

La richiesta di risarcimento del danno non può prescindere dall'analisi sull'eventuale illegittimità e illiceità dell'atto soggetto a necessario ricorso

la ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità dalla decisione del presente ricorso, avendo perso ogni effetto gli atti inditivi e conclusivi della procedura medesima per effetto della disposta revoca.

Residua ,tuttavia, l'esame dell'azione risarcitoria proposta dalla ricorrente con il citato motivo aggiunto, assumendo la stessa di aver subito un danno per aver partecipato in buona fede ad una gara che non poteva essere bandita sin dall'inizio per assenza di alcuna certezza in ordine al finanziamento dei lavori suindicati

la domanda di risarcimento del danno derivante da provvedimento non impugnato o tardivamente impugnato è ammissibile, ma è infondata nel merito in quanto la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno impedisce che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecito la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto inoppugnato

In particolare non risulta affatto dimostrato che la gara sia stata indetta in assenza di un valido finanziamento ab origine; piuttosto,dall'atto di revoca risulta che il finanziamento è venuto meno in corso di gara,tanto che ne è stata chiesta la utilizzazione per altra opera.

Le circostanze evidenziate consentono al Collegio di ritenere la sussistenza del finanziamento ab origine e, conseguentemente, la legittimità, sotto l'aspetto evidenziato, della indizione della gara in questione; ciò esclude la illegittimità della stessa e quindi la illiceità del fatto causativo del danno,in ultima analisi la ingiustizia del danno.

A tale conclusione il Collegio perviene in assenza di una valida azione impugnatoria proposta nei confronti dell'indizione della gara e quindi di un giudizio sulla legittimità della stessa indizione,cioè negando la cosiddetta "pregiudiziale amministrativa".

Della subordinazione della tutela risarcitoria all'utile esperimento della tutela impugnatoria il Collegio è tuttavia fermamente convinto, per l'impossibilità di configurare due mezzi di tutela dell'interesse legittimo (quali sono i due indicati) che possano essere utilizzati autonomamente.

La autonoma esperibilità dell'un mezzo rispetto all'altro comportebbe la possibilità che sia esperito solo il mezzo finalizzato alla tutela del profilo privatistico dell'interesse legittimo,sicchè verrebbe ad essere non tutelato il profilo pubblicistico,cioè una componente essenziale della figura giuridica.

In proposito occorre ricordare l'orientamento espresso dalla Cassazione a Sezioni Unite che, con ordinanze nn. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006, rese in sede di regolamento di giurisdizione, ha affermato che la domanda di risarcimento può essere proposta al giudice amministrativo anche in difetto del previo annullamento dell'atto lesivo, e che ove il giudice respingesse o dichiarasse

inammissibile la domanda a causa del mancato previo annullamento dell'atto incorrerebbe in un diniego della propria giurisdizione, sindacabile da parte della Corte di cassazione. Tale conclusione è stata inoltre ribadita con la sentenza delle Sezioni Unite n. 30254 del 23 dicembre 2008, ove si è affermato che: "Proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, tesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento". Di parere contrario, tuttavia è il giudice amministrativo che con sentenza dell'Adunanza Plenaria 22 ottobre 2007, n. 12, confermando quanto già espresso da Ad.Plen. nn. 4 del 2003, 9 e 10 del 2007, ha invece ritenuto persistere la regola della pregiudizialità.

Inoltre, si è riaffermato (sent. 3 febbraio 2009, n. 578) che l'irricevibilità dell'azione di annullamento conduce alla reiezione della domanda di risarcimento del danno e che l'applicazione del principio della pregiudiziale non comporta una preclusione di ordine processuale all'esame nel merito della domanda risarcitoria, ma determina un esito negativo nel merito dell'azione di risarcimento (Cons. Stato, VI, 19 giugno 2008 n. 3059), con la conseguenza che la domanda di risarcimento del danno derivante da provvedimento non impugnato o tardivamente impugnato è ammissibile, ma è infondata nel merito in quanto la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno impedisce che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto inoppugnato (Consiglio Stato, sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436).

Si legga anche

la stessa Corte Costituzionale ha chiarito (sentenze n. 204/2004 e n. 191/2006) come il risarcimento del danno sia uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. Neppure può essere trascurato che, ove dovesse darsi ingresso principale al risarcimento del danno per lesione dell'interesse legittimo, non potrebbe negarsi in via di principio la reintegrazione in forma specifica, esplicitamente prevista dalla legge e che condurrebbe a forme di ristoro del tutto identiche a quelle demolitorie dell'annullamento, pur non ottenuto attraverso le forme prescritte dall'ordinamento. Tale conclusione appare insanabilmente in contrasto (non solo con tali norme, ma anche) con il principio della intangibilità, ad opera del giudice, e dopo lo spirare del termine per impugnare, dell'atto che si assume illegittimo. **Alla luce delle suesposte considerazioni, il Collegio ritiene di rimettere la decisione della controversia all'Adunanza plenaria**

la domanda di risarcimento del danno derivante da provvedimento non impugnato o tardivamente impugnato è ammissibile, ma è infondata nel merito in quanto la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno impedisce che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto inoppugnato. Elemento centrale della impostazione normativa sulla cognizione del giudice amministrativo in tema di risarcimento del danno è che questo si configura, nel testo della legge che lo prevede, come un diritto patrimoniale consequenziale, vale a dire dipendente da un assunto principale che deve essere dimostrato. Quindi non può darsi che una conseguenza possa conoscersi dal giudice amministrativo, quando non sia stata chiesta ed ottenuta in via principale la dichiarazione di illegittimità dalla quale essa deve derivare

“Il principio della pregiudiziale non si fonda, quindi, sull'impossibilità per il giudice amministrativo di esercitare il potere di disapplicazione, ma sull'impossibilità per qualunque giudice di accertare in via incidentale e senza efficacia di giudicato l'illegittimità dell'atto, quale elemento costitutivo della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 cod. civ.; in sostanza, ove l'accertamento in via principale sia precluso nel giudizio risarcitorio in quanto l'interessato non sperimenta, o non può sperimentare (a seguito di giudicato, decadenza, ecc.), i rimedi specifici previsti dalla legge per contestare la conformità a legge della situazione medesima, la domanda risarcitoria deve essere respinta nel merito perché il fatto produttivo del danno non è suscettibile di essere qualificato illecito. Nel merito, il Collegio non può che ribadire ancora una volta la pregiudizialità dell'azione demolitoria rispetto alla domanda risarcitoria, tutte le volte in cui il provvedimento fonte del danno non sia stato altrimenti rimosso in sede non giurisdizionale (ovvero allorchè l'annullamento, tempestivamente richiesto, non possa essere conseguito per ragioni sopravvenute, non imputabili al ricorrente). Ulteriore dato esegetico si trae dalla direttiva 66/2007/CE, che, nell'uniformare la tutela processuale in materia di pubblici appalti nei singoli Stati membri, tiene conto dei differenti sistemi processuali, e segnatamente di quello italiano, riconoscendo necessari, per esigenze di certezza dell'agire amministrativo, brevi termini di impugnazione, e ammettendo sistemi in cui il risarcimento possa essere accordato solo previo annullamento del provvedimento illegittimo **un sistema processuale ancorato alla previa impugnazione del provvedimento amministrativo, al fine di conseguire il risarcimento del danno, risponde al principio di effettività della tutela giurisdizionale, e rientra nella scelta discrezionale del legislatore. Non è dunque condivisibile l'assunto secondo cui il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale postulerebbe ancora che sia rimessa ai singoli la scelta tra azione impugnatoria e azione risarcitoria autonoma, prescindendo dagli oneri conseguenti, ex art. 113 co. 3 Cost., alla mediazione della legge ordinaria.** Il processo tributario e quello amministrativo sono tuttora conformati come processi prevalentemente impugnatori di atti amministrativi e il risarcimento postula coerentemente la previa tempestiva impugnazione degli atti. Appare, quindi, incongruo addivenire in via esegetica ad una difforme soluzione a fronte di una univoca scelta del legislatore che in entrambi i casi mostra di privilegiare interessi pubblici rispetto ai quali la mera subordinazione dell'azione risarcitoria a quella di annullamento né ha l'effetto di negare sostanzialmente la prima tutela né viola interessi che, per il loro atteggiarsi come meramente procedurali, possano considerarsi, in ogni caso, prevalenti. **ma: L'eventuale pronuncia che seguisse la tesi della pregiudizialità, che il Collegio, per le ragioni più volte esposte, ritiene l'unica percorribile, incorrerebbe tuttavia nel contrario giudizio della Corte di cassazione, che ha già avvertito che una pronuncia di inammissibilità dell'azione risarcitoria per mancata previa impugnazione dell'atto amministrativo verrà considerata un diniego di giurisdizione, quindi, Sembra che l'alternativa che rimane al giudice amministrativo sia quella di accettare una soluzione che non condivide (e che ritiene sospetta di incostituzionalità), ovvero di pronunciare una sentenza “suicida”; al fine di sfuggire a tale alternativa, che non è accettabile, il Collegio ritiene necessario investire della questione l'Adunanza plenaria perché si pronunci nuovamente sul problema della pregiudizialità amministrativa**

Non vi è alcun dubbio, nella decisione numero 2436 del 21 aprile 2009, il Consiglio di Stato si schiera a favore della pregiudiziale amministrativa ma.....:

<Alle ragioni già compiutamente esposte dalle numerose pronunce anche dell'Adunanza plenaria, sopra ricordate, può aggiungersi la considerazione che, lasciandosi al privato la scelta tra azione di annullamento e azione per il risarcimento del danno, l'illegittimità del provvedimento amministrativo, che ha valenza conformativa dell'ordinamento, verrebbe accettata e per così dire consolidata (oltre che monetizzata), con irreparabile vulnus del principio di legalità espresso dall'art. 97 della Costituzione e della ragione stessa di tutela dell'interesse legittimo, che riposa sul coincidente perseguimento di quello pubblico mediante l'eliminazione delle patologie nei singoli casi concreti.

Tale conseguenza appare tanto più perniciosa data l'attuale evoluzione legislativa (si veda l'art. 20.8 e 8 bis d.l. 29 novembre 2008, n. 185, nel testo modificato con la legge di conversione, n. 2 del 28 gennaio 2009), in cui l'esigenza di accelerazione delle procedure amministrative appare premiata –non senza suscitare ampie e gravi riserve- il risarcimento a scapito della rimozione dell'illegittimità, in un sistema in cui l'osservanza del generale termine di decadenza per proporre l'azione demolitoria non può certamente tradursi in compressione del diritto di difesa (altrimenti dovendosi così intendere per tutto il sistema delle preclusioni processuali, non solo nel processo amministrativo, ma anche nel processo civile e penale).

Peraltro, proprio il citato art. 20, commi 8 e 8-bis, d.l. n. 185/2008, fornisce un ulteriore spunto esegetico a sostegno della tesi della pregiudizialità dell'annullamento rispetto al risarcimento del danno. Infatti, in tale giudizio immediato, in cui non può in nessun caso disporsi la caducazione del contratto e si può accordare solo il risarcimento del danno per equivalente, nonostante l'esito del giudizio non sia l'annullamento del provvedimento, ma la condanna al risarcimento del danno, il legislatore impone comunque la previa tempestiva impugnazione del provvedimento. Si legge infatti nell'articolo in esame che <<in caso di annullamento degli atti della procedura, il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati, solo per equivalente>>. E' significativo non solo che il risarcimento del danno venga ancorato al previo annullamento dell'atto e dunque alla sua previa tempestiva impugnazione, ma anche che l'inciso <<in caso di annullamento degli atti della procedura>> sia stato inserito dalla legge di conversione del d.l., dopo che era nota la pronuncia delle Sezioni unite n. 30254/2008, segno in equivoco che il legislatore ha inteso ribadire la necessaria pregiudizialità negata dalle Sezioni unite>

Ma vi è di più

< Ulteriore dato esegetico si trae dalla direttiva 66/2007/CE, che, nell'uniformare la tutela processuale in materia di pubblici appalti nei singoli Stati membri, tiene conto dei differenti sistemi processuali, e segnatamente di quello italiano, riconoscendo necessari, per esigenze di certezza dell'agire amministrativo, brevi termini di impugnazione, e ammettendo sistemi in cui il risarcimento possa essere accordato solo previo annullamento del provvedimento illegittimo.

In particolare:

secondo il 25° considerando: <<la necessità di garantire nel tempo la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori impone di fissare un termine minimo ragionevole di prescrizione o decadenza dei ricorsi allo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti>>;

secondo l'art. 2, par. 6, direttiva 89/665 come novellato dalla direttiva 66/2007, <<Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata>>;

secondo l'art. 2-quater, direttiva 89/665, come novellato dalla direttiva 66/2007, il diritto comunitario considera congrui e soddisfatti dell'effettività della tutela giurisdizionale termini di ricorso di almeno 10/15 giorni, come si vede ampiamente al di sotto del termine italiano di sessanta giorni.

Tali dati esegetici confermano che un sistema processuale ancorato alla previa impugnazione del provvedimento amministrativo, al fine di conseguire il risarcimento del danno, risponde al principio di effettività della tutela giurisdizionale, e rientra nella scelta discrezionale del legislatore. Non è dunque condivisibile l'assunto secondo cui il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale postulerebbe ancora che sia rimessa ai singoli la scelta tra azione impugnatoria e azione risarcitoria autonoma, prescindendo dagli oneri conseguenti, ex art. 113 co. 3 Cost., alla mediazione della legge ordinaria.>

Ed in sede europea?

< A medesime conclusioni è giunta la giurisprudenza comunitaria, che, in relazione al contenzioso risarcitorio per danni asseritamente derivanti da provvedimenti amministrativi comunitari, ha più volte ribadito la tesi che non si può, con una domanda di risarcimento dei danni, eludere l'irricevibilità di una domanda diretta contro l'illegittimità dell'atto causativo, sicché l'irricevibilità di una domanda di annullamento comporta quella della domanda di risarcimento ad essa collegata (Trib. di primo grado CE, sez. II, 12 settembre 2007 C-250/04; C. giust. CE, 4 febbraio 1989 C-346/87). Del resto, anche l'art. 13 legge n. 142 del 1992, dettato prima del riconoscimento generalizzato della risarcibilità degli interessi legittimi, per i pubblici appalti comunitari consentiva la tutela risarcitoria solo dopo l'annullamento dell'atto illegittimo.>

ATTENZIONE PERO'.....

< L'eventuale pronuncia che seguisse la tesi della pregiudizialità, che il Collegio, per le ragioni più volte esposte, ritiene l'unica percorribile, incorrerebbe tuttavia nel contrario giudizio della Corte di cassazione, che ha già avvertito che una pronuncia di inammissibilità dell'azione risarcitoria per mancata previa impugnazione dell'atto amministrativo verrà considerata un diniego di giurisdizione. In realtà, quella in discorso è questione che -pur dando atto delle diffuse motivazioni della citata sentenza Sez. un. n. 30254/08- in nessun modo configura diniego di giurisdizione e questa, anzi, presuppone. Essa riguarda le condizioni e la ritualità dell'azione ovvero la fondatezza della domanda (a seconda che il previo annullamento dell'atto illegittimo venga compreso tra le condizioni di ammissibilità della domanda risarcitoria ovvero tra gli elementi integrativi del diritto), ed è quindi sottratta all'esame della Corte ai sensi dell'art. 111 della Costituzione e dell'art. 386 cod.proc.civ. (v. Corte Cost. 12 marzo 2007 n. 77).

Sembra quindi che l'alternativa che rimane al giudice amministrativo sia quella di accettare una soluzione che non condivide (e che ritiene sospetta di incostituzionalità), ovvero di pronunciare una sentenza "suicida"; al fine di sfuggire a tale alternativa, che non è accettabile, il Collegio ritiene necessario investire della questione l'Adunanza plenaria perchè si pronunci nuovamente sul problema della pregiudizialità amministrativa, previo esame della compatibilità della soluzione data dalla Corte di cassazione, e, quindi, nella lettura da questa datane, dell'art. 7 legge n. 1034 del 1971 come novellato dalla legge n. 205 del 2000, e con il principio di ragionevolezza anche sistematica, e con i principi costituzionali sopra considerati, e con le seguenti norme costituzionali, e di trarre le necessarie conseguenze, ove ne sospetti l'incompatibilità:

- art. 81 ult. co., poichè un'azione risarcitoria svincolata dal termine di decadenza dell'azione impugnatoria determina, insieme alla riapertura di un consistente contenzioso da tempo definito, un aggravio ed una imprevedibilità di costi, impedendo una corretta programmazione della spesa pubblica;

- art. 97, che pone quale principio guida la legalità dell'amministrazione e nell'amministrazione, alla quale è servente il sistema di tutela degli interessi legittimi, e che non pare sopportare vulnus secondo scelte rimesse all'interessato, comunque posto in grado di accedere alla piena ed effettiva tutela della propria situazione giuridica;

- art. 113, co.3, che connota il giudice amministrativo quale giudice generale della legittimità del provvedimento amministrativo con potere di annullamento dello stesso;

- art. 103 e 113, dai quali si evince che la tutela degli interessi legittimi del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione è in via primaria una tutela impugnatoria, che passa per l'annullamento dell'atto amministrativo, secondo gli insegnamenti della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, ribaditi con la sentenza n. 351 del 24 ottobre 2008 la quale, in piena coerenza con la Direttiva CE n. 66 del 2007, afferma che "sul piano degli strumenti di tutela, forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno...non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi".

A verifica di costituzionalità dovrà essere sottoposto l'art. 7 citato, anche nel caso si voglia definire, accedendo –epperò in violazione dei limiti del sindacato posto dall'art. 111 Cost. (v. Corte Cost. sent. n. 77/2007 cit. e Sez. un. 4 gennaio 2007 n. 13)- alla ricostruzione delle Sezioni unite, la questione della pregiudizialità amministrativa come questione di giurisdizione, quindi vincolante per il giudice amministrativo.>

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1835 del 15 luglio 2009, emessa dal Tar Puglia, Lecce

N. 01835/2009 REG.SEN.

N. 00078/2008 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 78 del 2008, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

ALFA Srl , ALFADUE srl, ALFATRE srl, rappresentate e difese dall'avv. Luciano Ancora, con domicilio eletto presso Luciano Ancora in Lecce, via Imbriani, 30;

contro

Terme di Santa Cesarea Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Lecce, via 95 Rgt Fanteria, 9;
Comune di Santa Cesarea Terme;

nei confronti di

BETA Srl, Tema Srl, BETADUE Santo;

per l'annullamento

- del verbale della Commissione di gara Terme Santa Cesarea spa del 9.11.2007 con il quale veniva disposta la esclusione del raggruppamento C.&G dalla gara;
- della nota prot. N.358 dell'8.11.07 a firma del Presidente della Commissione di gara Terme Santa Cesarea spa;
- del telegramma del 2.11.07 con il quale il seggio di gara dei "lavori di ristrutturazione e riqualificazione del complesso termale di Santa Cesarea Terme" ha escluso l'ATI ALFA srl-ALFADUE srl-ALFATRE srl;
- della nota prot. 315 del 19.3.2007 con la quale il Presidente della Commissione di gara ha comunicato all'odierna ricorrente il verbale del 19.3.07 ed ha dichiarato l'aggiudicazione provvisoria all'ATI BETA srl_-BETADUE-Tema srl;
- ove occorra, del verbale del 3.3.07 con il quale il seggio di gara ha proposto l'esclusione dell'ATI ALFA srl-ALFADUE srl e ALFATRE srl;
- ove occorra, della nota prot. 288 del 3.3.07 con la quale il Presidente della Commissione di gara ha comunicato all'odierna ricorrente il verbale del 19.3.07;
- ove occorra della previsione del capitolato di gara contenuta nel punto 13 punto B) b) nella quale i costi dei beni non in proprietà dovevano essere illustrati

mediante copia autentica degli impegni negoziali assunti, che ne garantiscono l'utilizzo;

-del verbale del Consiglio di amministrazione delle Terme Santa Cesarea spa del 27.3.07 con il quale sono stati approvati gli atti di gara ed è stata disposta l'aggiudicazione definitiva;

- della nota n.365 del 4.4.07 con la quale le Terme Santa Cesarea hanno comunicato alla BETA l'aggiudicazione definitiva, invitando l'aggiudicataria a completare la documentazione di gara;

-della previsione del capitolato di gara contenuta nel punto 13 punto B) per effetto della quale sin dalla offerta le ditte dovevano presentare documentazione(copia autentica del registro dei beni ammortizzabili, copia autentica degli impegni negoziali assunti) comprovante la congruità dell'offerta;

-del provvedimento con il quale è stata nominata la commissione di gara;

-di ogni ulteriore atto comunque presupposto, connesso e consequenziale.

- nonché per il risarcimento del danno derivante dall'annullamento della gara disposto con verbale del Consiglio di Amministrazione delle Terme di Santa Cesarea del 13.2.09.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Terme di Santa Cesarea Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23/04/2009 la dott.ssa Patrizia Moro e uditi per le parti gli avv.ti Ancora e Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso n.547/2007 l'A.T.I. ricorrente ha impugnato la esclusione, disposta nei suoi confronti dalla "Terme di Santa Cesarea s.p.a.", dalla gara per l'aggiudicazione dei lavori di ristrutturazione e riqualificazione del complesso termale di Santa Cesarea Terme, per non aver depositato nei termini assegnati e nelle forme prescritte la documentazione "comprovante la disponibilità delle attrezzature e dei macchinari che verranno utilizzati dal concorrente", richiesta al par.13) lett.B punto b) del disciplinare di gara.

Con sentenza n.3035/2007, la Sezione ha respinto il ricorso n.547/2007 citato ritenendo la legittimità della esclusione disposta dalla stazione appaltante nei confronti della medesima ricorrente per non aver prodotto , anche a seguito di richiesta di chiarimenti, un documento conforme alla richiesta del disciplinare, ritenendo che il preventivo della Salento Building non costituisse "impegno negoziale assunto" e che comunque non risultasse munito di dichiarazione di autenticità.

Tale sentenza veniva impugnata dall'odierna ricorrente innanzi al Consiglio di Stato il quale, con ordinanza n.5509/07, emessa nella camera di consiglio del 23.10.2007, ne sospendeva l'efficacia in considerazione della sussistenza del fumus in ordine alla dedotta violazione del principio di collegialità della Commissione di gara.

La spa Terme di Santa Cesarea , in esecuzione della suindicata ordinanza del Consiglio di Stato rinnovava il procedimento, riconvocando nella sua collegialità il seggio di gara e confermando l'esclusione dell'ATI ricorrente; quest'ultima, avendo appreso la illegittimità della composizione della medesima commissione (in quanto nella stessa figurava il rag. Guido Cozza, la cui moglie è cugina in primo grado del geom.Pietro Giuseppe Maggio, amministratore unico della BETA srl) ha impugnato, con il ricorso all'oggetto, tutti gli atti epigrafati, deducendo i seguenti motivi di gravame:

- 1) Violazione di legge. Violazione art.84 comma 7 del D.Legs. 163/2006- Violazione art.84 comma 10 del d.legs. 163/200- Violazione dei principi generali dell'ordinamento in tema di composizione e nomina commissioni di gara.
- 2) Violazione di legge. Falsa ed erronea applicazione dei principi in materia di sospensione degli effetti della sentenza impugnata.
- 3) Eccesso di potere sotto il profilo del difetto di motivazione, di istruttoria e della falsa presupposizione degli elementi di fatto e di diritto. Sviamento dalla causa tipica-
- 4) Illegittimità degli atti di gara presupposti al provvedimento del 9.11.07. Eccesso di potere .Falsa ed erronea rappresentazione degli elementi di fatto e di diritto. Violazione in tema di regolarizzazione documentale.- Violazione art.88 comma 3 d.legs. 163/2006- Violazione del giusto procedimento. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria. Eccesso di potere .Difetto di motivazione. Illegittimità derivata- Violazione di legge. Falsa ed erronea applicazione dell'art.2338 c.c.. Violazione in tema di voto nel consiglio della S.P.A. - violazione dei principi comunitari e del d.legs. 163/2006 art.86.

Con atto depositato in data 15 novembre 2008 si è costituita in giudizio la S.P.A. Terme di Santa Cesarea, insistendo per la reiezione del ricorso.

Nelle more il Consiglio di Stato , con decisione 4253/08, respingeva l'appello proposto dall'A.T.I. C& G srl avverso la sentenza del TAR Lecce n.3035/2007.

Successivamente , con delibera del Consiglio di amministrazione del 13.2.09 , la s.p.a. Terme Santa Cesarea decideva di revocare la gara.

Con motivo aggiunto depositato in data 7 aprile 2009 l'A.T.I. ricorrente ha richiesto il risarcimento dei danni subiti avendo partecipato in buona fede ad una gara che, a suo dire, non poteva essere bandita in quanto vi era incertezza ab origine del finanziamento.

Nella pubblica udienza del 23 aprile 2009 la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

Va, in primo luogo, rilevata la improcedibilità del ricorso, per sopravvenuta carenza di interesse, quanto alla impugnativa degli atti di gara relativi all'affidamento dei lavori di ristrutturazione e riqualificazione del Nuovo Centro Termale, cui aveva partecipato la ricorrente, risultandone esclusa.

Gli atti impugnati sono stati infatti adottati in esecuzione di una misura cautelare venuta poi meno a seguito della adozione di una sentenza di segno contrario; gli atti impugnati sono stati quindi automaticamente caducati.

Sotto altro profilo ,si deve rilevare che la ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità dalla decisione del presente ricorso, avendo perso ogni effetto gli atti inditivi e conclusivi della procedura medesima per effetto della disposta revoca.

Residua ,tuttavia, l'esame dell'azione risarcitoria proposta dalla ricorrente con il citato motivo aggiunto, assumendo la stessa di aver subito un danno per aver partecipato in buona fede ad una gara che non poteva essere bandita sin dall'inizio per assenza di alcuna certezza in ordine al finanziamento dei lavori suindicati.

La richiesta è infondata ed immeritevole di accoglimento.

In particolare non risulta affatto dimostrato che la gara sia stata indetta in assenza di un valido finanziamento ab origine; piuttosto, dall'atto di revoca risulta che il finanziamento è venuto meno in corso di gara, tanto che ne è stata chiesta la utilizzazione per altra opera.

Difatti, come si legge nel verbale del Consiglio di Amministrazione del 13 febbraio 2009, il CIPE, in data 20.12.2004, aveva approvato la domanda di accesso al progetto dei Poli Turistici Integrati, nel cui programma era inserito un piano di investimenti per la Terme di Santa Cesarea S.P.A. per 17 mil/euro, prevedendo tra le opere da realizzare la ristrutturazione e la riqualificazione del Nuovo Centro Termale di proprietà del Comune di Santa Cesarea Terme; poi a seguito di ciò in data 27.10.2006 la resistente aveva avviato la relativa procedura di gara.

Interveniva, nelle more, un procedimento penale da parte della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lecce, sfociato in un sequestro probatorio avente ad oggetto l'immobile del Nuovo Centro Termale nell'ambito di un'indagine diretta ad accertare la consumazione di eventuali illeciti in occasione della richiesta di agevolazioni finanziarie pubbliche relative ai lavori di riqualificazione della struttura.

Con determinazione 8.7.2008 n.001850, pervenuta in data 1.8.2008, il Ministero dello Sviluppo Economico-Direzione Generale per il Sostegno alle attività Imprenditoriali sospendeva l'iter procedimentale relativo alle agevolazioni finanziarie pubbliche previste in favore della Terme di Santa Cesarea Spa; successivamente, il Consiglio di Amministrazione deliberava di rinunciare all'investimento sull'immobile del Nuovo Complesso Termale e di attivarsi onde risolvere il contratto di concessione in godimento del medesimo già stipulato con il Comune di Santa Cesarea Terme.

Formalizzata la rinuncia, la società ha poi richiesto al Ministero se l'individuazione di un sito alternativo al Nuovo Centro Termale avesse potuto consentire il mantenimento della sovvenzione di cui al Contratto di programma.

Le circostanze evidenziate consentono al Collegio di ritenere la sussistenza del finanziamento ab origine e, conseguentemente, la legittimità, sotto l'aspetto evidenziato, della indizione della gara in questione; ciò esclude la illegittimità della stessa e quindi la illiceità del fatto causativo del danno, in ultima analisi la ingiustizia del danno.

A tale conclusione il Collegio perviene in assenza di una valida azione impugnatoria proposta nei confronti dell'indizione della gara e quindi di un giudizio sulla legittimità della stessa indizione, cioè negando la cosiddetta "pregiudiziale amministrativa".

Della subordinazione della tutela risarcitoria all'utile esperimento della tutela impugnatoria il Collegio è tuttavia fermamente convinto, per l'impossibilità di configurare due mezzi di tutela dell'interesse legittimo (quali sono i due indicati) che possano essere utilizzati autonomamente.

La autonoma esperibilità dell'un mezzo rispetto all'altro comporterebbe la possibilità che sia esperito solo il mezzo finalizzato alla tutela del profilo privatistico dell'interesse legittimo, sicchè verrebbe ad essere non tutelato il profilo pubblicistico, cioè una componente essenziale della figura giuridica.

In proposito occorre ricordare l'orientamento espresso dalla Cassazione a Sezioni Unite che, con ordinanze nn. 13659 e 13660 del 13 giugno 2006, rese in sede di regolamento di giurisdizione, ha affermato che la domanda di risarcimento può essere proposta al giudice amministrativo anche in difetto del previo annullamento dell'atto lesivo, e che ove il giudice respingesse o dichiarasse inammissibile la domanda a causa del mancato previo annullamento dell'atto incorrerebbe in un diniego della propria giurisdizione, sindacabile da parte della Corte di cassazione.

Tale conclusione è stata inoltre ribadita con la sentenza delle Sezioni Unite n. 30254 del 23 dicembre 2008, ove si è affermato che: "Proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, tesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento".

Di parere contrario, tuttavia è il giudice amministrativo che con sentenza dell'Adunanza Plenaria 22 ottobre 2007, n. 12, confermando quanto già espresso da Ad.Plen. nn. 4 del 2003, 9 e 10 del 2007, ha invece ritenuto persistere la regola della pregiudizialità.

Inoltre, si è riaffermato (sent. 3 febbraio 2009, n. 578) che l'irricevibilità dell'azione di annullamento conduce alla reiezione della domanda di risarcimento del danno e che l'applicazione del principio della pregiudiziale non comporta una preclusione di ordine processuale all'esame nel merito della domanda risarcitoria, ma determina un esito negativo nel merito dell'azione di risarcimento (Cons. Stato, VI, 19 giugno 2008 n. 3059), con la conseguenza che la domanda di risarcimento del danno derivante da provvedimento non impugnato o tardivamente impugnato è ammissibile, ma è infondata nel merito in quanto la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno impedisce che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto inoppugnato (Consiglio Stato, sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436).

Per le considerazioni che precedono il ricorso va quindi in parte dichiarato improcedibile ed in parte respinto.

Sussistono nondimeno giustificati motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

In parte dichiara improcedibile ed in parte respinge il ricorso di cui in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 23/04/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Patrizia Moro, Primo Referendario, Estensore

Gabriella Caprini, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/07/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO