

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO.137/04 Reg.Dec. N. 8138
Reg.Ric. ANNO 2003 Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente **ORDINANZA DI RIMESIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA** sul ricorso per regolamento di competenza n. 8138/2003, proposto da Automobil Club d'Italia, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Enzo Maria Marengi, Franco Gaetano Scoca e Paolo Vaiano, ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3; contro Salerno Corse s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino, Antonio Brancaccio, Carlo Parisi, Lodovico Visone, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Sanino, in Roma, viale Parioli, n. 180; per regolamento di competenza in relazione al ricorso di primo grado n. 2325/2003 proposto dalla Salerno Corse s.r.l. davanti al T.a.r. per la Campania - Salerno; Visto il ricorso con i relativi allegati; visto l'atto di costituzione in giudizio; vista la propria ordinanza istruttoria 14 ottobre 2003, n. 6281, e gli atti depositati in esecuzione di tale ordinanza; visti tutti gli atti della causa; relatore alla udienza in camera di consiglio del 25 novembre 2003 il consigliere Rosanna De Nictolis e uditi l'avv. Resta su delega dell'avv. Vaiano e l'avv. Police su delega dell'avv. Scoca, per il ricorrente e l'avv. Abbamonte su delega dell'avv. Visone e l'avv. Sanino per il resistente; ritenuto e considerato quanto segue. **FATTO E DIRITTO** 1. Con ricorso di primo grado n. 2325/2003 proposto davanti al T.a.r. per la Campania - Salerno, notificato all'A.C.I. in data 5 agosto 2003, la Salerno Corse s.r.l. chiede il risarcimento in forma specifica, e, in via subordinata e/o aggiuntiva, quello per equivalente, in relazione al giudicato di annullamento formatosi sulla sentenza del T.a.r. Lazio - Roma, 12 gennaio 2000, n. 67, confermata in appello da C. Stato, VI, 29 marzo 2001, n. 1814 (in relazione alla quale ultima decisione il ricorso per revocazione è stato respinto da C. Stato, VI, 19 agosto 2002, n. 4210). L'A.C.I., nel costituirsi in giudizio, ha proposto regolamento di competenza, con istanza notificata il 21 agosto 2003 e depositata il 22 successivo. Il T.a.r. adito, con ordinanza collegiale 28 agosto 2003, n. 1078, ha ritenuto non manifestamente infondata l'istanza di regolamento, e ha disposto la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato per la relativa decisione. Ha contestualmente accolto la domanda cautelare e, per l'effetto, ha condannato l'A.C.I. al pagamento di una provvisionale pari a un milione di euro. 1.1. Deduce l'A.C.I. che è competente il T.a.r. del Lazio in quanto: già in ordine al presupposto giudizio impugnatorio, in relazione al quale viene ora chiesto il risarcimento, il Consiglio di Stato in sede di regolamento di competenza ha ritenuto competente il T.a.r. del Lazio, essendo stato impugnato un diniego di aggiudicazione promanante da una Autorità centrale, e relativo ad appalto che doveva avere esecuzione su tutto il territorio nazionale; nei giudizi risarcitori, che non hanno carattere impugnatorio, trovano applicazione le regole di competenza territoriale sancite dal c.p.c., e, in particolare, gli artt. 19 e 20 c.p.c., dai quali si desume la competenza del giudice del luogo in cui ha sede l'ente convenuto in giudizio. 1.2. Parte intimata, nel costituirsi in giudizio, lamenta, quanto al rito, che il T.A.R. si è pronunciato sull'istanza di regolamento nel corpo della ordinanza cautelare, anziché, come prescritto dall'art. 31, l. TAR, con decisione in forma semplificata, e inoltre non sarebbero state rispettate le regole del contraddittorio, in violazione del doppio grado di giudizio. Nel merito, la parte si oppone al ricorso deducendo che nei giudizi risarcitori il foro competente andrebbe determinato considerando il luogo in cui si è verificato il danno, che sarebbe Salerno, e deducendo altresì che nel caso di specie il debito risarcitorio andrebbe equiparato a quello pecuniario con conseguente competenza del foro del creditore. 2. La Sezione ha disposto adempimenti istruttori, volti ad acquisire, in originale o copia autentica, l'avviso dell'udienza del 28 agosto 2003 davanti al T.a.r. per la Campania -

Salerno, e il verbale dell'udienza del 28 agosto 2003 in relazione al ricorso per cui è processo.

Dall'eseguita istruttoria è emerso che: - il ricorso di primo grado, depositato in data 7 agosto 2003, e contenente domanda cautelare, è stato fissato per la prima udienza camerale utile, vale a dire quella del 28 agosto 2003; - conseguentemente non è stato dato nessun avviso alle parti; - non è stata fissata una specifica camera di consiglio per il regolamento di competenza, con avviso alle parti, in quanto l'istanza di regolamento è stata esaminata nella stessa udienza fissata per l'incidente cautelare; - dal verbale di udienza del 28 agosto 2003 nulla risulta in merito all'audizione delle parti in ordine alla domanda di regolamento. 3. Il Collegio ritiene che il presente ricorso implica l'esame di questioni di diritto, sia di carattere processuale che di carattere sostanziale, che hanno carattere di massima di particolare importanza, e che possono dare luogo a contrasti di giurisprudenza, sicché appare opportuno deferirne l'esame all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato. 4. Sotto il profilo del rito, le questioni vertono sull'interpretazione dell'art. 31, co. 5, l. n. 1034/1971, come novellato di recente dalla l. n. 205/2000, e su cui non consta ancora la formazione di un orientamento giurisprudenziale consolidato. 4.1. Dispone l'art. 31, co. 5, come novellato, che in caso di presentazione di istanza di regolamento di competenza, se le altre parti in causa non concordano sulla rimessione della causa al giudice indicato dall'istante <<il presidente fissa immediatamente la camera di consiglio per la sommaria delibazione del regolamento di competenza proposto. Qualora il collegio, sentiti i difensori delle parti, rilevi, con decisione semplificata, la manifesta infondatezza del regolamento di competenza, respinge l'istanza e provvede sulle spese di giudizio; in caso contrario dispone che gli atti siano immediatamente trasmessi al Consiglio di Stato>>. Nella previgente disciplina, a fronte dell'istanza di regolamento e della mancata adesione delle altre parti, gli atti erano senz'altro trasmessi dal T.a.r. al Consiglio di Stato, sicché spettava solo al Consiglio di Stato regolare la competenza. Il significato pratico dell'innovazione introdotta dalla l. n. 205/2000, sembrerebbe quello della creazione di un filtro in ordine alle istanze di regolamento da trasmettere al Consiglio di Stato. Sicché si attribuisce al T.a.r., in sede collegiale, un potere di delibazione delle istanze di regolamento, che si esercita in una camera di consiglio appositamente fissata. La delibazione, in camera di consiglio, può sfociare: - in una decisione semplificata, sentiti i difensori delle parti, in caso di manifesta infondatezza dell'istanza di regolamento; con conseguente rigetto dell'istanza e statuizione in ordine alle spese; - in un provvedimento, in caso contrario, di immediata trasmissione degli atti al Consiglio di Stato, per la decisione sull'istanza di regolamento. 4.2. Ciò premesso in ordine al contenuto precettivo della norma, non è chiaro, nella lettura dell'art. 31, co. 5: 1) se della camera di consiglio per la delibazione dell'istanza di regolamento debba essere dato, come sembra corretto ritenere, specifico avviso alle parti, anche quando, in ipotesi, tale camera di consiglio coincida con quella fissata per l'esame dell'incidente cautelare, e della quale non viene dato avviso, ai fini cautelari, perché coincidente con la prima udienza utile; 2) se la camera di consiglio di cui all'art. 31, co. 5, per la sommaria delibazione dell'istanza di regolamento, possa o meno essere celebrata durante il periodo feriale, atteso che a tutti i processi amministrativi, eccettuato quello relativo alla sospensione dell'atto amministrativo impugnato, trova applicazione la sospensione dei termini nel periodo feriale (artt. 1 e 4, l. 7 ottobre 1969, n. 742); 3) se i difensori delle parti devono essere sentiti solo nel caso in cui la sommaria delibazione si concluda con una sentenza di manifesta infondatezza, o anche nel caso in cui si concluda con un provvedimento di trasmissione degli atti al Consiglio di Stato; 4) quale sia la forma del provvedimento che il collegio di primo grado adotta nel caso di trasmissione degli atti al Consiglio di Stato, sul

