

I requisiti soggettivi (certificazione di qualità ISO 9001/2000 e ISO 14000) prescritti dal bando devono essere posseduti da ognuno dei soggetti facenti parte di una Ati o consorzio. In casi in cui il giudice annulla l'aggiudicazione, perché il vincitore doveva essere escluso dalla gara, e vincitore doveva essere il ricorrente, una tale pronuncia produce l'effetto ripristinatorio dell'annullamento, se il ricorrente può ancora eseguire l'appalto. Appare utile rammentare che il pregiudizio risarcibile si compone, secondo la definizione dell'art. 1223 cod. civ., del danno emergente e del lucro cessante, e cioè della diminuzione reale del patrimonio del privato, per effetto di esborsi connessi alla (inutile) partecipazione al procedimento, e della perdita di un'occasione di guadagno o, comunque, di un'utilità economica connessa all'adozione o all'esecuzione del provvedimento illegittimo.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo avverso un ricorso nel quale si richiede che < le prime due classificate dovevano essere escluse, non possedendo tutte le associate il requisito dell'ISO 14000.>? appurata l'illegittima aggiudicazione dell'appalto (nonché la mancata esclusione della seconda), quali sono gli orientamenti del giudice amministrativo relativamente alla richiesta della terza classificata di vedersi aggiudicata la gara e < in subordine, la condanna del Comune al risarcimento del danno non inferiore ad € 25.000,00.>? è legittimo che il giudice amministrativo non intenda pronunciarsi sulla validità o meno, o sulla inefficacia, del contratto eventualmente già stipulato, ma solo ribadisca gli obblighi che da ogni pronuncia di annullamento derivano per l'Amministrazione?

in caso di partecipazione alla gara – indetta per la aggiudicazione di appalto di servizi – di imprese riunite in associazione temporanea, occorre distinguere nettamente fra i requisiti tecnici di carattere oggettivo (afferenti in via immediata alla qualità del prodotto o servizio, che vanno accertati mediante sommatoria di quelli posseduti dalle singole imprese), dai requisiti di carattere soggettivo, che devono essere posseduti singolarmente da ciascuna associata. costituisce erronea applicazione dell'articolo 83 del Codice degli appalti la commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta che si verifica quando elementi di valutazione specificati nel disciplinare riguardano caratteristiche organizzative e soggettive della concorrente, che afferiscono all'esperienza pregressa maturata dalla concorrente ed al suo livello di capacità tecnica e specializzazione professionale, ovvero ad aspetti che, in quanto tali, possono legittimamente rilevare solo in sede di qualificazione alla gara, e quindi solo quali criteri di ammissione alla stessa e non di valutazione dell'offerta. Insomma, l'azione risarcitoria completa ed assicura la tutela ripristinatoria, propria della domanda di annullamento, quando quest'ultima non appaghi completamente l'interesse ad ottenere il ritorno alla situazione precedente l'adozione dell'atto illegittimo. \_Emerge quindi che tale risarcimento è sussidiario alla domanda costitutiva di annullamento, per completare ed assicurare integrale tutela all'interesse al bene della vita, alla base dell'interesse legittimo. **Da un punto di vista strettamente civilistico, la reintegrazione in forma specifica, date le peculiarità del giudizio amministrativo, viene vista come un istituto speciale, con caratteri propri, del diritto processuale amministrativo. Così che l'eccessiva onerosità per il debitore, prevista dall'art. 2058 c.c., deve essere valutata alla stregua di eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività.** \_ La giurisprudenza afferma che il risarcimento per equivalente ha una funzione residuale e sussidiaria, potendo essere disposto solo quando non sia più possibile l'affidamento dell'appalto e precisa che “in caso di annullamento della gara d'appalto il risarcimento del danno in forma specifica, anche attraverso l'adempimento parziale, costituisce un "prius", salvo che il debitore non denunci la maggiore gravosità rimettendosi all'apprezzamento del giudice” \_ Oltretutto, mentre l'attribuzione al danneggiato del risarcimento per equivalente, invece della richiesta reintegrazione in forma specifica, non viola il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato – in quanto il risarcimento per equivalente, che il giudice può disporre anche d'ufficio, nell'esercizio del suo potere discrezionale, costituisce un minus rispetto alla reintegrazione in forma specifica, cosicché la relativa richiesta è implicita nella domanda giudiziale di reintegrazione in forma specifica – di contro non è consentito al giudice, senza violare l'art. 112 c.p.c., ove sia stato richiesto il risarcimento per equivalente, disporre la reintegrazione in forma specifica, non compresa, neppure per implicito, in quella domanda così proposta. **Come già**

