

# Il preavviso di ricorso nei contratti pubblici (Parte terza) Omessa informativa. Conseguenze e casi concreti

di Paolo Sanino

## Sommario

---

1. L'omessa informativa dell'interessato e la mancata risposta della stazione appaltante; 2. Un nuovo concetto di autotutela? 3. Alcune pronunce recenti. 3.1. La recente giurisprudenza.

---

### 1. L'omessa informativa dell'interessato e la mancata risposta della stazione appaltante

L'art. 30 d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 disciplina l'azione di condanna, volta al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa e dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva, peraltro, è risarcibile anche il danno da lesione di diritti soggettivi.

Al di là degli ulteriori aspetti normati dall'art. 30 codice di procedura amministrativa, quali il risarcimento del danno in forma specifica, il termine di decadenza entro il quale proporre la domanda, il danno da ritardo, quel che interessa in questa sede è che il codice amministrativo, mutuando i principi contenuti nell'art. 1227 cod. civ., ha previsto al comma 3 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"*. Con questa ultima disposizione si statuisce che l'omessa attivazione nei termini previsti dalla legge, degli strumenti di tutela, può rappresentare un dato che il giudice potrà e dovrà valutare, proprio alla stregua del canone di correttezza e del principio di solidarietà al

punto da limitare, se non addirittura escludere la risarcibilità.

In questo modo, la mancata attivazione di alcuni istituti, quali l'informativa ex art. 243 bis d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 non osta alla ammissibilità o procedibilità del ricorso, ma si atteggia a fatto considerabile in sede di merito ai fini risarcitori.

Ed infatti, il comma 5 prevede che l'omissione dell'informativa, come anche la mancata risposta espressa da parte della stazione appaltante, sia valutabile in sede giurisdizionale ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., ai fini della valutazione del danno, e al riparto delle spese di lite.

L'art. 1227 cod. civ. è composto da due commi. Il primo disciplina il concorso di colpa del danneggiato e stabilisce che se il fatto colposo di quest'ultimo ha concorso a produrre il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

Il principio espresso, che limita il risarcimento cagionato in parte dallo stesso danneggiato, trova il suo fondamento nel fatto che il danneggiante non debba farsi carico di quella parte di danno causalmente a lui non imputabile.

Va chiarito che il danneggiato che concorre al danno, in realtà non commette alcun illecito, e

per ciò solo non può essere sanzionato alla stessa stregua del danneggiante. La diminuzione del risarcimento è data dal fatto che la negligenza in cui incorre incide sulla rilevanza causale.

La regola appena enunciata si applica tanto al danno cagionato dall'inadempimento quanto dall'illecito e concerne il pregiudizio che oggettivamente è stato cagionato dal danneggiato. La nozione, allora, non va confusa con il dovere del danneggiato di evitare il danno. Infatti, il secondo comma del medesimo articolo stabilisce che il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

In questo caso il principio enunciato impone al danneggiato di attivarsi per limitare il danno a lui cagionato<sup>1</sup>.

Nel caso di omessa informativa, il legislatore ha ipotizzato che la stazione appaltante rappresenti il soggetto danneggiante nella forma della illegittimità provvedimentale, ed il privato interessato il soggetto danneggiato al quale è richiesto di limitare i danni subiti usando l'ordinaria diligenza, che si identifica nel tempestivo invio dell'informativa.

L'art. 243 bis d.lgs. 163/2006 riconduce il comportamento del danneggiante genericamente all'art. 1227 cod.civ., senza specificare il comma. Ma se la giurisprudenza è arrivata ad ipotizzare che l'omessa comunicazione è idonea, in alcuni casi, ad interrompere il nesso causale tra la condotta e il danno, mi pare che la condotta del danneggiato finisca di, fatto, per essere implicitamente qualificata come colposa, e, dunque, sconfinando nel comma 1, mentre, se il danno è da illegittimità provvedimentale, esso non può che essere ascrivibile, per lo meno nell'an, all'amministrazione procedente.

Diversamente, dovremmo ritenere che il medesimo comportamento omissivo, inteso quale mancata comunicazione dell'informativa, possa

alternativamente e diversamente essere qualificato come mancato assolvimento del dovere del danneggiato di evitare il danno, ovvero come concorso di colpa da parte dello stesso.

L'onere del privato di inviare l'informativa assume i connotati di un vero e proprio dovere di cooperazione, che rientra nel più ampio dovere di correttezza, inteso come impegno di solidarietà finalizzato a preservare l'utilità dell'altra parte nei limiti di un sacrificio che la giurisprudenza ha definito apprezzabile<sup>2</sup>.

L'attribuzione, *rectius*, l'imputazione del danno al privato è la sanzione per la violazione di questo impegno di solidarietà.

La norma ha positivizzato il principio di leale collaborazione tra privato e pubblica amministrazione, estendendo tali obblighi anche alla fase precontenziosa.

Il limite dell'apprezzabile sacrificio è il confine oltre il quale non è esigibile assolvere ai doveri di correttezza, a differenza delle obbligazioni e degli obblighi extra contrattuali, che, impongono la ordinaria diligenza per soddisfare o preservare l'interesse altrui.

In linea di principio, ben è possibile ipotizzare l'esclusione del risarcimento allorché la causazione del danno sia interamente ascrivibile alla sfera di condotta del danneggiato.

Ora, in realtà, appare difficilmente ipotizzabile immaginare la omessa informativa come condotta omissiva idonea addirittura ad interrompere il nesso causale tra la illegittimità e il danno; illegittimità la cui efficienza causale verrà rilevata alla luce di un calcolo di probabilità da giudicarsi in via equitativa.

Ulteriore criticità attiene, infatti, alla difficoltà che implica il giudizio di causalità ipotetica, basato su una logica della probabilità consistente nel valutare il presumibile esito del ricorso, ed in particolare dell'evento danno – sia sull'*an* che

<sup>1</sup> Corte di cassazione, Sezioni Unite, 20 novembre 1991, n. 12439

<sup>2</sup> Corte di cassazione, 14 gennaio 1992, n. 320

sul *quantum* – in caso di corretta utilizzazione dell'istituto dell'informativa<sup>3</sup>.

La Corte di cassazione ha costantemente ritenuto che il giudice di merito, per accertare il nesso causale, deve applicare il principio della *condicio sine qua non*, temperandolo con quello della regolarità causale<sup>4</sup>, di cui agli artt. 40 e 41 c.p.. Recentemente, sempre la Suprema Corte, ha sostenuto che i principi di regolarità causale accolti in ambito penalistico non possono trovare spazio tout court in sede civilistica, essendo differente il concetto di causalità<sup>5</sup>, caratterizzata nel giudizio civile, da una soglia di probabilità meno elevata rispetto a quello penale.

Si è così provato a sostenere che al giudice amministrativo, spetterebbe l'accertamento, sulla base di una prognosi postuma, ponendosi la seguente domanda: se il ricorrente si fosse avvalso dell'istituto di cui all'art. 243 bis d.lgs. 163/2006, quante probabilità ci sarebbero state che la stazione appaltante potesse intervenire in autotutela?

Il giudice, dunque, sostituendosi all'amministrazione, attesa la fondatezza o meno delle censure proposte, dovrebbe valutare se la stazione appaltante, ove tempestivamente informata, avrebbe agito con un provvedimento di secondo grado.

Questa impostazione, così come enunciata, genera l'equivoco di ritenere che l'autotutela sia subordinata esclusivamente all'attivazione dell'istituto ex art. 243 bis.

In ambito civilistico si è provveduto a tipizzare fattispecie di interventi da parte del danneggiato idonei e finalizzati ad evitare il danno, quali, in via esemplificativa, i) il rimpiazzo della prestazione, ii) il reimpiego dei beni e servizi destinati alla parte inadempiente, iii) le riparazioni,

iv) l'avviso del danno. In queste ipotesi si ritiene che il creditore sia tenuto ad intervenire allorché esista una probabilità di successo ragionevole.

Nel giudizio amministrativo, in tema di contratti pubblici, e più specificamente di preavviso a ricorrere, difficilmente il danneggiato potrà riuscire a sostenere che, anche nell'ipotesi in cui avesse inviato l'informativa, l'esito sarebbe stato lo stesso. Esiste sempre, sia pure in astratto, la possibilità per la stazione appaltante, di poter sostenere che, laddove informata tempestivamente, si sarebbe attivata attraverso un provvedimento di secondo grado.

Ma se la paternità della illegittimità della aggiudicazione è della stazione appaltante; se l'autotutela è attivabile a prescindere dall'art. 243 bis d.lgs. 163/2006; se l'informativa, pur tempestivamente inoltrata, non sospende i termini per proporre ricorso, né quelli per la stipula del contratto, quali sarebbero i danni che l'omessa informativa potrebbe contribuire a cagionare?

Come può ipotizzarsi, alla luce di queste riflessioni, che l'omessa informativa sia idonea addirittura ad interrompere il nesso tra illegittimità e danno? Assegnarle una così importante rilevanza causale finisce per attribuirle i connotati della condotta colposa, sconfinando nel comma 1 dell'art. 1227 cod. civ.

Ecco perché ritengo che ricondurre la mancata o ritardata applicazione dell'istituto esclusivamente al secondo comma dell'art. 1227 cod. civ. implichi, tutt'al più, una riduzione del danno risarcibile. Non solo. Come si può conciliare la tesi che valuta come comportamento colposo che contribuisce a cagionare il danno ex art. 1227 c.c. comma 1, con l'opinione della giurisprudenza secondo cui l'omessa proposizione dell'istanza cautelare non rileva né per escludere né per attenuare il rapporto di causalità materiale ex art. 1227 comma 1 cod. civ., né per limitare i danni risarcibili ex art. 1227 comma 2 cod. civ.?

<sup>3</sup> Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 23 marzo 2011, n. 3 applicata al nesso tra impugnativa e risarcibilità

<sup>4</sup> Corte di cassazione civile, sez. III, 6 aprile 2006, n. 8096; Corte di cassazione civile, sez., VI, 2 febbraio 2010, n. 2354.

Dove l'ordinamento assegna al ricorrente una facoltà ( la proposizione dell'istanza cautelare ) il cui utilizzo è idoneo a sospendere addirittura la stipula del contratto, si dice che, essendo una facoltà e non una imposizione, il mancato utilizzo non può incidere sull'*an* e sul *quantum* in sede risarcitoria; viceversa, l'istituto dell'informativa – che non è condizione di procedibilità dell'azione, che non sospende il termine di *stand still*, che non sospende il termine per proporre ricorso, che si pone come stimolo per l'esercizio dell'autotutela, comunque già esercitabile dalla stazione appaltante – qualora non coltivato, sarebbe addirittura causativo del danno subito dallo stesso ricorrente.

Come ho già avuto modo di accennare, l'art. 1227 comma 1 cod. civ. disciplina il concorso di colpa del danneggiato, mentre il comma 2 impone a quest'ultimo il dovere di evitare di aggravare il danno.

La differenza è radicale perché la prima ipotesi è caratterizzata dal fatto che la condotta causativa del danno è ascrivibile anche al danneggiato, mentre nella seconda fattispecie il suo comportamento rileva solo ai fini di temperare le conseguenze di un pregiudizio che già c'è.

E' da questa distinzione che traggio il convincimento che non siano ascrivibili al danneggiato le conseguenze della omessa attivazione di un rimedio facoltativo, il cui tempestivo esercizio non è nemmeno idoneo a paralizzare l'attività della stazione appaltante.

Inoltre, l'omessa pronuncia equivale a diniego di tutela. Quest'ultima disposizione, mi pare mal si concilia con il comma successivo, che assegna al giudice il potere di valutare l'inerzia ai sensi dell'art. 1227 cod. civ.

Non si comprende come, da una parte il legislatore abbia deciso di qualificare l'inerzia del committente, attribuendole il preciso significato di diniego di tutela; dall'altra come il giudice possa trarre elementi sfavorevoli da quel comportamento, che, per una precisa scelta del legi-

slatore, non appare qualificabile come inadempimento.

Se appare ragionevole prevedere una sanzione di tal fatta in caso di mancato assolvimento di un onere prescritto – come nel caso del privato che non presenti l'istanza – non mi sembra del tutto coerente valutare sfavorevolmente il comportamento della pubblica amministrazione che, per una precisa scelta del legislatore, non è inteso come inerzia, ma una forma di silenzio qualificato.

Esiste una ulteriore criticità nel collocare l'omessa informativa nell'alveo dell'art. 1227 cod. civ.

L'invio del preavviso a ricorrere non implica un particolare sforzo, tantomeno economico, da considerare tale adempimento al di là di un sacrificio apprezzabile.

Se è vero che tale adempimento non costituisce un sacrificio insostenibile, è altrettanto vero che l'eventuale provvedimento espresso o tacito di diniego che consegue all'informativa, impone, ai fini dell'impugnativa, costi non indifferenti.

Esso, infatti, è impugnabile, congiuntamente al provvedimento originario, ovvero nella forma dei motivi aggiunti, con un esborso, ingente per la sua iscrizione a ruolo.

Una volta impugnata l'aggiudicazione definitiva, infatti, in assenza di ricorso per motivi aggiunti avverso il diniego di autotutela, il gravame verrebbe dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

La criticità rilevata dalla giurisprudenza risiede nel fatto che, imponendo l'impugnativa così onerosa, si sconfinava dalla cornice dell'art. 1227 cod. civ., che non contempla di certo l'attività giudiziaria, onerosa per definizione e dall'esito incerto<sup>6</sup>.

Le difficoltà di ricondurre e di valutare correttamente l'omessa informativa nell'art. 1227 cod. civ. mostra come la scelta del legislatore di con-

<sup>6</sup> Corte di cassazione, sez. I, 5 maggio 2010, n. 10895.

cepire l'istituto come condizione di procedibilità avrebbe potuto rappresentare un corretto equilibrio tra gli interessi della stazione appaltante e un ragionevole limite all'accesso della tutela giurisdizionale.

In ogni caso, la norma, così come elaborata, si inserisce sulla strada che valorizza i procedimenti in autotutela, già intrapresa in via generale con la legge 15/2005<sup>7</sup>, e che consente ulteriori spunti di riflessione sull'autotutela, come si vedrà di seguito.

L'omessa informativa, così come l'inerzia della stazione appaltante, costituiscono, ai sensi dell'art. 243 bis, comma 5, d.lgs. 163/2006 comportamenti valutabili – oltre ai sensi dell'art. 1227 cod. civ. - ai fini della decisione sulle spese di giudizio.

L'art. 60, comma 3 l. 18 giugno 2009, n. 69 dispone che nell'esercizio della delega in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale, il Governo si attiene a vari principi e criteri direttivi, tra cui quello individuato alla lett. p): *“prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115”*.

Sempre in ottica deflattiva, il legislatore ha, infatti, mirato ad incentivare l'interessato ad as-

olvere l'onere dell'informativa, in modo di consentire la soluzione della controversia non già in ambito giurisdizionale, e che, l'inosservanza di quell'incombente può comportare degli esborsi.

Per il legislatore le spese processuali non possono essere sostenute dalla parte vittoriosa e l'art. 91 c.p.c. sancisce che gravano sulla parte soccombente, presupponendo una natura non sanzionatoria.

L'art. 91 c.p.c., infatti, dispone che *“Il giudice, con la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa. Se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 92”*<sup>8</sup>.

Le spese della sentenza sono liquidate dal cancelliere con nota in margine alla stessa; quelle della notificazione della sentenza del titolo esecutivo e del precetto sono liquidate dall'ufficiale giudiziario con nota in margine all'originale e alla copia notificata. I reclami contro le liquidazioni di cui al comma precedente sono decisi con le forme previste negli articoli 287 e 288 dal capo dell'ufficio a cui appartiene il cancelliere o l'ufficiale giudiziario. Nelle cause previste dall'articolo 82, primo comma, le spese, competenze ed onorari liquidati dal giudice non possono superare il valore della domanda<sup>9</sup>. L'art. 92 c.p.c. poi, norma le ragioni che ammettono la compensazione delle spese, addirittura nell'ipotesi di soccombenza totale di una delle parti. *“Il giudice, nel pronunciare la condanna di cui all'articolo precedente, può escludere la ripetizio-*

<sup>7</sup> G. BARONE, *L'incidenza della nuova disciplina degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>8</sup> Questo periodo è stato così sostituito dall' art. 45, comma 10, della l. 18 giugno 2009, n. 69.

<sup>9</sup> Comma aggiunto dal d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, convertito nella l. 17 febbraio 2012, n. 10.

ne delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le ritiene eccessive o superflue; e può, indipendentemente dalla soccombenza, condannare una parte al rimborso delle spese, anche non ripetibili, che, per trasgressione al dovere di cui all'articolo 88, essa ha causato all'altra parte".

Il comma 2 prevede che "Se vi è soccombenza reciproca o concorrono altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione<sup>10</sup>, il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti.<sup>11</sup> Se le parti si sono conciliate, le spese si intendono compensate, salvo che le parti stesse abbiano diversamente convenuto nel processo verbale di conciliazione".

Ne consegue che l'eventuale omessa informativa può incidere al punto che alla parte inadempiente ex art. 243 bis, pur vittoriosa in sede giurisdizionale, sia addebitabile un esborso secondo la compensazione parziale o totale delle spese di giudizio.

## 2. Un nuovo concetto di autotutela?

La direttiva 2007/66 invitava gli Stati membri a pretendere che l'interessato, prima ancora di intraprendere la via giurisdizionale, si rivolgesse all'amministrazione aggiudicatrice.

Il nostro legislatore, anziché costruire un rimedio giustiziale nella forma del ricorso in opposizione, ha inteso disciplinare un sistema in cui l'amministrazione aggiudicatrice viene investita attraverso l'invio del preavviso di ricorso, ed è obbligata a valutare l'opportunità o meno di esercitare l'autotutela decisoria.

Negli ultimi tempi il rapporto tra cittadino e amministrazione è stato oggetto di importanti modifiche legislative, nel segno della trasparen-

za, della partecipazione del cittadino alle scelte che orientano l'agire amministrativo.

Di qui l'avvenuta esigenza di una nuova eticità nei rapporti tra cittadino e amministrazione, per la cui realizzazione non si può prescindere da un impianto legislativo rigoroso e un sistema di controllo operato anche dai privati.

Il principio della trasparenza e della contrattualizzazione dei rapporti col cittadino introducono una nuova visuale destinata a reimpostare in chiave democratica e partecipativa l'agere pubblico. Le regole etiche richiedono che il dipendente pubblico agisca con disciplina e onestà, moralità e correttezza.

In questa prospettiva l'autotutela, dapprima frutto di elaborazione giurisprudenziale, positivizzata a livello normativo, ha assunto i connotati di ordinario rimedio riparatore piuttosto che strumento eccezionale.

In dottrina è stato affermato che "...a tutto ciò deve aggiungersi che l'esercizio del potere di autotutela da rimedio eccezionale è divenuto un rimedio effettivamente correttivo e riparatore, espressione di una potestà finalizzata al perseguimento della piena legittimità dell'azione amministrativa ed altresì a rimuovere effetti dannosi sotto il profilo economico-finanziario per l'Amministrazione (art. 1 della legge finanziaria 2004)".<sup>12</sup>

E' la legge ad affermare l'autotutela quale espressione di una potestà che persegue la piena legittimità dell'azione amministrativa ed elimina il pregiudizio economico finanziario che grava sull'amministrazione, come indicato dall'art. 1, comma 136 l. 30 dicembre 2004, n. 311.

E' la giurisprudenza che la intende quale manifestazione tipica del potere amministrativo discrezionale direttamente connessa ai criteri di imparzialità e buon andamento.

Secondo la direttiva 2007/66 l'amministrazione, sin da quando è tempestivamente informata dell'imminente proposizione del ricorso giuri-

<sup>10</sup> Le parole: "o concorrono altri giusti motivi, esplicitamente indicati nella motivazione" sono state così sostituite dall'art. 45, comma 11, della legge 18 giugno 2009, n. 69

<sup>11</sup> Comma così sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. a) della l. 28 dicembre 2005, n. 26

<sup>12</sup> P. QUINTO, Il "preavviso di ricorso" nella delega comunitaria e nel processo amministrativo, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

sdizionale, ha il dovere di valutare se evitare un provvedimento giurisdizionale. Il tutto nella consapevolezza che il dovere di ripristinare la legalità violata sia temperato con l'esigenza di evitare che la richiesta di riesame eluda il termine decadenziale ed aggiri l'inoppugnabilità dell'atto.

In dottrina si è sostenuto che con la tipizzazione del potere di annullamento e di revoca – cui è corrisposto un potenziamento del principio partecipativo e di contrattualità – il dovere dell'amministrazione di aprire un procedimento di autotutela su richiesta dell'interessato dovrebbe essere incontestabile.

L'autore citato arriva a sostenere che *“il principio di inoppugnabilità può cedere al principio di efficacia, inteso come adeguatezza costante dell'azione amministrativa all'interesse pubblico”*.<sup>13</sup>

A fronte del consolidato orientamento giurisprudenziale che esclude la sussistenza dell'obbligo della pubblica amministrazione di provvedere a seguito di una istanza di autotutela per l'ampia discrezionalità dell'amministrazione, e per la definitività dei provvedimenti cui è legata la certezza dei rapporti giuridici, si segnala una recente pronuncia del T.A.R. Piemonte, secondo cui *“rientra nell'obbligo di provvedere dell'amministrazione l'istanza presentata dall'interessato anteriormente alla scadenza del termine per l'impugnativa giurisdizionale, documentalmente motivata in ordine ai vizi dell'atto”*. Si ritiene, in sostanza – in ottica deflativa – che incomba sull'amministrazione l'obbligo di provvedere sull'istanza di riesame anche in pendenza di giudizio, purché l'istanza sia presentata anteriormente alla scadenza del termine per l'impugnativa giurisdizionale<sup>14</sup>; obbligo che sussiste se la richiesta di autotutela *“appare esente dall'intento di eludere la scadenza*

*dall'impugnazione...in quanto proposta in pendenza del termine per proporre ricorso*<sup>15</sup>”

Ciò detto, va ricordato che gli atti di ritiro sono espressione di un potere di amministrazione attiva, che richiedono le stesse forme e modalità procedurali previste per l'atto da rimuovere. Ne consegue che l'avvio del procedimento di autotutela va comunicato agli interessati, in ossequio all'art. 7 l. 241/1990, dovendo svolgere l'amministrazione procedente, tutta l'attività istruttoria, alla stessa stregua di quanto fatto in vista dell'adozione dell'atto originario, ora da rimuovere<sup>16</sup>.

### 3. Alcune pronunce recenti

Una volta esaurita la trattazione dell'istituto, così come concepito dal legislatore, mi sembra utile approfondire, attraverso l'analisi di alcune pronunce giurisprudenziali, i profili finora sottoposti al vaglio del giudice amministrativo.

La novità dell'istituto non consente ancora di parlare di orientamenti consolidati, ma alcune sentenze emesse dai giudici di prime cure sono senza dubbio utili per comprendere l'impatto del preavviso a ricorrere sull'attività delle pubbliche amministrazioni e le ripercussioni sui giudizi in sede processuale.

In questa parte vengono allora evidenziate le sentenze dei giudici amministrativi che, rispettivamente, hanno affrontato l'applicazione dell'art. 1227 cod. civ. per ridurre il danno ingiusto in caso di omessa notificazione del preavviso di ricorso e conseguente richiesta di intervento in autotutela; il contenuto innovativo della risposta, da parte della stazione appaltan-

<sup>13</sup> F. G. SCOCA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008.

<sup>14</sup> T.A.R. Piemonte, sez. I, 30 luglio 2009, n. 2125.

<sup>15</sup> Consiglio di Stato, sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6056; T.A.R. Piemonte, sez. I, 30 luglio 2009, n. 2125.

<sup>16</sup> La comunicazione di avvio del procedimento non va effettuata in caso di aggiudicazione provvisoria, atto endoprocedimentale, posto che si ricade ancora nel procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara, e vantando l'aggiudicatario provvisorio una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento. Consiglio di Stato, sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1907.

te, rispetto alle doglianze contenute nell'informativa; la sostanziale equiparazione tra il rigetto immotivato e l'inerzia dell'amministrazione.

### 3.1. La recente giurisprudenza

Il T.A.R. Campania, Napoli, sez., VIII, 26 febbraio 2012, n. 689, si è pronunciato su un'autonoma azione risarcitoria ai sensi dell'art. 30 cod. proc. amm. per il ristoro dei danni derivanti da un'aggiudicazione in favore di un'associazione temporanea di imprese in una gara d'appalto per l'affidamento di lavori pubblici.

Accertata la fondatezza del ricorso, chiaramente anche in assenza di tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione, secondo quanto da ultimo legiferato in ordine alla pregiudiziale amministrativa, nonché riconosciuta la responsabilità della stazione appaltante, si è trattato di quantificare il danno risarcibile.

In questa sede non interessano tanto le argomentazioni per ritenere sussistente sia il nesso causale ( se la stazione appaltante avesse escluso gli illegittimi aggiudicatari, i ricorrenti avrebbero conseguito il bene della vita cui aspiravano ) sia l'elemento soggettivo ( la sentenza della Corte di Giustizia, sez. III settembre 2010 causa C – 314/09 peraltro esclude, per lo meno riguardo agli appalti pubblici, il carattere colpevole della violazione normativa ); ciò che invece rileva è la omessa attivazione dell'interessato di quegli strumenti di tutela che l'ordinamento mette a disposizione avverso una illegittimità denunciata.

La mancata denuncia dei motivi di illegittimità e dunque, la omessa notificazione del preavviso del ricorso ha portato il Collegio giudicante a mitigare il danno evitabile con l'ordinaria diligenza, secondo valutazioni di merito ai fini del giudizio sulla sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile.

La sentenza, che si innesta sulle linee tracciate dal Consiglio di Stato, che, nell'Adunanza Ple-

naria, 23 marzo 2011, n. 3 applicata al nesso tra impugnativa e risarcibilità, mi consente di ritornare su alcune riflessioni già illustrate.

Se è vero che difficilmente il danneggiato potrà sostenere che, anche nel caso in cui avesse inviato l'informativa, l'esito sarebbe stato lo stesso – data la possibilità per la stazione appaltante, di sostenere che si sarebbe attivata in autotutela, qualora informata per tempo – è altrettanto vero che l'autotutela è istituto applicabile a prescindere dall'art. 243 bis; che l'informativa, pur inoltrata tempestivamente, non sospende i termini processuali per incardinare il giudizio, né quelli sostanziali per la stipula del contratto. Come si può conciliare la tesi che valuta come comportamento colposo che contribuisce a cagionare il danno ex art. 1227 c.c. comma 1, con l'opinione della giurisprudenza secondo cui l'omessa proposizione dell'istanza cautelare non rileva né per escludere né per attenuare il rapporto di causalità materiale ex art. 1227 comma 1 cod. civ., né per limitare i danni risarcibili ex art. 1227 comma 2 cod. civ.?

Dove l'ordinamento assegna al ricorrente una facoltà ( la proposizione dell'istanza cautelare ) il cui utilizzo è idoneo a sospendere addirittura la stipula del contratto, si dice che, essendo una facoltà e non una imposizione, il mancato utilizzo non può incidere sull'*an* e sul *quantum* in sede risarcitoria; viceversa, l'istituto dell'informativa – che non è condizione di procedibilità dell'azione; che non sospende il termine di *stand still*; che non sospende il termine per proporre ricorso; che si pone come stimolo per l'esercizio dell'autotutela - comunque già esercitabile dalla stazione appaltante – qualora non coltivato, sarebbe addirittura causativo del danno subito dallo stesso ricorrente.

Se è vero tutto questo, non solo è da escludere che l'omessa informativa possa contribuire a cagionare ulteriori danni, ma mi sembra che tale condotta omissiva, oltre a non essere causativa di danno, possa rilevare solo ai fini di temperare le conseguenze di un pregiudizio che già c'è.



Non possono allora essere ascritte anche al danneggiato le conseguenze della omessa attivazione di un rimedio facoltativo, il cui tempestivo esercizio non è nemmeno idoneo a paralizzare l'attività della stazione appaltante.

La riconducibilità e la valutabilità dell'omessa informativa all'art. 1227 cod. civ. impone una precisazione. Come ho già avuto modo di accennare, l'art. 1227 comma 1 cod. civ. disciplina il concorso di colpa del danneggiato, mentre il comma 2 impone a quest'ultimo il dovere di evitare di aggravare il danno.

La differenza è radicale perché la prima ipotesi è caratterizzata dal fatto che la condotta causativa del danno è ascrivibile anche al danneggiato, mentre nella seconda fattispecie il suo comportamento rileva solo ai fini di temperare le conseguenze di un pregiudizio che già c'è.

E' da questa distinzione che traggio il convincimento che non siano ascrivibili al danneggiato le conseguenze della omessa attivazione di un rimedio facoltativo, il cui tempestivo esercizio non è nemmeno idoneo a paralizzare l'attività della stazione appaltante.

A questa conclusione se ne aggiunge un'altra: se il potere di autotutela preesiste all'istituto del preavviso a ricorrere, sarà difficilmente configurabile un comportamento omissivo idoneo addirittura ad interrompere il nesso causale tra la illegittimità e il danno.