

Sul rapporto fra tutela costitutiva e risarcitoria nel giudizio amministrativo

Osservazioni sulla disapplicazione dei provvedimenti presupposti favorevoli al privato

(Consiglio di Stato, Sezione Quarta, sentenza 21 aprile 2009 n. 2435)

La problematica del rapporto fra azione di annullamento e azione di risarcimento nell'ambito del giudizio amministrativo viene per lo più affrontata sotto il profilo della c.d. pregiudizialità amministrativa.

La sentenza che qui si commenta (1) si concentra, invece, su un diverso e connesso aspetto, quello avente ad oggetto le conseguenze che, sul piano dell'azione risarcitoria, può produrre una declaratoria di improcedibilità del ricorso finalizzato all'annullamento dell'atto amministrativo lesivo.

Sotto il profilo sostanziale, poi, la sentenza è percorsa da un filo conduttore che si può riassumere nei seguenti interrogativi: come deve essere effettuato il "giudizio prognostico" propedeutico al risarcimento di un interesse legittimo pretensivo? In astratto o in concreto? E soprattutto: può il giudice disapplicare provvedimenti favorevoli al privato sui quali si fonda la pretesa risarcitoria?

Particolarmente rilevante, allo scopo di mettere a fuoco l'esatto contenuto delle questioni giuridiche emergenti e delle relative soluzioni, è la ricostruzione dei fatti di causa.

Il fatto e la decisione del T.A.R.

La vicenda decisa dal Consiglio di Stato trae origine da una procedura di gara indetta dal Commissario Straordinario per le opere d'integrazione dell'acquedotto del Sele-Calore, opere indicate tra quelle di valore strategico per effetto della delibera CIPE n. 121/2001.

La ditta seconda classificata, impugnato il provvedimento di aggiudicazione, ne contesta la legittimità sotto il profilo della mancata esclusione dalla gara della ditta vincitrice; quest'ultima, da parte sua, proponendo ricorso incidentale, segnala vari motivi per cui la ricorrente principale avrebbe dovuto a sua volta essere esclusa dalla procedura.

In pendenza di giudizio, motivando sulla base del preminente interesse

(1) Quando il presente contributo era già in fase di pubblicazione, è apparso il commento alla stessa sentenza di F. CORTESE, *Il danno da provvedimento illegittimo e il "dover essere" del procedimento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 10, 1060 ss.

nazionale alla celere realizzazione dei lavori, la stazione appaltante stipula il contratto d'appalto con l'impresa aggiudicataria. Ciò viene a comportare l'applicabilità alla fattispecie della norma di cui all'art. 246, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici), ai sensi del quale, nei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa che comunque riguardino le procedure di progettazione, approvazione e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi di preminente interesse nazionale, «*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*».

Non avendo più interesse all'annullamento dell'aggiudicazione – che in ogni caso non potrebbe più mettere in discussione l'attribuzione dell'appalto alla ditta prima classificata – la società azionaria in via autonoma l'unica forma di tutela ormai possibile, cioè il risarcimento del danno provocato dalla mancata aggiudicazione.

Nell'ambito del separato giudizio instaurato con l'azione risarcitoria, né l'amministrazione, né la ditta vincitrice, provvedono a costituirsi.

Si cominciano a questo punto a delineare le peculiarità del “*casus belli*” da dirimere: l'assenza di contraddittori in sede di giudizio risarcitorio, sommata alla necessità di dichiarare l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dei ricorsi principale ed incidentale aventi ad oggetto l'aggiudicazione, sembrerebbero assicurare al proponente della domanda di risarcimento una favorevole posizione processuale e, quindi, ottime *chances* di accoglimento della propria pretesa. La collocazione al secondo posto in graduatoria – una volta dimostrata l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'impresa vincitrice – dovrebbe infatti garantire alla ricorrente, secondo le prospettazioni di quest'ultima, la spettanza dell'equivalente risarcitorio dell'aggiudicazione negata.

Senonché il giudice amministrativo di primo grado risolve la questione in modo profondamente diverso, peraltro accompagnando la decisione con affermazioni di principio di notevole momento.

Dopo aver disposto la riunione dei giudizi introdotti con il ricorso principale e con il ricorso per il risarcimento del danno, il T.A.R. Lazio (2) sviluppa infatti il seguente ragionamento: vero è che il ricorso per l'annullamento, unitamente al ricorso incidentale, deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, ma ciò non toglie che il giudice amministrativo, dovendo accertare – ai fini risarcitori e sulla base di un “giudizio prognostico” – la spettanza del bene della vita (in tal caso l'aggiudicazione) alla ricorrente, possa comunque trarre dal ricorso incidentale proposto a difesa del provvedimento impugnato gli argomenti di prova da porre a fon-

(2) Nella sentenza della Sezione I, n. 11330 del 19 novembre 2007.

damento della propria decisione.

Si afferma, in altri termini, il principio secondo cui il giudice amministrativo, per accertare la sussistenza in relazione ad una situazione di interesse legittimo pretensivo del danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., può *ex officio* servirsi di «*qualunque fonte di prova inerente al rapporto di cui sia a conoscenza perché acquisita agli atti di quel giudizio o di un giudizio connesso*». La circostanza che il ricorso incidentale sia stato dichiarato improcedibile non costituisce pertanto ostacolo a che il giudice ne utilizzi il contenuto per respingere la pretesa risarcitoria. In concreto, ciò consente al T.A.R. di escludere l'ingiustizia del danno lamentato dalla ricorrente principale, in quanto la stessa avrebbe dovuto essere estromessa dalla gara per le ragioni indicate nel ricorso incidentale dell'aggiudicataria.

Le difese delle parti in grado di appello (3)

La motivazione così sinteticamente riportata viene fatta oggetto di un'acuta critica in grado di appello. La difesa della società ricorrente mette in evidenza come il ragionamento del T.A.R., se portato alle estreme conseguenze, avrebbe per effetto la paradossale situazione per cui il giudice amministrativo, potendo/dovendo rilevare d'ufficio eventuali illegittimità in sede di prognosi sulla spettanza del bene della vita, sarebbe costretto a riconsiderare ogni volta tutta l'attività procedimentale e provvedimentale compiuta dall'amministrazione, allo scopo di verificare che l'intero operato di quest'ultima sia stato svolto correttamente. In una fattispecie come quella in causa, ciò comporterebbe che il giudice, una volta rilevata l'illegittimità dell'aggiudicazione alla prima classificata, prima di disporre il risarcimento del danno in favore della seconda, dovrebbe accertare non solo la legittimità della collocazione al secondo posto in graduatoria di quest'ultima, ma anche la legittimità della sua ammissione alla gara, dell'esclusione di eventuali concorrenti, nonché, ancor più a monte, la legittimità del bando, della decisione di realizzare l'opera e via dicendo. In sostanza, dovrebbe essere sottoposta a riesame tutta l'attività propedeutica all'attribuzione finale del bene della vita, in quanto ogni eventuale illegittimità nella vicenda amministrativa presa in considerazione sarebbe idonea a privare del requisito della "ingiustizia" il danno lamentato dal ricorrente.

Per evitare questo risultato, si sostiene che il giudice dovrebbe attenersi scrupolosamente alle allegazioni delle parti in causa, senza mettere in discussione la legittimità di provvedimenti non specificamente contestati nell'ambito del giudizio dinanzi a lui. Ne consegue che il T.A.R., avendo rilevato d'ufficio,

(3) Le difese riportate in sintesi risultano in parte dagli atti di causa e in parte dalla discussione orale, alla quale chi scrive ha assistito personalmente.

con l'ausilio di un ricorso incidentale dichiarato improcedibile e relativo ad un giudizio connesso, l'illegittimità della partecipazione alla gara della ditta ricorrente, avrebbe ecceduto i limiti segnati dagli articoli 112 e 115 del codice di procedura civile, in ordine alla corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (4) e alla disponibilità delle prove (5).

La correttezza di questo argomentare viene avvalorata, secondo la difesa della società ricorrente, dall'osservazione delle dinamiche processualcivilistiche. Si propone, così, il seguente esempio: si pensi che Tizio (venditore), dopo avere stipulato con Caio un contratto di compravendita, scopra, prima ancora di consegnare la merce a Caio, che quest'ultimo ha approfittato della sua buona fede per "strappargli" un prezzo di molto inferiore a quello di mercato. Ignorando che il contratto potrebbe essere annullato, Tizio decide di distruggere la merce pur di non consegnarla all'acquirente in mala fede; Caio, a questo punto, può chiedere al giudice il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento del venditore. Si ipotizzi che Tizio rimanga contumace nell'ambito del giudizio così introdotto. Ebbene, la domanda che si pone è: può mai il giudice ordinario, in assenza di eccezioni di parte sul punto, rilevare d'ufficio l'annullabilità del contratto sottostante al fine di rigettare l'istanza risarcitoria proposta dall'acquirente in mala fede?

Poiché la risposta al quesito appare negativa, si vuole con ciò dimostrare che neppure al giudice amministrativo dovrebbe essere consentito rilevare d'ufficio l'illegittimità dell'ammissione in graduatoria della seconda classificata, al fine di negare alla stessa – una volta acclarato che la prima classificata avrebbe dovuto essere esclusa – il risarcimento del danno derivante dalla mancata aggiudicazione.

A queste osservazioni la difesa dell'amministrazione replica che il giudice di primo grado non ha affatto esorbitato dai limiti previsti dall'art. 115 c.p.c., in quanto egli ha soltanto effettuato un tipico giudizio prognostico finalizzato a verificare la sussistenza del danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.*. A questo fine, egli ha non solo il potere, ma anche il dovere di accertare d'ufficio che la pretesa del ricorrente non si fondi su un fatto la cui "illegittimità" priverebbe del requisito dell'ingiustizia il pregiudizio asseritamene subito.

In funzione rafforzativa di questo argomento, si propongono diversi esempi dai quali è possibile desumere l'esistenza del principio generale dell'ordinamento secondo cui *nessuno può pretendere di trarre vantaggio da una situazione di illegittimità*. Si cita, in questo senso, la consolidata giurisprudenza della Cassazione che, in caso di espropriazione di un fondo sul quale

(4) Si lamenta soprattutto la violazione della norma di cui al secondo periodo dell'art. 112 c.p.c., secondo cui il giudice «non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti».

(5) Il primo comma dell'art. 115 c.p.c. stabilisce che «Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero».

sia stato realizzato un manufatto abusivo, esclude che il valore di quest'ultimo possa essere preso in considerazione ai fini del computo dell'indennizzo (6); e si cita, ancora, il noto orientamento del giudice amministrativo in materia di sindacato sull'eccesso di potere, per cui non è possibile invocare la disparità di trattamento quando l'atto che funge da parametro di comparazione sia illegittimo (7). Un conferma normativa di questo principio si può inoltre individuare nella disposizione (8) che – a differenza di quanto previsto per la revoca – non prevede alcun indennizzo per il privato in caso di annullamento d'ufficio, in quanto l'illegittimità originaria del provvedimento annullato esclude che al privato spettasse il bene sottrattogli con il provvedimento di secondo grado.

All'esempio tratto dal diritto privato del contratto di vendita annullabile, si replica infine che, mentre l'azione di annullamento si prescrive in cinque anni, la relativa eccezione può essere fatta valere senza limiti di tempo quando la parte sia convenuta per l'adempimento del contratto (9); ciò ad ulteriore conferma che non è possibile fondare una pretesa risarcitoria su un presupposto illegittimo.

La decisione del Consiglio di Stato

La sentenza 21 aprile 2009, n. 2435 della Sezione IV del Consiglio di Stato, che ha confermato la pronuncia del T.A.R., si caratterizza per l'approccio particolarmente dogmatico con cui affronta le diverse questioni sottoposte al suo scrutinio. Ampi sono gli spazi concessi all'illustrazione delle motivazioni, così come numerosi sono i rinvii alla giurisprudenza pregressa.

Ne risulta un quadro fin troppo articolato di argomentazioni giuridiche, non sempre poste in rapporto di consequenzialità rispetto alle deduzioni delle parti (in sintesi riportate nel paragrafo precedente) e di stretta strumentalità rispetto alle problematiche da sciogliere in concreto.

Ciò premesso, l'intento che ci si propone è quello di estrapolare dal complesso *iter* motivazionale della pronuncia i passaggi fondamentali per dare risposta agli interrogativi posti in apertura.

a) Il primo di questi interrogativi riguarda la possibilità di utilizzare i mo-

(6) Cfr., tra le più recenti, Cass. civ., Sez. Un., 10 marzo 2008, n. 6272 e Cass. civ., Sez. I, 14 settembre 2007, n. 26260.

(7) Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 29 aprile 2008, n. 1234; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 7 aprile 2006, n. 778; Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2002, n. 7243; Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 1998, n. 1163; Cons. Stato, Sez. IV, 27 dicembre 1994, n. 1071.

(8) Si allude all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, come modificata dalla legge n. 15 del 2005.

(9) Il quarto comma dell'art. 1442 del cod. civ. stabilisce infatti che: «L'annullabilità può essere opposta dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto, anche se è prescritta l'azione per farla valere».

tivi di un ricorso incidentale dichiarato improcedibile nell'ambito di un giudizio connesso e riunito a quello risarcitorio, per rigettare la domanda introduttiva di quest'ultimo.

