

Un operatore economico di settore – tra l'altro di rilievo internazionale – ha interesse a contestare la legittimità di un procedimento di affidamento diretto del servizio (nella specie, di servizio pubblico di attività ludiche), senza gara, ad altra società: secondo l'art. 6 CE ogni discriminazione fondata sulla nazionalità è vietata nell'ambito di applicazione del Trattato e tale divieto vale per la libertà di circolazione, per quella di stabilimento, per quella di prestazione di servizi

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 7113 del 5 dicembre 2006 ci insegna che:

< Ne consegue che è ammissibile la impugnativa giurisdizionale di atti con i quali la p.a. si sia determinata a negoziare con un'impresa e le abbia aggiudicato a trattativa privata da parte di un operatore del settore – invano propostosi allo stesso scopo – che versi in una posizione differenziata e qualificata rispetto all'azione condotta dalla amministrazione, che ritenga e affermi di avere le caratteristiche per poter aspirare per le proprie caratteristiche imprenditoriali alla relativa attività.

Va riconosciuto l'interesse a ricorrere a censurare l'affidamento a trattativa privata all'operatore che sia attivo nel medesimo settore interessato al contratto de quo>

Ed inoltre:

<Questo Consesso, inoltre, valorizzando proprio i principi, comunitari e costituzionali, di libertà di concorrenza e di iniziativa economica, ha ritenuto che la legittimazione attiva dell'impresa non può disconoscersi sostenendo che essa non avrebbe alcuna qualificazione in materia, rilevando al contrario che, qualora il di lei ricorso fosse accolto (in tal senso, C. Stato, VI, 10.5.1999, n.546), ne sarebbe soddisfatto l'interesse strumentale azionato tendente alla rimessa in discussione del rapporto controverso e alla possibilità di partecipare alla gara per l'affidamento del servizio, nella cui futura ed eventuale sede la pubblica amministrazione procedente potrà verificare se essa impresa possiede in concreto i requisiti per prendervi parte>

relativamente all'osservanza del noto principio comunitario di “non discriminazione” appare importante il seguente messaggio:

<Nell'ipotesi di contestazione sulla scelta dell'interlocutore in caso di trattativa privata, si ammette l'interesse a partecipare e a contestare eventuali rinnovazioni o proroghe, non distinguendo se la iniziativa sia del privato o dell'amministrazione, ma dando rilevanza alla sola circostanza che la pubblica amministrazione ha sempre il dovere di conferire adeguata rilevanza a posizioni privatistiche particolarmente evidenti.

Si è osservato da parte di questo Consesso (si veda sul punto anche la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento Politiche comunitarie avente ad oggetto la normativa applicabile ai contratti sottosoglia del 6.6.2002, n.8756), come per ogni tipo di contratto (nella specie, appalti sottosoglia, ma trattasi di principio generale) la eventuale scelta dell'altro contraente debba avvenire “rispettando i principi comunitari di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità, così come risultano dalla costante tradizionale giurisprudenziale della Corte europea che si è posta all'avanguardia nella loro elaborazione”.>

In conclusione quindi:

<Pertanto, l'operatore del settore può rimettere in discussione l'affidamento diretto, surrettiziamente posto sotto forma di proroga, ad altro soggetto e la rimessa in discussione consiste

per l'appunto nel fare valere pienamente i principi di libertà di prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento>

inoltre in tema di possibilità ad ottenere il risarcimento del danno, non può sfuggire che:

<Il giudizio risarcitorio a seguito di lesione di interessi legittimi postula il superamento dei principi processuali classici modellati sullo schema del giudizio di impugnazione di un atto amministrativo: al privato non basta cioè la deduzione in base al principio dispositivo con metodo acquisitivo della illegittimità dell'atto, essendo invece necessaria, in base al principio dispositivo, la dimostrazione, ex art. 2697 c.c., e 115 comma 1 c.p.c., degli elementi che consentano di concludere in senso a lui favorevole il giudizio sulla spettanza del risarcimento, e, cioè, occorre la prova del danno nella sua esistenza e nel suo ammontare (secondo le regole di cui agli artt. 1223, 1226 e 1227, richiamati dall'art. 2056 c.c.) (in tal senso, C. Stato, IV, 3.5.2005, n.2136).

A parte la considerazione attinente al principio dispositivo, deve osservarsi altresì che un altro limite all'ingresso positivo della domanda risarcitoria nel presente giudizio deriva dal principio secondo cui **non spetta il risarcimento del danno né può trovare accoglimento la domanda di esecuzione in forma specifica, nelle ipotesi nelle quali, a seguito dell'annullamento giurisdizionale degli atti, la pubblica amministrazione debba provvedere alla riedizione della attività amministrativa e alla rinnovazione dei procedimenti secondo i principi contenuti nella statuizione giurisdizionale**>

A cura di Sonia Lazzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

Sul ricorso r.g.n.416/2006 proposto in appello da ***, in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Jacchia, Antonella Terranova e Daniela Agnello, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma, alla via A. Bertoloni n. 14, presso lo studio dei primi due;

contro

il Ministero dell'Economia e Finanze, in persona del Ministro p.t., e l'Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato, in persona del l.r.p.t., rappresentati e difesi dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici ope legis domiciliario in Roma alla via dei Portoghesi n.12,

e nei confronti di

*** spa, in persona del l.r.p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino, Alessandro Munari e Luigi Medugno, con i quali è elettivamente domiciliata in Roma alla via Panama n.12 presso Luigi Medugno,

per l'annullamento

della sentenza n.5943/2005 del TAR Lazio sezione II depositata in data 26.7.05, di dichiarazione di inammissibilità del ricorso proposto dalla odierna appellante per l'annullamento del comunicato di

proroga per ulteriori cinque anni della concessione relativa al concorso pronostici Enalotto e eventuale conseguente convenzione stipulata con *** spa e per l'accertamento dell'obbligo della amministrazione di indire una procedura aperta di gara per la individuazione del gestore ex art. 23 dpr 581/1951 e per il conseguente nuovo affidamento quinquennale del citato concorso pronostici.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Economia e delle Finanze, dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato e della *** S.p.A.;

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

Visti tutti gli atti di causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 524 del 2006;

Relatore alla udienza pubblica del 31 ottobre 2006 il Consigliere Sergio De Felice;

Uditi gli avv.ti Terranova, Agnello, Sanino, Munari, Medugno e l'Avv. dello Stato Elefante;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue;

FATTO

Con il ricorso di primo grado la società odierna appellante agiva dinanzi al TAR Lazio per l'annullamento del comunicato della Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato di proroga per ulteriori cinque anni della concessione relativa al concorso pronostici Enalotto e eventuale conseguente convenzione stipulata con *** spa e per l'accertamento dell'obbligo della amministrazione di indire una procedura aperta di gara per la individuazione del gestore ex art. 23 dpr 581/1951 e per il conseguente nuovo affidamento quinquennale del citato concorso pronostici.

Il giudice di primo grado, sia pure fornendo alcune considerazioni anche in merito alla infondatezza della pretesa, dichiarava la inammissibilità del proposto ricorso, in quanto la ricorrente doveva ritenersi priva sia della legittimazione che dell'interesse ad agire.

Avverso tale sentenza viene proposto appello dalla medesima società, articolando i seguenti motivi.

In primo luogo, si deduce la erroneità del ragionamento del primo giudice, nel punto in cui ha ritenuto illecito – anche penalmente - l'operato della *** nello Stato italiano, con la conseguenza che la medesima non avrebbe avuto alcuna logica possibilità di aggiudicarsi la concessione in questione.

Al contrario, si osserva che esistono dubbi in merito alla legittimità comunitaria della riserva statale in tema di monopolio di giochi e scommesse.

Allo stesso modo, si contesta la erroneità della sentenza di primo grado relativamente alla affermazione della mancanza di qualità operatore del settore da parte della ricorrente e quindi la erroneità nei punti nei quali ha essa concluso per la carenza di interesse a ricorrere e del difetto di legittimazione ad agire.

L'appellante deduce altresì la erroneità della tesi della inapplicabilità degli articoli 43 e 49 del Trattato CE.

Si lamenta altresì violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità, ragionevolezza, buon andamento della pubblica amministrazione e concorrenza, eccesso di potere e difetto di motivazione, violazione e falsa applicazione dei principi di non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità, violazione dell'art. 86 n.1 Trattato CE, non ricorrenza della ipotesi derogatoria di cui all'art. 86 n. 2 del Trattato CE e parità di trattamento.

Inoltre, la società appellante ha proposto domanda anche per il risarcimento del danno anche per violazione grave e manifesta del diritto comunitario.

Si sono costituite le intime amministrazioni, chiedendo il rigetto dell'appello perché infondato.

Si è costituita anche la *** spa, controinteressata e aggiudicataria della concessione,, chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla udienza pubblica del 31 ottobre 2006 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.L'appello è fondato e deve essere accolto nei sensi che seguono.

Le amministrazioni appellate hanno giustificato la contestata proroga osservando che l'aggio praticato alla *** è tra i più bassi a livello europeo; i possibili candidati a eventuale gara per la gestione del Superenalotto sarebbero stati in numero estremamente ridotto e comunque non avrebbero potuto offrire le medesime condizioni offerte dalla ***; l'interesse pubblico consiste nella esigenza di salvaguardare il gettito erariale; il principio di proporzionalità sarebbe stato rispettato in ordine alle misure praticate; il principio della trasparenza è stato osservato in quanto della proroga è stata data pubblicità adeguata; nel nostro ordinamento, la riserva statale in materia di giochi e scommesse giustificerebbe la disapplicazione delle regole comunitarie relative alle libertà.

La controinteressata *** osserva e deduce che l'attività sarebbe legittima in quanto le attività relative ai giochi e scommesse, nell'ordinamento italiano, si inscriverebbero nel regime della riserva esclusiva originaria a favore dello Stato.

Si contesta la esistenza delle condizioni dell'azione in capo alla appellante.

2. La Sezione è dell'avviso che le deduzioni svolte dalle amministrazioni pubbliche appellate, secondo quanto appresso precisato, contrastano con principi cardine del nostro ordinamento, tanto da non poter essere accettati.

A prescindere dal rilievo della procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226, comma 1, Trattato CE – che pure dovrebbe avere per la natura e gli effetti che le procedure di infrazione assumono nell'ordinamento comunitario, attesa la funzione di “guardiano” del diritto comunitario assunta dalla Commissione – originata da una denuncia proprio della *** Leisure Plc (parere motivato 16.10.2002 n.1999/5352), con la quale venivano censurati rinnovi o riaffidamenti senza messa in concorrenza di concessioni per l'esercizio delle scommesse sportive e ippiche perché in contrasto con gli artt. 43 e 49 Trattato CE e della successiva azione della Commissione che ha adito la Corte di Giustizia (causa C- 260/04, Commissione c. Repubblica Italiana) a causa della perdurante inottemperanza della Repubblica Italiana al parere motivato (per inciso si ricorda che nel nuovo

sistema la condanna pecuniaria seguirà già alla prima condanna e che per il parametro italiano essa si avvicina ai dieci milioni di euro per ogni condanna), l'operato della amministrazione è del tutto illegittimo per contrasto con l'ordinamento comunitario, che di per sé ha valore di supremazia.

Non può dubitarsi della sussistenza della legittimazione e dell'interesse ad agire della appellante; né può valere, in contrario, la sollevata assenza di una rete capillare di vendita.

E' sufficiente che la appellante, che ha più volte manifestato il proprio qualificato interesse alla gestione dei concorsi oggetto di monopolio e concessione, sostenga la illegittimità del sistema italiano in quanto confligente con le libertà garantite dalla primauté del diritto comunitario.

In più occasioni, inoltre, la appellante ha manifestato – acquistando conseguenzialmente una posizione qualificata - il proprio positivo interesse ad accedere al mercato del concorso pronostico Superenalotto, possedendone tutte le necessarie risorse imprenditoriali, finanziarie e tecnologiche.

Né, ai fini della attribuzione della qualifica di operatore di settore, vanno fatte distinzioni in relazione al fatto che il ricorrente abbia o meno partecipato alla gara (sempre che vi sia stata), in quanto ciò che nella specie rileva è l'interesse a ricorrere, che si concreta nella semplice possibilità di rimettere in discussione il rapporto controverso (cioè il monopolio statale sul gioco e/o il conseguente sistema concessorio).

Allo stesso modo, costituirebbe una inversione logica del ragionamento il sostenere la mancanza di posizione qualificata in capo alla società appellante, ché eserciterebbe attività illecita (penalmente illecita), in quanto la questione costituisce proprio l'oggetto riflesso del presente giudizio e, anzi, dalla piena liceità dell'attività di giuoco e scommesse potrebbero derivare effetti dirompenti sulla necessità di effettuazione di gare – sia pure nell'ambito della riserva statale - o addirittura, al di fuori della suddetta riserva, una piena liberalizzazione del settore.

In ordine ai mezzi di appello, sono quindi fondati e vanno accolti i motivi relativi alla sussistenza sia della legittimazione a ricorrere, sia dell'interesse ad agire.

La semplice titolarità di attività imprenditoriale nel medesimo settore cui afferisce il contratto affidato – nella specie si contesta la successiva proroga o successivo riaffidamento senza gara alla *** spa – legittima la configurazione di un interesse, seppure strumentale, che ha tratti sufficientemente differenziati e qualificati nel caso in cui a dolersi della stipulazione è un operatore che, per il tipo di attività svolta, possa ragionevolmente ritenersi interessato al contratto.

Si fa riferimento alla nozione (introdotta in materia di concorrenza al fine di valutare operazioni di concentrazione) di <<imprenditore di settore>> che, rispetto al quisque de populo, vanta un interesse con dignità giuridica tale da consentirgli la impugnazione sia della determinazione di procedere con procedura diretta di affidamento sia della aggiudicazione nei confronti di altro soggetto offerente.

La *** (come riconosce proprio una sentenza del TAR Lazio, n.12727 del 30.11.2005) è da qualificarsi “in ragione della posizione vantata da detta società, che asserisce – senza che il punto sia contestato – di essere una primaria azienda operante nel settore dei giochi e delle scommesse, come tale interessata all'ingresso nel mercato italiano”.

La importanza della società appellante, una delle maggiori a livello internazionale nel settore (e tale qualità non è certamente contestata dalla amministrazione), porta a concludere per la erroneità della sentenza impugnata, laddove si è osservato in motivazione che la Stanely non disporrebbe della

capillare struttura organizzativa necessaria per gestire il gioco in questione, dovendo ritenersi, al contrario, che la disponibilità di tale rete può ben configurarsi anche come un *posteriori* e non necessariamente un *priori*, senza vulnerare e anzi rispettando il principio comunitario della concorrenza.

Conclusivamente, sul punto, la mancanza di ostacoli non può ritenersi a priori un requisito, ma eventualmente potrebbe costituirlo solo a seguito della procedura ad evidenza pubblica.

La appellante aveva già intrapreso una campagna commerciale finalizzata alla affiliazione di punti vendita operanti nei diversi segmenti di mercato; aveva intrapreso contatti con altri operatori del settore, confidando nella scadenza naturale del contratto della ***; aveva richiesto di accedere alle ricevitorie, facenti capo sostanzialmente ai due principali operatori nazionali, *** e ***; aveva fatto richiesta di accesso alle reti *** e *** fin dal 25.10.2004, con riferimento al concorso Totip, in quanto in quella occasione era stata indetta una gara per l'affidamento; nei confronti della amministrazione, la *** aveva manifestato, dopo la comunicazione pubblicata su G.U. del 30.11.2004 n.281, della scadenza naturale del contratto con *** (20.09.2004) alla amministrazione la volontà di accedere al mercato del concorso pronostico Superenalotto, possedendone tutte le necessarie caratteristiche imprenditoriali, finanziarie e tecnologiche.

L'operatore economico di settore – tra l'altro di rilievo internazionale – ha interesse a contestare la legittimità di un procedimento di affidamento diretto del servizio (nella specie, di servizio pubblico di attività ludiche), senza gara, ad altra società.

Ne consegue che è ammissibile la impugnativa giurisdizionale di atti con i quali la p.a. si sia determinata a negoziare con un'impresa e le abbia aggiudicato a trattativa privata da parte di un operatore del settore – invano propostosi allo stesso scopo – che versi in una posizione differenziata e qualificata rispetto all'azione condotta dalla amministrazione, che ritenga e affermi di avere le caratteristiche per poter aspirare per le proprie caratteristiche imprenditoriali alla relativa attività.

Va riconosciuto l'interesse a ricorrere a censurare l'affidamento a trattativa privata all'operatore che sia attivo nel medesimo settore interessato al contratto de quo.

Questo Consesso, inoltre, valorizzando proprio i principi, comunitari e costituzionali, di libertà di concorrenza e di iniziativa economica, ha ritenuto che la legittimazione attiva dell'impresa non può disconoscersi sostenendo che essa non avrebbe alcuna qualificazione in materia, rilevando al contrario che, qualora il di lei ricorso fosse accolto (in tal senso, C. Stato, VI, 10.5.1999, n.546), ne sarebbe soddisfatto l'interesse strumentale azionato tendente alla rimessa in discussione del rapporto controverso e alla possibilità di partecipare alla gara per l'affidamento del servizio, nella cui futura ed eventuale sede la pubblica amministrazione procedente potrà verificare se essa impresa possiede in concreto i requisiti per prendervi parte.

3. La impugnativa effettuata dall'operatore del settore nei confronti della proroga, nel caso di specie è non solo ammissibile, ma anche fondata.

Nell'ipotesi di contestazione sulla scelta dell'interlocutore in caso di trattativa privata, si ammette l'interesse a partecipare e a contestare eventuali rinnovazioni o proroghe, non distinguendo se la iniziativa sia del privato o dell'amministrazione, ma dando rilevanza alla sola circostanza che la pubblica amministrazione ha sempre il dovere di conferire adeguata rilevanza a posizioni privatistiche particolarmente evidenti.

Si è osservato da parte di questo Consesso (si veda sul punto anche la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento Politiche comunitarie avente ad oggetto la normativa applicabile ai contratti sottosoglia del 6.6.2002, n.8756), come per ogni tipo di contratto (nella specie, appalti sottosoglia, ma trattasi di principio generale) la eventuale scelta dell'altro contraente debba avvenire “rispettando i principi comunitari di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità, così come risultano dalla costante tradizionale giurisprudenziale della Corte europea che si è posta all'avanguardia nella loro elaborazione”.

Secondo l'art. 6 CE ogni discriminazione fondata sulla nazionalità è vietata nell'ambito di applicazione del Trattato e tale divieto vale per la libertà di circolazione, per quella di stabilimento, per quella di prestazione di servizi.

Si tenga altresì presente come in tema di libertà (di circolazione delle merci) la giurisprudenza comunitaria ponga il divieto altresì di misure di effetto equivalente, intendendosi per tali quelle (legge, atto amministrativo o anche prassi burocratica generalizzata) che, con o senza l'intento discriminatorio, di fatto comunque rappresentino un ostacolo per quella libertà comunitaria.

Pertanto, l'operatore del settore può rimettere in discussione l'affidamento diretto, surrettiziamente posto sotto forma di proroga, ad altro soggetto e la rimessa in discussione consiste per l'appunto nel fare valere pienamente i principi di libertà di prestazione dei servizi e di libertà di stabilimento.

Come detto, la appellante aveva in più occasioni manifestato l'interesse ad accedere al mercato del concorso pronostico di cui si tratta, possedendone le necessarie risorse imprenditoriali, tecnologiche e finanziarie.

Pur non dovendosi necessariamente porre in dubbio, in base alla prospettazione di parte appellante, la legittimità del sistema concessorio, si contesta la proroga della concessione e l'affidamento diretto alla controinteressata, senza alcuna possibilità di accedere a tale rapporto per le società straniere, quale quella in questione.

In sostanza, dall'affidamento del servizio in questione vengono estromesse, perché non ritenute abilitate a partecipare le società operanti su mercati regolamentati dalla Unione europea, con un ragionamento che tuttavia, già per tale limitato aspetto, non è compatibile con l'ordinamento comunitario.

Non può convenirsi con la amministrazione affidante sulla inesistenza di soggetti in grado di offrire le stesse condizioni di ***, in relazione a quanto rappresentato dalla ***.

L'appellante fonda le sue censure sulla illegittimità delle restrizioni ad accedere a tali attività, in quanto restrizioni alle libertà comunitaria di stabilimento e di prestazione di servizi.

Si richiama anche la diversa fattispecie dell'impedimento – illegittimo - ai titolari di concessione rilasciate in altro Stato UE e in possesso di altri requisiti per ottenere la licenza di polizia, di conseguire la licenza.

In sostanza, l'operato della amministrazione italiana viene ritenuto illegittimo e discriminatorio nei confronti della società estera, perché costituisce ostacolo alla libertà di iniziativa economica la normativa italiana e la prassi amministrativa nella parte in cui si consente la attività di scommesse soltanto ai titolari di concessione italiana (a mezzo di affidamenti diretti, di proroghe, rinnovazioni, richiesta di concessioni conferite a numero chiuso, oscuramenti di siti web a mezzo dei quali

operino in Italia gli operatori stranieri), pur essendo i titolari di concessione rilasciata da altro Stato UE in grado di svolgere identica attività.

Non risultano convincenti le resistenze manifestate in merito alla asserita mancanza in capo alla appellante – o a società straniere della medesima consistenza – per la assenza di una rete capillare di vendita, in quanto tale eccezione non è altro che un effetto della appartenenza ad altro Stato UE, così come è errato ritenere che solo *** e *** siano in grado di operare su tale mercato.

Né, a fare ritenere legittima la privativa – a mezzo di affidamento diretto, di proroga della concessione o altro -possono ritenersi sussistenti presunte esigenze di carattere generale.

Non può ritenersi che la tradizionale idea della concessione senza gara possa trovare giustificazione nell'art. 45 del Trattato, secondo cui sono escluse dalla applicazione delle disposizioni del capo le attività dello Stato nazionale che partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri.

La proroga in ordine alla gestione di un servizio pubblico si configura quale affidamento del servizio stesso in via diretta e deve ritenersi illegittima ex se perché adottata in violazione delle norme in materia di evidenza pubblica (oltre che di disposizioni speciali: art. 24 comma 5 L.27 dicembre 2002, n.289).

Anche ove fosse prevista la facoltà di proroga dei contratti (che nella specie difetta) attribuita da talune norme alla pubblica amministrazione, essa deve ritenersi di carattere eccezionale, in quanto derogatoria della normativa nazionale e comunitaria che impone la procedura di evidenza pubblica per la scelta dei contraenti con le pubbliche amministrazioni.

4. E' evidente che l'accoglimento dei motivi di appello come sopra esposti confermano e non escludono la riserva statale, con conseguente affermazione della necessità della gara per la scelta dell'altro contraente, in aderenza alla normativa nazionale e comunitaria in materia.

La Sezione osserva poi che l'accoglimento dell'appello, anche in ragione delle questioni affrontate esclude la necessità del rinvio pregiudiziale della causa alla Corte di giustizia delle Comunità Europee (rinvio pregiudiziale che in ogni caso anche da parte del giudice di ultima istanza non costituisce giammai un obbligo, sussistendo invece il potere/dovere del giudice della delibazione delle questione ai fini della rilevanza).

5. Accolta la domanda di annullamento sugli atti impugnati, va affrontata la consequenziale domanda di risarcimento del danno proposta dalla parte appellante.

La domanda risarcitoria, tra l'altro da proporsi secondo le regole del processo dispositivo, ha una funzione sussidiaria e residuale: essa deve essere respinta.

In primo luogo, nessuna voce di danno è stata sostenuta e provata negli atti difensivi.

Il giudizio risarcitorio a seguito di lesione di interessi legittimi postula il superamento dei principi processuali classici modellati sullo schema del giudizio di impugnazione di un atto amministrativo: al privato non basta cioè la deduzione in base al principio dispositivo con metodo acquisitivo della illegittimità dell'atto, essendo invece necessaria, in base al principio dispositivo, la dimostrazione, ex art. 2697 c.c., e 115 comma 1 c.p.c., degli elementi che consentano di concludere in senso a lui favorevole il giudizio sulla spettanza del risarcimento, e, cioè, occorre la prova del danno nella sua

esistenza e nel suo ammontare (secondo le regole di cui agli artt. 1223, 1226 e 1227, richiamati dall'art. 2056 c.c.) (in tal senso, C. Stato, IV, 3.5.2005, n.2136).

A parte la considerazione attinente al principio dispositivo, deve osservarsi altresì che un altro limite all'ingresso positivo della domanda risarcitoria nel presente giudizio deriva dal principio secondo cui non spetta il risarcimento del danno né può trovare accoglimento la domanda di esecuzione in forma specifica, nelle ipotesi nelle quali, a seguito dell'annullamento giurisdizionale degli atti, la pubblica amministrazione debba provvedere alla riedizione della attività amministrativa e alla rinnovazione dei procedimenti secondo i principi contenuti nella statuizione giurisdizionale.

D'altronde, se il soggetto leso ottiene la tutela nella forma più specifica possibile a mezzo dell'annullamento dell'atto illegittimo, caso mai a seguito di provvedimento cautelare già favorevole, o con sentenza di merito immediata ai sensi dell'art. 9 L.205/2000, ma anche con sentenza seguita a pubblica udienza, ma a non eccessiva distanza dall'asserito illecito, come nella specie, potrebbe non esservi materia per ulteriore risarcimento in forma specifica o generica.

L'effetto ripristinatorio, unitamente a quello conformativo, derivante dall'annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo, costituisce già una riparazione nella maniera più specifica, e pertanto soddisfattiva in tutto o in parte, a seconda delle circostanze, sia dal punto di vista materiale che giuridico, rispetto alla situazione di illiceità caratterizzata dalla situazione di illegittimità dell'atto imputabile alla pubblica amministrazione.

In caso di autoesecutività della sentenza (demolitoria degli atti che illegittimamente non hanno dato vita ad una gara) e operata con sentenza di merito, l'azione di risarcimento del danno avrebbe soltanto la funzione sussidiaria di reintegrazione delle situazioni lese, ma solo nella ipotesi che fossero dimostrati tutti gli elementi costitutivi dell'illecito e quindi i danni imputabili, medio tempore verificatisi, e non considerati restaurati dall'annullamento immediato dell'atto.

Esiste una differenza ontologica tra riparazione o reintegrazione specifica, operata dall'autore dell'illecito (ai sensi dell'art. 2058 c.c. richiamato dall'art. 35 D.Lgs.80/98) e la ripristinazione effettuata attraverso l'annullamento giurisdizionale dell'atto illegittimo, di cui è autore il giudice amministrativo, cui spetta la potestà demolitoria dell'atto.

Si vuole cioè dire che la tutela demolitoria costituisce anche essa la primaria possibilità di riparazione in forma specifica, tra l'altro operata anche al fine del ripristino della legalità della attività amministrativa, oltre che nell'interesse del ricorrente, anche se tale riparazione, operata direttamente ad opera del giudice, deve distinguersi dalla riparazione operata sotto il controllo giudiziale e su condanna del giudice (la condanna ad un fare contemplata dal rimedio dell'art. 2058 c.c.), in quanto esiste una distinzione che passa tra la sentenza di condanna e quella costitutiva, *rectius*, estintiva-demolitoria.

Nella specie, pertanto, essendo l'annullamento immediatamente soddisfattivo e ripristinatorio della situazione lesa, e non essendo dimostrati ulteriori danni patrimoniali medio tempore verificatisi, la domanda risarcitoria deve essere rigettata, in quanto infondata.

6. Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione integrale delle spese del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quarta, definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, così provvede:

accoglie in parte l'appello e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, accoglie la domanda di annullamento proposta con il ricorso di primo grado; rigetta la domanda risarcitoria. Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dalla autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 31 ottobre 2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - 5 dicembre 2006