

Sul carattere “rimediale” della tutela risarcitoria

In tema di interesse connesso alla eventuale prospettiva risarcitoria, deve, ad avviso del Consiglio di Stato, farsi applicazione del recentissimo arresto della Sezione Unite della Corte di Cassazione (nn. 13659 e 13660/06), secondo cui l'azione risarcitoria da lesione di interesse legittimo è proponibile: a) innanzi al GA (e non innanzi al Giudice Ordinario, come pure si era in passato ritenuto da parte delle medesime SSUU); b) e anche a prescindere dall'utile previo esperimento della domanda di annullamento: l'intento è quello di allineare, quanto alle modalità e agli strumenti di tutela, le posizioni giuridiche soggettive qualificabili come interessi legittimi, alle posizioni giuridiche di diritto soggettivo

Spetta al GA (la cui competenza giurisdizionale è stata ora condivisibilmente riconosciuta dalle SSUU) da un lato esercitare la competenza giurisdizionale sull'azione autonoma di risarcimento, dall'altro cercare di individuare gli ulteriori elementi necessari a completare l'integrato sistema di tutela che viene a determinarsi, anche nella prospettiva di un meditato e definitivo intervento legislativo.

Merita di essere segnalata la decisione numero 2822 del 31 maggio 2007 del Consiglio di Stato per alcuni importanti, fondamentali, principi in essa contenuti:

< Il riferimento è in particolare al carattere “rimediale” della tutela risarcitoria così definito dal Giudice delle Leggi, che su tale base ha evidenziato come “la dichiarazione di incostituzionalità – pronunciata a carico di altre previsioni contenute nello stesso contesto normativo - non investe in alcun modo..... l'art. 7 della legge n. 205 del 2000 nella parte in cui (lettera c) sostituisce l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998”; atteso che “il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova materia attribuita alla sua giurisdizione, bensì 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”.>

ma non solo

< Pertanto, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'attribuzione al GA della cognizione della domanda risarcitoria (per quel che qui rileva) da lesione di interesse legittimo, la Corte Costituzionale (sentenza n. 191/06) ha evidenziato - in sede di interpretazione che vincola l'operatore - come l'esigenza avvertita dal legislatore sia stata quella di allineare, quanto alle modalità e agli strumenti di tutela, le posizioni giuridiche soggettive qualificabili come interessi legittimi, alle posizioni giuridiche di diritto soggettivo (diverse, ma non per questo meritevoli di maggiore attenzione quanto agli strumenti di tutela).>

e ancora:

<Né, ad un attento esame, può affermarsi che riconoscere il rimedio risarcitorio da lesione di interesse legittimo si porrebbe in contraddizione con la condivisibilmente preclusa possibilità di disapplicazione dell'atto/provvedimento amministrativo. E ciò in quanto, a ben vedere, disporre il rimedio risarcitorio per gli effetti prodotti dal provvedimento vuol dire proprio postulare la sua efficacia e non già quindi la sua disapplicazione. Né contraddice il dovere della PA e degli attori dell'ordinamento, di agire nel rispetto di atti amministrativi efficaci, una volta che la responsabilità risarcitoria trova ragione proprio nell'atto amministrativo in ipotesi illegittimo e quindi si intesta

alla PA che lo ha emesso e che non lo ha ritirato, ponendo quindi in essere l'esclusivo presupposto della sua efficacia>

non dobbiamo però trascurare le seguenti due osservazioni:

< Peraltro dovrebbe restare quale punto fermo che, in assenza del tempestivo esperimento del rimedio demolitorio/annullatorio, non sia possibile contemplare il risarcimento in forma specifica, atteso che ciò integrerebbe una fattispecie, essa sì, elusiva del termine normativamente previsto per l'esperimento dell'azione di annullamento.

Dovrà infine valutarsi la possibilità di tener conto in sede di quantificazione del danno eventualmente risarcibile della scelta – da ponderarsi caso per caso - operata dall'interessato in ordine alla non attivazione del rimedio demolitorio/annullatorio>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

N. 2822/07 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 8186 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2005
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 8186/2005, proposto da *** S.P.A. corrente in MASSAFRA (TA), in persona del legale rappresentante p.t., in qualità di mandataria dell'ATI con Detrasud srl rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Ernesto Sticchi Damiani e Luigi Nilo con domicilio eletto in Roma presso il primo in via Bocca di Leone n. 78 (Studio BDL)

contro

AUSL TA/1 in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dall'avv. Filippo Panizzolo con domicilio in Roma via Cosseria n. 2 presso Alfredo Placidi

**

per la riforma

della sentenza del TAR Puglia II sez. di Lecce n. 2775/2005, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE SERVIZI DI CUSTODIA E GESTIONE MAGAZZINO C/O PRESIDIO OSPEDALIERO;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'AUSL TA/1

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza dell'11 luglio 2006, relatore il Consigliere Nicola Russo ed uditi, altresì, gli avvocati Sticchi Damiani e Ambrosino per delega di Panizzolo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza oggetto del presente appello il TAR ha respinto il ricorso presentato avverso la determinazione assunta dall'AUSL appellata di non procedere all'aggiudicazione in favore dell'appellante della gara per cui è causa, in applicaione della clausola di gara che attribuiva tale facoltà in ipotesi di una sola offerta valida. E ciò in quanto le altre due offerte in gara erano risultate una inammisibile e l'altra non aveva superato la soglia di punteggio prevista per l'accesso alla fase finale di valutazione delle offerte economiche.

Con l'atto di appello l'originaria ricorrente contesta la sentenza in particolare evidenziando come sia sulla base delle disposizioni di legge sia sulla base delle previsioni di gara, non sarebbe consentito ritenere integrata la fattispecie di una sola offerta valida, allorchè vi siano state offerte ammesse e valutate e che solo in sede di apprezzamento tecnico non abbiano raggiunto il punteggio necessario per accedere alla fase finale della comparazione.

In sede cautelare, con ordinanza n. 1230/06 la Sezione ha accolto l'istanza di sospensione «con il conseguente prosieguo delle operazioni di gara, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione»

In vista dell'udienza di merito l'AUSL ha eccepito la sopravvenuta improcedibilità del ricorso allegando che la medesima amministrazione appellata con deliberazione direttoriale n. 962/06 l'AUSL riparizzando le circostanze di pubblico interesse sottese alla determinazione di esternalizzare i servizi in oggetto e di indire la gara per cui è causa, ha motivatamente ritenuto di annullare (rectius revocare) l'indizione medesima e quindi l'intero procedimento di gara.

In discussione e con le depositate note di udienza parte appellante che aveva depositato memoria illustrativa del merito della controversia, ha resistito alla eccepita eccezione di improcedibilità.

Alla pubblica udienza dell'11 luglio 2006 il ricorso è stato spedito

DIRITTO

Assume valenza assorbente la eccezione proposta dall'AUSL appellata con memoria 29.6.06, relativa alla improcedibilità dell'originario ricorso introduttivo del giudizio.

Ed invero l'AUSL ha allegato che, con deliberazione 962/06 la medesima amministrazione appellata, ha annullato la determinazione di porre in gara il servizio per cui in causa, sulla base di nuovo apprezzamento in termini di pubblico interesse. Trattasi, quindi, di revoca, come giustamente la medesima difesa dell'appellata qualifica l'atto in commento.

Parte appellante con le depositate note di udienza e nel corso della stessa udienza di merito ha resistito all'eccezione di improcedibilità affermando che:

- il nuovo atto, costituendo revoca e non autoannullamento, lascerebbe integro l'interesse alla decisione del ricorso "al fine di ottenere l'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies l. 241/90";
- sussisterebbe comunque un interesse ad una "esemplare condanna alle spese";
- permarrebbe comunque l'interesse all'annullamento dell'atto impugnato in primo grado in vista della eventuale tutela risarcitoria;

Tutti tali ordini argomentativi devono essere disattesi.

Quanto al primo, l'ottenibilità dell'indennizzo ex art. 21 cit., è questione che afferisce direttamente alla determinazione di revoca e ai suoi effetti e quindi esula dall'ambito del presente giudizio.

Quanto al secondo profilo, può evidenziarsi che alla luce della indubbia complessità della questione posta dal ricorso, anche a voler confermare, nel carattere sommario della deliberazione volta alla cd. soccombenza virtuale, l'apprezzamento per le censure già manifestato dalla Sezione in sede cautelare, le spese meriterebbero comunque piena compensazione. alla stregua della peculiarità della fattispecie relativa alla complessa distinzione tra offerte invalide e offerte che non superano una determinata soglia di punteggio.

