Consiglio di Stato, sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 578

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto dalla S. U. degli S. di N., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall' avv.to Mario R. Spasiano, ed elettivamente domiciliato presso lo stesso, in Roma, via Cola di Rienzo, n. 111;

contro

I.I. L.L.C., in persona del legale rappresentante p.t., non costituitasi in giudizio;

e nei confronti

L. G. G. I. GMBH, in persona del legale rappresentante p.t., non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione I, n. 6399/07 pubblicata il 2-7-2007;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 2-12-2008 relatore il Consigliere Roberto Chieppa.

Udito l'avv. Di Mattia per delega dell'avv. Spasiano;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O E D I R I T T O

1. La S. U. degli s. di N. indiceva una gara per la fornitura di un "Sistema Sensore – Camera Digitale Aerofotogrammetria utilizzabile da aeromobili per telerilevamento per le esigenze del CRdC Benecon", da aggiudicarsi col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cui partecipavano soltanto due concorrenti.

Con la sentenza n. 6399/07 il Tar per la Campania accoglieva il ricorso proposto dalla I. I. L.L.C. avverso l'aggiudicazione della gara alla L. G. G. I. GMBH.

Il giudice di primo grado, dopo aver ritenuto tempestivo il ricorso, lo ha accolto sotto il profilo della violazione dell'art. 83 del d.lgs. 163/06, considerando illegittima l'individuazione da parte della Commissione dei sotto-criteri di valutazione delle offerte.

Rilevato che il contratto di appalto era stato nel frattempo eseguito, il Tar ha accolto la domanda di risarcimento del danno per equivalente, quantificato nel 4% del prezzo offerto in gara dalla I..

La Seconda Università degli studi di Napoli ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza per i motivi che saranno di seguito esaminati.

La I. I. L.L.C. e la L. G. G. I. GMBH, regolarmente intimate, non si sono costituite in giudizio.

All'odierna udienza la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Con il primo motivo l'U. appellante deduce l'irricevibilità del ricorso di primo grado perché tardivamente notificato rispetto all'effettiva conoscenza del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

La censura è fondata.

L'università appellante ha dimostrato che la I. I. L.L.C. ha avuto piena conoscenza dell'impugnato provvedimento il 7 dicembre 2006; data in cui ha ricevuto dall'Università via fax la nota n. 1163 dello stesso giorno contenente la comunicazione dell'aggiudicazione della gara alla controinteressata (doc. 16 fascicolo Leica in primo grado).

Tale nota, espressamente qualificata "comunicazione ai sensi dell'art. 79, comma 5, del D. Lgs. n. 163/2006", è pienamente idonea ad assolvere gli obblighi di comunicazione della stazione appaltante e, quindi, a far decorrere il termine di decadenza per la contestazione dell'esito della gara.

Nessun dubbio vi può essere sul mezzo di trasmissione utilizzato (fax), che era previsto dall'art. 10 del bando di gara quale modalità di comunicazione e di cui si era servita la stessa ricorrente per anticipare la richiesta di informazioni sull'esito della procedura (nota del 29-11-2006, anticipata via fax).

L'università ha risposto a tale nota, utilizzando lo stesso strumento (il fax) e, al riguardo, si osserva che se da tempo la giurisprudenza sta tutelando l'affidamento del privato negli atti della p.a., analoga tutela spetta anche all'affidamento dell'Amministrazione in atti e comportamenti del privato, che nella specie sono consistiti nell'aver utilizzato (e ritenuto, quindi, adeguato) lo strumento di comunicazione del fax.

Ciò costituisce una ulteriore ragione per ritenere la menzionata comunicazione legittima e soprattutto idonea a far decorrere il temine

per la notificazione del ricorso, avvenuta (tardivamente) in data 9 marzo 2007, oltre i sessanta giorni decorrenti dal 7 dicembre 2006.

Il ricorso di primo grado deve, quindi, essere dichiarato irricevibile nella parte in cui è chiesto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara.

