

In via pregiudiziale, appare fondata l'eccezione di improcedibilità della domanda principale di annullamento per sopravvenuta carenza di interesse non avendo la società ricorrente impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

È, difatti, improcedibile, per sopravvenuto difetto d'interesse, il ricorso proposto avverso l'esclusione da gara pubblica da parte di concorrente che non ha provveduto ad impugnare il provvedimento di aggiudicazione definitiva

Si ritiene che, nella ipotesi in cui il ricorrente viene a trovarsi, rispetto al ricorso di legittimità, in condizioni di sopravvenuta carenza d'interesse, la tempestiva impugnazione del provvedimento lesivo consente al giudice, permanendo l'interesse risarcitorio, di continuare a conoscere in via principale l'episodio di potere ai fini di una pronuncia sulla sua antigirudicità e sugli effetti pregiudizievoli prodotti nella sfera patrimoniale del destinatario

La sopravvenuta inoppugnabilità dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla società controinteressata e l'approvazione degli atti di gara (per di più con espressa menzione dell'esclusione della società ricorrente) determina che, allo stato, nessuna utilità per la ricorrente potrebbe conseguire alla caducazione dell'atto di esclusione. E' nota, altresì, la prevalente opinione dottrinale e giurisprudenziale che ritiene indefettibile l'autonoma impugnativa dell'aggiudicazione definitiva anche rispetto alla stessa aggiudicazione provvisoria non essendo la prima un atto meramente confermativo o esecutivo, ma provvedimento che, anche quando recepisce integralmente i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una nuova e autonoma valutazione rispetto alla stessa, pur facendo parte della medesima sequenza procedimentale (cfr., ex plurimis, T.A.R. Liguria, sez. I, 29 aprile 2005, n. 562; Cons. St., sez. VI, 29 novembre 2004, n. 7802). Deve inoltre, ribadirsi l'insufficienza, ai fini del predetto onere di impugnativa, del generico riferimento contenuto nell'epigrafe del ricorso anche all'impugnazione "agli atti consequenziali". Invero, la generica dizione con la quale vengono richiamati gli atti del procedimento presupposti, connessi o consequenziali non è sufficiente a ricomprendere nell'oggetto dell'impugnazione

atti non espressamente nominati o comunque non individuabili (cfr. Cons. St. n. 4656 del 2000). Nell'ordinamento vigente, non è prevista né ammissibile un'impugnativa in via meramente ipotetica di provvedimenti concretamente lesivi della sfera giuridica altrui. **Ritiene il Collegio che, in ogni caso, a prescindere dalla questione di pregiudizialità, è sufficiente sottolineare come il ricorrente non abbia alcunché allegato né offerto come principio di prova, come era invece suo onere, in ordine alla lesione patrimoniale dedotta. E' noto, infatti, che il danno patrimoniale non consegue in re ipsa alla violazioni degli obblighi e dei doveri ma è subordinato all'assolvimento dell'onere di provare l'esistenza del pregiudizio invocato. Gli artt. 2043, 1218 e 1223 c.c distinguono in modo chiaro tra la lesione e la perdita (solo eventuale) cosicché non è possibile il mero utilizzo di formule standardizzate occorrendo, invece, l'allegazione e la prova di concrete circostanze comprovanti l'incisione della propria sfera giuridica.** Un limite strutturale del nostro sistema di responsabilità, infatti, afferisce proprio all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva dal momento che l'evento, il fatto materiale e naturalistico, quale effetto del comportamento ingiusto, non può avere alcuna rilevanza autonoma. Il danno ingiusto è risarcibile soltanto come pregiudizio effettivamente conseguente ad una lesione. E' sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art.1223 c.c., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale o patrimoniale, alla quale il risarcimento deve essere equitativamente commisurato. Orbene, nel caso di specie, l'esigenza di completezza dell'attività assertiva e probatoria è rimasta del tutto disattesa. Il ricorrente si è limitato nell'atto introduttivo a chiedere di disporre il risarcimento in suo favore del danno da mancata aggiudicazione subito nella misura che verrà specificata in corso di causa senza fornire neppure nel corso del processo alcun elemento di quantificazione. **Orbene, è di immediata evidenza che una così generica deduzione degli elementi di fatto non potrebbe in alcun modo ritenersi sufficiente ai fini sopra descritti. Il mancato assolvimento dell'onere di allegazione e prova comporta, secondo la regola di giudizio contemplata dall'articolo 2967 c.c., irrimediabilmente il rigetto della domanda.**

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 3925 del 5 giugno 2009, emessa dal Tar Lombardia, Milano

N. 03925/2009 REG.SEN.

N. 02252/2004 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2252 del 2004, proposto da:
ALFA, rappresentate e difese dagli avv. *****, con domicilio eletto presso
***** in Milano 6397af, via Vincenzo Monti, 41;

contro

AMSA SPA - AZIENDA MILANESE SERVIZI AMBIENTALI, rappresentata e difesa dall'avv.
*****, con domicilio eletto presso ***** in Milano, via dell'Unione, 7;

nei confronti di

BETA SPA, rappresentata e difesa dagli avv. ***** Di Meana, *****, con domicilio
eletto presso ***** in Milano 6721af, viale Bianca Maria, 22;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della comunicazione di esclusione del 20 febbraio 2004;
- del VI verbale plichi-offerta della Commissione di gara del 30 gennaio 2004;
- dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto concorso (per la fornitura di un sistema di gestione operativa del servizio di manutenzione ed assistenza tecnica) nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compreso il contratto di appalto tra resistente e la contro interessata, laddove stipulato, contro i quali ci si riserva la proposizione di motivi aggiunti;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Amsa Spa - Azienda Milanese Servizi Ambientali;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di BETA Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 01/04/2009 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

In data 16 giugno 2003, l'Azienda Milanese Servizi Ambientali Spa aveva pubblicato un bando di gara aventi ad oggetto la fornitura di un sistema di gestione operativa del servizio di manutenzione e assistenza tecnica per cinque anni; l'aggiudicazione era previsto sarebbe avvenuta sulla base dell'offerta economicamente vantaggiosa ai sensi dell'articolo 19, comma 1, lett. b) d.lgs. 358/1992. In data 4 dicembre 2003, la Commissione di gara formava una classifica provvisoria in cui figuravano al primo posto il raggruppamento costituito dalle società ricorrenti; tuttavia, con lettera in pari data, la stazione appaltante aveva richiesto giustificazioni alle ricorrenti circa l'offerta da loro presentata (in quanto risultata al di sotto della soglia di anomalia). Non essendo state ritenute esaustive le giustificazioni addotte, il raggruppamento delle società ricorrenti, con comunicazione del 20 febbraio 2004 (rinviante al contenuto del verbale del 30 gennaio 2004), era stato informato di essere stato escluso dalla gara e che l'aggiudicazione era stata provvisoriamente adottata in favore della seconda classificata (odierna contro interessata).

Con ricorso depositato il 26 aprile 2004, i ricorrenti hanno impugnato i provvedimento in epigrafe, chiedendo al Tribunale di disporre l'annullamento, previa sospensione, in quanto viziati da violazione di legge ed eccesso di potere.

Si è costituita in giudizio l'AMSA spa e la contro interessata BETA, chiedendo il rigetto del ricorso. L'AMSA, in particolare, ha eccepito la improcedibilità del ricorso.

Sul contraddittorio così istauratosi, la causa è stata discussa e decisa con sentenza definitiva all'odierna udienza.

DIRITTO

1. In via pregiudiziale, appare fondata l'eccezione di improcedibilità della domanda principale di annullamento per sopravvenuta carenza di interesse non avendo la società ricorrente impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva. È, difatti, improcedibile, per sopravvenuto difetto d'interesse, il ricorso proposto avverso l'esclusione da gara pubblica da parte di concorrente che non ha provveduto ad impugnare il provvedimento di aggiudicazione definitiva (ex plurimis, Consiglio Stato, sez. V, 26 novembre 2008, n. 5845). La sopravvenuta inoppugnabilità dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla società controinteressata e l'approvazione degli atti di gara (per di più con espressa menzione dell'esclusione della società ricorrente) determina che, allo stato, nessuna utilità per la ricorrente potrebbe conseguire alla caducazione dell'atto di esclusione. E' nota, altresì, la prevalente opinione dottrinale e giurisprudenziale che ritiene indefettibile l'autonoma impugnativa dell'aggiudicazione definitiva anche rispetto alla stessa aggiudicazione provvisoria non essendo la prima un atto meramente confermativo o esecutivo, ma provvedimento che, anche quando recepisce integralmente i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una nuova e autonoma valutazione rispetto alla stessa, pur facendo parte della medesima sequenza procedimentale (cfr., ex plurimis, T.A.R. Liguria, sez. I, 29 aprile 2005, n. 562; Cons. St., sez. VI, 29 novembre 2004, n. 7802). Deve inoltre, ribadirsi l'insufficienza, ai fini del predetto onere di impugnativa, del generico riferimento contenuto nell'epigrafe del ricorso anche all'impugnazione "agli atti consequenziali". Invero, la generica dizione con la quale vengono richiamati gli atti del procedimento presupposti, connessi o consequenziali non è sufficiente a ricomprendere nell'oggetto dell'impugnazione atti non espressamente nominati o comunque non individuabili (cfr. Cons. St. n. 4656 del 2000). Nell'ordinamento vigente, non è prevista né ammissibile un'impugnativa in via meramente ipotetica di provvedimenti concretamente lesivi della sfera giuridica altrui.

1.1. Nel caso che ci occupa, all'epoca della proposizione del ricorso (notificato in data 16 aprile 2004 e depositato il successivo 26 aprile 2004) il provvedimento di aggiudicazione definitiva non è stato gravato (poiché evidentemente ancora materialmente e giuridicamente sconosciuto), come dimostra la circostanza che nell'epigrafe del ricorso non se ne citano gli estremi e ci si riserva la sua successiva impugnazione con motivi aggiunti; ulteriore conferma può trarsi dalla circostanza che, nella parte in fatto del ricorso, l'ultimo documento citato è il verbale di esclusione dalla gara e, da quel momento, null'altro. La riserva di motivi aggiunti in seno al ricorso, senza alcuna indicazione sugli atti da impugnare e sulle ipotetiche ragioni di illegittimità degli stessi, costituisce una mera formula di stile, inidonea a precludere al giudice una definizione in rito del giudizio. Del resto, inoltre, qualora il ricorrente, in mancanza di elementi conoscitivi, abbia formulato censure in modo generico (con riserva di precisazioni), il ricorso originario va dichiarato inammissibile e le successive deduzioni debbono essere proposte con i requisiti formali dei motivi aggiunti (Consiglio Stato, sez. IV, 25 marzo 2003, n. 1557)

A prescindere dall'oramai notevole lasso di tempo trascorso dallo svolgimento della gara, la circostanza della aggiudicazione definitiva deve ritenersi conosciuta con certezza legale dalla società ricorrenti quantomeno a decorrere dalla data di deposito in giudizio della documentazione di parte resistente, avvenuta in data 20 marzo 2009, ove se ne fa espressa menzione al documento n. 21.

Deve aggiungersi, inoltre, che, pur essendo stata espressamente eccepita (cfr. memoria AMSA del 26 marzo 2009) la improcedibilità del ricorso, il procuratore delle società ricorrenti nulla ha controdedotto né in memoria né nel corso della discussione pubblica e neppure ha chiesto un termine per la proposizione di motivi aggiunti. Ciò posto, la facoltà di impugnare l'aggiudicazione definitiva, pur non essendo decorsi alla data della udienza pubblica i relativi termini, deve ritenersi oggetto di rinuncia tacita visto il comportamento inequivocabilmente acquiescente del raggruppamento ricorrente: diversamente opinando, il Collegio sarebbe tenuto a decidere nel dubbio che la sentenza redatta resti poi "inutiliter data" per non aver successivamente il ricorrente ritenuto di attivarsi nel senso sopra indicato (in tal caso, infatti, la domanda sarebbe implacabilmente dichiarata improcedibile nel corso del giudizio di appello).

Alla luce delle considerazioni che precedono, il capo di domanda finalizzato all'annullamento è improcedibile.

2. Residua la domanda di risarcimento danni per equivalente monetario.

Si ritiene che, nella ipotesi in cui il ricorrente viene a trovarsi, rispetto al ricorso di legittimità, in condizioni di sopravvenuta carenza d'interesse, la tempestiva impugnazione del provvedimento lesivo consente al giudice, permanendo l'interesse risarcitorio, di continuare a conoscere in via principale l'episodio di potere ai fini di una pronuncia sulla sua antiggiuridicità e sugli effetti pregiudizievoli prodotti nella sfera patrimoniale del destinatario (cfr. da ultimo T.A.R. *****, 18 maggio 2007, n. 379).

Nel caso di specie, ove trovasse applicazione la discussa regola della pregiudizialità amministrativa (Cons. Stato ad. plen. N. 12 del 2007), il principio sopra esposto non potrebbe essere richiamato. La sopravvenuta inoppugnabilità dell'atto finale della sequenza di evidenza pubblica determina l'estinzione anche della domanda risarcitoria contestualmente proposta, non essendo sufficiente la tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria in quanto atto endoprocedimentale idoneo a produrre la definitiva lesione dell'interesse risarcitorio della ditta che non è diventata vincitrice, concretizzandosi ed attualizzandosi il danno da mancata aggiudicazione della gara soltanto con l'aggiudicazione definitiva in capo all'impresa concorrente la cui stabilità si è, tuttavia, oramai consolidata.

2.1. Ritiene il Collegio che, in ogni caso, a prescindere dalla questione di pregiudizialità, è sufficiente sottolineare come il ricorrente non abbia alcunché allegato né offerto come principio di prova, come era invece suo onere, in ordine alla lesione patrimoniale dedotta. E' noto, infatti, che il danno patrimoniale non consegue in re ipsa alla violazioni degli obblighi e dei doveri ma è subordinato all'assolvimento dell'onere di provare l'esistenza del pregiudizio invocato. Gli artt. 2043, 1218 e 1223 c.c. distinguono in modo chiaro tra la lesione e la perdita (solo eventuale) cosicché non è possibile il mero utilizzo di formule standardizzate occorrendo, invece, l'allegazione e la prova di concrete circostanze comprovanti l'incisione della propria sfera giuridica.

Un limite strutturale del nostro sistema di responsabilità, infatti, afferisce proprio all'oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione

giuridica soggettiva dal momento che l'evento, il fatto materiale e naturalistico, quale effetto del comportamento ingiusto, non può avere alcuna rilevanza autonoma. Il danno ingiusto è risarcibile soltanto come pregiudizio effettivamente conseguente ad una lesione. E' sempre necessaria la prova ulteriore dell'entità del danno, ossia la dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quello indicato dall'art.1223 c.c., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale o patrimoniale, alla quale il risarcimento deve essere equitativamente commisurato. Orbene, nel caso di specie, l'esigenza di completezza dell'attività assertiva e probatoria è rimasta del tutto disattesa. Il ricorrente si è limitato nell'atto introduttivo a chiedere di disporre il risarcimento in suo favore del danno da mancata aggiudicazione subito nella misura che verrà specificata in corso di causa senza fornire neppure nel corso del processo alcun elemento di quantificazione.

Ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo, da sussumersi nello schema dell'illecito extracontrattuale, il ricorrente deve fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il c.d. principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti; l'importanza dell'assolvimento dell'onere allegatorio è fondamentale perché il diritto entra nel processo attraverso le prove, ma queste ultime devono avere ad oggetto fatti circostanziati e, sotto tale angolazione, se può anche ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo, a monte, di allegare circostanze di fatto precise (Consiglio Stato , sez. V, 06 aprile 2009 , n. 2143).

Orbene, è di immediata evidenza che una così generica deduzione degli elementi di fatto non potrebbe in alcun modo ritenersi sufficiente ai fini sopra descritti. Il mancato assolvimento dell'onere di allegazione e prova comporta, secondo la regola di giudizio contemplata dall'articolo 2967 c.c., irrimediabilmente il rigetto della domanda.

3. Residua la questione delle spese per le quali è opportuno provvedere alla compensazione integrale delle spese di lite tra le parti, attesa la risulenza della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

Dichiara improcedibile il ricorso e compensa interamente le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 01/04/2009 con l'intervento dei Magistrati:

*****, Presidente

*****, Referendario, Estensore

*****, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/06/2009

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

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/in-via-pregiudiziale-appare-fondata-l-eccezione-di-improcedibilita-della-domanda-principale-di-annullamento-per-sopravvenuta-carenza-di-interesse-non-avendo-la-societa-ricorrente-impugnato-il-proved/>