

RESPONSABILITA' DELLA P.A.: Interessi legittimi – Mancata impugnazione del provvedimento illegittimo – Buona fede – Diligenza – Infondatezza.

Tar Puglia – Bari, Sez. II, 5 gennaio 2023, n. 32

in *Giurisprudenza italiana*, 4, 2023, pag. 902 e ss., con commento di Daniele Perruca, *Buona fede e diligenza nel giudizio risarcitorio per lesione di interessi legittimi*.

“[...]ai sensi dell'articolo 30, comma 3, c.p.a. "La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".

La norma impone dunque di escludere il risarcimento preteso da chi non abbia posto in essere tutte le azioni messe a sua disposizione dall'ordinamento per evitare il danno, quindi nel caso di specie anche quelle che avrebbero potuto essere utili per annullare radicalmente il provvedimento di aggiudicazione.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, la mancata proposizione del ricorso per annullamento va apprezzata nel quadro di una valutazione più ampia del comportamento complessivo della parte in seno al quale detta omissione processuale si colloca. Andrà allora ponderata la concorrente rilevanza eziologica spiegata dal mancato utilizzo di rimedi e di condotte che, non implicando rilevanti costi e oneri, sono, a maggior ragione, esigibili, come l'attivazione del rimedio dei ricorsi amministrativi.

Sul punto, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che la mancata proposizione di ricorsi giurisdizionali assume rilievo quale fattore di mitigazione o anche di esclusione del risarcimento del danno ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a.

La norma da ultimo menzionata, in piena coerenza sistematica con il disposto di cui all'art. 1227, comma 2, c.c., espressamente sancisce la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con la diligente utilizzazione degli strumenti previsti dall'ordinamento per tutelare le proprie posizioni soggettive che si pretendono essere state lese ad opera della Pubblica Amministrazione.

La mancata attivazione di tutti gli strumenti volti a evitare il danno, pur non ponendo un problema di ammissibilità dell'actio damni, è idonea ad incidere sulla fondatezza della domanda risarcitoria, rilevando sul piano del nesso di causalità, piuttosto che su quello dell'ingiustizia del danno [...].

[...] Pertanto, quando è proposta azione di condanna in via autonoma è applicabile il terzo comma dello stesso art. 30 c.p.a., il quale non preclude sul piano dell'ammissibilità la domanda risarcitoria in caso di mancata impugnazione del provvedimento che si assume produttivo del danno, ma impone di determinare l'eventuale risarcimento valutando tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e di escludere il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. In definitiva, la rilevanza della mancata impugnazione del provvedimento illegittimo e dannoso, ai fini dell'esercizio dell'azione risarcitoria, si è spostata dal piano processuale a quello dell'esito sostanziale della relativa domanda [...]".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di I. S.p.A. e di R.F. S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2022 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

Con ricorso notificato il 12.5.2020 e depositato in Segreteria il 18.5.2020, il Consorzio S.U. S.c. a r.l. adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere l'accertamento del diritto al risarcimento meglio indicato in oggetto.

Esponeva in fatto che, in data 22.2.2015, la società I. S.p.A. indiceva una procedura di gara, ai sensi del [D.Lgs. n. 163 del 2006](#), avente ad oggetto "l'affidamento della "Progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori per la realizzazione della variante di tracciato della linea ferroviaria Bari-lecce nel tratto compreso tra Bari Centrale e Bari Torre a Mare facente parte del riassetto del nodo di Bari, nell'ambito delle opere relative alla tratta ferroviaria Napoli-Bari di cui al [D.L. n. 133 del 2014](#) convertito in [L. n. 164 del 2014](#) c.d. "S.I.", per un importo a base d'asta pari ad € 107.521.553,09."

Alla procedura prendeva parte la ricorrente, la quale si collocava al secondo posto della graduatoria finale, preceduta dall'operatore in R. T. S.p.A. (capogruppo mandataria), S. S.p.A. (mandante) con progettista indicato il costituendo R.T.P. R. s.r.l. (capogruppo mandataria), T. S.p.A. (mandante).

A seguito di aggiudicazione del 2.2.2018, la Stazione Appaltante addiveniva alla stipula del contratto con R. T. in data 25.6.2019.

Con nota del 2.8.2019, la capogruppo del R. aggiudicatario, T. S.p.A., comunicava la propria fuoriuscita dalla compagine aggiudicataria, previo subentro ex [art. 51 D.Lgs. n. 163 del 2006](#) nella posizione di mandataria del R. aggiudicatario della D.A.C.G. s.r.l.

A sua volta, in data 5.8.2019, la D. comunicava alla committenza la volontà di subentro ex [art. 51 D.Lgs. n. 163 del 2006](#), giustificata dall'intervenuto acquisto del ramo d'azienda, con contratto del 29.7.2019.

Con nota del 2.9.2019, la committenza segnalava la necessità di procedere alle verifiche dei requisiti generali e di capacità tecnico-economica in capo alla subentrante capogruppo D.C., nonché al rinnovo delle verifiche dei requisiti della mandante S. S.p.A. e della compagine di progettisti indicati R. s.r.l./T. S.p.A.

Effettuati i controlli, in data 27.12.2019, la Stazione Appaltante comunicava l'esito positivo della verifica dei requisiti in capo al subentrante aggiudicatario D.C.; quanto alla mandante S., si apprendeva che la stessa risultava aver esercitato un recesso dal R. per esigenze organizzative.

Dopo formale richiesta di accesso, in data 21.1.2020, la Stazione Appaltante concedeva alla ricorrente di visionare la documentazione relativa alla fase di subentro e verifica dell'aggiudicatario e del R. nel suo complesso.

La ricorrente ravvisava irregolarità e carenze in tesi invalidanti il subentro e l'aggiudicazione alla nuova compagine con capogruppo la società D..

Enunciava che il R. aggiudicatario/subentrante fosse, per un verso, senz'altro carente dei requisiti richiesti dalla normativa primaria e dalla lex specialis e, per altro verso, avesse operato un'illegittima rimodulazione dell'A., con riguardo alla mandante S., al solo fine di sopperire alla perdita dei requisiti di qualificazione da parte di quest'ultima.

Di conseguenza, con istanza notificata in data 26.2.2020, il Consorzio U. contestava tali vizi e carenze, chiedendo, per un verso, il riesame della disposta aggiudicazione e, per altro, l'esclusione della compagine aggiudicataria.

Con nota del 23.3.2020, la S.A. negava il richiesto riesame, adducendo che nell'istanza non fossero forniti elementi di novità che giustificassero una revisione delle decisioni adottate; pertanto, si confermava l'aggiudicazione disposta in data 2.2.2018, divenuta definitiva in data 3.10.2018 ed il subentro dell'impresa D. nella posizione di aggiudicatario definitivo.

A tale nota, replicava, in data 2.4.2020, il Consorzio U. che, insisteva nel richiesto riesame e rendeva edotti anche R. S.p.A., oltre che l'Autorità Nazionale Anticorruzione, evidenziando ulteriormente che:

"(i) contrariamente a quanto dedotto dalla committenza, tutti i vizi contestati si appuntavano su elementi nuovi e sopravvenuti rispetto alla primigenia aggiudicazione del 2018 in favore del R. all'epoca capitanato da T. S.p.A., e riguardano appunto una fase del procedimento pubblicistico successivo all'aggiudicazione, ossia le verifiche condotte ex [art. 51 D.Lgs. n. 163 del 2006](#) da I. fino a tutto il dicembre 2019 sulla nuova compagine del R. con capogruppo la subentrante D.A.A.C.G. s.r.l.;

(ii) sulla base della documentazione ottenuta in sede di accesso, proprio la D. non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara, atteso che difettava in proprio del requisito di qualificazione della cifra d'affari in lavori prevista dai punti 6.1.b. e 6.1.b.1 della lex specialis;

