



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1038 del 2020, proposto da Teknedil s.r.l. e Ga.Mi Impianti s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, in proprio e in qualità, rispettivamente, di capogruppo e mandante del costituendo r.t.i., rappresentate e difese dagli avvocati Vito Aurelio Pappalepore e Alessandra Ciocia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Gallo Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Caliendo ed Eleonora Caterina Tamburini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per il risarcimento del danno

derivante dall'aggiudicazione dell'appalto relativo all'affidamento dei lavori di adeguamento e di rinnovamento dei locali dei capannoni magazzini presso le caserme "Sernia" e "Pedone" di Foggia in favore della controinteressata nonostante l'esito dell'istanza di precontenzioso di cui all'art. 211 del codice dei contratti pubblici di cui alla delibera ANAC n. 575/2020.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero intimato e di Gallo Costruzioni s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2022 l'Avv. Donatella Testini e udito il difensore avv. Alessandra Cioce per la ricorrente, mentre si dà atto a verbale della presenza dell'avv. Eleonora Caterina, per la controinteressata Gallo costruzioni, a seguito del deposito di istanza di passaggio in decisione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La parte ricorrente, unitamente ad altri nove concorrenti, ha partecipato alla procedura di gara indetta dal Ministero della Difesa - 15° Reparto Infrastrutture di Bari, per l'affidamento dei lavori di adeguamento e di rinnovamento dei locali e dei capannoni magazzini presso le caserme "Sernia" e "Pedone" di Foggia.

All'esito della gara (con importo a base d'asta di 1.116.117,16 euro e da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), la ricorrente si è collocata al secondo posto in graduatoria (punteggio totale 77,74, di cui 51,85 punti

per l'offerta tecnica e 25,89 per quella economica) e la controinteressata al primo (con 86,06 punti totali, di cui 64,51 per l'offerta tecnica e 25,56 per quella economica), come da seduta pubblica per la lettura del punteggio della Commissione giudicatrice del 14 febbraio 2020.

Con determina n. 1 del 22 maggio 2020, è stata approvata la proposta di aggiudicazione alla controinteressata.

Dalle allegazioni e dalla documentazione depositate in causa, non emerge chiaramente se nella medesima data l'Amministrazione abbia ricevuto o meno dalla ricorrente la comunicazione di aver presentato istanza di precontenzioso all'ANAC in merito alla legittimità della gara.

Tale circostanza, tuttavia, per quanto si chiarirà in seguito, non ha rilevanza ai fini della definizione della controversia.

Ciò posto, il successivo 25 maggio è stata comunicata ai concorrenti l'aggiudicazione e, nella medesima data, l'istanza di precontenzioso di cui sopra è pervenuta all'ANAC (doc. n. 21 della ricorrente).

L'ANAC - previ invio, da parte della ricorrente alla Stazione appaltante, della comunicazione, di cui all'art. 4, comma 2, del Regolamento ANAC del 9 gennaio 2019, in data 26 maggio 2020 e mancata adesione, da parte dell'Amministrazione, ai sensi del successivo comma 3, entro il 4 giugno 2020 - ha espresso il proprio parere, conseguentemente vincolante solo per la ricorrente, con delibera n. 575 del primo luglio 2020, notificata alle parti in data 9 luglio 2020.

L'ANAC, nel ritenere fondato il secondo dei tre motivi articolati dalla ricorrente, si è conseguentemente espressa nel senso della "riedizione della procedura, emendata dal vizio rilevato, garantendo ai partecipanti la presentazione di un'offerta tecnica

rispondente alla propria reale ed effettiva organizzazione di impresa e alla Commissione un confronto tra elementi paragonabili”.

Con nota del 18 luglio 2020, la ricorrente ha invitato l'Amministrazione “ad ottemperare alla decisione assunta dell'Anac e, per l'effetto, a fare uso dell'esercizio del potere di autotutela mediante annullamento del provvedimento di aggiudicazione alla Gallo Costruzioni s.r.l. e adozione del provvedimento di aggiudicazione al RTI deducente, all'esito della riformulazione della graduatoria finale”.

Nella medesima nota, la ricorrente ha proceduto al ricalcolo dei punteggi, conseguentemente assegnando a sé medesima la prima posizione in graduatoria.

Con nota del 7 settembre 2020, l'Amministrazione ha respinto l'istanza di autotutela.

2. Con il presente mezzo di tutela, notificato il 21 settembre 2020, la ricorrente, “previo annullamento, ove occorra, del diniego di autotutela comunicato con pec del 7.9.2020 e degli atti ad esso presupposti”, chiede che l'Amministrazione venga condannata al risarcimento del danno.

In via principale, chiede il risarcimento del danno in forma specifica, “disponendo l'aggiudicazione della gara... previo eventuale annullamento e/o caducazione, ovvero declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, per il quale... manifesta l'interesse al subentro”.

In via graduata, chiede il risarcimento per equivalente, in via ulteriormente graduata, “tramite rinnovo dell'intera procedura di gara, fermo il ristoro dei danni patiti e patendi, anche per perdita di chance”.

Il Ministero della Difesa, costituitosi in giudizio, ha eccepito l'improcedibilità per sopravvenuta per carenza d'interesse al presente giudizio in ragione dell'intervenuta stipula del contratto e della consegna dei lavori alla controinteressata e, nel merito, l'infondatezza della domanda, insistendo per la reiezione del gravame.

La controinteressata, anch'essa costituitasi in giudizio, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancata tempestiva impugnazione degli atti di gara e, nel merito, l'infondatezza, insistendo per la reiezione del gravame.

Previo deposito di ulteriori memorie e documenti, la causa viene ritenuta per la decisione alla pubblica udienza del 21 giugno 2022.

2. Il ricorso non è suscettibile di favorevole apprezzamento.

2.1 *In primis*, rileva il Collegio che, come è ben noto, la mancata impugnazione dell'aggiudicazione, come avvenuto nel caso di specie, non esclude l'ammissibilità dell'azione risarcitoria, essendo stato ormai codificato il definitivo superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa di stampo processuale.

Non vi è dubbio, pertanto, che la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente sia ammissibile, risultando vieppiù infondata l'eccezione d'improcedibilità per mancata reazione avverso la stipula del contratto e la consegna dei lavori.

2.2 È, altresì, ben noto che il codice del processo amministrativo, pur negando la sussistenza di una pregiudizialità di rito, ha mostrato di apprezzare, sul versante sostanziale, la rilevanza eziologica dell'omessa impugnazione come fatto valutabile al fine di escludere la risarcibilità dei danni che, secondo un giudizio causale di tipo ipotetico, sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione processuale nei confronti del provvedimento potenzialmente dannoso.

L'art. 30, comma 3, del codice, infatti, al secondo periodo, stabilisce che, 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 disposizione, pur non evocando in modo esplicito il disposto dell'art. 1227, comma 2, del codice civile, afferma che l'omessa attivazione degli strumenti di tutela previsti costituisce, nel quadro del comportamento complessivo delle parti, dato valutabile, alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con l'ordinaria diligenza. E tanto in una logica che vede l'omessa impugnazione non più come preclusione di rito ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile.

Operando una ricognizione dei principi civilistici in tema di causalità giuridica e di principio di auto-responsabilità, il codice del processo amministrativo sancisce la regola secondo cui la tenuta, da parte del danneggiato, di una condotta, attiva od omissiva, contraria al principio di buona fede ed al parametro della diligenza, che consenta la produzione di danni che altrimenti sarebbero stati evitati secondo il canone della causalità civile imperniato sulla probabilità relativa (secondo il criterio del "più probabilmente che non": Cass., Sezioni unite, 11 gennaio 1008, n. 577; sez. III, 12 marzo 2010, n. 6045) recide, in tutto o in parte, il nesso casuale che deve legare la condotta antigiuridica alle conseguenze dannose risarcibili. Di qui la rilevanza sostanziale, sul versante prettamente causale, dell'omessa o tardiva impugnazione come fatto che preclude la risarcibilità di danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di rituale utilizzazione dello strumento di tutela specifica predisposto dall'ordinamento a protezione delle posizioni di interesse legittimo onde evitare la consolidazione di effetti dannosi (in termini, Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 3/2011).

2.3 Dall'applicazione di tali pacifiche coordinate ermeneutiche al caso di specie emerge che la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente è infondata.

In base alla regola della priorità di esame della ragione più liquida, rileva il Collegio l'insussistenza dell'asserito danno – conseguenza ai sensi del combinato disposto degli artt. 30, comma 3, c.p.a. e 1227, comma 2, c.c.

2.3.1 La ricorrente ha presentato istanza di pre-contenzioso all'ANAC, ma, come evidenziato in fatto, si tratta di un parere non vincolante, per mancata adesione della Stazione appaltante, ai sensi dell'art. 211, comma 1, del codice dei contratti pubblici. La ricorrente, pertanto, ha scientemente omesso di attivare il rimedio giurisdizionale pur sapendo, a far data dal decimo giorno successivo alla richiesta di adesione (4 giugno 2020) e, quindi, allorquando era ancora pendente il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione comunicata il 25 maggio 2020, che il futuro parere dell'ANAC non sarebbe stato vincolante per l'Amministrazione.

Né, detto per inciso, può ragionevolmente attribuirsi alcuna valenza negativa in termini di diligenza alla condotta dell'Amministrazione, la quale - pur volendo ammettere che sia stata effettivamente messa a conoscenza da parte della ricorrente dell'instaurando procedimento di parere di pre-contenzioso dinanzi all'ANAC il giorno stesso dell'approvazione dell'aggiudicazione (22 maggio 2020) – non ha legittimamente arrestato il procedimento di aggiudicazione in attesa della decisione dell'ANAC proprio perché non ha inteso previamente acconsentire a vincolarsi a quanto sarebbe stato stabilito da quest'ultima.

In definitiva, nel caso di specie, in base al criterio dell'ordinaria diligenza, la ricorrente non avrebbe dovuto far decorrere il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione in quanto era già a conoscenza del fatto che il futuro parere dell'ANAC non sarebbe stato vincolante: in altre parole, ritiene il Collegio che, dinanzi all'esito comunque negativo in termini di vincolatività del procedimento dinanzi all'ANAC, sia

esigibile *ex fide bona* la proposizione della domanda di annullamento dell'aggiudicazione.

2.3.2 Ciò posto, come da insegnamento della già citata Ad. Plen. n. 3/2011, questo Collegio è chiamato a valutare se il presumibile esito del ricorso di annullamento avrebbe, secondo un giudizio di causalità ipotetica basato su una logica probabilistica che apprezzi il comportamento globale del ricorrente, evitato in tutto o in parte il danno.

Un rilievo significativo è destinato ad assumere l'utilizzo del mezzo di prova delle presunzioni *ex artt. 2727* e seguenti del codice civile, che consente di valutare se l'apprezzamento dell'illegittimità dell'atto operato in sede risarcitoria avrebbe portato anche all'annullamento dello stesso - dato, questo, in linea generale presumibile, vista l'identità dell'oggetto delle valutazioni - in modo da impedire, alla luce anche delle misure provvisorie adottabili in corso di giudizio o *ante causam*, di mitigare o ridurre il danno.

2.3.3 Sotto tale aspetto, rileva il Collegio che, per le medesime ragioni esposte nel parere dell'ANAC, la domanda di annullamento della procedura di gara avrebbe avuto esito positivo.

2.3.4 Quanto al profilo eziologico, applicando le regole prima esposte che presiedono al giudizio di causalità ipotetica in materia risarcitoria, il Collegio ritiene di poter concludere che i danni lamentati sarebbero stati *in toto* evitati se l'impresa si fosse tempestivamente avvalsa degli strumenti di tutela giurisdizionale predisposti all'uopo dall'ordinamento, in quanto avrebbe ottenuto il rifacimento della gara ovvero la riformulazione *in melius* della graduatoria.

2.3.5 Si deve concludere che il comportamento della ricorrente ha assunto un ruolo eziologico decisivo nella produzione di un pregiudizio che il corretto utilizzo del

rimediazione giurisdizionale della tutela di annullamento, inquadrato nella condotta complessiva esigibile, avrebbe plausibilmente consentito di evitare, alla luce dei vizi denunciati, della gravità del pregiudizio lamentato e dell'effettività della tutela che il mezzo alternativo sperimentato dinanzi all'ANAC aveva già dimostrato di non poter garantire in pendenza del termine per l'azione di annullamento della gara.

2.3.6 Da ultimo, va chiarito che la domanda di annullamento del diniego di autotutela, sebbene presentata dalla ricorrente solo "ove occorra", è infondata in quanto, a fronte di un parere non vincolante dell'ANAC, non vi è alcun obbligo per l'Amministrazione di conformarvisi.

Il precedente del Consiglio di Stato n. 1036 del 2022, richiamato dalla ricorrente, non giunge a conclusioni contrarie in quanto, lungi dall'affermare un obbligo di procedere in autotutela a fronte di un parere non vincolante dell'ANAC, si limita ad affermare che "un parere di precontenzioso (che si esprima nel senso della illegittimità dell'atto), in ragione delle funzioni di vigilanza e controllo che la legge conferisce all'Autorità nel settore dei contratti pubblici (art. 213 del Codice dei contratti pubblici), determina l'attenuazione del dovere di motivare sulla sussistenza di un interesse pubblico specifico e concreto all'annullamento d'ufficio. In queste ipotesi, infatti, l'amministrazione appaltante non deve argomentare in maniera diffusa sulla sussistenza di un interesse pubblico a procedere all'autoannullamento, dovendo, anzi, provvedere (sempre) ad annullare gli atti ritenuti illegittimi dall'Autorità, a meno che non emerga un interesse pubblico specifico e concreto a non provvedere all'autoannullamento dell'atto. In altri termini, in questi casi, la valutazione che deve essere effettuata dall'amministrazione si volge non alla ricerca, in positivo, di una ragione di interesse pubblico per annullare in autotutela, ma alla ricerca, in negativo, di una ragione per non annullare".

E nel caso di specie, l'esigenza di celere esecuzione dei lavori, unitamente all'affidamento ingenerato nella controinteressata, proprio alla luce della mancata attivazione della tutela giurisdizionale di annullamento e del conseguente consolidamento dell'aggiudicazione, vengono valutati dal Collegio alla stregua di elementi idonei a sorreggere la decisione di natura conservativa assunta dall'Amministrazione.

3. Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite in ragione della novità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente FF

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere

Donatella Testini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Donatella Testini

IL PRESIDENTE
Rita Tricarico

IL SEGRETARIO