

---

**DIRITTO AMMINISTRATIVO**

*a cura di*

**Filippo Lattanzi**

---

I contratti con la pubblica amministrazione e in particolare le procedure di individuazione del contraente rivestono un'importanza sensibile nell'ambito del diritto amministrativo e non solo. Il profilo dell'economicità dell'offerta deve essere temperato con la discrezionalità tecnica della P.A., per valutare nel concreto l'offerta più vantaggiosa. In dottrina si segnala una breve, ma efficace rivisitazione del nuovo processo amministrativo e un saggio sulle concessioni minerarie, alla luce della compatibilità con il regime normativo del sistema ambientale.

**TAR DEL LAZIO**

SEZIONE	I
SENTENZA	n. 6090
DATA	9 novembre 2001

Contratti della Pubblica  
Amministrazione • Licitazione privata  
• Gara • Offerta economicamente più  
vantaggiosa • Valutazione •  
Discrezionalità tecnica

*Non è anomalo che l'offerta economica più contenuta risulti la meno apprezzabile dal punto di vista tecnico-qualitativo. Qualora l'offerta meno onerosa sia comunque in grado, per la sua conformità alle prescrizioni del capitolato, di garantire con sicurezza una soddisfacente effettuazione della prestazione richiesta, non vi è dubbio che essa possa legittimamente riuscire aggiudicataria, posto che il punto centrale da cui questa possibilità dipende è quello dell'effettiva idoneità tecnica dell'offerta.*

*È illegittimo il superamento delle censure tecniche all'offerta attraverso dichiarazioni postume e referenze integrative, quando le lettere di integrazione e precisazione dell'offerta ne determinano in realtà la modificazione; essa è infatti inammissibile quando non mira a procurare alla committente termini contrattuali ancora più vantaggiosi di quelli presentati dall'originaria offerta di gara del raggruppamento, ma ha la ben diversa funzione, di sanare la sua inadeguatezza tecnica.*

**Il fatto**

**I**l caso sottoposto all'attenzione del Tar riguardava lo svolgimento della licitazione privata indetta dal Ministero della Giustizia per l'affidamento di servizi inerenti alla realizzazione di un ambiente software integrato di system & network management per il controllo e la gestione di reti di comunicazione e dei sistemi in uso presso il Ministero nell'ambito dei servizi d'interoperabilità della Rete Unitaria delle Pubbliche Amministrazioni (R.U.P.A.). Si trattava di una gara estremamente complessa dal punto di vista tecnico, che comprendeva il monitoraggio e la gestione delle reti e dei sistemi, fornitura di particolari tipi di software, la progettazione di un architettura del sistema di system & network management, nonché servizi di supporto e manutenzione.

L'appalto sarebbe stato aggiudicato in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La commissione procedeva innanzi tutto alla valutazione delle offerte tecniche presentate dalle partecipanti, attribuendo i relativi punteggi (il punteggio massimo conseguibile per la proposta tecnica era 50 punti). In particolare, la Commissione attribuiva ad un concorrente (che sarebbe poi risultato aggiudicatario), il punteggio più basso rispetto a quello conseguito dalle altre concorrenti (39 punti), avendo il seggio di gara rilevato la mancanza di indicazioni specifiche in relazione ad alcuni punti del capitolato, la non adeguatezza del numero di uno dei diversi prodotti offerti.

Tuttavia, aperte le buste contenenti le offerte economiche, la situazione veniva capovolta. Dalla somma dei punteggi conseguiti per l'offerta tecnica con quelli attribuiti alla componente economica (in base ad un algoritmo), il concorrente penalizzato in sede di valutazione dell'offerta tecnica risultava collocato primo in graduatoria. Data lettura della graduatoria, la Commissione, però, in considerazione delle perplessità espresse sull'offerta tecnica di tale concorrente, invitava l'amministrazione a valutare l'idoneità del quantitativo di quel prodotto, per verificare se esso fosse sufficiente all'espletamento del servizio. Essa suggeriva altresì che, nel caso in cui "tale numero dovesse risultare superiore a quello indicato [dal raggruppamento collocato primo nella graduatoria], tale società dovrebbe provvedere alla fornitura senza aggravio di costo".

Quanto dichiarato dalla Commissione appariva conforme alla previsione della lex specialis di gara, che prevedeva la facoltà dell'amministrazione successivamente all'aggiudicazione e prima della stipulazione del relativo contratto, di

chiedere all'aggiudicatario un ampliamento della prestazione dei servizi e/o delle forniture, in base ai prezzi unitari individuati nell'offerta, fino alla concorrenza massima dell'importo posto a base di gara. L'amministrazione, quindi, chiedeva al raggruppamento aggiudicatario alcuni chiarimenti sia in ordine al prodotto in ordine ad un particolare tipo di software fornito, in quanto di recente commercializzazione e quindi non conosciuto dalla stazione appaltante. Ricevuti i chiarimenti, la Commissione dichiarava il raggruppamento defintivamente aggiudicatario dell'appalto.

La seconda in graduatoria impugnava l'aggiudicazione tanto in ragione di un difetto nella composizione della Commissione giudicatrice (sul quale non ci soffermeremo in questo commento), quanto per l'asserita inidoneità dell'offerta tecnica presentata.

### **I motivi della decisione**

**L**a decisione del Tar muove da un consolidato principio di carattere generale in materia di gare aggiudicate in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Essa considera, innanzi tutto, la diversità di tale criterio rispetto agli altri, atteso che consente un contemperamento degli aspetti tecnici ed economici, tale per cui l'aggiudicazione non consegue puramente e semplicemente dall'attribuzione automatica di punteggio. Da questo, il Tar ne fa derivare che è verosimile e non anomalo che la gara da aggiudicare in base ad esso possa premiare anche quel concorrente il quale abbia (come nella specie) presentato un'offerta tecnica qualitativamente di minor pregio rispetto a quelle delle altre partecipanti.

Fatta tale premessa, tuttavia, il Collegio pone immediatamente un limite al verificarsi di una simile ipotesi: l'offerta deve pur sempre essere tale da garantire con sicurezza una soddisfacente effettuazione della prestazione richiesta; in altre parole, a giudizio del Tar, deve in ogni caso essere accertata una effettiva idoneità tecnica dell'offerta.

Nella specie, tuttavia il giudice amministrativo ha ritenuto che tale idoneità non sussistesse. Nella decisione, l'incapacità dell'offerta presentata a soddisfare le esigenze della stazione appaltante viene fatta derivare dalla congiunta considerazione degli aspetti tecnici e delle vicende relative allo svolgimento della gara. Riguardo al primo profilo, il Collegio rileva le imprecisioni già evidenziate dalla Commissione, la quale infatti era giunta ad attribuire al raggruppamento il minor punteggio tecnico, e nella motivazione riporta il contenuto dei verbali.

Tuttavia, la rilettura dei verbali, unitamente alle vicende successive all'attribuzione dei punteggi, inducono il Collegio a trarre una conclusione diametralmente opposta rispetto a quella raggiunta dalla Commissione. I chiarimenti richiesti al raggruppamento collocato primo in graduatoria hanno costituito, per il Tar, un indice dell'inidoneità dell'offerta tecnica presentata, tanto da essere visti come un'integrazione postuma dell'offerta. L'entità e la qualità delle integrazioni, insieme ai giudizi risultanti dai verbali, sarebbero stati tali - a giudizio del Collegio - da dimostrare che l'offerta originariamente presentata era del tutto inidonea. In altre parole, evidentemente, solo le integrazioni successive richieste al RTI primo classificato avevano consentito di trasformare un'offerta tecnica di per sé inidonea in una perfettamente idonea.

### **Valutazione della idoneità tecnica dell'offerta**

**L**a pronuncia annotata costituisce uno degli esempi più significativi di estensione del sindacato giurisdizionale alle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione.

Appare necessario ricordare l'orientamento giurisprudenziale in materia di sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica precedente al d.lgs. n. 80/1998 ed alla l. n. 205/2000.

In particolare, si vogliono sottolineare i rapporti tra sindacato su questioni carat-

terizzate da rilevanti profili tecnici, e l'applicazione e l'utilizzazione dello strumento della CTU. Per quanto riguarda la materia degli appalti, una significativa pronuncia, precedente al d.lgs. n. 80/1998, è costituita da Tar Lombardia (sez. III, 12 maggio 1997, n. 568, in Foro amm., 1997, 1727) con la quale il disponeva una consulenza tecnica d'ufficio, in applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale per valutare la congruità delle giustificazioni addotte dalle concorrenti alla gara d'appalto, in ordine all'anomalia delle rispettive offerte e verificare l'idoneità delle stesse ad accreditarne l'affidabilità. Un'altra decisione di sicuro rilievo, anche se in materia diversa, è Cons. St. sez. IV, n. 601/99 in Dir. Proc. Amm., 1/2000, 182, secondo cui "il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo".

Quanto alla più recente giurisprudenza, è possibile rilevare come tanto il sindacato del GA sulla c.d. discrezionalità tecnica, quanto l'utilizzo della CTU, si atteggi diversamente a seconda di quale sia l'autorità amministrativa coinvolta nella controversia sottoposta al suo esame ed in relazione a quali siano le questioni tecniche da esaminare. Quanto al primo profilo, mentre in materia di appalti (ciò del resto avveniva già prima del d.lgs. n. 80/1998) la CTU o un penetrante controllo sulle valutazioni della commissione aggiudicatrice sembrano oramai far parte del patrimonio del giudice amministrativo, altrettanto non può dirsi per quanto attiene alle ipotesi in cui si tratti di sindacare i provvedimenti delle c.d. autorità amministrative indipendenti.

Con riferimento al primo profilo può affermarsi che la giurisprudenza ricorra alla consulenza tecnica quando il giudizio verta sull'anomalia dell'offerta, mentre non sembra favorevole alla CTU quando si tratti di stabilire l'idoneità dell'offerta tecnica presentata. Il Consiglio di Stato ha chiarito entro quali limiti sia possibile disporre la consulenza tecnica affermando che l'attività di verifica dell'anomalia assume connotati di discrezionalità tecnica, dovendo essere condotta una analisi su elementi di natura tecnica che presenta, o può presentare in relazione a talune voci, margini di opinabilità. I giudici di Palazzo Spada osservano poi che il sindacato giudiziale sulle scelte tecniche non può che essere un riesame dell'operato dell'amministrazione, e dunque, una verifica che l'amministrazione abbia esercitato i propri poteri secondo criteri di logica congruità, ragionevolezza, corretto apprezzamento dei fatti. Sicché, ove il giudizio tecnico sia, da parte dell'amministrazione mancato, essendosi la stessa limitata ad una motivazione apparente o incongrua, il giudice amministrativo non può supplire svolgendo esso in via diretta e per la prima volta un'indagine tecnica, ma deve invece limitarsi ad un sindacato estrinseco dell'atto amministrativo (sent. 513/2001). In quel caso il Consiglio di Stato ha quindi ritenuto di non poter disporre la CTU, atteso che, come detto, mancava, nella specie, una valutazione dell'amministrazione stessa sugli aspetti tecnici, resa manifesta dalla mancanza di motivazione.

Anche il Tar Lazio è ricorso alla CTU, ma sempre in un caso in cui si trattava di verificare il giudizio compiuto sull'anomalia dell'offerta. Così nella decisione 4187/01, si dice che occorre verificare se nell'ambito del giudizio di anomalia si sia tenuto conto di tutti gli elementi complessivi dell'offerta, sia di quelli che deponavano a favore, sia di quelli che deponavano contro la sua attendibilità. Trattandosi di verifica involgente profili valutativi di carattere tecnico di una certa complessità, la sezione ha ritenuto di disporre tale accertamento a mezzo di apposita consulenza tecnica.