Quanto infine al terzo profilo e cioè quanto all'interesse connesso alla eventuale prospettiva risarcitoria, deve, ad avviso del Collegio, farsi applicazione del recentissimo arresto della Sezione Unite della Corte di Cassazione (nn. 13659 e 13660/06), secondo cui l'azione risarcitoria da lesione di interesse legittimo è proponibile:

- innanzi al GA (e non innanzi al Giudice Ordinario, come pure si era in passato ritenuto da parte delle medesime SSUU);
- e anche a prescindere dall'utile previo esperimento della domanda di annullamento.

E, come tale, deve essere deliberata dal G.A. all'uopo investito.

A tal fine appare, però, opportuno completare le argomentazioni poste a base delle pronunce delle SSUU, evidenziando in primo luogo come le stesse, a ben vedere, non si pongono in aperta contraddizione con il noto arresto rappresentato da Adunanza Plenaria n. 4/03, atteso che tracciano un possibile sbocco della successiva evoluzione ordinamentale recata dall'interpretazione che la

Corte Costituzionale (con le note sent. n. 204/04 e n. 191/06) ha fornito alla tutela risarcitoria da lesione di interessi legittimi.

Il riferimento è in particolare al carattere “rimediale” della tutela risarcitoria così definito dal Giudice delle Leggi, che su tale base ha evidenziato come “la dichiarazione di incostituzionalità – pronunciata a carico di altre previsioni contenute nello stesso contesto normativo - non investe in alcun modo..... l’art. 7 della legge n. 205 del 2000 nella parte in cui (lettera c) sostituisce l’art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998”; atteso che “il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova materia attribuita alla sua giurisdizione, bensì 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”.

Sulla natura rimediale della tutela risarcitoria insiste la Corte Costituzionale con la sentenza n. 191/06 evidenziando come la stessa “costituisca attuazione del precetto dell’art. 24 Cost. là dove questo esige che la tutela giurisdizionale sia effettiva”.

Pertanto, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell’attribuzione al GA della cognizione della domanda risarcitoria (per quel che qui rileva) da lesione di interesse legittimo, la Corte Costituzionale ha evidenziato - in sede di interpretazione che vincola l’operatore - come l’esigenza avvertita dal legislatore sia stata quella di allineare, quanto alle modalità e agli strumenti di tutela, le posizioni giuridiche soggettive qualificabili come interessi legittimi, alle posizioni giuridiche di diritto soggettivo (diverse, ma non per questo meritevoli di maggiore attenzione quanto agli strumenti di tutela).

Così evidenziate le ragioni fondamentali poste a base del recente arresto delle SSUU, il Collegio rileva come il GA non abbia ragione di discostarsi dalle stesse, che condivisibilmente esaltano la rilevanza della figura soggettiva (interesse legittimo) tradizionalmente devoluta alla sua cognizione; e, inoltre, dopo precedenti diversi orientamenti, riconoscono nel medesimo GA il giudice cui si intesta la cognizione di ogni strumento di tutela relativo a tali posizioni giuridiche.

Né, ad un attento esame, può affermarsi che riconoscere il rimedio risarcitorio da lesione di interesse legittimo si porrebbe in contraddizione con la condivisibilmente preclusa possibilità di disapplicazione dell’atto/provvedimento amministrativo. E ciò in quanto, a ben vedere, disporre il rimedio risarcitorio per gli effetti prodotti dal provvedimento vuol dire proprio postulare la sua efficacia e non già quindi la sua disapplicazione. Né contraddice il dovere della PA e degli attori dell’ordinamento, di agire nel rispetto di atti amministrativi efficaci, una volta che la responsabilità risarcitoria trova ragione proprio nell’atto amministrativo in ipotesi illegittimo e quindi si intesta alla PA che lo ha emesso e che non lo ha ritirato, ponendo quindi in essere l’esclusivo presupposto della sua efficacia.

Allo stesso tempo il Collegio evidenzia come il sistema così delineato, presenti indubbi spazi di ulteriore completamento che dovranno necessariamente essere colmati per quanto possibile in via pretoria, auspicandosi anche un definitivo intervento normativo.

Del resto la materia del processo amministrativo e delle questioni sostanziali conoscibili dal GA, rappresenta, soprattutto negli ultimi anni, uno dei non molti esempi di rapporto virtuoso tra evoluzione giurisprudenziale e consolidamento legislativo dei principi in tal modo acquisiti.

