

Antonio Leo Tarasco

**DEL «BUON DIRITTO» NEL GIUDIZIO
AMMINISTRATIVO: VARIAZIONI SUL
TEMA DELLA PROPONIBILITÀ
DELL'AZIONE RISARCITORIA
NELL'OTTEMPERANZA**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

18076 - Sez. I — 2 dicembre 2004 — Pres. Coraggio — Est. Carpentieri — SHD s.r.l. e a. (avv. Abbamonte, Zuppari) c. Seconda università degli studi di Napoli (Avv. Stato).

[3972/2136] Giustizia amministrativa - Questioni pregiudiziali ed incidentali - Eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dall'Università degli Studi di Napoli - Infondatezza - Nel caso di azione proposta avverso l'Azienda Policlinico - Ragioni.

[3972/1044] Giustizia amministrativa - Domanda risarcitoria proposta per la prima volta in sede di - Esecuzione del giudicato amministrativo - Ammissibilità.

[3972/1116] Giustizia amministrativa - Giudicato amministrativo - Finalità - Differenze rispetto al giudicato civile.

È infondata l'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dalla difesa della Seconda Università degli Studi di Napoli, atteso che l'Azienda Policlinico si pone come azienda organo dell'Ateneo campano, priva come tale di autonoma personalità giuridica, di talché l'azione proposta avverso detta Azienda risulta ritualmente proposta nei confronti dell'Università.

È ammissibile la domanda risarcitoria che venga proposta per la prima volta nella sede dell'esecuzione del giudicato (1).

Il giudicato civile è diretto alla stabilizzazione definitiva di un rapporto secondo la regola cristallizzata nella decisione di cognizione e si realizza, di regola, con l'assegnazione finale ed immediata del bene contestato; il giudicato amministrativo (specialmente se formatosi su pretese legittime del privato nei confronti della p.a.) è diretto, invece, alla disciplina della dinamica ulteriore del rapporto, poiché non può assegnare il bene al ricorrente, ma può solo correggere il cattivo esercizio della funzione amministrativa che media il soddisfacimento della pretesa sostanziale del privato. (2).

FATTO E DIRITTO. — (Omissis). — La società ricorrente, in a.t.i. con le società a.t.i. SHD, Sapia, MIT-FENAP, partecipava alla procedura aperta indetta dall'Azienda Universitaria Policlinico della Seconda Università degli Studi di Napoli con bando pubblicato il 6 agosto 2002 per l'appalto dei lavori per la realizzazione « chiavi in mano » del complesso operatorio al secondo piano e ristrutturazione reparto degenze al terzo piano dell'edificio n. 17 del polo Cappella Cangiani.

All'esito delle operazioni di gara — svoltesi nelle sedute della commissione giudicatrice del 10 ottobre e 13 novembre 2002, e del 3 e 17 febbraio 2003 — l'a.t.i. ricorrente era risultata l'unica impresa rimasta in gara a seguito dell'esclusione di tutte le altre concorrenti.

Sennonché dopo l'ultima seduta della commissione, svoltasi il 17 febbraio 2003, « nulla più veniva comunicato alla ricorrente, nonostante i suoi ripetuti solleciti ».

A seguito di accesso agli atti, esperito il 10 giugno 2003, la ricorrente apprendeva dell'intervenuto annullamento della procedura.

Proponendo dunque ricorso dinanzi a questo TAR e otteneva (sentenza n. 12199 del 2003 del 1° ottobre 2003) l'annullamento dell'impugnato provvedimento di autotutela del 19 marzo 2003.

Id., 19 settembre 2001 n. 4485, in *Dir. & formazione*, 2001, 1044.

(1-2) Segue nota di A.L. TARASCO, *Del « buon diritto » nel giudizio amministrativo: variazioni sul tema della proponibilità dell'azione risarcitoria nell'ottemperanza*, *infra*, 189.

Notificata la predetta sentenza in data 15 ottobre 2003, dapprima con nota del 28 novembre 2003 e, poi, con formale atto di diffida e messa in mora notificato il 29 marzo 2004, la società ricorrente richiedeva all'amministrazione di eseguire il giudicato.

A fronte dell'ulteriore inerzia dell'Azienda Universitaria intimata, l'a.t.i. SHD provvedeva a notificare il presente ricorso per l'esecuzione del giudicato, in data 17 giugno 2004.

Con il ricorso per l'esecuzione del giudicato l'a.t.i. ricorrente ha, in particolare, chiesto i seguenti provvedimenti: « a) assegnare alla Azienda Universitaria Policlinico della II Università degli Studi di Napoli il termine perentorio non superiore a trenta giorni per l'esecuzione della predetta sentenza; b) condannare l'Amministrazione inadempiente al risarcimento dei danni patiti dalla ricorrente indicando all'Azienda Universitaria Policlinico della II Università degli Studi di Napoli i criteri in base ai quali risarcire il danno ai sensi e per gli effetti dell'art. 35, d.lg. n. 80 del 1998 come modificato e integrato dalla l. n. 205 del 2000, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica; c) nominare, in contestualità all'emittenda decisione, un Commissario *ad acta* che, decorso inutilmente il termine *sub a)* si sostituisca alle Amministrazioni inadempienti per tutte le necessarie occorrenze ai fini di dare completa e definitiva esecuzione decisione richiamata ».