Quando, invece, si tratti di stabilire se l'offerta tecnica presentata sia o meno congrua rispetto alle esigenze della stazione appaltante, il GA sembra non contemplare la possibilità di ricorrere alla consulenza tecnica, limitandosi in alcuni casi

ad un sindacato "esterno" mediante l'affermazione per cui che la commissione in presenza di un'offerta tecnicamente incongrua o concernente prestazioni oggettivamente, temporalmente o normativamente impossibili, ovvero insufficienti, incongrue o contraddittorie, deve senz'altro procedere alla esclusione dell'offerta in quanto non appropriata, cioè non corrispondente alla prestazione così come dedotta nel disciplinare tecnico. Ove ciò non avvenga, si deve ritenere che l'offerta, qualora sia stata senz'altro ammessa alla valutazione economica, sia stata valutata come implicitamente tecnicamente appropriata. Muovendo da tale premessa il Tar giunge ad affermare che ricordato che la congruità tecnica dell'offerta resta un giudizio discrezionale dell'amministrazione che può essere sindacata da questo giudice solo nei limiti della manifesta irragionevolezza (Tar Lazio, sez. III, n. 1874/2001).

Altrimenti, come nel caso che si commenta, il giudice di fatto estende il sindacato fino al punto di sostituire le proprie valutazioni tecniche a quelle della commissione. Un potere così penetrante, tuttavia, come si chiarirà in prosieguo, viene esercitato in base ad una "combinata lettura" dei verbali, e quindi delle valutazioni tecniche già compiute dall'amministrazione, reinterpretate alla luce dei fatti di gara

Di fronte a controversie che coinvolgono sempre più frequentemente profili di natura tecnica, il giudice amministrativo - prima in forza del d.lgs. n. 80/1998 (nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva) successivamente con la l. n. 205/2000 anche nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità - è stato dotato di uno strumento specifico, la consulenza tecnica d'ufficio, al quale ricorrere ogni qual volta si tratti di accertare la legittimità di atti o provvedimenti che si fondino su accertamenti e valutazioni di natura tecnica compiute dalla p.a.

La facoltà di disporre la consulenza rimane anch'essa vincolata al rispetto dei limiti propri del sindacato nei confronti di atti e comportamenti della p.a., potendo tuttavia costituire uno strumento del quale il giudice può avvalersi ogni qual volta si tratti di accertare i presupposti di fatto (soprattutto di natura tecnica) in base ai quali l'amministrazione ha poi provveduto.

La decisione annotata sembra significativa proprio con riferimento ai possibili scenari di ricorso alla ctu da parte del giudice amministrativo. Ne emerge, infatti, da una parte il consolidarsi di un orientamento sempre più rivolto ad approfondire la conoscenza di fatti e presupposti tecnici già passati al vaglio dell'amministrazione; dall'altra una certa indecisione, o comunque, una qualche difficoltà ad abbandonare del tutto i tradizionali limiti al sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica.

A ben vedere, inizialmente, il Tar Lazio si spinge ad affermare che, per verificare se la scelta della stazione appaltante di aggiudicare la gara al raggruppamento con il punteggio tecnico più basso sia legittima, occorre accertare se quell'offerta fosse effettivamente idonea; tuttavia, nonostante le valutazioni tecniche compiute dalla commissione non apparissero manifestamente illogiche, atteso che essa aveva attribuito a quell'offerta un punteggio per le componenti tecniche decisamente inferiore rispetto a quello riconosciuto alle altre partecipanti, la decisione ha profondamente messo in discussione il giudizio compiuto dalla commissione giudicatrice, giungendo ad affermare la totale inadeguatezza dell'offerta presentata.

È chiaro come, così concludendo, il Tar di fatto abbia sostituito la propria valutazione a quella dell'organo valutativo della p.a. La stazione appaltante, pur non avendo valutato quell'offerta tecnica come la migliore, rilevandone alcune imperfezioni (in una gara peraltro che prevedeva la predisposizione di una proposta tecnica estremamente articolata e complessa, con diversi prodotti da fornire e con diverse attività da programmare), le aveva attribuito comunque un

punteggio rappresentativo di un giudizio di sufficienza rispetto alle necessità dell'amministrazione. Al contrario, il Tar l'ha giudicata del tutto insufficiente a garantire un determinato livello di servizio.

Ci si sarebbe attesi che una simile conclusione si fondasse su una diversa considerazione degli aspetti tecnici dell'offerta presentata. Invece il Tar, dopo essersi spinto a ritenere errata la valutazione già compiuta, non ha fatto altro che riprendere le considerazioni già formulate dalla commissione nei verbali, interpretandole alla luce delle vicende successive all'attribuzione dei punteggi. Sembra cioè che, pur avendo di fatto sostituito le valutazioni della commissione con le proprie, il giudice amministrativo si sia limitato, quanto agli aspetti tecnici, ad un'indagine puramente esterna: ha valutato gli atti del procedimento, ha riscontrato le richieste di chiarimenti e integrazioni e da queste ne ha tratto elemento di prova per affermare l'inidoneità dell'offerta.

Quel che ci si domanda è se a fronte degli attuali poteri istruttori riconosciuti al GA, già utilizzati in passato per verificare ad esempio l'anomalia di un'offerta, non sarebbe stato più logico ricorrere ad una consulenza tecnica d'ufficio per stabilire se il progetto presentato garantisse comunque all'amministrazione un servizio adeguato rispetto alle sue richieste. Per stabilire la congruità di una valutazione già compiuta, il Tar avrebbe insomma potuto attivare lo strumento istruttorio per eccellenza (appunto la ctu), piuttosto che utilizzare circostanze di fatto, elevandole ad elementi sintomatici dell'inidoneità originaria dell'offerta. L'approccio metodologico seguito dal Tar suscita perplessità. Sembra infatti di poter dire che anche le integrazioni successive richieste dalla stazione appaltante avrebbero dovute essere giudicate come una nuova e diversa proposta tecnica solo ove fosse stato accertato che l'offerta originaria era insufficiente o completamente mancante di elementi essenziali; in altri termini, i chiarimenti sarebbero potuti essere illegittimi se si fosse in effetti riconosciuto che gli elementi oggetto di integrazione erano fondamentali rispetto alla complessità della gara, completamente mancanti o del tutto insufficienti.

Il Tar ha invece compiuto l'operazione esattamente inversa: ha letto i verbali che lasciavano trapelare alcuni dubbi in ordine all'offerta, ha visto un punteggio tecnico basso, ha esaminato le integrazioni ed ha ritenuto che esse fossero volte a sanare una completa inadeguatezza dell'offerta del raggruppamento.

Non sarebbe stato forse più corretto accertare con certezza l'idoneità dell'offerta originaria, per comprendere poi se le integrazioni "postume" fossero effettivamente tali da "sanare" un'offerta insufficiente ab origine? Né sembra che una scelta in tal senso da parte del giudice implicasse un sindacato così diverso e così più penetrante rispetto a quello che di fatto è stato compiuto; un siffatto modus procedendi avrebbe unicamente consentito una corretta ricostruzione del fatto e dei presupposti tecnici sui quali l'amministrazione aveva espresso il proprio giudizio.

Si può trarre una considerazione conclusiva. Si pensi al riflesso che un giudizio del Tar come quello formulato nel caso di specie può avere sulle successive determinazioni che l'amministrazione è chiamata ad adottare in ottemperanza alla decisione. Avendo la sentenza dichiarato l'assoluta inidoneità dell'offerta tecnica presentata, l'organo tecnico chiamato a rinnovare la valutazione su quell'offerta sarebbe inevitabilmente condizionata dal giudizio del Tar. A maggior ragione quindi, stante il pregiudizio che ne deriverebbe alle parti soccombenti, sarebbe stato più logico che quel convincimento si fosse maturato sulla base di un compiuto esame tecnico dell'offerta in sede di consulenza piuttosto che su un'interpretazione operata alla luce di mere circostanze fattuali.

<b>TAR DEL LAZIO</b>	
SEZIONE	III
ORDINANZE	nn. 790 e 1793/02
PARTI	Consorzio CRCPL c/Ministero delle Infrastrutture e Trasporti

Contratti della P.A. • Esclusione • Art. 75, D.P.R. n. 554/1999 • Risoluzione d'ufficio • Giurisdizione esclusiva • Limiti

### Il fatto

**I**l Consorzio, in qualità di mandante dell'Ati costituita con due altre imprese, era risultato affidatario dei lavori di costruzione della diga foranea a protezione del porto di Palermo appaltati dal Ministero dei Lavori Pubblici. Insorti contrasti nel corso dell'esecuzione dell'appalto l'Ati notificava (il 7 maggio 1999) alla amministrazione domanda di arbitrato, chiedendo, tra l'altro, la risoluzione del contratto per colpa della stazione appaltante, la quale, tuttavia, nelle more del giudizio arbitrale, con d.d. 7 marzo 2001 della Direzione Generale dell'Edilizia Statale del Ministero decretava la risoluzione unilaterale del contratto.

Accadeva, poi, che lo stesso Consorzio presentasse offerta per l'affidamento di due distinti appalti - l'uno in proprio, l'altro quale mandataria di un rti - indetti dallo stesso Ministero dei Lavori Pubblici, poi delle Infrastrutture e dei Trasporti. Ebbene, in entrambe le ipotesi il Ministero escludeva il Consorzio dalla gara, argomentando che "a seguito della rescissione del contratto n. 2330 stipulato in data 27 giugno 1997, operata con d.d. n. 25 del 7 marzo 2001 (il Consorzio, n.d.r.) si trova in una delle condizioni di esclusione dagli appalti previsti dall'art. 75 del d.P.R. n. 544/99" (con determinazione, rispettivamente, del 16 novembre 2001 e del 12 febbraio 2002).

Il Tar Lazio, investito della questione con due successivi ricorsi, preso atto che con lodo del 6 dicembre 2001 il Collegio Arbitrale costituito per la risoluzione della controversia insorta tra l'Ati di cui faceva parte il Consorzio ed il Ministero dei Trasporti aveva nel frattempo dichiarato la risoluzione del contratto per colpa della stazione appaltante e previa disapplicazione del provvedimento di rescissione, ha accolto l'istanza cautelare "in quanto la determinazione impugnata non appare allo stato degli atti sorretta dai presupposti richiesti dall'art. 75, lett. f), d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, avuto altresì riguardo alle statuizioni contenute nel lodo arbitrale sottoscritto il 6 dicembre 2001" (così Ord. n. 790/02; in senso conforme Ord. n. 1793/02).

### Risoluzione d'ufficio per colpa dell'appaltatore

**L**e ordinanze epigrafate presentano interesse per l'interprete sotto un duplice profilo.

Come visto, il Tar non ha ritenuto sufficiente il provvedimento di risoluzione d'ufficio del contratto adottato dalla amministrazione committente (cfr. artt. 119 e 121, d.P.R. n. 554/1999) per qualificare la "grave negligenza e la malafede nella esecuzione", legittimanti la sanzione della esclusione ai sensi dell'art. 75, d.P.R. n. 554/1999. In questo modo il giudice amministrativo mostra di far proprio l'orientamento ormai pacifico nella giurisprudenza di merito, anche arbitrale, secondo cui la rescissione del contratto di appalto di OO.PP. comporta come effetto unico ed immediato la risoluzione irreversibile del rapporto d'appalto e non sancisce definitivamente, all'inverso, la responsabilità dell'appaltatore: tanto

*Con le due successive ordinanze epigrafate la Sezione Terza del Tar Lazio si è pronunciata sulla questione della rilevanza della risoluzione d'ufficio per colpa dell'appaltatore ai fini della ammissibilità dell'impresa a successive gare indette dalla stessa amministrazione, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 75, lett. f), d.P.R. n. 554/1999, come modificato dal d.P.R. n. 412/2000, che commina l'esclusione dalla gara dei soggetti, tra l'altro, che "hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla amministrazione che bandisce la gara" (co. 1, lett. f).*

che, da un lato, la risoluzione d'ufficio non preclude all'appaltatore di adire il giudice (ordinario o arbitrale) per far accertare l'inadempimento della stazione appaltante, al fine di ottenere il ristoro dei danni conseguenti allo (illegittimo) scioglimento anticipato del contratto (in tal senso, tra le tante, Coll. Arb. Roma, 9 marzo 1999, n. 18, Arch. Giur. OO.PP., 2001, 62; Coll. Arb. Roma, 19 gennaio 1999, n. 3, ibid., 2001, 1). Dall'altro, qualora disposta successivamente alla domanda di risoluzione giudiziale dell'appaltatore - come nella vicenda in esame, appunto -, essa non preclude al giudice di verificare l'esistenza delle condizioni legittimanti la rescissione d'ufficio al fine di pronunciarsi sulla domanda di risoluzione precedentemente proposta ed eventualmente condannare l'amministrazione, previa disapplicazione del provvedimento di autotutela, al risarcimento del danno (in tal senso, da ultimo, Cass., sez. I<sup>a</sup> civ., 4 febbraio 2002, n. 1217).

