

**ANCHE AD APPALTO ESEGUITO, PERSISTE L'INTERESSE DEL SECONDO  
ALL'EVENTUALE RISARCIMENTO DEL DANNO**

L'interesse protetto o comunque la situazione soggettiva di cui è titolare il partecipante alla gara è costituito non dalla astratta legittimità del comportamento dell'Amministrazione, bensì della possibilità di conseguire l'aggiudicazione, sicché anche la possibilità del mero riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni non può prescindere dalla impugnazione degli atti che all'aggiudicazione comunque si oppongono: l'esecuzione, in tutto o in parte, dell'appalto oggetto di una gara indetta dall'Amministrazione, non determina il venir meno, in capo al partecipante non aggiudicatario, dell'interesse a ricorrere avverso gli atti della procedura concorsuale e ciò non solo per la persistenza di un diritto morale, ma anche in relazione ad un eventuale diritto risarcitorio volto a ristorare il ricorrente dal pregiudizio patito per effetto dell'illegittimità

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 4389 del 10 agosto 2007 emessa dal Consiglio di Stato

< La questione del rapporto tra azione di annullamento dei provvedimenti amministrativi impugnati e domanda di risarcimento del danno rileva qualora ci si trovi di fronte ad una domanda di risarcimento proposta nell'assenza di una tempestiva impugnazione dei provvedimenti amministrativi in relazione alla illegittimità dei quali si assume l'esistenza di un danno da risarcire.

Ora, a prescindere dal fatto che il prevalente orientamento sinora seguito dal giudice amministrativo subordina la domanda risarcitoria al previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, a ben vedere, questa non è esattamente la situazione che si verifica nella fattispecie, in quanto la ricorrente chiede il risarcimento per mancata aggiudicazione della gara quale seconda classificata, laddove, il comportamento dell'Amministrazione trae origine dall'opzione sancita nella decisione della IV Sezione n. 4562 del 2001 fra il riavvio della procedura dal momento della verifica dell'offerta anomala e l'arresto dell'intero procedimento, con adeguata motivazione.>

A cura di Sonia LAzzini

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sull'appello n. 3433/2003, proposto dalla s.n.c. ALFA,  
contro

Ministero della Giustizia, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, presso la stessa domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12.;

nonché

Ministero della giustizia – Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, n.c.;

Provveditorato regionale della Campania, n.c.;

e nei confronti di

Ditta Domenico BETA di Umberto BETA e C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Riccardo Cirillo e Gherardo Marone, elettivamente domiciliato in Roma, viale Angelico n. 38 presso lo studio L. Napolitano;

per l'annullamento

della sentenza n. 1298/2003 del Tribunale amministrativo regionale della Campania, Sez.II Sez.;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia e della Ditta Domenico BETA di Umberto BETA e C.;

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza dell'8 Maggio 2007 il consigliere di Stato Anna Leoni;

Uditi, altresì, gli avv.ti Gherardo Marone e l'Avv. dello Stato Grumetto;

**FATTO**

1. La Soc. ALFA, seconda classificata, impugnava davanti al Tribunale amministrativo regionale della Campania la mancata aggiudicazione dei lotti 55, 56, 58 e 61 nella gara espletata il 22/06/99 al pubblico incanto per l'appalto di somministrazione di pasti crudi giornalieri destinati al servizio di vitto per i detenuti, indetto dal Ministero di grazia e giustizia – Provveditorato regionale della Campania, con bando pubblicato nella G.U. n. 114 del 18/5/99.

2. Con sentenza n. 586 del 2/03/00, passata in giudicato, il TAR della Campania, Napoli, Sez. II, dichiarava l'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto.

3. A seguito di tale decisione la stazione appaltante revocava gli atti di gara residui relativi alla medesima procedura di gara (provvedimenti nn. 613250 del 21/3/00 e 4400 del 19/7/00) e autorizzava la stipula di contratti a trattativa privata con la ditta risultata aggiudicataria (Ditta BETA) in relazione agli stessi lotti, attraverso una rinnovazione parziale degli atti di gara relativi ai soli lotti oggetto del giudizio, con contestuale proroga del rapporto intercorso con l'originaria aggiudicataria.

4. Ne seguiva un nuovo ricorso, proposto dalla soc. ALFA, accolto dal Tribunale amministrativo regionale della Campania con sentenza n. 538 del 2001, in cui si stabiliva l'annullamento delle nuove deliberazioni della P.A ed il risarcimento per equivalente del danno subito per il periodo pregresso e mediante reintegrazione in forma specifica per la parte ancora da svolgersi.

5. Avverso tale decisione insorgevano, con distinti appelli, sia il Ministero della giustizia sia la ditta controinteressata.

6. Con decisione n. 4562 del 28/08/01 della IV Sezione del Consiglio di Stato, il ricorso della P.A. veniva dichiarato inammissibile per tardivo deposito, mentre il ricorso della controinteressata veniva accolto per violazione del giusto procedimento, atteso che la P.A. avrebbe dovuto riprendere il procedimento di gara, dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, dal riesame delle giustificazioni rese dall'aggiudicataria a sostegno della propria offerta, dal momento che non si era ancora consumato il potere di verifica, ovvero arrestare l'intero procedimento, salvo l'obbligo di puntuale motivazione.

7. L'Amministrazione continuava a procedere attraverso una serie di proroghe a trattativa privata dell'appalto, sino al termine del 31/12/01, rispetto al quale venne accordata un'ultima proroga trimestrale per consentire l'espletamento di una nuova gara .

Con provvedimento del 17/12/01 il Provveditorato regionale della Campania revocava gli atti residui legittimi della procedura di gara indetta col bando del 18/05/99.

8. Con ricorso n. 8610/02 la Soc. ALFA chiedeva al T.A.R. della Campania il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni per la mancata aggiudicazione di cui ai lotti nn. 55, 56, 58 e 61 della gara espletata il 22/06/99.

Il Tribunale, con la sentenza n. 1298/03 qui impugnata, rigettava il ricorso sul presupposto che non era riscontrabile, nella fattispecie, un atto amministrativo illegittimo.

9. Appella la soc. ALFA, deducendo le seguenti censure:

Error in iudicando – Violazione del principio di sindacabilità della discrezionalità tecnica della P.A.- Violazione ed erronea applicazione della sentenza del TAR della Campania n. 586/00- Violazione del principio di autotutela amministrativa e di nullità degli atti amministrativi.

Sostiene l'appellante che a seguito della sentenza n. 586/00 del TAR alla stazione appaltante non residuava alcun potere di rivalutazione dell'offerta anomala. Quindi, avrebbe dovuto aggiudicare alla soc. ALFA, seconda classificata in graduatoria, ovvero indire una nuova gara, salvo il diritto del privato al risarcimento dei danni.

L'atto di autotutela del 17/12/01 costituirebbe un maldestro tentativo di pervenire alla declaratoria di illegittimità di tutto il procedimento di gara al fine di evitare le conseguenze risarcitorie.

Il provvedimento di revoca sarebbe nullo per carenza di oggetto, dal momento che la procedura era esaurita.

Infine, la mancata impugnativa non sarebbe preclusiva del risarcimento.

10. Si è costituita in giudizio l'Amministrazione della giustizia .

11. Si è, altresì, costituita per resistere la controinteressata.

12. La ricorrente ha depositato memoria difensiva .

13. Il ricorso è stato inserito nel ruolo d'udienza dell'8 maggio 2007 e trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

La società ALFA appella la sentenza n. 1298/03 del TAR della Campania, Napoli, Sez. II, che le ha negato il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno per mancata aggiudicazione in gara di appalto di servizi di somministrazione di pasti destinati ai detenuti.

Sostiene l'appellante che a seguito dell'annullamento della gara per effetto della precedente sentenza n. 586/00 del medesimo TAR, la stazione appaltante avrebbe dovuto aggiudicarle la gara, quale seconda classificata, non residuando alla P.A. alcun potere residuo di verifica, ovvero indire una nuova gara, salvo il diritto del privato al risarcimento del danno.

Né gioverebbe alla P.A. l'atto di revoca in autotutela degli atti residui della procedura, essendosi la procedura già esaurita. Tantomeno la revoca precluderebbe il diritto al risarcimento.

L'appello è infondato. Rileva, infatti, il Collegio che la situazione giuridica per cui è causa è stata definitivamente accertata in sede giurisdizionale dalla sentenza n. 4562 del 2001 della IV Sezione con la quale è stato escluso l'obbligo dell'Amministrazione della giustizia di aggiudicare l'appalto in questione alla società ALFA ed è stata, nel contempo, riconosciuta all'Amministrazione la possibilità di riprendere la gara a partire dal momento di verifica dell'offerta anomala, ovvero di arrestare l'intero procedimento, salvo l'obbligo di congrua e puntuale motivazione circa l'interesse pubblico sotteso.

L'Amministrazione ha optato per la seconda soluzione, intervenendo in via di autotutela, revocando, con provvedimento del 17 dicembre 2001, gli atti residui della procedura di gara in questione, revocando in via definitiva la gara stessa e indicando una nuova gara a licitazione privata, regolarmente espletata e conclusa.

Il provvedimento citato non è stato impugnato, sicchè il comportamento dell'Amministrazione, legittimato dall'opzione contenuta nella sentenza n. 4562/01 della IV Sezione, ha determinato il consolidarsi della situazione giuridica nei sensi indicati.

In altri termini, il provvedimento di autotutela della P.A. e l'assetto di interessi con esso introdotto ha determinato, come conseguenza immediata e diretta, una lesione concreta ed attuale della sfera della società ricorrente, perdurante e non più modificabile, in ragione della mancata impugnazione dell'atto, al momento della proposizione del ricorso di I grado diretto al riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni.

La sopravvenienza del provvedimento ha suscitato un interesse immediato alla impugnazione, dal momento che l'interesse all'impugnazione sorge al momento della lesione (Ap. N. 1 del 2003; C.S., V Sez., n. 3264/01).

Invero, l'interesse protetto o comunque la situazione soggettiva di cui è titolare il partecipante alla gara è costituito non dalla astratta legittimità del comportamento dell'Amministrazione, bensì della possibilità di conseguire l'aggiudicazione, sicchè anche la possibilità del mero riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni non può prescindere dalla impugnazione degli atti che all'aggiudicazione comunque si oppongono.

La questione del rapporto tra azione di annullamento dei provvedimenti amministrativi impugnati e domanda di risarcimento del danno rileva qualora ci si trovi di fronte ad una domanda di risarcimento proposta nell'assenza di una tempestiva impugnazione dei provvedimenti amministrativi in relazione alla illegittimità dei quali si assume l'esistenza di un danno da risarcire.

Ora, a prescindere dal fatto che il prevalente orientamento sinora seguito dal giudice amministrativo subordina la domanda risarcitoria al previo annullamento dell'atto amministrativo illegittimo, a ben vedere, questa non è esattamente la situazione che si verifica nella fattispecie, in quanto la

ricorrente chiede il risarcimento per mancata aggiudicazione della gara quale seconda classificata, laddove, il comportamento dell'Amministrazione trae origine dall'opzione sancita nella decisione della IV Sezione n. 4562 del 2001 fra il riavvio della procedura dal momento della verifica dell'offerta anomala e l'arresto dell'intero procedimento, con adeguata motivazione.

La vera lesione scaturisce per l'appellante dall'atto rappresentativo della scelta di opzione fatta dall'Amministrazione, la cui eventuale invalidità per illegittimo esercizio della funzione pubblica doveva comunque essere fatta valere nei termini di decadenza fissati dalla legge, il che non è avvenuto.

Né può seguirsi la tesi dell'appellante che, al fine di dimostrare la irrilevanza della sua mancata impugnazione, ritiene l'atto di revoca nullo per carenza di oggetto, essendo la procedura di gara esaurita, essendo stato affermato in giurisprudenza che l'esecuzione, in tutto o in parte, dell'appalto oggetto di una gara indetta dall'Amministrazione, non determina il venir meno, in capo al partecipante non aggiudicatario, dell'interesse a ricorrere avverso gli atti della procedura concorsuale (AP. N. 1 del 2003) e ciò non solo per la persistenza di un diritto morale, ma anche in relazione ad un eventuale diritto risarcitorio volto a ristorare il ricorrente dal pregiudizio patito per effetto dell'illegittimità (Ap. cit.; C.S., VI Sez., n. 2117 del 1999).

Deriva da ciò che il primo giudice ha correttamente respinto il ricorso presentato dalla società ALFA.

5. In conclusione, l'appello va respinto. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in Euro 2000,00.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione IV- pronunciando sull'appello n. 3433 del 2003, lo rigetta nei sensi precisati in motivazione.

Condanna la parte soccombente al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in Euro 2000,00.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio dell'8 maggio 2007, con l'intervento dei Signori:

Gennaro Ferrari - Presidente

Luigi Maruotti - Consigliere

Antonino Anastasi - Consigliere

Vito Poli - Consigliere

Anna Leoni - Consigliere, est.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Anna Leoni Gennaro Ferrari

IL SEGRETARIO

Giacomo Manzo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

10 agosto 2007

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Giuseppe Testa

--

N.R.G.3433/2003

MN