

Pubblicato il 20/07/2020

N. 00629/2020REG.PROV.COLL.

N. 00838/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 838 del 2016, proposto dal Consorzio Stabile OMISSIS s.c.a.r.l. in proprio e quale mandataria del r.t.i., Cos.It s.r.l. in proprio e quale componente del R.T.I., Lavoro Sud s.r.l. in proprio e quale componente del r.t.i., OMISSIS/OMISSIS in proprio e quale componenti del r.t.i., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Filippo Lattanzi e dall'avvocato Salvatore Iacuzzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Cristiano Bevilacqua in Palermo, via Campolo n. 72;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello 40;

nei confronti

Cons. Coop. - Consorzio OMISSIS, in proprio e quale Mandataria del Rti, Società A.T.P. OMISSIS/OMISSIS/ Mandante del R.T.I. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) n. 366/2016, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Provinciale di Agrigento;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84 del decreto-legge n. 18 del 2020 e l'art. 4 del decreto-legge n. 28 del 2020 convertito con modificazioni dalla legge 25 giugno 2020 n. 70.

Relatore il cons. Antonino Caleca nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2020, svoltasi con partecipazione da remoto dei magistrati ai sensi dell'art. 84, d.l. n. 18/2020 senza discussione orale e decisa sugli atti.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Consorzio Stabile OMISSIS s.c. a r.l. ricorre in appello per chiedere la riforma della sentenza emessa dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sez. I, 9 febbraio 2016 n. 366.

Con il ricorso di primo grado parte oggi appellante ha promosso azione di risarcimento dei danni per equivalente monetario, al fine di fare valere la responsabilità aquiliana dell'Azienda sanitaria provinciale di Agrigento per la mancata declaratoria di decadenza dall'aggiudicazione disposta in favore di CONS.COOP e, conseguentemente, per la mancata aggiudicazione in suo favore dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione ed adeguamento a norma del Presidio Ospedaliero "S. Giacomo d'Altopasso", di Licata.

Il Consorzio OMISSIS ha originariamente impugnato la deliberazione di approvazione dello schema di contratto con ricorso (R.G. n. 229/2011) dichiarato inammissibile dal Tribunale Amministrativo Regionale con sentenza n. 676/2011, confermata in grado di appello con sentenza del C.G.A. n. 207/2012.

Secondo il Consorzio OMISSIS la proposizione dell'originario ricorso volto all'annullamento degli atti ed il suo esito negativo, sia in primo che in secondo grado, non sarebbe ostativo all'esperimento, ora, dell'azione risarcitoria stante l'assoluta autonomia delle due azioni e non costituendo le precedenti decisioni amministrative un giudicato ostativo ad una nuova ed autonoma rivalutazione di vizi amministrativi degli atti non specificatamente scrutinati nel precedente giudizio.

2. Il giudice di primo grado ha respinto il ricorso perché:

- non può predicarsi la assoluta non comunicabilità fra l'esito del pregresso giudizio di annullamento e la proposizione dell'ulteriore giudizio risarcitorio, come, del resto, indirettamente confermato, sul piano degli effetti sostanziali e processuali, dall'incidenza del primo ai fini interruttivi della prescrizione sul secondo;

- nel caso di specie, quindi, deve farsi applicazione dell'art. 30, co. 3, cod. proc. amm., a tenore del quale "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" con la conseguenza che l'affermazione di parte ricorrente, secondo cui la predetta

avrebbe tempestivamente impugnato il provvedimento (asseritamente) lesivo (v. pag. 7 ricorso), si infrange sull'esito del giudizio di annullamento conclusosi, anche in grado di appello, con una declaratoria di inammissibilità;

- la richiesta risarcitoria contrasta con il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile (cioè ogni aspetto sottoposto al vaglio del giudice, anche se poi non espressamente affrontato);

- la procedura posta in essere dall'ASP è rimasta confermata nella sua legittimità dalla declaratoria di inammissibilità del ricorso per l'annullamento del provvedimento asseritamente illegittimo;

- la tesi di parte ricorrente si infrange anche col divieto del *ne bis in idem* atteso che l'eventuale esame nel merito dei profili di illegittimità ora dedotti a presupposto dell'azione risarcitoria implicherebbe una sostanziale ripetizione di quel medesimo giudizio di annullamento già negativamente definito con sentenza di primo e di secondo grado.

3. Ricorre in appello il Consorzio OMISSIS con motivi che possono così sintetizzarsi:

- è errata la parte della sentenza che non riconosce la mancanza di ogni colpa o negligenza in capo dell'odierna appellante nell'adottare ogni iniziativa processuale disciplinata dal codice per far valere, nei termini, i vizi del provvedimento amministrativo che è considerato la causa del danno asseritamente subito; a tal fine si ricostruiscono i momenti significativi dell'iter che ha caratterizzato l'appalto e la modifica soggettiva del soggetto risultato aggiudicatario e dedotta come illegittima da parte appellante (fino a pag. 19);

- non possono trovare applicazione i principi secondo cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile ed il principio del *ne bis in idem* perché i precedenti giudicati sono di natura processuale e non di natura sostanziale.

Da pag. 20 in poi, quindi, si ripropongono i motivi già rappresentati nel primo procedimento e, secondo il redattore dei motivi, non scrutinati dai primi giudici che proverebbero l'illegittimità dell'agire della stazione appaltante che avrebbe così procurato il danno lamentato.

4. Anche in questo grado di giudizio si è costituita l'Azienda sanitaria provinciale di Agrigento chiedendo la reiezione del ricorso in appello.

5. All'udienza del 7 luglio 2020 la causa è stata assunta in decisione.

6. L'appello è infondato.

6.1. Viene all'esame del Collegio la problematica relativa al rapporto che intercorre tra l'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno per comportamento colpevole della Pubblica Amministrazione e l'azione volta alla demolizione degli atti illegittimi asseritamente adottati dalla stessa.

In modo specifico si sottopone al Collegio la disamina dei rapporti che debbono intercorrere tra l'azione demolitoria precedentemente esperita con conclusione non favorevole al ricorrente e la nuova azione per risarcimento danni riproposta in modo ora autonomo ma con cui si ripropone l'esame degli stessi vizi prospettati nel precedente procedimento.

6.2. E' pacifico che l'azione volta al risarcimento possa essere autonomamente proposta anche in assenza di una precedente o coeva azione demolitoria.

Tale autonomia, però, non può essere declinata in modo assoluto fino ad addivenire ad un giudizio di assoluta irrilevanza delle decisioni del giudice adottate in sede di un giudizio di annullamento preventivamente esperito.

Nella fattispecie sottoposta all'esame del Collegio le linee guida irrinunciabili rimangono il principio del *ne bis in idem* e il principio del dedotto e deducibile al fine di scongiurare che:

- la nuova azione richieda al giudice una reiterata valutazione degli stessi fatti e delle stesse questioni giuridiche già scrutinate dal primo giudice con il rischio di addivenirsi a sentenze contrastanti;

- l'azione per danni non divenga un modo per proporre nuovi motivi e nuove deduzioni al di fuori dei termini di decadenza stabiliti dal codice del processo amministrativo.

La proposizione di una susseguente ed autonoma azione ex art 30 c.p.a., a fronte di un previo sfavorevole giudizio demolitorio, che rivaluti le medesime doglianze, può trovare legittimazione solo ove si sia in presenza di una precedente pronuncia sul rito che deve essere presa in considerazione solo al fine di escludere o meno la diligenza del danneggiato nel tutelare le proprie aspettative.

Nel far valere le ragioni del danno non possono essere proposte questioni giuridiche già scrutinate, nel merito, con il primo giudizio.

Sostiene parte appellante che: "Si tratta di una eccezione che non ricorre nel caso in esame, essendosi le due sentenze (Tar Sicilia n. 676/2011 e CGARS n. 207/2012) limitate a prendere atto della tardività dell'impugnativa e della insussistenza dell'interesse, senza alcun cenno a questioni di diritto sostanziale sottese, né, tanto meno, alla infondatezza dei vizi denunciati dal Consorzio OMISSIS."

L'assunto ad avviso del Collegio non è condivisibile.

Le motivazioni delle due sentenze si integrano e la motivazione della sentenza di secondo grado completa la motivazione adottata dalla sentenza di primo grado.

Il primo giudice non si è limitato alla mera inammissibilità ma ha anche qualificato la posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio: "*Sicché ha qualificato la situazione dedotta in giudizio non già di interesse legittimo, bensì di mero fatto, in quanto la ricorrente, per poter aspirare all'aggiudicazione della gara o anche solo alla sua ripetizione, dovrebbe sperare che l'Amministrazione proceda al ritiro in autotutela della non impugnata aggiudicazione; laddove tale potere di secondo grado è espressione di una libera facoltà amministrativa, a fronte della quale non ci sono situazioni di interesse legittimo*" (C.G.A.R.S. n. 207/2012).

Ha aggiunto il giudice di secondo grado: "*non può esservi dubbio che con la predetta nota l'amministrazione ha manifestato in modo chiaro la volontà di non dar seguito alle contestazioni della parte appellante; che, al più, avrebbe dovuto formulare le proprie doglianze in proposito nei termini decadenziali dalla ricezione della comunicazione reiettiva (pacificamente avvenuta immediatamente dopo il 1 ottobre 2010).*"

Deve, dunque, confermarsi la sentenza appellata, in punto di insufficienza dell'impugnazione dello schema di contratto approvato per radicare un interesse qualificato; vieppiù sul rilievo che essa non può valere quale gravame (implicito o esplicito) avverso la modifica della struttura soggettiva della parte contro interessata, quand'anche si considerino gli ulteriori atti (all'occorrenza) impugnati, se non altro in considerazione della tardività della relativa contestazione."

Sul punto specifico si chiede a questo giudice una nuova deliberazione.

L'autonomia dell'azione per danno non può essere intesa in modo talmente ampio da superare un precedente giudicato che abbia deciso sulle identiche questioni.

Dall'intero corpo motivazionale dell'appello si deve dedurre come venga richiesto a questo Consiglio di "rivedere" una precedente decisione che è ormai caratterizzata dalla forza del giudicato: una pronunzia favorevole in questa sede, realizzerebbe così, in astratto, quell'oggettivo contrasto di giudicati che l'ordinamento non può in alcun modo tollerare.

La infondatezza del motivo scrutinato copre ogni altra doglianza dovendosi l'esame fermarsi innanzi ad un insuperabile ostacolo non potendosi passare ad esaminare le doglianze di primo grado riproposte, previo accoglimento del primo motivo, con gli ulteriori motivi di appello.

L'appello, pertanto, deve essere respinto.

7. Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e si determinano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte appellante alle spese del presente grado di giudizio che determina in euro 2.500,00 (duemilacinquecento) oltre spese accessorie se dovute per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2020, tenutasi da remoto in videoconferenza, con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Nicola Gaviano, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

Giuseppe Verde, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Antonino Caleca

Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO