

Legge obiettivo

Concessione di costruzione di infrastrutture strategiche senza gara e risarcimento del danno

T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 2 novembre 2004, n. 5575

Pres. Riccio - Est. Dongiovanni - ASSIMPREDIL e I.C.G. s.r.l. c. ANAS S.p.a. e Milanomare-Milano Tangenziali S.p.a. ed altri

Esiste la legittimazione congiunta da parte dell'associazione di categoria e dell'impresa concorrente ad impugnare l'affidamento diretto senza gara della costruzione e gestione di opere strategiche, essendo esse portatrici rispettivamente di un interesse collettivo e di un interesse proprio all'adozione dell'ordinaria procedura di evidenza pubblica.

Anche l'aggiudicazione di opere strategiche per concessione o l'affidamento di esse ad un contraente generale ex art. 10 D.Lgs. n. 190/2002 vanno fatti obbligatoriamente secondo gli strumenti concorsuali della licitazione privata o dell'appalto concorso, sia per manifestare i motivi per i quali l'operazione negoziale viene formata e per consentire il sindacato esterno, sia per tutelare i principi di libera concorrenza e di *par condicio*.

Il possibile ricorso a procedure negoziate in regime derogatorio all'evidenza pubblica, anche per quanto riguarda le procedure di realizzazione delle infrastrutture strategiche, stante i principi portanti di libera concorrenza e di *par condicio*, assume nell'ordinamento comunitario di cui all'art. 7, comma 3, b), c), d), della direttiva n. 93/37/CEE carattere tassativo e deve essere accompagnato da accertamento rigoroso della fattispecie e da motivazione adeguata da parte della stazione appaltante che vi faccia ricorso.

Non è accoglibile la domanda di risarcimento del danno per equivalente pecuniario quando in una possibile gara virtuale non è dato conoscere il numero e l'entità delle imprese interessate alla procedura selettiva per l'indubbia difficoltà anche a riconoscere un eventuale risarcimento per perdita di chance.

Costituisce *quid novi* in relazione al *petitum* e alla *causa petendi* e come tale è inaccoglibile anche per perdita di *chance* per violazione del principio processuale di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, la domanda di risarcimento del danno articolata soltanto sotto i profili del risarcimento pari al 10% dell'importo dei lavori affidati e della determinazione equitativa rimessa alla prudente valutazione del giudice.

Diritto

Omissis

5. Va, ora, affrontata la questione relativa alla carenza di interesse ed al difetto di legittimazione attiva delle ricorrenti sollevata dalle difese della Provincia di Milano, di Milano Mare, Valdata, SISPAI ed Itinera.

Con riferimento ad Assimpredil, le difese resistenti sostengono che:

– la legittimazione ad agire delle associazioni di categoria sussiste solo per far valere interessi propri e non quelli dei singoli appartenenti che aspirano a diventare aggiudicatari dei lavori in argomento: peraltro, gli interessi della categoria non devono entrare in conflitto con quelli di altri associati, come nel caso di specie, dove Valdata risulta iscritta all'ANCE (associazione naziona-

le), alla quale aderisce la stessa Assimpredil (associazione territoriale);

– manca l'interesse a ricorrere in merito alle determinazioni che coinvolgono i rapporti concessori tra ANAS e Milano Mare in quanto Assimpredil, diversamente da AISCAT (che riunisce le società concessionarie), rappresenta le imprese edili che non possono aspirare a diventare concessionarie di lavori pubblici.

A carico di ICG s.r.l., le stesse difese lamentano la mancanza di interesse sul rilievo che tale società, oltre a non poter diventare concessionaria di lavori pubblici, non è in possesso dei requisiti soggettivi necessari per partecipare alla gara ad evidenza pubblica delle opere in argomento il cui valore, come detto, ammonta complessivamente a circa 69 milioni di euro.

Non è, infatti, un caso che, nella procedura già avviata

per appaltare i residui lavori (detratti quelli in corso di esecuzione, per cui è causa, pari a 6 milioni di euro) che ammontano a circa 63 milioni di euro, la società non abbia chiesto di partecipare alla selezione.

Le eccezioni sono infondate.

Giova, sul punto, delimitare l'oggetto della controversia.

Le ricorrenti lamentano la mancata adozione da parte dei soggetti coinvolti nella vicenda (in particolare, ANAS e Milano Mare) delle ordinarie procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori (dell'ammontare di circa 6 milioni di euro), inerenti alla realizzazione delle opere strettamente necessarie a garantire l'accessibilità al Polo Fieristico di Rho - Pero.

Ora, Assimprendil fa valere un interesse di categoria teso ad ottenere che gli affidamenti in argomento si svolgano tramite gare pubbliche onde poter assicurare ai propri associati una *chance* di aggiudicazione mentre la società ICG, che come la prima non aspira a diventare concessionaria autostradale, ovvero non intende essere affidataria dell'intera opera di che trattasi (del valore, come detto, pari a circa 69 milioni di euro), desidera partecipare alla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento delle opere in argomento, parte delle quali (quelle cioè strettamente necessarie del valore di circa 6 milioni di euro) sono state affidate direttamente da Milano Mare a Valdara.

Ciò posto, è noto al Collegio (cfr T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, n. 2375/2004) il principio secondo cui, nel processo amministrativo, le associazioni di categoria possono far valere in giudizio gli interessi collettivi di cui sono portatrici a condizione che risulti con certezza che gli interessi individuali dei propri iscritti siano univocamente conformi a quello a tutela del quale l'associazione agisce e non siano in contrasto, neanche potenzialmente, tra loro (Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2003, n. 93).

Ritiene, nondimeno, la Sezione che tale arresto, in sé condivisibile, non riguardi il caso di specie atteso che l'interesse su cui poggia la legittimazione delle associazioni di categoria ad agire in giudizio non corrisponde alla somma degli interessi individuali dei singoli iscritti ma ha carattere collettivo, essendo riferita alla categoria considerata in modo oggettivo, complessivo ed unitario. Nella specie è in contestazione l'affidamento diretto dei lavori in argomento, senza il previo esperimento di una gara pubblica, da ANAS a Milano Mare e da questa a Valdara, con conseguente esclusione di tutte le imprese potenzialmente interessate.

Come è dato constatare l'associazione di categoria ricorrente agisce a tutela di un interesse collettivo di cui essa è organismo esponenziale e non già a favore degli interessi individuali di alcuni associati contro altri, nel qual caso l'azione sarebbe inammissibile, giacché compito precipuo dell'associazione di categoria è quello di porre i conflitti tra gli associati.

Ebbene, nel caso in cui, come nella specie, nell'atto im-

pugnato sia effettivamente riconoscibile una capacità lesiva di interessi unitari di una determinata categoria di soggetti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 1999 n. 69; *id.*, 1° luglio 2002 n. 3586), il relativo ente esponenziale è legittimato a far valere in giudizio tali ragioni, ancorché uno o più iscritti siano indifferenti a tale scelta illegittima e vi si adeguino per conseguire vantaggi, anche sugli altri iscritti, altrimenti non raggiungibili.

Invero, la legittimazione attiva in capo ad un'associazione di categoria non può essere esclusa da un ipotetico conflitto di interessi tra essa e singole imprese beneficiarie dell'atto impugnato, atteso che la sussistenza di tale conflitto, per essere idoneo ad escludere la legittimazione in parola, va valutata in astratto, all'uopo non bastando la circostanza che alcune imprese possano lucrare un risultato utile dal provvedimento che l'associazione assume lesivo dell'interesse istituzionalizzato di categoria (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 1996, n. 624).

Né la posizione di un singolo associato, che pensi di trarre beneficio dalla vicenda individuata dall'associazione come lesiva per tutta la categoria, può esser ritenuta tanto meritevole di tutela o, comunque, fonte di un così rilevante conflitto di interessi, da paralizzare sempre e comunque l'azione a tutela dell'interesse collettivo escludendo così la possibilità per la generalità degli associati di difendere il bene meraindividuale.

Con riferimento, invece, alla società ICG è sufficiente osservare, al fine di respingere l'eccezione di inammissibilità, che la stessa possiede i requisiti necessari per poter partecipare all'eventuale gara che venisse indetta per l'aggiudicazione delle opere ora affidate direttamente a Valdara.

6. Sgomberato il campo dalle eccezioni preliminari, può ora passarsi ad esaminare nel merito il ricorso n. 2267/2004 ed i motivi aggiunti che costituiscono sostanziale specificazione dell'unico, articolato motivo dedotto con l'atto introduttivo del giudizio.

Con la prima censura le ricorrenti lamentano l'illegittimità delle modalità con le quali ANAS ha affidato direttamente a Milano Mare, tramite convenzione aggiuntiva stipulata in data 16 giugno 2003 (senza, quindi, esperire una gara pubblica), la realizzazione dell'opera così descritta «Tangenziale Ovest di Milano - quota parte delle opere di accessibilità al Polo Fieristico di Rho - Pero (Milano)», per un valore complessivo di circa 69 (sessantanove) milioni di euro.

La doglianza è fondata per le ragioni che di seguito si espongono:

– l'intervento in questione è stato inserito dal CIPE, con delibera del 27 giugno 2003 n. 22, nel novero delle opere cd. «strategiche» di cui alla legge obiettivo n. 443/2001;

– in ragione di ciò, risulta applicabile alla fattispecie la normativa prevista dal D.Lgs n. 190/2002 la quale, all'art. 6 specifica che «in deroga alle previsioni di cui all'art. 19 della legge quadro (n. 109/1994), la realizzazione delle infrastrutture è oggetto di: a) concessione di

costruzione e gestione; b) affidamento unitario a contraente generale»;

– l'art. 10 del predetto D.Lgs. n. 190/2002, a sua volta, prevede, tra l'altro, che l'aggiudicazione delle concessioni «avviene, a scelta del soggetto aggiudicatore, mediante licitazione privata o appalto concorso»;

– l'utilizzo della licitazione privata non costituisce, tuttavia, una novità in quanto anche la legge quadro n. 109/1994 (art. 20, comma 2), in applicazione dei principi comunitari, fa espresso riferimento a tale modalità di scelta del concessionario;

– che, nel caso in esame, ANAS abbia voluto utilizzare l'istituto della concessione di costruzione e gestione non è revocabile in dubbio e ciò è facilmente ricavabile sia dal contenuto della convenzione aggiuntiva stipulata con Milano Mare del 16 giugno 2003 che dai precedenti accordi intervenuti nel 1972, 1986, 1990 e 1999;

– con le predette convenzioni, ANAS ha, infatti, affidato direttamente a Milano Mare sia la costruzione di alcuni tratti autostradali (tra cui anche la Tangenziale Ovest di Milano), compresi gli interventi di adeguamento di volta in volta necessari, che la gestione (ad es.: manutenzione) degli stessi con conseguente incameramento delle tariffe di pedaggi, per un periodo di tempo determinato, a copertura degli investimenti effettuati per la realizzazione dei vari lavori;

– con la convenzione aggiuntiva del 16 giugno 2003, allo stesso modo, ANAS, integrando la precedente, stipulata il 7 dicembre 1999, ha affidato alla stessa Milano Mare la realizzazione, sempre con riferimento alla tangenziale Ovest di Milano, di «quota parte delle opere di accessibilità al Polo fieristico Rho - Pero» (art. 2) e, conseguentemente, al fine di garantire «l'equilibrio economico finanziario dell'investimento» (art. 4), la concessionaria è stata autorizzata ad applicare una maggiorazione della tariffa di pedaggio determinata dalla variazione in aumento delle percorrenze chilometriche sul tratto stradale in argomento.

Ciò posto, dagli atti depositati ed, in particolare, dalle convenzioni sopra descritte, non sussistono dubbi sul fatto che ANAS abbia omesso di indire una gara ad evidenza pubblica (nella forma della licitazione privata ovvero dell'appalto concorso) per la scelta del concessionario ma abbia affidato i lavori in argomento direttamente a Milano Mare, violando così sia l'art. 10 del D.Lgs. n. 190/2002 che lo stesso art. 20 della legge quadro n. 109/94 (nella parte in cui sanciscono, quantomeno, l'obbligo di ricorrere alla licitazione privata).

