretesa al subentro nel contratto, innanzi al Giudice Ordinario; risarcimento per equivalente, per la parte del contratto in ordine alla quale non fosse stato possibile il subentro, innanzi al Giudice Amministrativo).

2. La seconda considerazione attiene alla positiva evoluzione della cultura del risarcimento dei danni nel Diritto Amministrativo: l’analisi delle risposte fornite dalla giurisprudenza nel settore degli appalti pubblici evidenzia, infatti, un notevole approfondimento delle numerose e complesse questioni (di carattere civilistico) relative alla tutela risarcitoria (nell’*an*, nel *quid*, nel *quomodo* e nel *quantum*), con riferimento rispettivamente al suo riconoscimento (mediante verifica della sussistenza dei relativi elementi costitutivi), alla tipologia di responsabilità dell’Amministrazione (contrattuale o precontrattuale), alla tipologia di tutela riconoscibile (mediante scelta delle forme di tutela da approntare nel caso specifico, tra reintegrazione in forma

voglia giudicare del vero nel modo dovuto ha da essere piuttosto arbitro che parte in causa’ (Aristotele, Il Cielo, I (A) 10, 279, 10-12)”.

¹³³ In tale senso, in particolare, si veda C. VOLPE, “La tutela risarcitoria innanzi al Giudice Amministrativo: in particolare, l’influenza del diritto europeo”, pubblicato in www.giustizia-amministrativa.it, nel quale l’Autore sottolinea il positivo influsso del Diritto Europeo, evidenziando quanto segue. “In attuazione della direttiva 2007/66/CEE - di modifica delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia d’aggiudicazione degli appalti pubblici - la problematica della dichiarazione di inefficacia del contratto è stata risolta dal decreto legislativo n. 53/2010, prima, e dal codice del processo amministrativo, poi. Innanzi al giudice amministrativo sono concentrate sia le questioni attinenti la legittimità dell’aggiudicazione che quelle inerenti l’efficacia del contratto; e comunque allo stesso compete dichiarare l’inefficacia del contratto nei casi previsti (articoli 121 e seguenti del codice del processo amministrativo). Il che rappresenta un altro caso di influenza del diritto europeo nel diritto interno, in applicazione del principio di effettività della tutela che trova espressa enunciazione in uno dei considerando della direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CEE: ‘l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto”.

specifica e/o tutela per equivalente) e, infine, alla quantificazione del risarcimento per equivalente (con elaborazione di una serie di criteri di valutazione e di “abbattimento” del risarcimento).

Tale necessario approfondimento delle varie tematiche relative al risarcimento dei danni in materia di appalti ha imposto e sta tuttora determinando una progressiva apertura della *formae mentis* di tutti gli operatori nel settore del Diritto Amministrativo (Avvocati e Magistrati) alla materia del risarcimento dei danni in generale, finora oggetto di limitata applicazione (soprattutto nei settori diversi dagli appalti), come correttamente rilevato in dottrina (¹³⁴).

L’auspicio è che tale evoluzione di pensiero porti presto anche tutti gli altri settori diversi dagli appalti pubblici (sulla “scia” di quanto avvenuto nella materia degli appalti) alla cultura del Giudizio Amministrativo come processo avente ad oggetto anche il risarcimento dei danni.

¹³⁴ In tale senso si pongono le conclusioni di un recente studio sul risarcimento dei danni nel Giudizio Amministrativo: H. SIMONETTI, *La parabola del risarcimento per lesione degli interessi legittimi. Dalla negazione alla marginalità?*, pubblicato in www.giustizia-amministrativa.it (ottobre 2012): “*ne è derivata, nell’insieme, un’applicazione della tutela risarcitoria sin qui abbastanza deludente nei modi e molto contenuta nei numeri, sino al punto da scomodare la domanda evangelica: ‘sei tu quello che doveva venire o dobbiamo aspettarne un altro?’*”.