

**Nel dichiarare inefficace il contratto ai fini della reintegrazione in forma specifica, la sentenza ha fatto applicazione della giurisprudenza di questo Consiglio, nella quale siffatta modalità di tutela non assume carattere eventuale o eccezionale, essendo, invece, sussidiaria, rispetto ad essa, quella risarcitoria per equivalente, praticabile solo quando quella restitutoria non possa essere conseguita con successo \_In disparte la sua incompatibilità con il limite della giurisdizione esclusiva siccome tracciato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 27169/2007, non è affetta da nullità per ultrapietizione la sentenza che abbia determinato il risarcimento del danno ingiusto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, con la reintegrazione in forma specifica perché più idonea al pieno ripristino delle ragioni del ricorrente rispetto al risarcimento per equivalente**

L'annullamento dell'aggiudicazione fa venir meno retroattivamente un presupposto condizionante del contratto e ne determina, con automatico effetto caducante, la perdita di efficacia. Qual è il giudice competente a conoscere del diritto al subentro (risarcimento in forma specifica)? Nel caso il contratto sia già stato eseguito, la giurisdizione per la richiesta del risarcimento per equivalente ritorna al giudice amministrativo?

Vengono rimesse all'Adunanza plenaria le questioni relative alla sorte del contratto d'appalto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata; alla sussistenza della giurisdizione amministrativa sulle domande conseguenti domande risarcitorie qualora proposte nella modalità della reintegrazione in forma specifica; alla tutelabilità del contraente di buona fede ai sensi degli artt. 23 e 25 cod. civ.; all'ammissibilità, nel giudizio di cognizione, della condanna della pubblica amministrazione ad un fare specifico qual è il rilascio di un provvedimento favorevole al ricorrente; ai presupposti di applicabilità dell'art. 2058 del codice civile. \_ Conformandosi all'orientamento della Corte di Cassazione di cui alla sentenza n.27169/2007 delle Sezioni Unite sull'inderogabilità della giurisdizione civile sull'accertamento, con effetti di giudicato, dell'inefficacia del contratto la cui aggiudicazione sia annullata dal giudice amministrativo, l'Adunanza plenaria ha dichiarato, con la sentenza n. 9/2008, il proprio difetto di giurisdizione sulla domanda della ricorrente subentrare in luogo dell'aggiudicatario. nel contratto già stipulato: È infatti preclusa alla cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva cognitoria, l'indagine sulla caducazione del contratto d'appalto che necessariamente precede in via logica il ripristino del ricorrente vittorioso nella posizione di contraente, come previsto dall'art. 35, D.Lgs. n. 80, per il risarcimento del danno con la reintegrazione in forma specifica. \_ **Nell'atto di riassunzione depositato il 15 luglio 2008 e nelle successive memorie del 14.10.2008 e del 2.10. 2008, il Fallimento della ricorrente ha, però, rappresentato l'integrale esecuzione del contratto e il completo esaurimento degli effetti del rapporto negoziale ed ha formulato la diversa domanda risarcitoria, limitata all'equivalente monetario dell'aggiudicazione illegittimamente non conseguita. \_Consegue il potere-dovere del giudice amministrativo, di pronunziarsi sul risarcimento del danno economico cagionato dall'aggiudicazione dichiarata illegittima, essendo la condanna all'equivalente monetario, nelle forme dell'art. 2056 c.c. per quanto attiene alle conseguenze patrimoniali dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c., oggetto di giurisdizione piena del giudice adito, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 1034/1971, come sostituito dall'art. 35, del D.Lgs. n. 80/1998 e dall'art. 7 della legge n. 205/2000. \_Sul punto, gli appelli devono essere inviati alla Quinta Sezione remittente che si pronunzierà sul diritto al risarcimento del danno e sulla sua quantificazione, giusta le memorie da**

ultimo prodotte, oltre che sugli onorari e sulle spese della presente causa. **Conclusivamente, gli appelli devono essere accolti limitatamente al difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva sulla domanda del ricorrente originario di reintegrazione in forma specifica e devono, per il resto, essere inviati alla Sezione remittente per quanto attiene la decisione sul diritto al risarcimento del danno per equivalente e alla sua quantificazione in favore della società ricorrente in primo grado**

In tema di differente competenza fra giudice civile e amministrativo merita di essere segnalata la decisione numero 12 del 21 novembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato riunito in adunanza plenaria che ci insegna:

- ☞ Competenza del giudice civile in caso di domanda del risarcimento del danno in forma specifica
- ☞ Competenza del giudice amministrativo in caso di domanda, a contratto eseguito, di risarcimento del danno per equivalente

< 4.2. In assenza di giudicato sulle modalità di reintegrazione del pregiudizio, l'espressa domanda della società, formulata nell'atto di riassunzione, al risarcimento del danno in base all'equivalente economico dell'oggetto della gara, esclude, anche perché successiva nel tempo, la possibilità del ripristino del danno in maniera diversa dal risarcimento per equivalente.

4.3. Essendo il risarcimento oggetto di esplicita richiesta della parte ricorrente sin dall'atto introduttivo, le modalità con le quali si realizza la reintegrazione nel diritto ingiustamente pregiudicato possono essere modificate in relazione al suo interesse ed adeguate agli eventuali mutamenti della situazione di fatto che, nel caso di esaurimento dell'oggetto del contratto, ne condizionano in modo invalicabile l'attuazione.

5. Anche se l'atto di riassunzione depositato il 15 luglio 2008 e la successiva memoria del Fallimento si riferiscono anche ai giudizi n. 7 e 10 del ruolo dell'Adunanza Plenaria (n.1082 e n. 2333 del 2007), riuniti ai presenti appelli n. 8 e 9 del ruolo dell'Adunanza Plenaria (n. 1083 e n. 2332 del 2007) dall'ordinanza di rimessione n. 1328/2007 della Quinta Sezione, correttamente il Collegio ha esaminato distintamente i ricorsi, in presenza di domande fra loro incompatibili perché entrambe dirette ad aggiudicarsi la gara: gli stessi appelli impugnano sentenze diverse che sono state rese dal Tar del Molise nei confronti di soggetti in parte non coincidenti.

5.1. La sentenza n. 1009 dell'11 dicembre 2006, relativa agli appelli nn. 1082 e 2333 del 2007 proposti da ALFA Advisory s.p.a. e dalla Regione Molise è stata emanata sul ricorso proposto da Engineering Sanità Enti Locali s.p.a., mentre la sentenza n. 1001 dell'11 dicembre 2006, relativa agli appelli nn. 1083 e 2332 del 2007 proposti da ALFA Advisory s.p.a. e dalla Regione Molise è stata emanata sul ricorso proposto BETA Architects s.p.a..

5.2. L'identità di questioni rilevata dalla Quinta Sezione remittente ai sensi dell'art. 52 r.d. n. 642/1907, per riunire gli appelli, esaminarli congiuntamente e confermare le sentenze di primo grado nella parte in cui annullano la gara, non implica che, nel prosieguo del giudizio, gli appelli non possano essere separati per tenere conto dell'interesse fatto valere dalle parti, per effetto delle sopravvenute modificazioni nella situazione di fatto e di diritto, sempre che ciò sia compatibile con l'economia del processo.

5.3. Relativamente alla posizione processuale della società Engineering Sanità Enti Locali, parte appellata nei giudizi proposti da ALFA Advisory s.p.a. e dalla Regione Molise avverso la sentenza n. 1009/2006, non ha spiegato alcuna efficacia l'evento interruttivo subito da BETA Architects s.p.a., per effetto del deposito ex art. 24 e art. 29, u.c., della legge. n.1034/1971, in data 3 giugno 2008, della copia

della dichiarazione di fallimento. Quest'ultima riveste infatti, la posizione di parte appellata nei giudizi proposti da ALFA Advisory e dalla Regione Molise avverso la diversa sentenza n. 1001/2006.

5.4. In considerazione del carattere personale della perdita della capacità di stare in giudizio, l'interruzione del processo per il fallimento di BETA Architects, non ha impedito, infatti, la continuazione del medesimo nei confronti di Engineering Sanità Enti Locali che ha manifestato un autonomo interesse alla decisione. Autonomia che risale all'introduzione del giudizio di merito, avvenuto con un'autonoma domanda e che è stato oggetto di una separata sentenza in primo grado.

6. In relazione all'interesse, singolarmente fatto valere, all'udienza pubblica del 16 giugno 2008, sono stati introitati in decisione, su espressa richiesta delle parti, gli appelli n. 7 e 10 del ruolo (ricorsi n. 1082 e n. 2333 del 2007), proposti da ALFA Advisory s.p.a.e dalla Regione Molise per la riforma della sentenza n. 1001/2006, emessa dal Tar del Molise nei confronti della società Engineering Sanità Enti Locali.

6.1. Nel momento in cui i predetti appelli sono stati decisi, era ancora possibile che, per effetto dell'annullamento della procedura di aggiudicazione, confermato dalla Quinta Sezione remittente, il risarcimento del danno avvenisse con la modalità del subentro nella posizione dell'aggiudicataria, non essendo stato del tutto eseguito l'oggetto della gara: e in tal senso la società Engineering Sanità Enti Locali ha prospettato la propria domanda.

6.2. Conformandosi all'orientamento della Corte di Cassazione di cui alla sentenza n.27169/2007 delle Sezioni Unite sull'inderogabilità della giurisdizione civile sull'accertamento, con effetti di giudicato, dell'inefficacia del contratto la cui aggiudicazione sia annullata dal giudice amministrativo, l'Adunanza plenaria ha dichiarato, con la sentenza n. 9/2008, il proprio difetto di giurisdizione sulla domanda di Engineering Sanità Enti Locali s.p.a. di subentrare in luogo dell'aggiudicataria ALFA Advisory s.p.a. nel contratto già stipulato con la Regione Abruzzo.

È infatti preclusa alla cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva cognitoria, l'indagine sulla caducazione del contratto d'appalto che necessariamente precede in via logica il ripristino del ricorrente vittorioso nella posizione di contraente, come previsto dall'art. 35, D.Lgs. n. 80, per il risarcimento del danno con la reintegrazione in forma specifica.

7. Per ciò che attiene ai presenti appelli, il difetto di giurisdizione implica la fondatezza, nella parte in cui richiedono la riforma della sentenza impugnata, relativamente alla declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato fra la Regione Marche e la società ALFA Advisory s.p.a., risultata aggiudicataria della gara.

8. Nell'atto di riassunzione depositato il 15 luglio 2008 e nelle successive memorie del 14.10.2008 e del 2.10. 2008, il Fallimento di BETA Architects s.p.a. ha, però, rappresentato l'integrale esecuzione del contratto e il completo esaurimento degli effetti del rapporto negoziale ed ha formulato la diversa domanda risarcitoria, limitata all'equivalente monetario dell'aggiudicazione illegittimamente non conseguita.

8.1. Conseguisce il potere-dovere del giudice amministrativo, di pronunciarsi sul risarcimento del danno economico cagionato dall'aggiudicazione dichiarata illegittima, essendo la condanna all'equivalente monetario, nelle forme dell'art. 2056 c.c. per quanto attiene alle conseguenze patrimoniali dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c., oggetto di giurisdizione piena del giudice adito, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 1034/1971, come sostituito dall'art. 35, del D.Lgs. n. 80/1998 e dall'art. 7 della legge n. 205/2000.

9. Sul punto, gli appelli devono essere inviati alla Quinta Sezione remittente che si pronunzierà sul diritto al risarcimento del danno e sulla sua quantificazione, giusta le memorie da ultimo prodotte, oltre che sugli onorari e sulle spese della presente causa.

10. Conclusivamente, gli appelli devono essere accolti limitatamente al difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva sulla domanda del ricorrente originario di reintegrazione in forma specifica e devono, per il resto, essere inviati alla Sezione remittente per quanto attiene la decisione sul diritto al risarcimento del danno per equivalente e alla sua quantificazione in favore della società ricorrente in primo grado, ora Fallimento dell'BETA Architects s.p.a in liquidazione.>

**REPUBBLICA ITALIANA**

*N. 12/2008*

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

*Reg.Dec.*

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, ha pronunciato la seguente

*N. 8-9 Reg.Ric.  
ANNO 2008*

**DECISIONE**

sui ricorsi in appello n. 8 del 2008 e n. 9 del 2008 del ruolo dell'Adunanza plenaria, proposti:

- quanto al n. 8/2008, da ALFA Advisory s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dal prof. avv. Gennaro Terracciano ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Piazza di Spagna n. 35;

contro

BETA Architects s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., e successivamente il Fallimento di BETA Architects s.p.a., in liquidazione, in persona del curatore, legale rappresentante avv. Paolo D'Agostini, rappresentato e difeso dal prof. avv. Francesco Cardarelli ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Vicolo Orbitelli n. 31;

e nei confronti della

Regione Molise, in persona del presidente della Giunta regionale p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui uffici è per legge domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n.12;

- quanto al n. 9/2008, dalla Regione Molise, in persona del presidente della Giunta regionale, legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dell'Avvocatura generale dello Stato e domiciliata per legge presso i suoi uffici in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

BETA Architects s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., e successivamente il Fallimento di BETA Architects s.p.a., in liquidazione, in persona del curatore, legale rappresentante avv. Paolo D'Agostini, rappresentato e difeso dal prof. avv. Francesco Cardarelli ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Vicolo Orbitelli n. 31;

e nei confronti della

ALFA Adisory s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dal prof. avv. Gennaro Terracciano ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Piazza di Spagna n. 35;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Molise n. 1001/2006 in data 11 dicembre 2006;

visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di BETA Architects s.p.a. e Regione Molise (appello n. 8/2008) e di BETA Architects s.p.a. e ALFA Advisory s.p.a. (appello n. 9/2008);

vista l'ordinanza della Sezione Quinta di questo Consiglio n. 1328 in data 28 marzo 2008, con cui la causa è stata rimessa all'esame dell'Adunanza plenaria;

vista l'ordinanza di interruzione n.10 del 30 luglio 2008;

visto l'atto di riassunzione in data 15 luglio 2008 del Fallimento di BETA Architects s.p.a in liquidazione;

viste le successive memorie della parte appellata;

visti tutti gli atti della causa;

all'udienza pubblica del 20 ottobre 2008, udito il relatore consigliere Domenico Cafini e uditi, altresì, gli avvocati Terracciano e Cardarelli nonché l'avvocato dello Stato Del Gaizo;

ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

### **FATTO**

1. Con ricorso n. 178/2006 proposto innanzi al TAR del Molise la società BETA Architects s.p.a. ha impugnato l'aggiudicazione definitiva, adottata con deliberazione della Giunta regionale del Molise 30.12.2005 n. 1929, del servizio di attuazione del programma delle azioni 7.2 e 7.3 E-Health Molise e delle attività di manutenzione della piattaforma di assistenza ed affiancamento al soggetto gestore, della piattaforma stessa e dell'osservatorio individuato dalla Regione.