(iii) né, con l'acquisto del ramo "ferroviario" della T. potevano dirsi transitati i requisiti in questione in capo alla D., atteso che né l'invito all'acquisto, né il contratto d'acquisto del ramo avevano previsto espressamente ciò: anzi e semmai lo escludevano espressamente richiedendo al contrario quale pre-requisito di ammissione alla procedura di acquisto, che l'aspirante acquirente avrebbe dovuto unicamente autocertificare, l'autonomo possesso in capo all'acquirente dei requisiti occorrenti all'aggiudicazione ed all'esecuzione dell'appalto;

(iv) il recesso dall'A. da parte della mandante S. comunicato il 23.10.2019, non era affatto veridicamente giustificato, né la Committenza aveva fornito evidenze documentali in tal senso, essendo piuttosto diretto ad eludere la perdita del requisito S. e della certificazione di qualità in capo all'uscente S. (a far data dall'ottobre 2019);

(v) circostanza questa che la S.A. non avrebbe potuto ignorare posto che nell'ambito procedimento ex [art. 51, D.Lgs. n. 163 del 2006](#), erano stati gli stessi organi della S.A. a richiedere la verifica circa il perdurante possesso dei requisiti S. in capo alla mandante S..".

A tale istanza, con nota del 22.4.2020, rispondeva I., invocando l'intempestività della richiesta di riesame in autotutela, affermando che il Consorzio rilevasse presunte irregolarità nelle modifiche intervenute nella composizione del soggetto aggiudicatario e dell'A. di progettisti, autorizzate da I. il 23.12.2019, mentre l'aggiudicazione definitiva risultava essere intervenuta già nel 2018.

Insorgeva avverso l'operato e gli atti della Stazione Appaltante l'odierna ricorrente, chiedendo la condanna al risarcimento per equivalente del danno patito per effetto della mancata aggiudicazione in proprio favore dell'appalto messo a gara.

In particolare, la ricorrente articolava le seguenti censure:

"-Violazione degli artt. 37, 51 e 116 del [D.Lgs. n. 51 del 2016](#). Eccesso di potere per sviamento. Difetto assoluto di istruttoria. Violazione della par condicio e del principio di trasparenza e buon andamento. Violazione degli artt. 2 nonies [L. n. 241 del 1990](#);

-Violazione e/o falsa applicazione degli [artt. 11, 40, 41, 51 e 116](#) del [D.Lgs. n. 163 del 2006](#) e ss.mm.

ii. Violazione e falsa applicazione del principio di immodificabilità soggettiva dell'offerente e del divieto di cessione del contratto d'appalto. Violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e ss. della lex specialis. violazione e falsa applicazione degli [artt. 2555](#) e ss. del codice civile.

Difetto del requisito della cifra d'affari in lavori in capo all'aggiudicatario subentrante D.A.A.C.G. s.r.l. Eccesso di potere sotto i profili del difetto assoluto di istruttoria, irragionevolezza e illogicità dell'operato della S.A., violazione della par condicio, perplessità di comportamento e sviamento di potere;

-Violazione e/o falsa applicazione degli [artt. 51 e 116](#) del [D.Lgs. n. 163 del 2006](#) e ss.mm. ii. Violazione e falsa applicazione degli [artt. 41](#) e ss. del [D.Lgs. n. 163 del 2006](#). Violazione e falsa applicazione degli artt. 61 e ss. e 76 e ss. del [D.P.R. n. 207 del 2010](#), nonché delle norme e dei principi in tema di qualificazione soa degli esecutori degli appalti pubblici. Violazione degli [artt. 37](#) e ss. del [D.Lgs. n. 50 del 2016](#). Illegittimo e ingiustificato recesso della mandante S. S.p.A. dalla compagine delle imprese aggiudicatarie. Eccesso di potere sotto i profili del difetto assoluto di istruttoria, irragionevolezza e illogicità dell'operato della S.A.".

In data 19.6.2020 e in data 20.7.2020 si costituivano in giudizio R. - R.F. S.p.A. e I. S.p.A., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, instando per la reiezione del gravame in quanto infondato.

All'udienza pubblica del 6.12.2022, sentite le parti, la causa era definitivamente trattenuta in decisione.

Tutto ciò premesso, preliminarmente ed in rito, deve essere disposta l'estromissione del giudizio della società I. S.p.A.

Parte ricorrente ha proposto domanda di condanna al risarcimento del danno sia nei confronti di R. S.p.A. sia nei confronti di I. S.p.A., identificandole entrambe quali "committenza" dell'opera messa a gara.

Nel bando di gara è, tuttavia, precisato che la Stazione Appaltante fosse "I. S.p.A. ... in nome e per conto di R. - R.F. S.p.A.".

È quindi chiaro che I. ha agito non in proprio, ma in nome e per conto di R., essendo stata attribuita solo a quest'ultima la legittimazione processuale alla gestione della eventuale fase contenziosa, come da contratto di servizio intercorso fra le parti del 23.12.2010.

In giurisprudenza, su tale specifica problematica, è stato chiarito che ove I. agisce in nome e per conto di R. in forza di un rapporto di mandato con rappresentanza ai sensi dell'[art. 1704](#) c.c. "la legittimazione passiva spetta solo alla R." (cfr. [Cons. Stato, Sez. IV, 4.11.2020 n. 6807](#)).

Ne consegue che la sollevata eccezione di difetto di legittimazione passiva di I. deve essere accolta. Nel merito il ricorso è infondato e, pertanto, non è meritevole di accoglimento.

L'illegittimità censurata dalla ricorrente è tesa a contestare l'esercizio del potere di autotutela dell'Amministrazione che di per sé rientra nell'ambito di un'attività amministrativa evidentemente discrezionale.

Essa, come è noto, comunque richiede, per il suo legittimo esercizio, la valutazione di elementi ulteriori rispetto alla mera illegittimità dell'atto da ritirare e, in particolare, l'apprezzamento della sussistenza di un interesse pubblico attuale che imponga l'annullamento, di per sé diverso dal mero ripristino della legalità violata.

Sui sopra indicati presupposti, non è possibile richiedere un sindacato giurisdizionale "postumo" sull'esercizio di tale potere.

È opportuno precisare, in proposito, che l'aggiudicazione in capo alla D., cessionaria del ramo d'azienda T., non è stata mai impugnata, con la conseguenza che l'atto relativo si è consolidato e cristallizzato, non essendo più possibile una valutazione ulteriore del medesimo in punto di legittimità.

Sulla scorta di tanto, soprattutto ai fini del giudizio risarcitorio de quo, rileva in modo centrale l'operato procedimentale e processuale della ricorrente, la quale non ha mai impugnato i provvedimenti ritenuti illegittimi se non ex post, ai soli fini risarcitori.

La ricorrente U., nonostante gli eccepiti numerosi profili di illegittimità degli atti della procedura di gara e dell'operato dell'Amministrazione, non ha infatti proposto alcun ricorso in sede generale di legittimità per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione al R. T.S. o per contestare l'intervenuto subentro della D..

E ciò nonostante la ricorrente venisse tempestivamente informata degli sviluppi della procedura e dell'aggiudicazione da parte della Stazione Appaltante.

Orbene, U. contestava l'esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione, solo dopo che i termini di decadenza fissati dal codice del processo amministrativo per la tutela dei propri interessi legittimi risultavano inutilmente elassi.

In proposito, ai sensi dell'[articolo 30](#), comma 3, [c.p.a.](#) "La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva

direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".

La norma impone dunque di escludere il risarcimento preteso da chi non abbia posto in essere tutte le azioni messe a sua disposizione dall'ordinamento per evitare il danno, quindi nel caso di specie anche quelle che avrebbero potuto essere utili per annullare radicalmente il provvedimento di aggiudicazione.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, la mancata proposizione del ricorso per annullamento va apprezzata nel quadro di una valutazione più ampia del comportamento complessivo della parte in seno al quale detta omissione processuale si colloca. Andrà allora ponderata la concorrente rilevanza eziologica spiegata dal mancato utilizzo di rimedi e di condotte che, non implicando rilevanti costi e oneri, sono, a maggior ragione, esigibili, come l'attivazione del rimedio dei ricorsi amministrativi.

Sul punto, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che la mancata proposizione di ricorsi giurisdizionali assume rilievo quale fattore di mitigazione o anche di esclusione del risarcimento del danno ai sensi dell'[art. 30](#), comma 3, [c.p.a.](#)

La norma da ultimo menzionata, in piena coerenza sistematica con il disposto di cui all'[art. 1227](#), comma 2, c.c., espressamente sancisce la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con la diligente utilizzazione degli strumenti previsti dall'ordinamento per tutelare le proprie posizioni soggettive che si pretendono essere state lese ad opera della Pubblica Amministrazione.

La mancata attivazione di tutti gli strumenti volti a evitare il danno, pur non ponendo un problema di ammissibilità dell'actio damni, è idonea ad incidere sulla fondatezza della domanda risarcitoria, rilevando sul piano del nesso di causalità, piuttosto che su quello dell'ingiustizia del danno.

In linea con quanto sin qui esposto, il Consiglio di Stato (cfr. sez. VI, sent. n. 3246/2018) ha evidenziato che, "la scelta di non avvalersi della tutela impugnatoria che, grazie anche alle misure cautelari previste dall'ordinamento processuale, avrebbe probabilmente evitato, in tutto o in parte il danno, integra violazione del canone di buona fede e dell'obbligo di cooperazione, spezza il nesso causale fra provvedimento e pregiudizio e, per l'effetto, in forza del principio di autoresponsabilità codificato dall'[art. 1227](#), comma 2, c.c., comporta la non risarcibilità del danno evitabile. Di conseguenza, nel caso di specie, la domanda di risarcimento dei danni va respinta anche sotto il profilo che i danni lamentati avrebbero potuto - in ipotesi- essere evitati se l'impresa si fosse tempestivamente avvalsa degli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento."

Pertanto, quando è proposta azione di condanna in via autonoma è applicabile il terzo comma dello stesso [art. 30 c.p.a.](#), il quale non preclude sul piano dell'ammissibilità la domanda risarcitoria in caso di mancata impugnazione del provvedimento che si assume produttivo del danno, ma impone di determinare l'eventuale risarcimento valutando tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e di escludere il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. In definitiva, la rilevanza della mancata impugnazione del provvedimento illegittimo e dannoso, ai fini dell'esercizio dell'azione risarcitoria, si è spostata dal piano processuale a quello dell'esito sostanziale della relativa domanda (cfr. [Cons. Stato, Sez. V, 26.04.2022, n. 3216](#))

Peraltro, la cristallizzazione degli esiti favorevoli del provvedimento di aggiudicazione in capo ad altri soggetti (in prima battuta al R. T.-S. poi, con la cessione del ramo d'azienda, alla subentrata D.) comporta la consumazione del relativo "bene della vita" e l'impossibilità per U. di ottenerlo a propria volta, con la conseguenza che - non avendo mai proposto ricorso giurisdizionale, nemmeno all'esito del motivato rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela - non poteva e non può oggi ritenere sussistente un ipotetico legittimo affidamento in merito all'aggiudicazione a suo favore.

La mancanza di un affidamento legittimo della ricorrente su una possibile aggiudicazione, quindi, esclude per definizione qualsiasi possibilità di richiedere oggi il ristoro dell'ipotizzato danno.

Di qui l'insussistenza di un qualsiasi presupposto di un danno risarcibile sul piano sostanziale.

In conclusione, sulla base delle argomentazioni svolte, il ricorso risulta infondato nel merito.

Da ultimo, le spese del giudizio seguono il principio della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara il difetto di legittimazione passiva di I. S.p.A.;
- respinge il ricorso nel merito;
- condanna il Consorzio S.U. S.c. a r.l. al pagamento delle spese del giudizio in favore di I. S.p.A. e di R.F. S.p.A., che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila,00) oltre accessori come per legge, da versarsi in favore di ciascuna della due società.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Conclusione

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente FF

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere, Estensore

Donatella Testini, Primo Referendario