Con riguardo alla specifica questione in esame, non par dubbio da un lato come non sembri rispondere a complessiva coerenza del sistema giurisdizionale rigettare l’approdo sistematico cui sono pervenute le SSUU alla luce della oggettiva novità recata dalla qualificazione che la Corte Costituzionale ha operato in ordine al “rimedio” risarcitorio. E ciò soprattutto una volta che tale approdo si presta ad essere completato in una prospettiva di coerenza evolutiva della definizione degli ambiti della cognizione del GA e del suo ruolo regolatore.

In tale prospettiva, spetta al GA (la cui competenza giurisdizionale è stata ora condivisibilmente riconosciuta dalle SSUU) da un lato esercitare la competenza giurisdizionale sull’azione autonoma di risarcimento, dall’altro cercare di individuare gli ulteriori elementi necessari a completare

l'integrato sistema di tutela che viene a determinarsi, anche nella prospettiva di un meditato e definitorio intervento legislativo.

Trattasi di profili che ai fini dell'odierna pronuncia non è necessario affrontare e risolvere, apparendo peraltro opportuno evidenziarne gli ambiti di rilevanza.

Trattasi peraltro di questioni niente affatto secondarie, ma che non per questo devono indurre a rigettare la prospettiva innovativamente e condivisibilmente abbracciata dalle SSUU.

Tali questione possono essere come appresso enucleate.

Si tratta in particolare di stabilire in primo luogo se il "rimedio" risarcitorio da lesione di interesse legittimi debba ritenersi sottoposto a decadenza (come è per il "rimedio" demolitorio/di annullamento) o a prescrizione (come è per l'azione risarcitoria da lesione di diritto soggettivo).

E se, dunque, sia soggetto a termine di decadenza di 60 giorni come è per il rimedio demolitorio (ma sul punto le SSUU hanno avvertito in ordine al carattere eccessivo di tale contingentamento del termine che per l'azione di annullamento trova invece piena giustificazione nell'esigenza di stabilizzare la "regola" rinveniente dall'atto amministrativo, sulla base pertanto di esigenza non riproducibile in termini simmetrici, avendo riguardo al "rimedio" solo risarcitorio); ovvero a termine di prescrizione quinquennale (come è per la prescrizione quinquennale dell'azione risarcitoria da illecito aquiliano), con il rischio di un eccessivo dilatamento dei tempi di definizione di fattispecie che mantengono la peculiare importanza connessa all'esercizio del pubblico potere.

Peraltro dovrebbe restare quale punto fermo che, in assenza del tempestivo esperimento del rimedio demolitorio/annullatorio, non sia possibile contemplare il risarcimento in forma specifica, atteso che ciò integrerebbe una fattispecie, essa sì, elusiva del termine normativamente previsto per l'esperimento dell'azione di annullamento.

Dovrà infine valutarsi la possibilità di tener conto in sede di quantificazione del danno eventualmente risarcibile della scelta – da ponderarsi caso per caso - operata dall'interessato in ordine alla non attivazione del rimedio demolitorio/annullatorio (cfr. 1227 cc).

Trattasi come è ben chiaro di questioni che danno corpo all'avvertita necessità che il GA, se da un lato non deve sottrarsi all'ambito di giurisdizione che le SSUU hanno ritenuto di riconoscere anche nella prospettiva della cognizione della domanda autonoma di "rimedio risarcitorio", dall'altro è chiamato proprio da tale attribuzione a definire termini e limiti dell'esperibilità del rimedio, in tal modo fornendo anche elementi per l'auspicato autonomo intervento definitorio del legislatore.

Tanto premesso, l'eccezione di improcedibilità sollevata dall'AUSL appellata non può, dunque, efficacemente essere contrastata con la prospettazione dell'interesse di parte appellante ad eventualmente proporre domanda risarcitoria, atteso che l'astratta proponibilità della stessa, come detto, non risulta condizionata al previo annullamento dell'atto amministrativo impugnato.

Sussistono valide ragioni per disporre la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, dichiara improcedibile il ricorso proposto in primo grado e, per l'effetto, annulla senza rinvio la sentenza impugnata.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio dell'11 luglio 2006 con l'intervento dei Sigg.ri:

Emidio Frascione	Presidente
Raffaele Carboni	Consigliere
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere estensore
Michele Corradino	Consigliere

L'ESTENSORE
f.to Nicola Russo

IL PRESIDENTE
f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 31/05/07

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

P. IL DIRIGENTE

Livia Patroni Griffi