

## CONGRESSO UNAA - BARI 8-9 NOVEMBRE 2024

### TEORIA E PRASSI DELLE TUTELE: L'ESPERIENZA DEI GIUDIZI CAUTELARE E RISARCITORIO

**Relazione illustrativa della mozione del gruppo di lavoro "Teoria e prassi delle tutele: l'esperienza dei giudizi cautelare e risarcitorio" per il Congresso UNAA di Bari 8 e 9 novembre 2024**

Il tema del primo *panel* del Congresso UNAA di Bari evidenzia la relazione tra due forme di tutela fondamentali del processo amministrativo.

Nel rimettere ai relatori l'indagine sui profili teorici delle stesse, il gruppo di lavoro di colleghi iscritti a varie associazioni aderenti all'Unione che si è soffermato sul predetto tema intende sottoporre all'attenzione dei congressisti una serie di elementi di riflessione tratti dall'esperienza professionale.

#### I

#### **L'esperienza del giudizio cautelare.**

La tutela cautelare ha costituito per un lungo tratto della riflessione sugli istituti del processo amministrativo tema di centrale importanza. L'opera pretoria della giurisprudenza ne ha arricchito nel tempo la disciplina (appello, esecuzione) ed ampliato l'ambito applicativo, estendendolo dalla finalità meramente sospensiva del provvedimento impugnato, secondo la formula dell'art. 21, l. TAR (ripresa dall'art. 39 T.U. Cons. Stato) a quella più in generale anticipatoria della decisione di merito, nel solco dell'insegnamento chiovendiano secondo cui la durata del processo non può risolversi in danno dell'attore che abbia ragione.

L'evoluzione di questo processo trova il suo approdo nell'art. 55, comma 1 c.p.a.

È poi iniziato un percorso inverso sul quale ha, tra gli altri fattori, influito l'introduzione della tutela risarcitoria ad opera dell'art. 7, l. n. 205/2000 (a seguito della svolta

rappresentata dalla sentenza n. 500/1999 della Cassazione) che è stata ed è utilizzata come argomento per depotenziare quella cautelare.

L'art. 55 co. 9, peraltro, impone al Giudice della cautela di effettuare la prognosi in ordine alla fondatezza dei motivi di ricorso. Tuttavia, in particolare a fronte di fattispecie connotate dalla complessità delle questioni sollevate con i motivi di gravame si ricorre alla formula "*le censure meritano l'approfondimento proprio del merito*" che, pur non manifestando espressamente un apprezzamento negativo in punto di *fumus*, si utilizza frequentemente a fondamento di pronunce reietive. Da un punto di vista più generale, la contrazione dei tempi (anche se non per tutte le materie) per la fissazione dell'udienza induce a sollecitare la rinuncia alla trattazione dell'istanza cautelare ovvero a condurre al rigetto della stessa.

Merita poi sottolineare l'evoluzione della disciplina in tema di tutela cautelare nella materia dei contratti pubblici, tutela che è stata considerata dal legislatore un ostacolo alla celere realizzazione delle opere ed in genere delle commesse pubbliche.

Ripercorrendo rapidamente tale processo evolutivo, viene in evidenza come l'originario intento del legislatore di rimediare agli effetti dilatori della sospensiva si sia rapidamente trasformato in una tendenza ad abolire del tutto la tutela cautelare, puntando ad una rapida definizione del merito del ricorso quale sorta di contropartita di un *non liquet* sull'istanza di sospensiva<sup>1</sup>.

La pronuncia interpretativa della Corte Costituzionale (n. 249/1996) sull'art. 31 bis, commi 2 e 3 l. n. 109/1994 (con cui si era previsto che, a fronte di un'istanza cautelare, la p.A. resistente e il controinteressato potessero chiedere la fissazione dell'udienza di merito entro un termine breve) aveva imposto una lettura della norma volta a preservare il diritto alla tutela cautelare, ritenuto essenziale e irrinunciabile ai sensi dell'art. 24 Cost. sempre nel solco del ricordato insegnamento chiovendiano. Veniva così proposta un'interpretazione della disposizione che non eliminava il potere del Giudice di

---

<sup>1</sup> M. Ramajoli, Dir. Proc. amm., n. 3/2011

pronunciarsi sull'istanza cautelare pur in presenza della richiesta delle parti resistenti di sollecita fissazione dell'udienza di merito.

La pronuncia della Corte aveva indotto il legislatore a muoversi in direzione di una più decisa adozione della logica del rito speciale (art. 19, d.l. n. 67/97, convertito in legge con l. n. 135/97, art. 23 bis l. TAR, introdotto dalla legge n. 205/2000).

La disciplina della fase cautelare in senso proprio nell'ambito delle controversie che soggiacciono al rito speciale introdotta dal c.p.a. risente dell'impostazione della legge n. 205/2000.

Significativa in proposito è la disposizione recata dall'art. 119 co. 3 che, mutuando lo schema adottato con l'art. 23 bis l. TAR, stabilisce:

*“salva l'applicazione dell'articolo 60, il tribunale amministrativo regionale chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare, accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l'integrazione dello stesso, se ritiene, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti. In caso di rigetto dell'istanza cautelare da parte del tribunale amministrativo regionale, ove il Consiglio di Stato riformi l'ordinanza di primo grado, la pronuncia di appello è trasmessa al tribunale amministrativo regionale per la fissazione dell'udienza di merito. In tale ipotesi, il termine di trenta giorni decorre dalla data di ricevimento dell'ordinanza da parte della segreteria del tribunale amministrativo regionale, che ne dà avviso alle parti”.*

Sulla scorta di tale disposizione si è affermato in alcune ordinanze che pur quando ricorrano i presupposti dell'emersione di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave ed irreparabile, quindi pur laddove si sia in cospetto di un'istanza cautelare fondata, la fissazione dell'udienza (che non sempre viene individuata in quella immediatamente successiva al decorso del termine di trenta giorni dall'emanazione dell'ordinanza) sia *ex se* soddisfattiva dell'interesse azionato con la domanda di cautela, restando precluso il formale accoglimento della stessa.

Vero è che il co. 4 dello stesso art. 119 prevede che, con l'ordinanza di cui al co. 3, il Giudice possa concedere misure cautelari in caso di "*estrema gravità ed urgenza*", formula che all'evidenza richiede un *quid pluris* rispetto ai presupposti canonici per la concessione della tutela urgente. Si tratta nondimeno di formula che lascia significativi margini di apprezzamento al Giudice e che - come la prassi conferma - di fatto conduce a non provvedere mai sulla domanda cautelare.

Ora, è ben possibile che nelle more della celebrazione dell'udienza di merito possano determinarsi effetti irreversibili in danno della parte ricorrente di cui pure si sono riconosciute le buone ragioni (si pensi all'esecuzione di una fornitura a carattere istantaneo, ovvero alla consegna del progetto esecutivo che, secondo una diffusa opinione, si ritiene precluda il subentro del concorrente non aggiudicatario che veda poi accolto il proprio gravame). Di qui la necessità di una riflessione sulla effettiva utilità in termini di tutela del combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'art. 119 cit., anche in considerazione delle conseguenze che si determinano pure in questo caso in punto di utilità dell'appello cautelare in materia di appalti, le cui *chances* di accoglimento vengono sostanzialmente neutralizzate dalla mera circostanza dell'avvenuta fissazione dell'udienza di merito, talvolta anche a non pochi mesi di distanza.

Discorso a parte merita la disciplina in tema di controversie afferenti appalti finanziati con fondi PNRR. Nel definire l'ambito di applicazione del relativo rito, l'art. 12 bis del D.L. n. 68/2022 (modificato in sede di conversione dalla l. 108/2022), diversamente da quanto previsto dall'art. 120 c.p.a., estende il regime in esso contenuto a "*qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR*".

Infatti, l'art. 120 c.p.a. si applica unicamente alle "procedure di affidamento" relative a contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Al fine di evitare un'interpretazione troppo ampia del rito derogatorio, estesa a "qualsiasi procedura amministrativa", si segnala anzitutto l'opportunità di uniformare il testo

dell'art. 12 bis a quello dell'art. 120 c.p.a., limitandone l'applicazione alle "procedure di affidamento" relative a contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Tanto anche per agevolare le amministrazioni pubbliche su cui incombe l'onere previsto dal nuovo art. 12 bis di *"rappresentare che il ricorso ha ad oggetto una procedura amministrativa che riguarda interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR"* (co. 3).

Con specifico riferimento alle previsioni in tema di tutela cautelare, si osserva che la prima disposizione che presenta evidenti criticità è quella relativa alla caducazione automatica dell'efficacia della misura concessa, nel caso di ritardo nella celebrazione dell'udienza di merito, rispetto ai brevi termini indicati nel citato art. 12 bis: *"Nel caso in cui l'udienza di merito non si svolga entro i termini previsti dal presente comma, la misura cautelare perde efficacia, anche qualora sia diretta a determinare un nuovo esercizio del potere da parte della pubblica amministrazione"*.

In ragione degli stringenti requisiti richiesti dalla normativa derogatoria, la disposizione in questione si appalesa di dubbia costituzionalità, finendo per pregiudicare inevitabilmente la parte ricorrente, la cui domanda cautelare sia stata accolta. E ciò in ragione di ritardi derivanti dal carico delle diverse Sezioni che non abbia consentito di assicurare il rispetto della scansione temporale dettata dall'art. 12 bis.

La disposizione in questione dovrebbe, conseguentemente, essere abrogata.

In ogni caso, il meccanismo di fissazione dell'udienza di merito a breve dovrebbe essere esteso anche al caso di rigetto della domanda cautelare, tenuto conto dei vincoli imposti al giudice per il suo accoglimento.

Basti, sul punto, considerare l'obbligo imposto al GA *"in sede di pronuncia del provvedimento cautelare"* di tenere *"conto della coerenza della misura adottata con la realizzazione degli obiettivi e il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR"*.

Al fine di accelerare la procedura potrebbe essere eliminato il litisconsorzio necessario per le amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR soprattutto nel caso

in cui non siano impugnati atti ad esse riferibili, verificandosi sovente che l'Avvocatura erariale eccepisca il difetto di legittimazione delle predette Amministrazioni.

La delicatezza dei profili suaccennati in relazione alla tutela cautelare viene in rilievo alla luce dell'art. 48 del D.L. 77/21 convertito in legge con L. 108/21, il cui 4 co., come noto, stabilisce:

*"4. In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui al comma 1 e nei giudizi che riguardano le procedure di progettazione, autorizzazione, approvazione e realizzazione delle opere finanziate in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e le relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento, nonché in qualsiasi procedura amministrativa che riguardi interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR, si applica l'articolo 125 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. In sede di pronuncia del provvedimento cautelare si tiene conto della coerenza della misura adottata con la realizzazione degli obiettivi e il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR".*

Il richiamo all'art. 125 del c.p.a. comporta l'applicazione del co. 3 secondo cui:

*"3. Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l'articolo 34, comma 3".*

Risulta evidente che l'estensione indiscriminata della disposizione da ultimo citata, introdotta per poche opere strategiche di importo relevantissimo, a tutti gli appalti finanziati con fondi del PNRR (indipendentemente dal numero, dagli importi e dalla rilevanza strategica), finisce per pregiudicare inevitabilmente il diritto di un numero relevantissimo di ricorrenti di conseguire il risarcimento in forma specifica. Il tutto con una proliferazione di cause risarcitorie in danno dell'amministrazione e ciò anche laddove alla data della sentenza il cantiere non sia stato neppure avviato come talora avviene, cosicché si potrebbe ripristinare il potere del Giudice di valutare se, in relazione ad un intervento non ancora avviato ovvero in caso di esecuzione ancora in fase embrionale, concedere in luogo di quella per equivalente la tutela del risarcimento in forma specifica.