Ed infatti il Tar, pur in presenza di un provvedimento di rescissione valido, in quanto né annullato né revocato dalla stessa amministrazione, ha semplicemente preso atto della pronuncia arbitrale di risoluzione del contratto stipulato dalla Ati per colpa del Ministero (lodo del 6 dicembre 2001), ed ha così accolto l'istanza cautelare, argomentando che allo stato degli atti e avuto riguardo alle statuizioni contenute nel lodo arbitrale non è configurabile una grave negligenza del Consorzio ricorrente legittimante la sua esclusione ai sensi dell'art. 75, d.P.R. n. 559/1999.

Ora - e si profila così il secondo spunto di riflessione - una tale conclusione non desta meraviglia relativamente alla determinazione del 12 febbraio 2002. Il lodo arbitrale è stato pubblicato il 6 dicembre 2001 e, quindi, il 12 febbraio 2002 l'amministrazione era perfettamente consapevole che nessun addebito, almeno fino ad una pronuncia di nullità del lodo (artt. 827 e 830 c.p.c.), poteva essere mosso al Consorzio a causa dello scioglimento anticipato del contratto per la costruzione della diga foranea del porto di Palermo. Il provvedimento di esclusione, insomma, era ed è illegittimo, per carenza dei presupposti.

Diversamente si atteggia il profilo di illegittimità della esclusione comminata il 16 novembre 2001. A quella data non era stato ancora pronunciato il lodo arbitrale e, pertanto, a quella data bene aveva fatto il Ministero ad escludere il Consorzio dalla gara ai sensi dell'art. 75, d.P.R. n. 554/1999, in virtù del d.d. del 7 marzo 2001. Il provvedimento, cioè, era allora pienamente legittimo. Secondo il Tar, tuttavia, l'illegittimità della prima esclusione discende comunque dal (successivo) lodo del 6 dicembre 2001, con cui è stata accertata la responsabilità per inadempimento della amministrazione committente; precisa infatti il giudice che non sussistono i presupposti della "grave negligenza" e della "malafede" allo stato degli atti. La sanzione della esclusione, cioè, secondo il Tar è illegittima perché non è configurabile attualmente una responsabilità per inadempimento del Consorzio nei confronti del Ministero. In questa ipotesi il lodo arbitrale non assume rilevanza quale vizio di legittimità dell'atto; bensì come elemento che qualifica in positivo la posizione del Consorzio nei confronti del Ministero e, per l'effetto, il suo diritto ad essere ammesso alle gare indette dalla stessa amministrazione.

Il Tar dunque non si è limitato ad accertare la conformità del provvedimento di esclusione ai presupposti di fatto e di diritto richiesti ex lege; ma avvalendosi dei poteri ricognitivi tipici della giurisdizione esclusiva - alla quale, appunto, sono devolute anche le controversie inerenti l'esclusione da appalti di lavori pubblici (artt. 6 e 7, l. n. 205/2000) -, si è pronunciato sul complessivo rapporto tra il Consorzio ed il Ministero, concludendo per l'inconfigurabilità di una "grave negligenza" a carico del Consorzio e riconoscendogli, all'inverso, il diritto tout court di partecipare alle gare indette dalla stessa amministrazione. Da qui la illegittimità anche della esclusione comminata prima della sottoscrizione del lodo.



**TRIBUNALE DI ROMA**

ORD. 24 MARZO 2000

GIUDICE BUONOMO

PARTI TRIADE S.P.A.  
CONTRO I.N.A.I.L.

Contratti privatistici della Pubblica Amministrazione - competenza giudice ordinario - recesso ingiustificato dalle trattative - configurazione responsabilità precontrattuale della p.a. - ammissibilità - criteri di risarcimento del danno.

*È applicabile anche alla pubblica amministrazione la disciplina civilistica sulla formazione del contratto e sull'obbligo di correttezza e di buona fede durante le trattative precontrattuali quando l'ente pubblico pone in essere atti iure privatorum nel perseguimento d'interessi patrimoniali strumentali alle proprie finalità istituzionali (come per l'acquisto d'immobili); in conseguenza la competenza a valutare la sussistenza o meno della responsabilità precontrattuale e il risarcimento del danno nella misura dell'interesse negativo appartiene al giudice ordinario.*

**I) Il caso**

<sup>1</sup> Cfr. Cass., sez. un. 12 luglio 1961, n. 1675, *Foro it.*, 1962, I, 96; Cass. 8 maggio 1963, n. 1142, *Giust. Civ.*, 1963, I, 2099; Cass. 25 maggio 1985, *Mass.* 1985; Cass. 10 dicembre 1987, n. 9129, *Mass.* 1987; Cass. Sez. un., 6 ottobre 1993, n. 9892, *Mass.*, 1993; Cass. 6 marzo 1998, n. 2519, *Giust. civ.*, 1998, 1242; per la questione in generale in dottrina cfr. NIGRO, *L'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato a proposito di condizioni legali*, *Foro it.*, 1961, I, 462; VIRGA, *Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, 1999, 290.

**L**a sentenza che qui si commenta ripropone un'ipotesi ricorrente nelle aule giudiziarie: la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione.<sup>1</sup>

L'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (I.N.A.I.L.) in seguito a ricerca di mercato avviava e svolgeva con continuità relazioni e trattative con la Triade S.p.A., alla quale veniva prospettato il quadro di un rapporto contrattuale inerente al reperimento di aree edificabili munite di concessione edilizia e della relativa opera d'appalto per costruzione di edifici necessari all'ente pubblico.

A partire dal primo contatto e dai primi scambi generici di informazioni si stabiliva poi e con sempre maggiore assiduità uno scambio continuo e sempre più puntuale di informazioni sulle condizioni tecniche dei terreni e sulle circostanze di legge inerenti alle concessioni e agli altri strumenti urbanistici, con approfondimenti e chiarimenti sulle specifiche tecniche dei possibili progetti dell'area, tanto che dalla società risultarono presentati più volte diversi progetti e planimetrie con l'inoltro, a richiesta dell'ente pubblico, di tutte le specifiche tecniche necessarie per la valutazione dell'opportunità economica dell'offerta della società, fino addirittura alla realizzazione di un plastico.

Il tutto senza che nessun'altra società concorresse in alcun modo, indiretto né tanto meno diretto, al confronto e alle trattative.

Tra l'altro, per fronteggiare l'impegno contrattuale vicino, la Triade S.p.A. aveva cominciato a provvedere alla predisposizione delle aree destinate alla realizzazione del progetto.

Dopo quattro anni di trattative e progetti approvati dal comitato tecnico dell'ente (mediante relazioni prontamente inviate alla società), l'I.N.A.I.L. comunicava alla società offerente che, a seguito dell'intervenuto commissariamento dell'istituto, non poteva più procedersi ad ulteriori trattative e che poteva considerarsi sufficiente l'immobile già esistente.

Si costituiva in giudizio la Triade S.p.A. chiedendo la condanna dell'ente pubblico al risarcimento del danno per essere incorso in responsabilità precontrattuale poiché aveva receduto ingiustificatamente dalle trattative dopo aver ingenerato un fondato affidamento nella stipulazione del contratto.

L'ente opponeva le sue ragioni, rilevando, anzitutto, il difetto di giurisdizione perché il giudizio, vertendo su una gara per licitazione privata, apparteneva al giudice amministrativo e comunque, e in subordine, che non sussistevano elementi per ritenere la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione.

Il giudice accoglieva invece la domanda di risarcimento sulla base dell'argo-

mento, evidentemente fondato, che lo svolgersi della vicenda fa risaltare due osservazioni.

La prima evidenza che nel caso di cui era causa non si sono riprodotte né sono state predisposte quelle fasi che individuano l'attività contrattuale di diritto pubblico della pubblica amministrazione (così come disciplinata dal r. d. 18 novembre 1923, n. 2240, l. cont. St. e modifiche successive) specificamente elencabili

nella programmazione, determinazione a contrarre, bando di gara, ammissione alla gara, aggiudicazione, stipulazione, approvazione.<sup>2</sup>

Per questo non vale, come asserisce l'ente convenuto, sostenere che le trattative di cui si contesta il mancato esito contrattuale, siano parte non già di uno scambio precontrattuale di natura privatistica, ma siano invece inserite in una fase di scelta del futuro contraente in seno ad una procedura di licitazione privata, scelta che prelude ad altra fase successiva di individuazione concreta del futuro contraente e solo a partire da questa individuazione puntuale si potranno applicare le regole della disciplina civilistica.<sup>3</sup>

Nel caso specifico il giudice non ritiene possa parlarsi di licitazione privata poiché le modalità con cui l'ente si è mosso, in particolare l'assenza iniziale di un bando di gara, integrano una situazione esattamente ricompresa nella fattispecie privatistica dell'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.) con tutta quanto ne consegue in tema di scambi tra proposta, accettazione, formazione del consenso e normativa di doveri accessori. Ciò qualifica la posizione della società quale posizione di diritto soggettivo ed il giudice correttamente ritiene che quando l'ente pubblico agisce *iure privatorum* nel perseguimento di interessi patrimoniali strumentali alle proprie finalità istituzionali (acquisto di immobili), ai rapporti intercorrenti tra esso ente pubblico e il privato controparte si applicano le norme, relative alle obbligazioni e i contratti, contenute nel codice civile. Ciò comporta anzitutto il deferimento della lite

alla competenza del giudice ordinario, laddove non si tratti di materie avocate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Inoltre quando l'ente abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni integranti violazione delle prescrizioni comportamentali di buona fede oggettiva di cui agli artt. 1337 e 1338 c.c., sarà soggetto, alla stregua di qualsiasi altro privato, all'obbligo di risarcimento, a titolo di responsabilità precontrattuale, del cosiddetto interesse negativo.<sup>4</sup>

In fine, nel merito e sulla base delle suddette argomentazioni, accoglie la domanda.

<sup>2</sup> VIRGA, *cit.*, 306.

<sup>3</sup> Vedi, per tale posizione, peraltro pacifica sussistendone i dovuti presupposti, Cass. Sez. un., 6 ottobre 1993, n. 9892 in *Mass.* 1993; Cass. 20 luglio 1987, n. 6545, *Arch. Civ.*, 1192; Cons. Stato sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 244, *Riv. Amm.*, 2001, 4, 235; Cons. Stato sez. V, 26 luglio 1999, n. 508, *Riv. Amm.*, 1999, 3, 197, per le quali ultime in particolare si trattò di asserire la sussistenza, in capo alla P.A., del potere di esercitare l'autotutela per l'annullamento di tutto un intero procedimento amministrativo senza che si possa parlare di sussistenza, in senso stretto, di una responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, fatti salvi i rilievi dei più recenti indirizzi e sviluppi giurisprudenziali sulla scorta della legge 205/2000, di cui si dirà in seguito.

<sup>4</sup> Vedi compiutamente in tal senso Cass. 29 luglio 1995 n. 8298 in *Mass.*, 1995. Per il risarcimento del solo interesse negativo sia nella dimensione del danno emergente che del lucro cessante cfr. Cass. n. 1632/2000 in *Giur. Ital.* 2000, 2250 e in dottrina GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, 852; DI GREGORIO, *Culpa in contrahendo ed interesse negativo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 355; LUMINOSO, *La lesione dell'interesse negativo e dell'interesse positivo nella responsabilità civile*, Contr. impr., 1988, 792.

## 2) La pubblica amministrazione tra atti *iure gestionis* e atti *iure imperii*

**A**l giudice appare ultroneo approfondire la distinzione a livello procedurale e sostanziale tra una procedura concorsuale e una trattativa privata della pubblica amministrazione.