La difesa di Milano Mare e Valdata spiega tale omissione richiamando la direttiva comunitaria n. 93/37/CE e, precisamente, l'art. 7, comma 3, lett. b) e d), concernente i casi in cui la stazione appaltante può ricorrere alla procedura negoziata senza preliminarmente pubblicazione del bando di gara.

Tale tentativo non coglie nel segno per un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo, pur volendo ammettere l'applicabilità

della direttiva comunitaria nel caso di specie, non risultano per nulla esternati nella copiosa documentazione versata in atti (né è possibile, come è noto, per uniforme interpretazione giurisprudenziale, un'integrazione della motivazione in corso di causa) i motivi, peraltro tassativamente previsti dalla predetta direttiva, che hanno condotto alla scelta di affidare direttamente la concessione di costruzione e gestione a Milano Mare senza esperire preventivamente una gara pubblica.

Eppure costituisce principio comune, in tema di gare pubbliche, il fatto che, per ricorrere alla trattativa privata (cd. procedura negoziata), peraltro senza gara informale, è necessario l'accertamento rigoroso dei presupposti per procedere in deroga all'evidenza pubblica, motivi che devono risultare con chiarezza dagli atti determinativi della stazione appaltante.

In secondo luogo, le ragioni esternate da Milano Mare a fondamento della scelta di procedere alla procedura negoziata non sembrano rispettare i rigorosi canoni sanciti dall'art. 7, comma 3, lett. b) e d), della direttiva 93/37/CE.

Di recente, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, con la sentenza del 14 settembre 2004, ha avuto modo di chiarire che l'art. 7, comma 3, della direttiva 93/37/CE prevede casi tassativi che consentono di attribuire i lavori pubblici mediante la procedura negoziata senza preliminarmente pubblicazione di un bando di gara.

Ora, tali disposizioni - continua la CGE -, autorizzando deroghe miranti a garantire l'efficacia dei dritti conferiti dal Trattato CEE nel settore dei lavori pubblici, devono essere interpretate restrittivamente e l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano il ricorso ad una procedura eccezionale come quella in argomento grava su colui che intende avvalersene.

Ciò non è avvenuto nel caso di specie.

Come detto, oltre a non essere rinvenibili negli atti di causa le ragioni che hanno giustificato il ricorso alla procedura (negoziata) di natura eccezionale, queste non possono farsi discendere automaticamente dal fatto che si tratti di un'opera strategica ovvero dalle «esortazioni» del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti che, con la nota in data 22 gennaio 2004, ha sottolineato l'urgenza dell'intervento (anche se la stessa autorità ministeriale ha, tuttavia, posto l'attenzione sulla necessità di rispettare la normativa vigente).

Scendendo nel particolare, poi, non sussistono le condizioni di cui all'art. 7, comma 3, lett. b), della menzionata direttiva CEE n. 93/37 secondo il quale è consentito ricorrere alla procedura negoziata senza preliminarmente pubblicazione di un bando di gara «per i lavori la cui esecuzione, per motivi tecnici, artistici, o inerenti alla tutela dei diritti d'esclusiva, può essere affidata unicamente ad un imprenditore determinato».

Come correttamente rilevato dalla difesa dei ricorrenti, i lavori in argomento riguardano opere di viabilità che

non appaiono di complessità tale da essere coperte da esclusiva.

Perché possa applicarsi la previsione in esame, infatti, si deve trattare di lavori per i quali l'impresa, sia per maestranze altamente specializzate, sia per gli strumenti tecnologici di cui dispone, appaia l'unica in grado di eseguire un'opera dalle caratteristiche assolutamente particolari.

La Corte di Giustizia CEE, nella citata sentenza del 14 settembre 2004, ha poi precisato che non basta affermare che un insieme di lavori è complesso e delicato per dimostrare che esso deve necessariamente essere affidato ad un solo imprenditore.

Milano Mare afferma (anche per giustificare l'applicazione della previsione di cui alla successiva lett. d. dell'art. 7, comma 3), che gli interventi in argomento si caratterizzano per il fatto di avere ad oggetto il collegamento delle SP46 «Rho - Pero» e SS33 «del Sempione» attraverso un nuovo raccordo che comprende svincoli di interconnessione tra infrastrutture già esistenti e gestite dalle tre concessionarie autostradali.

Al riguardo, pur condividendo l'importanza e l'urgenza degli interventi di che trattasi, va osservato che le ragioni estemate solo ora dalla difesa di Milano Mare non consentono, tuttavia, di ritenere provata, come richiede la Corte di Giustizia, la sussistenza dei presupposti per procedere in deroga alle regole che impongono la gara pubblica.

Stesse considerazioni valgono per l'invocata applicazione dell'art. 7, comma 3, lett. d), della direttiva 93/37/CE secondo il quale è consentito ricorrere alla procedura negoziata senza preliminarmente pubblicazione di un bando di gara «per i lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente aggiudicato né nel primo contratto concluso e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, all'esecuzione dell'opera quale è ivi descritta, a condizione che siano attribuiti all'imprenditore che esegue tale opera: - quando tali lavori non possono essere tecnicamente o economicamente, separati dall'appalto principale senza gravi inconvenienti per le amministrazioni aggiudicatrici; - oppure quando tali lavori, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento».

Anche tale disposizione non risulta applicabile al caso di specie e ciò in quanto:

- sia la totalità degli interventi affidati a Milano Mare (quota parte delle opere di accessibilità al Polo fieristico Rho - Pero, per un valore complessivo di circa 69 milioni di euro) che i lavori strettamente necessari, in corso di esecuzione da parte di Valdata (stimati in circa 6 milioni di euro), non possono ritenersi complementari a quelli assentiti con la convenzione stipulata nel dicembre 1999 in quanto, sebbene abbiano ad oggetto collegamenti che comprendono nuovi svincoli di interconnessione tra infrastrutture già esistenti, non riguardano il completamento della Tangenziale Ovest ma con-

cernono la costruzione di un nuovo raccordo che unisce vari tratti stradali al fine di migliorarne la viabilità, in vista anche del sicuro aumento del flusso veicolare derivante dall'apertura (prevista per il marzo 2005) del nuovo Polo fieristico;

- a voler ritenere il contrario, si rischia di veder escluso dal «gioco» della concorrenza ogni intervento integrativo di adeguamento o miglioramento della viabilità nella rete viaria autostradale;

- a ciò va aggiunto che la possibilità di deroga di cui alla predetta lett. d) opera solo nel caso in cui i lavori iniziali siano stati aggiudicati, il che fa ritenere che, a monte, vi sia stata una gara pubblica per la scelta del contraente. Non sembrano, in questo senso, cogliere nel segno le osservazioni svolte in pubblica udienza dalla difesa di Milano Mare secondo cui la dizione successiva contenuta nella norma («né nel primo contratto concluso») fa escludere la necessità che, a monte, sia stata esperita una procedura ad evidenza pubblica. A tal riguardo, appare più ragionevole l'interpretazione che fa discendere dalla congiunzione «né» un collegamento all'inciso precedente tale da far ritenere che si tratti del contratto concluso dopo l'avvenuta aggiudicazione, con gara pubblica, dell'appalto di riferimento;

- in ogni caso, ed in disparte le suesposte considerazioni, negli atti depositati in giudizio non si fa mai riferimento alle invocate previsioni della direttiva comunitaria né, in questa sede, risulta adempiuto l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze puntuali che hanno giustificato il ricorso alla procedura eccezionale in argomento che, come detto, grava su colui che intende avvalersene, ovvero ANAS e Milano Mare (cfr cit. CGE, sentenza 14 settembre 2004).

Da ultimo la difesa di ANAS, al fine di giustificare l'utilizzo di siffatta procedura eccezionale, richiama la lett. c) dell'art. 7, comma 3, della direttiva comunitaria 93/37 secondo cui è consentito ricorrere alla procedura eccezionale «nella misura strettamente necessaria, quando l'urgenza imperiosa, risultante da eventi imprevedibili per le amministrazioni aggiudicatrici in questione, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate... Le circostanze invocate per giustificare l'urgenza non devono in nessun caso essere imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici».

Nel rammentare quanto già espresso in precedenza anche in ordine all'urgenza segnalata dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti con la nota del 22 gennaio 2004 (con particolare riferimento alla necessità di rispettare la normativa vigente), il Collegio si limita ad aggiungere che già nel 2001 era stato approvato il 1° programma degli interventi relativi all'accessibilità al Polo fieristico ed il CIPE, sin dal 27 giugno 2003, ha inserito i lavori in argomento nel novero delle opere strategiche.

Ora, riesce difficile ipotizzare che tale scansione temporale abbia determinato un'urgenza «imperiosa» tale da non consentire, quantomeno per gli interventi oggetto

di causa del valore di circa 6 milioni di euro, di esperire in tempo utile le ordinarie procedure di evidenza pubblica.

Per concludere sul punto, l'affidamento diretto da ANAS a Milano Mare degli interventi denominati «Tangenziale Ovest di Milano - quota parte delle opere di accessibilità al Polo Fieristico di Rho - Pero» (di cui alla convenzione aggiuntiva del 16 giugno 2003 e alla nota n. 662 del 30 gennaio 2004 - lett. J. ed L. dell'epigrafe) è illegittimo in quanto la stazione appaltante (ANAS) avrebbe dovuto utilizzare, nella scelta del concessionario chiamato a costruire e gestire le opere sopra descritte, le procedure selettive pubbliche previste dall'art. 10 del D.Lgs n. 190/2002.

7. Con un secondo ordine di doglianze, poi, le ricorrenti censurano l'operato di Milano Mare la quale ha, a sua volta, affidato direttamente a Valdata l'esecuzione delle opere strettamente necessarie idonee a garantire l'accessibilità al Polo fieristico di Rho - Pero (valore complessivo di 6 milioni di euro).

Basti osservare, al riguardo, che la declaratoria di illegittimità del rapporto concessorio instaurato con la convenzione del giugno 2003 tra ANAS e Milano Mare determina automaticamente l'illegittimità del successivo affidamento diretto dei lavori in argomento a Valdata.

Infatti, sebbene nel caso di specie sia applicabile l'art. 14 del D.Lgs n. 190/2002 secondo cui l'annullamento dell'aggiudicazione (*rectius*: affidamento) non determina la risoluzione del contratto già stipulato, ciò non esclude comunque la possibilità per il giudice di dichiarare l'illegittimità di tale affidamento.

In relazione a quanto precede Milano Mare non può essere considerata legittima concessionaria di ANAS.

Da ciò consegue che la stessa Milano Mare, nel caso di specie, non avrebbe potuto procedere, in esecuzione dell'art. 2, comma 4 (*rectius*: comma 3), della L. n. 109/94 - richiamato nel contratto stipulato in data 12 maggio 2004 - ad affidare direttamente alla propria controllata Valdata i lavori in argomento (costituenti il 10% circa dell'intera opera il cui costo complessivo, come detto, è stato stimato in 69 milioni di euro) mancando il requisito soggettivo imposto dalla norma richiamata (concessionario di lavori pubblici).

Solo per completezza, va segnalato che, senza tale qualifica, Milano Mare deve essere ricompresa nel novero degli organismi di diritto pubblico (cfr. su caso analogo, Cons. Stato, sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090) - non potendo revocarsi in dubbio che essa riunisca in sé i tre requisiti previsti a tale fine dalla normativa comunitaria (recepiti anche dalla legislazione interna) - onde era comunque tenuta al rispetto integrale della legge quadro n. 109/94 e all'indizione di procedure ad evidenza pubblica per la scelta dell'appaltatore.

Ciò posto, la censura dedotta, sotto i profili evidenziati, va accolta.

8. Le ricorrenti, in ragione dei predetti profili di illegittimità, pur riconoscendo l'applicabilità al caso di specie

del predetto art. 14 del D.Lgs n. 190/2002 il quale esclude il risarcimento in forma specifica (che, nel caso di specie, si sostanzierebbe nel dichiarare l'obbligo della stazione appaltante di bandire una gara ad evidenza pubblica) in favore di quello per equivalente, sollevano eccezione di illegittimità costituzionale della citata disposizione per violazione degli artt. 3, 10, 11, 41 e 97 Cost.

