SOLUZIONI ESAME 2009 – ATTI GIUDIZIARI

Atto giudiziario di diritto civile

Tizio e Caia stipulano un contratto di soggiorno per due persone presso l'Hotel Delle Rose in località Bella Vista dal 20 settembre al 29 settembre 2009, con immediato versamento dell'intero importo pattuito. Il giorno precedente l'inizio del soggiorno, tuttavia, Tizio decede improvvisamente. Caia, allora, si rivolge ad legale volendo ottenere la restituzione dell'importo interamente corrisposto a titolo di pagamento. A seguito di richiesta fatta dal legale di Caia di restituzione della somma di cui sopra, il legale rappresentante dell'hotel Delle Rose, pur rammaricandosi dell'evento infausto, dichiara la non disponibilità alla restituzione della somma richiesta, atteso che da parte sua la prestazione era comunque certamente eseguibile.

Il candidato assume le vesti di legale di Caia, rediga atto giudiziario più opportuno, illustrando gli istituti e le problematiche sottese alla fattispecie.

Commento

Il quesito chiarisce bene i termini della vicenda, dei quali tuttavia preme evidenziare alcuni aspetti che paiono particolarmente rilevanti ai fini della risoluzione: il contratto stipulato da Tizio e Caia aveva ad oggetto un soggiorno di villeggiatura per due persone presso l'albergo, soggiorno il cui prezzo era già stato interamente saldato prima che potesse essere fruito il relativo servizio. A fronte dell'inattesa morte di Tizio, Caia ritiene di essere impossibilitata ad usufruire del servizio e chiede la restituzione di quanto pagato anticipatamente per il soggiorno mai effettuato.

Per verificare la fondatezza di questa pretesa occorre fare riferimento alla norma di cui all'articolo 1463 c.c. secondo la quale, nei contratti a prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito.

Ad una prima lettura il dettato normativo pare fare riferimento esclusivamente all'ipotesi nella quale sia il debitore della prestazione a liberarsi per l'emergere di una impossibilità a lui non imputabile di eseguire la prestazione stessa; in realtà l'interpretazione di dottrina e giurisprudenza estende l'applicabilità della norma anche al creditore qualora si trovi, per causa ad esso non imputabile, nell'impossibilità di utilizzare la prestazione della controparte.

Ciò poiché la norma dell'articolo 1463 c.c. va letta come possibilità di decretare l'inefficacia di un contratto quando sia divenuta impossibile la realizzazione della finalità essenziale in cui si sostanzia la causa stessa del contratto, da valutarsi, secondo i più recenti insegnamenti della giurisprudenza, in concreto quale funzione economico-individuale del contratto medesimo. In sostanza, essa diventa la ragione pratica del negozio e l'interesse che l'operazione contrattuale è destinata a soddisfare per le parti. In questa prospettiva, diviene pertanto indifferente in capo a quale delle due parti si crei l'impossibilità rispetto alla esecuzione di una prestazione, quando l'assenza della stessa impedisce al contratto di raggiungere lo scopo concreto per cui è sorto. Il venire oggettivamente meno dell'interesse alla prestazione determina infatti l'estinzione del rapporto obbligatorio in ragione del sopravvenuto difetto del suo elemento funzionale.

Pertanto il debitore della prestazione assume oggettivamente la posizione di "parte liberata" ai sensi dell'articolo 1463 c.c. per sopravvenuta impossibilità della prestazione anche quando ciò derivi dall'impossibilità di fruizione della stessa da parte del creditore (ovviamente, per causa a quest'ultimo non imputabile): ne consegue che il debitore, oltre a non poter chiedere la controprestazione, deve provvedere a restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le regole della ripetizione dell'indebito, dando così sostanza anche esecutivamente all'inefficacia del contratto derivante dalla risoluzione per impossibilità sopravvenuta a norma del citato articolo 1463 c.c.

