

## **Effettività della tutela e celerità dei giudizi: quale bilanciamento nel rito appalti?**

*di Carmine Genovese*

*Data di pubblicazione: 22-6-2016*

### **1. Contratti pubblici – ricorso giurisdizionale – decorrenza del termine per l’impugnazione – comunicazione dell’atto ed effettiva conoscenza del suo contenuto – Fondamento**

*1. Il termine di trenta giorni per l’impugnativa del provvedimento di aggiudicazione decorre dalla piena conoscenza del contenuto dell’atto.*

### **2. Contratti pubblici – responsabilità precontrattuale – fondamento – violazione degli obblighi di buona fede e correttezza**

*2. La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione deriva dalla violazione degli obblighi di buona fede e correttezza nel corso delle trattative, con lesione dell’affidamento del privato. Infatti, il bene della vita del quale si chiede il ristoro in forma pecuniaria è quello di non essere coinvolto in inutili trattative ovvero di non investire inutilmente tempo e risorse economiche per partecipare a gare d’appalto successivamente annullate o revocate.*

### **3. Processo – Principio dispositivo – domanda di annullamento della revoca – risarcimento del danno – mancata proposizione – corresponsione – esclusione**

*In tema di processo amministrativo, non spetta il risarcimento del danno per il c.d. interesse positivo (id est, utilità economiche che il privato avrebbe tratto dall’esecuzione del contratto) al concorrente che si sia limitato a proporre domanda di annullamento della revoca dell’aggiudicazione, senza far richiesta della domanda risarcitoria*

### **4. Responsabilità precontrattuale – Danni risarcibili – “interesse negativo” – consistenza**

*In caso di responsabilità precontrattuale, i danni risarcibili sono quelli consistenti nelle spese di partecipazione alla gara e nel mancato conseguimento di analoghe occasioni favorevoli, comunemente definiti come “interesse negativo”.*

(Omissis)

*In ordine alla pregiudiziale eccezione di tardività, sollevata dal Comune resistente, osserva il Collegio che il Consiglio di Stato, con riferimento al termine di impugnazione della aggiudicazione, anche alla luce della sentenza della Corte giust. UE, V sez., sent. 8 maggio 2014, resa in causa C 161/13, ha di recente statuito che il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, di cui ai commi 2 e 5 dell'articolo 79, codice dei contratti pubblici, ma può essere «incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità (laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione e – comunque – entro il limite dei dieci giorni che il richiamato comma 5-quater fissa per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed accelerato - ivi disciplinata» (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5830 del 25 novembre 2014, Sez. III n. 4432 del 28 agosto 2014, Sezione V, n. 864 del 10 febbraio 2015).*

*Applicando analogicamente tali principi al caso di specie, deve giungersi alla conclusione che la mera comunicazione della intervenuta revoca del provvedimento di aggiudicazione, avvenuta via fax in data 17 settembre 2010 con nota n. 23777 (cfr. doc. 12 della produzione del Comune di Fara in Sabina) non fosse idonea – nella particolarità della fattispecie- a far decorrere il termine di impugnazione, giacché essa non conteneva gli elementi idonei a fornire piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità, posto che il provvedimento di revoca era solo menzionato dalla citata nota ma non anche allegato ad essa. (Omissis)*

*Deve ritenersi che la ricorrente abbia proposto unicamente una domanda di risarcimento per responsabilità precontrattuale (omissis). Non risulta invece che sia stata proposta, nel giudizio in esame, la diversa domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno derivante dalla perdita della aggiudicazione a causa della illegittimità della impugnata revoca, con la quale la ricorrente avrebbe potuto richiedere il pagamento di una somma pari al valore dell'utile che avrebbe derivato dalla esecuzione dell'appalto, e cioè, equitativamente, pari al 10% della base d'asta. (Omissis). Si tratta, evidentemente, di domande risarcitorie per la lesione di due beni della vita diversi, tra loro non sovrapponibili, in relazione alle quali sussiste un preciso onere di allegazione. Come è noto, infatti, la responsabilità precontrattuale deriva dalla violazione degli obblighi di buona fede e correttezza nel corso delle trattative, con conseguente lesione dell'affidamento del privato. Di conseguenza, il bene della vita del quale si chiede il ristoro in forma pecuniaria è quello a non essere coinvolto in inutili trattative ovvero a non investire inutilmente tempo e risorse economiche per partecipare a gare d'appalto successivamente annullate o revocate, con la conseguenza che i danni che possono essere in questa sede risarciti sono solo quelli consistenti nelle spese di partecipazione alla gara e nel mancato conseguimento di analoghe occasioni favorevoli, comunemente definiti come "interesse negativo". Viceversa, nel caso di domanda di risarcimento del danno derivante della revoca della intervenuta aggiudicazione, in quanto asseritamente illegittima, il bene della vita per il quale si chiede la tutela risarcitoria per equivalente è quello a mantenere in atto l'aggiudicazione previamente conseguita, ovvero all'ottenimento degli utili derivanti dall'esecuzione dell'appalto. Si parla in questi casi di c.d. interesse positivo (id est, utilità economiche che il privato avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto). (Omissis)*

*Per quanto attiene alla domanda di risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, ritiene invece il Collegio che essa sia fondata e vada accolta nei termini che si diranno. La ricorrente ha censurato il comportamento del Comune di Fara in Sabina sotto il profilo della lesione dell'affidamento alla conclusione del contratto in quanto non avrebbe vigilato sulla sussistenza dei presupposti dell'affidamento, al momento della*

*indizione della gara. (Omissis). Sotto tale profilo, il comportamento del Comune appare poco diligente, non adeguatamente previdente e dunque contrario, in relazione a tali profili, ai principi di correttezza e buona fede. Ne consegue, la responsabilità del Comune resistente a titolo precontrattuale.*

*(Omissis)*

## **Il commento**

*Il Tar Lazio affronta la questione relativa alla decorrenza del termine per proporre ricorso giurisdizionale avverso la decisione dell'amministrazione di revocare, in autotutela, il provvedimento di aggiudicazione definitiva già adottato. La sentenza richiama l'orientamento per cui il detto termine può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità (laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla comunicazione e – comunque – entro il limite dei dieci giorni che il comma 5-quater dell'art. 79 d.lgs. 163/2006 fissa per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed accelerato - ivi disciplinata. La mera comunicazione della intervenuta revoca del provvedimento di aggiudicazione non è idonea a far decorrere il termine di impugnazione, se non consente al destinatario di conoscere ogni elemento utile al fine di promuovere ricorso giurisdizionale avverso il provvedimento che si assume lesivo.*

**Sommario: 1. Il caso affrontato dal Tar Lazio. 2. La decorrenza del termine per la proposizione della domanda 2.1 La posizione della Corte di Giustizia UE 2.2. Le successive applicazioni dei giudici italiani. 3. Le altre questioni affrontate dalla sentenza in tema di risarcimento del danno 3.1 I presupposti della responsabilità precontrattuale della p.a. 4. Osservazioni conclusive**

### **1. Il caso affrontato dal Tar Lazio.**

Con sentenza n. 4760 del 26 aprile 2016, il Tar Lazio, Sezione Seconda *Ter*, si è pronunciato sulla questione relativa alla decorrenza del termine per ricorrere in giudizio nel rito appalti, disciplinato dagli articoli 119 e 120 del codice del processo amministrativo, nonché dall'art. 79 d.lgs. 163/2006.

La vicenda riguardava la procedura di gara bandita dal Comune di Fara Sabina, per l'affidamento del Servizio di Assistenza Scolastica agli alunni diversamente abili per gli anni

scolastici 2010/2011 e 2011/2012, poi aggiudicata in via definitiva, in data 30 agosto 2010, in favore della società cooperativa ricorrente.

Successivamente, la stazione appaltante ha deciso di revocare in autotutela gli atti di gara e di rinnovare l'intera procedura, ritenendo, ad aggiudicazione già intervenuta, di dover incrementare il solo personale addetto all'assistenza di base e non anche quello addetto alle mansioni di tipo specialistico.

In data 17 settembre 2010, la stazione appaltante ha comunicato via fax all'aggiudicataria l'intervenuta revoca degli atti di gara, senza trasmetterle il testo del provvedimento. La concorrente ha dunque esercitato il diritto d'accesso, ottenendo piena conoscenza del provvedimento impugnato solo in data 23 settembre 2010; successivamente, in data 22 ottobre 2010, ha proposto ricorso giurisdizionale al Tar Lazio, oltre trenta giorni dopo l'adozione della revoca.

L'amministrazione convenuta ha prontamente eccepito l'inammissibilità del ricorso, che sarebbe stato tardivo perché proposto oltre il termine dimezzato d'impugnazione, pari a 30 giorni dall'adozione del provvedimento lesivo, ai sensi dell'art. 119 c.p.a.

Il Collegio è stato chiamato ad affrontare la questione relativa all'individuazione del momento in cui decorre il termine per la proposizione dell'impugnazione. Il punto controverso, già oggetto di ampio dibattito in giurisprudenza, consiste nello stabilire se tale termine inizi a decorrere dalla mera conoscenza degli estremi del provvedimento lesivo, ovvero se decorra dall'effettiva conoscenza del contenuto e della motivazione dello stesso.

Posto che il provvedimento di revoca sarebbe stato solo menzionato nella comunicazione, ma non anche ad essa allegato, il Tar Lazio ha escluso la tardività del ricorso perché il contenuto e le motivazioni della revoca sono state conosciute dalla ricorrente solo a seguito (in ragione) della richiesta di accesso agli atti, formulata ai sensi dell'art. 79, comma 5-*quater*, d.lgs. n. 163/2006.

Ad ogni modo, nell'escludere la tardività del ricorso per le ragioni suesposte, il Tar ha affermato che la domanda di annullamento del provvedimento di revoca era in ogni caso improcedibile per carenza d'interesse, dal momento che la ricorrente non avrebbe potuto trarre alcun vantaggio dalla caducazione dello stesso provvedimento.

Ciò, per un duplice ordine di ragioni.

Anzitutto perché, tenuto conto della natura della controversia e del lungo tempo trascorso dall'adozione della revoca, la società ricorrente non avrebbe potuto comunque conseguire né una nuova aggiudicazione né la stipula del contratto impugnato.

La gara era stata infatti bandita per l'affidamento del Servizio di Assistenza Scolastica agli alunni diversamente abili per gli anni scolastici 2010/2011 e 2011/2012. Per tale ragione, alcuna utilità poteva pertanto derivare in capo alla ricorrente in ragione di un eventuale annullamento nell'anno 2016.

La seconda ragione ostativa consisteva nel fatto che l'istante non aveva proposto una domanda di risarcimento del danno per la mancata aggiudicazione (già disposta in suo favore e successivamente revocata), ma si sarebbe limitato, al contrario, a proporre soltanto una domanda di risarcimento danni da responsabilità precontrattuale.

Sotto tale profilo, pertanto, la ricorrente non avrebbe chiesto il risarcimento del c.d. interesse positivo, coincidente con le utilità economiche che il privato avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto ove non fosse intervenuto il provvedimento di revoca asseritamente illegittimo (illegittimità che, per mere esigenze di completezza del giudizio, è stata peraltro esclusa dallo stesso Tar). Al contrario, avendo domandato soltanto il risarcimento a titolo di responsabilità precontrattuale, la ricorrente avrebbe maturato solo il diritto al risarcimento al c.d. interesse negativo, comprensivo delle spese vive di partecipazione alla gara e di quelle di mancata occasione di analogo guadagno, perdute a causa della partecipazione alla gara in questione anziché ad un'altra.

Tuttavia, anche sotto tale profilo la domanda non è stata ritenuta fondata dal Collegio. Infatti, il Tar ha concluso affermando che, non avendo la ricorrente provato in alcun modo la mancata partecipazione ad altre gare, tale voce risarcitoria non poteva essere *liquidata*.

Infine, anche per ciò che concerne la dimostrazione delle spese vive sostenute per la partecipazione alla gara, essa non era riuscita a dare piena prova degli esborsi dichiarati, con conseguente necessità di provvedere alla determinazione del danno in via equitativa, ai sensi degli artt. 1226 c.c. e 2056 c.c.

## **2. La decorrenza del termine per l'impugnazione.**

La prima questione affrontata dal Tar Lazio riguarda l'eccezione pregiudiziale di tardività del ricorso sollevata dall'amministrazione resistente.

Più nello specifico, l'impugnazione sarebbe stata proposta oltre i 30 giorni successivi all'adozione ed alla comunicazione della revoca dell'aggiudicazione.

Sul punto, si *'incontrano'* due esigenze contrapposte (tipiche del settore della contrattualistica pubblica).

Da un lato, infatti, vi sono le esigenze di celerità degli affidamenti, connesse alle garanzie di certezza delle situazioni giuridiche, soprattutto per le stazioni appaltanti e per gli operatori economici, che vantano uno specifico interesse al contenimento dei tempi necessari alla conclusione (definitiva) del procedimento. Sulla base di tale *tensione*, il termine di impugnazione di un atto decorrerebbe dal momento in cui l'interessato abbia avuto la "*percezione*" della sua lesività.

Dall'altro lato, invece, vi è l'esigenza di garantire al concorrente l'effettiva conoscenza degli atti della procedura di gara al fine di consentire allo stesso di poterne valutare *in concreto* la

portata lesiva e proporre (eventualmente) la relativa impugnazione. Altrimenti, la pienezza della tutela giurisdizionale verrebbe inevitabilmente sacrificata, costringendo il concorrente promuovere un'azione "al buio" senza alcuna *consapevolezza* circa il contenuto del provvedimento impugnato.

In particolare, l'indagine del giudice si è concentrata sulla portata dell'art. 79 del codice dei contratti pubblici, nella vecchia formulazione di cui al d.lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame (la gara è stata bandita nel 2010).

Tale disposizione prevede in capo alla stazione appaltante l'onere di comunicare d'ufficio il provvedimento di aggiudicazione definitiva, ovvero la decisione di non aggiudicare un appalto o di non concludere un accordo quadro; il co. 5-*bis* dello stesso art. 79 stabilisce che la comunicazione sia accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione.

Il successivo co. 5-*quater* prevede una forma particolare di accesso agli atti, accelerato e semplificato, per cui il soggetto leso dall'adozione di un provvedimento nell'ambito delle procedure di affidamento, può acquisire elementi per valutare l'esistenza di possibili illegittimità tramite il predetto accesso, presentando la relativa domanda entro dieci giorni dall'invio della comunicazione afferente agli atti medesimi.

Nell'effettuare tale bilanciamento tra i sopra esposti "interessi", il giudice amministrativo ha voluto valorizzare l'orientamento secondo cui la mera comunicazione di revoca dell'aggiudicazione non sia di per sé idonea a far decorrere il termine per l'impugnazione, dal momento che solo con l'effettiva conoscenza degli elementi essenziali dell'atto di revoca, il destinatario è nelle condizioni di censurare il provvedimento lesivo.

## 2.1 La posizione della Corte di Giustizia UE

Nel respingere l'eccezione di tardività del ricorso, formulata dalla stazione appaltante resistente, il Tar adito aderisce all'orientamento espresso in sede sovranazionale dalla Corte di Giustizia, sez. V, sent. 8 maggio 2014, causa C-161/13<sup>[1]</sup>.

Nella sentenza citata, la Corte era chiamata<sup>[2]</sup> a pronunciarsi sulla interpretazione degli articoli della direttiva 1992/13/CEE, per stabilire se gli stessi ammettano il differimento del termine per la proposizione del ricorso solo a partire dal momento in cui il ricorrente ha conosciuto, o avrebbe dovuto conoscere secondo l'ordinaria diligenza, l'esistenza della violazione.

La Corte ha ritenuto infatti che: **«Ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni».**

La Corte ha chiarito inoltre che «una possibilità, come quella prevista dall'articolo 43 del



*decreto legislativo n. 104/2010, di sollevare motivi aggiunti nell'ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva», dal momento che «gli offerenti sarebbero costretti a impugnare in abstracto la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso». Le conclusioni offerte dalla Corte di Giustizia giungono fino all'affermazione per cui «nel caso in cui un offerente abbia conoscenza, dopo la scadenza del termine di ricorso previsto dalla normativa nazionale, di un'irregolarità asseritamente commessa prima della decisione di aggiudicazione di un appalto, il diritto di ricorso contro tale decisione gli è garantito soltanto entro tale termine, salvo espressa disposizione del diritto nazionale a garanzia di tale diritto, conformemente al diritto dell'Unione.»*

La Corte di Giustizia, pertanto, ritiene compatibile con l'ordinamento Europeo una normativa interna che, in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, stabilisca un termine più lungo per l'impugnazione degli atti di cui il ricorrente sia venuto a conoscenza solo in un momento successivo rispetto a quello della comunicazione, purché vi sia un'espressa disposizione interna in tal senso, che non contrasti con i principi del diritto Europeo.

A ben vedere, le precedenti posizioni della Corte di Giustizia si spingono ancora oltre, dal momento che già nella sentenza *Uniplex*[\[3\]](#) si era affermato il principio per cui il giudice nazionale deve prorogare il termine di ricorso, esercitando un potere discrezionale, riconoscendo al ricorrente un numero di giorni pari a quello previsto dalla normativa nazionale, con decorrenza dalla data di in cui la violazione sia stata effettivamente conosciuta, ovvero da quella in cui avrebbe dovuto conoscerla usando l'ordinaria diligenza.

La sentenza arriva inoltre a stabilire che, ove le disposizioni nazionali relative ai termini di ricorso contrastino con quanto previsto dal diritto dell'Unione, il giudice nazionale è tenuto a disapplicarle, al fine di tutelare i diritti che l'ordinamento sovranazionale attribuisce ai singoli.

Pertanto, l'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia mostra un atteggiamento incline a riconoscere ai concorrenti delle procedure di affidamento ogni rimedio volto a garantire la pienezza della tutela giurisdizionale, imponendo al giudice persino di ammettere una proroga del termine per l'impugnazione, con decorrenza solo dal momento in cui il soggetto che si ritiene leso abbia avuto effettiva conoscenza della violazione perpetrata in suo pregiudizio.

## **2.2. Le successive applicazioni dei giudici italiani.**

Nelle più recenti decisioni giurisprudenziali, i giudici italiani hanno elaborato almeno due orientamenti contrastati in merito a quale sia, in definitiva, il momento dal quale decorre il termine per la proposizione del rimedio giurisdizionale[\[4\]](#).

La questione riguarda in particolare ciò che, nella prassi, non è infrequente, e cioè che la stazione appaltante trasmetta gli atti del procedimento, diligentemente richiesti dal concorrente entro il termine di 10 giorni dalla comunicazione, ai sensi del co. 5-*quater* dell'art. 79 d.lgs. n.

163/2006, in un momento successivo rispetto al lasso temporale previsto dalla norma.

*Quid iuris*, dunque, se entro i 10 giorni previsti dal co. 5-*quater* dell'art. 79 d.lgs. n. 3/2006, il concorrente non sia ancora in grado di conoscere il contenuto dei provvedimenti che intende impugnare?

Secondo un primo orientamento<sup>[5]</sup>, il termine d'impugnazione non potrebbe in ogni caso oltrepassare complessivi quaranta giorni (10 per l'esercizio del diritto d'accesso, più 30 per la proposizione del ricorso), decorrenti dal ricevimento della comunicazione prevista dall'art. 79 d.lgs. n. 163/2006.

Ove le informazioni rese nella comunicazione di cui all'art. 79 d.lgs. n. 163/2006 non siano complete, il termine di trenta giorni previsto dall'art. 120 c.p.a. «*potrebbe essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità*» e, in ogni caso, non oltre «*il limite dei dieci giorni che il richiamato comma 5-*quater* fissa per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed accelerato - ivi disciplinata*»<sup>[6]</sup>.

Tale interpretazione sarebbe l'unica idonea a consentire «*il sostanziale rispetto delle esigenze acceleratorie, di cui è portatore il citato art. 120 del c.p.a., e, nello stesso tempo, consente il rispetto del consolidato principio secondo il quale solo dalla piena conoscenza dell'atto censurato (o comunque dalla sua piena conoscibilità) inizia a decorrere il termine per la sua impugnazione*».

Sempre secondo tale indirizzo, «*il termine per l'impugnazione potrebbe essere prorogato al massimo di 10 giorni rispetto a quello decorrente dalla data di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione*», dovendosi correlativamente ridurre tale termine nelle ipotesi in cui, esperito l'accesso agli atti della gara, la relativa documentazione sia stata resa disponibile in un termine inferiore rispetto a quello di dieci giorni.

Il secondo orientamento<sup>[7]</sup>, maggiormente garantista delle esigenze del concorrente, propende per far decorrere il termine per l'impugnazione solo dal momento in cui, a seguito dell'accesso, il soggetto interessato abbia avuto cognizione di tutti gli elementi essenziali del provvedimento, a prescindere o meno dal rispetto del termine di 10 giorni.

Tale indirizzo ermeneutico applica in maniera meno restrittiva il principio per il quale il termine d'impugnazione decorre dalla comunicazione del provvedimento censurato, nella misura in cui non individua nel richiamato termine di quaranta giorni (decorrente dalla stessa trasmissione dell'atto) il limite temporale oltre il quale l'impugnazione sarebbe da ritenersi in ogni caso preclusa. Nell'ipotesi di incompletezza della comunicazione, dunque, il termine d'impugnazione decorrerebbe sempre e comunque dalla piena conoscenza del provvedimento, anche nelle ipotesi in cui l'accesso sia stato concretamente espletato (per ragioni imputabili alla stazione appaltante) oltre il termine di dieci giorni previsto dal citato articolo 79, comma *quater*.



Diversamente dall'interpretazione più restrittiva, questo secondo orientamento si mostra più garantista delle esigenze di tutela giurisdizionale, anche per quelle ipotesi in cui il concorrente si sia attivato diligentemente ma, ciò nonostante, non abbia tempestivamente espletato l'accesso per cause imputabili alla stazione appaltante.

Tale interpretazione consentirebbe il *giusto* bilanciamento tra le esigenze acceleratorie del rito speciale in materia di appalti pubblici, da un lato, e il principio generale per cui il termine d'impugnazione inizia a decorrere solo a partire dalla piena ed effettiva conoscenza del provvedimento censurato, dall'altro.

### **3. Le altre questioni affrontate dalla sentenza: l'inammissibilità del risarcimento del danno in assenza della apposita domanda**

Un ulteriore profilo affrontato dalla sentenza è quello attinente al risarcimento dei danni subiti in conseguenza della revoca in autotutela degli atti di gara e del provvedimento di aggiudicazione.

Una volta accertato che la ricorrente non ha più interesse all'aggiudicazione della gara, in ragione del notevole lasso di tempo trascorso dalla pubblicazione del bando in relazione all'oggetto del contratto, l'unica forma di tutela azionabile in giudizio è rappresentata dalla richiesta di risarcimento danni per equivalente, dovendosi escludere, per il profilo già menzionato, la possibilità di agire per la tutela in forma specifica.

Viene dunque in rilievo la disposizione di cui all'art. 34 del c.p.a., ed in particolare il comma 3, secondo cui *«quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori»*.

Dopo aver affermato l'astratta proponibilità dell'istanza risarcitoria per equivalente, il Tribunale rileva tuttavia che la ricorrente non aveva formulato la relativa domanda negando, pertanto, il diritto di parte ricorrente ad ottenere il risarcimento del danno a causa della mancata aggiudicazione.

Nell'affermare che il privato ha l'onere di formulare apposita domanda in tal senso, il Tar esclude – implicitamente – una qualsiasi rilevabilità oggettiva della pretesa risarcitoria.

La particolare questione relativa alla rilevabilità d'ufficio della domanda risarcitoria, è stata affrontata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 13 aprile 2015, n. 4[8].

In tale pronuncia, la Plenaria ha affrontato il quesito posto con l'ordinanza di rimessione[9] n. 284 del 22 gennaio 2015, ossia se il giudice amministrativo possa accordare tutela risarcitoria nonostante la relativa domanda non sia stata espressamente formulata dal ricorrente. Il caso da cui trae origine la predetta sentenza riguardava proprio un'ipotesi in cui la domanda di

annullamento non poteva ritenersi più soddisfacente dell'interesse della ricorrente, poiché la sentenza sopraggiungeva a distanza di molti anni dall'adozione dell'atto lesivo.

L'Adunanza Plenaria esclude la tesi (*suggerita nell'ordinanza di rimessione*), intesa a riconoscere al giudice il potere di pronunciare *ex officio* sul risarcimento del danno sulla base di tre ragioni principali.

In primo luogo, qualora la domanda risarcitoria non sia stata formulata, il giudice non può pronunciarsi su di essa in ragione di quanto previsto dall'art. 34 c.p.a., secondo il quale il processo amministrativo ha carattere dispositivo. Il giudice, infatti, può esercitare i suoi poteri «*nei limiti della domanda (...)*».

In secondo luogo, viene in rilievo la considerazione per cui la giurisdizione amministrativa di legittimità ha natura di giurisdizione soggettiva, seppur con delle eccezioni che, tuttavia, sono di stretta interpretazione. Secondo l'Adunanza Plenaria, rappresentano «*aperture parziali alla giurisdizione di tipo oggettivo*» le ipotesi di estensione della legittimazione e la valutazione sostitutiva dell'interesse pubblico operata in sede di giudizio di ottemperanza o in sede cautelare, ovvero ancora nella esistenza di regole speciali, quali quelle previste in materia di contratti pubblici, che consentono al giudice di modulare gli effetti dell'inefficacia del contratto, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a.

Infine, non vi sarebbe alcuna norma attributiva del potere di mutare d'ufficio la portata del giudizio di annullamento, una volta che esso sia stato azionato, non essendo consentito al giudice, come detto, derogare al principio della domanda ai sensi dell'art. 99 c.p.c. Una simile operazione equivarrebbe ad un'omessa pronuncia, nonché ad una violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, per cui «*il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa*» (principio pacificamente applicabile anche al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39 c.p.a.).

Tutt'al più al giudice sarebbe consentito non già «modulare» la forma di tutela, sostituendola a quella richiesta, ma determinare, in relazione ai motivi sollevati e all'interesse del ricorrente, la portata dell'annullamento disponendo, ad esempio, una caducazione parziale del provvedimento impugnato.

Non sarebbe ammissibile per il giudice modificare il *petitum* o la *causa petendi* dell'azione proposta poiché altrimenti la sentenza incorrerebbe nel vizio di extrapetizione. L'azione di annullamento si distingue, infatti, dalla domanda di risarcimento per gli elementi della domanda, oltre che naturalmente per il *petitum*, anche per la *causa petendi*, corrispondendo questa, per la prima tipologia di azione, nell'illegittimità, mentre per la seconda, con l'illiceità del fatto.

La Plenaria conclude affermando che «*non può valere il richiamo, contenuto nell'ordinanza di rimessione, al c.d. principio di continenza, in quanto, se è vero che l'accertamento è compreso nell'annullamento (il più comprende il meno), l'accertamento a fini risarcitori è qualcosa di più o comunque di diverso dalla domanda di annullamento*». Né inoltre potrebbe farsi riferimento alle norme del codice del processo che riconoscono al giudice, proprio nella

materia degli appalti, la possibilità di disporre un rimedio in luogo di un altro. Gli artt. 121 e 122 c.p.a. sarebbero infatti *«fattispecie esclusive, la cui disciplina non è estensibile in via analogica né tanto meno può essere assunta come espressiva di principi generali»*.

Nello stesso senso di quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria, non avendo la ricorrente formulato la domanda risarcitoria per equivalente relativamente alla mancata aggiudicazione della gara, il Tar ha concluso che non può esserle riconosciuto il ristoro del c.d. interesse positivo, comprensivo delle utilità economiche che essa avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto ove non fosse intervenuto il provvedimento di revoca in autotutela.

### **3.1 I presupposti della responsabilità precontrattuale della P.A.**

L'ulteriore questione sulla quale si è pronunciato il Tribunale riguarda i criteri per l'accertamento della responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, imputabile all'amministrazione anche laddove l'atto di ritiro sia stato legittimamente adottato, in quanto tendente al ristoro della perdita di *chance* «contrattuale alternativa»[\[10\]](#).

La revoca del provvedimento di aggiudicazione definitiva interviene infatti in un momento in cui la stazione appaltante ha già individuato l'operatore economico con cui, salva l'adozione di provvedimenti di secondo grado, verrà stipulato il contratto.

Il concorrente, ormai divenuto aggiudicatario, ha quindi diritto al risarcimento per la lesione dell'affidamento ingenerato dalla condotta della stazione appaltante, poiché è stato coinvolto in una trattativa alla quale non è seguita la stipula del contratto[\[11\]](#).

Un siffatto comportamento dell'amministrazione permette di riconoscere al privato il ristoro del c.d. «interesse negativo», commisurato alle spese sostenute per partecipare alla gara e, ove adeguatamente dimostrato, anche il danno da perdita della *chance* di aggiudicarsi ulteriori e diverse gare d'appalto, abitualmente definito come «danno curricolare».

Sul punto, la sentenza prevede che *«la responsabilità precontrattuale deriva dalla violazione degli obblighi di buona fede e correttezza nel corso delle trattative, con conseguente lesione dell'affidamento del privato»*; inoltre, il Tribunale considera il comportamento del Comune *«poco diligente, non adeguatamente previdente e dunque contrario ai principi di correttezza e buona fede»*.

Pertanto, il Tar Lazio sembra quindi voler sanzionare il comportamento precontrattuale dell'amministrazione che, pur avendo adottato un atto di revoca immune da vizi, ha violato quei doveri di buona fede e correttezza che si impongono alle parti nella fase delle trattative contrattuali, ex art. 1337 c.c.

Al riguardo, la sentenza richiamerebbe oltretutto quell'orientamento per cui, per affermare la responsabilità dell'amministrazione, il comportamento dalla stessa dovrebbe essere valutato anche in termini di colpevolezza.

Il consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>[12]</sup> ritiene comunque che la responsabilità precontrattuale non sia in nessun caso configurabile anteriormente alla scelta del contraente, nella fase, cioè, in cui gli interessati hanno ancora (e solo) la qualità di partecipanti alla gara, dal momento che in questa fase gli stessi vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri pubblici, mentre «*non sussiste una relazione specifica di svolgimento delle trattative*»<sup>[13]</sup>.

Premesso dunque che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione può venire in rilievo solo una volta terminata la fase pubblicistica, poiché solo in questo momento il concorrente ripone affidamento negli effetti vantaggiosi conseguiti, discendenti dall'aggiudicazione<sup>[14]</sup>, occorre stabilire se sia necessario dimostrare anche la sussistenza dei requisiti tipici dell'illecito aquiliano, ed in particolare dell'elemento soggettivo, coincidente con la colpa della p.a.

In particolare, sul punto, occorre dar atto di due orientamenti distinti.

Secondo il primo (di carattere *nazionale*), l'accertamento della colpa rappresenta un momento necessario per l'affermazione della responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione, dal momento che questa non rappresenta che una *species* della responsabilità extracontrattuale<sup>[15]</sup>. Il giudice, pertanto, dovrebbe attenersi alle tecniche di accertamento valide per la responsabilità aquiliana, *in primis* per ciò che attiene alla dimostrazione del nesso di causalità, secondo i criteri della causalità adeguata e della causalità efficiente di cui agli artt. 40 e 41 c.p.; ciò consentirebbe di riferire all'amministrazione le conseguenze negative sofferte dal ricorrente derivanti dalla mancata stipulazione del contratto<sup>[16]</sup>.

Tali principi sarebbero applicabili anche nel caso di revoca legittima degli atti di aggiudicazione di gara, ad esempio laddove vi sia una sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie. Anche in tal caso, il ricorrente dovrebbe dimostrare che la stazione appaltante ha osservato un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza.

Ove la p.a., accortasi delle ragioni che consigliavano l'adozione di un atto in autotutela per paralizzare gli effetti della già disposta aggiudicazione, non abbia immediatamente ritirato i propri provvedimenti, dilaterrebbe senza ragioni la procedura di gara inducendo la concorrente aggiudicataria a confidare nelle *chances* di conseguire l'appalto<sup>[17]</sup>.

Il secondo orientamento, di matrice sovranazionale, si è affermato a partire dalla sentenza della Corte di Giustizia UE del 30 settembre 2010, *Stadt Graz*<sup>[18]</sup>.

Il ragionamento della Corte muove dall'assunto per cui, seppur la direttiva 89/665<sup>[19]</sup> preveda solo dei requisiti minimi che gli Stati membri sono tenuti a rispettare al fine di garantire l'osservanza delle prescrizioni del diritto dell'Unione in materia di procedure di ricorso negli appalti pubblici, occorre in ogni caso garantire che siffatte procedure di ricorso consentano effettivamente di accordare un risarcimento ai soggetti lesi da una violazione della normativa applicabile.

Del resto, la stessa direttiva 89/665 non prevede che la violazione delle norme sugli appalti pubblici, atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso, debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice.

Per questi motivi, la Corte di Giustizia afferma che la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE deve essere interpretata nel senso che essa **«osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata.»**

#### 4. Osservazioni conclusive

Le questioni esposte devono essere affrontate rinviando ai principi del diritto Europeo in materia di pubblici affidamenti.

Se le esigenze di celerità e di certezza delle situazioni giuridiche assumono importanza centrale nel bilanciamento degli opposti interessi, deve rilevarsi che solo la completa conoscenza degli atti che si assumono lesivi consente una piena ed effettiva tutela giurisdizionale. In altre parole, tanto più viene garantita al privato la conoscenza di ogni elemento utile a valutare le modalità concrete con cui sono stati esercitati i pubblici poteri (*e di qui l'opportunità concreta di un eventuale ricorso*), tanto più, allora, il rimedio giurisdizionale può ritenersi idoneo a garantire le posizioni giuridiche soggettive tutelate dall'ordinamento.

L'interpretazione, cui aderisce la sentenza in commento, secondo cui il termine per la proposizione dell'impugnazione decorre solo dal momento in cui il destinatario abbia avuto piena conoscenza degli atti sembra essere rispondente ai principi Costituzionali ed Europei.

Infatti, è stata proprio la Corte di Giustizia a sottolineare – *inter alia* – che, ai fini che qui interessano, non possa essere considerata sufficiente la possibilità di proporre motivi aggiunti, ai sensi dell'art. 43 c.p.a., per impugnare quegli atti di cui il ricorrente abbia avuto conoscenza solo in un momento successivo rispetto alla proposizione del ricorso principale. Tralasciando le valutazioni (pur svolte dalla Corte Europea) in merito agli eccessivi costi economici di tale meccanismo, si consideri che, accogliendo una diversa soluzione, il concorrente si troverebbe a dover scegliere se promuovere un'azione giurisdizionale della cui fondatezza non può essere certo o se, al contrario, rinunciare ad ogni rimedio processuale.

Si dubita che una simile alternativa possa ritenersi rispettosa del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

In tal senso, sembra esprimersi anche la Corte di Giustizia (propendendo infatti per una tesi più *garantista* dei diritti del privato-concorrente). Lo stesso tipo di interpretazione si ritiene dovrebbe guidare anche gli operatori Nazionali, nel rispetto dei principi dell'effetto utile e di leale collaborazione.

Quanto alle questioni risarcitorie, escluso sul punto ogni profilo di oggettività della funzione giurisdizionale, come chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, appare tuttavia ben delineata la posizione assunta dai giudici Europei.

L'opzione ermeneutica consistente nel subordinare il riconoscimento della pretesa risarcitoria all'accertamento di un comportamento colposo della p.a. determinerebbe una limitazione alla tutela del legittimo affidamento, da intendersi – nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica – nell'aspettativa giuridicamente qualificata ad un esito favorevole delle trattative, connesso all'interesse generale a non essere coinvolti in attività inutili (e dispendiose).

Al riguardo, non può non considerarsi come tale valore abbia assunto rango di principio generale dell'ordinamento Europeo. Subordinarne la ristorabilità all'accertamento della colpa in capo all'amministrazione ne ridurrebbe senz'altro la portata applicativa. Il concorrente, infatti, sarebbe tenuto a dimostrare la negligenza di un comportamento che è intrinsecamente lesivo e (e, in particolar modo, colpevole) perché tenuto dalla pubblica amministrazione. Del resto, tale principio appare pacificamente accolto anche dalla giurisprudenza maggioritaria nazionale, la quale anche di recente ha avuto modo di chiarire che: *“anche inquadrando la responsabilità della Pubblica Amministrazione da provvedimento illegittimo nell'ambito del modello aquiliano, il privato può provare la colpa dell'amministrazione anche semplicemente dimostrando l'illegittimità del provvedimento lesivo, illegittimità la quale, pur non identificandosi nella colpa, costituisce, tuttavia, un indizio (grave, preciso e concordante) idoneo a fondare una presunzione (semplice) di colpa”* (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2015, n. 4115).

---

[1] Corte giust. UE, Sez. V, 8 maggio 2014, causa C-161/13, con nota di F. Aperio Bella, «*Sulla decorrenza del termine per l'impugnazione degli atti della procedura ad evidenza pubblica*», 27 maggio 2014, in <http://www.lineeavcp.it>

[2] Con ord. 23 marzo 2013 n. 427, il Tar Puglia, Bari, ha rimesso alla Corte giust. UE, i seguenti quesiti interpretativi ai sensi dell'art. 267 del Trattato istitutivo: A) «*Se gli artt. 1, 2-bis, 2-quater e 2-septies della direttiva 1992/13/CEE vadano interpretati nel senso che il termine per proporre un ricorso, diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, decorra dalla data in cui il ricorrente ha conosciuto, o avrebbe dovuto conoscere secondo l'ordinaria diligenza, l'esistenza della violazione stessa*»; B) «*Se gli artt. 1, 2-bis, 2-quater e 2-septies della direttiva 1992/13/CEE ostano a disposizioni processuali nazionali ovvero a prassi interpretative, quali quelle enunciate nella causa*