Siffatta questione, ad avviso del Collegio, non appare rilevante nel presente giudizio.

È sufficiente osservare, al riguardo, che i lavori sono in corso di esecuzione e la conclusione delle opere (strettamente necessarie) per le quali si è proceduto ad affidamento diretto alla società Valdata è prevista per il mese di gennaio 2005 (cfr. verbale di consegna lavori - all. 2 della doc.ne di Milano Mare), al fine di consentire un'adeguata viabilità in vista dell'inaugurazione del Polo fieristico fissata per la fine di marzo 2005.

Consegue che, indipendentemente dalla norma di legge in contestazione, non è ipotizzabile nella specie alcuna forma di reintegrazione in forma specifica, non potendosi comunque effettuare una nuova aggiudicazione dei lavori in favore di parte ricorrente a seguito di gara pubblica.

In ogni caso la questione di legittimità costituzionale sollevata non presenta aspetti di particolare fondamento, ove si consideri che:

- la norma in argomento (art. 14 D.Lgs. n. 190/2002) costituisce applicazione della direttiva comunitaria n. 89/665/CE che consente al legislatore nazionale di prevedere, nei limiti della ragionevolezza, casi in cui può essere riconosciuto, in luogo della reintegrazione in forma specifica, il risarcimento dei danni per equivalente (ciò consente di disattendere, altresì, l'invocata disapplicazione della norma in argomento);

- non appare irragionevole che, nel caso delle opere strategiche, il legislatore, per evidenti esigenze di celerità nella realizzazione di tali infrastrutture, abbia optato per una scelta che potrebbe non consentire un integrale risarcimento degli interessi del privato lesi dall'illegittima azione amministrativa;

- anche il giudice al quale l'interessato richieda la reintegrazione in forma specifica deve operare, ai sensi dell'art. 2058, una valutazione che tenga conto del fatto che tale forma risarcitoria sia in tutto in parte possibile ovvero non sia eccessivamente onerosa per il debitore;

- nel caso delle infrastrutture strategiche, tale valutazione è stata operata direttamente dal legislatore, opzione che, come detto, non appare irragionevole;

- peraltro, la Corte costituzionale, in più occasioni, ha avuto modo di affermare, in fattispecie diversa ma comunque espressiva di un principio comune, che è consentito al legislatore, nei limiti della ragionevolezza, prevedere forme non integrali di risarcimento dei danni subiti dal privato (cfr. Corte Cost. n. 148/1999).

9. Premesso quanto sopra può ora passarsi ad esaminare

la richiesta di risarcimento dei danni avanzata dalle ricorrenti.

Queste chiedono che le parti resistenti vengano condannate al risarcimento dei danni per equivalente in ragione «dell'utile mancato per tutto il periodo dell'appalto».

In particolare le deducenti richiamano l'art. 345 della L. n. 2248/1865 all. F che fissa nel 10% dell'ammontare a base d'asta l'utile economico derivante dall'esecuzione dell'appalto e, in subordine, si rimettono alla valutazione equitativa del Collegio.

La domanda non può però essere accolta in quanto, così come formulata, presuppone che, nel caso in cui fosse stata indetta una gara ad evidenza pubblica, le interessate sarebbero state aggiudicatrici dei lavori in argomento.

Ciò è comprovato dal riferimento al menzionato art. 345 della L. n. 2248/1865 all. F che fissa nel 10% l'utile economico derivante dall'esecuzione dell'appalto.

Sul punto non può farsi a meno di osservare che la ricorrente Assimprendil, essendo una associazione di categoria, non possiede i requisiti soggettivi ed oggettivi per partecipare in proprio a gare pubbliche di appalto inerenti ai lavori di che trattasi.

Per quanto riguarda la società ICG va rilevato che la stessa, pur possedendo i requisiti soggettivi per partecipare all'eventuale procedura ad evidenza pubblica per l'appalto dei lavori affidati a VALDATA, non può essere sicuramente individuata come aggiudicataria certa della gara stessa.

Neanche è possibile svolgere una cd. «gara virtuale» in quanto non è dato conoscere il numero e l'identità delle imprese interessate a partecipare alla predetta procedura selettiva. Ciò comporta indubbia difficoltà anche a riconoscere un eventuale risarcimento per perdita di *chance*, peraltro non richiesto dalle deducenti.

A quest'ultimo riguardo, va considerato che la giurispru-

denza più recente (Cass. civ., sez. lav., 9 gennaio 2003, n. 123), condivisa dal Collegio, ha avuto modo di affermare che la richiesta risarcitoria deve essere specifica nel senso che non è consentito al giudice, a fronte di una domanda volta ad ottenere l'utile del 10% in ragione della mancata aggiudicazione dei lavori, di commutare la domanda stessa (con una operazione logica diversa dalla semplice riqualificazione della richiesta, consentita invece in corso di causa) in un'altra (ad es: perdita di *chance*) essendo diversi il *petitum* e la *causa petendi*.

10. In conclusione, il ricorso n. R.G. 2267/2004 ed i motivi aggiunti devono essere accolti in parte, con conseguente annullamento degli atti indicati alle lettere a), b), e), j), l), o), p), q), r), s), t), u) e v).

In particolare, gli atti di cui alle lett. e) (schema di convenzione del 15 aprile 2003), j) (convenzione aggiuntiva ANAS - Milano Mare del 16 giugno 2003) ed o) (convenzione del 5 dicembre 2003 tra Provincia di Milano e ANAS) vanno annullati nei limiti in cui hanno autorizzato le modalità di affidamento diretto qui censurate.

Il disposto annullamento non si estende ai restanti atti/convenzioni/note indicati alle lett. c), d), f), g), h), i), k), m), n) e w) in quanto non strettamente attinenti alla presente controversia ovvero non aventi contenuto provvedimento.

Va, invece, respinta la richiesta di risarcimento dei danni avanzata dalle deducenti.

Deve infine essere dichiarato inammissibile il ricorso n. R.G. 2998/2004 per il divieto del *ne bis in idem* in quanto la pretesa che ne costituisce l'oggetto è identica nei suoi contenuti a quella azionata con il ricorso n. 2267/2004 e con i motivi aggiunti sopra specificati.

11. Le spese in parte vanno compensate ed in parte seguono la soccombenza nella misura indicata in dispositivo.

IL COMMENTO

di Mauro Giovannelli

Il commento affronta alcune questioni più rilevanti espresse nella sentenza.

La prima riguarda il concorso della legittimazione ad impugnare gli atti del procedimento di affidamento di concessione di costruzione tra associazione di categoria e imprese interessate alla gara.

La seconda questione riguarda la necessità della gara nella forma alternativa della licitazione privata o dell'appalto concorso per affidare una concessione di costruzione e gestione di opere strategiche.

La terza questione concerne la critica al criterio riduttivo adottato dalla sentenza di negare il risarcimento

del danno, anche per perdita di chance, quando non sia possibile conoscere o prevedere il numero e l'identità delle imprese interessate a partecipare alle procedure relative, conseguenti all'annullamento degli atti di affidamento.

L'ultima questione concerne il rilievo nel processo amministrativo del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, in relazione alla tutela risarcitoria per perdita di chance.

Con la sentenza in esame, la Sezione III del TAR della Lombardia ha affrontato una serie di questioni di

significativo rilievo, che ruotano intorno all'affidamento della concessione di lavori cosiddetti strategici, operata senza gara da parte dell'ANAS a favore della concessionaria della rete stradale - 1^a tangenziale di Milano e da questa (per una parte di tali lavori) a favore di una società da essa controllata.

Nella vicenda risultavano coinvolte a vario titolo anche la Regione Lombardia, come soggetto finanziatore di una quota dell'opera e come coordinatore generale dell'attività comune, nonché la Provincia di Milano, individuata quale soggetto aggiudicatore, ai sensi del D.Lgs. 190/2002 ed assegnatario dei fondi di cui alle leggi 443/2001 e 166/2002.

Il ricorso, contro una serie procedimentale di atti consistenti nelle convenzioni preparatorie e nell'affidamento dei lavori riguardanti la «Tangenziale Ovest di Milano - quota parte delle opere di accessibilità al Polo Fieristico di Rho - Pero (Milano)», l'esecuzione, la manutenzione e la gestione relativa alle infrastrutture viarie di una quota di detta tangenziale, nonché le opere strettamente necessarie per la realizzazione di uno stralcio funzionale per consentire di dare accessibilità al polo fieristico entro un tempo determinato, era stato proposto dall'Associazione di categoria delle imprese edili e complementari della Provincia di Milano e di Lodi, nonché dalla consociata I.C.G. s.r.l., risultata in possesso dei requisiti per la partecipazione ad un'eventuale gara che avesse riguardato la quota parte delle opere strettamente necessarie per l'accesso al polo fieristico e aveva chiesto l'annullamento degli atti riguardanti tutta la serie procedimentale, nonché il risarcimento del danno sia sotto il profilo dell'esecuzione specifica, sia per equivalente, articolato nelle domande subordinate del valore liquidato dal giudice in via equitativa e del risarcimento pari al 10% dell'opera affidata.

Le questioni affrontate dal Tribunale regionale, tralasciando quelle che non danno spunto a rilievi particolari, si possono sintetizzare secondo il seguente ordine:

a) la legittimazione al ricorso delle associazioni di categoria e il rapporto di interesse differenziato dei soggetti aderenti all'associazione;

b) il merito della questione di affidamento diretto di realizzazione di opere pubbliche di carattere cosiddetto strategico, di cui alla legge obbiettivo n. 443/2001, a società già concessionaria di altre reti stradali connesse, senza ricorrere alla licitazione privata o all'appalto concorso, ma tramite la concessione diretta di costruzione e gestione e i limiti in cui può operare il mancato ricorso a procedure di evidenza pubblica;

c) il tema del risarcimento del danno sotto i profili della incostituzionalità dell'esclusione del risarcimento in forma specifica, previsto dall'art. 14 del D.Lgs. 190/2002, del risarcimento per equivalente nei limiti del 10% dell'ammontare della base d'asta, del risarcimento per perdita di *chance* anche in relazione alla necessità di domanda specifica in termini.

Sulla legittimazione al ricorso delle associazioni di categoria

Il problema della legittimazione al ricorso da parte degli ordini professionali o delle associazioni private di categoria al fine di far valere interessi collettivi, cioè interessi soggettivamente in capo ad aggregazioni esponenziali precostituite e quindi non confondibili con quelli cd. diffusi o allo stato fluido, in cui è difficile enucleare gruppi di persone che si facciano portatori dei medesimi, è da tempo riconosciuto dalla dottrina (1) e dalla giurisprudenza, con tendenza, anche a seguito di interventi legislativi specifici, all'ampliamento della sfera di azione.

La questione che si è ulteriormente posta è, semmai, se sia ammissibile una legittimazione alternativa, congiunta o anche antagonista tra soggetto collettivo esponenziale e soggetto singolo, nel caso di tutela di interessi che risultino simultaneamente spettare a soggetti determinati.

La tendenza è anche in questo caso positiva, sempre che il soggetto non invochi un generico interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, in quanto il principio soggettivistico che presiede all'instaurazione del processo amministrativo esclude di per sé l'azione popolare e richiede che il ricorso al giudice sia subordinato al conseguimento o alla conservazione di una posizione di vantaggio riferibile ad un proprio interesse concreto.

Nella sentenza in esame l'affermazione del Tribunale amministrativo di Milano circa la legittimazione al ricorso e la sussistenza dell'interesse (2) in capo ad en-

Note:

(1) In dottrina questa tematica è stata ben evidenziata da M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1997, 102 ss.; S. Cassarino, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Milano, 1990, 198 ss.; V. Ciaianello, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, 178 ss. In particolare, tali autori riconoscono in capo alle associazioni di categoria la legittimazione a far valere in giudizio gli interessi collettivi di cui sono portatrici, trattandosi di situazioni giuridiche soggettive differenziate in quanto facenti capo ad un soggetto individuato e distinto tanto dalla collettività quanto dai singoli che ne fanno parte, purché, s'intende, tali interessi siano qualificati, perché previsti e presi in considerazione, sia pure indirettamente, dal diritto oggettivo. In giurisprudenza, da ultimo, T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 10 marzo 2003, n. 1098 in *Foro Amm.* TAR, 2003, I, 1061; Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2003, n. 93 in *Foro Amm.* CdS, 2003, I, 191; Cons. Stato, sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4343 in *Foro Amm.* CdS, 2002, II, 1672.

(2) La distinzione nel processo amministrativo si fa più sottile e sfumata, essendo più difficile configurare una legittimazione astratta al ricorso basata sull'attività assertoria del ricorrente e non ancorata alla situazione sostanziale che rende concreto ed effettivo l'interesse al ricorso. Nondimeno, nel giudizio amministrativo la lesione dell'interesse che legittima al ricorso deve essere caratterizzata dagli elementi dell'immediatezza, della concretezza e dell'attualità e, cioè, essere una conseguenza diretta ed immediata del provvedimento lesivo e dell'assetto di interessi con esso introdotto, concreta e non meramente potenziale, sussistente già al momento della proposizione del ricorso e persistente al momento della decisione su di esso (cfr.: Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1 in *Foro Amm.* CdS, 2003, I, 66. Nello stesso senso, *ex pluribus*, Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2004, n. 4412 in *Cons. Stato*, 2004, I, 1271; Cons. Stato, sez. VI, 26 giugno 2003, n. 3840 in *Foro Amm.* CdS, 2003, III, 1979; Cons. Stato, sez. IV, 20 dicembre 2002, n. 7255 in *Foro Amm.* CdS, 2002, III, 3145).

trambi i soggetti ci sembra sostanzialmente corretta, in quanto sia l'associazione di categoria delle imprese edili e complementari della Provincia di Milano e di Lodi, sia l'impresa edile coricorrente erano portatori rispettivamente di un interesse collettivo e di un interesse proprio all'adozione (non avvenuta) da parte di soggetti coinvolti nella vicenda delle ordinarie procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di lavori di realizzazione di importanti opere pubbliche.

Semmai risulta meno comprensibile perché il Tribunale di prima istanza nel delimitare l'oggetto della controversia, ai fini dell'esame dell'eccezione di difetto di legittimazione e di interesse al ricorso, lo abbia esclusivamente riferito alle «ordinarie procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori (dell'ammontare di circa 6 milioni di euro), inerenti alla realizzazione delle opere strettamente necessarie a garantire l'accessibilità al Polo Fieristico di Rho - Pero», e non lo abbia invece esteso, in particolare, anche alla «convenzione per la realizzazione delle opere di accessibilità viabilistica al Polo Fieristico di Milano Rho - Pero del 15 aprile 2003 nella parte relativa alle modalità di affidamento dei lavori di cui è causa e delle deliberazioni che ne hanno autorizzato la sottoscrizione», che risulta anch'essa essere stata annullata.

Sotto questo secondo aspetto avrebbe potuto assumere maggiore o comunque più puntuale considerazione, l'argomento dei soggetti resistenti, secondo cui l'associazione di categoria ricorrente non poteva ambire a rappresentare le imprese concessionarie di lavori pubblici, essendo queste organizzate in modo proprio e sotto la tutela di altro e diverso soggetto collettivo e quindi non era soggetto esponenziale di interessi coinvolgenti la concessione di lavori pubblici, mentre ugualmente non poteva individuarsi un interesse proprio e personale dell'impresa coricorrente, perché non possedeva i requisiti né per l'affidamento dell'appalto del complesso dei lavori di rilevante valore economico, né tanto meno per la concessione di costruzione e gestione delle relative opere, come dimostrava del resto l'assenza di qualsiasi domanda per partecipare alla selezione.

Se, quindi, appare corretta la pronuncia in ordine alla dichiarazione di infondatezza dell'eccezione in esame per quanto riguarda la «realizzazione delle opere strettamente necessarie», per le quali anche la ditta ricorrente possedeva i requisiti di partecipazione, più discutibile appare il rigetto dell'eccezione per il complesso delle opere, per le quali la motivazione addotta nella sentenza risulta insufficiente, avendosi dovuto semmai ricorrere a motivazioni diverse, come ad esempio quella di uno specifico interesse dell'associazione di categoria, al di là dello strumento giuridico adottato per l'affidamento dei lavori pubblici, alla generale adozione delle ordinarie procedure di evidenza pubblica, indipendentemente dagli importi dei lavori, anche se le imprese aderenti non avessero le caratteristiche ed i requisiti per risultare concessionarie di costruzione e gestione delle opere.

Al di là del profilo ora sottolineato, l'impostazione della sentenza circa l'inesistenza, rispetto all'interesse tutelato, di un potenziale contrasto tra l'interesse dell'associazione di categoria e l'interesse di qualcuno dei soggetti aderenti, va condivisa.

L'accordata legittimazione a ricorrere all'associazione di categoria per la tutela di interessi collettivi, di cui essa è soggetto esponenziale e, in quanto tale, ne assume una sorta di titolarità, presuppone, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato (3), che questi interessi siano apprezzati non come la somma degli interessi individuali dei singoli iscritti, ma come interessi della categoria considerata in modo complessivo ed unitario.

Ne consegue che le associazioni di categoria in tanto possono far valere in giudizio gli interessi propri dell'intera categoria, in quanto gli interessi individuali degli appartenenti alla categoria siano conformi a quello a tutela del quale la categoria agisce e non siano in contrasto, anche potenzialmente, tra di loro.

In termini più esplicativi quel che rileva è che l'atto impugnato abbia in sé una capacità lesiva di interessi unitari di una determinata categoria di soggetti, per cui l'associazione esponenziale è legittimata a far valere in giudizio le relative ragioni, essendo irrilevante il dato che alcuni iscritti risultino indifferenti all'atto illegittimo, mentre altri si uniscano all'azione per conseguire vantaggi o altri ancora siano beneficiari del provvedimento impugnato.

Quindi tale legittimazione non può essere esclusa per un ipotetico conflitto di interesse tra l'associazione e le singole imprese che abbiano tratto vantaggio dall'atto, perché il conflitto di interesse per essere idoneo ad escludere la legittimazione va valutato in astratto e, quindi, non può bastare la circostanza del tutto eventuale e giuridicamente irrilevante che alcune imprese possano conseguire un risultato utile dal provvedimento che l'associazione assume lesivo dell'interesse istituzionalizzato dell'intera categoria (4).

Nel caso di specie è stata correttamente riconosciuta la legittimazione in capo all'associazione esponenziale delle imprese edili e complementari della Provincia di Milano, in quanto essa ha fatto valere gli interessi di ca-

Note:

(3) Così, da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2003, n. 93 in *Foro Amm.* CdS, 2003, I, 191; Cons. Stato, sez. IV, 27 maggio 2002, n. 2921 in *Foro Amm.* CdS, 2002, II, 1197; C.G.A. Sicilia, sez. giurisd., 3 novembre 1999, n. 572 in *Cons. Stato*, 1999, I, 1949. In dottrina, V. Caianiello, op. cit., 182 ss.; M. Consito, *La legittimazione ad agire degli ordini professionali a difesa degli interessi di categoria*, nota a Cons. Stato, sez. V, 1° luglio 2002, n. 3586, in *Foro Amm.* CdS, 2002, I, 2937 ss.; F. Barbensi, *La legittimazione processuale degli ordini e dei collegi nei giudizi amministrativi*, in *Comuni Italia*, 2001, I, 65 ss.; V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000, 473 ss.

(4) Trattasi di un principio di origine giurisprudenziale da ultimo enunciato da T.A.R. Lazio, sez. III, 11 marzo 2004, n. 2375 in *Foro Amm.* TAR, 2004, I, 723. Nello stesso senso, si veda anche Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 1996, n. 624 in *Foro Amm.*, 1996, II, 1481.

tegoria tesi ad ottenere che gli affidamenti dei lavori pubblici in causa fossero conseguiti attraverso una gara di evidenza pubblica, al fine di assicurare ai propri associati (o a tutti gli associati che ne avessero i requisiti) uguale *chance* di aggiudicazione, risultando essi interessi collettivi di cui l'associazione era portatrice, né rilevando, in contrario, il vantaggio concretamente conseguito dagli affidatari diretti dei lavori, con provvedimento che l'associazione aveva asserito illegittimo per gli interessi rappresentati e che di per sé era sufficiente a radicare la sua legittimazione.

Sull'affidamento di opere strategiche con convenzione di concessione di costruzione e gestione senza gara

Passando ora a valutare il merito del «*decisum*», la sentenza in commento ha annullato una serie di atti procedurali (autorizzazioni ANAS e schemi di convenzione), che hanno avuto il loro esito terminale nella convenzione aggiuntiva tra ANAS e Milano Mare - Milano Tangenziale S.p.a., con cui la prima aveva affidato alla seconda la realizzazione dell'intervento definito «Tangenziale Ovest di Milano - quota parte delle opere di accessibilità al Polo Fieristico di Rho - Pero (Milano)», ivi compreso il successivo decreto ministeriale di approvazione.

Si era trattato, in tutta evidenza, di un affidamento diretto, senza quindi esperire una gara pubblica, della concessione di costruzione e gestione da ANAS a Milano Mare delle opere di accessibilità al polo fieristico milanese, ad integrazione di precedenti convenzioni in atto tra le due società per la realizzazione di alcuni tratti autostradali, la loro gestione e l'incameramento delle tariffe di pedaggio per tempo determinato, a copertura degli investimenti, con conseguente autorizzazione alla concessionaria ad applicare una maggiorazione della tariffa per l'aumento delle percorrenze chilometriche e al fine di garantire l'equilibrio economico finanziario dell'investimento.

C'è da dire, inoltre, che l'intervento in questione era stato autorizzato dal CIPE nel quadro delle opere cd. strategiche, di cui alla legge obbiettivo n. 443/2001 e ad esso pertanto, *ratione materiae*, era applicabile il D.Lgs. 20 agosto 2002 n. 190, relativo appunto alle infrastrutture e agli insediamenti produttivi strategici o di interesse nazionale.

È noto che il decreto attuativo della legge cd. obbiettivo, più ad integrazione, che in deroga alla legge quadro sui lavori pubblici (L. 109/94 e successive modifiche), ha previsto per la realizzazione delle infrastrutture strategiche o il ricorso all'istituto della concessione di costruzione e gestione o (alternativamente) l'affidamento unitario a contraente generale.

La novità del sistema è semmai costituito dalla figura del cd. *general contractor*, disciplinata dall'art. 9 del decreto in esame, che lo individua in un soggetto dotato di adeguata esperienza e qualificazione, nonché di ade-

guata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria per la realizzazione dell'opera contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori, da fare o direttamente o mediante società di progetto o mediante affidamento a soggetti terzi, in questo caso con rapporti di diritto privato, a meno che il contraente generale non sia anch'esso soggetto aggiudicatore o organismo di diritto pubblico, al quale dovranno, quindi, applicarsi le disposizioni di cui alla direttiva n. 93/37/CEE del 14 giugno 1993 (5).

Ma al di là dell'accennata novità, che peraltro non ha assunto rilievo nella fattispecie, il D.Lgs. n. 190/2002 richiama, all'art. 10, il principio per cui le aggiudicazioni delle opere strategiche per concessione o l'affidamento di esse ad un contraente generale vanno fatte obbligatoriamente tramite gli strumenti concorsuali della licitazione privata o dall'appalto concorso, secondo la scelta operata dal soggetto aggiudicatore, con l'ulteriore sottolineatura che l'istituto della licitazione privata, da qualificare appunto come procedura ristretta, in cui solo gli imprenditori invitati sono ammessi all'offerta, è previsto per le concessioni di costruzione e gestione anche dall'art. 20, comma 2, della legge quadro sui lavori pubblici.

Il principio generale, per il quale l'amministrazione che negozia con terzi debba formare la sua volontà mediante procedimento ad evidenza pubblica, al fine di manifestare i motivi per i quali l'operazione negoziale viene formata e di consentire il sindacato esterno (6), integrato da quello di origine comunitaria (in particola-

Note:

(5) Il D.Lgs. 20 agosto 2002, n. 190, infatti, accanto alla tradizionale figura del concessionario di costruzione e gestione ha introdotto all'art. 1, comma 3, la nuova figura del contraente generale (definito anche «*general contractor*»), come soggetto realizzatore delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale. In particolare, con il contratto di affidamento a contraente generale l'amministrazione aggiudicatrice affida ad un soggetto dotato di adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere, nonché di adeguata capacità tecnico organizzativa e finanziaria la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto preliminare o definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori. La peculiarità dell'istituto va ravvisata nel fatto che è rimessa al contraente generale la cura non soltanto della attività di progettazione esecutiva ed eventualmente definitiva dell'opera e di esecuzione dei lavori, ma anche quella di direzione degli stessi e di svolgimento delle attività connesse, con anticipazione in tutto o in parte a proprio carico del costo dell'iniziativa. Nondimeno, a differenza della concessione di costruzione e gestione, il contraente generale non è chiamato a gestire l'opera. Sul punto, per un maggiore approfondimento si veda A. Cianfone, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 1435 ss.

(6) In ossequio ai principi dell'evidenza pubblica, poiché il contratto pubblico è formato dall'incontro di due volontà fra loro disomogenee, *l'iter* seguito è subordinato a due procedimenti paralleli, l'uno di carattere amministrativo, l'altro di tipo negoziale-privato. Nel primo, la pubblica amministrazione evidenzia le ragioni di pubblico interesse per le quali intende stipulare un contratto avente un certo contenuto e utilizzare un determinato sistema di scelta del contraente. Con il secondo, invece, si giunge alla formazione della volontà contrattuale e alla conseguente stipulazione del contratto (cfr. M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 677; V. Cenilli Irelli, op. cit., 699; A. Cianfone, op. cit., 155 ss.).

re direttiva 93/37/CEE), che soggettivamente lo estende alle cd. amministrazioni aggiudicatrici, non corrispondenti in senso stretto alla nozione classica di pubblica amministrazione, ed oggettivamente tende a tutelare i principi di libera concorrenza e di *par condicio*, ogni qual volta, nell'ambito del procedimento di aggiudicazione di un contratto (7), esista un *quid* di pubblicistico, non può essere minimamente evocato in dubbio.

Insomma l'amministrazione aggiudicatrice non poteva prescindere dai procedimenti concorsuali di evidenza pubblica richiesti dal D.Lgs. 190/2002 e dalla legge quadro sui lavori pubblici, neppure per la realizzazione di infrastrutture cd. strategiche, nel caso di specie aggiudicate ricorrendo all'istituto della concessione (8), tanto più che la legge speciale non disciplina neanche un procedimento derogatorio della regola generale.

Sul punto la sentenza si rivela ineccepibile, bastando a convalidarla il semplice richiamo alle disposizioni delle leggi speciali indicate.

Del resto il profilo trattato non risulta essere stato di per sé ed in termini generali oggetto di contestazione nel corso del giudizio.

Le eccezioni svolte hanno riguardato, quindi, altro profilo e cioè se la direttiva comunitaria n. 93/37/CEE fosse applicabile al sistema delle opere strategiche e se quindi valesse anche per essa il regime derogatorio alle procedure aperte o ristrette di evidenza pubblica per l'attribuzione degli appalti pubblici di lavori previsto dall'art. 7, comma 3, b)-c)-d) della stessa direttiva.

Circa l'applicazione della direttiva citata, che riguarda appunto il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (9) alle cd. infrastrutture strategiche e di interesse nazionale, per quanto la sentenza in concreto non prenda decisa posizione, non si possono nutrire dubbi, sia per l'oggetto della direttiva, sia per il combinato disposto degli artt. 1 e 3 della stessa, che evocano anche le concessioni di lavori pubblici, sia - e soprattutto - infine perché il decreto attuativo della legge obbiettivo ne richiama a più riprese il contenuto, anche nel contesto dell'art. 7, che riguarda appunto la concessione di costruzione e gestione di infrastrutture.

Ne deriva inammissibilmente che anche il regime derogatorio alla regola dell'evidenza pubblica sancito dall'art. 7, comma 3 della direttiva è applicabile alle procedure per la realizzazione delle infrastrutture strategiche.

Il punto che la sentenza, a nostro avviso, ha rilevato ineccepibilmente, e che ha portato la stessa, in via preliminare, a negare l'applicabilità dell'invocato regime derogatorio e ad affermare la necessità del ricorso (non attuato) alla licitazione privata per affidare la concessione, ha riguardato la mancata esternazione del ricorso alla deroga negli atti procedurali di affidamento diretto e la conseguente impossibilità, pacificamente affermata, di ricorrere ad una motivazione postuma in corso di causa (10).

Tale principio si combina con l'altro e concorre a

far apparire condivisibile il mancato accoglimento dell'eccezione, del resto convalidato dalla giurisprudenza comunitaria (11), per cui il possibile ricorso a procedure negoziate assume nell'ordinamento comunitario, stanti i principi portanti di libera concorrenza e di *par condicio*, carattere tassativo e deve essere accompagnato da accertamento rigoroso della fattispecie e da motivazione adeguata da parte della stazione appellante che vi faccia ricorso.

Detto questo per il rilievo di tiglio preliminare che

Note:

(7) Così, F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 1764 ss. La direttiva comunitaria 93/37/CE, infatti, all'art. 1 lett. b), offre un'ampia nozione di «amministrazione aggiudicatrice» - peraltro recepita a livello nazionale dall'art. 2, comma 2, della L. 11 febbraio 1994, n. 109 - ricomprendendovi lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni costituite da uno o più enti pubblici o organismi di diritto pubblico. Ne consegue che il carattere privatistico di un organismo non costituisce motivo per escludere la qualificazione dello stesso come amministrazione aggiudicatrice (cfr. Corte Giust. CE, sentenza 15 maggio 2003, n. 214, C-214/00 in *Foro Amm.* CdS, 2003, II, 1489). In particolare, con l'espressione organismi di diritto pubblico è fatto riferimento a soggetti che, pur se non formalmente pubblici in base ai canoni ermeneutici interni, hanno comunque una propria rilevanza pubblicistica, poiché in possesso di tre distinti requisiti enunciati dalla stessa direttiva e richiesti cumulativamente. Deve, infatti, trattarsi di organismi istituiti per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotati di personalità giuridica e dipendenti strettamente dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. In questo senso: Corte Giust. CE, sentenza 15 maggio 2003, C-214/00 in *Foro Amm.* CdS, 2003, II, 1489; Corte Giust. CE, sentenza 15 gennaio 1998, C-44/96 in *Foro Amm.*, 1998, III, 2291.

(8) Al fine di assicurare garanzie analoghe a quelle proprie dei contratti di appalto gli artt. 20 e ss. della L. 11 febbraio 1994, n. 109 prescrivono che l'affidamento in concessione avvenga attraverso il sistema della licitazione privata da esperirsi col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa e sulla base di un progetto almeno preliminare corredato, ai sensi dell'art. 18 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, dagli elaborati relativi alle preliminari essenziali indagini geologiche, geotecniche, idrologiche e sismiche (cfr.: A. Cianflone, op. cit., 184 ss.).

(9) Sulla scorta del costante orientamento della Corte di Giustizia delle Comunità Europee (cfr. Corte Giust. CE, sentenza 22 giugno 1989, 103/88 in *Foro It.*, 1991, IV, 129; Corte Giust. CE, sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87 in *Giust. Civ.*, 1990, I, 579), infatti, le norme delle direttive comunitarie sono immediatamente applicabili ogni qualvolta appaiono sufficientemente concrete, precise ed incondizionate, non lasciando il relativo contenuto alcun margine di discrezionalità nella loro attuazione e risultando la fattispecie ivi contemplata determinata in tutti i propri elementi. Per un maggiore approfondimento in materia si veda: G. Giacalone, *Sull'efficacia «verticale» ed «orizzontale» delle direttive comunitarie*, in *Giust. Civ.*, 1998, 1975; B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 1997, 326 ss.; F. Lauria, *L'Unione europea*, Torino, 1996, 190 ss.; F. Pocar, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, 1997, 268 ss.

(10) La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, pacificamente affermato che la trattativa privata, costituendo un sistema di scelta del contraente eccezionale e derogatorio rispetto al principio concorsuale, deve essere necessariamente preceduta da un apposito atto deliberativo che dia conto delle ragioni giustificative per cui la pubblica amministrazione ha ritenuto di avvalersi di tale sistema (cfr.: Cons. Stato, 10 giugno 2004, n. 3721 in *Cons. Stato*, 2004, I, 1206; Cons. Stato, 24 dicembre 2001, n. 6383 in *Riv. Giur. Edil.*, 2002, I, 983; T.A.R. Piemonte, sez. II, 11 settembre 2001, n. 1669 in *TAR*, 2001, I, 4, 3667; Cons. Stato, sez. V, 18 settembre 1998, n. 1312 in *Foro Amm.*, 1998, III, 2358).

(11) Così, da ultimo, Corte Giust. CE, sentenza 14 settembre 2004, C-385/02 in *www.dirittoiserviziipubblici.it*.

hanno assunto le eccezioni nell'analisi del Tribunale milanese, ci si può brevemente soffermare sulle fattispecie analizzate, delle quali è stato dallo stesso giudice affermata la non ricorrenza, più - s'intende - per alcuni spunti di principio ivi contenuti, che per la verifica della loro effettività, che risulta prevalentemente motivata in fatto e, quindi, inevitabilmente di minore interesse.

Nel negare la circostanza invocata (art. 7, comma 3, lett. b) dei «lavori, la cui esecuzione per motivi tecnici, artistici o inerenti alla tutela dei diritti di esclusiva può essere affidata unicamente ad un imprenditore determinato», il giudice di prima istanza ha giustamente richiamato la condivisibile giurisprudenza comunitaria (da ultimo, sentenza 14 settembre 2004, C385/02), per la quale le regole derogatorie della gara per procedure di evidenza pubblica vanno interpretate restrittivamente, sia per principi di ermeneutica generale (12), sia per il rilievo di quelle già richiamate e fondanti l'ordinamento comunitario, per cui non può di certo giustificare il ricorso alla procedura negoziata, né la natura di opera strategica (ché allora tutte potrebbero essere sottratte a procedure aperte o comunque ristrette, ma regolate), né le generiche esortazioni ministeriali all'urgenza.

Occorre in altri termini, per la ricorrenza dell'eccezione invocata verificare l'effettiva unicità dell'impresa che deve essere tale da poter solo essa essere in grado di realizzare i lavori, per le maestranze altamente specializzate o per le dotazioni tecnologiche di cui dispone.

Uguale rigidità interpretativa deve valere per la verifica della seconda ipotesi conclamata (art. 7, comma 3, lett. c) riguardante «i lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente aggiudicato né nel primo contratto concluso e che siano diventati necessari, a seguito di una circostanza imprevista, all'esecuzione dell'opera quale ivi descritta, a condizione che siano attribuiti all'imprenditore che esegue tale opera: - quando tali lavori non possono essere tecnicamente o economicamente separati dall'appalto principale senza gravi inconvenienti per le amministrazioni aggiudicatrici; - oppure quando tali lavori, quand'anche separabili dall'appalto iniziale, siano strettamente necessari al suo perfezionamento».

A parte le considerazioni di fatto della sentenza sulla insussistenza di caratteristiche di complementarietà per opere complesse e di rilevantissimo valore economico, che non avevano riguardato il completamento dell'opera affidata in concessione originariamente e - pare di capire - a più riprese, bensì la realizzazione di nuovi svincoli di interconnessione tra infrastrutture già esistenti, al fine di migliorare la viabilità, in vista anche del sicuro aumento del flusso veicolare derivante dalla prevista apertura del nuovo polo fieristico, quello che va sottolineato è la corretta interpretazione della norma, secondo il canone ermeneutico della restrizione e della ragionevolezza al fine di evitare il protrarsi di violazioni o di elusioni al principio della gara, che originariamente si fossero perpetrati.

Allora non può negarsi che i «lavori complementari» debbono collegarsi ad un progetto originario che sia stato affidato ad un contraente, che lo abbia acquisito e abbia realizzato le opere relative partecipando e vincendo una gara ad evidenza pubblica, senza indulgere, quindi, alla più lassista interpretazione, secondo cui il riferimento «al contratto concluso» consentirebbe di valutare il contraente affidatario, prescindendo dalle modalità acquisitive del primitivo rapporto (13).

Infine va ugualmente condiviso il rigore interpretativo della terza fattispecie invocata (art. 7, comma 3, lett. c), per cui il ricorso eccezionale alla procedura negoziata, per la pretesa sussistenza dell'«urgenza imperiosa», va verificato sugli atti e necessita di una forte ed adeguata motivazione preliminare all'affidamento.

Sul risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente pecuniario

Il punto più problematico e forse più interessante della motivazione che accompagna la sentenza in esame è costituito dalla statuizione circa il risarcimento del danno, nella fattispecie negato, sia pure nella concomitanza dell'accoglimento del ricorso e dell'annullamento degli atti concessori (concessione di costruzione e gestione di infrastruttura viaria autostradale) senza peraltro incidere sul contratto già stipulato, per una parte dei lavori di minor rilievo, in esecuzione dell'avvenuto affidamento degli stessi in concessione.

I problemi che sono stati agitati in merito riguardano:

a) il risarcimento del danno in forma specifica e l'ammissibilità, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale, del diniego di annullamento contemplato dal D.Lgs. 190/02 degli atti contrattuali conseguenti a una aggiudicazione dichiarata illegittima;

b) il risarcimento del danno per equivalente in caso di accoglimento del ricorso a favore del soggetto legittimato, perché portatore di un interesse tutelabile, che non divenga, per effetto della sentenza, aggiudicatario dell'appalto, annullato per la violazione delle regole procedurali di affidamento;

c) i limiti del risarcimento del danno per equivalente in caso di perdita di chance;

d) i limiti della domanda, sotto il profilo della corri-

Note:

(12) In questo senso si veda anche: Corte Giust. CE, sentenza 28 marzo 1996, C-318/94 in Riv. Trim. App., 1997, I, 275; Corte Giust. CE, sentenza 18 maggio 1995, C-57/94 in Giur. It., 1996, I, 1.

(13) Sul punto è utile osservare come la giurisprudenza interpreti restrittivamente la nozione di «lavori complementari», affermando possano ritenersi tali soltanto lavori aggiuntivi relativi ad appalti già aggiudicati, purché non contemplati nel progetto originario e divenuti necessari a seguito di circostanze impreviste, ovvero costituenti da un punto di vista tecnico-costruttivo una necessaria integrazione dell'appalto principale sì da giustificare l'affidamento ad un unico esecutore (cf. C.G.A. Sicilia, sez. giurisd., 20 giugno 2000, n. 295 in *Comuni Italia*, 2000, 1436; C.G.A. Sicilia, sez. giurisd., 3 febbraio 2000, n. 38 in *Comuni Italia*, 2000, 1276; T.A.R. Veneto, 30 novembre 1995, n. 1408 in TAR, 1996, I, 149).

spondenza tra il chiesto e il pronunciato, che il ricorrente debba avanzare al giudice per ottenere il risarcimento del danno.

L'art. 14, comma 2, del D.Lgs. 190/2002 vieta al giudice amministrativo, che pervenga ad una pronuncia, in sede cautelare o di merito, rispettivamente di sospensione o di annullamento degli atti di aggiudicazione di prestazioni pertinenti ad infrastrutture cd. strategiche, di incidere sul contratto, eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatori e, quindi, di pronunciarne la risoluzione.

Si tratta di una scelta di politica legislativa, determinata dall'intento di non interrompere lavori strategici, caratterizzati sovente dall'urgenza della loro realizzazione, anche nel caso che la loro aggiudicazione si sia rivelata, in sede di controllo giurisdizionale, illegittima, che sovrappone l'interesse pubblico ad esigenze di giustizia sostanziale e che giustifica tale tipo di opzione anche con un richiamo all'ordinamento europeo e segnatamente alle direttive CEE del Consiglio 89/664 e 92/13.

Queste ultime, in effetti, in sede di coordinamento rispettivamente delle disposizioni sugli appalti di lavori e di forniture e di quelle concernenti i cd. settori esclusi, consentono alla legislazione dei singoli stati di disciplinare, in modo autonomo e non vincolato, gli effetti dell'annullamento degli atti illegittimi sui contratti stipulati, precisando solo che gli Stati membri possono prevedere che gli organi responsabili delle procedure di ricorso si limitino al solo risarcimento del danno a favore delle persone lese da una violazione.

La norma in considerazione, infatti, prosegue affermando il diritto al risarcimento degli interessi lesi, limitato tuttavia all'equivalente pecuniario e con l'esclusione della reintegrazione in forma specifica, che costituisce evidentemente una conseguenza dedotta dalla scelta di non incidere sui contratti stipulati dopo l'aggiudicazione.

Del resto occorre aggiungere che gli effetti caducanti del contratto, a seguito dell'annullamento degli atti del procedimento di gara fino all'aggiudicazione, non sono di esito certo neppure nelle ordinarie procedure degli appalti pubblici in genere, se è vero che, nonostante la prevalente dottrina e giurisprudenza, che a vario titolo lo sostiene, anche di recente la Sezione IV del Consiglio di Stato ha rimesso la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria (14).

Come è stato osservato dalla sentenza in esame, il risarcimento del danno in forma specifica richiesto dall'impresa ricorrente, che aveva invocato l'obbligatorietà della gara, non sarebbe comunque stato possibile, sia perché i lavori concernenti le infrastrutture viarie strategiche erano in fase di realizzazione e dovevano essere consegnati obbligatoriamente di lì a pochi mesi, sia - e a maggior ragione - perché la gara non era stata espletata e non poteva ritenersi dal semplice annullamento delle procedure di affidamento diretto il diritto della ricorrente a divenire aggiudicataria delle opere o meglio della parte urgente delle opere in discussione.

La stessa eccezione di incostituzionalità delle norme limitative del danno al solo risarcimento per equivalente, proposta per pretesa violazione degli artt. 3, 10, 11, 41 e 97 Cost., non solo si rivelava inammissibile per irrilevanza nella fattispecie, ma sicuramente manifestamente infondata.

La reintegrazione in forma specifica, pur costituendo una delle forme di risarcimento del danno patito, a vario titolo apprezzata in dottrina e giurisprudenza (15),

Note:

(14) Cons. Stato, sez. IV, ord. 21 maggio 2004, n. 3355 in *www.lexitalia.it*. Con tale provvedimento sono state deferite alla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato una serie di questioni concernenti le conseguenze che, sotto il profilo risarcitorio, si producono nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione interviene dopo la stipula del contratto di appalto *medio tempore* stipulato tra l'Amministrazione e l'impresa illegittimamente selezionata, stante il contrasto giurisprudenziale derivato a causa dell'evidente commistione di aspetti pubblicistici e privatistici ravvisabili nella sequenza che connette la fase procedimentale di scelta del contraente a quella, propriamente negoziale, della conclusione dell'accordo. Infatti, mentre secondo l'impostazione tradizionale il contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima è annullabile ai sensi dell'art. 1425 c.c. o dell'art. 1427 c.c. (cfr. Cass. civ., 17 novembre 2000, n. 14901 in questa Rivista, 2001, II, 191; Cass. civ., 8 maggio 1996, n. 4269 in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, 689; Cass. civ., 26 marzo 1996, n. 2842 in *Foro It.*, 1996, I, 2054; Cass. civ., 26 luglio 1993, n. 8346 in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, 1234) sull'assunto che la violazione delle norme che regolano le procedure ad evidenza pubblica implichi un vizio del consenso manifestato dalla pubblica amministrazione o ne riveli l'incapacità a contrarre, secondo una diversa ricostruzione il contratto concluso in esito ad un'aggiudicazione illegittima sarebbe affetto da nullità assoluta ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. per violazione di norme imperative (Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218 in *Foro Amm. CdS*, 2003, I, 959; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177 in *Foro Amm. TAR*, 2002, III, 2579), attesa la natura inderogabile delle disposizioni che regolano la selezione del contraente privato ai fini dell'affidamento di un appalto pubblico.

(15) In particolare, ai sensi dell'art. 2058 c.c., il risarcimento in forma specifica si concretizza nella diretta rimozione delle conseguenze del danno e nella reintegrazione dell'interesse danneggiato attraverso una prestazione diversa e succedanea idonea a garantire il conseguimento di una situazione del tutto analoga, nella sua integrità e specificità, a quella che sarebbe sussistita qualora l'atto illegittimo non fosse stato emesso. Si tratta, in sostanza, di una forma speciale di risarcimento tendente alla reintegrazione degli stessi beni o valori danneggiati alternativa al risarcimento cd. per equivalente, mediante il quale i danni vengono valutati dal giudice secondo i criteri indicati dall'art. 2056 c.c. e sono poi liquidati in una somma di denaro giudicata «equivalente» alla perdita subita ed al mancato guadagno (art. 1223 c.c.). Per una più accurata analisi sull'argomento, si veda: I. Radoccia, *Il risarcimento in forma specifica*, in *Giur. Merito*, 2003, f. 10, 1291 ss.; A. D'Adda, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Padova, 2002; M. R. Marella, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000; L. Bighiazzi Geni - U. Breccia - F. D. Busnelli - U. Natoli, *Diritto civile*, Torino, 1989, 775 ss. In giurisprudenza, i possibili contenuti della domanda di reintegrazione sono stati indicati da Cass. civ., 6 gennaio 1978, n. 39 in *Rass. Giur. ENEL*, 1979, 782, che significativamente afferma: «L'azione di risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica può esplicarsi, in relazione alla caratterizzazione dell'oggetto specifico della domanda in concreto proposta, nella restituzione della cosa sottratta, nella dazione di cosa appartenente allo stesso genere, nel rifacimento di quanto illecitamente difatto ovvero nella eliminazione di quanto illecitamente fatto». Fra le pronunce più recenti: Cass. civ., sez. II, 30 luglio 2004, n. 14599 in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 7; Cass. civ., sez. III, 15 maggio 2003, n. 7529 in *Giust. Civ.*, 2004, I, 746; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716 in *Foro Amm. CdS*, 2003, II, 1346; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177 in *Foro Amm. TAR*, 2002, III, 2579.

non si rivela la forma normale della richiesta dei danneggiati, tale essendo invece quella per equivalente e, comunque, potendo il giudice sempre disattenderla, se essa risulti eccessivamente onerosa per il debitore (art. 2058 c.c.) (16).

Ne deriva che la scelta operata in questo senso direttamente dal legislatore non può che ritenersi legittima, tanto più che non varrebbe ad infirmare tale legittimità neppure l'assunto che la sua esclusione, nel caso degli appalti di opere strategiche, si tradurrebbe in una limitazione di tutela nei confronti del danneggiato, nel senso che lo stesso non otterrebbe un pieno o adeguato risarcimento rispetto al danno subito, con violazione così del principio generale di cui all'art. 2043 c.c. e di conseguenza con violazione dei principi costituzionali di uguaglianza e di ragionevolezza.

Ma anche una tale prospettazione non si rivela condivisibile e così l'ha considerata la sentenza in esame, se è vero, come ha statuito più volte la Corte costituzionale, che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale», perché «in casi eccezionali il legislatore può ritenere equa e conveniente una limitazione al risarcimento del danno» (17).

La decisione in esame ha, poi, escluso che nella fattispecie ricorressero i presupposti per condannare le amministrazioni resistenti, la cui attività di affidamento della concessione era stata - come abbiamo visto - ritenuta illegittima, al risarcimento del danno neanche per equivalente, escludendo entrambi i profili esaminati e cioè quello del 10% del prezzo base d'asta, secondo l'invocato art. 345 della L. 2248/1865 all. F e quello, più limitato, derivato da perdita di *chance*.

Circa i due indicati profili, il secondo dei quali è affrontato anche sotto l'aspetto processuale del difetto di domanda, l'analisi deve essere fatta separando le questioni poste.

Intanto c'è da premettere che il Tribunale amministrativo di Milano non ha risolto il delicato problema del *quantum* del risarcimento del danno a seguito di dichiarata illegittimità dell'azione amministrativa, a cui il giudice amministrativo per evidenti ragioni anche di carattere storico si dimostra largamente insensibile, sotto il più facile profilo dell'assenza di colpa da parte della p.a., che la stessa sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, introduttiva del criterio risarcitorio degli interessi legittimi, aveva segnato come via di uscita per poter negare in concreto il risarcimento del danno.

La sentenza in esame ha seguito invece la strada più diretta di negare l'esistenza degli elementi materiali di identificazione del danno invocato.

Come si evince dal testo della motivazione, entrambi i soggetti ricorrenti (associazione di categoria e impresa interessata all'aggiudicazione dei lavori, sia pure per la parte strettamente necessaria alla realizzazione dello stralcio funzionale) avevano chiesto che le amministra-

zioni resistenti fossero condannate al risarcimento del danno per equivalente in ragione «dell'utile mancato per tutto il periodo dell'appalto», richiamando in particolare l'art. 345 della L. 2248/1865 all. F, che fissa l'utile economico derivante dall'esecuzione dell'appalto nel 10% dell'importo posto a base d'asta, dedotto l'eventuale ribasso e, in subordine, che il Collegio procedesse ad una valutazione equitativa del danno subito.

Ora è pacifico che il risarcimento per equivalente comporta da parte del giudice la trasformazione in termini monetari del pregiudizio subito dal soggetto illegittimamente leso, pregiudizio che si compone sia della perdita subita, sia del mancato guadagno (art. 1223 c.c.) e che si può estendere fino a ricomprendere anche il danno imprevedibile, solo se esso derivi da un comportamento doloso (art. 1225 c.c.). Inoltre qualora sia impossibile una quantificazione certa, il danno è suscettibile di essere liquidato dal giudice in via equitativa (art. 1226 c.c., richiamato dal successivo art. 2056).

C'è, infine, da ricordare sul punto il criterio introdotto dall'art. 35 del D.Lgs. n. 80/1998, nel testo sostituito dall'art. 7 della L. 205/2000, secondo il quale, nei casi di giurisdizione esclusiva, il giudice amministrativo può anche limitarsi a «stabilire criteri in base ai quali l'amministrazione pubblica o il gestore del pubblico servizio devono proporre a favore dell'avente titolo il pagamento di una somma entro un congruo termine», salvo poi, nel caso non si addivenga ad un accordo tra le parti, procedere alla determinazione in sede di giudizio di ottemperanza, ex art. 27, comma 1, n. 4 del R.D. 1054/1924.

Muovendosi in questo quadro la sentenza ha, in pri-

Notes

(16) Sul punto, dottrina e giurisprudenza tradizionali appaltono divise. Parte della dottrina pone, infatti, il risarcimento in forma specifica su di un piano gerarchicamente sovraordinato rispetto al risarcimento per equivalente, sull'assunto che il primo risponda meglio alle esigenze del patrimonio del danneggiato (cfr. M. Pogliani, *Responsabilità e risarcimento da illecito civile*, Milano, 1969, 465 ss.; G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 440 ss.). Altra dottrina nega, invece, qualsivoglia ordinamento gerarchico, ritenendo che la scelta fra i due rimedi debba piuttosto avvenire secondo ragioni di pratica possibilità e convenienza (cfr. R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 24 ss.). La giurisprudenza pare invece costante nel ritenere che il risarcimento in forma specifica sia la via primaria di riparazione del danno, costituendo la riparazione pecuniaria un *minus* rispetto alla reintegrazione (cfr.: T.A.R. Emilia Romagna, sez. I, 27 ottobre 2003, n. 2160 in *Foro Amm.* TAR, 2004, I, 997; Cass. civ., sez. II, 18 gennaio 2002, n. 552 in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 94; Cass. civ., sez. II, 29 settembre 1987, n. 7298 in *Giust. Civ. Mass.*, 1987, 8-9; Cass. civ., sez. II, 25 novembre 1983, n. 7080 in *Giust. Civ. Mass.*, 1983, 10).

(17) Così, da ultimo, Corte cost., 30 aprile 1999, n. 148 in *Foro Amm.*, 2000, I, 16. Nello stesso senso Corte cost., 6 maggio 1985, n. 132 in *Cons. Stato*, 1985, II, 676; Corte cost., 2 novembre 1996, n. 369 in *Foro It.*, 1997, I, 2400. In particolare con tali pronunce la Suprema Consulta ha affermato che in casi eccezionali, verificabili sia nel campo della responsabilità contrattuale sia in materia di responsabilità extracontrattuale, il legislatore possa legittimamente ritenere equa e conveniente una limitazione del risarcimento del danno, purché tale riduzione dipenda dall'equilibrato componimento, assicurato dalla norma di conformazione del medesimo danno risarcibile, degli opposti interessi in gioco.

mo luogo, negato che si potesse accordare ai soggetti ricorrenti un risarcimento rapportato all'utile ritraibile dall'esecuzione dei lavori oggetto di affidamento diretto dichiarato illegittimo, perché, al di là del divieto di procedere al risarcimento in forma specifica, nessuno dei due interessati avrebbe avuto diritto all'aggiudicazione degli stessi.

Il soggetto esponenziale della categoria delle imprese edili e complementari non era, infatti, portatore di un interesse all'aggiudicazione in proprio e diveniva, quindi, difficile identificare un danno diretto, se non nei limiti dell'interesse negativo (18), che nel caso concreto non pare sia stato provato; mentre l'impresa consociata, esercente attività di costruzioni edili, pur avendo l'astratta possibilità di partecipare ad una gara ad evidenza pubblica che mettesse in concorso i soli lavori relativi allo stralcio funzionale necessario a garantire il collegamento con il polo fieristico (e, quindi, non tutti quelli affidati con concessione diretta, che riguardavano le intere opere di accessibilità dalla tangenziale ovest al polo fieristico), non poteva affatto vantare il diritto all'aggiudicazione sia pure dello stralcio funzionale, per effetto della sola dichiarata illegittimità degli atti di affidamento da parte delle amministrazioni concorrenti alla concessione.

Risulta così corretto negare l'applicazione del pure invocato art. 345 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F, dettato per l'ipotesi di recesso dell'amministrazione dal contratto di appalto stipulato, con l'obbligo per la stessa di pagare le opere eseguite e il valore dei materiali utili esistenti in cantiere, «oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite».

Tale criterio, più di recente corroborato dalla previsione legislativa dell'art. 37-septies, comma 1, lett. c), della L. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche, laddove prevede in materia di *project financing*, nell'ipotesi in cui la concessione sia risolta per inadempimento del concedente o revocata per motivi di interesse pubblico, che al concessionario spetti un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10% delle opere ancora da eseguire, a parte qualche incertezza che si riscontra nella lettura della giurisprudenza amministrativa (19), è applicabile, secondo la tesi che ci pare preferibile, soltanto ove l'impresa danneggiata abbia dimostrato la sicura spettanza dell'appalto, che consegue non solo all'annullamento delle procedure di gara, ma anche quando il parametro della conseguente riaggiudicazione si fondi su criteri vincolati e matematici, mentre si rivela impossibile laddove la selezione del contraente viene operata sulla base di un accertamento tecnico discrezionale dell'offerta, come - ad esempio -, nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Solo in questo caso (aggiudicazione certa) spetta all'impresa danneggiata il risarcimento pari al 10% del valore dell'appalto, come eventualmente ribassato dell'offerta (20), rimanendo intatta la possibilità di conseguire una somma maggiore nel caso che sia dimostrato che il

danno ed in particolare, l'utile, sarebbe stato superiore a quello presunto.

Sul punto, quindi, la sentenza non merita censure.

Sul risarcimento del danno per perdita di *chance*

Più discutibile diventa, invece, l'ultima statuizione del TAR di Milano, sotto entrambi i profili che vengono enunciati.

Sarebbe, infatti, secondo l'assunto, peraltro svolto senza neanche adeguata motivazione, impossibile accordare ai soggetti ricorrenti il risarcimento del danno, sia perché in una possibile gara virtuale non «sarebbe dato di conoscere il numero e l'identità delle imprese interessate a partecipare alla predetta procedura selettiva» e ciò comporterebbe «indubbie difficoltà anche a riconoscere un eventuale risarcimento per perdita di *chance*», sia perché sul punto specifico non vi sarebbe stata domanda.

Note:

(18) Parte della giurisprudenza amministrativa, infatti, riconosce il principio dell'affidamento quale espressione dell'obbligo di correttezza e di buona fede nei rapporti fra pubblica amministrazione e cittadino anche laddove ingenerato dal rapporto procedimentale intercorso tra amministrazione e privato, a prescindere dal giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita oggetto di tutela (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761 in questa *Rivista*, 2001, 1226 ss., con nota di S. Cattaneo. Nello stesso senso: T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, in questa *Rivista*, 2000, 991 ss., con nota di M. Protti; T.A.R. Sardegna, 17 febbraio 1999, n. 169, in *Giur. Merito*, 2000, 428 ss., con nota di C. Raimondi). In tal modo pare essere stato superato il tradizionale orientamento secondo il quale nelle procedure ad evidenza pubblica non potrebbe configurarsi una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione almeno fino all'individuazione del contraente mediante l'aggiudicazione, poiché nel procedimento amministrativo di scelta del contraente non sarebbero ravvisabili delle trattative, né i partecipanti alla gara potrebbero considerarsi contraenti ai sensi dell'art. 1337 c.c.. Ne deriva, in tali ipotesi, il diritto al risarcimento del danno nei limiti del c.d. interesse negativo, identificandosi il danno emergente con le spese sostenute per partecipare al procedimento concorsuale, in difetto di prova, ed invero anche di semplice allegazione, in ordine alla perdita dell'occasione di partecipare ad altri procedimenti analoghi.

(19) È opportuno, infatti, segnalare l'esistenza di una corrente giurisprudenziale minoritaria che riconduce in via incondizionata il criterio previsto dall'art. 345 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, al risarcimento del danno da perdita di *chance* (cfr. T.A.R. Basilicata, 31 maggio 2004, n. 432; T.A.R. Umbria, 27 febbraio 2004, n. 93 in *Foro Amm.* TAR, 2004, I, 414; T.A.R. Molise, 11 febbraio 2003, n. 188 in *Foro Amm.* TAR, 2003, I, 666).

(20) La giurisprudenza prevalente, infatti, nell'applicare il criterio introdotto dall'art. 345 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, distingue le ipotesi in cui il ricorrente riesca a dimostrare che, in mancanza dell'adozione del provvedimento illegittimo, avrebbe vinto la gara, dai casi in cui, invece, non sia possibile acquisire alcuna certezza su quale sarebbe stato l'esito della procedura in assenza della violazione riscontrata. Nel primo caso, infatti, all'impresa danneggiata spetterà un risarcimento del danno pari al 10% del valore dell'appalto, ferma la possibilità di conseguire una somma superiore laddove sia dimostrato che il margine utile sarebbe stato maggiore di quello presunto. Viceversa, qualora il ricorrente, in assenza di concrete prospettive di aggiudicazione della procedura, alleggi a sostegno della propria pretesa risarcitoria soltanto la perdita di una *chance*, la somma commisurata all'utile dell'impresa dovrà essere proporzionalmente ridotta in ragione delle effettive possibilità di vittoria risultanti dagli atti (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500 in www.lexitalia.it; Cons. Stato, sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012 in www.lexitalia.it; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 10 giugno 2004, n. 257 in www.lexitalia.it).

Ora relativamente al rigetto del risarcimento nel merito dello stesso per una sorta di diniego della sussistenza di un danno giuridicamente qualificabile e/o quantificabile, la sentenza si attesta sulle posizioni più rigidamente negative, di cui pure si trova riscontro nella giurisprudenza amministrativa (21).

Ma se pure le pretese risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione, soprattutto per la lesione di interessi legittimi, risultino connotate dalla difficoltà di definire il valore economico della posizione soggettiva lesa, soprattutto in materia di interessi pretesivi e procedurali, ove la verifica della spettanza del cosiddetto bene della vita postula un'intermediazione amministrativa favorevole, tuttavia il risarcimento della perdita di *chance* assume un connotato proprio, come mera possibilità di conseguire un risultato, anche se rimane indimostrata la futura realizzazione della stessa. In altri termini il connotato intrinseco della *chance* consiste in un fatto che «determina l'interruzione di una serie di eventi potenzialmente idonei a consentire il conseguimento di un vantaggio, producendo una situazione che ha carattere di assoluta immodificabilità, consolidata in tutti gli elementi che concorrono a determinarla, in modo tale che risulta impossibile verificare compiutamente se la probabilità di realizzazione del risultato si sarebbe poi tradotta o meno nel conseguimento dello stesso» (22).

È poi vero che l'orientamento giurisprudenziale, che ammette in modo pressoché unanime il risarcimento per perdita di *chance*, lo mitiga in concreto fino a ritenere risarcibili le pretese ragionevolmente fondate, o statisticamente probabili o moralmente verosimili, riferito ad un giudizio prognostico *ex ante*, secondo *l'id quod plerunque accidit*, sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato, fino ad escluderlo quando la possibilità di successo sia inferiore a cinquanta per cento.

Ma una tale restrizione, ancorata alla valutazione della concreta consistenza del danno subito da perdita di *chance*, non ci sembra confortata da validi criteri logici, perché anzi finisce da ultimo per negare la stessa esistenza del criterio, prima individuato appunto nella perdita di *chance*.

Appare preferibile accogliere, s'intende una volta superata la soglia della possibilità di conseguimento dell'utilità sperata (perché se tale possibilità non viene superata, non è configurabile neppure un pregiudizio subito), ammettere la titolarità della *chance* in sé, anche se essa possa ritenersi di scarso conseguimento e recuperare il criterio probabilistico in sede di determinazione del danno, per arrivare alla fine alla liquidazione in via equitativa, sempre rapportata comunque al criterio risarcitorio dell'interesse positivo.

Ci sembra questa una chiave di interpretazione del risarcimento del danno da perdita di *chance* più aderente alla logica che consegue all'effettività dell'istituto come criterio di risarcimento, relegando solo il momento della quantificazione a dimostrati elementi probabilistici fino a rimetterlo alla liquidazione equitativa, quando ta-

li elementi siano scarsi, come la giurisprudenza della Cassazione (23) e quella più recente del Consiglio di Stato (24) ci sembrano propendere.

La configurazione data all'istituto impedisce, infine, ed è questa l'ultima annotazione sul merito del rigetto - di pervenire a conclusioni nichiliste, illogiche, anche sotto il profilo dell'effettività della tutela giurisprudenziale e persino inique, come tutto sommato pare accaduto nel caso di specie, ove la concessione dei lavori per le opere strettamente necessarie al collegamento al polo fieristico di Milano, fatta senza gara, è stata dichiarata illegittima, e pur tuttavia la convenzione stipulata non è stata annullata, essendo ciò impedito dalla natura strategica dell'opera ex art. 14 del D.Lgs. 190/2002, e conseguentemente, anche in astratto, è stata esclusa la risarcibilità del danno per esecuzione in forma specifica, mentre il danno per equivalente, sia pure per sola perdita di *chance*, è stato negato, anche a favore dell'impresa ricorrente e che aveva dimostrato il possesso dei requisiti per partecipare alla gara non effettuata, ma che avrebbe dovuto esserlo, «in quanto non è dato di conoscere il numero e l'identità delle imprese interessate a partecipare alla predetta procedura selettiva», con conseguente difficoltà «anche a riconoscere un eventuale risarcimento per perdita di *chance*» (25).

Sul principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato

La pronuncia del Tribunale amministrativo di Milano non è neppure condivisibile nell'ultima statuizione pronunciata, la quale - come abbiamo visto - attiene ad un profilo di esclusivo carattere processuale.

In termini più precisi, la pronuncia in esame ha rigettato la domanda di risarcimento del danno, anche per perdita di *chance*, in quanto tale tipo di tutela risar-

Note:

(21) Così, T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 17 maggio 2001, n. 1761 in *Giust. Civ.*, 2001, I, 3158; T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 23 marzo 2000, n. 1248 in questa *Rivista*, 2000, 990; T.A.R. Lombardia, Brescia, 14 gennaio 2000, n. 8, in questa *Rivista*, 2000, 989, con nota di M. Protti.

(22) Così, Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686 in *Foro Amm. Cds*, 2002, I, 453.

(23) Così, Cass. civ., sez. I, 25 novembre 2003, n. 17940 in *Foro Amm. Cds*, 2003, IV, 3593.

(24) Così, Cons. Stato, sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012 in *www.lexitalia.it*; Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 553 in questa *Rivista*, 2002, 700.

(25) Conclusioni simili sembrano raggiunte da A. Susca, commento a Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 553, in questa *Rivista*, 2002, 700 ss. Ivi, infatti, l'autrice si sofferma ad esaminare quella corrente giurisprudenziale che esclude che il danno da perdita di *chance* cagionato dall'amministrazione nell'ambito della sua attività autoritativa sia suscettibile di tutela risarcitoria qualora l'attività rinnovatoria conseguente all'annullamento giurisdizionale configuri in termini di mera eventualità il soddisfacimento dell'interesse finale del ricorrente, ossia ogni qualvolta residuino in capo all'amministrazione margini di apprezzamento discrezionale e, quindi, anche la possibilità di adottare un altro provvedimento legittimo (v. nota n. 21).

citoria non sarebbe stata espressamente richiesta dalle parti ricorrenti, né a tal uopo basterebbe la domanda articolata sotto il profilo di un risarcimento pari al 10% dell'importo dei lavori affidati, perché così non si tratterebbe di una semplice riqualificazione della richiesta, quanto piuttosto di un *quid novi* in relazione al *petitum* e alla *causa petendi*.

Sia pure sinteticamente la sentenza in commento ha inteso, con questa parte finale della pronuncia, rafforzare il diniego di qualsiasi risarcimento del danno a favore della parte ricorrente, già negato - come si è visto - con un'interpretazione di carattere riduttivo circa i presupposti per il risarcimento da perdita di *chance*, con un ulteriore argomento di carattere processuale, invocando il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, contenuto - come generale istituto - nell'art. 112 del codice del rito civile.

Al principio della domanda (art. 99 c.p.c.), per cui normalmente il potere del giudice di pronunciare la sentenza, dirimendo il conflitto e dando ragione a chi l'ha, si attiva a richiesta di parte, si correla l'altro espresso nel broccardo «*ne eat iudex ultra petita partium*», per cui la pronuncia deve corrispondere a quanto richiesto, senza pertanto alterare gli elementi obbiettivi di identificazione dell'azione, costituiti appunto dal *petitum* e dalla *causa petendi* e quindi senza attribuire o negare ad alcuno dei contendenti un bene diverso da quello richiesto e non compreso, nemmeno implicitamente o virtualmente, nella domanda proposta (26).

Ora, anche a voler stare ad un sistema di stretta interpretazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, è difficile seguire la sentenza circa le conclusioni raggiunte.

Non solo nel caso in esame i ricorrenti avevano proposto una richiesta di risarcimento in forma specifica, sia pure mediata da un rilievo di incostituzionalità della norma (art. 14 D.Lgs. 190/202) che la impediva, ma altresì avevano richiesto il risarcimento del danno per equivalente pecuniario, sotto il doppio profilo del mancato utile conseguito, rapportandolo al 10% dei lavori affidati senza gara, e della determinazione equitativa, rimessa alla prudente valutazione del Tribunale.

Ma anche a voler superare quella corrente giurisprudenziale che inquadra lo stesso riferimento all'art. 345 della vecchia legge sui lavori pubblici, assunto come criterio di risarcimento dell'utile mancato, nella cosiddetta perdita di *chance*, per cui - in questo caso - la domanda sarebbe stata proposta in tutti i suoi elementi, non si può tuttavia accedere alla tesi per cui il giudice violerebbe il principio dell'identificazione dell'azione, qualora pronunciasse sul danno e sulla sua quantificazione per perdita di *chance*, attingendo a criteri logici di valutazione probabilistica dedotti dai diversi elementi a sua disposizione (importo dei lavori; necessità di una nuova procedura di evidenza pubblica; idoneità del ricorrente a concorrere; probabilità di aggiudicazione dei lavori; utile conseguente e sua riduzione secondo le

probabilità di successo; ed, infine, determinazione equitativa).

Non si può davvero affermare che il *petitum* suindicato non fosse ricompreso, quanto meno implicitamente o virtualmente, nella pur specifica richiesta di risarcimento del mancato utile rapportato al 10% o nella più generica domanda di risarcimento in via equitativa e che la *causa petendi* non fosse costituita dalla mancata aggiudicazione dei lavori, ricorrendo ad un procedimento di evidenza pubblica, e nel diritto di partecipare alla gara da parte della ditta ricorrente.

Del resto il giudice amministrativo si è sempre dimostrato meno rigoroso, stante la natura annullatoria del relativo processo, ad interpretare la presenza degli elementi di identificazione dell'azione e a valutare la sussistenza del criterio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, forse attenuandosi il principio di disponibilità che in modo più marcato opera nel diritto civile, se ha, anche di recente, affermato che la domanda di annullamento di un atto amministrativo, proposta in giudizio, contiene in sé implicita la domanda di risarcimento in forma specifica, sulla considerazione che l'annullamento dell'affidamento di appalto comporta che l'esecuzione dello stesso si trova ad essere priva di titolo legittimante, sicché l'amministrazione è tenuta a rinnovare la procedura di affidamento (27).

In conclusione ci sembra proprio di dover sottolineare questo profilo, perché fa parte di quel capitolo sul difficile percorso ancora da compiere per la tutela effettiva degli interessi legittimi nel processo amministrativo.

Notes:

(26) Si tratta del cd. principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato enunciato dall'art. 112 c.p.c., in ossequio al quale «il potere di determinare l'ambito dell'oggetto del processo, in modo vincolante per il giudice, spetta a chi propone la domanda, il quale lo esercita con la proposizione della domanda stessa, ma più precisamente soltanto con quella parte dell'atto medesimo nella quale egli afferma o allega i fatti costitutivi e i fatti lesivi, escluso invece ogni rilievo, sotto questo profilo, a quella parte dell'atto in cui quei fatti sono riferiti alle norme giuridiche» (cfr. C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, Torino, 2003, 90 ss.). Ne deriva che il giudice di merito nell'esercizio del potere di interpretazione e qualificazione della domanda ha il potere-dovere di accertare e valutare il contenuto sostanziale della pretesa, quale risulta desumibile non solo dal tenore letterale degli atti, ma anche dalla natura delle vicende dedotte e rappresentate dalla parte istante e dalle eventuali precisazioni formulate nel corso del giudizio, nonché di tener conto del provvedimento richiesto in concreto, con il solo limite impostogli dal rispetto del principio della corrispondenza della pronuncia alla richiesta e dalla esigenza di non sostituire d'ufficio una diversa azione a quella formalmente proposta (cfr. Cass. civ., 27 febbraio 2001, n. 2908, in *Giur. It.*, 2002, 735, con nota di G. Frus). La violazione del suindicato principio, quindi, può dar luogo ad un vizio di ultra-petizione - che si configura qualora il giudice si pronunci oltre i limiti della domanda autorea o su eccezioni in senso stretto che non erano state fatte valere dal convenuto - ovvero, per converso, ad un vizio di omissione di pronuncia - che, se totale, integra gli estremi del diniego di giustizia di cui all'art. 3 della L. 13 aprile 1988, n. 117 e, se parziale, si realizza quando il giudice non si pronuncia su tutta la domanda o, in caso di sentenza dichiarativa dell'esistenza del diritto, su tutte le eccezioni (cfr. A. Proto Pisani, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1994, 223 ss.).

(27) Così, Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 553 in questa *Rivista*, 2002, 700.