**affermato in giurisprudenza, l'ammontare del danno può essere liquidato in via equitativa, secondo i criteri indicati, anche qualora non sia adeguatamente dimostrato dal ricorrente, magari con la dimostrazione che il margine di utile sarebbe stato maggiore di quello presunto, proprio perché quello legato alla mancata aggiudicazione, nei casi in cui la mancata aggiudicataria avrebbe avuto diritto all'appalto, è da considerare danno evento. Quindi, per quanto riguarda il danno emergente, non può essere riconosciuto alcun risarcimento, se la ricorrente non fornisce neppure un principio di prova, e non è possibile utilizzare alcun parametro presuntivo.**

dalla lettura della sentenza numero 428 del 27 febbraio 2009, emessa dal Tar Sicilia, Catania impariamo che:

< E anche per quanto riguarda i consorzi, l'art. 35 del D.Lgs. 163/06, relativo ai "requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare", dispone che "i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate".

Pertanto, le due imprese odierne controinteressate avrebbero dovuto essere escluse dalla gara con conseguente aggiudicazione della stessa alla ricorrente.>

In tema di richiesta di risarcimento del danno, inoltre:

< Come è noto, il risarcimento del danno è diretto alla completa restitutio in integrum, per equivalente o in forma specifica, del patrimonio leso. La reintegrazione in forma specifica rappresenta una modalità risarcitoria alternativa al risarcimento per equivalente, e si concreta in un facere oggetto di condanna. La sua funzione è quella di ripristinare la situazione antecedente al fatto illecito, e rientra pur sempre nella categoria generale del risarcimento del danno.

Nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, alla possibilità di chiedere il risarcimento in forma specifica consegue la condanna della stessa ad un facere specifico, che si può sostanziare anche nel compimento di un atto. La situazione, dai confini ben delineati in presenza di diritti soggettivi soprattutto di natura reale, assume connotati diversi in presenza di interessi legittimi, specie quelli di tipo pretensivo; laddove l'interesse sostanziale, per essere soddisfatto, abbisogna di un'attività della Amministrazione, a differenza degli interessi legittimi oppositivi, in cui si contrasta, sulla base di posizioni precostituite, l'attività provvedimento di tipo autoritativo.

La reintegrazione in forma specifica è di solito riconnessa all'annullamento dell'atto, per cui sarebbe implicita in ogni domanda di annullamento.

Nel giudizio di legittimità, il giudice amministrativo pronunzia, normalmente, quando accoglie il ricorso, una sentenza di annullamento dell'atto impugnato, con efficacia retroattiva, per cui il ricorrente ritorna nella medesima posizione che aveva al momento dell'adozione dell'atto annullato.

A seguito delle modifiche ad esso apportate dall'art. 7 della L. n. 205/00, l'art. 7 della L. n. 1034/71 dispone ora che "il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali"; per cui il ricorrente, eventualmente, può chiedere ormai al giudice amministrativo il risarcimento dei danni causati dagli effetti dell'illegittimo provvedimento. Danni, però, non ne vengono prodotti se l'annullamento consente di ottenere la totale rimozione degli effetti dell'atto, che è come se non fosse mai intervenuto, non solo in diritto, ma anche in fatto.

Infatti, all'effetto, proprio della sentenza di annullamento, di eliminazione dell'atto impugnato, si aggiungono anche altri effetti; tra questi, in primo luogo, l'effetto di ripristinazione, che comporta l'obbligo dell'Amministrazione di ripristinare lo stato di fatto e di diritto preesistente, e che ha la sua giustificazione normativa negli artt. 65, n. 5, e 88 del R.D. 17 agosto 1907 n. 642 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato), i quali prescrivono rispettivamente che nella sentenza sia incluso "l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa", e che "l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa".

Tale effetto è inoltre giustificato soprattutto dalla stessa funzione dell'annullamento, e dalla esigenza di assicurarne l'utilità, e va ricollegato ad un contenuto ulteriore della sentenza, oltre il contenuto costitutivo. Da questo punto di vista, l'unico limite può essere individuato nel fatto che la sentenza di annullamento dell'atto non può estendere i suoi effetti sulle prestazioni medio tempore eseguite.

All'effetto di annullamento ed a quello di ripristinazione si aggiunge poi un terzo effetto, cioè quello, detto conformativo, di vincolare la successiva attività dell'amministrazione di riesercizio del potere, anche questo superante i limiti del puro giudizio di annullamento.

Il giudizio amministrativo necessariamente guarda non solo al passato ma anche all'avvenire: l'effettività della tutela dipende infatti da ciò che la sentenza «vincoli» il successivo comportamento dell'Amministrazione al rispetto dei principi posti dalla sentenza stessa.