Ed in effetti, ai fini della decisione sulla responsabilità per recesso dalle trattative, è di palese evidenza come l'INAIL avesse operato con una offerta al pubblico al termine di una programmazione a rilevanza puramente interna ai fini della determinazione di volontà della P.A., programmazione inidonea a vincolare immediatamente la P.A., in mancanza e prima di una adeguata pubblicità (caso che presupporrebbe la preventiva scelta di una procedura concorsuale), così che

- <sup>5</sup> Confronta, per il momento in cui deve ritenersi formata la volontà della P.A. nelle trattative iure gestionis, Cons. Stato, VI sez., 29 luglio 1991 n. 492, in *Cons. Stato*, 1992, I, 125.
- <sup>6</sup> ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, 110 e ss.; Tr. Napoli, 20 novembre 1970 n.6961, *Dir. Giur.*, 1971, 39.
- <sup>7</sup> L'espressione non è ridondante giacchè vale a distinguere la categoria suddetta dalla cosiddetta attività amministrativa di diritto privato delle Amministrazioni Pubbliche, con la quale si vuole indicare l'ipotesi in cui, mediante atti giuridici disciplinati dal codice civile si persegua uno scopo pubblico d'elezione (tale attività ricomprende, quale genere a specie, i cosiddetti contratti ad evidenza pubblica), mentre con la forma "attività privata di diritto privato della P.A." si intendono i casi in cui gli strumenti privatistici si perseguono mere esigenze di tipo patrimoniale od organizzativo (sarebbe quest'ultima l'ipotesi intervenuta nel caso in commento). In tal senso vedi *Diritto Amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI - PERICU - ROMANO - ROVERSI MONACO - SCOCA, Monduzzi ed., 2001, II, 1613; NIGRO, *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di AMATO - BARBERA, Bologna, 1984, 839 e ss; AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa retta dal diritto privato*, *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 455.
- <sup>8</sup> Cfr. NOCCO e POLLICE, *La responsabilità precontrattuale: in particolare quella della pubblica amministrazione*, in *Nuova Rass.*, 1991, n.15, 1494.

la P.A. può sempre, prima di tale momento, in applicazione del principio privatistico di libertà contrattuale, revocare la determinazione interna a contrarre.<sup>5</sup>

Ma proprio l'applicazione dei principi privatistici fa sì che una volta che tale determinazione di volontà viene a intaccare la sfera dell'altro soggetto contraente ingenerando un comprensibile affidamento nel proseguimento e nella conclusione positiva delle trattative, allora ci si sposta in una fase che non ha più rilevanza solo interna ma obbliga a determinati comportamenti, di talchè un recesso ingiustificato non è ammissibile.

Ed è effettivamente di tutta evidenza come l'INAIL aveva operato sulla base dell'art.1336 c.c., e la sua ricerca di mercato rientra con facilità descrittiva nel *modus operandi* di una offerta al pubblico a mezzo dell'utilizzo di stampa a diffusione nazionale.<sup>6</sup>

La spedita soluzione del caso ha avuto facile gioco del fatto che era chiaramente da escludere ogni riferimento ai cosiddetti contratti ad evidenza pubblica, ed in particolare nella fattispecie ricorreva invece la cosiddetta attività privata di diritto privato della P.A.<sup>7</sup>

Occorre però dar conto di ben altre problematiche di fondo, così da chiarire il modo in cui si connatura la distinzione, tralaticciamente trasmessa dalla tradizione, tra atti *iure gestionis* e atti *iure privatorum*, in funzione del riflesso che da tale distinzione si produce sulle ipotesi di danno da responsabilità precontrattuale della P.A., e per poi chiarire in che termini tale distinzione, al fine suddetto, può ritenersi, in parte e salve alcune precisazioni, superata.

Proprio in relazione all'applicabilità della disciplina di diritto privato del risarcimento da responsabilità precontrattuale, una parte della dottrina, in tempi non recenti, ha infatti difeso la configurabilità di tale strumento di tutela anche per i contratti privati della pubblica amministrazione soggetti alla legge di contabilità pubblica, i cosiddetti contratti ad evidenza pubblica, essendo pacifica e naturale l'applicazione di detto istituto ai contratti formati pienamente sulla base del diritto comune.<sup>8</sup>

L'affermazione va senz'altro confutata sulla scorta della centrale rispondenza funzionale dei contratti ad evidenza pubblica ad un fine di interesse pubblico, rispetto al qual fine il presidio di norme procedurali, statuite dalla legge sulla contabilità pubblica, dimostra esigenze di controllo e sanzione dell'esercizio del potere amministrativo (e per contro esigenze di agevolare la libertà discrezionale della pubblica amministrazione), diversamente da quanto avviene nella semplice attività di diritto privato della P.A. dove in effetti l'interesse pubblico, pure astrattamente configurabile, non influenza in alcun modo la valutazione della volontà della P.A., in quanto rispetto alla validità dell'atto tale volontà rimane sottoposta ai vincoli civilistici della liceità della causa e dei motivi quando da entrambi conosciuti e ritenuti determinanti per il contratto, anche ove vi sia una possibile inidoneità

al perseguimento dell'interesse pubblico.

A questo proposito occorre dar atto di come l'uso degli strumenti di diritto civile ad opera della P.A. ha assunto una vasta applicazione, e le normative che fanno riferimento ad accordi o contratti, con più o meno esplicite risonanze di sapore civilistico, vanno sempre più diffondendosi.

L'articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha disposto, ad esempio che "l'amministrazione precedente può concludere (...) accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo" prevedendo inoltre una san-

- <sup>9</sup> BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione, Trattato di diritto amministrativo*, VII, Cedam, 1987, 63; GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Giuffrè, 1986, 55; MAZZAROLLI - PERICU - ROMANO - ROVERSI MONACO - SCOCA, *Diritto amministrativo*, cit., 1623.
- <sup>10</sup> Tali esigenze sono state più volte rimarcate dalla giurisprudenza quando si tratta di stabilire i limiti alla scelta tra strumenti privatistici e strumenti puramente pubblicistici per l'esercizio del potere amministrativo in relazione ad un determinato oggetto: cfr. Cons. Stato, 4 novembre 1995, 336, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1607; Cons. Stato, 10 marzo 1994, n. 895/93, in *Cons. Stato*, 1995, 1330; Cass. sez. un., 1 febbraio 1985, n. 654, *Giust. civ. mass.* 1985, fasc. 12; Cass. sez. un., 25 maggio 1968, n. 1604, *Foro it.*, 1968, 1773; in dottrina relativamente all'esistenza di una presunta piena libertà della p.a. di scegliere di volta in volta se utilizzare gli strumenti giuridici rinvenibili nell'ambito del diritto pubblico ovvero quelli apprestati dal diritto privato vedi GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., vol. II, Giuffrè 1993, 363; MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1982, 165; DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè, 1996, 60: le posizioni vanno dal ritenere un riflesso in termini di validità - invalidità del contratto privatistico concluso al di là o contro le finalità pubblicistiche cui soggiace per legge l'ente pubblico precedente., argomentando dalla riconducibilità alle ipotesi di ordine pubblico o di scopo contrattuale dell'articolo 1418 c.c., a posizioni che ritengono l'irrelevanza dell'interesse pubblico nel contratto puro e semplice di diritto privato sulla scorta della esatta considerazione

zione in caso di violazione di quest'obbligo, sotto forma di indennizzo a favore del privato contraente.

La prassi, inoltre, ci rende note ipotesi diverse di accordi tra P.A. e privati denominati variamente quali protocolli d'intesa, dichiarazioni d'intenti, accordi quadro, accordi che in qualche modo vedono l'intervento del privato nella determinazione finale della volontà dell'amministrazione in una determinata direzione, nella determinazione di contenuti che riguardano l'esercizio di funzioni di rilievo pubblico normalmente gestite completamente con soli procedimenti ed atti puramente amministrativi.

Ciò induce a riflettere sulla effettiva attualità di una definizione ormai datata che individua due grandi categorie contrapposte: l'una denominata attività iure gestionis dominata dal diritto privato e l'altra attività iure imperii dominata dal diritto pubblico.

Attualmente, considerato l'espandersi di strumenti ibridi tra il privatistico e il pubblicistico come sopra sommariamente richiamati, deve ritenersi che la distinzione tra i diversi tipi di attività della pubblica amministrazione non è più così facile e netta e deve darsi atto dell'esistenza di categorie e schemi molteplici, e nel contempo non differenziati dalla sola qualificazione pubblica o privata della disciplina applicabile, ma piuttosto dal rilievo più o meno pregnante dato dalla finalità perseguita dal determinato comportamento dell'amministrazione. Tale concetto ben è rappresentato dalla genesi della categoria dei contratti ad evidenza pubblica, genesi cui è sottesa l'esigenza di trovare una strada per fare in modo che, pure laddove si utilizzano molti strumenti del diritto civile, come espressione di una autonomia privata, il ricorso al diritto privato non significhi l'abbandono dei criteri direttivi dell'agire amministrativo, non sia mezzo per aggirare il sistema di controlli che garantiscono la presenza e il rispetto dei valori costituzionalmente garantiti cui deve essere improntata la decisione amministrativa, di là dal valore della volontà contrattuale, e delle ipotesi di sua validità, a livello privatistico.<sup>9</sup>

Nel contratto ad evidenza pubblica si presenta una fattispecie complessa, unitaria, ma in cui convivono comportamenti giuridicamente rilevanti, alcuni disciplinati dal diritto pubblico e altri dal diritto privato. Si è, infatti, parlato di fattispecie a doppio stadio in cui le decisioni relative all'individuazione dell'obiettivo concreto, alla definizione del tipo di contratto da porre in essere e dei suoi contenuti essenziali non rinunciabili, alla scelta del contraente, alla scelta del contratto, si compiono mediante procedimenti ed atti propriamente amministrativi. Tale costruzione è il frutto dell'esigenza di evitare la sostanziale neutralità che l'interesse pubblico ha, per il diritto privato, nella determinazione della volontà della parte, ed è al contrario preposta a fare in modo che l'agire amministrativo sia garantito, per gran parte della fase preparatoria del contratto, dai tradizionali presidi di diritto pubblico che permettano il sindacato della scelta della P.A. precedente, e sotto il profilo funzionale, e sotto il profilo del principio di legalità, e in generale sotto tutti quegli aspetti che sarebbero trascurati con l'utilizzo *tout court* del sistema civilistico.<sup>10</sup>

Riassuntivamente si può quindi ricordare che la giurisprudenza, nell'elaborare questa particolare forma di attività di diritto privato della p.a., stanti le esigenze suddette, ha individuato sempre, nelle decisioni degli organi amministrativi che precedono la materiale stipulazione del contratto, degli atti di provenienza unilaterale della p.a., veri e pro-

dell'eterogeneità degli interessi pubblici e delle difficoltà di inquadrare concretamente questa spiegazione giacché vi sono enti pubblici a fini plurimi e soprattutto, per quel che rileva ai fini di una valutazione in tema di scopo contrattuale, non determinabili in via preventiva ma sempre elasticamente definibili da parte del potere discrezionale dell'Amministrazione.

<sup>11</sup> Il concetto si ritrova in tali termini in MAZZAROLI - PERICO - ROMANO - ROVERSI MONACO - SCOCA, *Diritto amministrativo*, cit., 1633.

<sup>12</sup> Vedi supra in nota 8.

pri atti amministrativi da formalizzarsi, applicando la disciplina della legge sulla contabilità di stato, in documenti amministrativi (decreti e deliberazioni), che restano sottoposti alle discipline del diritto pubblico, e lasciano spazio solo alla configurazione di interessi legittimi.

In definitiva, se si vuole determinare un quadro di riferimento dell'attività della p.a. tale da circoscrivere l'area dei comportamenti antigenuridici della p.a. che gli istituti di diritto comune sono idonei a sanzionare con la responsabilità, bisogna aver presente quanto segue: l'espressione "attività di diritto privato della p.a." non sta ad indicare semplicemente una sola attività giuridica della p.a. che resta sottoposta al diritto privato come l'attività di un qualunque altro soggetto, bensì indica due fattispecie diverse delle quali una completamente ascrivibile all'uso degli strumenti propriamente civilistici, l'altra invece caratterizzata da elementi di originalità che la differenziano nettamente dall'operare dei privati.

In particolare questa seconda categoria è solo parzialmente sottoposta alle regole del diritto civile, essendo disciplinata dal diritto pubblico per molti suoi aspetti, per di più fortemente condizionanti la fase che

precede la mera stipulazione materiale del contratto.

Infatti, nel contratto ad evidenza pubblica, accanto e prima del contratto, si configura un insieme di atti amministrativi soggetti ad un regime pubblicistico, cosicché più propriamente dovrebbe parlarsi, per questo secondo caso, non di attività di diritto privato della p.a., ma di attività della p.a. soggetta ad una disciplina in parte privatistica ma per gran parte pubblicistica.<sup>11</sup>

### 3) La responsabilità precontrattuale: anche per la p.a. i principi di diritto civile

Quanto fin qui esposto consente di asserire con un certo margine di certezza che è destituita di fondamento la tesi di quanti<sup>12</sup> ritengono applicabile la disciplina della responsabilità precontrattuale anche alle ipotesi di contratti ad evidenza pubblica.

I punti cardine di tale tesi sono i seguenti: anzitutto si asserisce che il fatto che tutto l'iter delle trattative veda la p.a. assoggettata ad una serie di controlli discrezionali non declassa l'interesse privato a mero interesse legittimo, e come in generale si ammette l'esistenza di una responsabilità extracontrattuale della p.a., allora deve sostenersi che anche nell'ambito dell'esercizio di un potere ai fini della conclusione di un contratto latamente inteso la p.a. deve comportarsi secondo buona fede; poi si osserva che ha scarso peso la considerazione che il cittadino contraendo con l'amministrazione nell'ambito dei contratti ad evidenza pubblica assumerebbe volontariamente l'alea della discrezionalità della p.a. così essendo inconfigurabile un'ipotesi di affidamento, perché, a detta di tale tesi, tale osservazione può essere facilmente rovesciata con il considerare come l'impegno finale e definitivo viene assunto sulla base di un contratto privatistico ed è la p.a. che volontariamente si assoggetta alle regole privatistiche.

Entrambe le considerazioni alla luce di quanto fin qui detto appaiono poco soddisfacenti giacché riguardo al primo punto si deve sottolineare come la recente pronuncia della Cass. 500/1999 che ha esteso la responsabilità extracontrattuale della p.a. al fine di riconoscere il risarcimento del danno anche per lesione di interesse legittimo conferma la differenza di posizione sostanziale tra diritto soggettivo ed interesse legittimo ed in particolare non autorizza a travisare uno dei caratteri essenziali della responsabilità precontrattuale, carattere consistente in una relazione personalizzata e di contiguità senza l'interporsi di situazioni di potere della p.a., come invece continua tutt'oggi ad avvenire nei contratti ad evidenza pubblica, e la stessa giurisprudenza, come detto sopra, frena molto l'estensione *tou court* della disciplina privatistica.

<sup>13</sup> Per esser più chiari: il principio della responsabilità contrattuale si applica, nei confronti della p.a., anche quando l'obbligazione ha fonte legislativa, come nel caso dell'indennità di espropriazione, o fonte procedimentale, come nel caso delle obbligazioni scaturenti dalle concessioni - contratto. Cfr. in particolare Cass. 28 marzo 1994, n. 3006, *Mass. Giust. Civ.*, 1994, 405. Del resto oggi il dato normativo sembra indirizzare abbastanza agevolmente in tale direzione giacché l'art. 11 comma 2° della legge 241/1990 ha esteso agli accordi procedimentali o sostitutivi di provvedimento "i principi del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti, in quanto compatibili".

<sup>14</sup> Cass. 20 luglio 1987, n. 6545, *Arch. Civ.*, 1987, 1192; Cass. Sez. un., 6 ottobre 1993, n.9892, in *Mass. Giust. Civ.*, 1993, 1446; Cons. Stato 14 gennaio 2000, n.244, *Riv. Amm.*, 2001, 3, 235; MAZZAROLI - PERICU - ROMANO - ROVERSI MONACO - SCOCA, *Diritto amministrativo*, cit., 1734.

<sup>15</sup> La tesi della natura contrattuale, seguita da pochi e non recentemente (vedi BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1963, 303; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv., dir. Comm.*, 1956, II, 360; DE CUPIS, *Il danno*, Giuffrè, 1946, 50; VIGOTTI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1986, II, 174) trae origine da un noto studio dello Jering (JERING, *Culpa in contrahendo oder Schandenersatz bei nichtigen oder nicht zur perfection gelangten vertragen*, in *Jerings Jahrbucher*, 1861, 4) facendo leva sulla considerazione che la semplice instaurazione di una trattativa è *ex se* fonte di una serie di obbligazioni di diligenza, dai quali derivano obblighi di risarcimento in caso di violazione, di talchè la responsabilità per culpa in contrahendo avrebbe natura contrattuale in quanto derivante dall'inadempimento

Sul secondo punto si deve tornare ad affermare che è più corretto ritenere ciò: nei casi di contratti ad evidenza pubblica, in cui l'obbligazione finale della pubblica amministrazione sorge con un sistema a doppio stadio, la fonte ha senza dubbio un precipuo carattere procedimentale e provvedimentale di stampo amministrativistico, così che tale fase non può essere considerata equiparabile compiutamente a quella che nel diritto privato è una trattativa, ed in essa non si può parlare di qualcosa di equiparabile all'affidamento. Del resto, sia la dottrina sia la giurisprudenza, sono pressoché concordi nel ritenere che è la responsabilità contrattuale che si applica senza alcun dubbio anche alla p.a. per l'inadempimento della obbligazione comunque sorta, ma l'estensione della normativa civilistica attiene appunto solo al momento funzionale e non a quello genetico del rapporto contrattuale;<sup>13</sup> ed infine riconosciuta la natura di attività procedimentale che precede la stipulazione del contratto pur privatistico non si può negare che tale natura è per ciò solo anche pubblicistica e di conseguenza soggetta alle norme in tema di legalità e funzionalizzazione dell'attività amministrativa.<sup>14</sup>

Sgombrato il campo da rischi di catalogazioni improprie, si può senza indugio passare ad analizzare la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione lì dove essa trova completa applicazione: in quelli che sopra ho definito, con semantema ormai ricorrente nella letteratura giuridica, i contratti rientranti nell'"attività privata di diritto privato della p.a.", area nella quale si può esser certi che non vi è nessuna commistione di elementi diversi, e tale purezza di classificazione risalta già a partire dal momento genetico del rapporto tra amministrazione e privato che non deve conoscere alcuna procedimentalizzazione soggetta alle leggi di diritto amministrativo.

Anche per la pubblica amministrazione vale, in campo di responsabilità precontrattuale, quanto la dottrina e la giurisprudenza ripetono in relazione ai normali rapporti tra privati.

Soprattutto in passato si è discusso della natura della responsabilità precontrattuale rispetto ai due fondamentali generi di responsabilità: contrattuale (art. 1218 c.c.) oppure extracontrattuale (art. 2043 c.c.).

La distinzione ha un notevole peso per quei profili strumentali all'azione di risarcimento stessa: prescrizione, spazi d'iniziativa del processo, nonché rilevanza del dolo nel tipo di danno risarcibile.

Sotto questi profili infatti la distinzione è molto influente. Nella responsabilità contrattuale la prescrizione per chiedere il risarcimento è di 10 anni, mentre l'art. 2947 comma 1° fissa un termine di 5 anni per quella extracontrattuale.

Sul piano processuale la riconduzione della responsabilità precontrattuale al genere extracontrattuale condiziona la possibilità di *mutatio libelli* e di domanda nuova in appello: una pretesa risarcitoria ex art. 1337 c.c. può successivamente modificarsi e titolarsi ex art. 2043, mentre se si sceglie il titolo precontrattuale non si potrà poi passare a quello contrattuale, o viceversa.

Infine nella responsabilità contrattuale il danno imprevedibile è risarcibile solo se vi sia stato dolo della controparte (art. 1225 c.c.) mentre ciò non è richiesto nella responsabilità extracontrattuale dove sia il danno prevedibile che quello impreveduto o imprevedibile sono in ogni caso risarcibili.

La dottrina e la giurisprudenza, in maniera pressoché unanime, ritengono la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale.<sup>15</sup> Argomentano ciò in maniera convincente sulla scorta dell'osservazione

di una obbligazione di diligenza scaturente dal rapporto precontrattuale, e non già dalla violazione del principio del *neminem laedere* cui è improntato l'art. 2043 c.c.

<sup>16</sup> Vedi DEL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, 1051; CECCHINI, *Rapporti non vincolanti e dovere di correttezza*, Giuffrè, 1975; CORRADI, *Il dovere di buona fede*, in *Contratti Cendom*, 2000, 1; DE LORENZI, *Correttezza e diligenza precontrattuale: il problema economico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1999, I, 565.

<sup>17</sup> Vedi ROPPO, *cit.*, 185; GAZZONI, *cit.*, 853; PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, artt. 1337 - 1342 c.c., in *Il codice civile commentato*, diretto da SCHLESINGER, Giuffrè, 1993, 243; SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, 10, Utet, 1998, 365; CARUSO, *Note in tema di danni precontrattuali*, in *Foro it.*, 1991, I, 193. In giurisprudenza, per le più recenti, vedi Cass. 14 giugno 1999, n. 5830, in *Giur. It.*, 2000, 1178 con nota di Matera; Cass. 16 ottobre 1998, n. 10249, *Giust. Civ.*, 1999, I, 89; Cass. 13 marzo 1996, n. 2057, in *Foro it.*, 1996, I, 2065; Cass. 16 aprile 1994.

che nella responsabilità contrattuale viene protetto uno specifico interesse del creditore a ricevere la prestazione dedotta in contratto (art. 1174 c.c.), mentre quando due parti vengono in contatto iniziando delle trattative gli interessi posti in gioco sono ben diversi poiché effettivamente il contratto ancora non è concluso: in tal caso vengono in gioco gli interessi di ciascun consociato alla serietà e lealtà, crismi che devono conformare una civile compagine sociale anche nell'atomistico tendere del singolo verso i propri personali vantaggi economici.<sup>16</sup>

È a protezione di tali interessi che si pongono i doveri di condotta di cui andiamo ora a parlare, doveri a volte generici, a volte calibrati sullo specifico aspetto da tutelare, ma comunque mai riconducibili a delle obbligazioni in senso stretto.<sup>17</sup>

Chi addivene ad una trattativa per conseguire delle mire personali a motivo di proprie scelte, ha interesse non solo che la trattativa giunga laddove lui vuole (e per ciò solo che la trattativa veda uno sbocco), ma anche che essa sia condotta in modo leale e serio.

Tale affermazione generica se sviscerata porta anzitutto a configurare in capo a ciascuna delle parti un dovere di buona fede, inteso quale buona fede oggettiva, e quindi come correttezza. Più specificamente la correttezza si traduce plasticamente in vari doveri.

Anzitutto essa impone di evitare comportamenti che implicino intenzione o consapevolezza di infliggere alla controparte danni ingiusti; ma impone di adoprarsi in modo che neppure solo per superficialità, disattenzione ed incompetenza si giunga ad arrecare all'altro tali danni, in modo che impone il bando a qualsiasi comportamento che anche solo colpevolmente arrechi danno.

In altre parole l'articolo 1337 c.c. impone un generale dovere di diligenza.

Il dovere di buona fede nelle trattative del contratto mira essenzialmente a prevenire tre possibili situazioni dannose, suscettibili di verificarsi quando il dovere sia violato: la mancata conclusione del contratto; la conclusione di un contratto invalido; la conclusione di un contratto valido ma che risulta essere troppo distante dalle intenzioni di una delle due parti.

Riguardo alla prima evenienza la forma più ricorrente in cui essa si manifesta è la rottura delle trattative.

In realtà bisogna premettere che la rottura della trattativa non è di per sé un comportamento illecito, ma anzi essa è manifestazione della libertà contrattuale, come ben dimostra la disciplina della revoca della proposta e dell'accettazione. Ma quando si era ingenerato nell'altra parte un affidamento che per tale parte pare giustificato dallo stadio delle trattative, e quando la rottura è ingiustificata per la parte che la compie, allora si deve ritenere che si incorra nella violazione del dovere di buona fede nello svolgimento delle trattative.

A questo fine è senza dubbio rilevante decidere se si è ancora nelle fase delle trattative o se le trattative si devono considerare concluse perché in tale secondo caso ci si sposa nell'ambito della responsabilità contrattuale e comunque si applicano le norme specifiche in tema di recesso dal contratto, di risoluzione, di inadempimento contrattuale.<sup>18</sup>

In ordine all'espressione "trattative" va detto che con la stessa ci si riferisce a tutto quell'insieme di comportamenti e dichiarazioni posti in essere da due o più soggetti, al fine di verificare la possibilità di stipulare un contratto e, contestualmente, stabilirne le condizioni.

In ordine al momento in cui esse risultano concluse vengono in ausilio gli artt. 1326 e seguenti del codice.

<sup>18</sup> Cfr. Cass. 24 maggio 1995, n. 5691, in *Corriere Giur.*, 1996, I, 36 con nota di EMILIOZZI; Cass. 16 aprile 1994, n. 3621, in *Giur. It.*, 1996, I, 1, 880.

Una volta individuata la scansione temporale qualificabile come trattativa si dovrà verificare la legittimità del recesso da tale fase alla stregua delle esigenze dell'affidamento della controparte e della giustificazione causale del recesso.

In particolare la rottura delle trattative è ingiustificata e sbocca nella responsabilità precontrattuale quando alla stregua della normale diligenza e comprensione (tenute in debito conto le circostanze del caso, l'attività economica in esame, e il rapporto delle parti con essa), nell'altra parte è nato il legittimo affidamento, la giustificata certezza, che il contratto sarebbe stato concluso.

In tal modo il recesso diventa ingiustificato se, a fronte di tale affidamento, non vi sia una ragione talmente giusta e al di fuori della portata della volontà del recedente da prevalere addirittura sull'affidamento della controparte. È certo che il carattere ingiustificato della rottura comunque non richiede che essa sia presa in dolo o mala fede, e la responsabilità può discendere dalla semplice colpa del recedente.<sup>19</sup>

In via sommaria si deve ritenere che la causa che spinge al recesso sia giusta quando deriva da una circostanza esterna alla sfera del recedente, sopravvenuta nel corso della trattativa oppure preesistente ma ignorata dal recedente senza sua colpa alcuna benchè lieve.

La seconda situazione di danno precontrattuale è quella in cui il contratto si conclude ma inutilmente perché è invalido o inefficace. Il dovere comportamentale non tenuto che genera un tal tipo di responsabilità consiste propriamente nel dover dar contezza alla controparte delle cause che possono invalidare l'efficacia del contratto. Infatti l'art. 1338 testualmente parla di obbligo di risarcimento derivante dal fatto che "la parte..., conoscendo o dovendo conoscere una causa di invalidità del contratto non ne ha dato notizia all'altra parte" quando quest'ultima ha confidato senza sua colpa nella validità del contratto.

Gli obblighi in cui si concreta tale dovere sono quindi quelli di trasparenza, verità, chiarezza, e poi un dovere, strumentale alla validità del contratto, di creare o salvaguardare le condizioni di efficacia.<sup>20</sup>

La terza ipotesi, infine, concerne il caso in cui la scorrettezza di una parte porta alla conclusione di un contratto valido ed efficace ma che risulta essere diverso da quello che l'altra parte avrebbe concluso senza le scorrettezze e la negligenza di controparte. È altresì evidente che il confine con il caso di dolo incidente è labile e si deve ricorrere ad annullamento ex art. 1340 c.c. nel caso di inganno vero e proprio.

In tema di risarcimento la sentenza che si annota fa uso della costante pratica, avallata da dottrina e giurisprudenza unanimi, di risarcire il solo interesse negativo.

Tale è l'interesse a non intraprendere una trattativa che espone il soggetto alle scorrettezze dell'altra parte.

Questo interesse si distingue dall'altro interesse, detto positivo, e che attiene invece all'inadempimento di un contratto validamente concluso. L'interesse positivo in particolare è l'interesse all'esecuzione del contratto validamente concluso e all'acquisto dei relativi profitti.

Più precisamente si deve ritenere che quando il danno deriva dalla mancata conclusione del contratto per rottura ingiustificata delle trattative, non vanno risarciti i profitti che quel contratto avrebbe dato perché in realtà quel contratto non è stato concluso.

Saranno invece risarcite, da un lato, le spese fatte per una trattativa rilevatasi inutile (spese di viaggio, progetti, consulenze, tempo di lavoro sprecato), e dall'altro, la perdita di occasioni alternative di affari che non si sono coltivate per l'affidamento riposto nella conclusione di quel contratto. La prima ipotesi è quella di

<sup>19</sup> Si vedano, su tutta la vicenda del recesso ingiustificato e dell'affidamento, Cass. 14 giugno 1999, n. 5830, *Giur. It.*, 2000, 1178; Cass. 30 agosto 1995, n. 9157, in *Mass. Giust. Civ.*, 1995, 1568; Cass. 12 marzo 1993, n. 2973, in *Rep. Giur. It.*, 1993, voce "Obbligazioni e contratti", 500. In dottrina si veda LANZALONE, *Proposta di contratto, termine impossibile per l'accettazione e responsabilità del proponente per ingiustificato recesso dalle trattative*, in *Dir. Maritt.*, 1998, 93; ROPPO, *cit.*, 180; COLELLA, *Sulla responsabilità precontrattuale del datore di lavoro per il recesso ingiustificato dalle trattative*, in *Resp. Civ. prev.*, 1994, p. 1107; MATERA, *La responsabilità precontrattuale tra vecchi e nuovi spunti di riflessione*, nota a Cass. 14 giugno 1999, n. 5830, in *Giur. It.*, 2000, 1178.

<sup>20</sup> Vedi SAPIO, *Ignorantia legis e responsabilità precontrattuale*, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 2774; MONTECUCCHI, *Conoscenza della causa di nullità del contratto e obblighi di buona fede ex art. 1338 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 1974, I, 77; Cass. 16 aprile 1994, 3621, *Giur. It.*, 1995, I, 1, 880.



danno emergente nell'interesse negativo, la seconda quella che si suole chiamare di lucro cessante nell'interesse negativo.<sup>21</sup>

In conclusione si deve rammentare che i principi e le norme appena richiamati devono applicarsi anche all'ipotesi in cui la p.a. agisce per il perseguimento di scopi puramente economici, senza far uso di alcun tipo di poteri autoritativi e in posizione del tutto paritetica con il privato, così da iniziare un'attività di trattativa precontrattuale del tutto svincolata da un qualsivoglia schema procedimentale.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> DI GREGORIO, *cit.*, 355; CARUSO, *cit.*, 183; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Giuffrè, 1990, 65; PASQUINO, *Responsabilità precontrattuale e determinazione del danno risarcibile*, in *Riv. Giur. Sarda*, 1998, 345.

<sup>22</sup> Cass. 29 luglio 1995, n. 8298, *Mass.* 1995.

**4) Profili evolutivi della responsabilità precontrattuale della p.a.: la risarcibilità del danno nella responsabilità per perdita di chance e nella responsabilità "da contatto amministrativo"**

**A** quanto sopra detto sull'esclusione della figura della responsabilità precontrattuale dai contratti ad evidenza pubblica si devono aggiungere alcune precisazioni che traggono spunto dalla premessa di un radicale superamento della classica distinzione tra atti *iure gestionis* e *iure imperii*.

Così, in particolare, l'impegno della giurisprudenza, come sopra ricordato è stato sempre quello di dare a tali contratti (il riferimento alla attività puramente amministrativa è chiaramente implicito), una struttura tale che rimanessero intatte gran parte delle prerogative della pubblica amministrazione in relazione all'esercizio della discrezionalità amministrativa (al punto che non essendo configurabili diritti soggettivi ma interessi legittimi se ne fa discendere una necessitata esclusione delle norme civilistiche sulla responsabilità precontrattuale).<sup>23</sup>

Ma si deve dar atto, d'altro canto, di prospettive peculiari che si aprono a seguito del noto *grand arrest* della Cassazione con sentenza n. 500 del 1999,<sup>24</sup> e della legge n. 205 del 2000 che, recependone le istanze e gli esiti principali, ha sancito prima che "il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto", e poi che il T.A.R., "nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali. Tale "rivoluzione" lascia certamente il segno anche nel campo delle situazioni che vedono l'interesse di un privato essere in qualche modo leso dall'agire amministrativo, quando il privato chiede all'amministrazione la costituzione in capo a lui di una data posizione giuridica di vantaggio (interesse pretensivo), o quando si oppone ad un comportamento dell'amministrazione che modifica una propria preesistente posizione giuridica già raggiunta (interesse oppositivo), tenendo presente che in entrambi i casi resta valida la discrezionalità dell'amministrazione.

Ciò fa ritenere che anche nell'esempio classico, in cui massima è la discrezionalità amministrativa, delle gare d'appalto si debba risarcire un danno al soggetto illegittimamente escluso da un procedimento che l'amministrazione ha assunto violando norme relative all'esercizio del potere discrezionale.

In tal caso infatti, accertata da parte del giudice amministrativo la illegittimità del provvedimento ed annullato l'atto, dovrà essere assicurato al privato estromesso dal risultato positivo della gara, un risarcimento del danno.

In particolar modo tale risarcimento sarà misurato in relazione alle possibilità concrete che, in relazione alle condizioni date, il privato aveva per il perseguimento del suo "bene alla vita" consistente nell'aggiudicazione della gara.

<sup>23</sup> Vedi supra in nota 14.

<sup>24</sup> Vedi Cass. 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, 3214; DI MAJO, *Il risarcimento degli interessi "non più solo legittimi"*, in *Corr. Giur.*, 1999, 1376; CARBONE, *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Corr. Giur.*, 1999, 1061.

È questo il cosiddetto risarcimento per perdita di *chance* elaborato dalla giurisprudenza recentissima, che deve essere costruito su una sorta di giudizio prognostico,<sup>25</sup> e nasce dalla considerazione che non è scontato, una volta annullato in sede giurisdizionale il provvedimento illegittimo per la presenza di vizi quali eccesso di potere, violazione di legge etc., che l'ulteriore attività dell'amministrazione debba comportare il riconoscimento del bene della vita auspicato dal ricorrente.

Prima di procedere ad analizzare i pochi punti di contatto tra tale tipo di risarcimento e quello da responsabilità precontrattuale bisogna precisare che altra cosa è la perdita di *chance* ed altra invece è l'ipotesi di danno da mancata aggiudicazione. In tal caso, a differenza che nel primo, si ha quando il ricorrente dimostra senza alcun dubbio di avere diritto all'aggiudicazione della procedura selettiva cui partecipa, e cioè che se l'amministrazione avesse ben operato avrebbe ottenuto senz'altro il suo tornaconto grazie al contratto stipulato.

Nel caso di risarcimento per perdita di *chance* invece ciò che si risarcisce non è né la spesa sostenuta per partecipare alla gara, né il fatto di non aver concluso il contratto, ma solo il fatto che "probabilmente" si sarebbe giunti a conclusione diversa da quella avutasi, cosicché tale forma di risarcimento trova applicazione in particolar modo in tutti quei casi in cui viene annullata tutta l'intera gara e quindi tutti gli atti che hanno dato luogo all'aggiudicazione rimossa, atti che in ipotesi potevano risultare utili per subentrare all'aggiudicatario rimosso.<sup>26</sup>

In riferimento a tutte le sopraelencate ipotesi si deve però rammentare che, pur compiendosi un passo in avanti per la risarcibilità dell'interesse legittimo, l'assimilazione con la responsabilità precontrattuale civilistica è ben lungi dall'esser compiuta.

Infatti si parla pur sempre di risarcimento del danno per illegittimità dell'atto o del provvedimento amministrativo, il che vuol dire che la responsabilità in capo all'amministrazione sorge non già per la violazione di quelle norme, di valore sociale collettivamente riconosciute, che sono i capisaldi di riferimento della responsabilità precontrattuale, bensì dalla violazione delle specifiche norme provvedimentali e sostanziali che legano l'agire amministrativo alle cosiddette

figure sintomatiche dell' illegittimità amministrativa, ed inoltre tutto viene legato indissolubilmente alla certezza o alla probabilità che offre il giudizio prognostico in relazione alla possibile aggiudicazione del ricorrente escluso.

Pure mi pare che lo scoglio della distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, che spinge necessariamente nella direzione appena tracciata, possa essere superato in altro modo così da garantire sostanzialmente al soggetto un risarcimento per comportamento scorretto della pubblica amministrazione al di là dei paletti suddetti.

Si deve attingere, per far ciò, alla figura della responsabilità per contatto sociale e trasporne gli elementi caratterizzanti nel campo dei rapporti amministrativi.<sup>27</sup>

È stato recentemente osservato che infatti deve trovare posto, nell'attuale contesto di disciplina dell'amministrazione pubblica, una particolare ipotesi di tutela dell'affidamento ingenerato nel rapporto procedimentale intercorso tra amministrazione e privato, e questo anche quando si prescinde dalle circostanze sopra richiamate che riguardano la più o meno sicura acquisizione del bene alla vita.

Anche nello svolgimento di un procedimento amministrativo si può verificare che le parti violino l'obbligo di correttezza e di buona fede, ed in particolare può accadere che in capo all'amministrazione proce-

<sup>25</sup> Sul risarcimento per perdita di chance vedi Tar Toscana, sez. III, 13 aprile 2000, n. 660, in *Foro Amm.*, 2000, 3679; Tar Sicilia, sez. I, 18 gennaio 2000, n. 38, in *Corr. Giur.*, 2000, 388; Tar Lombardia 23 dicembre 1999, in *Corr. Giur.* 2000, 391; Tar Lombardia, sez. II, 30 ottobre 2000, 6165, in *Urb. e app.*, 2001, 668. Sul metodo con cui svolgere il giudizio prognostico di imprescindibile importanza è la stessa sentenza della Cass. n. 500 del 1999, poi il metodo è stato applicato con meticolosità matematica da Tar Lombardia 23 dicembre 1999, *cit.*; e da Tar Puglia, 17 maggio 2001, n. 1761, in *Giornale dir. amm.*, 2002, 1, 39 con nota di COSSU.

<sup>26</sup> Così Tar Puglia, *cit.*, e Cons. Stato, 14 gennaio 2000, n. 244, in *Riv. amm.*, 2001, 3, 235.

<sup>27</sup> Tale forma è di recente stata disegnata dalla Corte Suprema (vedi Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332) la quale, nell'affrontare la questione della responsabilità del medico dipendente da un ente ospedaliero per il danno cagionato al paziente a seguito dell'inesatta esecuzione della prestazione professionale, ha stabilito che il medico risponde a titolo di responsabilità contrattuale, nel caso in cui, eseguendo la propria prestazione professionale all'interno di una struttura ospedaliera, e quindi non contraendo egli direttamente con il paziente, entri comunque in contatto, di fatto, con lo stesso, instaurando un rapporto contrattuale di fatto.

dente si abbiano dei comportamenti negligenti, dilatori, scorretti, per colpa o per dolo, che conducono all'illegittimità dell'operato amministrativo.

Ciò configura una violazione di alcuni doveri elementari che devono ritenersi sussistere tra soggetti contraenti solo per il semplice venire a contatto.

Ogni concorrente che partecipa ad una procedura selettiva indetta dalla pubblica amministrazione deve infatti poter confidare nel rispetto delle regole che governano il procedimento dell'evidenza pubblica, in cui è ricompreso il principio di segretezza delle offerte e quant'altro possa garantire il rispetto della *par condicio* tra concorrenti e l'assenza di ogni profilo di parzialità nel provvedimento di aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante.

È vero che tale titolo di responsabilità è assimilabile sostanzialmente a quella precontrattuale, anche per il conformante profilo del risarcimento del solo interesse negativo, ma è altresì ovvio che debba essere qualificata in termini giuridici differenti, perché la responsabilità precontrattuale può essere invocata solo in presenza di una attività diretta alla stipulazione di un contratto e non vi è chi non veda come nel contratto ad evidenza pubblica la fase procedimentale che ci interessa è funzionale alla scelta del contraente su base discrezionale.<sup>28</sup>

È vero che tale forma di risarcimento è stata escogitata dalla giurisprudenza al fine di assicurare una tutela al danneggiato anche nelle ipotesi in cui si frappongono ostacoli alla condanna al risarcimento per danno per equivalente o in forma specifica, ma si tratta senza dubbio di un'ipotesi ricostruttiva che troverà sempre maggiori proseliti nella prassi delle aule di tribunale.

Pasquale Edoardo Merlino

<sup>28</sup> Così Tar Puglia, *cit.*; così in dottrina CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1999, 177 e ss. che bene coglie le sfumature sottolineate nel testo configurando un' "area di turbolenza al confine tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale"; PROTTO, *La responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. app.*, 2000, 985.

ALESSANDRO TOZZI

## BREVI CONSIDERAZIONI SUL NUOVO PROCESSO AMMINISTRATIVO

**L**a Legge 205/2000 ha profondamente innovato il processo amministrativo, introducendo nuovi importanti istituti e migliorandone la funzionalità complessiva, anche se la strada da percorrere è ancora molto lunga e dobbiamo attendere che ci sia un doveroso e necessario adattamento della nuova normativa nella mentalità di tutti gli operatori del diritto. Ciononostante, nell'attesa che la riforma possa dirsi veramente riuscita grazie ad ulteriori interventi in tal senso, necessitati dall'impatto delle norme nella realtà giuridica (e non solo, penso alla endemica carenza di strutture che spesso frena alcune riforme molto ben studiate a tavolino, ma che alla prova dei fatti falliscono), mi preme sottolineare alcuni aspetti sui quali bisognerebbe riflettere tutti insieme per migliorare il processo amministrativo, rendendolo ancora più snello ed a piena tutela del cittadino, esigenza fondamentale da tenere sempre presente.

- A) L'istituto, a mio avviso fondamentale, della sentenza "a breve", per casi di manifesta fondatezza o infondatezza del ricorso, viene interpretato in maniera troppo restrittiva da parte di molti Collegi, i quali troppo spesso non se la sentono di ricorrere a tale strumento anche quando è di tutta evidenza che quella sarebbe la strada più semplice da percorrere, sia per l'esigenza di celerità del processo che per una evidente questione di giustizia sostanziale, visti i lunghissimi tempi intercorrenti fra il giudizio in sospensiva e quello di merito. Bisogna quindi incrementare il ricorso a tale strumento, dandone la possibilità di utilizzo non solo quando entrambe le parti siano concordi in tal senso (anche perché è evidente che se la Pubblica Amministrazione non si costituisce non viene utilizzato il silenzio-assenso in proposito), sfruttando così appieno le grandi potenzialità dell'istituto, che potrebbe deflazionare - e molto - una consistente mole del contenzioso esistente.
- B) Le sentenze dei Tribunali Amministrativi Regionali sono per legge esecutive, proprio come quelle dei Tribunali Civili: questo è un dato certo. Quello che non è comprensibile è perché i TAR, per apporre la formula esecutiva sulla sentenza, abbiano bisogno del certificato del Consiglio di Stato che non sia stato proposto appello in quella sede, questo sembra essere un retaggio di eccessivo favore per l'Amministrazione che, oltre a ritardare ulteriormente la possibilità di eseguire la sentenza (considerando anche i 120 giorni necessari per poi poter procedere con il pignoramento eventuale), è anche *contra legem*, e come tale andrebbe attentamente riconsiderato. Se poi l'appello è stato effettivamente proposto, è evidente come venga a cadere del tutto la forza di esecutività della sentenza di primo grado, rinviando in pratica *sine die* la possibilità di ottenere quanto sancito dalla sentenza stessa, il che è palesemente illegittimo proprio per l'esecutività della sentenza.
- C) Le ordinanze istruttorie troppo spesso vengono inutilmente reiterate nei confronti della Pubblica Amministrazione, la quale lascia spesso passare due-tre udienze prima di depositare (se mai lo fa) la documentazione richiesta dal TAR, documentazione che a volte è già in atti e viene chiesta unicamente per sollecitare la Pubblica Amministrazione a dare un segno tangibile di presenza in giudizio, che evidentemente la stessa non sente alcun bisogno di dare. Ulteriore problema, che basterebbe ben poco a risolvere, è poi quello che tale documentazione - una volta depositata in vista dell'udienza - venga immediatamente, e giustamente, messa a disposizione del relatore della causa dalla

cancelleria, determinando però l'impossibilità per la controparte di prenderne visione e causando, spessissimo, un ulteriore rinvio all'udienza successiva, proprio per la necessaria presa visione della documentazione depositata: basterebbe che chi sia chiamato al deposito di documenti facesse copia di quanto depositato anche per tutte le altre parti in giudizio, scambiandoli con esse come farebbe con una memoria, per velocizzare il giudizio e snellire il lavoro di giudici, avvocati e cancellieri.

- D) Gli avvocati amministrativisti si sono oramai arresi all'idea di veder condannare la Pubblica Amministrazione alle spese processuali, evento più unico che raro, e che quando si verifica vede liquidate spese processuali in misura pari sì e no ad un decimo della tariffa processuale vigente, il che fa pensare o ad una non vigenza di tale tariffa (peraltro ferma dal 1994) o all'idea che nel diritto amministrativo la "vittoria" in giudizio basti di per sé, e debba accontentare da sola il cittadino che ha proposto il ricorso. Quello che però andrebbe a mio avviso cambiata, anche per cambiare la mentalità della Pubblica Amministrazione in merito, è la prassi in materia di istanze a concludere i procedimenti amministrativi ed istanze di accesso ex L. 241/1990. Notoriamente tali procedimenti prevedono tempi molto stretti per proporre ricorso davanti al TAR (30 giorni dal silenzio della P.A. che decorrono dopo il trentesimo giorno di presentazione dell'istanza), e spesso accade che l'Amministrazione si decida a rispondere solo quando il ricorso sia stato non solo notificato ma anche iscritto a ruolo, il che lo rende evidentemente carente di interesse per l'invio a sentenza. Si vorrebbe, anche se forse è chiedere troppo, che la magistratura cominciasse a punire tali comportamenti dilatori, condannando l'Amministrazione quantomeno al pagamento delle spese processuali, anche per rendere maggiormente operanti tali norme, troppo spesso disattese. Purtroppo quasi mai l'Amministrazione viene condannata a tali spese, nemmeno nel caso in cui tale risposta non intervenga nemmeno nelle more del giudizio, sancendo quindi una sorta di impunità per tale comportamento, che appare invece *ictu oculi* del tutto esecrabile, vista la chiarissima normativa di riferimento. Unico, puramente simbolico ma che comunque potrebbe essere almeno una flebile luce nel buio, palliativo in materia potrebbe essere dunque in tali casi almeno il non versamento del contributo unificato da parte del ricorrente anche se non si versi in materia esente, stante comunque una pre-sunzione di colpa della Pubblica Amministrazione, il che - quantomeno - eviterebbe di aggiungere al danno la beffa di dover anche versare il contributo unificato per poi o vedersi rispondere due giorni dopo l'iscrizione del ricorso o per non vedersi rispondere proprio.
- E) Sembra oramai del tutto anacronistico il Ricorso al Presidente della Repubblica, che andrebbe completamente ridisegnato, nei tempi modi e forme, ove gli si voglia ancora trovargli un ruolo nell'ambito dei rimedi giurisdizionali messi a disposizione dall'ordinamento.
- F) Va rivisto il risarcimento danni, che pure a volte viene cominciato a liquidare anche in sede di giudizio di annullamento dell'atto stesso. È evidente che non sia possibile, dopo un giudizio che magari dura vari anni, iniziarne un altro esclusivamente per il risarcimento, che duri altrettanti anni, solo per vedersi riconosciuta la tutela di una situazione che lo stesso TAR ha già considerato positivamente. Tale risarcimento deve essere dunque accordato contestualmente alla sentenza che annulla - ad esempio - un appalto, nei casi in cui debba essere previsto, onde evitare una inutile duplicazione del processo.
- G) Occorre dare maggior potere (o forse maggiore sprone?) ai commissari *ad acta*, perché agiscano in tempi brevi e con effettiva possibilità di dare esecuzione alla sentenza del TAR, soprattutto nei casi di decreto ingiuntivo esecutivo.

H) Manca una norma di chiusura a tutela di situazioni particolari, anche se con il decreto provvisorio sono stati fatti passi avanti in materia. Il problema, a mio avviso, è che si ragiona sempre ed esclusivamente sul danno grave ed irreparabile del ricorrente, presupposto necessario per ottenere la sospensione del provvedimento. Troppo spesso, però, nel caso di situazioni dubbie, si tende a negare l'esistenza di tale *periculum* sulla base dell'assunto che si tratta di danni eventualmente risarcibili dal punto di vista economico, quando appare evidente - visti i tempi lunghissimi per andare poi a sentenza - che un danno che si protragga per molti anni non sia più risarcibile solo dal punto di vista strettamente economico, ma abbisogni di un *quid pluris* di tutela, che invece viene negato proprio per la considerazione che tale *periculum* manchi. Altro enorme problema, per situazioni al limite, è che ove non ci sia alcun provvedimento da sospendere -perché già posto in essere dalla P.A. - o sia inutile sospenderlo perché nel frattempo sono cambiati completamente i presupposti per colpa dell'Amministrazione, sia di fatto impossibile ottenere una sospensiva, e occorra quindi rinviare tutto al merito, senza considerare che l'esigenza primaria del processo sia proprio tutelare in maniera piena il cittadino - al di là ed al di fuori della sospensiva del provvedimento impugnato - nei confronti della Pubblica Amministrazione. Esempio banale, ma non raro, è l'obbligo di ricorrere davanti al TAR per il risarcimento danni causati dal comportamento della P.A., ed in tali circostanze non viene considerato che tale risarcimento, per il quale non si può ottenere un giudizio abbreviato, è invece spesso vitale per il ricorrente stesso, che magari attende quella pronuncia - che pare certa in senso positivo dal punto di vista del merito - per anni ed anni, fino a rendere a volte la sentenza che interviene molto tempo dopo solo un parziale ristoro di quanto illegittimamente subito, senza poi considerare che nel frattempo la situazione può essere del tutto cambiata *in peius* per il ricorrente, senza che tutto questo sia mai riconosciuto. Occorre quindi, in certi casi, abbreviare tali procedimenti, che pure non possono definirsi tecnicamente sospensive, proprio per accordare maggiore tutela al cittadino, senza dover costringere l'avvocato a fare anticamera da questo o quel giudice per cercare di rappresentargli la particolarità di quel ricorso, sperando di trovare in chi ascolta una sensibilità che consenta di anticipare un certo giudizio nel merito a tre invece che a sette anni...

Tante sono ancora le annotazioni che si potrebbero fare in questa sede, grandi e piccole, sul processo amministrativo, dall'esigenza di approntare alcune sezioni stralcio per chiudere pratiche ultracennali e guardare al futuro con maggiore ottimismo dovuto ad un carico di cause pendenti che ci consenta un giorno di poterle definire tutte, alla necessità, prima o poi, di affidare anche i processi amministrativi ad un giudice unico come nei processi civili: la strada da percorrere, di certo, è ancora lunga, l'importante è cercare di trovare tutti insieme la strada migliore per percorrerla.

Alessandro Tozzi

SANDRO AMOROSINO

## CONCESSIONI MINERARIE E TUTELA DEL TERRITORIO/PAESAGGIO/AMBIENTE\*

Vorrei seguire in queste brevi riflessioni l'approccio più tradizionale della logica giuridica, analizzare i due oggetti che il titolo pone in correlazione: le concessioni minerarie e la tutela dell'ambiente.

Sul primo versante dobbiamo partire dalle acquisizioni della più recente dottrina: la concessione per le miniere e l'autorizzazione - o, a seconda dei casi - la concessione per le cave inerisce ad un'impresa (Cassese, Lignani, Francario).

La proprietà dell'area sovrastante la miniera o dell'area di cava conserva un ruolo dominante solo se si qualifica come *proprietà dinamica o proprietà impresa* (per usare un'espressione di Mazzone).

La concessione, nella legge mineraria, esprimeva la valutazione positiva, da parte dell'amministrazione preposta, sotto il profilo dell'interesse pubblico alla produzione, oggetto dell'intrapresa mineraria.

Ma occorre uscire dall'ottica monodimensionale della legge mineraria perché l'attività mineraria o di cava incide su altri interessi pubblici: all'assetto del territorio ed alla tutela del paesaggio e dell'ambiente.

Si intrecciano, perciò, i procedimenti ordinati a dare disciplina amministrativa all'impresa e quelli volti a tutelare le porzioni di territorio-ambiente sulle quali incide l'attività estrattiva.

Questa visione più ampia è sintetizzata da Francario: a 75 anni di distanza dal 1927 è superata l'impostazione dogmatica tradizionale dell'egemonia della attività estrattiva sul bene che ne è oggetto, perché, nel frattempo, si sono moltiplicati i profili di inerenza di interessi pubblici alla salvaguardia dell'ambiente e del territorio; più in generale: ad un uso ragionato delle risorse naturali.

Se a ciò si aggiunge la considerazione che le recenti riforme - sia mediante leggi ordinarie che di revisione costituzionale - hanno conferito alle regioni, già titolari delle funzioni in materia di cave e torbiere ai sensi dell'art. 117 Cost., la competenza anche per quanto riguarda le miniere (con la conseguente impossibilità di poter continuare a distinguere tra le due specie in ragione della diversa rilevanza, nazionale o locale, dell'interesse allo sfruttamento delle risorse minerarie), è evidente il sostanziale riavvicinamento del regime giuridico delle due specie: non è più possibile distinguerle assumendo la diversità della natura giuridica e se ne giustifica - invece - la trattazione unitaria nell'ambito della categoria dei beni pubblici.

Si è verificata, quindi, la saldatura tra mutamento di prospettiva dogmatica ed affermazione della potestà regionale in materia, auspicata 25 anni fa da Giuseppe Di Giovine, che è stato uno dei primi studiosi ad occuparsi del rapporto tra cave ed ambiente.

Veniamo alla seconda componente del tema affidatomi: la tutela dell'ambiente. È arcinoto che quello di ambiente è un concetto controverso, dai confini variabili. Per quanto specificamente qui rileva viene in rilievo una catena di concetti distinti, ma collegati: ambiente (come tutela dell'ecosistema), paesaggio (come "forma del territorio": Predieri) ed urbanistica (come organizzazione del territorio).

In prima approssimazione si può dire che con tutte e tre queste dimensioni interferisce, e quindi entra in relazione giuridica, l'impresa ed, in concreto, l'attività mineraria.

Nel diritto positivo vi è ormai una pluralità di linee di incidenza di legislazioni di settore di tutela sulle attività estrattive.

\* Testo della relazione al II Convegno di Diritto minerario (11-12 ottobre 2001 - Facoltà di Economia dell'Università di Roma La Sapienza)

Si può tentare una schematizzazione, distinguendo:

- le discipline dell'“impatto”, in senso atecnico, delle attività estrattive sull'ecosistema;
- le discipline dell'“impatto” delle attività sul “sistema paesaggio”;
- le discipline dell'“impatto” sull'organizzazione del territorio.

Per quanto riguarda gli impatti sull'ecosistema, come ci ricorda Dell'Anno le attività di ricerca e coltivazione di miniere e di trattamento dei minerali estratti sono sottoposte a VIA (DPR 1 febbraio 1998).

Le attività di cava sono sottoposte a VIA nelle aree naturali protette e se vi è l'estrazione di più di 500 mila mc annui (DPR del 1996).

Naturalmente la procedura di VIA, per le cave e le miniere, rispettivamente, ha propri specifici contenuti tecnici (Spinelli).

Mi limito a ricordare che la VIA, nel caso delle miniere, si estende all'impatto sull'*ecosistema sotterraneo* (vene d'acqua, inquinamento delle falde acquifere, etc). Per una qualche analogia di attività (scavi e trafori) rammento le recenti vicende giudiziarie relative alla ferrovia ad alta velocità nel tratto Firenze-Bologna, dalle quali emerge con forza la necessità che questa particolare VIA “di profondità” sia effettuata, *ex ante*, con grande accuratezza onde prevenire, *ex post*, interventi delle Procure.

Viene qui in rilievo, per connessione, la questione dei vincoli idrogeologici. La giurisprudenza ne ha affermato la piena rilevanza ai fini dell'attività mineraria, con la conseguenza che il concessionario non può attivare l'esercizio senza l'autorizzazione della competente autorità forestale, da acquisire a sua cura dopo il rilascio della concessione mineraria (Cons. Stato, sez. VI, 29.4.1975, n. 135, in *Cons. St.*, 1975, I, 517; C. Cost., 15.7.1985, n. 201, in *Foro it.*, 1988, I, 64).

Nelle aree protette e nei parchi è inibita l'apertura e l'esercizio di cave, miniere e discariche, ma non è preclusa, in linea di principio, la ricerca di idrocarburi (Cons. Stato VI n. 637/99), ma - a questo fine - deve essere accertato in concreto, caso per caso, se le modalità della ricerca non comportino pregiudizi per la flora, la fauna o, più in generale, per l'ecosistema.

Venendo alla *tutela del paesaggio*, inteso come *forma del territorio*, è noto che in tutte le aree soggette a vincolo paesistico è molto difficile l'*impianto* di una cava o di una miniera.

In proposito la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 14 febbraio 1996, n. 211 e TAR Brescia n. 889/97) ha da un lato affermato che:

*“In sede di rilascio di concessione mineraria su aree soggette a vincolo paesaggistico ed idrogeologico non è necessario il previo rilascio dei relativi nullaosta, i quali sono invece necessari per dare legittimo inizio alla successiva fase di effettivo sfruttamento del giacimento durante la quale sussiste la concreta possibilità di lesione degli interessi che a mezzo delle suddette autorizzazioni si intendono tutelare”,* ma dall'altro il medesimo TAR Brescia ha aggiunto che *“È legittimo il provvedimento regionale che, nel negare l'autorizzazione ai sensi dell'art. 7 r.d.l. 30 dicembre 1923, n. 3267 ad interventi minerari in zone sottoposte a vincolo paesaggistico ed idrogeologico, privilegia l'interesse relativo al detto vincolo, rispetto all'interesse statale connesso alla coltivazione delle miniere senza alcun previo coordinamento con gli organi statali preposti all'interesse minerario”.*

Il tema specifico dell'incidenza sulla forma del territorio dell'attività di miniera e di cava si incrocia qui con una vicenda generale della disciplina del paesaggio: anche per le attività minerarie, come per tutte le attività umane che incidono sulla *forma esterna* del territorio, viene in rilievo il lento mutamento di prospettiva, oggi in corso, dal vincolo paesistico al piano paesistico regionale (Amorosino).

Com'è noto il vincolo paesistico è solo un “vincolo di arresto”, in quanto subordina al previo nulla osta le trasformazioni dell'aspetto del territorio nelle aree vincolate.



Viceversa il piano paesistico regionale predetermina e gradua, per le diverse parti del territorio, le attività compatibili con la tutela del paesaggio e dunque può anche prevedere che in alcune zone siano ammesse le attività minerarie e di cava. È un elemento importante di certezza del diritto, perché elimina la discrezionalità, per eccesso o per difetto, del caso per caso che caratterizza il procedimento per il rilascio del nulla osta.

Si pone qui il problema del rapporto tra piano paesistico regionale e piano regionale delle attività estrattive.

Non v'è dubbio che il secondo debba adeguarsi al primo, e dunque le prescrizioni del Piano paesistico condizionano mediamente, "a cascata", le attività estrattive.

Si ricorda che la concessione mineraria o l'autorizzazione di cava non sono ricomprendibili tra le attività deprovincializzate (ex art. 19 lex 241/90) e ciò per un duplice motivo: non solo per la loro incidenza sugli interessi ambientali, ma proprio perché sono soggette al loro piano di settore.

E, dunque, nelle regioni nelle quali è stato approvato il piano paesistico, il piano delle attività estrattive deve uniformarsi alle sue prescrizioni, ed ambedue conformano le attività d'impresa, minerarie e di cava.

I profili del *rapporto tra disciplina urbanistica ed attività estrattiva* possono esser accennati assai rapidamente perché su di essi si è ormai consolidata una giurisprudenza pluriennale, la quale ha affermato:

I. che non è richiesta concessione edilizia per la coltivazione di cave e miniere;  
II. che, tuttavia, è legittimo che i piani territoriali o i piani regolatori disciplinino anche questi usi del territorio.

Si pongono, allora, problemi di coordinamento a due livelli:

- "a monte", tra i diversi tipi di piani sin qui esaminati;
- "a valle", tra i diversi procedimenti autorizzatori, che dovrebbero essere ormai gestiti unitariamente dallo sportello unico.