Sono stati inoltre impugnati i verbali di gara, con particolare riferimento ai verbali n. 2 del 18.11.2005, n. 3 del 18.12.2005, n. 6 del 22.12.2005 e n. 7 del 29.12.2005, il bando, il disciplinare di gara, il capitolato tecnico e la deliberazione della Giunta regionale 20.6.2005 n. 832, di nomina della Commissione di gara.

E' stato infine chiesto il risarcimento del danno cagionato dall'esclusione illegittima.

Nel giudizio si sono costituite la Regione Molise e la controinteressata ALFA Advisory, contestando il ricorso in quanto inammissibile e infondato.

1.1. La società BETA Architects s.p.a. aveva partecipato alla gara indetta dalla Regione Molise per la realizzazione di una "rete attiva di information Society e di servizi innovativi" e "l'istituzione di un osservatorio permanente della H health ed interscambio regionale del programma E health Molise" da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'assegnazione sino ad un massimo di 70 punti per la qualità dell'offerta e di 30

punti per il prezzo. Per il punteggio da attribuirsi all'offerta tecnica, l'art. 8 del disciplinare di gara aveva previsto sottopunteggi massimi, in relazione a specifici parametri.

Alla gara erano state ammesse nove concorrenti, tra cui l'attuale controinteressata.

1.2. Secondo il verbale in seduta pubblica n. 6 del 22.12.2005, a tutte le concorrenti era stato assegnato il medesimo punteggio massimo in relazione all'offerta tecnica che, sommato a quello delle offerte economiche, esaminate nella stessa seduta, aveva determinato la graduatoria, nella quale la società BETA Architects s.p.a., si era collocata al nono posto, con complessivi 88,12 punti, e la controinteressata, ALFA Advisory, al primo posto, con 100 punti.

Nella stessa seduta pubblica, la Commissione di gara aveva chiesto all'aggiudicataria, al raggruppamento Finsiel ed alla K. Solutions di fornire elementi giustificativi delle offerte.

Le giustificazioni fornite erano state ritenute congrue nella successiva seduta del 29.12.2005 e la gara aggiudicata in via provvisoria alla ALFA Advisory s.p.a., prima classificatasi.

2. Con la sentenza n. 1001/2006 dell'11 dicembre 2006 l'adito Tribunale amministrativo, respinte le eccezioni d'inammissibilità del ricorso formulate dalla Regione Molise e dalla controinteressata, ha accolto il ricorso della BETA Architects s.p.a. sul duplice rilievo che la Commissione di gara, nell'assegnare il punteggio massimo all'offerta tecnica di tutte le concorrenti, avrebbe "svilito" la ratio della gara volta ad individuare il progetto migliore anche eventualmente ad un prezzo più elevato in ragione del peso tecnico riconosciuto al valore del progetto medesimo, finendo per riconoscere, al contrario, "rilievo preponderante all'offerta economica in sostanziale violazione della lex specialis di gara". L'attribuzione del punteggio numerico era poi insufficiente, di per sé, ad assolvere l'onere di adeguata motivazione, anche se integrato da specifici criteri contenuti nel disciplinare di gara, il cui art. 8 richiedeva una più puntuale spiegazione per rendere ostensibili i giudizi dalla Commissione.

2.1. A seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, è stato dichiarato privo di effetti il contratto nel frattempo stipulato con ALFA Advisory s.p.a., per la sopravvenuta mancanza di un

presupposto di efficacia. Ad avviso del Tar adito, nell'evidenza pubblica, il previo esperimento della fase di gara instaura un rapporto di presupposizione, assumendo la fisionomia di condizione legale di efficacia del contratto. L'annullamento dell'aggiudicazione fa venir meno retroattivamente un presupposto condizionante del contratto e ne determina, con automatico effetto caducante, la perdita di efficacia.

2.2. La relativa pronunzia doveva ritenersi, sempre ad avviso del Tar adito, attratta dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, estesa anche alle questioni relative alla validità ed efficacia del contratto, ferma restando l'esclusione delle sole controversie relative all'esecuzione dell'appalto.

3. La sentenza è stata appellata da ALFA Advisory s.p.a. (R.G.R. n.1083/07) e dalla Regione Molise (R.G.R. 2332/07). In entrambi i giudizi si è costituita la società BETA Architects.

4. Con l'ordinanza n. 1328/08 in data 28 marzo 2008, la Quinta Sezione ha riunito gli appelli per connessione oggettiva e in parte soggettiva a quelli proposti da ALFA Advisory s.p.a. (R.G.R. n. 1082/07) e dalla Regione Molise (R.G.R. 2333/07) nei confronti della sentenza del Tar Molise dell'11 dicembre 2006, n. 1009 nel ricorso proposto avverso la medesima gara da Engineering Sanità Enti Locali ed ha rimesso all'Adunanza plenaria le questioni relative alla sorte del contratto d'appalto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata; alla sussistenza della giurisdizione amministrativa sulle domande conseguenti domande risarcitorie qualora proposte nella modalità della reintegrazione in forma specifica; alla tutelabilità del contraente di buona fede ai sensi degli artt. 23 e 25 cod. civ.; all'ammissibilità, nel giudizio di cognizione, della condanna della pubblica amministrazione ad un facere specifico qual è il rilascio di un provvedimento favorevole al ricorrente; ai presupposti di applicabilità dell'art. 2058 del codice civile.

5. In data 3 giugno 2008, è stata depositata, relativamente agli appelli n. 1083/07 di ALFA Advisory s.p.a e n. 2332/07 della Regione Molise, copia della dichiarazione ex art. 24 e art. 29, u.c. della legge n. 1034/1971, di intervenuto fallimento della società BETA Architects s.p.a. e copia

degli avvisi di ricevimento della dichiarazione stessa da parte delle appellanti ALFA Advisory s.p.a. e Regione Molise. Il fallimento di BETA Architects s.p.a. in liquidazione è stato confermato nel corso dell'udienza pubblica del 16 giugno 2008.

6. L'Adunanza plenaria ha, conseguentemente, dichiarato interrotti i giudizi n. 8 del 2008 e n. 9 del 2008, ai sensi dell'art. 24 della legge n.1034/1971, con decisione 30 luglio 2008, n. 10, concernente i ricorsi in appello n. 1083/07 e n. 2332/07.

7. L'Adunanza plenaria si è, invece, pronunciata, con sentenza n. 9 del 30 luglio 2008, sugli appelli n. 7 e 10 proposti dalla ALFA Advisory s.p.a. e dalla Regione Molise nei confronti della soc. Engineering Sanità Enti Locali (sui ricorsi in appello n. 1082 e n. 2333 del 2007) ed ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione sulla domanda diretta a conseguire il risarcimento del danno tramite la reintegrazione in forma specifica, ritenuta la competenza del giudice ordinario ad accertare con efficacia di giudicato la sopravvenuta caducazione del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara. L'Adunanza plenaria ha confermato la giurisdizione del giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, sui provvedimenti e sui comportamenti che l'amministrazione adottò onde conformarsi al giudicato di annullamento dell'aggiudicazione ed ha stabilito che sulle residue questioni controverse tra le parti, sulle spese e sugli onorari di giudizio si pronunci la Sezione remittente.

8. Con l'atto di riassunzione depositato il 15 luglio 2008, relativamente a tutti giudizi riuniti con l'ordinanza della Quinta Sezione n. 1328 del 28.3.2008, il Fallimento della BETA Architects s.p.a in liquidazione, in persona del suo curatore avv. Paolo D'Agostini, ha chiesto, previa autorizzazione del Giudice delegato, la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno patrimoniale per la mancata aggiudicazione, essendo ormai l'appalto definitivamente completato in corso di causa.

8.1. Il Fallimento ha riproposto integralmente le domande ed eccezioni già formulate da BETA Architects s.p.a. in replica ai ricorsi in appello di ALFA Advisory s.p.a. e dalla Regione

Molise ed ha chiesto l'accoglimento dell'istanza ex art. 35 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, di risarcimento di tutti i danni subiti dalla società, già formulata in primo grado anche nella forma del risarcimento per equivalente, divenuta inevitabile dopo l'avvenuto completamento dell'appalto nelle more del giudizio di appello, in ordine alla quale ha fatto riserva di produrre apposita documentazione.

8.2. In due memorie corredate da documenti, il Fallimento ha rappresentato l'imputabilità del danno alla Regione Molise ed il proprio interesse al solo risarcimento del danno patrimoniale, atteso che il progetto di gara era stato già completato. Ha pertanto richiesto la condanna dell'Amministrazione: a) al danno per la perdita di chance dovuto alla mancata indizione di una nuova procedura di gara che avrebbe potuto essere aggiudicata all'BETA Architects s.p.a. per un valore pari a euro 20.129,48, oltre ad interessi rivalutazione; b) al danno per la perdita di chance di acquisire un'ulteriore referenza (danno curriculare), per un valore pari a euro 10.268,16, oltre ad interessi e rivalutazione; c) al danno per costi di redazione dell'offerta pari ad euro 15.162,5, oltre ad interessi e rivalutazione; d) al danno dovuto al costo di fidejussione provvisoria per un premio pari a euro 143,40, oltre ad interessi e rivalutazione, con vittoria di spese, competenze e onorari di giudizio.