Un cenno conclusivo alla disciplina in tema di misure monocratiche, contenuta nell'art. 56 c.p.a.

Due, in particolare, gli spunti di riflessione: *i)* l'introduzione della possibilità di reclamo per l'ipotesi in cui il decreto possa produrre effetti irreversibili nello spazio temporale che separa dalla trattazione collegiale dell'istanza (così recependosi in sede normativa un indirizzo giurisprudenziale formatosi al riguardo); *ii)* sancire la limitazione del potere di apprezzamento del Presidente, in sede di delibazione dell'istanza, alla verifica della impossibilità di attendere la data dell'udienza camerale, sì da evitare l'anticipazione di valutazioni sul *fumus* che presuppongono la garanzia del contraddittorio.

## II

### **L'esperienza del giudizio risarcitorio.**

La rilevanza di una tutela cautelare rafforzata dev'essere tanto più rimarcata a fronte della c.d. "rete di contenimento" che delimita gli spazi di quella risarcitoria nei termini in cui l'accesso alla stessa nel processo amministrativo è disciplinato, dalla prefissione di un termine decadenziale alle limitazioni contemplate dall'art. 30 c.p.a. alla cui stregua il Giudice amministrativo "*esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*", senza contare le difficoltà che si manifestano ai fini della prova della colpa della p.A. apparato nelle materie diverse dagli appalti.

L'autonomia dell'azione di condanna, affermata sul piano processuale, riprende quota sul versante sostanziale: il giudice amministrativo non potrà pronunciare, in rito, una sentenza di inammissibilità, ma nel merito non può escludersi una sentenza reiettiva in ragione del mancato esperimento dell'azione costitutiva di annullamento. Onere che, come noto, non è contemplato dall'art. 1227 cod. civ. (che disciplina il concorso di colpa del creditore nella generazione del danno) e non è richiesto dalla pertinente giurisprudenza del Giudice ordinario.

Se va dato alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria 23 aprile 2021 n. 7 di aver optato per una chiave di lettura mitigata del dato normativo ("esclude il risarcimento dei danni"), affermando la necessità di accertare se *"le condotte attive trascurate avrebbero verosimilmente inciso, in senso preclusivo o limitativo sul perimetro del danno"*, chiarendo che *"in altri termini, la mancata attivazione dei rimedi procedurali e processuali, al pari delle ragioni che sorreggono il mancato esperimento degli stessi, non è idonea in sé a precludere la pretesa risarcitoria, ma costituisce un elemento di valutazione che può concorrere, con altri, alla definizione della responsabilità"*, non mancano tuttavia pronunce anche recenti che negano il risarcimento a fronte del riscontro della mancata impugnativa del provvedimento produttivo del danno. È dunque auspicabile la soppressione dell'ultimo inciso del comma 3 dell'art. 30 c.p.a. *"anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti"*, onde eliminare qualsiasi rischio di permanenza nella disciplina del giudizio risarcitorio davanti al GA di quella che è stata definita *"pregiudiziale sostanziale"*.

Con riferimento al tema in esame non si può non segnalare che in tempi recenti si è acuito il contrasto tra i due plessi giurisdizionali soprattutto in ordine alla cognizione del risarcimento del danno da lesione dell'affidamento del privato: a) conseguente all'annullamento (in autotutela o in sede giurisdizionale) di un provvedimento favorevole; b) in seguito alla declaratoria di illegittimità di un comportamento della pubblica amministrazione comunque correlato all'esercizio di poteri autoritativi; c) o ancora nell'ipotesi di inerzia della P.A. (Cass., Sez. Un. n. 8326/2020).