Ma ciò è possibile solo se ritiene che la pronuncia non abbia soltanto eliminato l'atto amministrativo illegittimo, ma anche identificato il modo corretto di esercizio del potere, e fissato la corretta sistemazione degli interessi, determinando – con valore precettivo per la successiva azione amministrativa – il contenuto concreto del dovere dell'Amministrazione nella specie.>

Ma non solo

< In altri termini, ogni provvedimento amministrativo rappresenta l'esercizio di una specifica potestà amministrativa, la quale consiste nel dare un certo assetto all'interesse che la p.A. intende perseguire e agli interessi, pubblici e privati, eventualmente coinvolti.

Ed allora, quando un privato ritiene illegittimamente lesa una sua situazione giuridicamente garantita, avente i caratteri dell'interesse legittimo, si ha che il ricorrente critica l'assetto conferito agli interessi, ne propone un altro, e chiede al giudice di farlo proprio ed imporlo all'amministrazione. In tal modo, il giudizio amministrativo si conferma un giudizio su un conflitto sostanziale di interessi, poiché la sentenza amministrativa non si limita ad eliminare l'atto, ma necessariamente si pone come attività di identificazione del corretto modo di esercizio del potere (cioè, del corretto assetto di interessi) e cioè come regola del comportamento futuro dell'amministrazione.

**Ciò significa che quelli ripristinatori e conformativi vanno considerati, prima che come effetti della sentenza – e tanto meno come effetti esterni – elementi del suo contenuto, nel senso che la sentenza amministrativa impone direttamente all'Amministrazione l'obbligo di compiere le necessarie ripristinazioni e di uniformare l'attività di riesercizio del potere alle regole di azione poste o confermate dalla pronuncia. Vale a dire che, nell'accertare l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, il giudice stabilisce qual è il corretto modo di esercizio del potere e fissa quindi la regola alla quale l'Amministrazione si deve attenere nella sua attività futura.>**

Relativamente alla particolare fattispecie sottoposta ai giudici siciliani:

< Si tratta allora, anche nel caso in esame, di liquidare concretamente il danno, cioè determinare la misura dell'obbligazione pecuniaria (eventualmente) dovuta in sostituzione del bene della vita perduto, nella misura in cui lo sia irrimediabilmente.

Appare utile, a tal riguardo, rammentare che il pregiudizio risarcibile si compone, secondo la definizione dell'art. 1223 cod. civ., del danno emergente e del lucro cessante, e cioè della diminuzione reale del

patrimonio del privato, per effetto di esborsi connessi alla (inutile) partecipazione al procedimento, e della perdita di un'occasione di guadagno o, comunque, di un'utilità economica connessa all'adozione o all'esecuzione del provvedimento illegittimo.

Se per la prima voce di danno non si pongono particolari problemi, perchè è sufficiente documentare le spese sostenute, per la seconda si configurano, viceversa, rilevanti difficoltà. Per avere accesso al risarcimento, infatti, il privato deve dimostrare non solo che la sua sfera giuridica ha subito una diminuzione per effetto dell'atto illegittimo, ma che non si è accresciuta nella misura che avrebbe raggiunto se il provvedimento viziato non fosse stato adottato o eseguito.

L'esigenza di ricorrere a criteri presuntivi ed astratti di determinazione del danno è stata avvertita sia dalla giurisprudenza, che ha individuato un preciso canone per la determinazione del pregiudizio connesso alla perdita di un'occasione di successo in una procedura concorsuale, sia dallo stesso legislatore, il quale ha definito, con l'art. 35 del D.Lgs. n. 80/98, un peculiare metodo di liquidazione del danno fondato proprio sulla definizione giudiziale di parametri valutativi indeterminati.

La giurisprudenza amministrativa ha individuato in via equitativa, ex art. 1226 cod. civ., un riferimento positivo, applicato analogicamente in materia di appalti sia di servizi che di forniture, prima nell'art. 345 della l. 20 marzo 1865 n. 2248, allegato F, e poi nell'art. 122 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, entrambi in materia di lavori pubblici, laddove si quantifica nel 10% del valore dell'appalto l'importo da corrispondere all'appaltatore in caso di recesso facoltativo dell'Amministrazione, nella determinazione forfettaria ed automatica del margine di guadagno presunto nell'esecuzione di appalti di lavori pubblici (cfr., ex multis, Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004 n. 5012).

Più precisamente, l'utile va determinato nella misura del 10% dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato dal ribasso offerto dalla ricorrente, nel senso che tale percentuale va riferita non all'importo considerato nel bando come base d'asta, ma al valore risultante dall'applicazione della percentuale di ribasso offerta dalla impresa ricorrente.>

Ed infine è fondamentale sapere che:

< Nel caso di specie, per quanto concerne il lucro cessante, può essere concesso alla ricorrente il risarcimento, per equivalente, nella misura del 10% dell'importo dell'appalto, solo per la parte di servizio già effettuato, ma non per quella ancora possibile, per la quale il Comune intimato dovrà adottare gli atti necessari a realizzare gli effetti conformativi e ripristinatori della presente sentenza.

**Non sembra inutile precisare, in tal senso, che quanto finora precisato non contrasta in alcun modo con la posizione assunta da Cass. Civ., sez. un., 28 dicembre 2007 n. 27169, secondo cui “gli art. 6 e 7 L. n. 205/2000, nonché l'art. 244 D.Lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici), nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del g.a. tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture e, quelle tassativamente indicate, relative alla successiva fase contrattuale, confermano che rientrano nella giurisdizione ordinaria le domande volte ad ottenere la dichiarazione di nullità o di inefficacia ovvero l'annullamento del contratto di appalto per le irregolarità-illegittimità della procedura amministrativa a monte: e quindi, non solo le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti), ma anche la successiva mancanza legale provocata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione”.**

**Infatti, questo Collegio non intende pronunciarsi sulla validità o meno, o sulla inefficacia, del contratto eventualmente già stipulato, ma solo ribadire gli obblighi che da ogni pronuncia di annullamento derivano per l'Amministrazione.>**

In conclusione quindi:

< Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – Sezione staccata di Catania – Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

nell'eventualità che, a seguito della stipula del contratto con l'originario aggiudicatario, il contratto sia già stato eseguito, accoglie, nei sensi di cui in motivazione, la domanda di risarcimento danni, e per l'effetto condanna l'Amministrazione a pagare le somme sopra specificate.

Condanna altresì l'Amministrazione a pagare alla ricorrente le spese di giudizio, liquidate in € 3.500,00, oltre Iva e Cpa come per legge e spese generali al 12,50%, mentre compensa le spese di giudizio tra ricorrente e controinteressate.>

A cura di Sonia Lazzini

**N. 00428/2009 REG.SEN.**  
**N. 03497/2008 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**sezione staccata di Catania (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 3497 del 2008, proposto da: Coop. Sociale ALFA a rl, rappresentata e difesa dagli avv. Salvatore Buscemi e Ignazio Montalbano, con domicilio eletto presso Salvatore Buscemi, a Catania, corso Italia 36;

*contro*

Comune di Rosolini, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Antonia Albino, con domicilio eletto presso Marco Scala, a Catania, c.so delle Province 50;

***nei confronti di***

BETA Renzo Srl, quale mandataria capogruppo dell'ATI con la mandante BETADUE Service Srl, nonché quest'ultima, rappresentate e difese dall'avv. Mario Cavallaro, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale; Nuova Cucina Siciliana, Cooperativa Sociale Airone, non costituite;

***per l'annullamento,***

*previa sospensione dell'efficacia,*

del verbale di gara del 17.11.2008, del bando di gara e della nota n. 33572 del 27.11.2008, relativi all'appalto per la gestione cucina, fornitura, distribuzione e somministrazione pasti per il servizio di refezione scolastica.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Rosolini, e BETA Renzo srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10/02/2009 il dott. Dauno Trebastoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

**FATTO**

Con bando di gara pubblicato sulla Gurs n. 43 del 24.10.2008 il Comune di Rosolini ha indetto una procedura aperta da esperirsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 83, comma 1, D.Lgs. n. 163/06, per la gestione cucina, fornitura, distribuzione e somministrazione pasti per il servizio di refezione scolastica agli alunni di scuola materna, elementare e secondaria, per l'anno scolastico 2008/2009, per un importo di € 200.000,00 più Iva.

Hanno chiesto di partecipare alla gara quattro imprese, alle quali la commissione di gara, dopo aver proceduto all'apertura della busta b) ed effettuato i conteggi, ha attribuito i seguenti punteggi:

BETA Renzo: punti 91;

Nuova Cucina Siciliana: punti 90;

Cooperativa Sociale ALFA; punti 80;

Zilch ristorazione: punti 74.

La gara è stata pertanto aggiudicata all'Ati tra BETA Renzo srl, mandataria, e BETADUE Service srl, mandante.

Con nota inviata al Comune la Cooperativa Sociale ALFA ha rappresentato che le prime due classificate dovevano essere escluse, non possedendo tutte le associate il requisito dell'ISO 14000.

Con nota n. 33572 del 27.11.2008 il Responsabile del X Settore del Comune ha risposto che il punto 3.5 del bando di gara, laddove prevede che "la ditta inoltre deve essere in possesso della certificazione di qualità ISO 9001/2000 e ISO 14000", specifica che "le certificazioni di qualità del servizio fanno capo alla Ditta e non alle Ditte facenti parte dell'eventuale Consorzio".

Con atto notificato il 20.12.2008, e depositato il successivo 29.12, la ricorrente ha pertanto impugnato il verbale di gara del 17.11.2008, il bando di gara e la citata nota del 27.11.2008, sostenendo che i requisiti prescritti dal bando debbano essere posseduti da ognuno dei soggetti facenti parte di una Ati o consorzio.

Con ordinanza n. 26 del 14.01.2009 questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare, "in relazione all'onere anche per i soggetti appartenenti al consorzio di documentare il possesso dei requisiti richiesti".

Alla pubblica udienza del 10.02.2009 il ricorso è stato chiamato per la discussione del merito, e posto in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è fondato, e va pertanto accolto.

1. Infatti, contrariamente a quanto sostenuto dal Comune, in caso di partecipazione alla gara – indetta per la aggiudicazione di appalto di servizi – di imprese riunite in associazione temporanea, occorre distinguere nettamente fra i

requisiti tecnici di carattere oggettivo (afferenti in via immediata alla qualità del prodotto o servizio, che vanno accertati mediante sommatoria di quelli posseduti dalle singole imprese), dai requisiti di carattere soggettivo, che devono essere posseduti singolarmente da ciascuna associata (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 13 marzo 2006 n. 398; vedi anche Id., sez. III, 5 maggio 2008 n. 735, che precisa che “costituisce erronea applicazione dell'articolo 83 del Codice degli appalti la commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta che si verifica quando elementi di valutazione specificati nel disciplinare riguardano caratteristiche organizzative e soggettive della concorrente, che afferiscono all'esperienza pregressa maturata dalla concorrente ed al suo livello di capacità tecnica e specializzazione professionale, ovvero ad aspetti che, in quanto tali, possono legittimamente rilevare solo in sede di qualificazione alla gara, e quindi solo quali criteri di ammissione alla stessa e non di valutazione dell'offerta”).

E anche per quanto riguarda i consorzi, l'art. 35 del D.Lgs. 163/06, relativo ai “requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare”, dispone che “i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”.

Pertanto, le due imprese odierne controinteressate avrebbero dovuto essere escluse dalla gara con conseguente aggiudicazione della stessa alla ricorrente.

2. Con il ricorso introduttivo, la ricorrente ha chiesto l'aggiudicazione della gara, e in modo generico, in subordine, la condanna del Comune al risarcimento del danno non inferiore ad € 25.000,00.

Dagli atti del giudizio non risulta se il contratto sia stato, anche solo in parte, eseguito. Pertanto, per le ragioni esposte di seguito, la proposta richiesta di risarcimento del danno non può che intendersi come subordinata all'impossibilità di fatto, per la ricorrente, di svolgere il servizio, nell'eventualità che, a seguito della stipula del contratto con l'originario aggiudicatario, il contratto stesso sia già stato eseguito.

Come è noto, il risarcimento del danno è diretto alla completa restitutio in integrum, per equivalente o in forma specifica, del patrimonio lesa. La reintegrazione in forma specifica rappresenta una modalità risarcitoria alternativa al risarcimento per equivalente, e si concreta in un facere oggetto di condanna. La



sua funzione è quella di ripristinare la situazione antecedente al fatto illecito, e rientra pur sempre nella categoria generale del risarcimento del danno.

Nei confronti delle pubbliche Amministrazioni, alla possibilità di chiedere il risarcimento in forma specifica consegue la condanna della stessa ad un facere specifico, che si può sostanziare anche nel compimento di un atto. La situazione, dai confini ben delineati in presenza di diritti soggettivi soprattutto di natura reale, assume connotati diversi in presenza di interessi legittimi, specie quelli di tipo pretensivo; laddove l'interesse sostanziale, per essere soddisfatto, abbisogna di un'attività della Amministrazione, a differenza degli interessi legittimi oppositivi, in cui si contrasta, sulla base di posizioni precostituite, l'attività provvedimento di tipo autoritativo.

La reintegrazione in forma specifica è di solito riconnessa all'annullamento dell'atto, per cui sarebbe implicita in ogni domanda di annullamento.

Nel giudizio di legittimità, il giudice amministrativo pronunzia, normalmente, quando accolga il ricorso, una sentenza di annullamento dell'atto impugnato, con efficacia retroattiva, per cui il ricorrente ritorna nella medesima posizione che aveva al momento dell'adozione dell'atto annullato.

A seguito delle modifiche ad esso apportate dall'art. 7 della L. n. 205/00, l'art. 7 della L. n. 1034/71 dispone ora che "il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali"; per cui il ricorrente, eventualmente, può chiedere ormai al giudice amministrativo il risarcimento dei danni causati dagli effetti dell'illegittimo provvedimento. Danni, però, non vengono prodotti se l'annullamento consente di ottenere la totale rimozione degli effetti dell'atto, che è come se non fosse mai intervenuto, non solo in diritto, ma anche in fatto.

