



N.6666/2003

Reg. Dec.

N. 807 Reg. Ric.

Anno 2002

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)  
ha pronunciato la seguente

**D E C I S I O N E**

sul ricorso in appello proposto dalla Tor di Valle Costruzioni  
S.p.a. nella persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'avv. Pierluigi Piselli, col quale  
elettivamente domicilia in Roma, Via Giuseppe Mercalli n. 13  
(appellante)

**contro**

il Ministero dei lavori pubblici ed il Provveditorato regionale  
alle opere pubbliche per l'Umbria, rappresentati e difesi  
dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la quale, *ope legis*,  
domiciliano in Roma, Via dei Portoghesi n. 12 (appellati)

**e nei confronti**

della Tecnis S.p.a., in persona del legale rappresentante, ed in  
A.T.I. con la Si.Gen. Co. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv.  
prof. Eugenio Piccozza, col quale elettivamente domicilia in  
Roma, Via delle Quattro Fontane n.16 (appellante incidentale)

**per l'annullamento**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per  
il Lazio, Sez. III, 30 novembre 2001, n. 8902;

ma

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione dell'Amministrazione;

Visto il controricorso e ricorso incidentale proposto dalla  
Soc. Tecnis;

Vista la decisione di questa Sezione n. 5363/2002;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle  
rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 10 giugno 2003 il  
Consigliere Nicola Russo;

Udito l'avvocato dello Stato Linda;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

### **FATTO**

Con sentenza n. 8902 del 30 novembre 2001 il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III, accoglieva il ricorso incidentale col quale l'ATI di cui era mandataria Tecnis S.p.a. aveva contestato la legittimità dell'ammissione alla gara a licitazione privata per l'affidamento dei lavori di sistemazione idrogeologica di versante in frana in località "Ivancich" del comune di Assisi (da aggiudicarsi col criterio del prezzo più basso mediante offerta a prezzi unitari, su un importo a base d'asta per £. 24.247.392.730) della Tor di Valle S.p.a. e, per conseguenza, dichiarava improcedibile il ricorso presentato da quest'ultima avverso l'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Tale sentenza è stata riformata da questa Sezione con decisione n. 5363 del 18 giugno – 9 ottobre 2002, la quale, in accoglimento dell'appello proposto dalla Tor di Valle, ha così disposto: a) ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale proposto dalla Tecnis; b) ha accolto il ricorso di primo grado proposto dalla Tor di Valle e, per l'effetto, ha annullato gli atti ivi impugnati (ritenendo, quindi, illegittima l'aggiudicazione disposta in favore dell'ATI Tecnis S.p.a. – Si. Gen. Co. S.r.l.); c) ha rinviato ogni decisione sulla domanda di risarcimento del danno all'esito delle determinazioni dell'Amministrazione.

Più in particolare, questa Sezione, con la citata decisione n. 5363/2002, rilevava che nell'atto di appello Tor di Valle, nella sua qualità di seconda classificata nell'ambito della procedura di gara in controversia, aveva riproposto l'istanza risarcitoria - da soddisfarsi in forma specifica o per equivalente - già avanzata in prime cure e che la medesima aveva precisato, nella memoria del 12 giugno 2002 - allegando documentata relazione tecnica - che i lavori, affidati alla Tecnis il 14 giugno 2001 (da ultimarsi in 36 mesi decorrenti da quella data) erano in fase di stallo (come dimostrato dal fatto che l'emissione del primo S.A.L., per un importo di lavori inferiore al 10% dell'opera, era prevista non prima del mese di luglio del 2002), donde la richiesta di risarcimento in forma specifica con aggiudicazione dei lavori ed immissione nel cantiere; rilevava, infine, che, in alternativa, l'equivalente del pregiudizio sofferto era stato quantificato da Tor di Valle nel 10% dell'importo

contrattuale (riferito in realtà al prezzo a base d'asta e non a quello di aggiudicazione).

In tale contesto, questa Sezione, con la decisione in argomento (n. 5363/2002), disponeva di verificare se effettivamente sussistessero le condizioni tecnico-operative per l'eventuale immissione dell'impresa Tor di Valle nell'area di cantiere, con subentro all'aggiudicataria ATI Tecnis.

Della relativa verifica la decisione incaricava il Provveditorato regionale alle Opere Pubbliche per l'Umbria, il quale veniva invitato a chiarire - con documentata relazione da produrre entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione della decisione - l'effettivo andamento dei lavori affidati a Tecnis e la praticabilità operativa del subentro di Tor di Valle.

In data 13 dicembre 2002 il Provveditorato ha provveduto al deposito della relazione.

Con istanza ritualmente notificata alle controparti in data 18 marzo 2003 l'appellata Tecnis S.p.a. ha chiesto la fissazione dell'udienza di merito della causa, a seguito del deposito della relazione da parte del Provveditorato regionale alle Opere Pubbliche.

Prima dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie, con le quali hanno ulteriormente ribadito ed illustrato le proprie tesi difensive.

All'udienza del 10 giugno 2003 la causa è stata trattenuta in decisione.

### **DIRITTO**

Come esposto nella parte narrativa del fatto, questa Sezione, con decisione n. 5363/2002, in accoglimento dell'appello proposto dalla Tor di Valle S.p.a. avverso la sentenza del T.A.R. Lazio, Sez. III, n. 8902/2001, ha così statuito:

- a) ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale proposto dall'ATI Tecnis avverso la mancata esclusione della Tor di Valle dalla gara a licitazione privata per l'affidamento dei lavori di sistemazione idrogeologica del versante in frana "Ivancich" del comune di Assisi;
- b) ha accolto il ricorso principale proposto dalla Tor di Valle e, per l'effetto, ha annullato gli atti di gara impugnati e, quindi, l'aggiudicazione disposta in favore della prima graduata, ATI Tecnis S.p.a. – Si. Gen. Co. S.r.l.;
- c) ha rinviato ogni decisione sulla domanda di risarcimento del danno, riproposta dall'appellante Tor di Valle, ricorrente in primo grado, all'esito delle determinazioni dell'Amministrazione e, all'uopo, ha contestualmente incaricato il Provveditorato regionale alle Opere Pubbliche per l'Umbria di verificare se effettivamente sussistessero, come richiesto dalla Tor di Valle, le condizioni tecnico-operative per l'eventuale immissione dell'impresa medesima nell'area di cantiere, con subentro all'aggiudicataria ATI Tecnis, invitando il Provveditorato medesimo a depositare una documentata

relazione sull'effettivo andamento dei lavori affidati alla Tecnis e sulla praticabilità operativa del subentro di Tor di Valle all'aggiudicataria.

Alla luce della suddetta pronuncia di questa Sezione la materia del contendere risulta, pertanto, circoscritta all'esame della domanda risarcitoria riproposta nell'atto di appello dalla Tor di Valle, nella sua qualità di seconda classificata nell'ambito della procedura di gara in controversia, da soddisfarsi in forma specifica o per equivalente, vale a dire nella valutazione della praticabilità del subentro di Tor di Valle alla Tecnis, quale risarcimento in forma specifica, ovvero, in caso negativo e in via subordinata, nella determinazione dei criteri per provvedere al risarcimento del danno per equivalente, quantificato dalla Tor di Valle nel 10% dell'importo contrattuale.

Tutto ciò in esito all'accertamento, affidato dalla citata decisione al Provveditorato regionale alle Opere Pubbliche, sull'andamento dei lavori e sulla praticabilità del subentro della Tor di Valle, accertamento cui, peraltro, il Provveditorato ha tempestivamente provveduto (in data 13 dicembre 2002) tramite il deposito della relazione richiesta.

Ciò premesso, appare al Collegio estranea all'oggetto del presente giudizio, avente ad oggetto la domanda di risarcimento del danno, la questione, sollevata dalla parte appellata (nell'istanza di prosecuzione del giudizio e fissazione di udienza), relativa alla sussistenza o meno in capo

all'appellante società Tor di Valle dei requisiti di qualificazione per eseguire i lavori oggetto dell'appalto *de quo*, dal momento che tale questione inerisce al giudizio di annullamento che, invece, come si è detto, si è ormai definitivamente concluso.

E, infatti, per quanto riguarda la questione dell'ammissibilità dell'offerta di Tor di Valle, seconda classificata, la summenzionata decisione di questa Sezione n. 5363/2002 ha statuito - in riforma della sentenza impugnata che lo aveva accolto - l'inammissibilità del ricorso incidentale di primo grado, con cui la controinteressata aggiudicataria, ATI Tecnis, aveva, appunto, proposto tale questione, deducendo che la ricorrente non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara per mancanza dei requisiti di qualificazione.

Tale parte o capo di sentenza, inerente al giudizio di annullamento, è, quindi, ormai coperto dal giudicato e non può essere rimesso in discussione nel diverso - anche se processualmente connesso - giudizio di risarcimento del danno.

Prima di passare ad esaminare *funditus* l'odierna materia del contendere, appare, tuttavia, necessario fare qualche breve cenno alla problematica, di notevole rilevanza pratica, relativa alle conseguenze giuridiche determinate dall'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione sulla sorte del contratto stipulato dall'Amministrazione.

Com'è noto, sussiste al riguardo un acceso contrasto giurisprudenziale.

La giurisprudenza del giudice ordinario ritiene che l'annullamento con effetti *ex tunc* degli atti amministrativi emanati in vista della conclusione del contratto – deliberazione di contrattare, bando, aggiudicazione – incida sulla sua validità, in quanto priva l'Amministrazione della legittimazione e della capacità stessa (art. 1425 c.c.) a contrattare, determinando l'annullabilità del contratto; siffatto annullamento, però, può essere pronunciato solo su richiesta dell'Amministrazione contraente, la quale sarebbe l'unica parte interessata ai sensi dell'art. 1441 c.c., secondo cui <<l'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge>> (cfr. Cass., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269; Cass., Sez. I, 28 marzo 1996, n. 2842; Cass., Sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885).

Altro orientamento del giudice ordinario propende, invece, per la tesi della nullità per mancanza del consenso (cfr. Cass., Sez. III, 9 gennaio 2002, n. 193).

Viene, poi, riconosciuta la nullità del contratto nel caso di incompetenza assoluta dell'organo stipulante (cfr. Cass., 9 ottobre 1961, n. 2058; Cass., 10 aprile 1978, n. 1668).

La posizione del giudice amministrativo non coincide con quella del giudice ordinario.

L'orientamento prevalente del giudice amministrativo, infatti, afferma la tesi della caducazione automatica (così Cons. St., Sez. V, 25 maggio 1998, n. 677, in un caso di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione; *id.*, 30 marzo 1993, n. 435, che

afferma il travolgimento automatico del contratto per effetto dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione; Cons. St., Sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, muovendo dal principio di conservazione degli atti, per cui la graduatoria della gara conserva i suoi effetti per il caso in cui venga meno la prima aggiudicazione, afferma che l'annullamento dell'aggiudicazione in favore del primo graduato comporta l'aggiudicazione automatica in favore del secondo graduato; di recente, Cons. St., Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; Cons. St., Sez. VI, 14 marzo 2003, n. 1518).

Il profilo della caducazione automatica è stato, poi, di recente approfondito dalla VI Sezione di questo Consiglio (cfr. dec. 5 maggio 2003, n. 2332), che ha ripreso la tesi, di matrice dottrinarica, della inefficacia del contratto per mancanza legale del procedimento, vale a dire per carenza del presupposto legale di efficacia del contratto costituito dalla fase di evidenza pubblica (mancanza legale del procedimento), riconducendone l'effetto al principio generale, proprio anche dei negozi giuridici privati collegati in via necessaria, secondo cui *simul stabunt, simul cadent*.

Altro orientamento della VI Sezione di questo Consiglio ritiene accoglibile l'impostazione tradizionale relativa alla normale efficacia caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto conseguente, ma con il temperamento costituito dalla salvezza dei diritti dei terzi in buona fede in applicazione analogica degli artt. 23, comma 2 e 25, comma 2, del codice

civile, applicabili alla Pubblica amministrazione in quanto persona giuridica *ex art. 11* dello stesso codice (cfr. Cons. St., Sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992).

Secondo un orientamento dei giudici amministrativi di primo grado, invece, nella fattispecie si sarebbe in presenza di un'ipotesi di nullità per violazione di norme imperative *ex artt. 1418*, primo comma c.c. (c.d. nullità virtuale o extratestuale: cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177; TRGA Bolzano, 12 febbraio 2003, n. 48; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394; TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 7 maggio 2002, n. 802).

Per la tesi della nullità si è, poi, di recente pronunciata la V Sezione di questo Consiglio (cfr. dec. 13 novembre 2002, n. 6281), che, però, ha esaminato il caso particolare della carenza di potere della P.A. (rinegoziazione, dopo la gara, delle condizioni economiche previste in sede di aggiudicazione).

Ad avviso del Collegio, la tesi tradizionale dell'annullabilità relativa del contratto, a ben vedere, finisce col vanificare la tutela del soggetto controinteressato, il quale, pur avendo ottenuto ragione davanti al giudice amministrativo, ove il contratto sia stato già concluso, resta privo di alcun risultato praticamente utile, non essendo in grado di soddisfare la propria aspirazione finale ad essere il contraente; il contratto, infatti, sarebbe impugnabile dinanzi al giudice ordinario su iniziativa della sola Amministrazione soccombente nel giudizio amministrativo ed avrebbe una sua vita autonoma, preclusiva

di ogni utilità dell'annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale amministrativa, che non sia quella legata alla possibilità di richiedere il risarcimento del danno per equivalente.

Sul piano del buon senso, poi, appare iniquo che l'Amministrazione sia l'unico soggetto legittimato a lamentare la violazione delle norme ad evidenza pubblica per ottenere l'annullamento del contratto quando le illegittimità accertate in tale procedimento di regola non sono subite da essa Amministrazione, ma sono da questa provocate.

Senza dire che tale opzione ermeneutica potrebbe finire per risolversi in una facile elusione del principio di effettività della tutela giurisdizionale da parte dell'Amministrazione, mediante l'immediata stipula del contratto pur in presenza di violazioni della *par condicio* e di illegittimità degli atti di gara, se si considera che il più delle volte ben difficilmente l'annullamento dell'aggiudicazione può essere pronunciato prima della stipulazione del contratto.

La tesi della nullità del contratto, del pari, non convince, in quanto la nullità configura una patologia del contratto consistente in un vizio genetico che lo inficia *ab origine*, mentre nella specie trattasi di una vicenda sopravvenuta all'annullamento giurisdizionale dell'atto conclusivo della procedura di gara.

Accogliere la tesi della nullità del contratto, poi, significherebbe consentire la proposizione della relativa azione

dichiarativa in ogni tempo - stante l'imprescrittibilità della medesima (art. 1422 c.c.) - da parte di chiunque vi abbia interesse e anche la rilevabilità *ex officio* (art. 1421 c.c.), a prescindere, quindi, da una previa rituale e tempestiva impugnazione, da parte dei soli soggetti legittimati a ricorrere, dell'atto amministrativo viziato (deliberazione di contrattare, bando, aggiudicazione) nel termine di decadenza proprio del giudizio amministrativo.

Ma ciò, a ben considerare, finirebbe per pregiudicare alquanto la certezza dei rapporti giuridici, atteso che esporrebbe il contratto, magari a distanza di molto tempo dalla sua conclusione ed in corso di avanzata esecuzione, al rischio di venire travolto con effetto retroattivo ad iniziativa di chiunque vi abbia interesse.

Per gli stessi motivi non convince la tesi della caducazione automatica dell'intero contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione (o di altri atti della serie procedimentale) da parte del giudice amministrativo, caducazione automatica che, del resto, non trova appigli nella lettera della legge e contrasta con il principio della soggezione del contratto alla disciplina del diritto comune.

La tesi che appare preferibile, ad avviso del Collegio, è quella della mancanza del requisito della legittimazione a contrarre.

E, invero, la caducazione, in sede giurisdizionale o amministrativa, di atti della fase della formazione, attraverso i quali si è formata in concreto la volontà contrattuale

dell'Amministrazione, dà luogo alla conseguenza di privare l'Amministrazione stessa, con efficacia *ex tunc*, della legittimazione a negoziare; in sostanza, l'organo amministrativo che ha stipulato il contratto, una volta che viene a cadere, con effetto *ex tunc*, uno degli atti del procedimento costitutivo della volontà dell'Amministrazione, come la deliberazione di contrattare, il bando o l'aggiudicazione, si trova nella condizione di aver stipulato *injure*, privo della legittimazione che gli è stata conferita dai precedenti atti amministrativi (cfr. Cass., 20 novembre 1985, n. 5712).

La categoria che viene in gioco in tal caso non è l'annullabilità, ma l'inefficacia. E, infatti, nei contratti ad evidenza pubblica gli atti della serie pubblicistica e quelli della serie privatistica sono indipendenti quanto alla validità; i primi condizionano, però, l'efficacia dei secondi, di modo che il contratto diviene *ab origine* inefficace se uno degli atti del procedimento viene meno per una qualsiasi causa (cfr. Cass., 5 aprile 1976, n. 1197).

Di mancanza del presupposto o della condizione legale di efficacia, invece, deve parlarsi a proposito della fattispecie della mancata approvazione del contratto, che afferisce sostanzialmente alla fase dell'integrazione dell'efficacia del procedimento contrattuale e non incide sulla perfezione del contratto; l'approvazione, infatti, opera quale *condicio juris* e consiste in un atto amministrativo esterno al contratto ed alla

sua struttura, condizionante l'efficacia giuridica di questo e non la sua esistenza. La mancata approvazione rende il contratto non più eseguibile, così da liberare il privato contraente, come ovviamente l'Amministrazione, da ogni obbligo (cfr. Cass., 12 novembre 1992, n. 12182).

E, invece, l'inefficacia sopravvenuta derivante dall'annullamento degli atti di gara ovvero del provvedimento di aggiudicazione, sia in sede giurisdizionale, che amministrativa o in via di autotutela (sempre che, in tal caso ne ricorrano tutti i presupposti sostanziali) è relativa e può essere fatta valere solo dalla parte che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione.

Più problematica appare, invece, la posizione dell'Amministrazione.

Di regola il contratto rimane vincolante *inter partes*, nonostante l'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, fino all'adozione di apposite iniziative da parte degli interessati.

Tuttavia, appare meritevole di protezione anche l'interesse dell'Amministrazione a rimuovere gli effetti di situazioni ormai riconosciute illegittime. In tale eventualità, tuttavia, la P.A. può determinare l'inefficacia del contratto, ma attraverso il procedimento di annullamento degli atti di gara in via di autotutela, applicando i principi garantistici in materia (avviso di avvio del procedimento; congrua motivazione; adeguata

valutazione dell'interesse pubblico e dell'affidamento del contraente).

Per quanto, più in particolare, riguarda la tutela dei soggetti che abbiano ottenuto ragione dinanzi al giudice amministrativo tramite l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, nei casi in cui il contratto sia già stato concluso, ritiene il Collegio preferibile la posizione dottrinale orientata nel senso dell'applicazione della normativa dettata dal codice civile a proposito delle associazioni e fondazioni, in quanto esprime principi generali, applicabili anche alla Pubblica amministrazione, quale persona giuridica *ex art. 11 c.c.*, soggetta, quindi, oltre che alle norme di diritto pubblico, anche alle norme civilistiche essenziali che disciplinano le persone giuridiche (cfr., in tal senso, anche se nell'ambito della teoria della inefficacia del contratto per difetto di un presupposto o di una condizione di efficacia del contratto, Cons. St., Sez. VI, n. 2992 del 2003 cit.).

Secondo tali principi, l'annullamento della deliberazione formativa della volontà contrattuale dell'ente "non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima" (art. 23 e 25 c.c.).

Questo criterio, invero, consente di tutelare la posizione del contraente di buona fede, ma allo stesso tempo consente di dare pieno riconoscimento alle ragioni di colui che abbia ottenuto l'annullamento di atti della fase di formazione (e

segnatamente, dell'aggiudicazione) laddove possa essere esclusa la buona fede del contraente, travolgendo in tal caso detto annullamento la fattispecie contrattuale nella sua interezza.

Ciò detto, un argomento sistematico in favore della tesi della inefficacia sopravvenuta può, a ben vedere, trarsi dalla legge 21 dicembre 2001 n. 443 ("Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive", c.d. legge obiettivo), la quale, all'art. 1, comma 2, contiene una delega al Governo ad emanare disposizioni volte a definire un quadro normativo finalizzato alla celere realizzazione di infrastrutture pubbliche e private e insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese, indicando, tra gli altri, il seguente principio e criterio direttivo (lettera n): <<previsione, dopo la stipula dei contratti di progettazione, appalto, concessione o affidamento a contraente generale, di forme di tutela risarcitoria per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica; ...>>.

La delega, com'è noto, è stata attuata con l'art. 14 del D.Lgs. n. 190 del 2002, con cui, appunto, si esclude che l'annullamento dell'aggiudicazione comporti la caducazione (si parla espressamente di "risoluzione") del contratto nelle more stipulato dalla P.A..

Ora, se il legislatore, in applicazione di una facoltà riconosciuta dalla direttiva 89/665 (art. 2, par. 5 e 6) - che postula il principio in forza del quale, di regola, la stipulazione del contratto non preclude affatto la reintegrazione in forma specifica, anche se gli Stati membri potrebbero introdurre norme interne con tale contenuto - ha avvertito la necessità di stabilire una apposita norma derogatoria di tale principio in un particolare settore, allora significa che, in linea generale, la stipulazione del contratto non è di ostacolo alla tutela in forma specifica della parte interessata, assicurata attraverso la verifica del contratto e la conseguente possibilità di subentro.

D'altronde, il riferimento del legislatore delegato (anche se per escluderla) alla risoluzione del contratto conseguente all'annullamento della procedura sembra far propendere per il rifiuto della categoria della invalidità e per l'adesione a quella della perdita di efficacia del contratto.

Tanto premesso, deve osservarsi che, secondo una massima che si iscrive nel filone della caducazione automatica <<l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara pubblica elide il vincolo negoziale sorto con l'adozione del provvedimento rimosso, con la conseguenza che restituisce in pieno alla potestà di diritto pubblico della stazione appaltante la scelta fra l'avvalersi della procedura espletata, ovvero procedere ad una nuova gara previa revoca degli atti che vi hanno dato luogo, a fronte della quale non sono rinvenibili

posizioni di diritto soggettivo in capo agli altri partecipanti alla gara, ancorché costoro si trovino in posizione utile per subentrare all'aggiudicatario rimosso>> (cfr. Cons. St., Sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244; *id.*, 19 dicembre 2000, n. 6838).

Ora, appare poco condivisibile una soluzione che lasci alla piena discrezionalità del soggetto soccombente nel giudizio di annullamento dell'aggiudicazione (la Pubblica amministrazione) la decisione sulle sorti del contratto.

Preferibile, invece, appare quell'indirizzo che, pur ritenendo che il *prius* nella materia in esame (appalti) sia sempre costituito dalla reintegrazione in forma specifica, anche mediante l'adempimento parziale, ammette, tuttavia, che il debitore (l'Amministrazione) possa denunciarne la gravosità - o anche l'impossibilità - rimettendosi comunque sul punto all'apprezzamento del giudice (cfr. Cons. St., V, 6 marzo 2002, n. 1373).

Ed è nel solco di tale orientamento che pare iscriversi la pronuncia in esame, n. 5363/2002 - della quale la presente costituisce il seguito - che ha sì devoluto prioritariamente all'Amministrazione un accertamento obiettivo sull'effettivo andamento dei lavori affidati all'originaria aggiudicataria Tecnis e sulla praticabilità operativa del subentro di Tor di Valle, ma poi si è riferita alle determinazioni della stessa Amministrazione come presupposto della valutazione, riservata, invece, all'esclusiva competenza del Collegio

giudicante, della domanda risarcitoria avanzata dalla Tor di Valle medesima.

E, del resto, il carattere esclusivo della giurisdizione amministrativa sulle controversie in materia di procedure di aggiudicazione, espressamente sancito dall'art. 6 della legge n. 205 del 2000 e dall'art. 33 del D. Lgs. n. 80 del 1998, è sintomatico di una tendenza ad un controllo giurisdizionale più incisivo e pieno sui rapporti giuridici, anche di tipo contrattuale o paritetico, originati da atti a contenuto provvedimento contestati innanzi al G.A..

In tale contesto, il potere del G.A. di condannare l'Amministrazione al risarcimento del danno, anche mediante la reintegrazione in forma specifica, appare indicativo della volontà legislativa di collegare alla tradizionale tutela di annullamento una tutela più intensa ed effettiva della situazione giuridica fatta valere, realizzata attraverso il ripristino, ove possibile, della situazione giuridica e materiale alterata dall'attività illegittima dell'Amministrazione.

Da tale punto di vista, ad avviso di questo Collegio, deve, anzi, in via assolutamente pregiudiziale, affermarsi che la giurisdizione esclusiva e la tutela reintegratoria specifica (considerata non come eventuale o eccezionale, essendo, invece, sussidiaria, rispetto ad essa, quella risarcitoria per equivalente, praticabile solo quando quella restitutoria non possa essere conseguita con successo: cfr., in tal senso, Cons. St., Sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2280, in tema di danni da

occupazione illegittima e da irreversibile trasformazione del fondo), previste dalla normativa poc'anzi citata determinano, in punto di giurisdizione, che anche il giudizio sulla sorte del contratto a seguito di vizi del procedimento di scelta del contraente debba spettare al giudice amministrativo (così anche Cons. St., Sez. VI, dec. n. 2332 del 2003 cit.); in tale prospettiva, la rimozione del contratto si connette non tanto ad un giudizio civilistico sul rapporto negoziale, bensì ad una forma di tutela reintegratoria in forma specifica, la quale, in sede di giurisdizione esclusiva, deve necessariamente comprendere anche statuizioni dichiarative o costitutive concernenti la sorte (validità o efficacia) del contratto stipulato.

Quanto ai limiti che può trovare il principio della tutela ripristinatoria, consistente nella reintegrazione in forma specifica del danno ingiusto causato dalla Pubblica amministrazione, intesa come istituto speciale del diritto processuale amministrativo, essi sono stati individuati da questa Sezione (cfr. IV Sez., dec. 14 giugno 2001, n. 3169) nella speciale rilevanza dell'interesse pubblico, sotto l'aspetto della eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività.

Tuttavia, prima di passare ad esaminare più da vicino il problema dell'accertamento del danno patrimoniale risarcibile, occorre premettere che nella specie, ai fini della fondatezza nell'*an* della domanda risarcitoria, sussiste la responsabilità

della P.A., in quanto l'evento dannoso (mancata aggiudicazione dell'appalto dei lavori) può dirsi imputabile al comportamento negligente e, pertanto, colposo dell'Amministrazione appaltante; e, infatti, come accertato nella citata decisione n. 5363/2002, l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (aggiudicazione alla controinteressata ATI Tecnis) è avvenuta in violazione delle regole di imparzialità e correttezza che l'Amministrazione stessa si era data in sede di gara nella *lex specialis* a pena di esclusione (cfr. pag 18 dec. cit.).

Tanto premesso, per quanto riguarda la domanda di reintegrazione in forma specifica proposta in via principale dalla Tor di Valle, deve dirsi che la stessa appare infondata.

E, infatti, come si è visto, ostativa a tale forma di tutela deve ritenersi la eccessiva onerosità per l'interesse pubblico e la collettività (che è quella che sopporta gli oneri dell'azione amministrativa: cfr. Cons. St., Sez. IV, dec. n. 3169 del 2001 cit.), nonché, ad avviso del Collegio, l'impossibilità (totale o parziale) della reintegrazione in forma specifica (arg. *ex art.* 2058 c.c.).

Ora, come emerge dalla relazione tecnica depositata dal Provveditorato in data 13 dicembre 2002, <<non poche sono le difficoltà di carattere tecnico operative>> derivanti da un eventuale subentro (quali "il fermo dei lavori, nonché la duplicazione dei tempi necessari alla ripetizione dei monitoraggi prodromici alla scelta dei macchinari di scavo dei

collettori principali e delle perforazioni in *microtunnelling*": v. pag. 14 relazione cit.) e <<certamente si andrebbe incontro ad un prolungamento, anche di non poca entità, dei tempi di esecuzione>>, con tutte le conseguenze <<che potrebbero derivare per un'opera che è finalizzata al consolidamento di una vasta area soggetta a movimenti franosi>> (cfr. pag. 13 relazione cit.; l'appalto *de quo*, infatti, concerne lavori di sistemazione idrogeologica di un versante in frana).

E, ad avviso del Collegio, tanto basta per far ritenere sicuramente preminente, nel necessario giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, l'interesse pubblico e della collettività alla rapida conclusione dei lavori, a fronte dell'interesse privato dell'originaria ricorrente, odierna appellante, a che l'iniziativa non abbia seguito a favore dell'aggiudicataria.

La domanda di reintegrazione in forma specifica riproposta in via principale dalla società appellante è, dunque, infondata.

Ciò detto, occorre ora esaminare la domanda di risarcimento del danno per equivalente, proposta in via subordinata dalla società ricorrente in primo grado ed odierna appellante nell'eventualità del mancato accoglimento della domanda di reintegrazione in forma specifica (subentro).

Ai fini della liquidazione di tale danno si può, a ben vedere, utilizzare lo strumento previsto dall'art. 35, comma 2, del D.Lgs n. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000, che consente al giudice amministrativo di stabilire i

criteri in base ai quali l'Amministrazione (l'art. 7 cit. ha aggiunto anche il gestore del servizio pubblico) deve proporre a favore dell'avente titolo il pagamento della somma entro un congruo termine, prevedendo che, qualora permanga il disaccordo, le parti possano rivolgersi nuovamente al giudice per la determinazione delle somme dovute nelle forme del giudizio di ottemperanza.

La possibilità di limitarsi alla fissazione dei criteri è un utile strumento di semplificazione posto a disposizione del giudice amministrativo, che tiene conto dell'obiettiva complessità delle operazioni di liquidazione del danno in questa materia e che comunque persegue finalità di accelerazione e di economia processuale, in sintonia con l'intero impianto della legge n. 205 del 2000.

Si dispone, pertanto, che l'Amministrazione provveda a liquidare una somma a favore della società Tor di Valle a titolo sia di danno emergente (costi di partecipazione alla gara) che di lucro cessante (mancato utile), secondo i criteri appresso indicati, entro il termine massimo di sessanta giorni dalla data di comunicazione, o, se anteriore, da quella di notifica, della presente decisione.

In particolare, il risarcimento del danno dovuto alla Tor di Valle S.p.a. dovrà computarsi come segue:

A) quanto al danno emergente:

A1) spese o costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione (cfr. art.

2, comma 7, della direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 25 febbraio 1992, 92/13/CEE).

Non sono, invece, nella specie liquidabili, quale voce di danno emergente, per difetto assoluto di qualsiasi prova al riguardo (anche se la giurisprudenza sovente ha reputato che possano venire in rilievo) *ex artt.* 2697 c.c. e 115 c.p.c. (applicabili anche al processo amministrativo avente ad oggetto diritti soggettivi, come quello al risarcimento del danno ingiusto), l'inutile immobilizzazione di risorse umane e mezzi tecnici.

A2) Quanto al pregiudizio per la perdita di *chance* legata all'impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori, può, ad avviso del Collegio, procedersi in via equitativa alla liquidazione di tale voce del danno emergente nella misura del 3% del prezzo offerto dalla Tor di Valle in sede di aggiudicazione.

Non sono imputabili, invece, le spese legali sostenute a fronte dei giudizi intrapresi, in quanto la relativa liquidazione è oggetto di autonoma statuizione giurisdizionale.

B) Quanto al lucro cessante, vale a dire l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione non avvenuta per illegittimità dell'azione amministrativa - generalmente reputato pari al 10% del valore dell'appalto, criterio cui fa riferimento la giurisprudenza in applicazione analogica dell'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, sulle opere pubbliche, ora sostanzialmente

riprodotto dall'art. 122 del regolamento emanato con D.P.R. n. 554/99, che quantifica in tale misura il danno risarcibile a favore dell'appaltatore in caso di recesso della P.A. (ciò sia allo scopo di ovviare ad indagini alquanto difficoltose ed aleatorie sia allo scopo di cautelare la P.A. da eventuali richieste di liquidazioni eccessive) - la giurisprudenza riconosce la spettanza nella sua interezza dell'utile di impresa nella misura del 10% qualora l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare le maestranze ed i mezzi, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi. Nel caso in cui, invece, tale dimostrazione non sia stata offerta - come nella specie è avvenuto - è da ritenere che l'impresa possa aver ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri analoghi lavori (o servizi o forniture), così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità; in tale ipotesi il risarcimento può essere ridotto in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa (cfr. Cons. St., 8 luglio 2002, n. 3796; Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860; v. pure Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6393, che esclude l'utilizzo dell'art. 345 L. n. 2248/1865 all. F ove non sia fornito un principio di prova sulle opportunità alternative alle quali l'interessato ha dovuto rinunciare).

La misura del 5%, del resto, corrisponde alla percentuale di utile dichiarato dalla Tor di Valle in sede di offerta (5% dell'importo netto contrattuale d'appalto).

C) Sulle somme liquidate ai sensi delle lettere A) e B), che riguardano tutte il risarcimento del danno e che consistono, perciò, in un debito di valore, deve riconoscersi la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data della stipula del contratto da parte dell'impresa che è rimasta illegittimamente aggiudicataria e fino alla data di deposito della presente decisione (data quest'ultima che costituisce il momento in cui, per effetto della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta).

D) Sulle somme progressivamente e via via rivalutate, sono altresì dovuti gli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca della stipulazione del contratto, a decorrere dalla data della stipulazione medesima e fino a quella di deposito della presente decisione; ciò in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno.

E) Su tutte le somme dovute ai sensi delle precedenti lettere decorrono, altresì, gli interessi legali dalla data di deposito della presente decisione e fino all'effettivo soddisfo.

La condanna al risarcimento deve essere pronunciata esclusivamente nei confronti delle Amministrazioni soccombenti, Ministero dei Lavori Pubblici (ora delle Infrastrutture e Trasporti) e Provveditorato regionale alle

Opere pubbliche per l'Umbria, in considerazione del comportamento che ha dato causa all'illecito.

In conclusione, in base alle considerazioni che precedono, l'appello va accolto per quanto di ragione e, per l'effetto, in riforma del capo della sentenza impugnata relativo alle questioni risarcitorie, devono essere condannati il Ministero dei Lavori Pubblici (ora delle Infrastrutture e Trasporti) ed il Provveditorato regionale alle Opere pubbliche per l'Umbria, in solido fra loro, al risarcimento dei danni subiti dalla società Tor di Valle a causa della mancata aggiudicazione dei lavori *de quibus*, nella misura e secondo i criteri sopra indicati.

Quanto alle spese di questa parte del giudizio, in considerazione dell'esito della lite e delle questioni trattate, appare equo disporre che esse siano interamente compensate nei confronti dell'A.T.I. Tecnis S.p.a. - Si.Gen.Co S.r.l., mentre per il resto appare giusto che siano poste interamente a carico delle Amministrazioni soccombenti, in solido tra loro, liquidandole come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, definitivamente pronunciando sul capo della sentenza appellata relativo alle questioni risarcitorie ed in accoglimento dell'appello sul punto proposto dalla Tor di Valle S.p.a., così provvede:

- condanna il Ministero dei Lavori Pubblici (ora delle Infrastrutture e Trasporti), nonché il Provveditorato

alle Opere pubbliche per l'Umbria, in solido fra loro, al risarcimento dei danni subiti dalla Tor di Valle S.p.a. a causa della mancata aggiudicazione dei lavori, nella misura e secondo i criteri di cui in motivazione, provvedendo alla liquidazione ed al pagamento di tali danni entro il termine massimo di sessanta giorni dalla comunicazione, o se anteriore, dalla notifica, della presente decisione;

- dichiara compensate le spese della presente fase di giudizio nei confronti della Tecnis S.p.a.; pone, invece, le stesse a carico delle Amministrazioni soccombenti, in solido tra loro, complessivamente liquidandole in euro 3.000,00 (tremila/00).

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 10 giugno 2003 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, nella Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Gaetano TROTTA	Presidente
Costantino SALVATORE	Consigliere
Filippo PATRONI GRIFFI	Consigliere
Vito POLI	Consigliere
Nicola RUSSO	Consigliere rel. est.
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE

**IL SEGRETARIO DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**27/10/2003**

**(Art.55, L. 27.4.1982 n. 186)**

Il Dirigente