L'orientamento ha trovato riscontro nella giurisprudenza con la sentenza n. 26958 della sezione III della Cassazione, secondo la quale *"la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art.*

1463 c.c., può essere invocata da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione. (Nella fattispecie, relativa ad un contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi uno dei quali era deceduto improvvisamente il giorno precedente l'inizio del soggiorno, la S.C., enunciando il riportato principio, ha confermato la sentenza di merito con cui era stato dichiarato risolto il contratto per impossibilità sopravvenuta invocata dal cliente ed ha condannato l'albergatore a restituire quanto già ricevuto a titolo di pagamento della prestazione alberghiera)"

In applicazione dei suddetti principi, le pretese di Caia di ritenere risolto il contratto di soggiorno per due persone stipulato con l'Hotel Delle Rose paiono fondate, poiché la morte di Tizio ha reso impossibile a Tizio e Caia, per causa a loro non imputabile, usufruire del soggiorno presso il suddetto albergo, per il quale avevano già adempiuto alla propria prestazione pagandone l'importo. L'albergo stesso, pertanto, vede la sua prestazione (servizi per il soggiorno di due persone) divenire impossibile in quanto Tizio e Caia non potranno recarsi a godere della stessa; è infatti venuta completamente meno la causa concreta del contratto (soggiorno per due persone, appunto), scomparendo la finalità essenziale per la quale era stato stipulato.

L'hotel diviene così, suo malgrado, "parte liberata" e, pertanto, da un lato viene liberato dall'obbligo dell'erogazione dei servizi compresi nel contratto di soggiorno, ma dall'altra non può (ovviamente anche per i fatti esposti) trattenere la controprestazione che ha già ricevuto; deve pertanto restituire a Caia (non emergendo dalla traccia altri soggetti pretendenti), secondo le regole della ripetizione dell'indebito, le somme già percepite.

Il legale dovrà, in definitiva, promuovere azione per conto di Caia attraverso un atto di citazione volto ad ottenere una pronuncia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta del contratto di soggiorno stipulato da Tizio e Caia per due persone, con espressa richiesta di condanna dell'Hotel Delle Rose alla restituzione in favore dell'attrice delle somme che erano state versate, oltre interessi secondo le regole dell'indebito.

Atto giudiziario di diritto penale

(La traccia contempla un caso già assegnato al corso Ius&Law 2009 come parere penale n. 20)

Nevia veniva sottoposta dal Dott. Caio, nell'ospedale della città Beta ad un intervento di laparoscopia operativa e, senza soluzione di continuità a salpingectomia che determinava l'asportazione della tuba sinistra. Nevia, lamentando di essere stata informata solo della laparoscopia, denunciava i fatti.

Tratto in giudizio dinnanzi al tribunale di Beta, il dott. Caio veniva condannato per il delitto di violenza privata. I giudici accertavano che l'intervento di asportazione della tuba era stata una scelta corretta ed obbligata, eseguita nel rispetto delle regole e con buona competenza.

Tuttavia, il non avere preventivamente informato Nevia anche della possibile asportazione della salpinge, secondo intervento assolutamente prevedibile già al momento della programmazione della laparoscopia, andava ascritto ad una scelta consapevole e volontaria dell'imputato, che aveva dolosamente leso la libertà di autodeterminazione che la riguardavano.

Assunte le vesti dell'avvocato di Caio, rediga il candidato l'atto ritenuto più opportuno, evidenziando le problematiche sottese alla fattispecie in esame.

Commento

La traccia impone di esaminare il quesito se abbia o meno rilevanza penale la condotta del medico che sottoponga il paziente, in mancanza di valido consenso informato, ad un trattamento chirurgico, pure eseguito nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis* e conclusosi con esito fausto. Solo da ciò potrà efficacemente articolarsi un motivo di gravame che si fondi sull'irrelevanza penale della condotta posta in essere da Caio. In ciò, il difensore sarà alquanto facilitato dal recentissimo ed autorevole arresto della giurisprudenza di legittimità, da rinvenirsi in Cass. Pen. S.U 2437/2009, di cui di seguito si riprenderanno i notevoli contenuti.

Il primo dato da sottolineare è relativo all'irrompere, anche in campo penale, della tesi civilistica della cosiddetta "autolegittimazione" dell'attività medica, la quale rinviene il proprio fondamento, non tanto nella scriminante tipizzata del consenso dell'avente diritto, come definita dall'art. 50 c.p., quanto nella stessa finalità, che le è propria, di tutela della salute, come bene costituzionalmente garantito (in particolare, dall'art. 32 Cost, laddove individua la salute non solo come interesse della collettività ma soprattutto come diritto inalienabile dell'individuo).

L'attività sanitaria, pertanto, proprio perché destinata a realizzare in concreto il diritto fondamentale di ciascuno alla salute, ha base di legittimazione direttamente nelle norme costituzionali, che appunto, tratteggiano il bene della salute come diritto fondamentale, sempre che ne siano rispettate le regole ed i presupposti.

Dal divieto di trattamenti sanitari obbligatori, salvo i casi previsti dalla legge, secondo quanto previsto dall'art. 32, secondo comma, Cost. discende che il presupposto indefettibile che "giustifica" il trattamento sanitario va rinvenuto nella scelta, libera e consapevole e perciò informata, del paziente, di sottoporsi a tale trattamento. Il consenso informato, diviene pertanto presupposto stesso di legittimità del trattamento, in ciò richiamandosi anche l'art. 2 Cost. ma soprattutto l'art. 13 che esplicitamente tutela la libertà personale come diritto inalienabile dell'individuo.

Ferma restando, dunque, la sicura illiceità, anche penale, della condotta del medico che abbia operato "contro" la volontà del paziente, direttamente o indirettamente manifestata, e ciò a prescindere dall'esito fausto o infausto del trattamento, l'ipotesi controversa riguarda il caso in cui – come nella vicenda di specie – anche in assenza di un consenso espresso, l'intervento sia stato praticato e che esso si sia poi concretizzato in un miglioramento dello stato di salute del paziente.

In passato si è effettivamente manifestato un orientamento giurisprudenziale che dall'assenza di consenso ha fatto discendere, pur in presenza di esito fausto dell'intervento, la responsabilità del medico anche sotto il profilo penale.

In particolare, Cass. Pen. 1572/2001, ha affermato che «*la mancanza del consenso (opportunitamente "informato") del malato o la sua invalidità per altre ragioni determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo*». In motivazione, la Corte ha precisato che alla regola del necessario consenso della persona che deve sottoporsi al trattamento sanitario, fanno eccezione le sole ipotesi di trattamenti obbligatori "ex lege", ovvero quelle in cui il paziente non sia in condizione di prestare il proprio consenso o si rifiuti di prestarlo e l'intervento medico risulti urgente e indifferibile.

Quanto alle fattispecie penali che ricorrerebbero di conseguenza: in caso di intervento medico non chirurgico (ma solo di questo) si chiama in causa l'art. 610 c.p., ma anche ed in particolare, nel caso di intervento chirurgico (e dunque con paziente in stato di incoscienza) le lesioni colpose o volontarie (entrambe aggravate), a seconda che il sanitario avesse consapevolezza e volontà di agire senza il consenso o senza valido consenso del malato o qualora il medesimo ritenesse, per errore a lui imputabile per negligenza o imprudenza, che un consenso valido esistesse.

E tuttavia, in un'ottica difensiva, occorre osservarsi come non necessariamente il mancato rispetto delle regole e dei principi costituzionali richiamati – e dunque di un valido ed espresso consenso all'intervento – determini l'automatica applicazione di fattispecie penali. Occorre invece verificare, nel rispetto del principio di tassatività che deve sovrintendere l'applicazione delle norme penali, quali fattispecie siano in grado di attrarre nella propria sfera il caso concreto.

In tale quadro occorre dunque affrontare il tema se la condotta del medico, nel caso di specie, possa anzitutto integrare il delitto di violenza privata.

La soluzione, alla luce del già citato orientamento delle Sezioni Unite, non può che essere negativa. Tale fattispecie si caratterizza infatti quale norma di chiusura, volta a reprimere ogni aggressione alla libertà morale dell'individuo, e tuttavia tipizzante non già una violenza fine, bensì una violenta mezzo, quale strumento per costringere a fare, tollerare od omettere qualcosa. E' dunque necessaria una distinzione tra l'atto di violenza e ciò che il soggetto è, quanto meno, costretto a tollerare, elemento di distinzione che manca nell'intervento chirurgico in assenza di consenso, ove la violenza è essa stessa fulcro e fine dell'azione. Ma poiché, nella specie, la violenza non potrebbe che consistere nella operazione in sé e nel fatto di tollerare l'operazione stessa, se ne deve dedurre che la coincidenza tra violenza ed evento di costrizione a tollerare rende tecnicamente impossibile la configurabilità del delitto di cui all'art. 610 C.p.

Non solo.

Va altresì rimarcato come nella violenza privata sia altresì necessario che la vittima dissenta e che la violenza operi come strumento di coazione dell'altrui volere: in questa fattispecie l'elemento della costrizione implica un'incidenza sulla libertà di determinazione dell'individuo. Sembra non potersi ravvisare l'elemento della costrizione in un contesto in cui il malato, che ha acconsentito ad un certo intervento, venga sottoposto nel corso dell'operazione ad un intervento diverso e ciò mentre, ovviamente, egli si trova in stato di incoscienza: qui semmai vi sarà abuso dello stato di incapacità, non già costrizione. Vale la pena, a tal riguardo, rammentare come la nozione di abuso sia del tutto differente da quella di violenza che caratterizza la fattispecie di cui all'art. 610 c.p., Laddove, anzi, il legislatore ha inteso equiparare costringimento (e dunque violenza fisica o psicologica) ed abuso, ha dovuto esplicitamente prevederlo, come nel caso della "contigua" fattispecie di cui all'art. 609bis c.p. In essa, infatti, il costringimento della persona offesa a subire l'atto sessuale viene esplicitamente equiparato al compimento di tale atto «abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della vittima». Eventualità, quest'ultima, che si realizza anche nell'ipotesi in cui la persona offesa sia anestetizzata.

Appare perciò ancor più incomprensibile la decisione del giudice di prime cure, il quale, pur dovendo valutare un intervento chirurgico, e dunque con paziente privo di conoscenza, ha ritenuto evidentemente richiamabile una giurisprudenza che al contrario considera applicabile la fattispecie di violenza privata al solo intervento *contro* la volontà espressa del paziente o in casi di attività medica non chirurgica e comunque in presenza di paziente vigile.

Preso atto di quanto sopra, non potrà che ritenersi insussistente il reato ascritto a Caio (la formula assolutoria, riguardando un caso di assenza di tipicità sotto il profilo oggettivo, non potrà che essere «perché il fatto non sussiste»).

Detto ciò, occorre affrontare un secondo profilo, in relazione al quale appare utile una piccola premessa.

Pacificamente, ai sensi dell'art. 521 c.p.p. si è sempre ritenuto che, allo stesso modo del giudice di primo grado, anche la Corte d'Appello possa dare al fatto una diversa qualificazione giuridica, se da ciò non discendono effetti deteriori per l'imputato appellante (divieto di *reformatio in peius*). Dunque, la Corte d'Appello, adita in relazione al delitto di cui all'art. 610 c.p., potrebbe forse rinvenire nei fatti come ricostruiti dalla traccia anche una fattispecie diversa, ed in particolare quella di lesioni volontarie eventualmente aggravate (artt. 582 e 583 c.p.) preso atto che – come riferito dalla traccia – Caio aveva volontariamente taciuto a Nevìa la necessità dell'intervento, pur prevedibile.

Verò è che, di recente, si è cominciato ad escludere – per violazione del diritto di difesa – l'operatività *tout court* dell'art. 521 c.p. e ciò prima di fronte alla Corte europea per i diritto dell'Uomo (sent. 11/12/07, sez. II) e da ultimo in sede di giudizio di legittimità (Cass. Pen. sez. VI, 12 novembre 2009 n. 45807).

Ed è altresì vero che la riqualificazione giuridica potrebbe in realtà richiedere una diversa verifica dei fatti, in relazione soprattutto al manifestarsi delle lesioni (dunque presupponendo l'insorgere di un fatto “nuovo” non contestato e dunque non giudicabile).