Ebbene, su questo punto il giudice amministrativo di secondo grado si mostra privo di incertezze nell'affermare che «*la concomitanza di azione annullatoria e risarcitoria*», ancorché proposte con separati ricorsi, impone al giudice di conoscere «*in via principale dell'unitario episodio in contestazione*», tenuto conto che «*l'interesse risarcitorio permane in un contesto (riunito) nel quale la domanda di risarcimento dei danni è sostanzialmente contestuale a quella di legittimità, seppure questa ha poi preso la piega dell'improcedibilità*».

Si afferma che la stretta connessione tra la domanda caducatoria e quella risarcitoria si spiega con la necessità di accertare che l'operato dell'amministrazione si configuri come antiggiuridico, giacché soltanto in questo caso è possibile predicare l'esistenza di un "danno ingiusto", risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. Ma l'antigiuridicità dev'essere apprezzata con specifico riferimento alla situazione del soggetto che lamenta il danno, il che impone di verificare – attraverso un esame prognostico condotto alla luce della normativa vigente – che in assenza dell'illegittimità denunciata il soggetto avrebbe ottenuto il bene della vita anelato. A questo fine il giudice può certamente servirsi degli atti che si riferiscono al giudizio annullatorio, a nulla rilevando che, per via dell'art. 246 del codice dei contratti pubblici – non potendone derivare effetti concreti su una situazione di fatto ormai consolidatasi –, questo sia stato dichiarato improcedibile.

Il fatto, cioè, che il giudice di primo grado, per motivi di economia processuale, abbia optato per la declaratoria di improcedibilità dei ricorsi principale ed incidentale, non può precludergli l'esame del loro contenuto in sede di valutazione della fondatezza della pretesa risarcitoria. Diversamente opinando si verrebbe ad incidere sulla realtà giuridica sostanziale per effetto di una statuizione puramente processuale, neppure lontanamente sorretta, nel caso di specie, da ragioni di garanzia del diritto di difesa.

Né è possibile sostenere, ad avviso del collegio giudicante, che, operando in questo modo, il giudice si sia appropriato degli spazi riservati per legge all'attività delle parti, nello specifico pronunciandosi su eccezioni non rilevabili d'ufficio. Questo perché, si fa notare, all'interno del nostro ordinamento processuale vige «*il principio dell'acquisizione delle prove, in forza del quale il giudice è libero di formare il suo convincimento sulla base di tutte le risultanze istruttorie, quale che sia la parte ad iniziativa della quale sia avvenuto il loro ingresso nello stesso giudizio (...) o in altro tra le stesse parti (...)*» (10). Se a

(10) Vengono citati, in questo senso, i precedenti Cass. Civ., III, 10 ottobre 2008 n. 25028 e Cass. Civ., SS.UU., 8 aprile 2008 n. 9040.

ciò si aggiunge che il ricorso incidentale, secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza (11), pur essendo formalmente un'autonoma azione di impugnazione, costituisce in realtà un'eccezione in senso tecnico, si ha che il giudice non ha fatto altro che pronunciarsi su un'eccezione di parte. Avendone rilevato la fondatezza, il corollario da trarne non può che essere nel senso della mancanza di danno ingiusto, in quanto il ricorrente, dovendo essere escluso dalla gara, mai avrebbe potuto conseguire l'affidamento del contratto.

b) Vi è, in tale conclusione, l'implicita risposta al secondo interrogativo rilevante in questa sede, cioè se il giudizio prognostico debba essere compiuto tenendo conto dell'*astratto* quadro normativo applicabile alla fattispecie, ovvero se si debba attribuire rilievo ad una valutazione probabilistica del modo in cui avrebbe potuto agire *in concreto* l'amministrazione, in assenza della illegittimità denunciata dal proponente l'istanza di risarcimento.

La questione si è posta all'interno del processo in esame, in quanto l'impresa ricorrente aveva svolto, tra l'altro, questo argomento: una volta esclusa la ditta prima classificata, l'amministrazione non si sarebbe certo accorta che anche la seconda in graduatoria non era in regola con i requisiti di partecipazione, quindi le avrebbe assegnato l'appalto.

In quest'ottica, il giudice dovrebbe assumere, nel compiere il giudizio prognostico, non già il punto di vista astratto di un'amministrazione chiamata ad agire sulla base di determinate regole, bensì quello concreto della specifica amministrazione agente, e considerare quindi con quale probabilità quest'ultima avrebbe conferito il bene della vita alla ricorrente. Con il risultato che il risarcimento, in questo caso, non potrebbe che atteggiarsi alla stregua di una perdita di *chance*.

Senonché il Consiglio di Stato ha implicitamente smentito tale opzione, affermando che l'antigiuridicità del danno, come condizione per il sorgere del risarcimento, deve essere valutata «*in base ad un ipotetico giudizio prognostico (virtuale) da condurre con riferimento alla normativa positiva di settore secondo i suoi effetti tipici*» e che «*quel che rileva ai fini risarcitori, non è l'essere del procedimento, bensì il suo dover essere secondo legge*».

Se ne ricava, per deduzione, che si può ricorrere al criterio della perdita di *chance* soltanto quando non vi siano dubbi sulla legittimità dell'aspettativa del privato, ma il soddisfacimento della stessa dipenda da valutazioni di op-

(11) Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2007, n. 2356; Cons. Stato, Sez. V, 29 agosto 2005, n. 4407; Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3456.

In dottrina, sono numerosissimi i contributi dedicati alla tematica del ricorso incidentale. Tra i più recenti, si segnala quello assai approfondito di R. VILLATA, *Riflessioni in tema di ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado (Con particolare riguardo alle impugnative delle gare contrattuali)*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 285 ss., al quale si rinvia per una ricognizione dell'ampia bibliografia in materia.

portunità riservate all'amministrazione (12) (quindi in corrispondenza di atti discrezionali). Questa situazione potrebbe verificarsi proprio in materia di appalti, giacché il Consiglio di Stato afferma, riportandosi alla propria giurisprudenza precedente, che «*nel caso in cui sia stato pronunciato l'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione in un procedimento di pubblico appalto, per effetto della illegittima ammissione alla gara del soggetto primo classificato, "non è immediatamente operabile lo scorrimento della graduatoria con l'aggiudicazione dell'appalto al secondo classificato"*» (13)». L'amministrazione rimane libera, infatti, di decidere nel pubblico interesse se vi siano le condizioni per stipulare il contratto con il secondo in graduatoria, ovvero se sia più opportuno indire una nuova gara.

Ne deriva che, in un'ipotesi del genere, il secondo classificato potrebbe ottenere il risarcimento del proprio interesse legittimo solo provando il consi-

(12) Quella del risarcimento da perdita di *chance* è una problematica molto complessa, sulla quale si registrano in giurisprudenza opinioni eterogenee. Secondo una linea argomentativa più volte seguita dal Consiglio di Stato, la perdita di *chance* si identifica con un danno attuale derivante non già dalla perdita di un risultato utile, bensì dalla perdita della possibilità di conseguirlo. Ai fini del risarcimento occorre distinguere tra probabilità di riuscita (che dà luogo ad una *chance* risarcibile) e mera possibilità di conseguire l'utilità sperata (che dà invece luogo ad una *chance* irrisarcibile). L'accertamento in ordine alla concretezza della probabilità deve essere effettuato statisticamente attraverso «un giudizio sintetico che ammetta, con giudizio *ex ante*, secondo l'*id quod plerumque accidit*, sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato, che il pericolo di non verificazione dell'evento favorevole, indipendentemente dalla condotta illecita, sarebbe stato inferiore al 50%». Così Cons. Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686, ripreso da Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323. Cfr. anche, nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. IV, 4 luglio 2008, n. 3340 e Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 2009, n. 1622. La sentenza n. 5323/2006 è commentata criticamente da F. CORTESE, *Evidenza pubblica, potere amministrativo e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 174 ss.. In altre occasioni, in particolare con riferimento ad ipotesi caratterizzate dalla persistenza in capo all'amministrazione di significativi spazi di discrezionalità amministrativa pura, il Consiglio di Stato ha aderito all'impostazione secondo cui al giudice sarebbe preclusa l'indagine ai fini risarcitori – anche in termini di perdita di *chance* – sulla spettanza del bene della vita, ammettendosi il risarcimento solo dopo e a condizione che l'Amministrazione, riesercitato il proprio potere, abbia riconosciuto all'istante il bene della vita. Nel qual caso, il danno ristorabile non può che ridursi al solo pregiudizio determinato dal ritardo nel conseguimento del bene anelato. In tal senso, Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945. Con specifico riguardo alla materia dell'evidenza pubblica, poi, non sono mancate sentenze nelle quali il risarcimento per equivalente della perdita di *chance* è stato negato sul presupposto che la ripetizione della gara, in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, desse vita ad una fattispecie di reintegrazione in forma specifica della *chance* violata. V. Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4435 e Cons. Stato, Sez. VI, 18 settembre 2001, n. 6281.

In dottrina, fra i numerosi i contributi in argomento, si segnalano: G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 287 ss.; F. FRACCHIA *Risarcimento danni da c.d. lesione di interessi legittimi: deve riguardare solo le posizioni a risultato garantito?*, in *Foro it.*, 2000, p. 481; A. DI MAJO, *Danno ingiusto e danno risarcibile nella lesione di interessi legittimi*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 388 ss.; R. PARTISANI, *Lesione di un interesse legittimo e danno risarcibile: la perdita di chance*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 566 ss.; M. PROTTO, *Responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. app.*, 2000, 1005 ss.; D. PAPPANO, *Potere amministrativo e responsabilità civile. La riconsiderazione delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2008, p. 114 ss.

(13) Cons. Stato, Sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244.

stente grado di probabilità che l'amministrazione avrebbe optato, in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, non già per la ripetizione dell'intera procedura, bensì per lo scorrimento della graduatoria già formata.

Brevi riflessioni sugli interrogativi irrisolti. Sulla disapplicabilità di provvedimenti illegittimi che costituiscono il presupposto di pretese giurisdizionali di soggetti privati

In aggiunta a quelli direttamente esaminati, l'interessante caso giurisprudenziale qui descritto induce ad affrontare un altro profilo sul quale permangono elementi di incertezza.

Si allude alla problematica legata alle modalità e ai limiti che debbono presiedere allo svolgimento del c.d. giudizio prognostico da parte del giudice amministrativo.

Si è visto che, nel caso esaminato, il giudice ha concluso per l'insussistenza di un "danno ingiusto" in quanto, sulla base delle allegazioni contenute nel ricorso incidentale proposto in un giudizio connesso, risultava che la ricorrente seconda classificata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Ma cosa sarebbe accaduto se quel ricorso incidentale non fosse stato proposto? Avrebbe potuto il giudice, d'ufficio, mettere in discussione la legittimità dell'ammissione in graduatoria dell'impresa ricorrente "cercando nelle carte" le ragioni di una sua potenziale esclusione dalla gara?

In ordine a questo interrogativo, non sembrano potersi cogliere nella sentenza del Consiglio di Stato precise indicazioni per una risposta. Diversamente, dalla sentenza del giudice di primo grado emerge una chiara inclinazione verso l'opzione affermativa, laddove si asserisce che «*il potere di accertamento degli elementi costitutivi della fattispecie [risarcitoria] deve estendersi alla verifica dell'effettiva spettanza del bene della vita, il che può avvenire in qualunque modo, anche con l'eventuale esercizio di poteri istruttori attivabili d'ufficio, indipendentemente dalle deduzioni formulate dalle parti*».

In termini generali, la domanda che ci si pone può essere tradotta in questo modo: fin dove si estendono i confini della vicenda amministrativa che il giudice può legittimamente prendere in considerazione in sede di giudizio prognostico? E quali poteri d'ufficio può egli esercitare?

È chiaro che si tratta di un punto cruciale, la cui soluzione è destinata ad influire in molti casi sull'*an* del risarcimento. Il problema è capire se il giudice amministrativo possa constatare d'ufficio, *al fine di disapplicarlo*, l'illegittimità del provvedimento che costituisce il presupposto della pretesa risarcitoria azionata dal privato (14). Se così fosse, gli spazi per il risarcimento si restrin-

(14) L'esempio è proprio quello della collocazione al secondo posto in graduatoria, quando l'aggiudicazione sia stata annullata per mancata esclusione del vincitore.

gerebbero in modo significativo, perché la disapplicazione del provvedimento priverebbe di fondamento la pretesa che lo presuppone.

A ben vedere la questione che occorre esaminare non è del tutto nuova, essendo già stata affrontata dalla giurisprudenza con riferimento a fattispecie simili (15), anche se non sempre afferenti controversie di ordine risarcitorio. D'altra parte il vero nodo da sciogliere non esaurisce la propria rilevanza all'interno della problematica della responsabilità civile dell'amministrazione, ma coinvolge, più in generale, le dinamiche funzionali dell'intera giustizia amministrativa.

È noto che, dopo un lungo orientamento negativo in ordine alla possibilità di disapplicare i regolamenti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha mutato indirizzo, affermandone per la prima volta la disapplicabilità nella famosa sentenza n. 154 del 1992 (16). Di qui in poi la tesi favorevole alla disapplicazione c.d. normativa si è consolidata attraverso numerose altre pronunce (17).

Per altro verso, lo stesso Consiglio di Stato è costante nel ritenere che al giudice amministrativo non sia consentito disapplicare provvedimenti puntuali (18), perché questo, oltre a non rientrare formalmente fra i poteri di sua spettanza, si tradurrebbe di fatto nell'elusione del termine perentorio di impugnazione degli atti amministrativi. La circostanza che questo argomento figuri sistematicamente tra le motivazioni a sostegno della c.d. pregiudizialità amministrativa (19), sta a significare che il giudice amministrativo utilizza il divieto di disapplicazione come elemento ostativo all'accesso alla tutela risarcitoria (degli interessi legittimi) dinanzi a lui.

Occorre ora verificare se lo stesso principio debba valere anche nell'ipotesi opposta, in cui il divieto di disapplicazione finirebbe per avvantaggiare, anziché pregiudicare, il ricorrente, la cui pretesa sia fondata su un provvedimento presupposto illegittimo.

Un caso di questo tipo è stato deciso dal T.A.R. Sardegna, con una sentenza che non è sfuggita all'attenzione della dottrina (20). La fattispecie ri-

(15) V. note 20 e 27.

(16) Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154. Per una trattazione completa del tema della disapplicazione dei regolamenti si rinvia al lavoro di F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007.

(17) *Ex multis*, v. Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 1993, n. 799; Cons. Stato, Sez. IV, 20 febbraio 1996, n. 222; Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2000, n. 2183; Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6657; Cons. Stato, Sez. V, 20 maggio 2003, n. 2750; Cons. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2007, n. 5099.

(18) V., ad esempio, Cons. Stato, Ad. plen., 3 febbraio 1998, n. 1; Cons. Stato, Sez. V, 4 febbraio 2004, n. 367; Cons. Stato, Sez. IV, 22 settembre 2005, n. 5005; Cons. Stato, Sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5992; Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2006, n. 1124; Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5295; Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2552.

(19) V. nota 24.

guardava un provvedimento, adottato da un comune, di indizione di una gara avente ad oggetto lavori di ampliamento della rete idrica. Questi lavori erano compresi, però, all'interno dell'oggetto di una precedente e ancora vigente convenzione, stipulata dal comune stesso con una società dal medesimo partecipata in via minoritaria e affidataria diretta della concessione del servizio idrico. Tale affidamento diretto, mai impugnato, contrastava col diritto comunitario, nello specifico con la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di *in house providing*, perché la società concessionaria difettava del requisito del c.d. "controllo analogo". Questa società, impugnando il bando, ne chiedeva l'annullamento, in quanto l'appalto di lavori messo a gara rientrava, come detto, nell'oggetto della propria concessione.

Ebbene il giudice di primo grado ha rigettato il ricorso, affermando che, per quanto la giurisprudenza sia ampiamente consolidata contro la disapplicabilità di atti puntuali non impugnati (ancorché anticomunitari (21)), ciò non può valere «*nel caso in cui il ricorrente non contesti l'atto emanato in violazione del diritto comunitario, ma, al contrario, fondi su di esso le propri ragioni*». In questo caso la disapplicazione diviene possibile, perché maggiormente conforme a «*canoni di legittimità sostanziale e non meramente formale*» dell'azione amministrativa.

Non vi è ragione di limitare alle sole ipotesi di illegittimità per violazione del diritto comunitario la *ratio decidendi* di questa sentenza. Ad avviso di chi scrive, infatti, la soluzione adottata dal giudice sardo non dipende dalla causa dell'illegittimità provvedimentale, ma trova giustificazione nel principio sostanziale sopra ricordato – desumibile da diversi orientamenti giurisprudenziali e disposizioni normative (22) – secondo cui nessuno può pretendere di trarre vantaggio da una situazione di illegittimità, neppure quando questa si sia ormai consolidata. Costituisce specificazione di questo principio il noto brocardo *temporalia ad agendum, perpetua ad excepiendum*, recepito dall'art. 1442, comma 4, c.c.

Impostata in questi termini, la questione che si affronta in questa sede potrebbe trovare una prima soluzione proprio nel riconoscere al giudice amministrativo il potere di disapplicare atti presupposti illegittimi ogniqualvolta su di essi si fondino pretese, risarcitorie o annullatorie, avanzate dai privati.

(20) La sentenza è la n. 549 del 27 marzo 2007, commentata da M. MACCHIA, *La violazione del diritto comunitario e l'«eccezione disapplicatoria»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 859 ss.

(21) Per la problematica della disapplicazione degli atti amministrativi contrari al diritto comunitario, v. i recenti contributi apparsi in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 2, ad opera di: M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, p. 477 ss.; G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, p. 505 ss.; G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'"insostenibile leggerezza" del processo impugnatorio)*, p. 519 ss.

(22) V. *supra* note 6 e 7.

Si tratterebbe quindi, come è stato giustamente osservato, di introdurre il principio secondo cui il divieto di disapplicazione, anziché valere in ogni caso, verrebbe ad operare soltanto *in malam partem* rispetto al privato ricorrente (23).

Sennonché questa soluzione non appare condivisibile.

Non appare condivisibile perché delle due l'una: o il giudice amministrativo è effettivamente sprovvisto del potere disapplicatorio, e allora non si può ammettere che ne faccia esercizio (neppure e soltanto) in danno del privato; oppure egli è titolare di questo potere, nel qual caso dovrebbe esercitarlo anche in favore del ricorrente, a cominciare dalle ipotesi di risarcimento del danno richiesto senza la previa impugnazione del provvedimento lesivo.

La coerenza interna alla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di pregiudiziale amministrativa non può tollerare un atteggiamento ondivago in ordine alla spettanza al giudice amministrativo del potere di disapplicazione. Infatti, proprio perché l'impossibilità per il g.a. di disapplicare atti amministrativi non regolamentari è stata affermata con decisione in una serie di importanti sentenze (24), si deve ritenere che rappresenti una regola processuale "ferrea", non suscettibile di applicazione differenziata in dipendenza del concreto atteggiarsi della pretesa sostanziale avanzata in giudizio.

Forse perché consapevole di ciò, lo stesso Consiglio di Stato (25), nel grado d'appello della fattispecie decisa dal TAR Sardegna (26), ha annullato la sentenza di quest'ultimo con la motivazione che un provvedimento amministrativo in contrasto con il diritto comunitario non può essere *sic et simpliciter* disapplicato dal giudice amministrativo, ma deve essere rimosso con il ricorso ai poteri di autotutela di cui dispone l'amministrazione. Con la precisazione, peraltro, che l'esercizio di tali poteri obbedisce anche in questi casi ai principi – oggi codificati all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 – della corrispondenza dell'atto di secondo grado all'interesse pubblico e della garanzia, anzitutto procedimentale, degli interessi incisi.

In un altro caso (27), poi, il Consiglio di Stato ha negato espressamente che il mancato rilievo in fase di gara della carenza di un requisito di ammissione possa essere fatto valere come eccezione, da parte della p.a., in sede di giudizio promosso da un'impresa contro l'atto di aggiudicazione. Questo perché «l'ammissione alla gara [...] è sorretta dalla presunzione di legittimità ed efficacia che assiste in generale gli atti amministrativi», con la conseguenza

(23) Cfr. M. MACCHIA, *op. cit.*, p. 865.

(24) V. Cons. Stato, Ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, in www.giustamm.it, con commento di G. BACOSI, *Per l'Adunanza, ormai è chiaro: il G.A. non "risarcisce disapplicando" ma "demolisce risarcendo"*; Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3338; Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 952.

(25) Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263.

(26) V. nota 20.

(27) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2006, n. 2637.

che potrà essere caducata soltanto per effetto di una formale impugnazione proposta con ricorso incidentale dalla ditta controinteressata, ovvero, per quanto riguarda l'amministrazione, in base all'esercizio del potere di autotutela (28).

Se ne ricava che né l'amministrazione può invocare la disapplicazione di un provvedimento illegittimo per sottrarsi ad un'azione demolitoria, né, a maggior ragione, può provvedervi il giudice d'ufficio (29).

Ad analoga conclusione dovrebbe pervenirsi con riferimento ad un'azione risarcitoria – ancorché promossa per la tutela di interessi pretesivi –, giacché non si rinvergono motivazioni idonee a giustificare in linea di principio un diverso trattamento di questa ipotesi (30). In tal caso il giudizio pronostico sulla spettanza del bene della vita al ricorrente dovrà muovere da una base di partenza che non potrà più essere posta in discussione (se non da parte dell'amministrazione in via di autotutela): questa coinciderà con il provvedimento

(28) Nel caso deciso, l'impresa ricorrente aveva ottenuto l'annullamento in primo grado dell'ag-giudicazione e la reintegrazione in forma specifica rappresentata dall'assegnazione del contratto in suo favore; dopodiché, proponendo appello, l'amministrazione faceva notare – circostanza di cui non si era fin lì avveduta – che l'impresa vittoriosa in primo grado non era a suo tempo legittimata a partecipare alla gara. Ebbene il Consiglio di Stato ha dichiarato l'inammissibilità di questa deduzione, in quanto essa «non rientra [...] tra le eccezioni in senso sostanziale di cui all'art. 345, comma 2, c.p.c.», suscettibili di proposizione per la prima volta in grado di appello. Ma non solo: il giudice ha altresì specificato che «Sul piano processuale, la deduzione di una carenza dei requisiti di ammissione in capo alla ricorrente, non rilevata in sede di procedura di gara, da parte dell'Amministrazione appaltante, non avrebbe costituito motivo di rigetto (o di dichiarazione di inammissibilità) del ricorso di primo grado neppure se fosse stata dedotta in quella sede, proprio perché a ciò ostava la presunzione di legittimità e di operatività degli atti amministrativi ancorché illegittimi. Tale carenza, perciò, non avrebbe potuto essere rilevata dal giudice d'ufficio (ma, appunto, solo su domanda proposta con ricorso incidentale da una controinteressata), né fatta valere dall'Amministrazione al di fuori del caso suddetto dell'autoannullamento, dovendo altrimenti ammettersi un'integrazione postuma, in sede giudiziale, dell'attività amministrativa sostanziale, lasciata nelle mani dell'Amministrazione "secundum eventum litis". In conclusione, l'eventuale mancato rilievo della carenza del requisito di ammissione alla gara non costituisce eccezione in senso processuale o sostanziale, è deducibile solo come motivo di ricorso incidentale, e non si converte in motivo di appello ove, come nel caso, l'Amministrazione sostenga di esser venuta a conoscenza del vizio solo successivamente alla pronuncia di primo grado».

(29) La sesta sezione del Cons. Stato, nella sentenza 12 aprile 2000, n. 2183, ha affermato che «l'istituto della disapplicazione (o invalidazione), postulando un rapporto diretto di stampo genetico tra fonte normativa e provvedimento, non è estensibile al caso in cui, in occasione dell'adozione del provvedimento impugnato (...), possa essere stato sul piano motivazionale considerato, congiuntamente ad altri elementi, il rapporto con un diverso ed inoppugnato provvedimento (...), applicativo della norma regolamentare asseritamente illegittima. Non si può infine non rimarcare la difficile armonizzabilità con la caratterizzazione impugnatoria del processo amministrativo di legittimità, e più in generale con il principio processuale della domanda, di una soluzione che, per il tramite di un'anomala disapplicazione *in peius*, si traduce nella vanificazione - o comunque nel riscontro dell'illegittimità - di un provvedimento favorevole al ricorrente e, pertanto, da questi non impugnato e, quindi, non oggetto di cognizione da parte del Giudice».

(30) Si consideri, tra l'altro, che nel caso da ultimo riportato, la domanda annullatoria dell'impresa ricorrente era accompagnata anche da una richiesta risarcitoria, accolta dal giudice nella forma della reintegrazione in forma specifica.

presupposto sul quale il privato fonda la propria pretesa, che il giudice dovrà considerare alla stregua di un dato di fatto onde verificare il prevedibile esito che la *successiva* attività amministrativa avrebbe (legittimamente) prodotto. Il che equivale a dire che il giudizio di spettanza non potrà divenire la sede per un sindacato potenzialmente idoneo ad investire la legittimità di tutto l'operato a monte della decisione illegittima fonte del danno, ma dovrà piuttosto riguardare soltanto lo stesso episodio amministrativo che viene in considerazione in sede impugnatoria, nei limiti del *thema decidendum* segnato dai motivi del ricorso e dell'eventuale ricorso incidentale.

Neppure, a stretto rigore, potrebbe trovare applicazione, in via analogica nell'ambito del giudizio amministrativo, la regola dell'art. 1442, comma 4, c.c.. Evidentemente, infatti, anche in presenza di un'eccezione ritualmente sollevata, diretta a far valere l'illegittimità del provvedimento presupposto (31) (con il fine di escludere la spettanza al privato del bene della vita connesso al provvedimento successivo), il giudice dovrebbe comunque effettuare una disapplicazione che esula, come tale, dal suo strumentario (32).

Ancor più fondate appaiono queste conclusioni se si fa proprio il condivisibile ordine concettuale recentemente privilegiato dal Consiglio di Stato, secondo cui «*Il principio della pregiudiziale non si fonda (...) sull'impossibilità per il giudice amministrativo di esercitare il potere di disapplicazione, ma sull'impossibilità per qualunque giudice di accertare in via incidentale e senza efficacia di giudicato l'illegittimità dell'atto, quale elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 cod. civ.*» (33). Tale orientamento – che conduce a considerare infondata nel merito, e non già inammissibile, la domanda di risarcimento del danno derivante da provvedimento non impugnato – muove dal presupposto per cui «*la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno consente a tale atto di operare in modo precettivo dettando la regola del caso concreto, autorizzando la produzione dei relativi effetti ed imponendone l'osservanza ai consociati*»; il che evidentemente «*impedisce che il danno possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto inoppresso*» (34).

(31) È molto dubbio, peraltro, che una simile eccezione possa essere sollevata dalla stessa amministrazione che ha adottato il provvedimento presupposto: questa infatti dovrebbe al limite annullare il provvedimento illegittimo esercitando i propri poteri di autotutela.

(32) Tra l'altro, come rileva G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 488, proprio l'art. 1442, comma 4, cod. civ. dimostra come vi sia una profonda diversità fra gli istituti del contratto e del provvedimento, "perché, mentre l'annullabilità del contratto può sempre essere eccepita (anche se è prescritta la relativa azione), l'illegittimità del provvedimento inoppugnabile non può certo essere fatta valere per neutralizzarne l'esecuzione".

(33) V. nota successiva.

(34) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1917, nonché Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile

Orbene, se è vero che l'assetto di interessi scolpito da un provvedimento illegittimo non può più considerarsi *contra ius* in seguito al decorso infruttuoso del termine di impugnazione (35), allora l'impossibilità per il giudice di re-

2009, n. 2436, che rimette all'Adunanza plenaria la questione sull'esistenza della pregiudizialità amministrativa, previo esame della compatibilità della soluzione negativa data dalla Corte di Cassazione, nelle ordinanze 13 giugno 2006, n. 13659 e 13660, e, quindi, nella lettura da questa datane dell'art. 7 legge n. 1034 del 1971, con il principio di ragionevolezza anche sistematica e con i principi di cui agli artt. 111, 81, 97, 103 e 113 Cost.. Per un commento di quest'ultima sentenza v. F. CORTESE, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato sul risarcimento del danno da provvedimento illegittimo: motivi ulteriori contro e per la c.d. «pregiudizialità amministrativa»*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 511 ss. V., ancora, le seguenti sentenze: Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 587; Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2008, n. 3059; Cons. Stato, Ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12; Cons. Stato, Sez. IV, 8 maggio 2007, n. 2136.

(35) Di contrario avviso, ovviamente, è la Corte di Cassazione, la quale (da ultimo nella sentenza delle Sezioni Unite, 23 dicembre 2008, n. 30254, reperibile in www.giustamm.it, con commenti di A. ROMANO TASSONE, F. SATTA, R. VILLATA, C. MARRONE, P. CARPENTIERI, R. GISONDI, P. QUINTO e M.A. SANDULLI) muove dal presupposto secondo cui “la circostanza che la parte che potrebbe avere interesse all'annullamento dell'atto non lo chieda non comporta che esso divenga valido o cessi di essere rilevante la contrarietà del comportamento alla sua regola [...] Nel diritto amministrativo, l'inoppugnabilità non si traduce in convalidazione del provvedimento illegittimo, di cui resta possibile l'annullamento dall'amministrazione che lo ha emesso. E perciò se, per non esserne stata chiesta la sospensione, l'atto non perde efficacia e può continuare ad essere eseguito, il comportamento tenuto, prima nell'adottarlo e poi nell'eseguirlo, non perde i suoi tratti di comportamento illegittimo, fonte di responsabilità, per il fatto che dell'atto neppure sia stato poi chiesto l'annullamento”. Secondo la Corte, ancora, quando si discute sulla spettanza del risarcimento del danno, “si deve accertare che la parte ha subito un danno per effetto della mancata realizzazione del suo interesse e questo a causa dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica”. Si esercita, dunque, “un potere che nulla ha a che vedere con quello di disapplicazione, che al contrario consiste nel tenere per non prodotti quegli effetti di un atto, che rilevano come presupposto della legittimità del provvedimento, esso oggetto della domanda di annullamento”. Si tratta di un argomento più volte espresso dalla dottrina, per cui ai fini del risarcimento «non si tratta di considerare l'atto come non avesse prodotto alcun effetto ma, all'inverso, di verificare, nell'analisi *principaliter* degli elementi costitutivi dell'illecito, che esso ha prodotto un effetto nefasto, la cui perniciosità si intende elidere sul piano risarcitorio». Così F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 558. Per un'analoga impostazione v. L. TORCHIA, *Commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 584; F. VOLPE, *Una falsa soluzione al problema del pregiudiziale annullamento dell'atto amministrativo illegittimo nelle azioni risarcitorie per lesione di interesse legittimo*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 348; M. ALLENA, *La pregiudizialità amministrativa fra annullamento e tutela risarcitoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2006. Contrario alla disapplicazione, e critico con l'impostazione descritta, è G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 523 s., secondo il quale la ricostruzione della Corte di Cassazione «trascura la “forza giuridica” del provvedimento e, cioè, la sua attitudine a realizzare un assetto di interessi, incompatibile – ove non venga rimosso – con ogni pretesa illiceità». Poiché infatti, come rileva l'Autore, la persistente efficacia del provvedimento amministrativo costituisce titolo legittimante della condotta o dell'omissione che ne costituisce esecuzione, per potersi qualificare tale condotta o omissione in termini di illecito, occorre rimuovere il detto titolo. Ciò che può effettuarsi soltanto attraverso l'annullamento, ovvero attraverso la disapplicazione del provvedimento. In altri termini, sostiene Greco, valutare il provvedimento e la sua illegittimità semplicemente come fatto rilevante ai fini del risarcimento significa depotenziarlo della sua capacità di produrre effetti (in particolare di rendere lecita la sua esecuzione), il che si traduce nel non applicarlo come tale, e quindi nel disapplicarlo. D'altra parte, se l'attività esecutiva di un provvedimento illegittimo non impugnato è lecita e anzi doverosa, non si comprende come potrebbe contemporaneamente considerarsi illecita ai fini del risarcimento, senza con ciò violare il principio di non contraddizione dell'ordinamento. In tal senso, dello stesso Autore, v. anche *La Cassazione conferma*, cit., p. 493.

spingere una pretesa privata che sia fondata su un provvedimento (presupposto) illegittimo ma inoppugnato, non dipenderà da una preclusione di ordine processuale (come la mancanza del potere di disapplicazione), bensì da un elemento di carattere sostanziale: non sarà cioè possibile asserire l'ingiustizia del fondamento sostanziale della domanda proposta.

...Segue: peculiarità dell'evidenza pubblica

Se quella finora espressa è l'impostazione teorica che si ritiene più coerente con le caratteristiche sistemiche della giustizia amministrativa (36), bisogna nondimeno effettuare alcune precisazioni con specifico riguardo alla materia dell'evidenza pubblica, che è poi l'ambito nel quale si è verificata la fattispecie in commento.

Occorre tenere presente che, secondo la giurisprudenza maggioritaria, in caso di procedure di gara la collocazione al secondo posto in graduatoria non dà automaticamente diritto all'attribuzione dell'appalto, una volta che sia stata annullata l'aggiudicazione in favore della prima classificata. L'amministrazione infatti, almeno fino alla stipulazione del contratto, conserva la facoltà di escludere dalla gara, per difetto dei necessari requisiti, uno o più concorrenti già ammessi, nonché di richiedere agli stessi il completamento della documentazione atta a dimostrare la regolarità della loro partecipazione. Ma se è così, allora la valutazione compiuta d'ufficio dal giudice in sede di giudizio di spettanza sulla illegittimità della collocazione in graduatoria dell'impresa ricorrente, non si traduce nella disapplicazione di un provvedimento non impugnato; in realtà l'operazione logica che il giudice è chiamato ad espletare è diversa, e consiste nel valutare come l'amministrazione avrebbe dovuto agire

Autorevoli sostenitori della pregiudizialità amministrativa sono anche, fra gli altri, G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, cit., p. 312 ss.; G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, Milano, 2005, p. 449; M.A. SANDULLI, *Ancora un passo (indietro) nel gioco dell'oca sulla pregiudiziale di annullamento*, in www.giustamm.it; P. DE LISE, *I nuovi confini della giurisdizione esclusiva (origine, contenuto e conseguenze)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005, p. 101.

(36) Le considerazioni qui espresse si basano in buona parte sul presupposto dell'esistenza della pregiudizialità amministrativa come principio regolatore del rapporto tra azione demolitoria e azione risarcitoria davanti al giudice amministrativo. Nuovi scenari protrebbero dunque aprirsi in seguito all'approvazione del "codice del processo amministrativo", in attuazione dell'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, che all'art. 39 esclude la necessaria preventiva impugnazione del provvedimento illegittimo come presupposto per la proposizione dell'azione di risarcimento de danno. Pur con questa avvertenza, si ritiene comunque di una qualche utilità richiamare l'attenzione su una problematica cui la dottrina si è poco (o niente) dedicata, nonostante si colleghi ad una materia – la responsabilità della p.a. – investita negli ultimi anni da una copiosa produzione scientifica. Da ultimo, si segnala il volume di G. CORSO e G. FARES, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 2009, nel quale sono compendiate e commentate le sentenze più interessanti con riferimento ai vari profili nei quali si articola la materia della responsabilità civile dell'amministrazione.

(e non, si badi, come avrebbe in concreto agito) nei confronti della seconda classificata in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione già disposta. Ora è chiaro che, così come l'amministrazione avrebbe dovuto in tal caso rilevare le eventuali irregolarità nell'ammissione alla gara di tale impresa (con la conseguenza di non doverla individuare quale aggiudicataria), ugualmente il giudice potrà e dovrà accertare tali irregolarità nell'ambito del giudizio prognostico, con la conseguenza di negarle qualsiasi risarcimento.

In pratica, la circostanza che residuino in capo all'amministrazione agente margini di operatività compresi fra il provvedimento presupposto (collocazione al secondo posto) e il provvedimento attributivo del bene della vita finale (aggiudicazione), consente al giudice di accertare che l'amministrazione, avendo l'obbligo giuridico di annullare il provvedimento presupposto (cioè di escludere l'impresa già ammessa in graduatoria), non avrebbe dovuto assegnare il bene al soggetto in questione.

Si consideri che, così facendo, l'attenzione del giudice non ricade direttamente sul modo in cui l'amministrazione ha già agito (attraverso il provvedimento non impugnato), e non porta quindi a censurare tale operato mediante un'ipotesi di disapplicazione provvedimentoale; ma ricade, al contrario, sullo sviluppo successivo che l'azione amministrativa avrebbe dovuto ricevere a partire dalla constatazione che vi era un obbligo di *non* aggiudicare all'impresa illegittimamente ammessa. Il che comporterà il diniego di qualsiasi forma di risarcimento, anche in termini di perdita di *chance*.

Al di fuori di queste ipotesi, e di altre analoghe, non si potrebbe però ricorrere ad un'argomentazione di questo tipo: poiché l'amministrazione può sempre annullare in autotutela un provvedimento presupposto illegittimo, ciò è sufficiente ad escludere la spettanza del bene collegato al provvedimento presupponente (37). Così non è, in realtà, perché da un lato non è vero che l'annullamento d'ufficio è sempre consentito; dall'altro, perché il giudice non può attribuire ad un fatto del tutto eventuale e discrezionale dell'amministrazione – e si badi che l'amministrazione che ha adottato il provvedimento presupposto potrebbe anche non essere la stessa cui compete l'adozione del provvedimento conseguente – un'efficacia escludente dell'ingiustizia del danno inferto ad interessi già consolidati. Diversamente, ci troveremmo di fronte all'inaccettabile paradosso di diritti o interessi a tutela dimidiata, solo perché (più) esposti all'alea di un futuro intervento restrittivo della p.a.

Per fare un esempio che aiuti a comprendere il senso di quanto sostenuto, si potrebbe pensare ad un'impresa che, dopo aver ottenuto illegittimamente l'autorizzazione all'apertura di uno stabilimento industriale in un'area economicamente depressa, proponga istanza per la concessione di finanziamenti

(37) Si consideri che il rapporto tra i due provvedimenti non è necessariamente di presupposizione in senso tecnico, ma può essere anche di mera consequenzialità logica o cronologica.

pubblici previsti con riferimento al suo settore di attività. Si ipotizzi che il finanziamento le venga negato (ad esempio perché l'amministrazione rileva erroneamente che l'istanza è stata presentata oltre i termini), e che tale impresa agisca in giudizio contro l'amministrazione stessa per il risarcimento del danno. Al che si domanda: potrebbe mai il giudice rigettare il ricorso, nel presupposto che l'illegittimità-annullabilità (in autotutela) dell'autorizzazione a monte valga ad escludere la spettanza del finanziamento? (38)

L'art. 246 del codice degli appalti e la pregiudiziale amministrativa

Alcune brevi osservazioni debbono infine essere dedicate all'art. 246 del codice degli appalti, ai sensi del quale, come si è visto, nelle procedure ad evidenza pubblica relative alle cc.dd. "grandi opere", l'annullamento dell'aggiudicazione non può comportare conseguenze di alcun tipo sul contratto già stipulato.

Si tratta di una norma molto particolare, la cui finalità consiste ovviamente nell'assicurare la più celere realizzazione possibile delle opere di valore strategico per l'economia e lo sviluppo del Paese.

L'applicazione di questa norma alla fattispecie esaminata ha fatto sì che il T.A.R. abbia dichiarato l'improcedibilità del ricorso proposto contro il provvedimento di aggiudicazione e si sia quindi pronunciato sulla sola istanza risarcitoria.

Ora, il punto è se si possa rinvenire in tale disposizione una implicita smentita circa la sussistenza della pregiudizialità amministrativa. Questo perché sembrerebbe chiara, in tal caso, la scissione tra rimedio caducatorio e rimedio risarcitorio, e quindi la non consequenzialità di questo rispetto al primo.

A ben vedere, tuttavia, il tenore letterale della disposizione si presta ad una interpretazione addirittura antitetica, dalla quale piuttosto che una smentita parrebbe discendere una conferma della pregiudizialità. Stabilendo invero che «*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*», tale norma implicitamente afferma che alla sospensione o all'annullamento dell'aggiudicazione non osta la circostanza che il contratto sia già stato stipulato. Il giudice quindi, anziché dichiarare l'improcedibilità del ricorso contro il provvedimento, dovrebbe a stretto

(38) Analogamente, si potrebbe anche domandare: l'illegittimità del permesso di costruire sulla base del quale un soggetto ha realizzato sul proprio fondo un fabbricato può forse impedire che il valore di quest'ultimo assuma rilievo ai fini dell'indennità di esproprio? Questo caso non è evidentemente assimilabile, e richiede quindi una soluzione diversa, rispetto a quello della radicale mancanza del titolo abilitativo (che dà luogo ad una fattispecie di abuso), sul quale la giurisprudenza consolidata si è pronunciata nel senso che il valore dell'immobile abusivo non entra nel computo dell'indennizzo (v., *supra*, nota 6).

rigore pronunciarsi nel merito dello stesso, anche se ciò potrà avere conseguenze soltanto sul piano della risarcibilità.

Stimolato in tal senso dalla difesa dell'amministrazione statale, il Consiglio di Stato ha lasciato intendere in più di un passaggio della motivazione (39) di condividere questo approccio. Ciò, in particolare, attraverso l'esplicita affermazione secondo cui «*al limite si può dubitare intorno alla esattezza della statuizione di improcedibilità del ricorso principale e connesso incidentale, non anche sul fondamento sostanziale di essa*» (40).

In un'analogha fattispecie, tra l'altro, il giudice di primo grado si è determinato nel senso della procedibilità del ricorso, nel presupposto che una pronuncia di segno contrario non sia autorizzata dalla lettera della norma. Questa infatti «*un qualche effetto all'eventuale annullamento dell'aggiudicazione lo riconosce, e cioè il risarcimento del danno*» (41).

Si fa notare, in ogni caso, che se anche non si dovesse condividere questa ricostruzione – può sembrare eccessivo, in effetti, porre a carico del privato l'onere di una tempestiva impugnazione del provvedimento, quando dall'annullamento del medesimo non potrebbero discendere conseguenze concrete –, si dovrebbe ugualmente rilevare che l'art. 246 del codice degli appalti, in quanto norma di carattere eccezionale (42), non sarebbe comunque idoneo a fornire un argomento a sfavore della pregiudizialità. Anzi, proprio per il suo valore di eccezione, esso finirebbe inevitabilmente per confermare la regola.

Ciò detto non si possono tacere, conclusivamente, alcune perplessità sul contenuto sostanziale della norma in esame.

Non v'è dubbio che essa presenti aspetti di criticità sotto il profilo della compatibilità costituzionale della disciplina recata, soprattutto con riferimento ai canoni dell'art. 113, comma 2, e dell'art. 97, comma 1, della Costituzione.

L'art. 113, comma 2, prevede, come è noto, che la tutela contro gli atti della p.a. «*non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*». Si sancisce in tal modo il principio secondo cui la tutela nei confronti dell'amministrazione deve essere piena, al pari di quella assicurata contro gli altri soggetti dell'ordinamento. Ma se è così, allora non può che balzare agli occhi la problematicità di una norma che esclude la possibilità di avvalersi del rimedio annullatorio (assimilabile ad una

(39) Ci si riferisce sempre alla sentenza n. 2435/2009 in commento.

(40) In un altro passaggio, il Consiglio di Stato punta l'accento sulla "ritualità" dell'impugnazione proposta in primo grado, la quale ha consentito la valutazione del ricorso (anche di quello incidentale) sulla fondatezza della pretesa. Ancora, si consideri che la scelta del T.A.R. di dichiarare l'improcedibilità dei ricorsi principale ed incidentale aventi ad oggetto l'aggiudicazione, oltre ad essere definita (solo) "plausibile", viene giustificata in base a motivazioni di economia processuale.

(41) Così T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. II, 29 ottobre 2008, n. 1480. In tale sentenza si richiama e si critica esplicitamente la sentenza del T.A.R. Lazio qui commentata.

(42) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589.

forma di reintegrazione in forma specifica), con riferimento a determinate categorie di atti, cioè le aggiudicazioni nel campo delle grandi opere. È vero che la non annullabilità (*rectius*, la sostanziale esclusione dell'efficacia tipica dell'annullamento) viene circoscritta alle sole ipotesi in cui sia già intervenuta la stipulazione del contratto, ma ciò non muta granché la situazione. Difatti, potendo il contratto – vista la mancanza di una sanzione per il mancato rispetto dell'art. 11, comma 10, del codice degli appalti (43) – essere stipulato immediatamente, anche il tempo a disposizione del ricorrente per l'attivazione del rimedio caducatorio potrà ridursi in modo decisivo. Il che fa sì che solo in via cautelare sarà possibile conseguire un qualche risultato.

Quanto all'art. 97, comma 1, Cost., alcuni problemi si pongono rispetto al principio di imparzialità ivi enunciato. È evidente, infatti, che la norma dell'art. 246 presta il fianco a forme di abuso, nella misura in cui consente l'assegnazione in via definitiva di un'utilità ad un soggetto che non la meritava, ma che può essere favorito con un tempestiva stipulazione del contratto prima che intervenga l'annullamento dell'aggiudicazione. Senza considerare, poi, le possibili collusioni che potrebbero verificarsi tra le imprese prima e seconda classificata, per ritardare ad un momento successivo rispetto alla stipulazione del contratto l'attivazione del rimedio risarcitorio, in modo da assicurare ad entrambe un beneficio. Ciò che enterebbe in rotta di collisione anche con il principio del buon andamento.

Proprio su quest'ultimo principio fa leva l'unica difesa che la norma può ricevere sul piano della conformità alla Costituzione. Il buon andamento è assicurato dalla rapidità della procedura e dall'abbattimento della potenziale paralisi che verrebbe determinata dall'instaurazione di un contenzioso.

Si deve però ritenere che una simile giustificazione possa essere accettata soltanto se il campo di applicazione della norma considerata sia veramente circoscritto ad ipotesi rare ed eccezionali (anche se le più importanti sotto il profilo qualitativo, trattandosi di opere strategiche).

Per questo, più che sull'art. 246 del codice degli appalti, le censure di incostituzionalità qui prospettate dovrebbe travolgere una norma di recente emanazione, e cioè l'art. 20, comma 8, del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2. Questa estende il principio dell'intangibilità del contratto già stipulato a tutte le procedure amministrative che si riferiscono a investimenti pubblici, di competenza statale o regionale, individuati come «*prioritari per lo sviluppo economico del terri-*

(43) Secondo cui «Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. La deroga di cui al periodo precedente non si applica ai contratti relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, di cui alla parte II, titolo III, capo IV».

torio nonché per le implicazioni occupazionali ed i connessi riflessi sociali» (44). Come se non bastasse, poi, il successivo comma 8-*bis* esclude l'applicabilità in questi casi del termine minimo di trenta giorni decorrenti dalla comunicazione ai controinteressati dell'aggiudicazione (45) prima di potersi procedere alla stipulazione del contratto, e riduce a trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento il termine per proporre ricorso al T.A.R.

Risulta evidente che l'applicazione potenzialmente così ampia di una norma a dir poco critica sotto il profilo costituzionale, ne rende prevedibile, oltre che auspicabile, la declaratoria di illegittimità.

*Dott. Federico Dinelli**

Consiglio di Stato, Sezione Quarta, sentenza 21 aprile 2009 n. 2435 - Pres. Trotta, Est. Carella - TOTO SpA (Avv.ti G. e G. Pellegrino) c. Min. infrastrutture (Avv.ti dello Stato A. Elefante e G. De Bellis).

(Omissis)

FATTO

La Toto spa – che si è classificata seconda con il punteggio di 70,95 nell'incanto pubblico ad offerta economicamente più vantaggiosa (art. 21, comma 1 lettera b e ter, legge n. 109/1994) per la progettazione ed esecuzione dei lavori acquedottistici della galleria Pavoncelli bis (infrastruttura strategica ai sensi della legge n. 443 del 2001), rispetto alla prima graduata ATI Società Italiana Condotte d'Acqua Spa con punti 93,37 – ha introdotto in primo grado due ricorsi che sono stati riuniti dalla sentenza odiernamente gravata.

Con il primo (RG.7224/2006) tale società – nel chiedere in via principale l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e in via derivata, come da motivi aggiunti, quella definitiva – ha dedotto, alla stregua di cinque mezzi, che l'ATI aggiudicataria doveva essere invece esclusa in quanto la mandante Alicante aveva presentato una SOA irregolare, sostituita (in via postuma alla partecipazione) da altra SOA, peraltro inadeguata secondo quanto prescritto dal bando di gara; inoltre, a seguito dell'accesso e con successivi motivi aggiunti, la ricorrente ha proposto i seguenti ulteriori motivi d'impugnazione:

1) violazione art. 75 DPR 554/1999 e del punto 6 del disciplinare di gara, posto che le man-

(44) La norma stabilisce che «Le misure cautelari e l'annullamento dei provvedimenti impugnati non possono comportare, in alcun caso, la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato, e, in caso di annullamento degli atti della procedura, il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati, solo per equivalente. Il risarcimento per equivalente del danno comprovato non può comunque eccedere la misura del decimo dell'importo delle opere che sarebbero state eseguite se il ricorrente fosse risultato aggiudicatario, in base all'offerta economica presentata in gara». Per una conferma che anche da tale norma si può trarre in ordine alla sussistenza della pregiudiziale amministrativa, v. Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436.

(45) V. nota 43.

(*) Dottore in giurisprudenza, ha svolto la pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

danti SELI S.p.a., con riguardo ad un soggetto munito di poteri di gerente e di rappresentante, ed Alicante Costruzioni S.r.l., con riguardo al direttore tecnico, non avrebbero prodotto le dichiarazioni richieste dalle norme rubricate;

2) Violazione art. 75 DPR 554/1999, atteso che non vi sarebbe traccia nella documentazione del certificato del casellario generale del procuratore speciale della mandante DEC S.p.a.;

3) Violazione artt. 38 e 47 DPR 445/2000, poiché nella dichiarazione di conformità dei titoli di studio dei progettisti della Politecnica Ingegneria e Architettura Soc. Coop. mancherebbero i documenti d'identità di alcuni ingegneri;

4) Violazione di legge (art. 13 co. 5 bis e 6 L. 109/1994. Violazione art. 93, co. 3, DPR 554/1999. Violazione del principio di immodificabilità del soggetto e di par condicio) ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, giacché l'ATI controinteressata ha modificato la compagine associativa accettando la dichiarazione di recesso della Alicante Costruzioni S.r.l.;

5) Violazione e falsa applicazione di legge (art. 75, co. 1 lett. h, DPR 554/1999, art. 95, co. 4, DPR 554/1999, art. 3, co. 6, L. 34/2000, art. 13 L. 109/1994) ed eccesso di potere (difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, violazione del disciplinare di gara) in quanto la Alicante Costruzioni S.r.l. avrebbe presentato in sede di offerta false dichiarazioni attestando anche la sussistenza di requisiti smentiti dai bilanci 2003, 2004 e dalla bozza di bilancio 2005.

L'Avvocatura dello Stato, che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso introduttivo in quanto proposto avverso un atto non definitivo, ha però concluso per il rigetto del ricorso, mentre le società controinteressate, nel resistere alle censure dedotte, hanno proposto a loro volta ricorso incidentale avverso i verbali di gara ed i conseguenti provvedimenti adottati dall'amministrazione nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della Toto spa, per le seguenti ragioni:

a. Violazione e falsa applicazione di ogni norma e principio in materia di qualificazione (DPR 34/2000; art. 74 DPR 554/1999, art. 18 L. 55/1990 e s.m.i., *lex specialis*) ed eccesso di potere (difetto di istruttoria, carenza e erroneità dei presupposti) perché la Toto S.p.a. non avrebbe qualificazione per le categorie OG6 e OG9, a qualificazione obbligatoria, per cui avrebbe dovuto costituire un'ATI verticale o dichiarare di subappaltare i lavori afferenti dette categorie, mentre, dichiarando di voler subappaltare parte dei lavori rientranti nelle categorie OG4, OG1, OG6 e OG9, dovrebbe necessariamente eseguire in proprio parte dei lavori ricadenti nelle categorie per le quali non è qualificata;

b. Violazione e falsa applicazione del bando di gara e di principi generali (buon andamento, regolarità della procedura di gara, par condicio) ed eccesso di potere (difetto di istruttoria, carenza ed erroneità dei presupposti) in quanto la Toto S.p.a. avrebbe prodotto una garanzia fideiussoria nella quale la compagnia assicuratrice non ha rinunciato a far valere le eccezioni ex art. 1945 c.c. come espressamente richiesto dal disciplinare di gara ed, inoltre, tale ricorrente principale avrebbe individuato quale progettista la costituenda associazione temporanea tra le società SWS Engineering S.p.a. ed ECO Consulting Ingegneria S.r.l., ma non sarebbe stata dichiarata né da tali Società né dalla Toto S.p.a., come invece richiesto dal disciplinare, la ripartizione dei servizi di progettazione da eseguirsi;

c. Violazione e falsa applicazione di legge (*lex specialis*, art. 17 L. 109/1994 e s.m.i., art. 51 DPR 554/1999) ed eccesso di potere (difetto di istruttoria, erroneità e carenza dei presupposti, difetto di motivazione), nell'assunto che la ricorrente principale avrebbe individuato quale progettista una costituenda ATI senza prevedere la presenza nel raggruppamento di almeno un progettista che abbia conseguito il diploma di laurea da non oltre sette anni.

Nelle successive memorie, la Toto S.p.a. ha dichiarato di avere esclusivo interesse alla tutela

risarcitoria per equivalente, unica tecnica di tutela prevista dall'art. 246 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rilevando l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, sia dell'azione annullatoria che dello stesso ricorso incidentale il quale, peraltro, sarebbe inammissibile e infondato nel merito, mentre le controinteressate, hanno argomentato in contrario, insistendo per l'accoglimento del ricorso incidentale e per la declaratoria di inammissibilità o comunque per il rigetto del ricorso.

Il secondo ricorso di primo grado (RG n. 11449/2006) riguarda domanda di risarcimento del danno derivante dalla illegittima aggiudicazione dei lavori di completamento della galleria Pavoncelli bis, specificando diffusamente le ragioni di illegittimità degli atti causativi del danno (come sopra esposte), ed indicando altresì criteri per la quantificazione dello stesso (10% dell'offerta quale mancato utile, perdita della spendita delle lavorazioni in discorso nelle future gare, spese sostenute per la partecipazione alla gara, rivalutazione ed interessi): in questo gravame si è costituita soltanto la difesa statale.

Il Tribunale Amministrativo Regionale in epigrafe indicato, con la impugnata sentenza, riuniti i ricorsi, ha dichiarato il primo gravame improcedibile con riferimento sia all'impugnativa principale che a quella incidentale, alla luce dell'art. 246, comma 4, del d.lvo 12 aprile 2006 n. 163, non potendo la ricorrente principale – all'esito del giudizio eventualmente positivo – ottenere una nuova aggiudicazione in suo favore e, d'altra parte, neppure la ricorrente incidentale ricevere nocumento alcuno, con la conseguenza che la tutela sostanziale della posizione giuridica della Toto spa può avvenire soltanto attraverso lo strumento risarcitorio.

Sotto tale aspetto, la domanda risarcitoria è stata ritenuta dal TAR ammissibile, ma nel concreto da respingere per l'assenza di un danno ingiusto in relazione all'infondatezza della pretesa, non potendo la Toto spa conseguire il bene della vita reclamato e così divenire legittima aggiudicataria in quanto doveva essere esclusa dalla gara sulla base degli argomenti desumibili dal ricorso incidentale proposto dall'ATI controinteressata nonché della documentazione prodotta e, in particolare:

- i. – la Toto spa, come da attestazione SOA, non è qualificata per le categorie OG6 e OG9, che sono a qualificazione obbligatoria per cui, avendo dichiarato di voler subappaltare “parte” delle lavorazioni (OG4 – OG1 – OG6 – OG9), finirebbe per eseguire direttamente lavori nelle categorie OG6 e OG9 per le quali non è provvista di qualificazione;
- ii. – a non diversa conclusione si perviene ove volesse ritenersi che l'indicazione “parte” sia sul piano logico da riferire alle sole categorie per le quali la Toto è qualificata (OG1 e OG4) e non anche alle categorie per le quali non è dotata di qualificazione (OG6 e OG9), dovendo queste essere totalmente subappaltate, in quanto in tal caso l'impresa, non operando nella dichiarazione siffatta distinzione ma utilizzando indifferentemente l'indicazione “parte” per tutte e quattro le categorie di lavori, avrebbe reso una dichiarazione incompleta e tale da costituire anch'essa causa di esclusione;
- iii. – la Toto spa – che ha individuato ex art. 19, comma 1 ter, della legge n. 109, il “progettista” nella costituenda ATI Società SWS Engineering spa e Società Eco Consulting Ingegneria – doveva essere esclusa dalla gara, essendo stata omessa l'indicazione dei servizi di progettazione che sarebbero stati eseguiti da parte di ciascuna di queste associate;
- iv. – la fideiussione prodotta dalla Toto spa non contiene la espressa rinuncia a far valere le eccezioni di spettanza del garantito, sicché, anche volendo riconoscere alla clausola con cui il garante si impegna al pagamento a semplice richiesta scritta l'effetto sostanziale di precludere l'opponibilità al beneficiario delle eccezioni altrimenti spettanti al debitore principale ai sensi dell'art. 1945 c.c., la fideiussione si presenta comunque incompleta e avrebbe dovuto

condurre all'esclusione della candidata, non potendo ricorrere l'amministrazione aggiudicatrice ad interpretazione di tipo sostanzialistico ma dovendo applicare alla lettera le regole di gara che, nel caso di specie, hanno previsto a pena di esclusione che nella fideiussione sia contenuta la dichiarazione da parte del fideiussore di rinuncia a far valere le eccezioni di spettanza del garantito.

Con l'appello in esame, l'istante originaria ha chiesto che il ricorso di primo grado di cui a RG n. 1449/06 sia accolta e l'Amministrazione appellata condannata al risarcimento dei danni per come quantificati nel ricorso introduttivo e sub IV dell'appello stesso, contestando il ragionamento sviluppato dal TAR con la articolazione argomentativa di seguito riportata:

I. – erroneità della decisione appellata nella parte in cui conclude per la carenza del requisito di ingiustizia del danno, avendo i primi giudici ritenuto di poter affermare (d'ufficio) l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente ed utilizzato le motivazioni proprie di una eccezione, senza che la stessa sia stata sollevata dall'unica parte resistente nel giudizio risarcitorio (la difesa statale), violando in tal modo gli artt. 112 e 115 c.p.c. nonché disapplicando atti amministrativi e ribaltando regole fondamentali del nostro ordinamento nell'intento di superare la c.d. pregiudiziale amministrativa;

II. – illegittimità dell'aggiudicazione all'ATI Condotte, sostanzialmente riproponendo le censure di primo grado;

III. – inescusabilità delle illegittimità denunciate, essendo state violate elementari regole in materia di evidenza pubblica e appalti di lavori, ed in quanto nella materia speciale in discorso (art. 246 D.Lvo n. 163/2006) dette illegittimità costituiscono presupposto esclusivo e sufficiente per ottenere la tutela risarcitoria;

IV. – quantificazione del danno commisurato alla mancata aggiudicazione della gara e secondo una corretta analisi del bene della vita, essendo stata la ricorrente pacificamente ammessa e risultata seconda classificata (in reiterazione delle richieste economiche di primo grado);

V. – contestazione dei profili adottati dal TAR per affermare l'esclusione della ricorrente (la locuzione "parte" è da riferire soltanto alle categorie OG4 e OG1 in cui la Toto spa ha la qualificazione, mentre il subappalto avrebbe riguardato tutti i lavori rientranti nella categorie OG6 e OG9 e, comunque, versandosi in tema di mera incompletezza ovvero di irregolarità formale della dichiarazione, atteso che è fin troppo noto che le lavorazioni scorporabili e rientranti in categorie a qualificazione obbligatorie possono essere realizzate solo da impresa in possesso della relativa qualificazione; nell'appalto integrato i progettisti non assumono la qualità di concorrenti e, quindi, la prescrizione di cui al punto 1° bis del disciplinare – ossia l'indicazione della parte dei servizi che ciascuna impresa in ATI avrebbe svolto – non è indirizzata ai soggetti individuati ai sensi del comma 1 ter dell'art. 19 legge n. 109 del 1994, ma soltanto al concorrente al pubblico incanto; la fideiussione presentata dalla Toto e rilasciata da Assitalia Assicurazioni d'Italia SpA per quanto priva sul piano letterale del riferimento alla rinuncia alla possibilità di opporre eccezioni ai sensi dell'art. 1945 c.c. è stata in concreto modulata alla stregua di un contratto autonomo di garanzia, essendosi il Garante impegnato a pagare il creditore entro 15 giorni dalla "semplice richiesta" scritta inviata con lettera raccomandata.

La controparte pubblica si è costituita anche nell'odierno grado, concludendo per il rigetto dell'appello con conferma della sentenza impugnata, come da memoria depositata il 24 ottobre 2008.

L'appellante ha replicato con la memoria versata il 21 novembre successivo.

All'udienza del 2 dicembre 2008, sulle conclusioni rassegnate dalle parti dopo l'ampia di-

scussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. – Nel presente giudizio, è controversa aggiudicazione di appalto integrato per la progettazione ed esecuzione dei lavori acquedottistici della galleria Pavoncelli bis – che è infrastruttura strategica ai sensi della legge obiettivo 21 dicembre 2001, n. 443 – ed, in particolare, l'ammissibilità di una domanda risarcitoria riferita a lesione di interessi legittimi quando sussista, come nel caso di specie, declaratoria di improcedibilità riferita alla domanda di annullamento dell'atto, cui dovrebbe ricondursi la lesione dell'interesse pretensivo fatto valere.

Tale questione non è nuova per questo Consiglio, che si è già pronunciato sui punti dibattuti tra le parti, con consolidata e persuasiva giurisprudenza dalla quale non vi è ragione per discostarsi ed a cui si rinvia, ai sensi dell'art. 9 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

2. – Preliminarmente occorre esporre in estrema sintesi i fatti di causa.

La ricorrente originaria – che si è classificata seconda (punti 70,95) nell'incanto pubblico per la realizzazione dell'opera citata rispetto alla prima graduata ATI Condotte (punti 93) – ha lamentato in primo grado, con due distinti ricorsi, la mancata esclusione del Raggruppamento controinteressato (RG 7224/2006) e, di conseguenza, ha reclamato il risarcimento danni derivante dalla illegittima aggiudicazione dei detti lavori (RG 11449/2006): con le memorie depositate nel primo ricorso, la Toto spa dichiarava di avere esclusivo interesse alla tutela risarcitoria per equivalente alla luce dell'art. 246 del D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163, una volta stipulato il contratto d'appalto, non soggetto per legge a nullità o annullabilità, e, pertanto, rappresentava l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dell'azione annullatoria introdotta e del ricorso incidentale a sua volta promosso dal Raggruppamento Condotte avverso l'omessa esclusione della ricorrente Toto spa.

Con la impugnata sentenza il Tar adito, riuniti i due ricorsi, ha dichiarato improcedibili sia il ricorso principale che quello incidentale, con riguardo al ricordato art. 246, ritenendo in astratto ammissibile la separata domanda risarcitoria, ma nel concreto da respingere per l'assenza di danno ingiusto in relazione all'esclusione deliberata della Toto spa con riferimento ai motivi incidentali (dichiarati improcedibili): in breve, la ricorrente principale mai sarebbe potuta divenire legittima aggiudicataria dei lavori in discorso.

Come da esposizione in fatto, l'appellante Toto spa, con il gravame in trattazione, contesta il ragionamento sviluppato dai primi giudici, ripropone le censure in primo grado specie quelle relative all'esclusione della controinteressata ATI Condotte, confuta gli argomenti addotti dal TAR per la di lei esclusione prognostica ai fini risarcitori.

Ciò premesso, possono essere ora affrontate partitamente le questioni introdotte dalla società appellante avverso la sentenza impugnata, che va invece ritenuta esente dalle censure mosse e, dunque, l'appello deve essere respinto perché infondato.

3. – Con una prima argomentazione, che abbraccia i motivi di censura rubricati dalla I alla IV della esposizione in fatto, la Toto spa, nel lamentarsi per la dichiarata assenza di un danno ingiusto, sostiene che erroneamente i primi giudici avrebbero ritenuto illegittima e disapplicata o ritirata d'ufficio la sua ammissione a gara, utilizzando lo strumento proprio di una eccezione che nella specie non era stata sollevata dalla difesa statale (in RG 11449/2006), così sovvertendo gli automatismi propri dell'evidenza pubblica e regole processuali fondamentali nell'intento di superare la c.d. pregiudiziale amministrativa, ma con una analisi non corretta in termini di azione di danno dell'effettivo bene della vita propugnato.

Queste doglianze, alla luce delle loro interdipendenze, possono essere unitariamente scruti-

nate.

Le stesse non hanno pregio in quanto la società appellante trascura di considerare la concomitanza di azione annullatoria e risarcitoria, ancorché alla stregua di due separati ricorsi (riuniti): come giustamente osservato dalla difesa statale nella memoria di appello (pag. 24), al limite si può dubitare intorno alla esattezza della statuizione di improcedibilità del ricorso principale e connesso incidentale, non anche sul fondamento sostanziale di essa.

Infatti, se le impugnative in parola fossero state respinte anziché dichiarate improcedibili, il discorso sviluppato dalla società ricorrente non avrebbe ora senso. In ciò l'errore in cui incorre la società Toto: non è che una diversa tecnica o decisione di tipo processuale, anziché altra, spostata i termini della questione sostanziale e modifica le ragioni di indole patrimoniale collegate (c.d. spettanza "au fond" della pretesa).

Né la versatile tecnica difensiva di rinunciare alla coltivazione del ricorso di legittimità e di dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse, non solo per sé ma anche per la società controinteressata che pure ha incidentalmente impugnato l'ammissione a gara della propria controparte, è idonea ad inibire al giudice di conoscere in via principale dell'unitario episodio in contestazione: difatti, l'interesse risarcitorio permane in un contesto (riunito) nel quale la domanda di risarcimento dei danni è sostanzialmente contestuale a quella di legittimità, seppure questa ha poi preso la piega dell'improcedibilità.

Venendo così al nodo centrale della controversia, l'azione risarcitoria in esame, sia il passaggio della vicenda quello della inerenza alla giurisdizione amministrativa d'annullamento, oppure sia la via da seguire quella di una domanda risarcitoria indipendente dalla caducatoria, comunque non può prescindere dal considerare gli atti amministrativi controversi: in un caso, con riscontro diretto dell'atto censurato a mezzo dei vizi tipici denunziati; nell'altro, con esame indiretto dello stesso atto per il tramite dei comportamenti denunziati come illeciti.

In altre parole, la fattispecie di causa, attenga ad una ordinaria azione di risarcimento danni da (asserita) lesione di interessi legittimi o investa (secondo lo schema ipotizzato) una questione interpretativa connessa ad una situazione di c.d. pregiudizialità amministrativa, ad ogni modo essa non può essere sottratta al preliminare accertamento che la censurata attività della pubblica Amministrazione si configuri illegale (in termini di illegittimità o di illiceità): in sintesi, anche nel secondo caso l'atto amministrativo deve pur sempre risultare illegittimo in quanto manifestazione di attività antiggiuridica posta in violazione di norme di legge (Cons.St., IV, 11 dicembre 2007, n. 6346).

Questa valutazione dell'attività come antiggiuridica o meno si pone nell'ambito della fattispecie di illecito come "condizione" per il sorgere del risarcimento: ossia, l'evento è ingiusto quando risulti contrastare con la situazione giuridicamente tutelata, in base ad un ipotetico giudizio prognostico (virtuale) da condurre con riferimento alla normativa positiva di settore secondo i suoi effetti tipici (Cass., SS.UU., 28 dicembre 2007 n. 27169).

Tale processo virtuale è volto a stabilire se il contenuto del provvedimento sarebbe stato diverso qualora l'Amministrazione avesse agito legittimamente ovvero quale sarebbe stato il "corso delle cose" se il fatto antiggiuridico non si fosse prodotto, vale a dire se l'Amministrazione avesse agito correttamente (Cons. St., VI, 9 giugno 2008 n. 2751; Cass. SS.UU., 22 luglio 1999, n.500).

Sulla base delle suddette precisazioni è reso così evidente come l'evento precede il danno dal punto di vista logico giuridico e gli conferisce la propria colorazione di ingiustizia: cioè, il danno è la possibile "conseguenza" della causa evento, ma ove questa sia realmente sussistente.

Peraltro, il Collegio non può neppure mancare di considerare che una domanda risarcitoria proposta in sede giurisdizionale per lesione di interessi legittimi è ammissibile anche in caso di declatoria di improcedibilità riferita alla domanda di annullamento dell'atto cui dovrebbe ricondursi la dedotta lesione (Cons.St., VI[^], 18 marzo 2008, n. 1137): nella fattispecie, la declatoria di improcedibilità in nulla ha precluso l'avvenuta valutazione concreta da parte dei primi giudici dell'istanza risarcitoria con riguardo all'atto lesivo ritualmente impugnato in primo grado con il ricorso principale (l'aggiudicazione) ed in relazione all'utilità sostanziale perseguita (risarcimento).

Inoltre, in disparte da ogni considerazione sull'interesse dell'appellante a sollevare una siffatta censura quando la sua domanda risarcitoria è stata comunque esaminata nel merito, giova osservare che, in realtà, il ricorso incidentale è deputato a svolgere la funzione di paralizzare la possibilità di accoglimento del ricorso principale, introducendo una ragione ostativa all'accoglimento delle censure dedotte (Cons.St., V, 14 aprile 2008, n. 1609) e, quindi, lo strumento incidentale "*funziona*" come un'eccezione: secondo l'opinione prevalente, invero, il ricorso incidentale, pur essendo formalmente una autonoma azione di impugnazione, da un punto di vista sostanziale (per lo meno in primo grado) consiste in una eccezione in senso tecnico in quanto mira a paralizzare l'azione principale e a neutralizzare gli effetti derivanti da un eventuale accoglimento del ricorso principale, in questo caso con l'obiettivo appunto di "*ribaltare*" la pronuncia in modo favorevole ad esso ricorrente incidentale e così lasciare – che è il punto fondamentale controverso – immutato il medesimo assetto di interessi garantito dal provvedimento oggetto di impugnazione.

Pertanto il TAR, nell'esercizio dei poteri giurisdizionali, non ha affatto esorbitato dai propri limiti e, quindi, ritualmente ha potuto prendere in considerazione l'eccezione derivante dal ricorso incidentale, anche se dichiarato improcedibile.

Ciò in quanto, la finalità di concentrazione in un'unica sede del contenzioso ingeneratosi tra le stesse parti in ordine a provvedimenti aventi il medesimo oggetto e la sovrapposibilità nell'uno (giudizio annullatorio) come nell'altro caso (giudizio prognostico) del medesimo processo logico giuridico (accertamento dell'antigiuridicità dedotta), rende plausibile la tecnica utilizzata della declatoria di improcedibilità dei ricorsi e di rigetto della domanda risarcitoria, siccome funzionale alle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale ed ai più generali principi di giustizia sostanziale e di economia processuale.

Per concludere – ad avviso del Collegio – la scissione tra formale pronuncia sulla legittimità del provvedimento impugnato (improcedibilità anziché annullamento) e valutazione dell'istanza risarcitoria (collegata o indipendente che sia) non è idonea di per sé a pregiudicare la ragione sostanziale, se effettivamente sussistente, di un danno risarcibile secondo le regole proprie della responsabilità da fatto "illegale" di una Pubblica Amministrazione.

I mezzi di censura (dalla prima alla quarta) vanno perciò respinti in tutti i loro profili.

4. – Nella discussione orale, l'abile difesa della società appellante, a sostegno del ragionamento che l'avvenuta ammissione non poteva essere rimessa in discussione dal giudice di prime cure, ha richiamato gli articoli 1421 e 1441 del codice civile su nullità ed annullamento del contratto.

In sintesi, questo il senso della tesi: è obbligo del giudice attenersi al *petitum* e dichiarare la nullità e/o annullamento del negozio in relazione alla causa indicata dall'attore.

Sul punto viene agevole rispondere che:

a.- il giudice non è tenuto a dichiarare una invalidità, pur risultante dagli atti, ove tale pronuncia non sia rilevante per la decisione della controversia (Cass. Civ., I, 18 aprile 1970, n.

1127);

b.– il ricorso incidentale ha natura di eccezione riconvenzionale quando, come nella specie, la dedotta illegittimità dell'atto presupposto (ammissione a gara) è rivolta ad evitare il pregiudizio derivante dall'esercizio dell'azione giudiziale principale (impugnazione aggiudicazione), e perciò si pone l'esigenza di decidere simultaneamente e con un'unica sentenza tutte le controversie esistenti fra i soggetti in lite (Cons.St., IV, 13 dicembre 1999, n. 1853; C.G.A., 30 giugno 1995, n. 249);

c. – il risarcimento del danno in via generale non può essere riconosciuto se non vi sono gli estremi della antigiridicità ed esso non è, come è noto, una conseguenza automatica dell'annullamento giurisdizionale (Cons.St., V, 18 marzo 2002, n. 1562).

Ma, soprattutto, l'azione risarcitoria non è soggetta alla regola del principio dispositivo con metodo acquisitivo, bensì al principio dell'onere della prova (art. 2697 cc e 115 cpc) in quanto inerente a processo avente ad oggetto diritti (risarcitori): questo giudizio verte principalmente sull'esistenza delle "condizioni" (*e relative prove*) di danno ingiusto, rispetto alle quali può essere strumentale, ma non ragione sufficiente (nella specie) l'esclusione altrui.

Pertanto non basta la deduzione, in base al principio dispositivo con metodo acquisitivo, dell'illegittimità dell'atto, essendo necessaria, in base al principio dispositivo, la dimostrazione, come da artt. 2697 c.c. e 115 comma 1 c.p.c., degli elementi che consentano di concludere in senso favorevole il giudizio sulla spettanza del risarcimento, e, cioè, occorre innanzitutto la prova del danno ingiusto, nella sua esistenza (e nel suo ammontare), consistente nella verifica positiva degli specifici requisiti e, in particolare, nell'accertamento di una effettiva lesione alla propria posizione giuridica soggettiva tutelata ovvero la violazione della norma giuridica che attribuisce la protezione a tale interesse (Cons. St., VI, 30 settembre 2008, n. 4689; Cass. Civ., I, 15 novembre 2005, n. 23029; Cons. St., IV, 03 maggio 2005, n.2136; e 17 settembre 2004, n. 6056).

L'esame della correttezza dell'operato dei primi giudici deve concentrarsi, dunque, sulla situazione "*in fatto*" legittimativa del diritto vantato rispettivamente dalle parti principale e incidentale: sotto tale aspetto va per vero riconosciuto che il TAR si è semplicemente limitato ad esaminare i fatti introdotti ed a registrare le relative conseguenze ai fini risarcitori ed alla luce delle circostanze in appresso richiamate.

Nella fattispecie non è revocabile in dubbio che la controparte aveva fatto oggetto della propria tesi difensiva per l'appunto l'erronea ammissione della Toto Spa per le cause di esclusione opposte.

Pertanto il giudice di prime cure non ha violato il principio di disponibilità delle prove, come da art. 115 del codice di procedura civile, secondo cui devono essere poste a base della decisione unicamente le allegazioni delle parti, cioè le circostanze di fatto dedotte a fondamento della domanda o dell'eccezione e le prove offerte dalle parti medesime: nel vigente ordinamento processuale opera il principio dell'acquisizione delle prove, in forza del quale il giudice è libero di formare il suo convincimento sulla base di tutte le risultanze istruttorie, quale che sia la parte ad iniziativa della quale sia avvenuto il loro ingresso nello stesso giudizio (Cass. Civ., III, 10 ottobre 2008 n. 25028) o in altro tra le stesse parti (Cass. Civ., SS.UU., 8 aprile 2008 n. 9040).

È vero che, tanto con il ricorso principale quanto con quello incidentale, si tendeva ad ottenere una reciproca esclusione e, quindi, sulla base processuale di una parità logica tra parti contrapposte: tuttavia, correttamente il TAR ha stabilito di dichiarare improcedibili l'uno e l'altro, ma nella sostanza effettivamente pronunciandosi, per economia processuale, sul ricorso inci-

dentale tramite la domanda risarcitoria.

Difatti, per stessa ammissione di parte ricorrente originaria, nella fattispecie, per lo speciale divieto di legge rammentato, non v'era possibilità di eventuale rinnovazione della procedura di gara e v'era preclusione legale a poter vedere annullato il contratto nascente dall'aggiudicazione disposta nei confronti dell'altro concorrente, conchè l'impugnativa principale non poteva in ogni caso produrre il risultato di un effetto rispristinatorio, se non per equivalente risarcitorio.

Recita, invero, l'art. 246, comma quarto, del d.lvo 12 aprile 2006, n.163 che "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".

La tesi sostenuta dall'appellante non regge neppure alla controprova: invero, ove questo giudice di appello dovesse esaminare nel merito entrambe le ragioni di esclusione, dando anche priorità alle censure dedotte dalla società appellante, in ogni modo costei non trarrebbe vantaggio alcuno, non tanto per la preclusione di legge, ma quanto per la circostanza che – pur in ipotesi di accoglimento delle prospettazioni e, quindi, di annullamento prognostico dell'aggiudicazione (limitato agli effetti risarcitori) nei confronti di Condotte – ciò non potrebbe mai precludere o escludere, ai fini dell'interesse risarcitorio perseguito, il doveroso esame preliminare del presupposto necessario per configurare un danno risarcibile in capo all'appellante stessa (l'antigiuridicità): vale a dire, contrariamente a quanto dedotto, che non è "*mecanicisticamente*" configurabile un'automatica sostituzione nell'aggiudicazione, in assenza di accertamento circa il regolare adempimento a quanto prescritto dal bando di gara (nella specie relativamente all'ammissione oggetto di contestazione incidentale).

Su tale punto appare utile ricordare che la Toto spa è seconda graduata nella gara in questione: da questa circostanza discende che, a prescindere dal vincolo limitativo dell'opera strategica, anche in via ordinaria la sua pretesa alla stipula del contratto di cui trattasi si sarebbe fondata su un atto discrezionale dell'Amministrazione che, anziché seguire la via principale della ripetizione della gara, avrebbe potuto eventualmente ricorrere all'utilizzo della graduatoria predisposta in sede di gara.

Ragionando in relazione a quest'ultimo spaccato, va allora rilevato che:

I.- nel caso in cui sia stato pronunciato l'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione in un procedimento di pubblico appalto, per effetto della illegittima ammissione alla gara del soggetto primo classificato, "non è immediatamente operabile lo scorrimento della graduatoria con l'aggiudicazione dell'appalto al secondo classificato"(Cons. St., VI, 14 gennaio 2000, n. 244);

II.- "il potere di esclusione dalla procedura di gara per mancanza di uno dei requisiti o condizioni necessari per la partecipazione non può dirsi esaurito con la fase tipica dell'ammissione delle offerte", perdurando esso per lo meno fino a quando la gara non sia conclusa (nell'ipotizzato affidamento diretto a Toto spa), il che avviene solo con l'aggiudicazione definitiva e con la stipula del conseguente contratto (Cons. St., IV, 31 maggio 2007, n. 2836);

III.- la facoltà dell'Amministrazione di richiedere ai concorrenti nel procedimento di gara per l'aggiudicazione di un pubblico appalto il completamento della documentazione concernente il possesso dei requisiti d'ammissione alla gara stessa e fornire gli eventuali chiarimenti integrativi, "non incontra limiti temporali tassativi o preclusioni, essendone rimesso l'esercizio alla discrezionale valutazione dell'Amministrazione nei limiti della par condicio dei concorrenti e nel presupposto della effettività del possesso del requisito concorsuale" (Cons.St., VI, 18 maggio 2001, n. 2781).

Ne deriva a corollario che:

A.- la pretesa azionata non è configurabile come fondata su gli “*automatismi*” propri del diritto soggettivo ma solo su posizioni di interesse legittimo al corretto uso di tali poteri, perché, nel caso in esame (di preteso subentro nell’aggiudicazione), comunque ci si troverebbe in una fase anteriore alla stipula del contratto ed alla sua esecuzione, fase regolata da principi di diritto pubblico ed in cui l’interesse generale sotteso alla disciplina dei contratti degli Enti Pubblici, ed i relativi poteri riconosciuti agli Enti stessi comprendono proprio quello di non procedere alla stipula ove sussistano interessi pubblici pregiudicati (Cons.St., V, 10 maggio 2005, n. 2344);

B.- l’appellante non può pertanto oggi far valere una aspettativa diretta (in via virtuale) a stipulare ed eseguire quel contratto (la cui formazione sarebbe discrezionale) mirando, in definitiva, ad ottenere una sentenza sostitutiva in luogo del contratto con un meccanismo che riprodurrebbe nel settore dei contratti della Pubblica Amministrazione l’esecuzione dell’obbligo a contrarre disciplinata nei rapporti paritetici dall’art. 2932 del codice civile.

Da ciò consegue, con riguardo alla fattispecie di causa, la esclusione di un obbligo automatico a contrarre così come previsto nel diritto privato quale strumento di forzata conclusione della gara e la possibilità per la stazione appaltante di non dare luogo ad aggiudicazione ed anche di revocare per ragioni di pubblico interesse meritevole di tutela l’aggiudicazione stessa.

Ciò dimostra, con argomento in contrario:

- i.- l’esattezza processuale della pronuncia di improcedibilità adottata dai primi giudici;
- ii.- la rilevanza processuale del “fatto” incidentale di controparte ai fini di potersi configurare l’attività della pubblica Amministrazione come illecita;
- iii.- il nodo centrale della questione controversa rappresentato dall’esistenza effettiva del requisito di partecipazione oggetto di odierna verifica virtuale;
- iv.- la circostanza che il giudice del risarcimento, se non può essere condizionato, certamente non può neanche essere “*amputato*” nella valutazione prognostica dei fatti introdotti in giudizio dalle parti.

Deve quindi essere esaminata la questione sostanziale riproposta in appello, che è il vero argomento dominante in una domanda risarcitoria.

5. – La quinta critica tende ad infirmare la pronuncia impugnata nei suoi tre rilievi adottati dal TAR per affermare la irregolarità dell’ammissione e, perciò, ai fini risarcitori, la inevitabile esclusione della ricorrente principale: il subappalto dichiarato in “parte” per tutte le categorie a qualificazione obbligatoria OG4-OG1-OG6 e OG9 (la Toto spa non ha qualificazione in OG6 e OG9); la necessità di indicare le parti di progettazione che avrebbero svolto le società professionali associande nell’ATI individuata come progettista; la carenza della fideiussione per l’aspetto delle garanzie dichiarate.

In ordine alle predette lacune riscontrate nella partecipazione a gara della società appellante, giustamente i primi giudici hanno rilevato che in sede di aggiudicazione di contratti con la pubblica amministrazione, la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo incondizionato le clausole inserite nella “*lex specialis*” relative ai requisiti di partecipazione ovvero alle cause di esclusione, atteso che il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l’imparzialità dell’azione amministrativa e la parità di condizioni tra i ricorrenti (Cons.St., IV, 5 settembre 2007, n. 4644).

Né, come ventilato in appello dalla ricorrente originaria, le cennate carenze nelle dovute dichiarazioni possono essere ritenute “*mere incompletezze*” ovvero “*irregolarità formali*” in

quanto esse attengono ai contenuti sostanziali della domanda di partecipazione a gara (e connessa offerta) sotto gli aspetti necessari della ineludibile qualificazione in capo ai soggetti partecipanti e delle prescritte garanzie reali in favore dell'Amministrazione appaltante, rilevanti allo scopo di determinare con esattezza gli elementi essenziali del contratto d'appalto. Viene così in rilievo il punto 3, lett. I, del disciplinare di gara il quale prevede che nella busta A della documentazione amministrativa, da presentare a corredo dell'offerta, la concorrente deve indicare "quali delle lavorazioni appartenenti alla categoria prevalente ovvero appartenenti alle categorie diverse dalla prevalente intende subappaltare".

La Società appellante ha adempiuto a tale onere dichiarando di voler "subappaltare ... parte dei lavori rientranti nelle seguenti categorie: OG4; OG1; OG6; OG9".

Orbene, poiché da ciò si desume inequivocabilmente l'intenzione della TOTO s.p.a. di eseguire direttamente una porzione – quella non subappaltata – non solo delle lavorazioni ricomprese nelle categorie OG4 e OG1, ma anche di quelle afferenti alle categorie, per le quali la stessa risulta sprovvista delle obbligatorie qualificazioni (OG6 e OG9), si deve concludere che tanto avrebbe dovuto costituire causa di esclusione della Società dalla gara.

Avendo il TAR giustamente ritenuto in tal senso, l'appellante ne contesta la decisione proponendo una propria interpretazione della sopra riportata dichiarazione: a suo dire, il sostantivo "parte" andrebbe riferito alle sole categorie OG1 e OG4, mentre le lavorazioni rientranti nelle categorie OG6 e OG9 dovrebbero intendersi come interamente da subappaltare.

Ad una simile conclusione si dovrebbe pervenire, in un'ottica di "favor participationis", considerando che è "fin troppo noto che le lavorazioni scorporabili e rientranti in categorie a qualificazione obbligatoria possano essere realizzate solo da impresa in possesso della relativa qualificazione": ma proprio perché così noto, la società appellante avrebbe dovuto esplicitare chiaramente la propria volontà, e non certo puntare a postume interpretazioni correttive, per di più sulla base di mere presunzioni.

È infatti pacifico che "le dichiarazioni di subappalto debbono comunque specificare a quali lavori si riferiscano, anche all'interno della singola categoria, come si ricava dall'art. 18 co. 3 n.1) della legge 55/90, nel testo sostituito dall'art. 34 l. 109/94 e da ultimo modificato dall'art. 231 D.P.R. 554/99, norma che – espressamente prevedendo la possibilità che il subappalto riguardi opere rientranti all'interno di un'unica categoria – richiede pur sempre che la dichiarazione indichi i lavori o le "parti di opere" che si intendono subappaltare (e, del resto, si pensi ad un'impresa munita di qualificazione per una data categoria, ma in classifica insufficiente a coprire l'intero importo delle relative opere): è evidente che, in questo caso, la dichiarazione di subappalto dovrà individuare con precisione a quali lavori si riferisca, anche all'interno di quella stessa categoria, onde consentire di verificare se la qualificazione posseduta autorizzi l'impresa ad eseguire le lavorazioni rimanenti, escluse dal subappalto; a maggior ragione, nel caso di impresa del tutto sprovvista di qualificazione, la dichiarazione dovrà riferirsi inequivocabilmente a tutte le opere appartenenti alla categoria" (cfr. Cons. Stato, V, 1 dicembre 2006, n. 7090).

Secondo le previste condizioni di capitolato l'appellante Toto spa non poteva sfuggire al dilemma: o partecipare alla gara in associazione o indicare con esattezza le categorie da subappaltare, e non equivocamente in modo indistinto e "a mucchio", con il risultato di lasciarsi le mani libere in fase di esecuzione.

Or dunque - avuto riguardo all'art.12 delle preleggi e a ben vedere - l'interpretazione della dichiarazione che viene propugnata non è, ai fini della ricerca dell'intenzione del partecipante, il senso fatto palese dal significato proprio delle parole in base alle espressioni utilizzate, do-

vendosi intendere per “senso letterale delle parole” tutta la formulazione negoziale, e non già in una parte soltanto (Cass.Civ. II, 28 agosto 2007, n. 18180) con la conseguenza che TOTO Spa, che dovrebbe eseguire le restanti parti della OG6 ed OG9, viene ad essere sprovista delle necessarie qualificazioni: bensì, in applicazione di altro innominato criterio interpretativo fondato su “interna corporis”, si dovrebbe emendare un difetto contenuto in tale dichiarazione che va sostituito in senso additivo da un significato attribuito dall’interprete alla parola “parte” (non del tutto in elencazione, ma limitatamente alla OG6 ed OG9).

Viene quindi agevole domandarsi: e perché non anche la OG1, e così via.

Ciò dimostra come nello specifico – in effetti – non si discute di una ricognizione del contenuto della dichiarazione, ma piuttosto di una sua integrazione secondo un criterio “riparatorio” la cui variante di senso può essere aperta alle più diverse opzioni.

La prospettazione dell’appellante non può quindi essere seguita.

Altrettanto deve concludersi quanto alle altre cause di esclusione contestate, a fronte delle tassative indicazioni disposte dal bando a pena di esclusione.

Il punto 10 bis, nel caso di costituendi associazioni o consorzi (il riferimento è al RTI SWS Engineering Spa ed Eco Consulting Ingegneria s.r.l. individuato come progettista) prevede dichiarazione “di individuazione delle parti dell’opera o dei servizi di progettazione, secondo le categorie del bando di gara, che verranno eseguite da ciascuna associata o consorziata ovvero professionista individuato”: la tesi che nell’appalto integrato i progettisti non assumono la qualità di concorrenti non è concludente, e va quindi disattesa, in relazione a tale espressa previsione di bando e con riguardo all’ineludibile esigenza che anche per i raggruppamenti professionali occorre conoscere anticipatamente “*chi fa cosa*” in relazione ai differenti contenuti prestazionali che possono essere vantati da ciascun associato in base alle diverse specializzazioni, competenze e specifiche esperienze professionali maturate.

Relativamente alla progettazione (anche integrata) dei lavori pubblici, il Regolamento di attuazione (DPR 21 dicembre 1999 n. 554) della legge quadro in materia di lavori pubblici (11 febbraio 1994 n. 109 e s.m.i.) offre al soggetto appaltante un ampio margine di scelta (cfr. art.50 e ss) in base a parametri vari (difficoltà, particolare complessità, particolare rilevanza) ed ai progettisti un ventaglio di forme organizzative (studio interno, società di ingegneria, società professionali), non esclusi i raggruppamenti temporanei tra professionisti: orbene, una volta scelto il modello utilizzato per partecipare alla gara (nella specie, ATI) non si vede perché mai non dovrebbero essere applicate le corrispondenze proprie del tipo prescelto in relazione alle comuni esigenze logico-operative proprie dell’istituto giuridico del Raggruppamento (Cons.St., VI, 11 maggio 2007 n. 2310): né si può sostenere che le attività professionali devono essere ripartite tra tutti gli associati in linea meramente quantitativa perché anche il Regolamento considera le singole specifiche competenze e responsabilità.

Le affermazioni al riguardo sviluppate dall’appellante non hanno perciò pregio.

A sua volta, il punto 7, a proposito delle cauzioni richieste, dispone che “la fideiussione o la polizza devono contenere, a pena d’esclusione dalla gara, la dichiarazione da parte del fideiussore o dell’intermediario finanziario di rinuncia espressa al beneficio della previa escussione del garantito nonché la rinuncia a far valere le eccezioni di spettanza di quest’ultimo”: come si vede, le due dichiarazioni non sono per nulla equivalenti e/o fungibili.

La tesi della ricorrente TOTO spa, secondo cui il garante si era impegnato a pagare su “semplice richiesta”, è destinata a recedere di fronte alla constatazione che il bando richiede non un affidamento soltanto, ma anche l’espressa rinuncia a far valere le eccezioni di spettanza del garantito e, quindi, l’una e l’altra dichiarazione funzionali a distinte certezze contrattuali:

è noto l'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di contratto autonomo di garanzia (Cass.Civ., III, 24 aprile 2008 n. 10652; Cons. St., V, 8 luglio 2002 n. 3792), ma qui si sta discutendo di formazione del rapporto di base che deve essere assistito da una garanzia piena ed incondizionata che la sola "a semplice richiesta" non assicura.

Anche quest'ultima doglianza è dunque da disattendere.

6. – Conclusivamente – e in sintesi – quel che rileva ai fini risarcitori, non è l'essere del procedimento, bensì il suo dover essere secondo legge.

Inoltre, a sorreggere la virtuale esclusione in discorso, è sufficiente una soltanto delle cause sopra esaminate, e questa di essere da sola capace a sostenere l'insussistenza di una lesione da risarcire per effetto della illegittima ammissione.

Per le esposte considerazioni il ricorso deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza gravata.

Le spese di lite relative all'odierno grado possono essere compensate tra le parti, sussistendone giusti motivi, in ragione della novità e complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione IV), respinge il ricorso d'appello indicato in epigrafe e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.