Non hanno prodotto ulteriori scritti difensivi le altre parti costituite in giudizio.

9. Alla pubblica udienza del 20 ottobre 2008, dopo che i difensori delle parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi e conclusioni, la causa è stata assunta in decisione.

Al termine dell'udienza stessa è stato depositato il dispositivo della pronuncia emessa dall'Adunanza plenaria in ordine ai ricorsi come sopra proposti.

## **DIRITTO**

1. Vengono in decisione, dopo la riassunzione del 15 luglio 2008 ad opera del Fallimento di BETA Architects s.p.a., appellato nei relativi giudizi, i ricorsi n.8 del 2008 e n. 9 del 2008 (del ruolo dell'Adunanza Plenaria), rispettivamente proposti da ALFA Avidsory s.p.a.e dalla Regione

Molise (appelli n. 1082 e n. 2333 del 2007), nei confronti della decisione n. 1001 dell'11 dicembre 2006, con la quale il Tar del Molise, in accoglimento del ricorso proposto dalla società BETA Architects s.p.a., ha disposto la sopravvenuta inefficacia del contratto stipulato medio tempore tra l'Amministrazione e l'aggiudicataria, previo annullamento dell'aggiudicazione della gara - indetta dalla Regione- per la realizzazione di una rete attiva di information society e l'istituzione di un osservatorio permanente di H-health ed interscambio regionale del programma E-health Molise.

2. Le appellanti, dopo aver affermato, nell'atto introduttivo, che il contratto era stato eseguito quasi nella sua totalità in corso di giudizio, hanno eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sulla statuizione di primo grado di inefficacia del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, statuizione rispetto alla quale hanno altresì dedotto, in via pregiudiziale, la nullità per ultrapetizione, in quanto il risarcimento del pregiudizio subito dalla ricorrente tramite la reintegrazione in forma specifica non era stato oggetto di apposita richiesta nel ricorso al Tar del Molise.

3. Va precisato che, nel giudizio di primo grado, la reintegrazione in forma specifica è oggetto di espressa richiesta ad opera della società ricorrente all'epigrafe del ricorso (cfr. pagg. 2 e 3 dell'atto introduttivo) anche se non ribadita nelle conclusioni, ove la richiesta di risarcimento del danno si compendia nel rinvio alla disposizione dell'art. 35, D.Lgs. n. 80/1998 (cfr. pag. 21 dell'atto introduttivo).

3.1. In quanto diretto al conseguimento di un bene della vita che il ricorrente assume ingiustamente denegatogli dal provvedimento o dal comportamento dell'amministrazione, il gravame deve essere interpretato nella sua globalità, rispetto alla quale è artificioso scindere la parte relativa all'epigrafe da quella relativa alle conclusioni. Ed invero anche una istanza non espressamente proposta può ritenersi implicitamente contenuta nella domanda dedotta in giudizio quando si trovi in rapporto di necessaria connessione con il petitum e la causa petendi e non estenda l'ambito di riferimento.

L'accoglimento della richiesta di reintegrazione in forma specifica si basa non solo sulla corretta interpretazione della volontà del ricorrente ma anche, e segnatamente, sul richiamo formulato espressamente, nelle conclusioni del ricorso introduttivo, dell'art. 35 D.Lgs. n. 80/1998, che prevede anche la reintegrazione in forma specifica quale tecnica del risarcimento del danno.

3.2. Nel dichiarare inefficace il contratto ai fini della reintegrazione in forma specifica, la sentenza ha fatto applicazione della giurisprudenza di questo Consiglio, nella quale siffatta modalità di tutela non assume carattere eventuale o eccezionale, essendo, invece, sussidiaria, rispetto ad essa, quella risarcitoria per equivalente, praticabile solo quando quella restitutoria non possa essere conseguita con successo (Cons. St., IV, 29 aprile 2002, n. 2280; IV, 27 ottobre 2003, n. 6666).

3.3. In disparte la sua incompatibilità con il limite della giurisdizione esclusiva siccome tracciato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 27169/2007, non è affetta da nullità per ultrapetizione la sentenza che abbia determinato il risarcimento del danno ingiusto, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, con la reintegrazione in forma specifica perché più idonea al pieno ripristino delle ragioni del ricorrente rispetto al risarcimento per equivalente.

3.4. Segue da ciò il rigetto dell'eccezione di nullità per ultrapetizione, avendo la sentenza di primo grado correttamente statuito sulle domande risarcitorie della società ricorrente, ancorché la richiesta di reintegrazione in forma specifica non sia stata riproposta nelle conclusioni del ricorso introduttivo.

4. Respinta l'eccezione di ultrapetizione della sentenza ed in presenza della rinuncia alla domanda di reintegrazione per l'intervenuto completamento dell'appalto nel corso del giudizio d'appello, come affermato (e non contestato) dalla BETA Architects s.p.a. nella riassunzione depositata dal Fallimento il 15 luglio 2008, relativamente a tutti giudizi riuniti si configurano i presupposti per l'esame della domanda risarcitoria espressamente limitata all'equivalente monetario della mancata aggiudicazione che, nella successiva memoria depositata dal Fallimento in prossimità della presente udienza, è stata precisata attraverso l'indicazione dei criteri per la liquidazione del

danno. Con siffatta modalità risarcitoria, rimangono, in ogni caso compatibili le domande formulate nel ricorso di primo grado da BETA Architects s.p.a., anche con rinvio all'art. 35, D.Lgs. n. 80/1998.

4.2. In assenza di giudicato sulle modalità di reintegrazione del pregiudizio, l'espressa domanda della società, formulata nell'atto di riassunzione, al risarcimento del danno in base all'equivalente economico dell'oggetto della gara, esclude, anche perché successiva nel tempo, la possibilità del ripristino del danno in maniera diversa dal risarcimento per equivalente.

4.3. Essendo il risarcimento oggetto di esplicita richiesta della parte ricorrente sin dall'atto introduttivo, le modalità con le quali si realizza la reintegrazione nel diritto ingiustamente pregiudicato possono essere modificate in relazione al suo interesse ed adeguate agli eventuali mutamenti della situazione di fatto che, nel caso di esaurimento dell'oggetto del contratto, ne condizionano in modo invalicabile l'attuazione.

5. Anche se l'atto di riassunzione depositato il 15 luglio 2008 e la successiva memoria del Fallimento si riferiscono anche ai giudizi n. 7 e 10 del ruolo dell'Adunanza Plenaria (n.1082 e n. 2333 del 2007), riuniti ai presenti appelli n. 8 e 9 del ruolo dell'Adunanza Plenaria (n. 1083 e n. 2332 del 2007) dall'ordinanza di rimessione n. 1328/2007 della Quinta Sezione, correttamente il Collegio ha esaminato distintamente i ricorsi, in presenza di domande fra loro incompatibili perché entrambe dirette ad aggiudicarsi la gara: gli stessi appelli impugnano sentenze diverse che sono state rese dal Tar del Molise nei confronti di soggetti in parte non coincidenti.

5.1. La sentenza n. 1009 dell'11 dicembre 2006, relativa agli appelli nn. 1082 e 2333 del 2007 proposti da ALFA Advisory s.p.a. e dalla Regione Molise è stata emanata sul ricorso proposto da Engineering Sanità Enti Locali s.p.a., mentre la sentenza n. 1001 dell'11 dicembre 2006, relativa agli appelli nn. 1083 e 2332 del 2007 proposti da ALFA Advisory s.p.a. e dalla Regione Molise è stata emanata sul ricorso proposto BETA Architects s.p.a..

5.2. L'identità di questioni rilevata dalla Quinta Sezione remittente ai sensi dell'art. 52 r.d. n. 642/1907, per riunire gli appelli, esaminarli congiuntamente e confermare le sentenze di primo grado nella parte in cui annullano la gara, non implica che, nel prosieguo del giudizio, gli appelli non possano essere separati per tenere conto dell'interesse fatto valere dalle parti, per effetto delle sopravvenute modificazioni nella situazione di fatto e di diritto, sempre che ciò sia compatibile con l'economia del processo.

5.3. Relativamente alla posizione processuale della società Engineering Sanità Enti Locali, parte appellata nei giudizi proposti da ALFA Advisory s.p.a. e dalla Regione Molise avverso la sentenza n. 1009/2006, non ha spiegato alcuna efficacia l'evento interruttivo subito da BETA Architects s.p.a., per effetto del deposito ex art. 24 e art. 29, u.c., della legge. n.1034/1971, in data 3 giugno 2008, della copia della dichiarazione di fallimento. Quest'ultima riveste infatti, la posizione di parte appellata nei giudizi proposti da ALFA Advisory e dalla Regione Molise avverso la diversa sentenza n. 1001/2006.

5.4. In considerazione del carattere personale della perdita della capacità di stare in giudizio, l'interruzione del processo per il fallimento di BETA Architects, non ha impedito, infatti, la continuazione del medesimo nei confronti di Engineering Sanità Enti Locali che ha manifestato un autonomo interesse alla decisione. Autonomia che risale all'introduzione del giudizio di merito, avvenuto con un'autonoma domanda e che è stato oggetto di una separata sentenza in primo grado.

6. In relazione all'interesse, singolarmente fatto valere, all'udienza pubblica del 16 giugno 2008, sono stati introitati in decisione, su espressa richiesta delle parti, gli appelli n. 7 e 10 del ruolo (ricorsi n. 1082 e n. 2333 del 2007), proposti da ALFA Advisory s.p.a. e dalla Regione Molise per la riforma della sentenza n. 1001/2006, emessa dal Tar del Molise nei confronti della società Engineering Sanità Enti Locali.

6.1. Nel momento in cui i predetti appelli sono stati decisi, era ancora possibile che, per effetto dell'annullamento della procedura di aggiudicazione, confermato dalla Quinta Sezione

remittente, il risarcimento del danno avvenisse con la modalità del subentro nella posizione dell'aggiudicataria, non essendo stato del tutto eseguito l'oggetto della gara: e in tal senso la società Engineering Sanità Enti Locali ha prospettato la propria domanda.

6.2. Conformandosi all'orientamento della Corte di Cassazione di cui alla sentenza n.27169/2007 delle Sezioni Unite sull'inderogabilità della giurisdizione civile sull'accertamento, con effetti di giudicato, dell'inefficacia del contratto la cui aggiudicazione sia annullata dal giudice amministrativo, l'Adunanza plenaria ha dichiarato, con la sentenza n. 9/2008, il proprio difetto di giurisdizione sulla domanda di Engineering Sanità Enti Locali s.p.a. di subentrare in luogo dell'aggiudicataria ALFA Advisory s.p.a. nel contratto già stipulato con la Regione Abruzzo.

È infatti preclusa alla cognizione del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva cognitoria, l'indagine sulla caducazione del contratto d'appalto che necessariamente precede in via logica il ripristino del ricorrente vittorioso nella posizione di contraente, come previsto dall'art. 35, D.Lgs. n. 80, per il risarcimento del danno con la reintegrazione in forma specifica.

7. Per ciò che attiene ai presenti appelli, il difetto di giurisdizione implica la fondatezza, nella parte in cui richiedono la riforma della sentenza impugnata, relativamente alla declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato fra la Regione Marche e la società ALFA Advisory s.p.a., risultata aggiudicataria della gara.

8. Nell'atto di riassunzione depositato il 15 luglio 2008 e nelle successive memorie del 14.10.2008 e del 2.10. 2008, il Fallimento di BETA Architects s.p.a. ha, però, rappresentato l'integrale esecuzione del contratto e il completo esaurimento degli effetti del rapporto negoziale ed ha formulato la diversa domanda risarcitoria, limitata all'equivalente monetario dell'aggiudicazione illegittimamente non conseguita.

8.1. Consegue il potere-dovere del giudice amministrativo, di pronunciarsi sul risarcimento del danno economico cagionato dall'aggiudicazione dichiarata illegittima, essendo la condanna

all'equivalente monetario, nelle forme dell'art. 2056 c.c. per quanto attiene alle conseguenze patrimoniali dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c., oggetto di giurisdizione piena del giudice adito, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 1034/1971, come sostituito dall'art. 35, del D.Lgs. n. 80/1998 e dall'art. 7 della legge n. 205/2000.

9. Sul punto, gli appelli devono essere inviati alla Quinta Sezione remittente che si pronunzierà sul diritto al risarcimento del danno e sulla sua quantificazione, giusta le memorie da ultimo prodotte, oltre che sugli onorari e sulle spese della presente causa.

10. Conclusivamente, gli appelli devono essere accolti limitatamente al difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva sulla domanda del ricorrente originario di reintegrazione in forma specifica e devono, per il resto, essere inviati alla Sezione remittente per quanto attiene la decisione sul diritto al risarcimento del danno per equivalente e alla sua quantificazione in favore della società ricorrente in primo grado, ora Fallimento dell'BETA Architects s.p.a in liquidazione.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza plenaria), decidendo sui ricorsi in epigrafe specificati:

- accoglie in parte gli appelli e dichiara il difetto di giurisdizione sulla domanda in primo grado e riproposta nel giudizio di appello, volta ad accertare – con efficacia di giudicato – l'avvenuta caducazione del contratto di appalto;

-rinvia alla Sezione remittente l'esame delle domande della ricorrente di primo grado, di risarcimento del danno per equivalente e di quantificazione del medesimo;

- dispone che sulle residue questioni nonché sulle spese e sugli onorari del giudizio si pronunci la Sezione medesima.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 20 ottobre 2008 con l'intervento dei Sigg.ri:

Paolo Salvatore

Presidente del Consiglio di Stato

Giovanni Ruoppolo	Presidente di Sezione
Gaetano Trotta	Presidente di Sezione
Luigi Maruotti	Consigliere
Pier Luigi Lodi	Consigliere
Giuseppe Romeo	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Luciano Barra Caracciolo	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere
Aldo Fera	Consigliere
Filoreto D'Agostino	Consigliere
Claudio Marchitiello	Consigliere
Domenico Cafini	Consigliere rel. est.

**Presidente**

**Consigliere**

**Segretario**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/11/2008  
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)  
Il Dirigente

CONSIGLIO DI STATO  
In Sede Giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