presupposto che l'istanza di regolamento non appare manifestamente infondata: se la sentenza semplificata ovvero una ordinanza nel contraddittorio delle parti, ovvero un decreto; 5) se e quali siano i rimedi nel caso di mancato rispetto delle regole procedurali del rito di cui all'art. 31, co. 5, in relazione al provvedimento di trasmissione degli atti al Consiglio di Stato. Su tali questioni, il Collegio rileva che non vi sono orientamenti consolidati, e che sono prospettabili svariate soluzioni.

4.3. Sulla prima questione, sembrerebbe corretto ritenere che della camera di consiglio di cui all'art. 31, co. 5, l. TAR, vada dato specifico avviso alle parti, quale essenziale garanzia del contraddittorio, atteso che la camera di consiglio può concludersi con decisione in forma semplificata. Sicché, anche quando in ipotesi - e come accaduto nel caso di specie - in un'unica camera di consiglio vengono trattati l'incidente di competenza e l'incidente cautelare relativi al medesimo ricorso, per la camera di consiglio relativa all'incidente di competenza va dato specifico avviso alle parti, anche se esso non occorra per l'incidente cautelare (perché si tratta della prima udienza utile). Nel caso di specie, sembrerebbe doversi configurare un vizio del provvedimento di trasmissione degli atti al Consiglio di Stato, assunto in una camera di consiglio di cui non è stato dato avviso alle parti. Resta però da vedere quali sono le conseguenze dell'omesso avviso in relazione al provvedimento che il Collegio adotti (sentenza semplificata, provvedimento di trasmissione degli atti al Consiglio di Stato).

4.4. In ordine alla seconda questione, sembra corretto ritenere che la deliberazione sull'istanza di regolamento non possa avvenire nel periodo feriale, operando la sospensione dei termini. E, invero, in base agli artt. 1 e 4, l. n. 742/1969, i processi amministrativi sono sospesi durante il periodo feriale, ad eccezione di quelli relativi alle domande cautelari. La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che essendo la sospensione feriale un istituto di carattere generale, è applicabile a tutti i giudizi amministrativi non aventi carattere di urgenza e, quindi, anche alle controversie aventi ad oggetto il regolamento di competenza (C. Stato, VI, 19 novembre 1997, n. 1701; C. Stato, IV, 5 maggio 1997, n. 494). Seguendo tale orientamento, si dovrebbe pervenire alla conclusione, nel caso specifico, che l'ordinanza del T.a.r. Salerno, di rimessione degli atti al Consiglio di Stato, è viziata per essere stata deliberata in pieno periodo feriale. Tuttavia, il Collegio osserva che potrebbero esservi spunti a sostegno della opposta soluzione, secondo cui la sospensione feriale non opera in relazione alla sommaria deliberazione di cui all'art. 31, co. 5, l. TAR: - anzitutto secondo l'art. 31, co. 5, la camera di consiglio va fissata <<immediatamente>>: tale avverbio potrebbe far pensare ad una particolare e qualificata urgenza, che giustifica la deroga alla sospensione feriale dei termini nel periodo feriale; - in secondo luogo, il giudizio di sommaria deliberazione può concludersi con una sentenza in forma semplificata, alla stessa stregua di quanto accade nella fase cautelare, che del pari può concludersi con sentenza semplificata; sicché si pone la questione, di carattere più generale, se le sentenze semplificate possano o meno essere adottate durante la sospensione dei termini nel periodo feriale: invero, da un lato i giudizi cautelari non subiscono la sospensione feriale, ma, dall'altro lato, l'art. 4, l. n. 742/1969 esclude la sospensione feriale solo <<nel procedimento per la sospensione della esecuzione del provvedimento impugnato>>, e dunque solo se il procedimento cautelare si concluda con una pronuncia cautelare, e non anche, sembrerebbe, se il procedimento cautelare si conclude invece con sentenza semplificata. Se si aderisse a questa seconda impugnazione, l'ordinanza del T.a.r. Salerno sarebbe legittimamente adottata nel periodo feriale, anche per la parte in cui dispone in ordine alla competenza.

4.5. Sulla terza questione, giova osservare che l'art. 31, co. 5, l. TAR, sul piano strettamente letterale, sembra circoscrivere la necessità di audizione delle parti all'ipotesi di sentenza in forma semplificata di manifesta infondatezza, senza riferirla pure all'ipotesi di

trasmissione degli atti al Consiglio di Stato. Tuttavia, in base ad una interpretazione sistematica del dato normativo, sembra corretto ritenere che il procedimento di deliberazione in camera di consiglio sull'istanza di regolamento di competenza è unico ed unitario, salvo il diverso possibile esito (reiezione o trasmissione degli atti al Consiglio di Stato). Sicché, le regole del procedimento devono essere identiche quale che sia l'esito, anche perché l'esito non è conoscibile ex ante. Dunque, in ogni caso di istanza di regolamento, e quale che ne sia l'esito, ancorché prevedibile già ad una sommaria lettura, il Presidente deve fissare la camera di consiglio; la segreteria deve darne specifico avviso alle parti; i difensori delle parti, se presenti, vanno sentiti sulla istanza di regolamento; va dato atto a verbale dell'audizione delle parti, sia nella sentenza di manifesta infondatezza, sia nel provvedimento di trasmissione degli atti al Consiglio di Stato.

4.6. Sulla quarta questione, vale a dire la forma del provvedimento di trasmissione degli atti al Consiglio di Stato, non è chiaro, nel silenzio dell'art. 31, co. 5, l. TAR, se si tratti di sentenza semplificata, ordinanza o decreto. Sembra senz'altro da escludere la tesi della forma decretizia, in quanto il decreto è provvedimento meramente ordinatorio, ovvero decisorio, emesso senza avviso e audizione delle parti, e di regola è atto monocratico, mentre nel caso di cui all'art. 31, co. 5, viene fissata apposita camera di consiglio e vengono sentiti i difensori, in vista di un provvedimento collegiale. Resta da dirimere l'alternativa tra forma di sentenza e forma di ordinanza. Il dato letterale sembra offrire spunti a favore della forma di ordinanza: perché riferisce la sentenza in forma semplificata al solo giudizio di manifesta infondatezza, senza nulla dire in ordine alla forma dell'atto con cui il collegio <<dispone che gli atti siano immediatamente trasmessi al Consiglio di Stato>>. Il dato letterale non è comunque univoco: in quanto il collegamento tra i due periodi del comma 5 dell'art. 31, e il silenzio, nel secondo periodo, sulla forma del provvedimento, potrebbe far pensare che la forma sia unica in entrambi i casi, e sia quella di sentenza. La scelta tra l'una o l'altra forma del provvedimento non può perciò discendere dal solo dato letterale, bensì da argomenti esegetici di carattere sistematico. La soluzione della questione, ad avviso del Collegio, dipende dalla natura giuridica e dalla funzione che si attribuisca alla fase sulla competenza che si svolge davanti al T.a.r. Occorre, in particolare, sciogliere la questione fondamentale se l'unico organo regolatore della competenza sia ancora il Consiglio di Stato, come nella previgente disciplina, o se invece la novella del 2000 abbia inteso attribuire una funzione regolativa della competenza anche ai T.a.r. Se si accoglie la prima soluzione, ne consegue che i T.a.r. hanno solo una funzione di filtro e di deflazione, con l'ulteriore conseguenza che il provvedimento che dispone la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato, non avendo alcuna funzione di regolazione della competenza, ha la forma di ordinanza. Se si accoglie la seconda soluzione, si deve ritenere che con l'art. 31, co. 5, si sia inteso istituire il doppio grado di giudizio anche sull'incidente di competenza, con la conseguenza che il provvedimento che dispone la trasmissione degli atti al Consiglio di Stato ha forma di sentenza. Sembra corretta la prima soluzione, che ha anche il conforto di un precedente giurisprudenziale, in cui si è affermato che <<il Consiglio di Stato - anche dopo la riforma del processo - è giudice titolare dell'esclusivo potere di deliberare la questione di competenza (arg. anche da Corte cost., ord., n. 241 del 2000), al T.a.r. essendo stato riconosciuto solo il potere di deflazionare il contenzioso, decidendo le questioni manifestamente risolvibili in negativo, con l'immediato rigetto dell'istanza di regolamento di competenza, e non dotate di complessità>> (C. Stato, VI, 6 marzo 2002, n. 1375). Se, dunque, i T.a.r. hanno solo una funzione di filtro, la parola ultima sulla competenza spetta al Consiglio di Stato, con la conseguenza che: - il giudizio di manifesta infondatezza dell'istanza di regolamento ha forma di sentenza, allo scopo di consentirne

l'appello al Consiglio di Stato, e dunque l'esercizio della funzione regolativa della competenza da parte del titolare naturale (il Consiglio di Stato) (nel senso dell'appellabilità della sentenza di manifesta infondatezza dell'istanza di regolamento, v. la già citata decisione C. Stato, VI, n. 1375/2002); - il provvedimento di trasmissione degli atti al Consiglio di Stato ha forma di ordinanza e non di sentenza, avendo il solo scopo di investire della questione di competenza, previa la funzione di filtro del T.a.r., l'organo istituzionalmente deputato ad esaminarla; la forma di sentenza sarebbe esorbitante, perché consentirebbe una impugnazione al Consiglio di Stato, del tutto superflua, atteso che è in ogni caso il Consiglio di Stato a doversi pronunciare. 4.7. Quanto alla quinta questione, va premesso che la soluzione che attribuisce forma di ordinanza al provvedimento di trasmissione degli atti al Consiglio di Stato, lascia aperto il problema dei rimedi praticabili nel caso in cui tale provvedimento sia adottato in violazione delle regole procedurali di cui all'art. 31, co. 5, come è accaduto nel caso di specie (mancato avviso della data della camera di consiglio; celebrazione della camera di consiglio in periodo feriale; mancata audizione delle parti sulle questioni di competenza). Si deve senz'altro escludere, data la forma di ordinanza con funzione non decisoria, ma meramente ordinatoria, la necessità di una specifica impugnazione. Ci si deve però chiedere se i vizi del contraddittorio siano o meno sanzionabili. In astratto, due soluzioni sono configurabili: - quella secondo cui ogni eventuale vizio del contraddittorio, a causa della violazione delle regole procedurali di cui all'art. 31, co. 5, se è rilevante in caso di sentenza di manifesta infondatezza, è invece irrilevante nel caso di trasmissione degli atti al Consiglio di Stato; si tratterebbe perciò di nullità che non danno luogo ad alcuna conseguenza; - quella secondo cui i vizi del contraddittorio, a causa della violazione delle regole procedurali di cui all'art. 31, co. 5, sono rilevanti non solo in caso di sentenza di manifesta infondatezza, ma anche nel caso di trasmissione degli atti al Consiglio di Stato: sono vizi che possono essere fatti valere senza necessità di specifico appello, dato che gli atti sono già stati trasmessi di ufficio al Consiglio di Stato, e che, se determinano una violazione del diritto di difesa, giustificano la restituzione degli atti al T.a.r., per il rinnovo del giudizio di deliberazione. A sostegno della prima soluzione si può osservare che essendo l'unico organo regolatore della competenza il Consiglio di Stato, e avendo il T.a.r. una mera funzione di filtro, nessun pregiudizio subisce la parte che si oppone all'istanza di regolamento dalla violazione delle regole del contraddittorio, avendo comunque il potere di interloquire davanti al Consiglio di Stato. A sostegno della seconda soluzione si può però osservare che la sommaria deliberazione affidata al T.a.r. avviene comunque con le regole del processo, sicché il giudizio di deliberazione sommaria deve comunque avvenire nel rispetto delle regole del contraddittorio. Deve anche segnalarsi il precedente della quarta sezione secondo cui nel caso in cui il T.a.r. abbia omissso di espletare la sommaria deliberazione sulla fondatezza del regolamento di competenza, prevista dall'art. 31, co. 5, l. TAR, come novellato dalla l. n. 205/2000, il Consiglio di Stato deve disporre la restituzione degli atti al giudice di primo grado affinché provveda all'adempimento procedurale in questione (C. Stato, IV, 7 novembre 2000, n. 5634, ord.). Ora, se si attribuisce al T.a.r. solo una funzione di filtro, non si giustifica la restituzione degli atti allo stesso, da parte del Consiglio di Stato, allorché la funzione di filtro non è stata espletata, perché comunque gli atti sono ormai pervenuti all'organo istituzionalmente deputato a regolare la competenza. Il dictum della quarta Sezione si spiega, invece, se si considera che la funzione di filtro del T.a.r. è assolta, comunque, con le regole proprie del giudizio, e non di un mero procedimento amministrativo: sicché, l'inosservanza delle regole del giudizio, e segnatamente di quelle del contraddittorio, comporta la restituzione degli atti al T.a.r.

5. La soluzione di tali questioni è essenziale nel caso specifico, in quanto: -

sembrerebbero esservi (e salva la parola della Plenaria) violazioni del diritto di difesa, nel procedimento di cui all'art. 31, co. 5, l. TAR, in concreto seguito: è mancato l'avviso di udienza, l'udienza si è svolta in periodo feriale, i difensori non risultano sentiti sulla questione di competenza; - se si aderisce alla tesi della irrilevanza di tali vizi, il giudizio può proseguire sull'esame delle questioni di competenza; - se si aderisce alla tesi che tali vizi sono rilevanti, il giudizio si deve concludere con una decisione di annullamento dell'ordinanza del T.A.R. (nella parte relativa alla competenza), con restituzione degli atti al giudice di primo grado per il rinnovo del giudizio di deliberazione. 6. Anche le questioni di merito da risolvere in sede di regolazione della competenza, nella ipotesi in cui si ritengano irrilevanti i vizi del giudizio di deliberazione di cui all'art. 31, co. 5, l. TAR, hanno carattere di massima di particolare importanza, e possono dare luogo a contrasti di giurisprudenza. 6.1. Sui fatti di causa giova anzitutto ricordare che con la sentenza del T.a.r. Lazio - Roma, 12 gennaio 2000, n. 67, confermata in appello da C. Stato, VI, 29 marzo 2001, n. 1814, è stato ritenuto illegittimo l'atto con cui l'A.C.I. aveva annullato l'aggiudicazione di un appalto - concorso in favore della Salerno Corse s.r.l., avente ad oggetto l'affidamento di servizi di promozione delle manifestazioni sportive automobilistiche, nonché i successivi atti con cui l'A.C.I. medesimo aveva avviato una trattativa privata per l'affidamento del medesimo servizio. Il T.a.r. Lazio - Roma era stato adito dopo la iniziale proposizione del ricorso davanti al T.a.r. Campania - Salerno, a seguito di sentenza del C. Stato, 20 aprile 2000, n. 2445, che in sede di regolamento aveva affermato la competenza del T.a.r. centrale in caso di impugnazione di atti di autorità centrale, relativi ad appalto da eseguirsi con effetti su tutto il territorio nazionale. 6.2. La domanda risarcitoria ora proposta davanti al T.a.r. Campania - Salerno, mira a conseguire: la <<reintegrazione in forma specifica>>, mediante affidamento di un appalto come quello negato, avente ad oggetto la promozione delle manifestazioni sportive automobilistiche per la durata di tre anni, <<agli stessi livelli di occupazione di quote di mercato pubblicitario esistenti nel 1998>>; in subordine e in aggiunta, il risarcimento per equivalente, per una serie di voci di danno elencate nel ricorso di primo grado. 6.3. Osserva il Collegio che la principale domanda del ricorrente di primo grado, qualificata come <<reintegrazione in forma specifica>>, mira a conseguire l'aggiudicazione di un appalto, da parte di una autorità centrale, e con effetti su tutto il territorio nazionale. 6.4. Al fine della esatta individuazione del giudice competente, sulla base di corretti argomenti giuridici, ad avviso del Collegio è anzitutto necessario procedere ad una esatta qualificazione giuridica di tale domanda - se azione di ottemperanza, volta a conseguire ora per allora l'aggiudicazione negata, ovvero azione di risarcimento in forma specifica, volta a conseguire non l'appalto negato, ma un nuovo e diverso appalto con le medesime caratteristiche. Ciò in quanto per il giudizio di ottemperanza sussiste la competenza funzionale del giudice che ha reso la sentenza della cui ottemperanza si tratta, mentre per il giudizio risarcitorio occorre enucleare quali siano le regole di competenza. 6.5. Anche in ordine alla corretta qualificazione della domanda, il Collegio ritiene che vi siano questioni di diritto di particolare importanza e non univocamente risolte dalla giurisprudenza amministrativa. Invero, se da un lato vi sono decisioni che colgono puntualmente la differenza tra giudizio di ottemperanza e giudizio di risarcimento in forma specifica, dall'altro ve ne sono altre che qualificano come risarcimento in forma specifica quello che è in realtà ottemperanza, vale a dire l'adozione del provvedimento richiesto mediante il processo amministrativo a tutela di interessi pretensivi. La differenza è rilevante, oltre che ai fini del regolamento della competenza, anche al fine di numerose altre questioni sostanziali e processuali (necessità o meno di provare la colpa dell'amministrazione, eccessiva onerosità della reintegrazione specifica, termine di

prescrizione (dieci anni per l'ottemperanza e cinque per il giudizio risarcitorio), carattere prioritario dell'ottemperanza, fungibilità dell'ottemperanza con il risarcimento per equivalente).

6.5.1. Nella prima linea di pensiero, volta a delineare il confine tra ottemperanza e risarcimento in forma specifica, si osserva che: - la reintegrazione in forma specifica del danno ingiusto, ai sensi dell'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, deve essere considerata alla stregua di una alternativa risarcitoria, potendo quest'ultima intervenire anche per equivalente, e trova applicazione nel diritto amministrativo soprattutto in caso di tutela di interessi di tipo oppositivo. Invece, la reintegrazione in forma specifica non costituisce il mezzo per impartire un ordine all'amministrazione di emanare un determinato provvedimento o quanto meno di provvedere in un determinato modo, perché così opinando si darebbero all'istituto caratteri che non corrispondono in realtà alla vera e propria tutela aquiliana, ma tengono assai di più della tutela ripristinatoria che si ottiene con il giudizio di ottemperanza, il che presupporrebbe un concetto di reintegrazione in forma specifica del tutto diverso da quello affermato in sede civilistica sulla base dell'art. 2058 c.c. Invero, lo strumento risarcitorio, sia per equivalente che in forma specifica, si caratterizza per l'imposizione al debitore (rectius, all'amministrazione) di una <<prestazione>> diversa in sostituzione di quella originaria; se l'amministrazione era tenuta al rilascio di un determinato provvedimento, l'adozione di quell'atto costituisce il contenuto primario della <<prestazione>> cui l'amministrazione era appunto tenuta, e non assume una funzione risarcitoria; pertanto è inammissibile, sulla base della disciplina vigente, la domanda finalizzata ad ordinare all'amministrazione l'emanazione di provvedimenti amministrativi, anche se di carattere vincolato (ovvero ad accertare un obbligo in tal senso) (nella specie, si è ritenuta inammissibile la domanda, qualificata come di risarcimento in forma specifica, volta ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto) (C. Stato, VI, 18 giugno 2002, n. 3338). Ha osservato la giurisprudenza che l'adozione da parte dell'amministrazione di un determinato atto amministrativo attiene più ai profili di adempimento e di esecuzione che non a quelli risarcitori: in presenza di un illegittimo diniego e di accertata spettanza del provvedimento amministrativo richiesto, il rilascio dello stesso costituisce non una misura risarcitoria, ma la doverosa esecuzione di un obbligo che grava sull'amministrazione, salvi gli eventuali danni causati al privato (esso viene infatti accordato a prescindere sia dall'esistenza di un danno patrimonialmente apprezzabile, e, soprattutto, dall'indagine sull'elemento soggettivo dell'illecito). Riportare anche tale fase nell'ambito della reintegrazione e quindi della tutela risarcitoria significa estendere a tale fase anche tutti i limiti di tale tutela, che sono più rigorosi rispetto ai limiti previsti per l'esecuzione. Infatti, mentre la reintegrazione in forma specifica richiede una verifica in termini di onerosità ai sensi dell'art. 2058, co. 2, c.c., tale verifica non è richiesta in relazione alle forme di esecuzione in forma specifica della prestazione originariamente dovuta, per le quali può rilevare la sola sopravvenuta impossibilità (C. Stato, VI, 18 giugno 2002, n. 3338), e salva la verifica se sia possibile applicare, in sede di giudizio di ottemperanza, l'art. 2933, co. 2, c.c. (C. Stato, V, 12 luglio 1996, n. 874), quale principio generale dell'ordinamento, secondo cui non va ordinata la distruzione della cosa (opera pubblica realizzata) <<se la distruzione della cosa è di pregiudizio all'economia nazionale>>; ma secondo l'interpretazione preferibile la norma si riferisce alle cose insostituibili o di eccezionale importanza per l'economia dell'intero Paese (Cass. civ., 30 gennaio 1985, n. 562). Secondo tale orientamento, con l'inciso "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica" di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 80/1998 il legislatore ha voluto introdurre solo una modalità alternativa di tutela risarcitoria, non l'azione di adempimento simile a quella prevista nell'ordinamento tedesco che consente di agire in giudizio per ottenere la condanna dell'amministrazione all'emanazione di un provvedimento o

di un atto amministrativo; sicché si deve escludere che con la reintegrazione in forma specifica si possa conseguire l'imposizione all'amministrazione di atti amministrativi anche se di carattere vincolato (C. Stato, VI, 7 luglio 2003, n. 4028). 6.5.2. Nella seconda linea di pensiero, si collocano decisioni che qualificano come reintegrazione in forma specifica la domanda di parte volta a conseguire il bene della vita negato (p. es. l'aggiudicazione: così C. Stato, IV, 22 marzo 2001, n. 1684; C. Stato, VI, 18 dicembre 2001, n. 6281; C. Stato, V, 13 marzo 2002, n. 1495; C. Stato, VI, 4 settembre 2002, n. 4435). 6.6. Nel caso specifico, posto che viene chiesta l'aggiudicazione di un appalto di durata, non identico, ma solo analogo a quello a suo tempo negato, sembrerebbe essersi in presenza di una vera e propria domanda risarcitoria, e non di un giudizio di ottemperanza, con la conseguenza di doverne stabilire le regole di competenza.

Se si aderisse invece alla impostazione che si tratta di giudizio di ottemperanza, la competenza sarebbe dal giudice che ha pronunciato la sentenza della cui esecuzione si tratta (nella specie, appunto, il T.a.r. del Lazio - Roma, la cui pronuncia è stata interamente confermata in appello). E sembrerebbe corretto ritenere che tale competenza attragga, per connessione, pure quella in ordi