L'amministrazione universitaria si è costituita ed ha resistito in giudizio eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva, per non essere stata chiamata in giudizio l'Azienda Universitaria Policlinico, e depositando copia del nuovo provvedimento n. 984 del 28 luglio 2004 con il quale il commissario straordinario dell'Azienda Policlinico, dopo aver riavviato il procedimento di autotutela (con comunicazione di avvio del procedimento alla parte ricorrente dato con nota 5434 del 23 dicembre 2003) in esecuzione della sentenza di questo TAR, lo ha concluso con una nuova decisione di autoannullamento, sulla base di una nuova istruttoria e con altra motivazione, donde la conclusione per cui « non vi è spazio per l'adozione delle misure esecutive invocate da parte ricorrente né tanto meno per l'accoglimento di richieste risarcitorie ».

Alla camera di consiglio dell'8 settembre 2004 il ricorso è stato discusso e assegnato in decisione.

Preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di difetto di legittimazione e di incompletezza del contraddittorio sollevata dalla difesa della Seconda Università degli Studi di Napoli, atteso che l'Azienda Universitaria Policlinico si pone come azienda organo dell'Ateneo campano, priva come tale di autonoma personalità giuridica, di talché l'azione risulta ritualmente proposta nei confronti dell'Università degli Studi.

Nel merito il ricorso è solo in parte fondato, limitatamente alla proposta domanda risarcitoria, e può pertanto ricevere accoglimento soltanto nei limiti appresso specificati.

La sentenza della cui esecuzione si tratta ha annullato l'atto di autotutela con cui l'Azienda Universitaria Policlinico aveva autoannullato la procedura di gara oggetto di lite. La sentenza, oltre al vizio procedurale di omissione della comunicazione di avvio del procedimento, ha ritenuto carente l'atto impugnato sotto il duplice profilo della mancanza di istruttoria circa l'assunto, indimostrato, della obsolescenza del progetto di fornitura e di lavori posto a base della gara e della mancata considerazione della natura mista dell'appalto, con prevalenza della fornitura, che non avrebbe perciò dovuto far ritenere essenziale, come invece ritenuto dall'amministrazione nell'atto annullato, il profilo del mancato adempimento degli aspetti procedurali relativi al responsabile del procedimento prescritti dal regolamento generale sui lavori pubblici di cui al d.P.R. 554 del 1999.

Occorre ora domandarsi, nella presente sede del giudizio di ottemperanza, quale sia il vincolo scaturente per l'amministrazione dalla suddetta pronuncia e, di riflesso, quale pretesa tutelata da essa discenda in capo alla società ricorrente vittoriosa.

In primo luogo deve evidenziarsi che nessun accertamento di spettanza dell'appalto può derivare dalla sentenza eseguenda, posto che la procedura annullata in sede di autotutela amministrativa non era pervenuta neppure alla fase dell'aggiudicazione provvisoria, ma aveva subito un arresto procedimentale alla seduta della commissione giudicatrice del 17 febbraio 2003, in occasione della quale non si era andati oltre alla esclusione dell'unica altra concorrente rimasta in gara, per carenza di specificazione delle parti dell'appalto che sarebbero state realizzate dalle singole imprese temporaneamente raggruppate, ma non si

era giunti (a quel che consta dagli atti depositati nel fascicolo dell'Avvocatura dello Stato) neppure alla proposta di aggiudicazione in favore dell'a.t.i. ricorrente, unica rimasta in gara.

Ne deriva che la sentenza in questione non ha attribuito alcun diritto alla società ricorrente in ordine al conseguimento della commessa, ma si è limitata a sanzionare un comportamento scorretto dell'amministrazione, che aveva interrotto immotivatamente la procedura e l'aveva poi annullata senza informare la società ricorrente, unica rimasta in gara, senza consentirle di partecipare al procedimento di riesame e senza compiere un adeguato approfondimento istruttorio sulle ragioni addotte a sostegno della decisione di autotutela.

Ne consegue che l'unica pretesa che l'a.t.i. ricorrente può vantare nei confronti dell'amministrazione, in base alla sentenza di cui chiede l'esecuzione, è quella di essere ammessa a partecipare alla procedura di riesame finalizzata all'annullamento d'ufficio della gara e ad avere un'adeguata motivazione, previa nuova istruttoria, sulle ragioni di tale decisione (salvo naturalmente l'interesse di fatto, che resta peraltro sullo sfondo, come impresa del settore, ad avere un rifacimento *ex novo* della procedura, sempre che all'amministrazione quella fornitura sia ancora utile, a distanza di due anni).

Ciò premesso e chiarito circa la portata e il significato della sentenza di questa Sezione n. 12199 del 2003 della cui esecuzione si tratta, appare chiaro che il comportamento successivamente seguito dall'amministrazione si pone in linea con la *norma agendi* ricavabile dalla pronuncia giurisdizionale suddetta. Né rileva — se non, come si dirà oltre, sul piano risarcitorio per equivalente — la circostanza che il procedimento di rinnovo dell'autotutela amministrativa sia iniziato dopo (peraltro solo di pochi giorni) rispetto al passaggio in giudicato della sentenza di questa Sezione n. 12199 del 2003 del 1° ottobre 2003 (comunicazione di avvio del procedimento di rinnovo dell'autoannullamento del 23 dicembre 2003; sentenza notificata il 15 ottobre 2003, passata in giudicato il 15 dicembre 2003).

L'a.t.i. istante, che null'altro avrebbe potuto ottenere dall'esecuzione della sentenza eseguenda n. 12199 del 2003 se non per l'appunto la partecipazione a una nuova procedura di riesame, adeguatamente istruita e motivata, ovvero, in via di fatto, una nuova procedura di gara inevitabilmente ridefinita nei suoi contenuti prestazionali in ragione dell'oggettiva ampiezza dell'arco di tempo trascorso, non ha invero alcun interesse concreto apprezzabile a dolersi, in questa sede, del nuovo annullamento d'ufficio, ancorché « tardivo » rispetto al passaggio in giudicato della sentenza invocata da essa parte ricorrente.

In questo senso il nuovo procedimento di autoannullamento, opposto dall'amministrazione resistente e conclusosi con il riferito atto n. 984 del 28 luglio 2004, soddisfa le esigenze di giustizia rappresentate nel ricorso impugnatorio e recepite nella sentenza della cui esecuzione si tratta, posto che l'amministrazione, garantendo la partecipazione alla procedura di riesame dell'a.t.i. SHD legittimata a parteciparvi in quanto differenziata e qualificata dall'arresto procedurale subito dalla prima procedura, ha adeguatamente istruito e motivato le ragioni dell'autotutela, nei confronti di un soggetto, l'a.t.i. ricorrente, che nessuna aspettativa qualificata aveva maturato al conseguimento finale dell'appalto oggetto della gara annullata.

Alla luce delle svolte considerazioni le domande di cui ai punti a) e c) del petitum del ricorso per l'ottemperanza in esame, come sopra sintetizzati [« assegnare alla Azienda Universitaria Policlinico della II Università degli Studi di Napoli il termine perentorio non superiore a trenta giorni per l'esecuzione della predetta sentenza; nominare, in contestualità all'emittenda decisione, un Commissario *ad acta* che, decorso inutilmente il termine *sub a)*, si sostituisca alle Amministrazioni inadempienti per tutte le necessarie occorrenze ai fini di dare completa e definitiva esecuzione decisione richiamata »], si palesano infondati, poiché si è dimostrato che l'amministrazione, nel riesercizio della funzione, non si è discostata dal giudicato ed ha assicurato esecutivamente il soddisfacimento della tutela di tipo ripristinatorio adempitivo derivante dall'annullamento giurisdizionale.

Si tratta adesso di esaminare il capo b) della domanda, con il quale parte ricorrente ha chiesto la condanna « dell'Amministrazione inadempiente al risarcimento dei danni patiti, indicando all'Azienda Universitaria Policlinico della II Università degli Studi di Napoli i criteri in base ai quali risarcire il danno ai sensi e per gli effetti dell'art. 35 del d.lg. n. 80 del 1998 come modificato e integrato dalla l. n. 205 del 2000, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica ».

Pregiudiziale all'esame nel merito di questa domanda è la valutazione della sua ammissibilità in rito, in quanto domanda risarcitoria proposta per la prima volta nella sede del giudizio di esecuzione del giudicato (difatti la eseguenda sentenza n. 12199 del 2003 non fa menzione, né nell'epigrafe, ove è riportato il *petitum* del ricorso originario, né nel dispositivo, di una domanda di risarcimento proposta nella sede impugnatoria di cognizione).

La Sezione ha già in precedenti pronunce affermato l'ammissibilità della proposizione della domanda risarcitoria per la prima volta nella sede dell'esecuzione del giudicato (TAR Campania, Napoli, sez. I, 8 febbraio 2001 n. 603 e 19 settembre 2001 n. 4485).

La tesi, anche se contrastata da alcune pronunce di segno contrario del giudice d'appello (Cons. St., sez. IV, 1° febbraio 2001 n. 396; 29 luglio 2003 n. 4353), presso il quale non sembrano peraltro mancare posizioni possibiliste (Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2003 n. 1077; sez. IV, 6 ottobre 2003 n. 5820; sez. VI, 8 marzo 2004 n. 1080), merita di essere ribadita.

La tesi favorevole alla proposizione diretta in sede di ottemperanza della domanda risarcitoria poggia, essenzialmente ed in sintesi, sulle seguenti considerazioni (relative benvero a ipotesi, quali quella oggetto della presente sentenza, in cui il giudicato lascia in capo alla p.a. significativi margini di discrezionalità nel riesercizio della funzione).

1) Il principio del doppio grado di giudizio osterebbe alla sola proponibilità dinanzi al Consiglio di Stato della domanda risarcitoria in sede di ottemperanza, ma non riguarda l'ipotesi in cui il giudizio è incardinato dinanzi al giudice di primo grado; peraltro, non si è mai posto un problema di violazione del principio del doppio grado in tutti i casi in cui il giudice d'appello è giudice unico dell'esecuzione delle sentenze di riforma ancorché, come è noto, si ammetta l'appellabilità — limitatamente al loro contenuto cognitorio — delle sentenze rese dai TAR in sede di ottemperanza. Inoltre, l'esecuzione delle sentenze di appello di riforma della pronuncia di primo grado possono dar luogo a pronunce (parzialmente) cognitive rese in unico grado, per le quali certo non vi è appello sulla eventuale parte cognitoria della pronuncia (il che non è mai stato posto come un problema).