Infatti, all'effetto, proprio della sentenza di annullamento, di eliminazione dell'atto impugnato, si aggiungono anche altri effetti; tra questi, in primo luogo, l'effetto di ripristinazione, che comporta l'obbligo dell'Amministrazione di ripristinare lo stato di fatto e di diritto preesistente, e che ha la sua giustificazione normativa negli artt. 65, n. 5, e 88 del R.D. 17 agosto 1907 n. 642 (Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato), i quali prescrivono rispettivamente che nella sentenza sia incluso "l'ordine che la decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa", e che "l'esecuzione delle decisioni si fa in via amministrativa".

Tale effetto è inoltre giustificato soprattutto dalla stessa funzione dell'annullamento, e dalla esigenza di assicurarne l'utilità, e va ricollegato ad un contenuto ulteriore della sentenza, oltre il contenuto costitutivo. Da questo punto di vista, l'unico limite può essere individuato nel fatto che la sentenza di annullamento dell'atto non può estendere i suoi effetti sulle prestazioni medio tempore eseguite.

All'effetto di annullamento ed a quello di ripristinazione si aggiunge poi un terzo effetto, cioè quello, detto conformativo, di vincolare la successiva attività dell'amministrazione di riesercizio del potere, anche questo superante i limiti del puro giudizio di annullamento.

Il giudizio amministrativo necessariamente guarda non solo al passato ma anche all'avvenire: l'effettività della tutela dipende infatti da ciò che la sentenza «vincoli» il successivo comportamento dell'Amministrazione al rispetto dei principi posti dalla sentenza stessa.

Ma ciò è possibile solo se ritiene che la pronuncia non abbia soltanto eliminato l'atto amministrativo illegittimo, ma anche identificato il modo corretto di esercizio del potere, e fissato la corretta sistemazione degli interessi, determinando – con valore precettivo per la successiva azione amministrativa – il contenuto concreto del dovere dell'Amministrazione nella specie.

In altri termini, ogni provvedimento amministrativo rappresenta l'esercizio di una specifica potestà amministrativa, la quale consiste nel dare un certo assetto all'interesse che la p.A. intende perseguire e agli interessi, pubblici e privati, eventualmente coinvolti.

Ed allora, quando un privato ritiene illegittimamente lesa una sua situazione giuridicamente garantita, avente i caratteri dell'interesse legittimo, si ha che il ricorrente critica l'assetto conferito agli interessi, ne propone un altro, e chiede al giudice di farlo proprio ed imporlo all'amministrazione. In tal modo, il giudizio amministrativo si conferma un giudizio su un conflitto sostanziale di interessi, poiché la sentenza amministrativa non si limita ad eliminare l'atto, ma necessariamente si pone come attività di identificazione del corretto modo di esercizio del potere (cioè, del corretto assetto di interessi) e cioè come regola del comportamento futuro dell'amministrazione.

Ciò significa che quelli ripristinatori e conformativi vanno considerati, prima che come effetti della sentenza – e tanto meno come effetti esterni – elementi del suo contenuto, nel senso che la sentenza amministrativa impone direttamente all'Amministrazione l'obbligo di compiere le necessarie ripristinazioni e di uniformare l'attività di riesercizio del potere alle regole di azione poste o

confermate dalla pronuncia. Vale a dire che, nell'accertare l'invalidità dell'atto e le ragioni che la provocano, il giudice stabilisce qual è il corretto modo di esercizio del potere e fissa quindi la regola alla quale l'Amministrazione si deve attenere nella sua attività futura.

Ebbene, il risarcimento dei danni copre l'area dell'interesse al bene della vita che non ha ricevuto integrale soddisfazione dalla sentenza di annullamento, nonostante il ricorrente, in diritto, avrebbe dovuto ottenere soddisfazione del suo interesse perché illegittimamente leso dall'atto amministrativo, non rispettoso delle regole previste per la sua produzione e la situazione di fatto dovrebbe essere ripristinata in toto.

La situazione può essere risarcita solo in via eventuale, quando l'effetto ripristinatorio dell'annullamento non ha modo di dispiegarsi pienamente in conseguenza di eventi e fatti, ormai accaduti, e che non possono essere rimossi retroattivamente.

In casi, come quello in esame, in cui il giudice annulla l'aggiudicazione, perché il vincitore doveva essere escluso dalla gara, e vincitore doveva essere il ricorrente, una tale pronuncia produce l'effetto ripristinatorio dell'annullamento, se il ricorrente può ancora eseguire l'appalto; ma se, per esempio, si tratti di servizio nel frattempo eseguito dal primo aggiudicatario, la sentenza di annullamento non consegna al ricorrente la soddisfazione dell'interesse al bene che gli spetterebbe (eseguire il servizio), perché, pur essendo previsto in astratto e stabilito dal giudice, ed essendogli assicurato in diritto, non è consentito in concreto, per essersi avverati dei fatti irreversibili. Subentra, quindi, il risarcimento del danno per equivalente, teso a dare al ricorrente il vantaggio che gli spetta.

Il risarcimento del danno può intervenire, altresì, quando il ricorrente consegua in ritardo l'utilità che l'Amministrazione gli avrebbe dovuto assegnare nei tempi previsti dalle norme sull'azione amministrativa perché, anche qui, il tempo trascorso non può essere recuperato con gli effetti retroattivi dell'annullamento.

Insomma, l'azione risarcitoria completa ed assicura la tutela ripristinatoria, propria della domanda di annullamento, quando quest'ultima non appaghi completamente l'interesse ad ottenere il ritorno alla situazione precedente l'adozione dell'atto illegittimo.

Emerge quindi che tale risarcimento è sussidiario alla domanda costitutiva di annullamento, per completare ed assicurare integrale tutela all'interesse al bene della vita, alla base dell'interesse legittimo.

Da un punto di vista strettamente civilistico, la reintegrazione in forma specifica, date le peculiarità del giudizio amministrativo, viene vista come un istituto speciale, con caratteri propri, del diritto processuale amministrativo. Così che l'eccessiva onerosità per il debitore, prevista dall'art. 2058 c.c., deve essere valutata alla stregua di eccessiva onerosità per il pubblico interesse e per la collettività.

In ambito civilistico, al risarcimento in forma specifica è intitolato l'art. 2058 c.c., il quale, inserito nel titolo sui "fatti illeciti", prevede, al comma 1, che "il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile". Il successivo comma 2 prescrive però che "il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore".

Ma il risarcimento per equivalente presuppone l'impraticabilità della reintegrazione in forma specifica, e non può, quindi, accordarsi a chi rifiuti ingiustificatamente di conseguire direttamente (e senza sue alterazioni essenziali) il bene della vita illecitamente sottrattogli per effetto dell'illegittima aggiudicazione (cfr. Cons. St., sez. V, 18 settembre 2003 n. 5302).

Tale rifiuto, infatti, può quanto meno rivelarsi contrario al principio di buona fede, nonché a quello contenuto nell'art. 1227 cod. civ., poiché "il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza". E nel caso di tempestivo annullamento dell'aggiudicazione, l'impresa non aggiudicataria, una volta ottenuta la pronuncia di annullamento, potrebbe ben evitare, con una reintegrazione in forma specifica, i danni derivanti dalla mancata esecuzione del contratto, quanto meno per la parte non eseguita.

La giurisprudenza afferma che il risarcimento per equivalente ha una funzione residuale e sussidiaria, potendo essere disposto solo quando non sia più possibile l'affidamento dell'appalto (cfr. Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2003 n. 50; Id., sez. V, 6 marzo 2002 n. 1373, precisa che "in caso di annullamento della gara d'appalto il risarcimento del danno in forma specifica, anche attraverso l'adempimento parziale, costituisce un "prius", salvo che il debitore non denunci la maggiore gravosità rimettendosi all'apprezzamento del giudice").

Oltretutto, mentre l'attribuzione al danneggiato del risarcimento per equivalente, invece della richiesta reintegrazione in forma specifica, non viola il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato – in quanto il risarcimento per equivalente, che il giudice può disporre anche d'ufficio, nell'esercizio del suo potere discrezionale, costituisce un minus rispetto alla reintegrazione in forma specifica, cosicché la relativa richiesta è implicita nella domanda giudiziale di reintegrazione in forma specifica – di contro non è consentito al giudice, senza violare l'art. 112 c.p.c., ove sia stato richiesto il risarcimento per equivalente,

disporre la reintegrazione in forma specifica, non compresa, neppure per implicito, in quella domanda così proposta (così Cass. Civ., sez. II, 18 gennaio 2002 n. 552).

Si tratta allora, anche nel caso in esame, di liquidare concretamente il danno, cioè determinare la misura dell'obbligazione pecuniaria (eventualmente) dovuta in sostituzione del bene della vita perduto, nella misura in cui lo sia irrimediabilmente.

Appare utile, a tal riguardo, rammentare che il pregiudizio risarcibile si compone, secondo la definizione dell'art. 1223 cod. civ., del danno emergente e del lucro cessante, e cioè della diminuzione reale del patrimonio del privato, per effetto di esborsi connessi alla (inutile) partecipazione al procedimento, e della perdita di un'occasione di guadagno o, comunque, di un'utilità economica connessa all'adozione o all'esecuzione del provvedimento illegittimo.

Se per la prima voce di danno non si pongono particolari problemi, perchè è sufficiente documentare le spese sostenute, per la seconda si configurano, viceversa, rilevanti difficoltà. Per avere accesso al risarcimento, infatti, il privato deve dimostrare non solo che la sua sfera giuridica ha subito una diminuzione per effetto dell'atto illegittimo, ma che non si è accresciuta nella misura che avrebbe raggiunto se il provvedimento viziato non fosse stato adottato o eseguito.

L'esigenza di ricorrere a criteri presuntivi ed astratti di determinazione del danno è stata avvertita sia dalla giurisprudenza, che ha individuato un preciso canone per la determinazione del pregiudizio connesso alla perdita di un'occasione di successo in una procedura concorsuale, sia dallo stesso legislatore, il quale ha definito, con l'art. 35 del D.Lgs. n. 80/98, un peculiare metodo di liquidazione del danno fondato proprio sulla definizione giudiziale di parametri valutativi indeterminati.

La giurisprudenza amministrativa ha individuato in via equitativa, ex art. 1226 cod. civ., un riferimento positivo, applicato analogicamente in materia di appalti sia di servizi che di forniture, prima nell'art. 345 della l. 20 marzo 1865 n. 2248, allegato F, e poi nell'art. 122 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, entrambi in materia di lavori pubblici, laddove si quantifica nel 10% del valore dell'appalto l'importo da corrispondere all'appaltatore in caso di recesso facoltativo dell'Amministrazione, nella determinazione forfettaria ed automatica del margine di guadagno presunto nell'esecuzione di appalti di lavori pubblici (cfr., ex multis, Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2004 n. 5012).

Più precisamente, l'utile va determinato nella misura del 10% dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato dal ribasso offerto dalla ricorrente, nel senso che tale percentuale va riferita non all'importo considerato nel bando come base d'asta, ma al valore risultante dall'applicazione della percentuale di ribasso offerta dalla impresa ricorrente.

Come già affermato in giurisprudenza, l'ammontare del danno può essere liquidato in via equitativa, secondo i criteri indicati, anche qualora non sia adeguatamente dimostrato dal ricorrente, magari con la dimostrazione che il margine di utile sarebbe stato maggiore di quello presunto, proprio perché quello legato alla mancata aggiudicazione, nei casi in cui la mancata aggiudicataria avrebbe avuto diritto all'appalto, è da considerare danno evento (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 7 maggio 2003 n. 760; Cons. St., sez. V, 8 luglio 2002 n. 3796).

Quindi, per quanto riguarda il danno emergente, non può essere riconosciuto alcun risarcimento, se la ricorrente non fornisce neppure un principio di prova, e non è possibile utilizzare alcun parametro presuntivo.

Nel caso di specie, per quanto concerne il lucro cessante, può essere concesso alla ricorrente il risarcimento, per equivalente, nella misura del 10% dell'importo dell'appalto, solo per la parte di servizio già effettuato, ma non per quella ancora possibile, per la quale il Comune intimato dovrà adottare gli atti necessari a realizzare gli effetti conformativi e ripristinatori della presente sentenza.

Non sembra inutile precisare, in tal senso, che quanto finora precisato non contrasta in alcun modo con la posizione assunta da Cass. Civ., sez. un., 28 dicembre 2007 n. 27169, secondo cui “gli art. 6 e 7 L. n. 205/2000, nonché l'art. 244 D.Lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici), nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del g.a. tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture e, quelle tassativamente indicate, relative alla successiva fase contrattuale, confermano che rientrano nella giurisdizione ordinaria le domande volte ad ottenere la dichiarazione di nullità o di inefficacia ovvero l'annullamento del contratto di appalto per le irregolarità-illegittimità della procedura amministrativa a monte: e quindi, non solo le fattispecie di radicale mancanza del procedimento di evidenza pubblica (o di vizi che ne affliggono singoli atti), ma anche la successiva mancanza legale provocata dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione”.

Infatti, questo Collegio non intende pronunciarsi sulla validità o meno, o sulla inefficacia, del contratto eventualmente già stipulato, ma solo ribadire gli obblighi che da ogni pronuncia di annullamento derivano per l'Amministrazione.

In conclusione, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento della impugnata aggiudicazione.

Le spese seguono la soccombenza, e liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – Sezione staccata di Catania – Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

nell'eventualità che, a seguito della stipula del contratto con l'originario aggiudicatario, il contratto sia già stato eseguito, accoglie, nei sensi di cui in motivazione, la domanda di risarcimento danni, e per l'effetto condanna l'Amministrazione a pagare le somme sopra specificate.

Condanna altresì l'Amministrazione a pagare alla ricorrente le spese di giudizio, liquidate in € 3.500,00, oltre Iva e Cpa come per legge e spese generali al 12,50%, mentre compensa le spese di giudizio tra ricorrente e controinteressate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 10/02/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Vincenzo Salamone, Consigliere

Dauno Trebastoni, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/02/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO