



REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso in appello n. 188 del 2003 proposto da

IMPRESA ALESSANDRO FRANCESCO,

in proprio e nella qualità di capogruppo dell'A.T.I. Alessandro-Arcobaleno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Caldarera, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Girolamo Calandra, in Palermo, piazza Vittorio Emanuele Orlando, 33;

-APPELLANTE PRINCIPALE-

contro

A.T.I. C.E.A. s.r.l. (capogruppo, oggi ITALCANTIERI s.r.l.) - MONDELLO FRANCESCO, in persona del legale rappresentante, ed Impresa MONDELLO FRANCESCO, in persona del titolare, rappresentate e difese dall'avv. Aldo Tigano, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Pietro Allotta, in Palermo, via D. Trentacoste, 89;

- APPELATE ED APPELLANTI INCIDENTALI -

e nei confronti

del COMUNE DI S. ANGELO DI BROLO, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Pizzuto, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Pietro Allotta, in Palermo, via Domenico Trentacoste, 89;

per l'annullamento

della sentenza n. 2661/02 del 25 novembre 2002, con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione I di Catania, pronunciandosi sul ricorso n. 926/01 proposto dall'A.T.I. C.E.A. s.r.l. - Mondello Francesco: 1) ha annullato i verbali di gara del 30 gennaio 2001 e 1 febbraio 2001, con i quali è stata pronunciata l'aggiudicazione in favore dell'A.T.I. Alessandro-Arcobaleno dell'appalto indetto dal Comune di S. Angelo di Brolo relativo a "lavori di costruzione rete fognante nelle zone S. Silvestro-Scarapulli-S. Antonino"; 2) ha dichiarato l'avvenuta caducazione del contratto d'appalto fra il Comune di S. Angelo di Brolo e l'A.T.I. Alessandro-Arcobaleno in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione; 3) ha respinto la domanda di risarcimento dei danni formulata dalla ricorrente; 4) ha compensato integralmente spese, diritti ed onorari di giudizio.

Visto il ricorso in appello di cui in epigrafe;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di S. Angelo di Brolo e dell'A.T.I. C.E.A. s.r.l. - Mondello Francesco ed Impresa Mondello Francesco;

Visto l'appello incidentale proposto dall'A.T.I. C.E.A. s.r.l. - Mondello Francesco e dall'Impresa Mondello Francesco;

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

Vista l'ordinanza n. 154/03 del 19-20 febbraio 2003 , con la quale è stata respinta la domanda incidentale di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata e fissata l'udienza di discussione del ricorso nel merito;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 16 dicembre 2004 il Consigliere Giorgio Giaccardi e uditi, altresì, l'avv. A. Pellicanò, su delega dell'avv. M. Caldarera, per l'Impresa appellante in proprio e n.q., l'avv. P. Allotta, su delega dell'avv. A. Tigano, per l'A.T.I. C.E.A. s.r.l. - Mondello Francesco e per l'Impresa Mondello Francesco e gli avv.ti R. Tommasini e G. Rubino, su delega dell'avv. F. Pizzuto, per il Comune di S. Angelo di Brolo;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

#### F A T T O

L'Impresa Alessandro Francesco, in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo dell'A.T.I. Alessandro-Arcobaleno, aggiudicataria dell'appalto indetto dal Comune di S. Angelo di Brolo per la realizzazione dei lavori in epigrafe indicati, ricorre in appello avverso la sentenza n. 2661/02 con la quale il T.A.R. della Sicilia, Catania, in parziale accoglimento del ricorso n. 926/01 proposto dall'A.T.I. C.E.A. s.r.l. - Mondello Francesco, ha annullato la predetta aggiudicazione e dichiarato in via consequenziale l'avvenuta caducazione del contratto stipulato tra il Comune e la ricorrente nelle more del giudizio di primo grado (contratto impugnato con motivi aggiunti al ricorso originario).

A sostegno del gravame l'appellante deduce:

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 31, comma 2, L. 109/1994, come modificato dall'art. 9, commi 60-62, della L. n. 415/1998; violazione e falsa applicazione dell'art. 14, comma 1, L.r. 4/1996 e dell'art. 1, comma 6, L.r. n. 21/1998, come modificato dall'art. 10 L.r. n. 10/1999; violazione del bando di gara (con particolare riguardo al capo di decisione che considera fondata la censura relativa al computo degli "oneri di sicurezza", non soggetti a ribasso d'asta, nei prezzi unitari in cui si scompongono le offerte).
- 2) In subordine: erroneità della sentenza appellata nella parte in cui pronunzia l'annullamento dell'aggiudicazione senza procedere alla previa caducazione della clausola del bando di gara, a cui l'aggiudicazione darebbe puntuale esecuzione.
- 3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1418, 2° comma, 1441, 1325, punto 1, cod. civ.; falsa applicazione dell'art. 14 D.lgs. n. 190/02, con riguardo al capo della sentenza impugnata che ha dichiarato la caducazione del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione.
- 4) Violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 7 L. n. 205/2000; difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, in ordine alla domanda relativa alla caducazione del contratto.

Si sono costituite in giudizio l'A.T.I. C.E.A. - Mondello e la mandante Impresa Mondello Francesco in proprio, resistendo all'appello principale e proponendo a loro volta appello incidentale avverso il capo di decisione che ha rigettato la domanda di risarcimento dei danni formulata in prime cure, assumendo in particolare che l'avvenuta stipulazione del contratto con l'odierna appellante nell'imminenza dell'udienza di discussione dinanzi al TAR denoterebbe la presenza di una condotta colposa foriera di danno risarcibile, in via principale in forma specifica, in subordine per equivalente, salva comunque la liquidazione del c.d. danno da ritardo.

Si è altresì costituito in giudizio il Comune di S. Angelo di Brolo, chiedendo il rigetto di ambedue gli appelli, principale ed incidentale, e la conseguente conferma della sentenza gravata.

Con ordinanza n. 154/03 del 19 febbraio 2003 questo Consiglio, pur non ravvisando i presupposti per la concessione della misura cautelare richiesta dall'appellante principale, ha nondimeno

disposto la fissazione dell'udienza di trattazione del ricorso nel merito, ai sensi del combinato disposto del 3° ed 8° comma dell'art. 23 bis L. n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 L. n. 205/2000.

## DIRITTO

1. Le questioni che si pongono all'esame del Collegio possono essere così riassunte:

A) Con riferimento al primo e secondo motivo di appello principale, occorre stabilire se, in caso di gara d'appalto mediante offerte di prezzi unitari, ai sensi degli artt. 1, lett. e) e 5) L. n. 14/1973, richiamati dall'art. 1, comma 6, L.r. n. 21/1998, come modificata dalla L.r. n. 10/1999, ed in relazione alla specifica disciplina contenuta nel bando di gara, sia o meno legittimo procedere all'aggiudicazione raffrontando le percentuali di ribasso risultanti dalla commutazione dell'offerta complessiva alla base d'asta comprensiva degli oneri di sicurezza, o se occorra invece, alternativamente, determinare la media dei ribassi in rapporto alla base d'asta depurata dall'importo dei suddetti oneri, ovvero ricalcolare le offerte complessive aggiungendo ai prezzi offerti il medesimo importo e quindi convertendo la somma risultante in percentuale di ribasso.

B) Con riferimento al terzo motivo di appello principale, occorre determinare quali siano gli effetti dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione dell'appalto sulla sorte del contratto medio tempore stipulato tra l'amministrazione e l'impresa che risulti illegittimamente selezionata, con specifico riguardo agli spazi di tutela riservati dall'ordinamento all'impresa che risulti indebitamente pretermessa dall'aggiudicazione.

C) Con riferimento al terzo motivo d'appello occorre indagare se sussista, o meno, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine a domanda volta ad ottenere la declaratoria di avvenuta caducazione del contratto conseguente all'aggiudicazione.

D) Con riferimento, infine, all'appello incidentale, deve stabilirsi se ed in quale forma sia proponibile l'azione risarcitoria conseguente all'avvenuta stipulazione del contratto con l'impresa che sia risultata illegittimamente aggiudicataria, avuto in particolare riguardo: a) alla suscettibilità, o meno, di una riparazione in forma specifica, attraverso ordine del giudice all'amministrazione di stipulare il contratto d'appalto con l'A.T.I. appellante incidentale; b) alla configurabilità, o meno, di profili di colpa in capo all'amministrazione per il comportamento dalla stessa tenuto nelle more del giudizio volto all'annullamento dell'aggiudicazione.

2. I quattro gruppi di questioni riassunti sub 1, lett. A, B, C e D si presentano logicamente in rapporto graduato di pregiudizialità l'uno rispetto agli altri, atteso che: a) l'eventuale riforma del capo di decisione con il quale è stato pronunciato l'annullamento dell'aggiudicazione, ripristinando la piena legittimità ed operatività del sottostante provvedimento amministrativo, renderebbe automaticamente salvo il contratto stipulato nelle more del giudizio di primo grado con l'A.T.I. appellante principale, eliminando ogni residua controversia anche in punto di giurisdizione e di tutela risarcitoria; b) l'eventuale riforma del solo capo di decisione concernente la declaratoria di caducazione automatica del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione modificherebbe radicalmente i termini della questione risarcitoria suscettibile di esame nella presente sede giurisdizionale, precludendo in particolare la richiesta reintegrazione in forma specifica, quanto meno finché il contratto medio tempore stipulato non venga rimosso nelle forme e sedi opportune, ed incidendo altresì, verosimilmente, sulla valutazione dei profili di responsabilità della p.a. per il comportamento tenuto in pendenza di giudizio e più in generale sulla subordinata richiesta di liquidazione del danno per equivalente.

Come noto, le questioni richiamate ai precedenti punti B, C e D, unitamente ad altre connesse, hanno già formato oggetto di rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con una complessa ed articolata ordinanza (IV Sez., 21 maggio 2004, n. 3355), sulla quale peraltro non è intervenuta pronuncia di merito da parte del Collegio adito, stante l'intervenuta rinuncia al

ricorso in appello (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 11/2004). Le argomentazioni su cui si fonda la predetta ordinanza di rimessione sono pienamente condivise e fatte proprie da questo Collegio, che ritiene pertanto opportuno riproporle al vaglio dell'Adunanza Plenaria.

Quanto alla pregiudiziale questione sub A), pur dotata di assai minore rilevanza sul piano teorico e dogmatico rispetto a quelle dianzi considerate, va rilevato che anche su di essa sussiste una situazione di obiettiva incertezza interpretativa e (almeno in parte) di pregresso contrasto giurisprudenziale in ordine alla portata della normativa statale e regionale applicabile, di per sé destinata a rifluire anche sulla specifica questione interpretativa della clausola del bando di gara da applicarsi nella presente controversia. Si ravvisano pertanto i presupposti per rimettere anche tale questione al vaglio dell'Adunanza Plenaria, unitamente a quelle (come detto, rilevanti solo in via gradualmente subordinata) di cui ai punti B), C e D).

3. Il primo profilo oggetto di rimessione (sub 1-A) investe innanzitutto la portata della norma innovativamente introdotta nel testo dell'art. 31, 2° comma, della L. n. 109/1994 dai commi 60-62 della legge n. 415/1998 (c.d. Merloni ter), a mente della quale gli oneri previsti dai piani di sicurezza facenti parte integrante dai contratti d'appalto "vanno evidenziati nei bandi di gara e non sono soggetti a ribasso d'asta".

La sentenza appellata segnala, al riguardo, l'esistenza di due filoni giurisprudenziali (l'uno dei quali presente, peraltro, solo a livello di giurisprudenza di primo grado), che sostengono rispettivamente: a) la sufficienza dell'analitica indicazione dei predetti oneri da parte della stazione appaltante, e l'implicita inclusione del relativo importo nei prezzi offerti, salva diversa indicazione nel bando o comunque negli atti di gara; b) la necessità di scorporare dai prezzi offerti la voce afferente ai predetti oneri, ovvero, alternativamente, la necessità di ragguagliare le offerte complessive ad una base d'asta depurata del relativo importo non soggetto a ribasso.

Giova precisare, per maggiore chiarezza, che il problema prospettato è suscettibile di porsi solo nel caso in cui le offerte vengano formulate in termini di valore assoluto (nella specie, con il meccanismo dei prezzi unitari di cui agli artt. 1, lett. e) e 5 L. n. 14/1973), da convertirsi in percentuali di ribasso rapportate a loro volta alla base d'asta, atteso che nel caso di offerte già espresse in percentuale non v'è dubbio che le stesse vadano ragguagliate alla base d'asta al netto degli oneri di sicurezza predeterminati in misura fissa dall'amministrazione.

La formula al riguardo impiegata dal bando di gara ("la stima dei costi per dare attuazione al piano di sicurezza è di £. 16.155.000; tale importo, non soggetto a ribasso d'asta, è da ritenersi compreso nell'importo dei lavori e dei suoi prezzi"), sembrerebbe in effetti avvalorare la chiave di lettura proposta dall'appellante principale, secondo cui nei singoli prezzi unitari previsti dall'apposito elenco predisposto dalla stazione appaltante debbono intendersi compresi anche (pro quota) gli importi per oneri di sicurezza: con la conseguenza che l'operazione di traduzione del prezzo complessivo in percentuale di ribasso, agli specifici fini previsti dall'art. 1, 6° comma, L.r. n. 21/1998, come modificato dalla L.r. n. 10/1999, essendo operata su un importo già comprensivo della quota non soggetta a ribasso, dovrebbe essere rapportata alla base d'asta egualmente comprensiva di detto importo, e non già, come ritenuto dal giudice di primo grado, alla base d'asta al netto degli oneri individuati dal bando. Una conferma di tale linea interpretativa potrebbe essere ricavata anche da un precedente giurisprudenziale evocato dalla difesa appellante (Cons. Stato, IV, 12 ottobre 2002, n. 5521), nel quale, pur con riguardo a fattispecie del tutto diversa da quella all'esame, si afferma testualmente che l'offerta espressa in valore assoluto è suscettibile di valutazione univoca, nel senso che deve intendersi comprensiva degli oneri per la sicurezza, non soggetti a ribasso.

Per altro verso, appare prima facie non destituito di fondamento l'apprezzamento del primo giudice (sulla scorta, peraltro, di altro precedente giurisprudenziale reso specificamente in materia di appalto con offerta di prezzi unitari per categorie di lavori: Cons. Stato, IV, 23 gennaio 2002, n. 393), in ordine all'inadeguatezza della linea interpretativa ed applicativa seguita

dal seggio di gara al fine di soddisfare la specifica esigenza di escludere in radice dal confronto concorrenziale una voce di prezzo non soggetta per legge a ribasso, in quanto correlata a primarie finalità di tutela e salvaguardia della salute e sicurezza dei lavoratori.

Nel caso venga privilegiata questa seconda linea interpretativa l'Adunanza Plenaria dovrà nondimeno stabilire, in relazione alla censura dedotta con il secondo e subordinato motivo d'appello, se sia o meno corretta la statuizione resa dal T.A.R., di disporre l'annullamento del solo provvedimento di aggiudicazione, e non anche in parte qua del bando di gara, pur impugnato con il ricorso introduttivo di primo grado.

4- Venendo al secondo e più cospicuo gruppo di questioni rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria (sub 1-B), il Collegio ritiene opportuno riportarsi integralmente alla perspicua e condivisa motivazione sviluppata dalla ricordata ordinanza n. 3355/2004 della IV Sezione, di seguito riprodotta per quanto rilevante anche nel presente giudizio.

4.1.1. Secondo l'impostazione tradizionale e più risalente della giurisprudenza civile (Cass. Civ. 17 novembre 2000, n. 14901; 8 maggio 1996, n. 4269; 28 marzo 1996, n. 2842; 26 luglio 1993, n. 8346), il contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima è annullabile ai sensi dell'art. 1425 o dell'art. 1427 c.c. (a seconda della catalogazione dogmatica del vizio alla quale si accede); tale conclusione viene raggiunta sulla base del rilievo che le norme che regolano le procedure ad evidenza pubblica servono a consentire la corretta formazione della volontà del contraente pubblico, sicchè la loro violazione implica un vizio del consenso manifestato dalla pubblica amministrazione o, secondo un'altra ricostruzione, ne rivela l'incapacità a contrarre.

Il corollario più evidente e problematico di tale impostazione è costituito dall'imputazione alla sola pubblica amministrazione della legittimazione alla proposizione della domanda di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1441 c.c. (cfr. *ex multis* Cass. Civ. 21 febbraio 1995, n. 1885).

4.1.2- Secondo una diversa ricostruzione, il contratto concluso in esito ad un'aggiudicazione illegittima è affetto da nullità assoluta ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. per violazione di norme imperative (Cons. St., sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177), attesa la natura inderogabile delle disposizioni che regolano la selezione del contraente privato ai fini dell'affidamento di un appalto pubblico.

4.1.3- La prevalente giurisprudenza amministrativa, già prima delle recenti riforme introdotte con il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 e con la legge 21 luglio 2000, n. 205 (che hanno esteso l'ambito della giurisdizione esclusiva amministrativa alle controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento degli appalti pubblici ed il novero dei pertinenti poteri di cognizione e di condanna) ha preferito ricostruire la fattispecie in termini di caducazione del contratto per effetto dell'annullamento della presupposta aggiudicazione (Cons. St., sez. V, 25 maggio 1998, n. 677; sez. V, 30 marzo 1993, n. 435), negando così ogni ipotesi di invalidità del negozio giuridico, connettendo la sola conseguenza dell'inefficacia all'eliminazione del provvedimento conclusivo della sequenza procedimentale pubblicistica che ha preceduto la sua conclusione e, soprattutto, escludendo che la stipula del contratto determinasse la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del ricorso contro l'aggiudicazione (Cons. St., sez. VI, 21 ottobre 1996, n. 1373).

Tale impostazione teoretica è stata confermata anche dopo le recenti riforme del processo amministrativo, con le precisazioni e le integrazioni di seguito illustrate.

La VI sezione (Cons. St. sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332; sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992) ha, in particolare, ascrivito la fattispecie allo schema della caducazione automatica, che comporta la necessaria ed immediata cessazione dell'efficacia del contratto per il solo effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione (senza bisogno, cioè, di pronunce costitutive), sulla base del rilievo della sussistenza di una connessione funzionale tra la sequenza procedimentale

pubblicistica e la conseguente stipula del contratto che implica, in analogia alle fattispecie privatistiche del collegamento negoziale, la caducazione del negozio dipendente, nel caso di annullamento di quello presupposto.

La IV sezione (Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666) ha, invece, optato per la diversa catalogazione della fattispecie in termini di inefficacia sopravvenuta relativa, che comporta la cessazione degli effetti del contratto non in via automatica, ma per effetto della necessaria iniziativa giurisdizionale del contraente pretermesso (unico legittimato ad invocarla in suo favore) e con il duplice limite della buona fede dei terzi, in applicazione analogica degli artt. 23, comma 2, e 25, comma 2, c.c. (nel medesimo senso anche Cons. St., sez. VI, n. 2992/03 cit.), e dell'eccessiva onerosità della sostituzione del contraente per la pubblica amministrazione, debitrice nella relativa domanda di reintegrazione in forma specifica, ai sensi dell'art. 2058 c.c..

Le recenti ricostruzioni giurisprudenziali che anettono (su questo punto, concordemente tra loro) la sola conseguenza dell'inefficacia del contratto all'annullamento dell'aggiudicazione argomentano, inoltre, *a contrario* tale conclusione dal rilievo che se l'art. 14, comma 2, decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190 ha espressamente escluso la risoluzione del contratto quale conseguenza dell'annullamento e della sospensione dell'aggiudicazione per i soli appalti relativi alle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale (alle quali si applicano la legge 21 dicembre 2002, n. 443 ed il decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190), per i contratti aventi ad oggetto appalti diversi da questi ultimi la conseguenza dell'annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica è proprio quella che la suddetta disposizione ha inteso scongiurare per gli appalti compresi nel suo ambito applicativi, e cioè la risoluzione (da intendersi, tuttavia, come espressione tecnicamente usata dal legislatore per indicare la perdita di efficacia del negozio giuridico).

4.2- Proseguendo nell'illustrazione del dibattito giurisprudenziale passato in rassegna, occorre dar conto, in estrema sintesi, delle critiche indirizzate a ciascuna delle soluzioni riferite e delle lacune riscontrabili a carico di ciascuna di esse, onde raccogliere tutte le relative indicazioni utili ad una diversa ricostruzione della fattispecie in termini maggiormente coerenti con l'ordinamento e, al contempo, soddisfattivi di tutti gli interessi coinvolti nelle relative controversie.

4.2.1- All'indirizzo della teoria dell'annullabilità sono state rivolte le seguenti, principali obiezioni: a) le norme sull'evidenza pubblica non sono poste solo nell'interesse della parte pubblica, ma anche, se non soprattutto, in quello delle imprese ad un accesso libero, competitivo e concorrenziale alla contrattazione con le amministrazioni; b) la riserva alla sola pubblica amministrazione della legittimazione a domandare l'annullamento del contratto impedisce una tutela soddisfattiva e piena dell'impresa ricorrente che ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione; c) l'ascrizione dell'annullamento dell'aggiudicazione alle categorie dell'incapacità di contrattare (art. 1425) o dei vizi del consenso (art. 1427 c.c.) risulta sprovvista di sufficienti riscontri positivi e di sicure indicazioni argomentative: non si chiariscono i caratteri costitutivi della presunta incapacità legale dell'amministrazione e non si precisa il tipo di vizio della volontà nella specie riscontrato.

4.2.2- La tesi della nullità è stata criticata (soprattutto) in quanto assegna ad un fatto sopravvenuto (l'annullamento dell'aggiudicazione) la valenza propria di un difetto genetico (che caratterizza lo schema dell'invalidità radicale) ed in quanto espone il contratto alle inaccettabili conseguenze dell'accertamento della sua nullità, senza limiti di prescrizione (art. 1422 c.c.), su iniziativa di chiunque vi abbia interesse ed alla sua rilevabilità d'ufficio (art. 1421 c.c.), con conseguente pregiudizio delle pregnanti esigenze di certezza dei rapporti giuridici imputabili alla pubblica amministrazione e di stabilità dei relativi negozi giuridici.

4.2.3- Le recenti ricostruzioni offerte dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, riassumibili, seppure logicamente giustificate da argomenti e presupposti (parzialmente) diversi, nella medesima enunciazione dell'inefficacia del contratto, trascurano, ad avviso del Collegio, la pur

necessaria analisi della natura giuridica e della valenza sostanziale dell'aggiudicazione ed omettono l'indispensabile ascrizione della fattispecie ad una delle categorie civilistiche che autorizzano la classificazione della situazione in termini di inefficacia.

Quanto al primo aspetto, si osserva che la disamina delle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione non può prescindere dalla necessaria qualificazione di quest'ultima, dalla verifica della portata dei suoi effetti e dalla conseguente ricostruzione del vincolo che la lega al contratto: in mancanza di tale, presupposta ricostruzione dogmatica risulta, infatti, arduo, se non impossibile, pervenire ad una soluzione della questione in esame, coerente con il sistema.

In ordine al secondo profilo, deve rilevarsi che l'affermazione dell'inefficacia va sostenuta dall'individuazione della situazione giuridica che la presuppone e la costituisce: nell'ordinamento civile l'inefficacia non è, infatti, una categoria dogmatica ma fattuale, nel senso che indica la sola conseguenza della perdita degli effetti di un negozio giuridico in alcune fattispecie tipicamente previste (nullità, annullabilità o simulazione del negozio giuridico; risoluzione o rescissione del contratto; verifica della condizione risolutiva od omessa verifica di quella sospensiva, scadenza del termine) e non anche la causa dell'originaria o sopravvenuta inidoneità del negozio a produrre i suoi effetti (legali e negoziali).

4.3- Occorre, quindi, ascrivere la fattispecie considerata ad uno dei predetti schemi, al fine di giustificare l'affermazione dell'inefficacia del contratto, principiando la ricostruzione qui prospettata dalla Sezione con l'esame (logicamente antecedente) della valenza dell'aggiudicazione.

4.3.1- La natura giuridica dell'aggiudicazione si presta ad essere decifrata secondo un duplice schema: a) l'atto ha solo valenza provvedimento (come ritenuto da Cons. Giust. Amm., 20 luglio 1999, n. 365; Cons. St., sez. V, 25 maggio 1998, n. 677; T.A.R. Sicilia, Catania, 10 settembre 1996, n. 1603); b) l'atto ha anche valore negoziale (come ritenuto da Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2000, n. 4722; VI, 14 gennaio 2000, n. 244; sez. V, 19 maggio 1998, n. 633).

4.3.2- Secondo la prima impostazione, l'aggiudicazione è il provvedimento conclusivo della procedura ad evidenza pubblica, con il quale l'amministrazione aggiudicatrice si limita a selezionare l'impresa con la quale stipulerà, in seguito, il contratto d'appalto, senza manifestare, con quello, alcuna volontà negoziale.

4.3.3- La seconda qualificazione dell'aggiudicazione va precisata e chiarita nei termini di seguito esposti.

La procedura ad evidenza pubblica serve a regolare la formazione del consenso della pubblica amministrazione (che, a differenza dei soggetti privati, non è libera di negoziare gli appalti pubblici con chi vuole ed alle condizioni che vuole) sia con riguardo al contenuto dell'accordo, sia con riguardo all'identità del contraente.

Le varie fasi della sequenza procedimentale vanno, allora, classificate, oltre che in termini pubblicistici, secondo lo schema privatistico della formazione del consenso contrattuale.

In coerenza con tali coordinate, il bando dev'essere, quindi, qualificato come invito ad offrire (e, in particolare, come atto prenegoziale che stimola l'iniziativa delle imprese interessate a contrattare e che contiene alcuni elementi del futuro contratto), l'offerta come proposta contrattuale (e, in particolare, come manifestazione della volontà dell'impresa di contrarre alle condizioni offerte) e, infine, l'aggiudicazione come accettazione della proposta (e, in particolare, come manifestazione della volontà dell'amministrazione di affidare l'appalto all'impresa selezionata e di vincolarsi al rispetto delle condizioni dalla stessa proposte, come integrate da quelle contenute nel bando o nel capitolato).

4.3.4- Secondo questa ricostruzione, l'aggiudicazione presenta una duplice natura, amministrativa

e negoziale, nel senso che si pone, al contempo, come provvedimento conclusivo della procedura di selezione del contraente privato e di atto giuridico con il quale l'amministrazione formalizza la propria volontà di contrarre con l'impresa scelta ed alle condizioni dalla stessa offerte.

La duplice natura dell'atto implica anche la coesistenza in esso degli effetti dispositivi propri degli atti pubblici e di quelli negoziali tipici degli atti privati.

La diversità della valenza sostanziale ascrivibile a ciascuna delle nature riscontrate non impedisce, tuttavia, di riconoscere un legame indissolubile tra gli effetti relativamente prodotti, sicchè la regola *simul stabunt simul cadent* va applicata, prima che al rapporto tra aggiudicazione e contratto, agli effetti pubblicistici e privatistici rintracciabili nel medesimo atto di aggiudicazione.

4.3.5- A tale impostazione consegue, inoltre, che l'accordo contrattuale si forma al momento dell'adozione dell'aggiudicazione e che l'eventuale stipula, separata e successiva, del contratto acquista valenza meramente riproduttiva del consenso già manifestato dalle parti e cristallizzato, in tutti i suoi elementi, nell'atto conclusivo della procedura ad evidenza pubblica.

4.3.6- La qualificazione dell'aggiudicazione come atto (anche) negoziale si fonda, peraltro, oltre che sul rilievo della concentrazione in quel provvedimento di tutti gli elementi dell'accordo (sicchè non pare ammissibile una successiva, diversa regolamentazione del rapporto che, quand'anche convenuta dalle parti, risulterebbe affetta da invalidità radicale), anche sul dato positivo offerto dall'art. 16, comma 4, del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440 (ancora in vigore per le parti non tacitamente abrogate da disposizioni successive incompatibili) che, là dove sancisce l'equivalenza dell'aggiudicazione "per ogni effetto legale" al contratto, indica chiaramente la valenza negoziale della prima e la sua idoneità a costituire, da sola, il vincolo contrattuale con l'appaltatore selezionato (di talchè l'eventuale sottoscrizione del documento negoziale, quand'anche prescritta dalla legge, varrebbe come mera conferma di obbligazioni già sorte per effetto diretto dell'aggiudicazione).

4.4- In esito a tale catalogazione dogmatica dell'aggiudicazione, occorre verificarne le conseguenze di diritto in ordine al tema della decisione.

4.4.1- Per il rilevato vincolo logico ed ontologico che lega inscindibilmente la valenza pubblicistica e quella privatistica ascrivibili all'aggiudicazione, l'annullamento giurisdizionale di quest'ultima, che opera, com'è noto, *ex tunc*, ne elimina gli effetti fin dalla sua adozione, non solo con riferimento al suo contenuto propriamente provvedimentale, ma anche con riguardo a quello tipicamente negoziale.

Ne consegue, ancora, che la demolizione dell'atto con cui l'amministrazione ha espresso la sua volontà negoziale, priva il relativo negozio giuridico dell'elemento essenziale costituito dall'accordo, che deve, quindi, ritenersi insussistente, per effetto dell'elisione dell'atto generativo del consenso di una delle parti.

Tale conclusione vale anche per i casi nei quali una disposizione positiva impone la stipula del contratto, quale documento separato dall'aggiudicazione, posto che, in questi casi, la sottoscrizione dell'atto negoziale vale come riproduzione dell'accordo già formatosi per effetto dell'incontro delle volontà delle parti nella riferita sequenza bando - offerta - aggiudicazione.

4.4.2- La conseguenza di tale impostazione è che il contratto è nullo per mancanza dell'accordo ai sensi del combinato disposto degli artt. 1428, comma 2, e 1325, comma 1, n. 1) c.c., come, peraltro, recentemente ritenuto dalla Corte di Cassazione (Cass. Civ., 9 gennaio 2002, n. 193)

A ben vedere, infatti, l'annullamento dell'aggiudicazione non incide sul consenso, nel senso che ne rivela un vizio, ma elimina radicalmente l'atto con il quale è stata manifestata la volontà, sicchè la sua conseguenza più immediata ed evidente va ravvisata proprio nella demolizione, con efficacia



retroattiva, di una parte essenziale dell'accordo e, quindi, nell'accertamento (anche se non diretto) della mancanza di quest'ultimo.

4.5 Non pare, peraltro, che le obiezioni comunemente formulate all'indirizzo della tesi della nullità valgano a smentire o confutare la correttezza della relativa impostazione teorica fin qui sostenuta.

4.5.1- La critica che si fonda sulla natura sopravvenuta e non genetica del vizio si basa, infatti, sull'erroneo presupposto che l'annullamento dell'aggiudicazione incida sul rapporto e non sul suo atto giuridico costitutivo.

Senonchè ogni vizio relativo alla corretta formazione della volontà negoziale o addirittura alla sua esistenza (ivi compresi quelli, di minore gravità, che determinano l'annullabilità del contratto) va riferito al momento genetico del rapporto e non alla sua fase esecutiva e funzionale.

Possono qualificarsi sopravvenute, in particolare, solo quelle vicende che non riguardano direttamente la validità del negozio giuridico ma la sua attuazione (inadempimento, eccessiva onerosità, impossibilità, verifica della condizione risolutiva), ma non anche quelle che, ancorchè accertate successivamente, attengono proprio al rispetto delle regole che presidono alla valida conclusione del contratto (come quelle relative all'esistenza dell'accordo).

Non solo, ma l'efficacia retroattiva dell'annullamento giurisdizionale dell'atto impugnato impone di riferire l'efficacia della statuizione demolitoria al momento genetico del rapporto, e cioè alla conclusione del negozio, e non alla sua fase esecutiva, e cioè alla corretta attuazione delle obbligazioni od al funzionamento della causa (del tutto estranee agli effetti della caducazione dell'aggiudicazione).

4.5.2- Quanto alla critica che individua nelle caratteristiche tipiche dell'azione di nullità (legittimazione estesa a tutti i soggetti che hanno interesse, imprescrittibilità, rilevabilità d'ufficio del vizio, natura dichiarativa della relativa pronuncia) la ragione principalmente ostativa all'accoglimento della relativa tesi, si deve osservare che, anche prescindendo dal rilievo che le conseguenze di fatto di una teoria (quand'anche gravi) non valgono ad inficiarne la correttezza, i riferiti caratteri dell'azione in questione vanno coordinati con le regole che presidiano il giudizio amministrativo.

Quando, infatti, una delle parti contrattuali manifesta e cristallizza il proprio consenso in un atto che riveste anche natura provvedimentoale (come nella fattispecie in esame), l'accertamento della sua illegalità ed il suo conseguente annullamento soggiacciono alle regole tipiche del processo impugnatorio.

Ne consegue che l'aggiudicazione deve essere impugnata nel prescritto termine di decadenza e che, in difetto di tale tempestiva iniziativa giurisdizionale, resta preclusa la proponibilità dell'azione di nullità.

La natura provvedimentoale dell'aggiudicazione impedisce, peraltro, al giudice di accertare d'ufficio la nullità del contratto costituita dall'illegittimità del provvedimento finale della procedura di selezione del contraente (risolvendosi l'esercizio di quel potere nell'inammissibile sindacato ufficioso della legittimità di un atto amministrativo).

La legittimazione a far valere la nullità va, inoltre, riconosciuta alle sole parti che hanno impugnato l'aggiudicazione, quali unici soggetti che hanno manifestato, in concreto, interesse, invocando la rimozione dell'atto invalidante, alla declaratoria della relativa invalidità.

Né varrebbe obiettare che le limitazioni appena segnalate finiscono per snaturare l'azione di nullità e configgono con gli interessi ad essa sottesi, atteso che le pertinenti esigenze di tutela di interessi indisponibili vanno coordinate con quelle, altrettanto rilevanti, di stabilità degli atti amministrativi e di certezza dei relativi rapporti giuridici.

Ne consegue che la riferita, necessaria pregiudizialità dell'annullamento dell'aggiudicazione, ai fini della dichiarazione della nullità del contratto su domanda della sola parte che ha proposto il ricorso, risulta imposta dalle esigenze di rispetto delle regole del giudizio amministrativo impugnatorio e che, di contro, l'applicazione alla fattispecie in esame dell'intera disciplina civilistica dell'azione di nullità si risolverebbe nella inammissibile disapplicazione delle regole che presidono, a tutela dei pertinenti interessi pubblici, alla tutela giurisdizionale degli interessi lesi da provvedimenti amministrativi (tale essendo, oltre che un atto negoziale, l'aggiudicazione).

4.6- Resta da chiarire che, se è vero che il contratto nullo è radicalmente inidoneo a produrre effetti giuridici (*quod nullum est nullum producit effectum*), è anche vero che la (voluta) inerzia delle parti nell'invocare l'accertamento della relativa invalidità del negozio e la sua spontanea attuazione non impediscono, pur in assenza delle condizioni della conferma, la regolare esecuzione delle pattuizioni ivi contenute, con conseguente salvezza dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'appalto, nei casi in cui non sia ammessa la sostituzione dell'appaltatore.

4.7- Ovviamente l'ipotesi ricostruttiva sopra delineata postula la qualificazione dell'aggiudicazione come atto (anche) negoziale; ove, di contro, dovesse negarsi tale natura e riconoscersi la sua sola valenza provvedimentoale, si dovrebbe ricostruire la fattispecie in termini diversi.

4.7.1- Deve, al riguardo, avvertirsi che la prospettata classificazione dell'aggiudicazione come atto negoziale è stata compiuta secondo parametri di valutazione generali e che, invece, l'indagine in concreto della natura dell'atto potrebbe condurre a conclusioni diverse: il regolamento di gara (bando o capitolato) potrebbe precisare che l'aggiudicazione non impegna l'amministrazione alla stipula del contratto (con ciò escludendo la sua valenza negoziale) o una disposizione normativa potrebbe regolare il rapporto tra aggiudicazione e contratto nel senso di negare chiaramente l'equivalenza tra i due atti.

4.7.2- In questi ultimi casi, l'aggiudicazione riveste solo natura provvedimentoale, mentre il contratto contiene e riceve le uniche dichiarazioni negoziali delle parti.

4.7.3- Resta, tuttavia, anche in tale situazione, quel vincolo inscindibile tra fase pubblicistica (nella quale si seleziona il contraente) e fase privatistica (nella quale si forma l'accordo e si costituisce il vincolo negoziale) che potrebbe autorizzare le medesime conclusioni sulla nullità del contratto (anche se qui manca quell'effetto diretto di eliminazione dell'atto negoziale).

4.7.4- Si potrebbe, altrimenti, configurare l'aggiudicazione come una condizione di diritto del contratto di appalto, con la conseguenza che la sua eliminazione (e, quindi, il suo venir meno) determina la sopravvenuta inefficacia del negozio per l'intervenuto difetto di una situazione giuridica (la validità e l'efficacia dell'aggiudicazione), la cui persistenza ne condiziona (con valenza risolutiva) l'idoneità a produrre i suoi effetti tipici.

4.8- Come si vede, il quadro delle soluzioni configurate dalla giurisprudenza, ordinaria ed amministrativa (ivi compresa quella proposta con la presente ordinanza ed illustrata al punto 4.4), si rivela composito ed articolato e, perciò, privo di quella necessaria coerenza e di quell'indispensabile sistematicità che, sole, in una fattispecie così rilevante, assicurano la certezza dei rapporti giuridici, l'uniformità delle relative regole di giudizio e, in definitiva, l'effettività della tutela giurisdizionale.

Ne consegue la necessità dell'indicazione di parametri certi e della ricostruzione dogmatica della fattispecie in termini coerenti con il sistema positivo.

Valuterà, quindi, l'Adunanza Plenaria in quale schema privatistico ascrivere l'inefficacia del contratto d'appalto (non risultando, in definitiva, controverso tale effetto) quale conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione.

5.- Anche sulla questione di giurisdizione formante oggetto della rimessione di cui al punto 1-C), il Collegio ritiene di richiamarsi integralmente alla motivazione della pregressa ordinanza di rimessione n. 3355/04 della IV Sezione, rilevando incidentalmente come sulla materia del contendere non sembra aver influito la sopravvenuta sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale che, nel ridefinire il quadro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non ha tuttavia inciso sulle specifiche previsioni normative di cui agli artt. 6 e 7 della legge n. 205/2000 che regolano il riparto di giurisdizione in materia di contratti della pubblica amministrazione.

Come puntualmente premesso dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, e come del resto risulta dallo stesso ordine in cui vengono articolati nel presente giudizio i motivi di appello, la questione di giurisdizione è logicamente successiva a quelle fin qui esaminate in quanto la sua risoluzione è direttamente condizionata dalla soluzione offerta al precedente quesito, relativo alla sorte del contratto stipulato in esito ad una aggiudicazione illegittima (ed annullata).

5.1- La questione va posta, quindi, con riferimento a ciascuna delle soluzioni ipotizzate al precedente quesito nonché con riguardo al tipo di domande al riguardo proponibili.

Si deve, allora, distinguere: a) se la soluzione preferita postula la pronuncia di decisioni costitutive (annullamento, risoluzione del contratto e, forse, inefficacia sopravvenuta) si rivela necessaria la proposizione di domande intese a conseguire una statuizione che elimini gli effetti del contratto e risulta, al contempo, precluso ogni apprezzamento incidentale della sua inefficacia; b) se si ritiene, viceversa, che l'inefficacia del contratto si produca automaticamente (come nei casi della nullità o della caducazione automatica), deve concludersi che tale conseguenza va accertata con pronunce dichiarative e che può anche essere accertata in via incidentale.

5.2.- Ne consegue che, nell'ipotesi sub a), occorre verificare se l'ambito di giurisdizione esclusiva disegnato dall'art. 6 l. n. 205/2000, letteralmente circoscritto alle controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici, possa estendersi, in via interpretativa, fino a comprendere anche il sindacato diretto dell'invalidità e dell'inefficacia del contratto e, soprattutto, la potestà di adottare pronunce costitutive (quali l'annullamento o la risoluzione).

5.2.1- La giurisprudenza si è finora occupata, a ben vedere, della questione generale della spettanza al giudice amministrativo della potestà cognitiva dell'incidenza dell'annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica sulla validità e sull'efficacia del contratto - affermandola sulla base dell'apprezzamento delle esigenze di concentrazione in capo ad un'unica autorità giurisdizionale dei poteri attinenti alla delibazione della medesima vicenda sostanziale e della valorizzazione del carattere esclusivo della giurisdizione in materia (cfr. Cons. St. sez. VI, n. 2332/03; sez. VI, n. 2992/03; sez. IV, n. 6666/03 cit; Cons. Giust. Amm., 31 maggio 2002, n. 276; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 28 febbraio 2001, n. 746) - ma ha omesso un esame diretto e puntuale della sussistenza della competenza giurisdizionale nell'esercizio di un sindacato diretto (e non incidentale) della validità e dell'efficacia del contratto e nella conseguente adozione di pronunce costitutive.

5.2.2- Deve rilevarsi, al riguardo che, ad avviso del Collegio, l'attribuzione delle controversie relative alle procedure di affidamento degli appalti pubblici alla giurisdizione esclusiva amministrativa risulterebbe del tutto inutile se non si intendesse tale ambito di competenza come comprensivo anche delle questioni relative alla validità ed all'efficacia del contratto (che, sole, paiono concernere diritti soggettivi), che l'esclusione di queste ultime dal novero di quelle conoscibili dal giudice amministrativo sulla base dell'art. 6 legge n. 205 del 2000 determinerebbe l'inaccettabile conseguenza di costringere il ricorrente ad un faticoso, farraginoso e dispendioso itinerario giurisdizionale, dal giudice amministrativo (per l'annullamento dell'aggiudicazione), a quello ordinario (per l'annullamento o la risoluzione del contratto) e, forse, di nuovo a quello amministrativo (per il risarcimento dei danni), per ottenere giustizia di un'unica vicenda

sostanziale, con evidente *vulnus* delle esigenze di economicità, effettività e semplificazione e della tutela giurisdizionale, e, da ultimo, che l'inscindibilità del vincolo che collega gli aspetti pubblicistici e quelli privatistici della contrattazione avente ad oggetto gli appalti pubblici impedisce di giudicare il sindacato diretto della validità e dell'efficacia del contratto estraneo ai confini della giurisdizione esclusiva attinente alla presupposta procedura di affidamento.

5.2.3- Il Collegio non ignora che la formulazione letterale dell'art. 6 l. n. 205/2000, là dove limita l'ambito di giurisdizione esclusiva ai soli provvedimenti della procedura di affidamento degli appalti (con conseguente, implicita, esclusione della cognizione di tutti gli atti successivi alla sua conclusione - ivi compreso il contratto), costituisce un rilevante ostacolo alle conclusioni sopra esposte, ma reputa che il riferito dato testuale non impedisce la lettura della disposizione che, in esito ad un'esegesi logico-sistematica del suo ambito applicativo (condotta in ossequio ai canoni ermeneutici sopra indicati), assegna al giudice amministrativo la potestà di conoscere in via diretta le questioni relative alla validità ed all'efficacia del contratto d'appalto, siccome direttamente riferibili all'illegittimità della presupposta aggiudicazione, e di pronunciare le relative statuizioni costitutive (come l'annullamento).

5.2.4- Resta, in ogni caso, esclusa, anche accedendo all'inter-pretazione estensiva appena esposta, la possibilità di pronunciare la risoluzione del contratto (od altre statuizioni costitutive prive di una connessione diretta con la validità dell'aggiudicazione) che, postulando l'accertamento di vicende relative all'attuazione del rapporto e non immediatamente ascrivibili alla legittimità della procedura di affidamento, risultano senz'altro riservate alla giurisdizione ordinaria.

5.3- In merito alla fattispecie indicata sub b) (al precedente punto 5.1.), occorre ulteriormente distinguere due diverse situazioni processuali: 1) è stata presentata una domanda diretta ad ottenere una pronuncia dichiarativa; 2) non è stata presentata, ma è stata formulata una domanda di reintegrazione in forma specifica che postula l'accertamento incidentale dell'inefficacia del vincolo contrattuale (che costituisce il presupposto indefettibile dell'invocata sostituzione del contraente).

5.3.1- Nel caso sub 1) valgono le stesse considerazioni svolte a proposito delle pronunce costitutive - non ravvisandosi, al riguardo, differenze significative, quanto alla giurisdizione, tra le ipotesi di pronunce dichiarative e quelle di pronunce costitutive.

5.3.2- Nella situazione descritta sub 2) non pare, invece, dubbio, ad avviso del Collegio, che il giudice amministrativo sia dotato della relativa competenza giurisdizionale, anche se, occorre precisare, non ai sensi dell'art. 6, ma dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000.

A ben vedere, infatti, a fronte di una domanda di reintegrazione in forma specifica ed in assenza di una domanda intesa ad ottenere la declaratoria della nullità o, comunque, dell'inefficacia del contratto, è proprio (e solo) la norma che attribuisce al giudice amministrativo una potestà cognitiva piena in materia di risarcimento del danno, comprensiva, come tale, di ogni questione incidentale che rileva ai fini dello scrutinio della fondatezza della pretesa risarcitoria, a giustificare l'affermazione della giurisdizione amministrativa in ordine all'accertamento di tutte le situazioni di diritto (ivi compresa l'inefficacia del contratto d'appalto) implicate dalla domanda di risarcimento del danno.

5.4- Si rimette, quindi, alle valutazioni dell'Adunanza Plenaria l'ulteriore questione relativa all'individuazione dei limiti in cui sussista la giurisdizione amministrativa in merito all'accertamento, diretto e incidentale, delle questioni relative alla validità ed all'efficacia del contratto d'appalto ed alla pronuncia delle relative decisioni (costitutive e dichiarative).

6.- Venendo alla prima questione di cui al punto 1-D, concernente l'ammissibilità nel giudizio amministrativo ordinario di una condanna (nella specie espressamente invocata dall'appellante

incidentale) ad un *facere e*, in particolare, all'aggiudicazione dell'appalto in proprio favore, è opportuno ancora richiamare integralmente la motivazione sul punto resa dall'ordinanza di rimessione n. 3355/2004 della IV Sezione.

Il problema, tradizionalmente risolto in senso negativo (cfr. *ex multis* Cons. St., sez.V, 18 maggio 1998, n. 612) sulla base del rilievo ostativo della riserva di amministrazione che impedisce la sostituzione del giudice in valutazioni di esclusiva spettanza dei pubblici poteri, presenta profili inediti in seguito alla recente attribuzione al giudice amministrativo, da parte dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000 (che ha modificato l'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034), del potere di condannare l'amministrazione al risarcimento del danno, non solo per equivalente ma anche mediante reintegrazione in forma specifica.

Tale ultima tecnica di riparazione del danno pare, infatti, presupporre la possibilità che il danno patito in conseguenza di un'attività amministrativa illegittima venga risarcito con l'assegnazione al ricorrente, che postula spesso un'ulteriore intermediazione provvedimentoale, del medesimo bene della vita sacrificato o danneggiato dall'attività illegale.

6.1- Si deve premettere, in via generale, che la tutela risarcitoria, nei cui confini si iscrive la reintegrazione in forma specifica, serve ad assicurare al danneggiato la *restitutio in integrum* del suo patrimonio e, quindi, a garantire l'eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli dell'attività illecita ascritta al soggetto responsabile.

La riparazione delle conseguenze dannose viene garantita dall'ordinamento mediante due modelli di tutela, tra loro alternativi: quello del risarcimento per equivalente, che riconosce al danneggiato il diritto ad una somma di denaro equivalente al valore della lesione patrimoniale patita e quello della reintegrazione in forma specifica, che attribuisce al soggetto passivo la medesima utilità, giuridica od economica, sacrificata o danneggiata dalla condotta illecita.

6.2- Occorre, al riguardo, precisare che quest'ultima modalità ripristinatoria postula, evidentemente, la preesistenza nel patrimonio del danneggiato della situazione soggettiva della quale si chiede la restituzione in forma specifica, sicchè l'ammissibilità di tale tecnica di risarcimento va coordinata con la tradizione distinzione degli interessi legittimi nella duplice categoria di interessi oppositivi e pretensivi.

Ora, mentre per i primi (così come per i diritti soggettivi, nelle fattispecie di giurisdizione esclusiva), che postulano la titolarità in capo all'interessato del bene della vita al quale è collegato l'interesse legittimo leso, risulta configurabile la reintegrazione in forma specifica, trattandosi di restituire al danneggiato la medesima utilità pregiudicata dall'attività amministrativa illegittima, per i secondi, che presuppongono, invece, la mancanza del bene della vita al conseguimento del quale l'interesse legittimo si pone come strumentale, appare più dubbia l'ammissibilità dell'assegnazione di una posizione di vantaggio che l'interessato non aveva ancora acquisito nella sua sfera patrimoniale e che, quindi, non poteva essere sacrificata dall'azione amministrativa.

6.3- In particolare, all'indirizzo del quesito dell'ammissibilità della tecnica riparatoria in esame per la lesione di interessi pretensivi possono ipotizzarsi tre risposte: 1) non è mai possibile accordare tale tipo di tutela - che si risolverebbe in un'inammissibile sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione; 2) è sempre possibile - in quanto strumento di tutela ammesso dal legislatore in via generale per la lesione degli interessi legittimi; 3) è possibile solo nei riguardi di attività amministrativa vincolata, quando l'esito, cioè, dell'ulteriore azione provvedimentoale risulta pronosticabile sulla base di parametri certi e di criteri matematici (come, ad esempio, l'aggiudicazione alla seconda classificata di una procedura di gara indetta con il criterio del massimo ribasso, quando l'impresa vincitrice avrebbe dovuto essere esclusa).

6.3.1- Le prime due soluzioni vanno rifiutate in quanto, per il carattere assoluto delle rispettive

conclusioni, impediscono di discernere, in concreto, i presupposti e gli esiti dell'attività amministrativa incisa dalla condanna reintegratoria.

6.3.2- Anche la terza, tuttavia, nonostante lo sforzo di conformare le relative conclusioni alla duplice esigenza di rispetto della sfera di competenze riservata all'amministrazione e di garanzia dell'utilità e dell'efficacia della tecnica risarcitoria in esame, si presta a rilievi critici.

A ben vedere, innanzitutto, l'estensione della forma di risarcimento in esame anche agli interessi legittimi pretensivi si risolve nella surrettizia introduzione nel nostro sistema della c.d. azione di adempimento (la *vertgleichungsklage* dell'ordinamento giuridico tedesco), allo stato sconosciuta al nostro sistema positivo di tutela delle posizioni soggettive connesse all'esercizio delle funzioni amministrative. La condanna dell'amministrazione all'adozione di un provvedimento favorevole al ricorrente postula, infatti, logicamente la configurabilità in capo al privato di un vero e proprio diritto a quell'atto ed in capo all'amministrazione un vero e proprio obbligo alla soddisfazione di quella pretesa. Senonchè la ricostruzione dei rapporti tra cittadino ed amministrazione in termini di rapporto obbligatorio, anche con riguardo alle tecniche di tutela giurisdizionale, esigerebbe una precisa ed univoca innovazione normativa, che la mera previsione della possibilità di risarcire il danno nelle forme della reintegrazione in forma specifica non risulta idonea ad introdurre, e non si presta ad essere validamente sostenuta senza un adeguato e puntuale riscontro positivo.

La modalità risarcitoria della reintegrazione in forma specifica, a ben vedere, non introduce una forma generalizzata di azione di adempimento (che avrebbe richiesto una coerente qualificazione positiva del relativo strumento di tutela ed una maggiore chiarezza nei suoi contenuti), ma si limita a consentire una forma ripristinatoria della posizione soggettiva tutelata, quando questa risulti compatibile con la natura di quest'ultima, come nei casi di lesione di interessi oppositivi o di diritti soggettivi (nelle controversie di giurisdizione esclusiva).

Se si ammettesse, in definitiva, la tecnica riparatoria in esame per la lesione degli interessi pretensivi si finirebbe per accordare al ricorrente un beneficio superiore a quello che egli avrebbe avuto se non si fosse svolta l'attività lesiva; e ciò in contrasto con tutti i principi che presiedono al risarcimento del danno.

6.4- Quanto alle forme di risarcimento dei danni cagionati dall'attività amministrativa lesiva di interessi pretensivi, occorre, allora, svolgere le seguenti considerazioni.

6.4.1- La forma più immediata e, probabilmente, soddisfattiva degli interessi pretensivi è data dal giudicato demolitorio-conformativo che, rimuovendo l'attività amministrativa illegittima ed imponendo la sua rinnovazione nel rispetto della legalità, assicura all'interessato la soddisfazione più pregnante della sua posizione soggettiva, così come ritenuto da quell'indirizzo giurisprudenziale (Cons. St., sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6281) che reputa implicita nella domanda di annullamento dell'atto impugnato quella di reintegrazione in forma specifica, per mezzo della riedizione dell'attività amministrativa giudicata illegittima.

L'effetto conformativo insito nella statuizione di annullamento offre, infatti, al ricorrente l'occasione di tutela maggiormente efficace ed utile del suo interesse legittimo, potendo servire, con la semplice rinnovazione dell'attività giudicata illegittima, ad assicurargli in via sostanziale quel bene della vita al quale egli aspira.

6.4.2- Se, tuttavia, l'interessato resta privo di soddisfazione anche in esito alla ripetizione del procedimento, potrà attivare lo strumento di tutela costituito dal ricorso per esecuzione del giudicato che, assegnando al giudice potestà valutative di merito e poteri di sostituzione dell'amministrazione inadempiente, si rivela la fase processuale più idonea a garantire quella reintegrazione in forma specifica, anche degli interessi pretensivi, che, nella sede ordinaria di cognizione, resta preclusa dai rilievi sopra formulati.

6.4.3- Lo strumento di tutela in questione va ricondotto, in definitiva, nell'ambito dell'attuazione del giudicato, se inteso come finalizzato a garantire il rilascio del provvedimento favorevole (nel caso di specie: l'aggiudicazione dell'appalto), ed in quello della cognizione ordinaria, se inteso come funzionale a garantire l'utilità (minore) dell'effetto conformativo nell'attività rinnovatoria riservata all'amministrazione.

6.4.4- Secondo la ricostruzione prospettata, il risarcimento per equivalente, che, per la lesione degli interessi legittimi pretensivi, si rivela sussidiario e residuale rispetto alla reintegrazione in forma specifica, risulta, invece, configurabile solo nei casi in cui il conseguimento del bene della vita non è più possibile mediante la riedizione dell'attività provvedimento lesiva (ad esempio, perché l'appalto è stato integralmente eseguito) o nelle ipotesi in cui il mero ritardo nel rilascio del provvedimento favorevole (per esempio, di una concessione edilizia o di un'autorizzazione commerciale) ha prodotto, di per sé, un pregiudizio patrimoniale (non eliminabile dalla sola, successiva adozione dell'atto ampliativo).

6.5- Ciò che il Collegio reputa di escludere, in sintesi, è l'ammissibilità, ad ordinamento vigente, di una condanna dell'amministrazione ad un *facere*, da ritenersi circoscritta alle limitate ipotesi del rito speciale sull'accesso ai documenti amministrativi (art. 25, comma 6, legge 7 agosto 1990, n. 241) e sul silenzio (art. 21-*bis*, comma 2, legge n. 1034/1971).

6.6- Chiarirà, in definitiva, l'Adunanza Plenaria se sia ammissibile la condanna della pubblica amministrazione all'adozione di un determinato provvedimento e, in caso di risposta affermativa a tale quesito, a quali condizioni possa pronunciarsi un ordine siffatto.

7. Vengono infine rimessi all'esame dell'Adunanza Plenaria gli ulteriori profili di tutela risarcitoria fatti valere dall'appellante incidentale (richiamati anch'essi sub 1-D), ove non risultino già pregiudicati dalla definizione delle questioni formanti oggetto di remissione ai sensi dei precedenti punti da 3 a 6.

Fra questi, merita di essere segnalata la questione relativa alla configurabilità, o meno, dell'elemento soggettivo della colpa in relazione non solo e non tanto al comportamento tenuto dall'Amministrazione in sede di adozione dei provvedimenti impugnati e nella fase procedimentale ad essi preordinata, quanto piuttosto nelle vicende successive alla proposizione del ricorso (avuto in particolare riguardo, nel caso di specie, alle modalità temporali di stipulazione del contratto, al mancato esercizio del potere di autotutela, pur ripetutamente sollecitato dalla parte interessata, e più in generale al *vulnus* che si assume arrecato all'affidamento maturatosi in capo all'appellante incidentale, con correlativa violazione dei canoni di imparzialità e correttezza).

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale non definitivamente pronunciando sull'appello indicato in epigrafe, ne rimette l'esame all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Così deciso in Palermo, addì 16 dicembre 2004 dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, in camera di consiglio, con l'intervento dei Signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Pier Giorgio Trovato, Giorgio Giaccardi, estensore, Antonino Corsaro, Francesco Teresi, componenti.

F.to: Riccardo Virgilio, Presidente

F.to: Giorgio Giaccardi, Estensore

F.to: Tistera Maria Assunta, Segretario

Depositata in segreteria

il 8 marzo 2005