2) L'esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento si discosta notevolmente dal modello del processo di esecuzione di cui al Libro terzo del c.p.c. Nell'esecuzione civile si tratta di eseguire (di regola) sentenze di accertamento e di condanna, che hanno stabilito la spettanza di diritti e richiedono un'azione di mera esecuzione in senso stretto (volta a realizzare lo spostamento patrimoniale dalla sfera soggettiva del soccombente a quella dell'attore vincitore). Nel caso del giudicato amministrativo di annullamento si ha a che fare invece con pronunce costitutive la cui esecuzione — stante l'autoesecutività dell'effetto cassatorio — consiste in un'attività eminentemente di cognizione rivolta a ricostruire, precisare e chiarire lo *jussum* impartito dall'organo giurisdizionale all'amministrazione, contenuto nella sentenza di annullamento solo « in negativo » (in forma indiretta, incompleta e condizionata). Ne consegue l'inapplicabilità all'esecuzione del giudicato amministrativo di annullamento della regola processuale della necessaria continenza dell'esecuzione nell'area dell'accertamento consolidatosi nel giudicato di cognizione.

3) La tutela giurisdizionale amministrativa di legittimità presenta una caratteristica formazione progressiva, in una linea di sostanziale continuità tra cognizione ed esecuzione del giudicato. Questa formazione progressiva è evidente soprattutto nella nuova giurisdizione esclusiva e piena del g.a. sulle gare d'appalto. Questo assunto vuole dire che, di fronte all'agire amministrativo, che è indefettibile e continuo, l'intervento giurisdizionale interviene come una parentesi di controllo e di correzione incidente sulla dinamica dei procedimenti. Il g.a. rende giustizia al ricorrente non solo e non tanto eliminando dal mondo giuridico l'atto illegittimo, ma anche e soprattutto (in specie allorché si tratti di interessi pretesivi) correggendo il corso dell'azione amministrativa, immettendo una regola dell'agire amministrativo volta a guidarne e a condizionarne l'ulteriore svolgimento. Così stando le cose, è evidente che, al momento della pronuncia di annullamento, il giudice non dispone (di regola) di elementi sufficienti per decidere una domanda di risarcimento per equivalente, occorrendo aspettare e verificare come l'amministrazione rierciterà la funzione (cfr., per un caso significativo, Cons. St., sez. V, 7 aprile 2004 n. 1980, che dispone l'esecuzione in forma di risarcimento della precedente sentenza della stessa Sezione n. 505 del 2003, nella quale si era stabilito che « ove non fosse più possibile l'affidamento del servizio, potrà avere ingresso la domanda di risarcimento del danno per equivalente »). Ne consegue che l'esecuzione del

giudicato si pone come la sede più appropriata per una effettiva e conclusiva « scelta » — aderente ai fatti e al concreto sviluppo del riesercizio della funzione amministrativa — tra ripristino della legalità in via adempitivo-esecutiva, con adeguamento dell'azione amministrativa al canone di legalità, e risarcimento per equivalente. Anche da questo angolo di visuale risulta ulteriormente rimarcata la differenza essenziale tra l'esecuzione del giudicato civile e l'attuazione del giudicato amministrativo: il giudicato civile è diretto alla stabilizzazione definitiva di un rapporto secondo la regola cristallizzata nella decisione di cognizione e si realizza, di regola, con l'assegnazione finale e immediata del bene conteso; il giudicato amministrativo (in specie se formatosi su pretese legittime del privato nei confronti della p.a.) è diretto invece alla disciplina della dinamica ulteriore del rapporto, poiché non può assegnare il bene al ricorrente, ma può solo correggere il cattivo esercizio della funzione amministrativa che media il soddisfacimento della pretesa sostanziale del privato.

4) La proposta ricostruzione si inquadra perfettamente nel canone, che caratterizza la giurisdizione generale di legittimità, della priorità logico-giuridica del rimedio di tipo ripristinatorio-adempitivo, proprio dell'annullamento, rispetto al rimedio risarcitorio, in forma specifica o per equivalente (canone ribadito da C. Cost. 6 luglio 2004 n. 204). Secondo un principio di piena effettività della tutela erogata dal g.a., il giudizio di ottemperanza, in quanto momento elettivo per la cognizione della domanda di risarcimento per equivalente, una volta esauriti i rimedi di tipo ripristinatorio, si configura come fase rescissoria seguente a quella rescindente (costituita dal giudizio di annullamento). Alla fase dell'annullamento, in cui viene rimosso l'ostacolo giuridico al soddisfacimento della pretesa del ricorrente, segue la fase rescissoria della ricostruzione « in chiaro » della regola amministrativa, in cui vengono poste le condizioni per un riesercizio satisfattivo della funzione, ovvero, in via residuale, per un ristoro pecuniario della lesione subita dal ricorrente vittorioso. Nel quadro ricostruttivo ora in sintesi richiamato si innesta, a rafforzare la tesi della gradualità della formazione progressiva della tutela giurisdizionale amministrativa, la chiarificazione, ormai intervenuta, sulla distinzione tra azione c.d. « di adempimento » e azione di risarcimento, in forma specifica o per equivalente (Cons. St., sez. VI, 18 luglio 2002 n. 3338; 25 marzo 2003 n. 1551 e 3 aprile 2003 n. 1716; sez. V, 15 marzo 2004 n. 1280).

5) La soluzione qui sostenuta soddisfa, infine, evidenti ragioni (non solo pratiche, ma anche di logicità del sistema) di economia dei mezzi giuridici e processuali e di celerità del « servizio giustizia ». Posto che la giurisprudenza prevalente (Cons. St., sez. VI, 20 giugno 2003 n. 3689; sez. V, 2 marzo 2000 n. 1069; TAR Lazio, sez. III, 17 maggio 2002 n. 4455) pretende ormai, pur nel silenzio della legge, la notifica del ricorso introduttivo del giudizio di esecuzione del giudicato amministrativo (nel caso di specie il ricorso risulta ritualmente notificato all'amministrazione, che si è costituita ed ha resistito in giudizio), non si comprende a cosa debba servire l'affermazione della necessità per il ricorrente vittorioso nel giudizio di annullamento di proporre un diverso e autonomo ricorso, sempre dinanzi al g.a., volto all'accertamento della responsabilità della p.a. e alla sua condanna al risarcimento dei danni per equivalente. Il momento e la sede appropriati per la proposizione della domanda risarcitoria sono costituiti dal giudizio di ottemperanza (con eventuale graduazione delle domande), posto che se la domanda risarcitoria fosse presentata contestualmente al ricorso di annullamento, essa verrebbe normalmente respinta per mancanza di prova dei suoi elementi costitutivi e per la sua sostanziale inattualità (residuando un margine di riesercizio discrezionale della funzione amministrativa); se fosse presentata con un autonomo e separato ricorso parallelo a quello di ottemperanza, si avrebbe una inutile duplicazione di giudizi, poiché la domanda risarcitoria sarebbe inevitabilmente condizionata alla disamina di quella di ottemperanza, dipendendo l'accogliibilità della domanda di risarcimento per equivalente in larga parte dall'esito del giudizio sul modo in cui l'amministrazione si è comportata dopo la pronuncia di annullamento (dove la necessità, comunque, di riunione dei giudizi e di decisione con un'unica sentenza: cfr. TAR Veneto, sez. I, 20 novembre 2003 n. 5778; sulla convertibilità del ricorso in ottemperanza in ricorso di cognizione, Cons. St., sez. VI, 20 giugno 2003 n. 3689); ragion per cui il ricorrente vincitore, secondo la tesi che nega l'ammissibilità della domanda risarcitoria contestuale a quella di ottemperanza, si vedrebbe costretto a proporre un terzo e autonomo giudizio, successivo a quello per l'ottemperanza, se e nei limiti in cui in base alla sentenza che ha deciso quest'ultimo giudizio residui uno

spazio di risarcibilità del danno per equivalente. Soluzione, questa, del tutto illogica e antieconomica, che dilata nel tempo e sfoca la concretezza di una tutela efficace del ricorrente che ha avuto ragione, senza un'effettiva ragione giuridica o pratica che giustifichi un siffatto appesantimento del meccanismo della tutela giurisdizionale.

In conclusione, deve confermarsi l'assunto della proponibilità per la prima volta in sede di esecuzione del giudicato della domanda di risarcimento del danno per equivalente. Il relativo capo del *petitum* è dunque ammissibile.

Circa il merito di tale domanda risarcitoria, occorre premettere che può prescindersi in questa sede da ogni indagine in ordine al titolo di tale responsabilità (aquiliana, precontrattuale, contrattuale o quasi-contrattuale), posto che nessun dubbio applicativo viene in rilievo (nessuna ipotesi prescizionale sarebbe matura; l'indagine sulla sussistenza della lesione ingiusta e sull'imputabilità-colpa o inescusabilità della p.a. è comunque imprescindibile) ed è bastante, quale fondamento dell'azione, il richiamo alla norma speciale contenuta nel secondo periodo del comma 3, dell'art. 7, l. n. 1034 del 1971, come modificato dapprima dal d.l.g. n. 80 del 1998 e poi dalla l. n. 205 del 2000.

Orbene, nella fattispecie in esame, come sopra sintetizzata, si assiste a un caso di comportamento chiaramente scorretto dell'amministrazione che, in violazione delle norme di legge che impongono la partecipazione del privato e la adeguata motivazione degli atti, nonché in violazione delle regole non scritte di logicità e razionalità dell'azione amministrativa che richiedono una previa, adeguata istruttoria sulla scelta amministrativa da compiere, ha interrotto una procedura di gara, giunta ormai alla sua conclusione, ed ha annullato il procedimento, incorrendo nei suindicati vizi di legittimità formale e sostanziale.

Ritiene il Collegio che questa condotta dell'amministrazione, contraria a diritto e non autorizzata da alcuna norma di legge, costituisca espressione di negligenza e imperizia e abbia cagionato senz'altro un danno (perciò ingiusto) all'impresa ricorrente che, unica rimasta in gara (a torto o a ragione) aveva maturato un'aspettativa (ancorché solo di fatto) meritevole di tutela e pur non potendo vantare (come sopra chiarito) alcun « diritto » al conseguimento dell'appalto, aveva però sicuramente raggiunto una posizione differenziata e qualificata che le dava « diritto » a conoscere tempestivamente la sorte della gara, a partecipare al procedimento di autotutela e a potere comunque interloquire preventivamente su tale esito sfavorevole.

In ordine al *quantum* del danno risarcibile, occorre in primo luogo ribadire quanto sopra già ampiamente puntualizzato: l'a.t.i. ricorrente non ha conseguito alcun accertamento di « spettanza » dell'appalto; la procedura annullata in sede di autotutela amministrativa non era pervenuta neppure alla fase dell'aggiudicazione provvisoria.

Ciò di cui può fondatamente dolersi l'a.t.i. ricorrente è dunque (soltanto) la scorrettezza dell'azione amministrativa (per la mancata informazione e partecipazione alla decisione di annullare la gara) e il ritardo nella rideterminazione negativa di annullamento della gara (seguita dopo oltre un anno (provvedimento n. 984 del 28 luglio 2004) dopo il passaggio in giudicato della sentenza n. 12199 del 2003 (danno da ritardo connesso allo stato di incertezza ingenerato nella ricorrente, che avrebbe potuto destinare altrove le proprie risorse imprenditoriali).

Le voci di danno risarcibili sono, dunque, quelle del danno da scorrettezza dell'amministrazione e quella del danno da ritardo.

Aderendo all'indirizzo prevalente che ammette la configurazione delle suddette specie di responsabilità riguardo all'agire procedimentalizzato della p.a. (Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457; sez. VI, 15 aprile 2003 n. 1945; Cass., sez. I, 10 gennaio 2003 n. 157; TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 maggio 2004 n. 1070; sul danno da ritardo Cons. St., sez. VI, 12 marzo 2004 n. 1261), ritiene il Collegio che la quantificazione, da compiersi inevitabilmente in base a criteri equitativi, debba assommare alla complessiva misura di euro 5.000,00, di cui euro 2.500,00 per danno emergente da spese di (inutile) partecipazione alla gara, ed euro 2.500,00 per danno da ritardo scorretto e indebito nella definizione della procedura di riesame condotta dall'amministrazione intimata.

Sulla sorta capitale spettano gli interessi, al tasso legale, dalla data della presente pronuncia di liquidazione fino all'effettivo soddisfo. Non spetta il maggior danno da

svalutazione monetaria, sia perché non documentato, sia perché già sostanzialmente assorbito nella misura del saggio legale degli interessi. (*Omissis*).

[3972/11968] Del « buon diritto » nel giudizio amministrativo: variazioni sul tema della proponibilità dell'azione risarcitoria nell'ottemperanza.

La sentenza in commento del TAR Campania si segnala per la rara chiarezza concettuale con cui sviluppa e risolve il nodo dei rapporti intercorrenti tra giudizio di ottemperanza e azione risarcitoria.

Il problema posto ai giudici amministrativi campani concerne l'ammissibilità della domanda risarcitoria per la prima volta in sede di ottemperanza al giudicato formatosi in un giudizio ove il ricorrente (vittorioso) non ha proposto istanza risarcitoria.

Con la sentenza n. 18076 del 2004, la I sezione del TAR Campania conferma il proprio orientamento giurisprudenziale inaugurato con le sentenze n. 603 e 4485 del 2001, e nel contempo chiarisce ulteriormente le ragioni alla base della propria opzione ermeneutica disattesa dalla giurisprudenza dominante del Consiglio di Stato (le letture giurisprudenziali non possono che partire da TAR Campania, sez. I, 4 ottobre 2001 n. 4485 e Cons. Stato, sez. IV, 1° febbraio 2001 n. 396, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 663, con nota di S. VALAGUZZA, *Giudicato di annullamento ed effetti risarcitori*, ivi, 2002, 685 ss.; TAR Campania, sez. I, 29 luglio 2003 n. 4353, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, 2206; TAR Campania, sez. I, 8 febbraio 2001 n. 603, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 125, con nota critica di M. INTERLANDI, *Azione di annullamento ed azione risarcitoria: la regola della pregiudizialità esiste ancora? Alcune riflessioni su una sentenza « a passo di gambero »*).

Il TAR partenopeo conclude per l'ammissibilità della domanda risarcitoria nel giudizio di ottemperanza sulla base di una preliminare e fondamentale considerazione: la diversità ontologica del processo esecutivo civile rispetto al giudizio di ottemperanza.

Nel processo esecutivo civile, infatti, la pretesa che l'attore fa valere è, quella identica, cristallizzata nel giudicato: la parte vittoriosa non può chiedere al giudice dell'esecuzione un *quid* diverso rispetto alla *regula juris* contenuta nel giudicato. Il giudizio esecutivo civile, in altri termini, è di pura ed esclusiva esecuzione, avendo un oggetto ben definito e determinato, non suscettibile di « ampliamento » od « estensione » a causa dell'assenza di profili cognitori. Esso è diretto — secondo la sentenza del TAR Campania n. 18076 in commento — alla « stabilizzazione definitiva di un rapporto secondo la regola cristallizzata nella decisione di cognizione e si realizza, di regola, con l'assegnazione finale e immediata del bene conteso ».

Non così, invece, il giudizio di ottemperanza, che oltre al momento attuativo del giudicato presenta in sé un nucleo di cognizione. Il nucleo cognitorio si ravvisa nel dato per cui il giudice dell'ottemperanza è chiamato ad accertare l'effettiva esecuzione del giudicato, verificando se il comando contenuto nella sentenza sia stato attuato o meno e, quindi, se la p.a. — successivamente all'annullamento dell'atto illegittimo — abbia osservato le prescrizioni del g.a., corretto la propria azione e, in definitiva, se abbia soddisfatto o meno la pretesa del ricorrente vittorioso (di qui, tra l'altro, il fondamento del potere del giudice dell'ottemperanza di distinguere tra atti apertamente *violativi* del giudicato ed atti *elusivi* di questo).

La caratteristica infungibile del giudicato si ricollega alla priorità della tutela annullatoria rispetto alla tutela risarcitoria, secondo le indicazioni contenute nella fondamentale sentenza di C. Cost. 6 luglio 2004 n. 204 (in *Foro amm. - C.d.S.*, 2004, 1895, con *Osservazioni* di R. IANNOTTA, e note di F. SAITTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: al sentenza della C. Cost. n. 204 del 2004*, *ivi*, 2004, 1903 ss.; C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte Costituzionale alla prova dei fatti*, *ivi*, 2004, 1908 ss.; D. SICLARI, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa sulle controversie afferenti alla vigilanza sul credito: una conferma implicita e alcune incertezze residue*, *ivi*, 2004, 1918 ss. Secondo la Consulta (punto 3.4. della motivazione in diritto), l'attribuzione al g.a. del potere di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto (art. 7, l. n. 205 del 2000, che novella l'art. 35, d.lg. n. 80 del 1998), « non costituisce sotto alcun profilo una nuova materia attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della p.a. » (C. Cost. n. 204 del 2004). Pertanto, la tutela risarcitoria appare, nell'*obiter dictum* di C. Cost. n. 204 del 2004, come un mezzo di tutela complementare rispetto all'annullamento dell'atto amministrativo e/o all'eventuale ordine che il g.a. impartisce alla p.a. di adottare una determinata condotta ritenuta conforme al diritto (sul punto, si veda P. CARPENTIERI, *La sentenza della Consulta 204 del 2004 e la pregiudiziale amministrativa*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 1121 ss.). In siffatta concezione, ne consegue che la tutela risarcitoria non può essere considerata come perfettamente equivalente rispetto alla classica tutela « demolitoria e/o conformativa »: il *prius* è l'annullamento dell'atto amministrativo e il conseguente ordine che il g.a. impartisce alla p.a. al fine di soddisfare la pretesa fatta valere dal ricorrente e riconosciuta meritevole dall'organo giudicante. È per questa ragione che la tutela risarcitoria non può che venire dopo quella annullatoria; e ciò non solo logicamente ma anche cronologicamente, dato che il giudice deve dapprima verificare la puntualità dell'adempimento della p.a. alla *regula juris* prescritta nel giudicato e — corrispondentemente — il soddisfacimento o meno della pretesa vantata dal ricorrente.

Accanto all'annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, il g.a. rende giustizia al privato anche impartendo nella sentenza una regola giuridica cui l'amministrazione dovrà adeguarsi nella « riedizione » dell'azione amministrativa. In altri termini, il giudicato amministrativo è diretto alla « disciplina della dinamica ulteriore del rapporto, poiché non può assegnare il bene al ricorrente, ma può solo correggere il cattivo esercizio della funzione amministrativa che media il soddisfacimento della pretesa sostanziale del privato » (TAR Campania n. 18076 del 2004, cit.).

È per questo che al momento dell'annullamento il g.a. può non disporre di tutti gli elementi per condannare la p.a. al risarcimento del danno ingiusto; egli deve « aspettare e verificare come l'amministrazione riercherà la funzione ». In seguito all'annullamento dell'atto amministrativo, il privato potrebbe trovare soddisfacimento alla propria pretesa attraverso il corretto agire della p.a., ottenendo, ad esempio, l'ostensione dell'atto richiesto o l'aggiudicazione della gara prima negata; così come, per converso, accertato l'ulteriore inadempimento della p.a. rispetto a quanto prescritto dal g.a., e l'impossibilità (o l'inutilità per il ricorrente) di una successiva correzione del potere amministrativo, il privato

potrebbe scegliere (o vedersi costretto a scegliere) la tutela risarcitoria per equivalente.

Tale valutazione — lo si intuisce — è possibile unicamente in sede di ottemperanza, che si pone come la sede processuale privilegiata per verificare il soddisfacimento della pretesa del privato e decidere tra « ripristino della legalità in via adempitivo-esecutiva, con adeguamento dell'azione amministrativa al canone di legalità, e risarcimento per equivalente » (TAR Campania n. 18076 del 2004).

La tesi sostenuta dalla giurisprudenza del TAR Campania, (solo) parzialmente condivisa dai giudici di Palazzo Spada (Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2003 n. 1077 e sez. IV, 6 ottobre 2003 n. 5820, in www.giustizia-amministrativa.it) e confortata da una parte degli studiosi (sia consentito rinviare a A. L. TARASCO, *Poteri del g.a. tra ottemperanza e risarcimento: è sufficiente l'annullamento nel « processo amministrativo del risultato »?* in *Foro amm. - C.d.S.*, 2002, 2699 ss.), oltre a mostrarsi rispettosa della struttura (e, soprattutto, della peculiarità) del processo amministrativo, soddisfa anche evidenti e non trascurabili esigenze pratiche: perché imporre al ricorrente di adire due volte il g.a. per ottenere completo soddisfacimento dell'unica pretesa al bene della vita fatta valere? La duplicazione dei giudizi sarebbe — secondo la sentenza n. 18076 che si annota — « inutile », oltre che « illogica ed antieconomica ». Infatti, se la domanda risarcitoria « fosse presentata contestualmente al ricorso di annullamento, essa verrebbe normalmente respinta per mancanza di prova dei suoi elementi costitutivi e per la sua sostanziale inattualità », potendo l'Amministrazione soddisfare la pretesa del ricorrente adeguandosi al *dictum* del g.a. Viceversa, se l'azione risarcitoria fosse presentata autonomamente, giocoforza essa sarebbe condizionata all'esito del giudizio di ottemperanza « dipendendo l'accogliibilità della domanda di risarcimento per equivalente in larga parte dall'esito del giudizio sul modo in cui l'amministrazione si è comportata dopo la pronuncia di annullamento », con conseguente necessità di riunione dei due giudizi (TAR Veneto, sez. I, 20 novembre 2003 n. 5778, in *Foro amm. - TAR*, 2003, 3201).

Pertanto, diversamente da quanto sostenuto dal Consiglio di Stato (sez. IV, n. 396 del 2001 e n. 4353 del 2003, cit.), appare corretto individuare nell'istanza risarcitoria avanzata dal ricorrente successivamente alla domanda di annullamento del provvedimento lesivo non già un inammissibile mutamento del *petitum*, quanto un modo attraverso cui pervenire ad un completo ristoro tutte le volte in cui la tutela demolitoria appaia inutile, inadeguata od impossibile per sopravvenienze in fatto o in diritto. E ciò non solo quando il ricorrente proponga azione risarcitoria in primo grado ma anche quando questa venga formulata per la prima volta in appello, non potendo la domanda risarcitoria nascente dalla lesione dell'interesse legittimo essere riguardata come un *quid novi* rispetto alla domanda di annullamento del provvedimento amministrativo lesivo di quella medesima posizione di interesse legittimo: poiché unico è il bene della vita fatto valere e unica è la pretesa azionata, il ristoro della posizione giuridica lesa può avvenire attraverso il nuovo esercizio dell'attività amministrativa ovvero, in caso di inottemperanza della p.a. e conseguente impossibilità od inutilità di un provvedimento amministrativo favorevole per il ricorrente, con una reintegrazione risarcitoria per equivalente.

È evidente come in tal caso potrebbe apparire già *consumato* un grado di giudizio, in (possibile) violazione dell'art. 125 Cost., discutendosi di una questione direttamente dinanzi al Consiglio di Stato piuttosto che al giudice di prime cure (sulle impugnazioni amministrative, G. LEONE, *Le impugnazioni nel*

processo amministrativo. Profili generali, Napoli, 1988; sul principio del doppio grado di giudizio, in part., *op. ult. cit.*, 13 ss., e bibliografia ivi citata. In argomento, si veda inoltre C. E. GALLO, voce *Appello nel processo amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, 315 ss.; Id., *Contributo allo studio della invalidità degli atti processuali nel giudizio amministrativo*, Milano, 1983). Ma al riguardo possono formularsi due osservazioni.

In primo luogo, anche se eccezionale, quella in argomento non è certo l'unica ipotesi in cui un giudizio cognitorio si sviluppa direttamente in secondo grado. Per le sentenze di secondo grado, infatti, il giudizio di ottemperanza — in cui, come accennato *supra*, i profili cognitori sono ineliminabili — si svolge davanti al Consiglio di Stato, e non già in primo grado.

In secondo luogo, la perdita di un grado di giudizio diventa un *falso problema* se si considera l'unitarietà del bene della vita che si domanda, e che si « spezzetta » prima in una domanda di annullamento del provvedimento lesivo e poi, se del caso, in una pretesa alla monetizzazione del bene della vita inizialmente fatto valere.

In questo senso, sembrerebbe corretto parlare di finalismo del giudizio amministrativo, di unicità della pretesa fatta valere dal ricorrente tratta, a sua volta, dal « buon diritto » del privato (L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, II, 299 ss.; Id., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, *ivi*, 2005, 1 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula « amministrazione per risultati »*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2003; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2002, 107 ss.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; da buon ultimo, A. L. TARASCO, *Poteri del g.a. tra ottemperanza e risarcimento*, *cit.*, *passim*); pretesa che può assumere la forma dell'istanza demolitoria ovvero di quella risarcitoria, a seconda delle esigenze e della fase del giudizio amministrativo, ferma restando la necessità dell'apprezzamento che il g.a. deve svolgere allorché venga nuovamente adito dal ricorrente che lamenta l'inottemperanza al giudicato.

ANTONIO LEO TARASCO