3. Per quanto riguarda il risarcimento del danno la giurisdizione su tale domanda, affermata dal giudice di primo grado, non è stata contestata dall'appellante.

Il Collegio ritiene comunque, sussistente la propria giurisdizione ai sensi dell'art. 7, comma terzo, l. n. 1034/71 e successive modifiche.

4. Per quanto concerne il merito il Collegio è dell'opinione che l'irricevibilità dell'azione di annullamento conduca alla reiezione della domanda di risarcimento del danno, dovendosi prescindere dall'esame della doglianza tendente ad escludere la sussistenza del vizio dell'aggiudicazione ritenuto fondato dal giudice di primo grado (violazione dell'art. 83 d. Lgs. n. 163/06).

Non si ritiene infatti, di doversi discostare dal principio della sussistenza della c.d. pregiudiziale amministrativa, affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. plen. n. 12/2007) e dai propri precedenti specifici (Cons. Stato, VI, n. 3338/2002).

In relazione alle contrarie pronunce della Cassazione (Cass., sez. un., 13 giugno 2006 n. 13659 e n. 13660), la giurisprudenza di questo Consiglio ha già rilevato 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.

Ne consegue che la domanda di risarcimento del danno derivante da provvedimento non impugnato (o tardivamente impugnato, come nel caso di specie) è ammissibile, ma è infondata nel merito in quanto la mancata impugnazione dell'atto fonte del danno consente a tale atto di operare in modo precettivo dettando la regola del caso concreto, autorizzando la produzione dei relativi effetti ed imponendone l'osservanza ai consociati ed impedisce così che il danno possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione in esecuzione dell'atto inoppugnato.

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 (cfr., Cass. civ., II, 27 marzo 2003 n. 4538).

La pregiudiziale amministrativa è, quindi, strettamente connessa al principio della certezza della situazioni giuridiche di diritto pubblico, al cui presidio è posto il breve termine decadenziale di impugnazione dei provvedimenti amministrativi.

Non appare condivisibile la tesi contraria, secondo cui il termine decadenziale non rileva ai fini del risarcimento del danno, trattandosi di un termine previsto per garantire in breve tempo la certezza dell'intangibilità alla fattispecie provvedimentale, mentre la regolazione degli interessi in gioco non verrebbe posta in discussione da un'azione solo risarcitoria, nella quale la verifica della legittimità dell'atto è operata incidentalmente.

Infatti, del complessivo assetto degli interessi regolato da un atto non impugnato fa parte anche la componente economica, su cui influisce il risarcimento del danno ed, inoltre, in presenza di una decisione del giudice di accertamento dell'illegittimità di un provvedimento ai soli fini dell'esame di una domanda risarcitoria, l'obbligo di conformazione al giudicato dovrebbe implicare l'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo, con conseguente elusione del termine decadenziale.

Rispetto alle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche di diritto pubblico, cui il termine breve di impugnazione è funzionale, risulta di difficile compatibilità una fattispecie in cui il privato dopo essere rimasto silente (nel senso di non avere impugnato l'atto) dopo l'emanazione di un provvedimento amministrativo a lui sfavorevole agisca in via giurisdizionale nel più ampio termine prescrizionale di cinque anni, chiedendo il risarcimento del danno.

All'obiezione che si tratta della stessa situazione prevista dall'art. 2043 c.c. nei rapporti interprivatistici, si può replicare, evidenziando che anche in relazione all'esercizio del potere nei rapporti di diritto privato e all'impugnazione davanti al G.O. di atti amministrativi, in molti casi viene privilegiata tale esigenza di certezza con la previsione di termini decadenziali entro cui contestare la conformità a diritto di determinate situazioni giuridiche, la cui scadenza preclude anche l'azione risarcitoria: non è consentito domandare il risarcimento del danno per essere stati assoggettati illegittimamente a sanzione amministrativa mediante ordinanza-ingiunzione non impugnata ai sensi della l. 689/81; il lavoratore licenziato non può scegliere di optare per il risarcimento del danno, senza impugnare il recesso secondo le prescrizioni della l. 604/66; non può essere chiesto il risarcimento del danno in assenza di impugnativa di delibere condominiali o societarie, che hanno costituito la fonte del danno (per le seconde v. l'art. 2377, comma 6, c.c.).

Del resto, l'art. 7, terzo comma, della L. Tar prevede che "Il tribunale amministrativo regionale, nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative

all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali.

Il comma 5 dell'art. 35 del D. Lgs. n. 80/98 stabilisce che "Sono abrogati l'articolo 13 della legge 19 febbraio 1992, n. 142, e ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi".

In entrambe le disposizioni il legislatore, pur non affrontando direttamente la questione, ha qualificato le questioni risarcitorie collegate ad un provvedimento illegittimo, come questioni "consequenziali" rispetto all'annullamento di quest'ultimo, riconoscendo implicitamente che il risarcimento presuppone non un semplice accertamento incidentale dell'atto, ma il suo annullamento.

La disposizione implica, cioè, che, come si è rilevato, l'elemento oggettivo della fattispecie dell'illecito non sia l'atto amministrativo illegittimo, ma l'atto amministrativo annullato.

Va, infine, rilevato che l'applicazione del principio della c.d. pregiudiziale amministrativa non comporta alcuna restrizione della tutela giurisdizionale.

Dalle pronunce della Corte Costituzionale emerge che il risarcimento del danno è 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 (Corte Cost. n. 204/2004; n. 191/2006).

Il provvedimento amministrativo lesivo di un interesse sostanziale può essere aggredito in via impugnatoria, per la sua demolizione, e "conseguenzialmente" in via risarcitoria, per i suoi effetti lesivi, ponendosi, nell' uno e nell'altro caso, la questione della sua legittimità; nelle citate sentenze del giudice costituzionale, non vi è traccia di alcun sospetto di illegittimità costituzionale di siffatto disegno ed, anzi, sembra agevole inferirne il contrario (v. Cons. Stato, Ad. plen., n. 12/2007). Peraltro, in quei casi richiamati in precedenza in cui la contestazione dell'esercizio di poteri privatistici è assoggettata a termini decadenziali, il giudice ordinario mai si è posto il problema della costituzionalità della preclusione anche dell'azione risarcitoria in ipotesi di assenza di contestazioni nei termini di decadenza.

In conformità con l'orientamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, deve, quindi, ritenersi che la mancata tempestiva impugnazione di un provvedimento amministrativo impedisca di considerare illecita la condotta della p.a. e di conseguire il risarcimento del danno derivante da quel medesimo atto.

Facendo applicazione di tale principio al caso di specie, deve quindi essere respinta (nel merito) la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente di primo grado.

5. In conclusione, l’appello deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso proposto in primo grado deve essere in parte dichiarato irricevibile (con riferimento all'azione di annullamento) e in parte respinto (con riguardo alla domanda risarcitoria).

Alla soccombenza della I. I. L.L.C. seguono le spese del doppi grado di giudizio nella misura indicata in dispositivo, mentre sussistono giusti motivi per compensare le spese tra l'Università e la controinteressata.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata, in parte dichiara irricevibile e in parte respinge il ricorso di primo grado.

Condanna la ricorrente di primo grado alla rifusione in favore dell’U. appellante delle spese di entrambi i gradi del giudizio, liquidate nella complessiva somma di Euro 7.000,00, oltre IVA e CP; per il resto compensa.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 2-12-2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo Presidente

Luciano Barra Caracciolo Consigliere

Domenico Cafini Consigliere

Roberto Chieppa Consigliere Est.

Bruno Rosario Polito Consigliere

Presidente

GIUSEPPE BARBAGALLO

Consigliere

ROBERTO CHIEPPA

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 3/02/2009.