

In base a quanto statuito dal giudice regolatore della giurisdizione deve essere presa in esame l'azione risarcitoria rigettata dalla Sezione

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

In base a quanto statuito dal giudice regolatore della giurisdizione, deve essere presa in esame l'azione risarcitoria, rigettata dalla Sezione in base alla duplice considerazione che non vi era stato il previo annullamento dell'atto originariamente impugnato e che, innestandosi su un giudizio di primo grado arrestatoosi prima dell'esame del merito a causa dell'accoglimento preclusivo dell'eccezione di irricevibilità del ricorso originario, era da considerarsi come azione risarcitoria proposta in via autonoma.

La decisione cassata aveva fatto applicazione della costante giurisprudenza amministrativa, in base alla quale l'annullamento dell'atto impugnato era il fatto costitutivo dell'azione risarcitoria, non proponibile in via autonoma.

Invece, l'ordinanza che ha rimesso la causa di nuovo innanzi alla Sezione ha fatto applicazione del noto orientamento del giudice regolatore, secondo cui spetta al giudice amministrativo garantire al privato tutti gli strumenti che l'ordinamento predispone a garanzia degli interessi legittimi, ivi compresa l'azione risarcitoria autonoma e che il rifiuto da parte di questi di accordare l'indicata tutela costituisce diniego di esercizio del potere giurisdizionale, sul quale la Suprema Corte ha ritenuto di poter esercitare il proprio sindacato, previsto dall'articolo 111, ultimo comma, della Costituzione (Cass., *****, 13 giugno 2006, n. 13659; Cass., S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254).

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 8550 del 6 dicembre 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

N. 08550/2010 REG.SEN.

N. 06022/2006 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 6022 del 2006, proposto da:***

contro***

per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA n. 00172/2006, resa tra le parti,
concernente ASTA PUBBLICA PER ALIENAZIONE DI TRE TERRENI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Sperlonga e di Controinteressata Srl Gia'
Controinteressataa Sas di E_***** & C.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2010 il Cons. ***** e uditi per le
parti gli avvocati *****, ***** e *****, per delega dell'Avv. *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il comune di Sperlonga, in attuazione delle delibere C.C. n. 4 del 31/3/2003 e G.M. n. 121 del 6/8/2003, ha indetto un' asta pubblica per l'alienazione di tre terreni appartenenti al suo patrimonio disponibile. L'oggetto del contratto, da aggiudicare con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa, consisteva nella vendita delle aree (distribuite in tre lotti) e nella realizzazione di strutture ricettive e servizi privati, conformemente alle prescrizioni del programma integrato di cui al D.P.G.R. n. 1272/99 e del Piano regolatore generale vigente.

La controversia in esame si riferisce al lotto n.1, che ha una superficie di complessivi metri quadri 6820 ed è articolato in due parti, di cui la prima di metri quadri 3048, aventi destinazione urbanistica "servizi privati di commercio", e la seconda, di metri quadri 3780, aventi destinazione urbanistica "servizi privati di commercio ricettivo".

Ai fini della valutazione delle offerte era previsto un punteggio massimo di 100 punti, di cui 30 punti per la proposta progettuale, 15 punti per la proposta gestionale e 55 punti per l'offerta economica.

La gara è stata aggiudicata alla società CONTROINTERESSATA, che ha ottenuto punti 84, mentre la società cooperativa RICORRENTE ha ottenuto punti 63,40, il terzo partecipante ha ottenuto il punteggio di 51,90.

2. La seconda classificata ha proposto un primo ricorso innanzi al Tar del Lazio, sezione staccata di Latina, deducendo che l'aggiudicataria doveva essere esclusa in quanto il suo progetto prevede una volumetria superiore a quella massima sviluppabile sulla base del programma integrato.

Nelle more del giudizio, il sindaco del comune di Sperlonga, su sollecitazione dell'impresa aggiudicataria che aveva segnalato la non conformità del progetto della originaria ricorrente al disciplinare di gara, ha riunito nuovamente la commissione di gara, onde verificare se fosse o meno vero che il progetto dalla stessa presentata contemplava interventi di edilizia residenziale e servizi annessi, anziché, così come prevedeva il bando, interventi per strutture ricettive e servizi privati.

La commissione ha proceduto alla verifica ed ha escluso, proprio per le ragioni denunciate, la società cooperativa RICORRENTE.

3. Di conseguenza quest'ultima ha impugnato anche gli atti di questa ulteriore fase della procedura, deducendo l'illegittimità dell'esclusione per difetto dei presupposti, in quanto il progetto da essa presentato prevedeva la realizzazione di un residence, ossia di una tipica struttura ricettiva.

4. Il tribunale, dopo aver disposto la riunione dei due ricorsi, ha accolto l'eccezione di inammissibilità del ricorso, presentato contro la propria esclusione dalla procedura, per tardiva notificazione dell'atto introduttivo alla controinteressata CONTROINTERESSATA s.a.s. di E_Milena e di conseguenza ha dichiarato l'inammissibilità del primo ricorso per difetto di interesse.

5. La cooperativa RICORRENTE ha proposto appello deducendo l'erroneità della sentenza, laddove ha accolto l'eccezione di tardiva notificazione, in quanto la individuazione del controinteressato era stata fornita dalla medesima amministrazione e comunque doveva essere disposta la integrazione del contraddittorio. In ogni caso ha richiesto il beneficio dell'errore scusabile.

Nel merito ha dedotto gli stessi motivi presentati in primo grado, ossia che il progetto presentato dalla società CONTROINTERESSATA prevedeva un'unica struttura con destinazione esclusivamente ricettiva per un volume abbondantemente superiore alla volumetria complessiva indicata nel disciplinare di gara e in ogni caso contestava anche la valutazione del progetto effettuata dalla commissione, oltre ad altri vizi di

competenza e di anomalie procedurali.

In ordine all'esclusione, operata dall'amministrazione successivamente, ha dedotto l'assoluto contrasto tra la prima valutazione effettuata dalla commissione del progetto e la seconda. Ha dedotto altresì che l'annullamento d'ufficio di una precedente statuizione deve avvenire entro un termine ragionevole; cosa che nel caso di specie non era e aveva quindi generato un legittimo affidamento sulla propria ammissione.

Si è costituito il Comune appellato che ha proposto, anche appello incidentale autonomo limitatamente al capo relativo alle spese di giudizio, nonché appello incidentale condizionato.

Si è costituita anche la società CONTROINTERESSATA, concludendo per il rigetto del ricorso.

6. Il giudizio di appello si è concluso con la sentenza della Sezione n.6502 del 22 dicembre 2008, con la quale è stato respinto l'appello principale e dichiarato inammissibile il ricorso incidentale autonomo e quello condizionato.

In particolare, nella sentenza, è stata presa in esame la domanda, formulata in subordine dall'appellante principale, di valutare incidentalmente la questione del risarcimento dei danni per la lesione di interessi legittimi, da riconoscersi alla società appellante.

Il collegio ha rigettato la domanda, ritenendo, in base alla normativa allora vigente e alla giurisprudenza amministrativa (Cons. *****. Pl. 22 ottobre 2007, n.12), che, ai fini del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, sia essenziale il previo annullamento del provvedimento lesivo, in quanto la tutela risarcitoria ha carattere consequenziale, ulteriore ed eventuale rispetto a quella annullatoria. Sicché ha ritenuto che l'azione risarcitoria non potesse essere esercitata in via autonoma, come nel caso di specie, atteso che essa si innesta su un processo di primo grado che si è arrestato alla fase rituale e non ha

prodotto alcuna statuizione caducatoria riguardante il merito del proposto gravame.

7. La società cooperativa RICORRENTE ha proposto ricorso per cassazione contro tale sentenza, contestando il principio di diritto affermato in relazione alla reiezione della domanda di valutazione della pretesa risarcitoria.

La Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, con ordinanza n.15.689 del 2/7/2010, ha accolto il ricorso stabilendo: "il ricorso va accolto, con conseguente cassazione della sentenza impugnata, di chiarazione della giurisdizione del giudice amministrativo e rimessione delle parti davanti al Consiglio di Stato".

8. Il giudizio è stato riassunto dalla società cooperativa RICORRENTE innanzi alla Sezione, deducendo che la prosecuzione deve essere intesa all'accertamento del diritto al risarcimento del danno azionato e la conseguente condanna, reiterando integralmente i motivi del precedente ricorso in appello (R.G. 6022/2006), già proposti contro la sentenza Tar Lazio, sede di Latina, n. 172 del 10/2/2006.

Hanno resistito alla presente fase del giudizio le parti controinteressate.

9. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 26 ottobre 2010.

10. In base a quanto statuito dal giudice regolatore della giurisdizione, deve essere presa in esame l'azione risarcitoria, rigettata dalla Sezione in base alla duplice considerazione che non vi era stato il previo annullamento dell'atto originariamente impugnato e che, innestandosi su un giudizio di primo grado arrestatosi prima dell'esame del merito a causa dell'accoglimento preclusivo dell'eccezione di irricevibilità del ricorso originario, era da considerarsi come azione risarcitoria proposta in via autonoma.

La decisione cassata aveva fatto applicazione della costante giurisprudenza amministrativa, in base alla quale l'annullamento dell'atto impugnato era il fatto costitutivo dell'azione risarcitoria, non proponibile in via autonoma.

Invece, l'ordinanza che ha rimesso la causa di nuovo innanzi alla Sezione ha fatto applicazione del noto orientamento del giudice regolatore, secondo cui spetta al giudice amministrativo garantire al privato tutti gli strumenti che l'ordinamento predispone a garanzia degli interessi legittimi, ivi compresa l'azione risarcitoria autonoma e che il rifiuto da parte di questi di accordare l'indicata tutela costituisce diniego di esercizio del potere giurisdizionale, sul quale la Suprema Corte ha ritenuto di poter esercitare il proprio sindacato, previsto dall'articolo 111, ultimo comma, della Costituzione (Cass., *****, 13 giugno 2006, n. 13659; Cass., S.U., 23 dicembre 2008, n. 30254).

11. L'esame della fattispecie va condotta alla luce della nuova normativa nel frattempo subentrata, ossia gli articoli 30 e 34, commi 1 lett. c), 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), che, in quanto norme processuali, sono immediatamente applicabili. Esse, oltre ad aver posto fine all'indicato contrasto giurisprudenziale, forniscono la disciplina applicabile alle azioni risarcitorie proposte di confronti del pubblico potere.

Per la parte che qui interessa, l'articolo 30 stabilisce: << 1. L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma.

2. Può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria. Nei casi di giurisdizione esclusiva può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione dei diritti soggettivi. Sussistendo i presupposti previsti dall'articolo 2058 del codice civile, può essere chiesto il risarcimento del danno in forma specifica.

3. La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. 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.

4....

5. Nel caso in cui sia stata proposta azione di annullamento la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza.

6. Di ogni domanda di condanna al risarcimento di danni per lesione di interessi legittimi o, nelle materie di giurisdizione esclusiva, di diritti soggettivi conosce esclusivamente il giudice amministrativo.>>.

L'articolo 34, comma 1, lett. c) stabilisce: << In caso di accoglimento del ricorso il giudice, nei limiti della domanda: ...

c) condanna al pagamento di una somma di denaro, anche a titolo di risarcimento del danno, all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio e dispone misure di risarcimento in forma specifica ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile; ...>>.

Il medesimo articolo, ai commi 2 e 3, stabilisce:<< 2. In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento ai poteri amministrativi non ancora esercitati. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 30, comma 3, il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe

dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29.

3. Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori>>.

12. Dalla disciplina indicata emerge in maniera agevole l'ammissibilità dell'azione risarcitoria pro-posta, poiché il sistema delineato dal nuovo Codice del processo amministrativo ha eliminato gli o-stacoli su cui era stata fondata la pronuncia della Sezione, cassata dal giudice regolatore , ossia il preventivo annullamento dell'atto impugnato e l'impossibilità di proporre l'azione in via autonoma.

In realtà in ordine a quest'ultimo profilo il collegio osserva che con il ricorso originario erano state proposte sia l'azione di annullamento sia quella risarcitoria. Pertanto non si tratta propriamente di azione risarcitoria autonoma, anche se tale può essere considerata a seguito della pronuncia di inammissibilità dell'intero ricorso originario.

In altri termini l'inammissibilità della seconda azione è stata pronunciata più in applicazione del principio del necessario annullamento del provvedimento amministrativo che per mancanza dei pre-supposti propri dell'azione risarcitoria, ammissibile anche nel sistema precedente.

Il sistema delineato dal Codice del processo amministrativo non solo consente la proponibilità dell'azione risarcitoria in via autonoma, sebbene subordinata al termine decadenziale di 120 giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo,ma consente altresì al ricorrente che non abbia più interesse all'annullamento del provvedimento impugnato di chiedere al giudice l'accertamento dell'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse a fini risarcitori .

In tale schema deve essere inquadrato l'atto di riassunzione, laddove la società riassumente ha chiesto che la Sezione "accerti il diritto al risarcimento del danno vantato dalla deducente Coop Ricorrente, con conseguente condanna della P.A."

13. Nonostante l'ammissibilità dell'azione, il collegio ritiene infondato nel merito l'appello proposto.

L'infondatezza si basa su una serie di circostanze tutte cospiranti in tal senso.

L'ultima parte del comma 3 dell'articolo 30 del nuovo Codice, come già riportato, stabilisce 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.

Nel caso di specie la società ricorrente, almeno secondo il sistema vigente al momento della proposizione del ricorso originario, avrebbe dovuto proporre tempestivamente il ricorso di annullamento dell'esclusione della gara; annullamento, che, se ottenuto, avrebbe consentito di ottenere per ciò solo il bene della vita, senza necessità di proporre l'azione risarcitoria sia pure in via eventuale, così come ha fatto.

Ai fini della valutazione del comportamento la proposizione intempestiva dell'azione, pur non equivalendo alla mancanza totale dell'esperimento del rimedio, non costituisce certamente una negligenza imputabile all'amministrazione. Pertanto il mancato uso dell'ordinaria diligenza nella proposizione dello strumento di tutela specifica previsto dall'ordinamento già di per sé potrebbe escludere il risarcimento dei danni.

13.1. Tuttavia, il collegio ritiene necessario esaminare la legittimità dell'atto e dell'intero comportamento dell'amministrazione, in ossequio alla persistenza dell'interesse dell'appellante ai soli fini risarcitori.

13.2. È necessario premettere che dalla vicenda amministrativa, così come ricostruita in punto di fatto al paragrafo 1, diventa risolutivo stabilire, sia pure ai fini risarcitori, la legittimità o meno dell'atto di esclusione dell'odierna appellante dalla procedura di gara, susseguita alla successiva riunione della commissione, che ha riscontrato sussistenti le anomalie denunciate da altro partecipante alla gara.

In sostanza l'impresa appellante ha contestato le ragioni della commissione, laddove ha ritenuto di configurare il progetto presentato al pari di un intervento di edilizia residenziale, deducendo che i miniappartamenti con angolo cottura appartengono al novero degli interventi a carattere ricettivo; quindi non vi sarebbe stata violazione della legge di gara.

Tuttavia dagli atti di causa risulta che il provvedimento di esclusione non contesta questo, ma si fonda sul fatto che il progetto presentato dall'appellante riguarda un'opera del tutto estranea alle previsioni contenute nel bando.

Sempre dagli atti di causa risulta che, nonostante la dizione "residences" riportata nel progetto allegato alla domanda di assegnazione, il progetto medesimo prevede una serie di piccoli appartamenti destinati ad una residenza classica in zona balneare. Ciò è dimostrato, oltre che dalle dimensioni, dalla presenza in ciascuno degli appartamenti di un vano destinato a cucina, di per sé incompatibile con il concetto di struttura alberghiera.

13.3. Anche per quanto attiene al comportamento complessivo dell'amministrazione, la Sezione ritiene doversi escludere la presenza della colpa.

Infatti l'amministrazione conserva il generale potere-dovere di intervenire in ogni momento sui propri atti e provvedimenti, laddove siano inficiati da illegittimità.

Pertanto l'amministrazione non solo conserva nel corso della gara il potere di escludere i soggetti che ritiene siano stati illegittimamente ammessi, ma anche successivamente, in sede di esecuzione, ha il potere di risolvere il contratto ove l'opera realizzata o da realizzare non sia conforme alle pre-scrizioni del bando.

Nel caso di specie, è stato esercitato il potere di eliminare una situazione illegittima, conformemente all'interesse pubblico, nel momento in cui è venuta conoscenza della possibile illegittimità. A nulla rileva che sia trascorso "quasi un anno e mezzo dopo l'ammissione" dell'appellante in gara, in quanto, non solo il tempo trascorso non è di per sé incongruo e irragionevole in considerazione dell'importanza della gara e dei successivi interventi realizzativi, ma il provvedimento è stato posto in essere proprio per evitare il consolidarsi di situazioni giuridiche soggettive, che, in comparazione con l'interesse pubblico al ripristino della legalità, erano destinate a radicarsi sempre più nel corso del tempo, attraverso la realizzazione di opere non conformi al bando di gara.

Inoltre non va sottaciuto che la vicenda si svolgeva in costanza di un giudizio promosso dalla stessa impresa appellante.

13.4. Del tutto legittimo appare il comportamento dell'amministrazione, laddove in presenza di un giudizio proposto contro l'aggiudicazione della gara da parte della stessa società appellante, ha esercitato il proprio potere di autotutela. Infatti essa ha esercitato un potere diverso ed autonomo rispetto a quello sottoposto al sindacato giurisdizionale. Inoltre nessuna norma impone all'amministrazione di rimanere inerte nel corso di un giudizio instaurato contro essa medesima.

13.5. Infine, corretto appare il comportamento dell'amministrazione, relativamente al procedimento che ha portato all'atto di esclusione, avendo essa consentito all'impresa appellante di partecipare al procedimento, adempiendo a tutti gli obblighi di pubblicazione e comunicazione dei provvedimenti emanati.

In conclusione nessun rimprovero di negligenza imprudenza o imperizia può essere fatto all'amministrazione comunale.

13.6. Nonostante l'assenza di colpa in capo l'amministrazione sia sufficiente per escludere la fondatezza dell'azione risarcitoria, il collegio osserva che nessun danno in concreto è stato lamentato dalla parte e, in ogni caso nessun principio di prova è stato fornito per il generico pregiudizio lamentato.

La difesa dell'appellante, in data 8 ottobre 2010, ha depositato una memoria contenente taluni conteggi tesi a quantificare il danno. Il collegio osserva che essi non solo non sono idonei a fornire il principio di prova del danno, ma si fondano sull'implicito errato presupposto che l'impresa appellante sia stata l'aggiudicataria virtuale della gara.

15. Gli appellati non hanno riproposto nella presente fase di riassunzione gli appelli incidentali. In ogni caso essi diventano improcedibili a seguito della riduzione dell'originario appello alle sole questioni risarcitorie.

16. In conclusione l'atto d'appello riassunto va rigettato e la sentenza va confermata sia pure con diversa motivazione, relativamente alla domanda risarcitoria originariamente proposta.

16. La difficoltà delle questioni trattate costituisce giusto motivo per compensare le spese del grado del giudizio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, rigetta

l'appello e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

***** , Presidente

***** , Estensore