Merita altresì sottolineare la circostanza che il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo presenta problematiche continue in vicende contenziose che attengono alle medesime *"situazioni di vita"* caratterizzate dal fatto che la posizione giuridica soggettiva oggetto della domanda di tutela patrimoniale del soggetto leso dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo sia qualificata come diritto soggettivo ovvero come interesse legittimo. E ciò in relazione alla scelta del soggetto danneggiato di coltivare l'azione di responsabilità civile contro la persona fisica, autore

dell'atto o del comportamento illegittimo, ovvero nei confronti della P.A. (o soggetto ad essa equiparato).

Orbene, per tutte le situazioni in cui si manifesta l'accennata concorrenza tra le due giurisdizioni, in disparte il quadro di incertezza che ne deriva per l'interprete, si registra, come evidenziato dalla dottrina<sup>2</sup>, la circostanza per cui la tutela accordata dal G.O. si rivela più effettiva e comunque meno contrassegnata da limitazioni per una serie di concorrenti fattori, di ordine processuale non meno che sostanziale: *i*) non soggezione della azione proposta innanzi al G.O. alla decadenza di 120 giorni ex art. 30, commi 3 e 5 del c.p.a. ma al termine di prescrizione di cinque (2043 c.c.) o di dieci anni (per la responsabilità da contatto sociale); *ii*) l'inversione dell'onere della prova a favore del danneggiato in materia di responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato; *iii*) il più ampio corredo istruttorio del processo civile rispetto a quello amministrativo, anche in considerazione del limitato ricorso da parte di quest'ultimo a mezzi come la CTU che pure sono contemplati dal c.p.a.

Anche sulla scorta di siffatti elementi di riflessione, gli avvocati amministrativisti, pur rilevando la tendenza enucleabile da alcuni orientamenti delle Sezioni Unite della Corte regolatrice ad utilizzare la categoria del rifiuto di giurisdizione in relazione a vicende che attengono ai limiti "interni" della giurisdizione amministrativa, auspicano un'evoluzione della giurisprudenza dell'Adunanza plenaria, massime su temi quali il risarcimento da lesione di affidamento incolpevole, verso conclusioni che concretino una uniformità di criteri sostanziali di individuazione dei presupposti della tutela risarcitoria rispetto agli approdi della giurisdizione del GO.

Il gruppo di lavoro si è poi soffermato sulla tematica dell'azione di rivalsa introdotta dal codice dei contratti pubblici in ragione della sua portata innovativa.

La nuova azione rinviene la sua disciplina nel combinato disposto dell'art. 5, comma 4, d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36, a tenore del quale *"Ai fini dell'azione di rivalsa della stazione*

---

<sup>2</sup> E. Follieri, *"La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione"*

*appaltante o dell'ente concedente condannati al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso, resta ferma la concorrente responsabilità dell'operatore economico che ha conseguito l'aggiudicazione illegittima con un comportamento illecito" e dell'art. 124, comma 1, c.p.a. (come novellato dal medesimo decreto legislativo) secondo cui: "L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e di stipulare il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122. Se non dichiara l'inefficacia del contratto, il giudice dispone il risarcimento per equivalente del danno subito e provato. Il giudice conosce anche delle azioni risarcitorie e di quelle di rivalsa proposte dalla stazione appaltante nei confronti dell'operatore economico che, con un comportamento illecito, ha concorso a determinare un esito della gara illegittimo".*

Le ricordate innovazioni normative hanno formato oggetto di rilievi critici, in primo luogo, per essersi ritenuto che esse siano frutto di eccesso di delega in difetto di specifica attribuzione al legislatore delegato del potere di intervenire in materia di riparto di giurisdizione.

In disparte tale profilo, sul quale comunque la stessa relazione al Codice fornisce utili chiarimenti, da un punto di vista sostanziale l'azione si configura come un rimedio volto a "ritrasferire almeno in parte il danno risarcito dall'amministrazione sull'aggiudicatario illegittimo che, del resto, in assenza di meccanismo di rivalsa, beneficerebbe di un arricchimento ingiusto" (così la relazione al Codice).

L'altra finalità perseguita attraverso l'introduzione della innovazione in esame è quella di imprimere accelerazione al contenzioso in tema di risarcimento per equivalente, "evitando l'attivazione del secondo giudizio di ottemperanza previsto dall'art. 34, comma 4, per il caso del mancato accordo tra le parti".

Pur non potendosi disconoscere la validità degli obiettivi sottesi alle norme in parola, non possono tuttavia tacersi i profili di criticità che emergono sul versante prettamente applicativo. Se ne segnalano alcuni:

- l'ampiezza della nozione di "operatore economico" contenuta nell'art. 124 comma 1 c.p.a. non permette di circoscrivere, ai fini dell'azione di rivalsa, la definizione del relativo

ambito al solo aggiudicatario tale in virtù di un titolo risultato illegittimo, potendovi rientrare anche altre figure che potrebbero concorrere a dar luogo ad un'aggiudicazione illegittima (ad es. l'impresa ausiliaria nelle ipotesi di avvalimento);

- l'estensione della categoria "del comportamento illecito" dell'operatore economico, che eccede l'ipotesi delle "dichiarazioni false" e che assume contorni sfuggenti;

- la previsione di una "responsabilità concorrente" dell'operatore economico: anche questa è una formula ambigua che concede margini significativi di apprezzamento discrezionale al giudice. In dottrina è stato anche rilevato che sembrerebbe dare spazio a una presunzione di concorso di colpa dell'aggiudicatario illegittimo, così ponendosi problemi di coerenza con l'enunciazione del principio di fiducia "reciproca" di cui al co. 1 dell'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023;

- la conseguente esperibilità di un'azione risarcitoria diretta dell'aggiudicatario pretermesso nei confronti della stazione appaltante ed anche nei confronti dell'aggiudicatario illegittimo. Il rimedio nei confronti dell'aggiudicatario illegittimo sembrerebbe perfettamente alternativo a quello esperibile nei riguardi della stazione appaltante. In tale ipotesi, però, la controversia non sarebbe esperibile davanti al giudice amministrativo, disciplinando il novellato art. 124 esclusivamente l'ipotesi dell'azione di rivalsa promossa dalla stazione appaltante.

In conclusione, la disciplina dell'azione di rivalsa, come è stato da più parti rilevato, si iscrive anch'essa nel solco della tendenza a predisporre una "rete di contenimento" all'esperimento delle azioni risarcitorie dei privati ed in ogni caso fa emergere l'esigenza di una più puntuale definizione dei relativi contorni. Ancora una volta viene in rilievo l'opzione per una tutela in forma specifica nella materia degli appalti, di cui costituisce presupposto essenziale una minore riluttanza alla concessione di quella cautelare.

Un cenno, infine, il gruppo ritiene di riservare al risarcimento in forma specifica mediante subentro nel contratto di appalto.

A termini dell'art. 122 c.p.a. *“il giudice che annulla l'aggiudicazione stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”*.

Nel settore dei contratti di lavori, ove ammesso, il subentro nel contratto, se concesso con decorrenza successiva all'avvio delle opere, può non risultare pienamente soddisfacente per il ricorrente, finendo così per concorrere, in relazione alla parte di appalto già eseguita, con la tutela risarcitoria per equivalente.

Diversamente, negli appalti di servizi e di forniture periodiche, connotati dalla esecuzione di prestazioni in via continuativa, la tutela in forma specifica potrebbe risultare pienamente soddisfacente anche in caso di parziale esecuzione del contratto da parte dell'illegittimo aggiudicatario, laddove il subentro venisse accordato per l'originaria durata e consistenza dell'appalto, come indicate nella *lex specialis* di gara.

Sul punto, tuttavia, si registrano in giurisprudenza posizioni non sempre convergenti.

È auspicabile, pertanto, il consolidarsi di un orientamento in favore del subentro per l'intera durata del contratto, come prevista dalla disciplina di gara, così rendendo la sentenza caducatoria dell'aggiudicazione illegittima pienamente idonea a reintegrare la posizione giuridica lesa.