*principale, che consentono al giudice di dichiarare irricevibile un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, quando il ricorrente è venuto a conoscenza della violazione dopo la formale comunicazione degli estremi del provvedimento di aggiudicazione definitiva, per la condotta tenuta dall'Amministrazione aggiudicatrice.».*

[3] Corte giust. UE, sez. III, 28 gennaio 2010, C-406/08, *Uniplex*, con nota di G. Carullo, «*Appalti: il termine di ricorso fra incertezze interpretative e riforme legislative*», in «*Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*», II, 2010, p. 553. In particolare, al punto 32, la sentenza afferma che: «*La direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 92/50, impone al giudice nazionale di prorogare il termine di ricorso, esercitando il proprio potere discrezionale, in maniera tale da garantire al ricorrente un termine pari a quello del quale avrebbe usufruito se il termine previsto dalla normativa nazionale applicabile fosse decorso dalla data in cui egli era venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici. Qualora le disposizioni nazionali relative ai termini di ricorso non si dovessero prestare ad un'interpretazione conforme alla direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 92/50, il giudice nazionale sarebbe tenuto a disapplicarle, al fine di applicare integralmente il diritto comunitario e di proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli.*».

[4] Per un ulteriore approfondimento, v. T.F. Massari, «*Nuovi spunti riflessivi dal Tar Campania sui termini di impugnazione dell'aggiudicazione e sulla giurisdizione del giudice amministrativo*», in «*Il Nuovo Diritto Amministrativo*», Dike, Roma, n. 2/2014, pp. 143-154.

[5] Cons. St., sez. III, 28 agosto 2014, n. 4432, in *Foro Amm. CdS*, 2014, 7-8, p. 1948. Nello stesso senso anche Cons. St., sez. VI, 1 aprile 2016, n. 1298; Cons. St., Sez. VI, ord. 11 febbraio 2013, n. 790; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 20 maggio 2015, n. 1192; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 16 dicembre 2014, n. 3319; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 16 febbraio 2015, n. 473.

[6] Cons. St., sez. III, 25 novembre 2014, n. 5830.

[7] Cons. St., sez. V, 13 marzo 2014, n. 1250, in *Foro Amm. CdS*, 2014, 3, p. 818; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 17 novembre 2015, n. 1527; Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2015, n. 25.

[8] Cons. St., Ad. Plen., sent. n. 4 del 13 aprile 2015, con nota di M. Silvestri, «*Il principio della domanda nel processo amministrativo. L'Adunanza Plenaria n. 4 del 2015.*», in *Foro Amm. CdS*, 2015, 9, p. 2207.

[9] Cons. St., sez. V, ord. 22 gennaio 2015, n. 284, ove si afferma che: «*il Collegio ritiene di sottoporre all'esame dell'Adunanza Plenaria (che valuterà se definire anche il secondo grado del giudizio) il quesito se il giudice amministrativo – in basi ai principi fondanti la giustizia amministrativa ovvero in applicazione dell'art. 34, comma 3, del c.p.a. - possa non disporre l'annullamento della graduatoria di un concorso, risultata illegittima per un vizio non imputabile ad alcun candidato, e disporre che al ricorrente spetti un risarcimento del danno (malgrado questi abbia chiesto soltanto l'annullamento degli atti risultati illegittimi), quando la pronuncia giurisdizionale – in materia di concorsi per l'instaurazione di rapporti di lavoro dipendente - sopraggiunga a distanza di moltissimi anni dalla approvazione della graduatoria e dalla nomina dei vincitori, e cioè quando questi abbiano consolidato le scelte di vita e l'annullamento comporti un impatto devastante sulla vita loro e delle loro famiglie.*».

[10] F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2014, p. 203 ss.

[11] Cass. civ., Sez. II, 26 Febbraio 2013, n. 4802, in *Dejure.it*, afferma che, affinché possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale, è necessario che tra le parti siano in corso

trattative; che le trattative siano giunte ad uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, cui si addebita la responsabilità, le interrompa senza un giustificato motivo; che, infine, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto.

[12] Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, con *news* a cura di R. Chieppa, "Responsabilità precontrattuale: sulle controversie è competente il giudice amministrativo", in <http://www.dirittoegiustizia.it/>; si veda altresì Cons. St., sez. IV, 11 novembre 2008, n. 5633; Cons. St., sez. V, 21 agosto 2014, n. 4272; Cons. St., sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599.

[13] In questi termini si è espressa Cass. civ., S.U., sent. n. 4673 del 26/05/1997, con nota di S. Verzaro, "Brevi note in tema di responsabilità contrattuale della P.A.", in *Giur. it.*, 1998, p. 569.

[14] Cons. St., sez. V, 8 settembre 2010, n. 6489, in *Foro Amm. CdS*, 2010, 9, p. 1850.

[15] Cons. St., sez. V, 10 novembre 2008, n. 5574.

[16] Cons. St., sez. III, 11 febbraio 2015, n. 3748.

[17] Cons. St., sez. V, 1 febbraio 2013, n. 633; Cons. St., sez. V, 5 maggio 2016, n. 1797.

[\[18\]](#) Corte giust. UE, sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz*, con nota di R. Giovagnoli, «*Tutela in forma specifica e tutela per equivalente dell'interesse all'aggiudicazione*», in *Urb. e Appalti*, 2011, p. 398.

[\[19\]](#) Direttiva del Consiglio, 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE.