

Pubblicato il 16/02/2024

N. 01581/2024REG.PROV.COLL.  
N. 06584/2019 REG.RIC.



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6584 del 2019, proposto dalla signora - OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Ivana Calcopietro, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia,

*contro*

la Regione Calabria, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Gullo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Morabito in Roma, via Matteo Boiardo, n. 12,

*nei confronti*

del Consiglio Regionale della Calabria, non costituito in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del T.a.r. per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, n. 9 del 1° gennaio 2019, resa *inter partes*, concernente una domanda di

risarcimento del danno subito a causa del ritardo di due anni nell'assunzione a tempo indeterminato.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Calabria;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-*bis*, c.p.a.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 28 novembre 2023 il consigliere Giovanni Sabato e uditi per le parti, in collegamento da remoto, gli avvocati Ivana Calcopietro e Domenico Gullo, noti all'ufficio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso n. 243 del 2013 proposto innanzi al T.a.r. di Reggio Calabria, la signora -OMISSIS- aveva chiesto il risarcimento del danno subito a causa dell'illegittimo esercizio di poteri amministrativi da parte della Regione Calabria, cui era conseguita l'assunzione in servizio con un ritardo di due anni.

2. A tal fine la ricorrente aveva esposto in fatto che:

- aveva partecipato al concorso per n. 33 Operatori Informatici, Cat. B3-A, indetto dal Consiglio regionale della Calabria con bando del 07.12.2004 collocandosi, all'esito delle prove pratiche dello stesso, svoltesi in data 3 e 4.11.2009, al posto n. 43 della graduatoria generale di merito, quale idonea non vincitrice;
- avverso gli atti del procedimento concorsuale aveva proposto ricorso al T.a.r. per la Calabria per ottenerne l'annullamento;
- nelle more del giudizio il Consiglio Regionale della Calabria aveva provveduto, in data 31.05.2010, all'assunzione dei candidati nominati vincitori;
- il giudizio di primo grado si era concluso con sentenza n. 286/2011, con la

quale l'adito T.a.r. aveva accolto il ricorso e, per l'effetto, aveva annullato la prova pratica del concorso, ordinandone il rifacimento;

- avverso tale sentenza il Consiglio Regionale della Calabria ed alcuni controinteressati avevano proposto appello al Consiglio di Stato;

- anche tale giudizio si era concluso, tuttavia, in senso favorevole all'odierna ricorrente con sentenza di rigetto degli appelli e conferma della decisione di primo grado (sentenza Cons. Stato, sez. V, n. 2325/2012);

- in esecuzione della suddetta pronuncia il Consiglio Regionale della Calabria, con la determinazione del Segretario Generale n. 254/RG del 03.05.2012, aveva risolto i rapporti di lavoro già instaurati sulla base dell'annullata graduatoria e aveva provveduto alla riedizione della prova pratica, che si era svolta il 19 e 20.07.2012;

- all'esito delle nuove prove concorsuali la ricorrente era risultata tra gli idonei vincitori del concorso posizionandosi al posto n. 22;

- la stessa, in data 15.10.2013 aveva stipulato, conseguentemente, contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con l'Amministrazione resistente.

3. A sostegno della propria domanda la ricorrente aveva dedotto la responsabilità del Consiglio Regionale della Calabria per la illiceità ed illegittimità del comportamento tenuto nello svolgimento della predetta procedura concorsuale, sancita con le sentenze n. 286/2011 del T.a.r. Calabria – Sezione di Reggio Calabria e n. 2325/2012 della V sezione del Consiglio di Stato, le quali avevano in particolare censurato l'illegittima introduzione, da parte della commissione esaminatrice, dei cc.dd. *“elementi aggiuntivi di valutazione”*, la cui applicazione aveva falsato la graduatoria finale altresì determinando un danno diretto ed immediato alla odierna ricorrente, che senza l'applicazione di questi si sarebbe collocata al posto n. 32 della graduatoria finale di merito, e dunque, tra i vincitori del concorso. La signora -

OMISSIS-, pertanto, avrebbe avuto diritto ad essere assunta sin dal 31.05.2010, data di immissione in servizio dei candidati nominati vincitori dalla prima graduatoria oggetto di annullamento giurisdizionale; il danno subito doveva essere così quantificato nella mancata percezione di tutti quegli emolumenti cui avrebbe avuto diritto se fosse stata assunta sin dal 31.05.2010 alle dipendenze del Consiglio Regionale della Calabria con le mansioni che oggi legittimamente svolge (operatore informatico), per la somma complessiva di € 87.200,33, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

4. Costituitasi l'Amministrazione in resistenza, il Tribunale adito ha così deciso il gravame al suo esame:

- ha respinto le eccezioni di tardività dell'azione, di inammissibilità per violazione del *ne bis in idem* e difetto di legittimazione passiva sollevate dall'amministrazione resistente;
- ha respinto il ricorso in quanto infondato nel merito;
- ha compensato tra le parti le spese di lite.

5. In particolare, il Tribunale:

- quanto all'eccezione di tardività dell'azione, ha ritenuto che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 30, comma 5, c.p.a. e 327 c.p.c., il termine di centoventi giorni per la proposizione dell'azione risarcitoria ha iniziato a decorrere il 6 dicembre 2012, cioè il giorno seguente alla formazione del giudicato sulla sentenza di annullamento, ed era pertanto scaduto il 5 aprile 2013, giorno in cui il ricorso risultava utilmente consegnato all'Ufficiale Giudiziario per la notificazione;
- quanto all'eccezione di inammissibilità, ha escluso la violazione del principio del *ne bis in idem* in quanto l'azione risarcitoria doveva considerarsi un mezzo ulteriore e complementare rispetto all'azione di annullamento;
- quanto alla dedotta carenza di legittimazione passiva dell'amministrazione

regionale, ha osservato che, sebbene le operazioni concorsuali fossero state poste in essere dalla società appaltatrice CNIPEC S.r.l. per conto della Regione Calabria, quest'ultima aveva fatto proprie le relative risultanze tramite l'adozione dei provvedimenti impugnati nell'ambito dell'azione annullatoria, così che la stessa certamente non poteva dirsi estranea all'oggetto dell'odierno giudizio.

5.1. Il Tribunale ha inoltre respinto la domanda, proposta in via subordinata, volta all'emanazione di un ordine di intervento *ex art.* 28, comma III, c.p.a. della stessa società, ovvero dei relativi soci della stessa in quanto ormai cancellata dal registro delle imprese, atteso che l'eventuale azione di garanzia, fondata sull'art. 12, comma 5, del contratto di appalto, poteva essere proposta dalla Regione anche in separato giudizio. Nel merito, ha respinto le domanda risarcitoria per difetto dei presupposti previsti dall'art.2043 c.c. Innanzitutto, sarebbe mancata la prova del nesso di causalità in quanto la circostanza che all'esito della riedizione della gara la ricorrente fosse risultata tra gli idonei vincitori non costituiva, di per sé, prova che in mancanza della illegittimità costituita dall'introduzione dei criteri aggiuntivi di valutazione la ricorrente avrebbe certamente acquisito e mantenuto l'utilità agognata, cioè il contratto di lavoro. In ogni caso, la sentenza di annullamento della procedura concorsuale non aveva accolto soltanto il motivo, di interesse per la ricorrente, relativo all'introduzione dei punteggi aggiuntivi, ma anche quello fondato sull'inosservanza del principio di segretezza ed anonimato nell'espletamento delle prove pratiche, con conseguente integrale rifacimento delle stesse con modalità di svolgimento non note. Peraltro, poiché la posizione assunta dalla ricorrente nelle graduatorie delle due procedure risultava diversa, non era neppure possibile ritenere che la seconda procedura si fosse svolta in termini del tutto equivalenti alla prima. Quanto all'elemento soggettivo, la colpa

dell'amministrazione non sarebbe stata provata, nemmeno per presunzione, stante la mancanza di qualsivoglia allegazione difensiva in merito a tale elemento. Quanto, infine, al danno subito, la Regione avrebbe documentalmente provato che, nel periodo intercorrente tra le due selezioni, la signora -OMISSIS-aveva prestato attività lavorativa e aveva percepito dei redditi, circostanza idonea ad escludere quanto meno la prova del danno nei termini individuati e pretesi nell'ambito dell'odierno giudizio.

6. Avverso tale pronuncia la signora -OMISSIS-ha interposto appello, notificato il 9 luglio 2019 e depositato il successivo 30 luglio, lamentando, attraverso tre motivi di gravame (pagine 3-25), quanto di seguito sintetizzato:

I) con il primo motivo l'appellante sostiene che il Tribunale avrebbe errato nello scrutinare la domanda risarcitoria esclusivamente sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale, omettendo di considerare che la ricorrente aveva debitamente allegato e provato la sussistenza, per i medesimi fatti, di una concorsuale responsabilità contrattuale e pre-contrattuale dell'amministrazione. In particolare, quanto alla responsabilità contrattuale, la ricorrente si era doluta del pagamento della tassa di € 12,00 per accedere al concorso, mentre, a titolo di responsabilità pre-contrattuale, aveva dedotto che il comportamento illegittimo dell'amministrazione avesse frustrato il proprio legittimo affidamento sulla positiva conclusione dell'*iter* concorsuale e sul collocamento tra gli idonei vincitori;

II) con il secondo motivo l'appellante deduce che, in ogni caso, il Tribunale avrebbe errato nel ritenere insussistente la responsabilità a titolo extracontrattuale dell'amministrazione malgrado la ricorrente avesse allegato tutti i fatti costitutivi di tale responsabilità, anche sotto il profilo della dimostrazione del nesso causale e della colpa. In particolare, la ricorrente aveva dato prova di aver subito un danno diretto ed immediato, sotto forma di

“*danno per perdita di chance*” o “*danno da mancato raggiungimento del risultato sperato*” dall’illegittima applicazione degli “*elementi aggiuntivi di valutazione*”, senza l’applicazione dei quali la -OMISSIS- si sarebbe collocata al posto n. 32 della graduatoria finale di merito e, dunque, tra i vincitori del concorso. La sentenza del giudice di prime cure sul punto sarebbe affetta da illogicità e travisamento dei fatti, in quanto l’accertata violazione del principio dell’anonimato e della segretezza non aveva in alcun modo coinvolto la ricorrente, circostanza che pertanto avrebbe comprovato che, in assenza delle illegittimità commesse dal Consiglio Regionale nell’espletamento del concorso, la ricorrente sarebbe stata nominata vincitrice. Gli “*elementi aggiuntivi di valutazione*” erano l’unica irregolarità che aveva inciso direttamente nell’assegnazione dei punteggi e, dunque, nel posizionamento dei candidati in graduatoria. Le altre irregolarità (quali ad es. la violazione dell’anonimato) non erano suscettibili di una quantificazione di punteggio e, dunque, di una diretta incidenza nella graduatoria. La Sig.ra -OMISSIS- aveva del resto dimostrato di essere vincitrice proprio a seguito di una prova regolare (quella rieditata in ottemperanza alle sentenze del G.A.) e dunque già solo tale aspetto doveva far ritenere che, ove la prima prova si fosse svolta nel rispetto dell’anonimato e senza alterazioni dei *file* degli altri candidati, ella avrebbe superato la medesima in posizione utile. Quanto all’elemento soggettivo, la ricorrente aveva in realtà dedotto che le accertate gravi violazioni della normativa in materia di selezioni pubbliche fossero state causate dal dolo o, quanto meno, dalla colpa grave della Regione Calabria che, nello svolgimento delle proprie funzioni, aveva violato tutte le norme specifiche che presiedevano l’attività amministrativa. In particolare, la colpa dell’amministrazione sarebbe consistita nell’affidarsi alla CNIPEC per l’espletamento del concorso e nel non aver vigilato sul corretto svolgimento delle prove, come già accertato dal T.a.r. nel precedente giudizio. In ogni caso,

la sentenza si porrebbe in contrasto con il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui, in caso di accertata illegittimità degli atti, la colpa dell'amministrazione è oggetto di presunzione relativa, superabile solo qualora l'amministrazione dia prova della sussistenza di un errore scusabile;

III) con il terzo motivo l'appellante sostiene che, in tema di quantificazione del danno, nessuna rilevanza potrebbe riconoscersi alla collaborazione (non attività lavorativa) svolta dall'appellante nel periodo per cui si chiede il risarcimento, in quanto il caso in esame non sarebbe assimilabile alla diversa ipotesi di illegittima interruzione di un rapporto di lavoro già in essere, rispetto alla quale il legislatore ha dato rilevanza all'*aliunde perceptum*: in quel caso il risarcimento del danno da illegittimo licenziamento è pari alla retribuzione globale di fatto che il lavoratore avrebbe dovuto percepire dalla data della rottura del rapporto di lavoro fino alla reintegra, mentre, nel caso in esame, il riferimento alla retribuzione che la ricorrente avrebbe percepito qualora la pubblica amministrazione avesse correttamente operato nella gestione del concorso sarebbe valso solo come parametro al quale ancorare la quantificazione equitativa del danno patrimoniale patito dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa.

7. L'appellante ha concluso chiedendo, in riforma dell'impugnata sentenza, l'accoglimento del ricorso di primo grado.

8. La Regione Calabria ha proposto ricorso incidentale, notificato in data 8 ottobre 2019 e depositato lo stesso giorno, lamentando, attraverso tre motivi di gravame (pagine 3-25), quanto di seguito sintetizzato:

i) avrebbe errato il Tribunale nel respingere l'eccezione di tardività del ricorso in quanto il termine di 120 giorni, a decorrere dal 5 dicembre 2012, sarebbe spirato il 4 aprile 2013 invece che il 5 aprile come sostenuto dal giudice di



primi cure. Sotto altro profilo, la sentenza sarebbe comunque erronea per non aver considerato che la sentenza di annullamento del Consiglio di Stato era da ritenersi già definitiva in data anteriore al 5 dicembre 2012, a fronte dell'adozione di atti positivi incompatibili con la volontà di ulteriore impugnazione, consistenti nella piena esecuzione della sentenza mediante la riedizione della prova;

ii) avrebbe errato il Tribunale nel rigettare l'eccezione di inammissibilità del ricorso per violazione del principio del principio del *ne bis in idem*, in quanto la ricorrente, con la proposizione di un'autonoma domanda risarcitoria, starebbe in realtà facendo valere la propria pretesa ad essere collocata tra i vincitori della prima graduatoria, circostanza già esclusa nel giudizio di annullamento;

iii) avrebbe errato il Tribunale nel rigettare l'eccezione di carenza di legittimazione passiva della Regione Calabria dal momento che quest'ultima aveva demandato l'organizzazione e lo svolgimento della procedura concorsuale alla società appaltatrice CNIPEC s.r.l.; sotto altro profilo, il T.a.r. avrebbe errato nel rigettare la domanda volta all'emanazione di ordine di intervento *ex art. 28, comma III, c.p.a.* della stessa società atteso che il principio di concentrazione delle azioni, in uno al più gravoso separato esercizio dell'azione, avrebbero dovuto prevalere sulla mera, pur indubbia, possibilità di intraprendere un autonomo giudizio;

iv) in ogni caso, l'appello principale sarebbe infondato in quanto, in base alla sentenza di annullamento, non sarebbe possibile ritenere la -OMISSIS- vincitrice del primo concorso: i rilevanti vizi nell'espletamento della prova pratica avrebbero infatti falsato l'intera procedura concorsuale; da qui la necessità di indirne una seconda mediante il riesercizio del potere amministrativo sicché sarebbe impossibile affermare la spettanza del bene della vita sospirato con il primo concorso. La ricorrente avrebbe al più potuto

lamentare la perdita di tempo per la partecipazione alla prima edizione della prova pratica; ne consegue che il *quantum* sarebbe circoscritto nei limiti dell'interesse negativo e, cioè, delle sole spese di partecipazione alla prima edizione del concorso, peraltro non documentate. Non sussisterebbe inoltre il requisito della colpa dell'amministrazione, né tanto meno del dolo, potendosi tutt'al più intravedere un errore scusabile in quanto dipeso dall'influenza determinante di comportamenti posti in essere non direttamente dalla P.A. ma dalla CNIPEC, che aveva curato la composizione della commissione d'esame e nella sua discrezionalità aveva proceduto a determinare i criteri di valutazione;

v) in via ancora subordinata, l'appellante incidentale contesta la quantificazione del danno riproposta nell'appello principale.

9. In data 26 ottobre 2023 parte appellante ha depositato memoria con cui ha chiesto il rigetto dell'appello incidentale e insistito per l'accoglimento del proprio gravame.

10. La causa, chiamata per la discussione all'udienza telematica del 28 novembre 2023, è stata trattenuta in decisione.

11. I motivi dedotti nell'appello principale, che possono essere trattati congiuntamente in quanto strettamente connessi, sono infondati per le ragioni che seguono.

11.1. Preliminarmente, il Collegio intende prestare adesione all'orientamento maggioritario della giurisprudenza amministrativa, che recentemente ha ricevuto l'autorevole avallo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 23 aprile 2021, n. 7, che inquadra la responsabilità dell'amministrazione da provvedimento illegittimo o da comportamento "amministrativo" nel paradigma della responsabilità extracontrattuale, con conseguente necessità di accertare la sussistenza dei presupposti di cui all'art.

2043 c.c., oltreché la spettanza del bene della vita sotteso all'interesse legittimo che si assume lesa. L'orientamento citato si pone, infatti, nel solco della concezione sostanzialistica dell'interesse legittimo, quale pretesa all'ottenimento/mantenimento del bene della vita, nell'ambito della quale l'interesse alla correttezza dell'azione amministrativa non risulta autonomamente tutelabile, ovvero a prescindere dalla spettanza del bene della vita agognato.

11.2. Tali premesse inducono, in primo luogo, ad escludere nel caso in esame la configurabilità di una responsabilità di tipo contrattuale dell'amministrazione, che, secondo il citato orientamento contrario alla teoria del "*contatto sociale qualificato*", è configurabile nei soli casi in cui tra p.a. e privato intercorra un rapporto di tipo paritetico, ciò che non sussiste nel caso in esame, trattandosi di una procedura concorsuale caratterizzata dall'esercizio di un potere amministrativo. Si aggiunga inoltre che il danno emergente che l'appellante ascrive alla responsabilità contrattuale della p.a. - consistente nel pagamento della tassa di € 12,00 per accedere al concorso - non è in ogni caso risarcibile secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui le spese di partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, in quanto ricadenti in capo al partecipante a prescindere dall'aggiudicazione, non sono risarcibili. Più precisamente si afferma che "*nelle gare pubbliche i costi di partecipazione non possono, in via generale, essere richiesti in sede risarcitoria per il caso di mancata aggiudicazione, trattandosi di una voce di spesa che resta comunque a carico dell'impresa sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione; in sostanza il ristoro degli oneri connessi all'inutile partecipazione alla gara può essere ammesso, ma solo in alternativa a quello connesso all'illegittima esclusione (e alla connessa mancata esecuzione del contratto), al fine di evitare possibili indebite forme di locupletazione in favore dell'impresa*" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 agosto 2017, n.4002).

11.3. In secondo luogo, deve parimenti essere esclusa la configurabilità di una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, in quanto tale figura è stata elaborata dalla giurisprudenza (da ultimo Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5) nello specifico ambito dei contratti pubblici, all'interno del quale è stata riconosciuta alla fase dell'evidenza pubblica valore (anche) di trattativa contrattuale ai sensi dell'art. 1337 c.c.; valore che, al contrario, non può riconoscersi in via analogica ad un concorso pubblico, quale mezzo costituzionalmente previsto per l'accesso al pubblico impiego e caratterizzato dall'esercizio di un potere discrezionale.

11.4. Così ricondotta la responsabilità amministrativa fatta valere nel presente giudizio nell'ambito di quella extracontrattuale, e venendo all'esame degli elementi costitutivi della stessa, deve escludersi la configurabilità di un "*danno da ritardo*" in capo all'appellante per aver ottenuto l'agognata assunzione solo all'esito della seconda procedura concorsuale, in quanto ciò presuppone necessariamente l'accertamento della spettanza del bene della vita sin dalla prima procedura concorsuale. Nel caso in esame, tuttavia, tale accertamento è reso impossibile, come correttamente rilevato nella sentenza gravata, dall'annullamento *in toto* della prima procedura concorsuale per gravi vizi che ne hanno inficiato il regolare svolgimento, impedendo una mera rimodulazione della graduatoria e imponendo la riedizione del potere amministrativo con i connessi margini di discrezionalità che lo caratterizzano. Stante l'unicità di ogni prova concorsuale, non risulta possibile dedurre dalla collocazione dell'appellante tra i vincitori della rieditata procedura concorsuale che la stessa si sarebbe collocata con certezza fra i medesimi anche all'esito della prima procedura, qualora svolta secondo modalità differenti da quelle in cui nel concreto è stata svolta.

Né, in mancanza di tale accertamento, risulta possibile ricorrere alla tecnica

del risarcimento sotto forma di perdita di *chance*, dal momento che attraverso la riedizione della gara l'appellante ha già visto ripristinata la possibilità di collocarsi tra i vincitori del concorso, come in effetti avvenuto.

12. Per le suesposte ragioni l'appello deve essere respinto, con conseguente declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse dell'appello incidentale.

13. La peculiarità della vicenda di causa giustifica la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 6584/2019), così decide:

- respinge l'appello principale proposto dalla signora -OMISSIS-;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto dalla Regione Calabria.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare l'appellante.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2023, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Sabato, Presidente FF, Estensore

Sergio Zeuli, Consigliere

Carmelina Adesso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

**Giovanni Sabato**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.