Si ritiene tuttavia opportuno un accenno – al fine di escluderlo – proprio al delitto di lesioni volontarie, non fosse altro perché nella massima riportata in tutti i codici annotati, le Sezioni Unite fanno riferimento, per escluderle, ad entrambe le fattispecie, e dunque sia alla violenza privata che alle lesioni volontarie. Accenno che all'interno dell'atto andrà articolato senza alcun riferimento ad ipotetiche “derubricazioni” quanto – semplicemente – richiamando il fatto che neppure possa intravedersi nella condotta di Caio tale diverso delitto.

In relazione a quest'ultimo reato, peraltro, le Sezioni Unite enunciano principi talora assolutamente nuovi. In primis colgono l'occasione per ristabilire i confini della nozione di malattia, intesa non già in senso giuridico come qualsiasi alterazione anatomica o funzionale dell'organismo ancorché localizzata, di lieve entità e non influente sulle condizioni organiche generali, bensì secondo la sua compiuta nozione clinica, come «*processo patologico evolutivo necessariamente accompagnato da una più o meno rilevante compromissione dell'aspetto funzionale dell'organismo che porta ad escludere la rilevanza delle «mere alterazioni che non interferiscano in alcun modo con il profilo funzionale della persona»*. In questo quadro, l'alterazione anatomica provocata transeunte dall'intervento perde il proprio disvalore nel quadro di una operazione che comunque ha inciso positivamente sulla salute del paziente. Mancherebbe pertanto un requisito essenziale dell'elemento oggettivo del reato (evento) rappresentato appunto dall'instaurarsi di uno stato morboso.

Tale considerazione non può che riverberarsi anche sull'elemento soggettivo del reato di lesioni. Ed in ciò le Sezioni Unite rimarcano un'assoluta discontinuità con la giurisprudenza precedente. Una volta ammesso che l'evento finale delle lesioni sia costituito dalla malattia – si spiega - la stessa dovrà essere rientrare nel fuoco del dolo, come qualsiasi altro elemento tipico della fattispecie. Il che appare ontologicamente in contrasto con l'intervento del medico, in quanto quest'ultimo, agendo per una finalità terapeutica, non si rappresenta l'evento finale della malattia né lo vuole.

In conclusione, l'atto induce a confrontarsi con due fattispecie diverse, solo una delle quali viene suggerita dalla traccia, ma entrambe dalla massima necessaria per risolvere il “caso”.

Decisamente meno importante appare invece l'esposizione del contrasto giurisprudenziale, il quale – come si è detto – insiste non già sulla fattispecie di cui all'art. 610 c.p (richiamata dalla traccia) ma sulle lesioni volontarie.

Atto giudiziario di diritto amministrativo

Il comune indice una gara per l'aggiudicazione dell'appalto per la costruzione e gestione degli impianti di illuminazione nel territorio comunale, provvedendo alla pubblicazione del bando. A seguito della valutazione delle successive offerte presentate dai concorrenti, il comune aggiudica provvisoriamente l'appalto alla ditta Tizia S.r.l., e successivamente comunica l'aggiudicazione definitiva.

Prima, tuttavia, di procedere alla stipula del contratto il comune verifica che non sussisteva la disponibilità di fondi già da prima dell'aggiudicazione provvisoria, sicché ritenendo che non avrebbe dovuto procedere alla indizione della gara, agendo in autotutela, con delibera n. 10 del 30/10/2009 annulla gli atti della gara, con comunicazione all'aggiudicataria di non potersi addvenire alla stipula del contratto.

La ditta Tizia S.r.l. pertanto si reca da un legale il quale, ricevuto mandato, notifica ricorso con conseguente deposito dinnanzi al Tar di x con il quale impugna l'atto di annullamento della gara ed il diniego di stipula del contratto, di cui alla delibera comunale del 30/10/2009 e proponendo altresì domanda di risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale. Il candidato, assunte le vesti del legale del comune, rediga memoria di costituzione in giudizio affrontando gli istituti processuali e sostanziali coinvolti.

Commento

Il quesito richiede la redazione di una memoria di costituzione e risposta (c.d. "controricorso") nell'interesse del Comune, Amministrazione resistente.

In mancanza di dati precisi desumibili dalla traccia, si può ritenere che la società ricorrente contesti i presupposti e la motivazione dell'atto di annullamento della gara in autotutela (carenza di risorse finanziarie), chiedendo conseguentemente la condanna della P.A. per non aver rispettato il generale principio di correttezza di cui all'art. 1337 cod. civ., frustrando l'affidamento ingenerato nell'aggiudicatario.

La controversia ha ad oggetto un provvedimento di "annullamento" della procedura di gara ma, indipendentemente dal *nomen iuris* indicato nel provvedimento impugnato, va meglio qualificata come "revoca" determinata da motivi di interesse pubblico sopravvenuti e non di un annullamento per vizi originari della procedura e del provvedimento.

L'art 21 quinquies della legge n. 241/1990 (come riformato dalla L. 15/2005), prevede che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole possa essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

Per valutare la legittimità del provvedimento di revoca, si deve esaminare se l'Amministrazione abbia correttamente operato una valutazione delle circostanze sopravvenute e dell'interesse pubblico.

La carenza delle risorse finanziarie occorrenti a remunerare il contratto pubblico rappresenta motivo più che idoneo a fondare l'azione in autotutela della P.A.: la revoca della gara costituisce così provvedimento non legittimo, se non doveroso.

La valutazione dei nuovi presupposti di fatto (aver scoperto, dopo la pubblicazione del bando di gara e prima dell'aggiudicazione, il venir meno dei fondi disponibili) e dell'interesse pubblico a non vincolare l'amministrazione con impegni di spesa non coperti, deve così dirsi legittima.

Non solo. Anche se la stazione appaltante avesse erroneamente indetto la gara in assenza di copertura finanziaria *ab initio* o avesse successivamente esaurito in altro modo i fondi, risponde sicuramente ad una migliore valutazione dell'interesse pubblico revocare la gara piuttosto che assumere impegni non coperti, esponendo l'amministrazione ad ulteriori spese.

Sotto tali profili il ricorso appare così infondato.

Per quanto riguarda la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione, è ben vero che nel caso di pur legittima revoca di una procedura di gara può residuare una responsabilità a titolo precontrattuale nel caso in cui sia stata una violazione degli obblighi di buona fede prima della stipulazione del contratto ovvero se il comportamento tenuto dall'amministrazione risulti contrastante con le regole di correttezza e di buona fede, se tale comportamento abbia effettivamente ingenerato un danno.

Occorre tuttavia evidenziare che la responsabilità precontrattuale, di natura extracontrattuale, presuppone da un lato il dolo o la colpa del soggetto danneggiante, dall'altro lato l'effettiva lesione dell'affidamento del soggetto danneggiato.

Per configurare responsabilità precontrattuale della P.A. nel caso di ritiro in autotutela degli atti di una pubblica gara, sarà così necessario verificare se ci sia stata *culpa* dell'Amministrazione (ad esempio, per aver atteso un notevole lasso di tempo prima del ritiro degli atti) e se si sia consolidato un serio affidamento in capo all'aggiudicatario.

In ogni caso, il danno per la responsabilità precontrattuale sarebbe limitato al c.d. interesse negativo: spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e non della partecipazione alla gara (spese che hanno subito anche gli altri partecipanti) e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali, nel periodo tra l'aggiudicazione e la revoca; al contrario non è risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata, spettando questa solo nel caso di revoca illegittima.

Nel caso di specie, il Comune ha legittimamente annullato la gara e ne ha dato tempestiva comunicazione, prima della stipula del contratto, all'aggiudicatario; la società ricorrente non ha potuto così nutrire alcun affidamento.

Il Comune resistente dovrà infine eccepire la mancata dimostrazione dei danni asseritamente subiti.

La società ricorrente non potrà neppure invocare l'indennità ex art 21 quinquies L. 241/90, poiché da un lato tale domanda non è stata espressamente proposta e dall'altro lato tale indennizzo è dovuto solo quando la revoca incida su rapporti negoziali perfetti, dovendosi così ritenere che questo non sia dovuto quando il provvedimento di revoca si verifichi prima della stipula del contratto.

(TAR Lazio, Roma, Sez. III, 09/03/2009 n. 2372)