



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 644 del 2011, proposto da:
Fiorenzo Calvo e Alberto Rivelli, in proprio e quali rappresentanti legali della
Farmacia Chimica Torinese s.a.s., rappresentati e difesi dagli avv. Massimo Andreis
e Mario Contaldi, con domicilio eletto presso avv. Mario Contaldi in Roma, via
Pierluigi da Palestrina, n. 63;

contro

Fondazione Ordine Mauriziano, rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo
Montanaro, Mario Tortonese e Guido Francesco Romanelli , con domicilio eletto
presso avv. Guido Francesco Romanelli in Roma, via Cosseria n. 5; Stefania Ielo e
Giuliana D'Arcangelo, rappresentate e difese dagli avv. Massimo Occhiena,
Aristide Police e Alberto Maria Musy, con domicilio eletto presso avv. Aristide
Police in Roma, via di Villa Sacchetti, n. 11;

nei confronti di

Marco Brondello e Giorgio Cravero, rappresentati e difesi dagli avv. Aristide Police, Alberto Maria Musy e Massimo Occhiena, con domicilio eletto presso avv. Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti, n. 11;

per l'ottemperanza

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. VI n. 03511/2010, resa tra le parti, concernente PROCEDURA DI VENDITA DI AZIENDA FARMACEUTICA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Ordine Mauriziano, Giuliana D'Arcangelo e Stefania Ielo, e di Giorgio Cravero;

Viste le memorie difensive;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2011 il consigliere Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Andreis, Montanaro e Occhiena;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con atto notificato il 14 gennaio 2011 e depositato il 28 gennaio 2011 i dottori Fiorenzo Calvo e Alberto Rivelli hanno proposto ricorso per l'ottemperanza e/o l'esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato-Sezione VI, n. 3511 in data 25 maggio 2010, depositata il 3 giugno 2010, non passata ancora in giudicato, con cui è stato accolto il ricorso presentato dagli stessi avverso la sentenza di rigetto emessa dal Tribunale amministrativo per il Piemonte – Sezione I n. 2333 dell'8 ottobre 2009, e sono state fatte salve altresì “le azioni risarcitorie e gli eventuali ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione, ai fini del risarcimento per

equivalente ovvero della soddisfazione in forma specifica dell'interesse degli odierni appellanti”.

2.1 - A seguito della predetta sentenza del T.A.R., la Fondazione Ordine Mauriziano ha ritenuto di revocare, con delibera commissariale n. 22 del 29 gennaio 2010, la procedura di gara fino ad allora espletata per la vendita della propria azienda farmaceutica e ha dato corso a nuova gara, la terza (essendo il primo esperimento andato deserto), che si concludeva con l'aggiudicazione a favore delle attuali parti appellate.

2.2 - Anche questi ultimi atti sono stati impugnati dai dottori Calvo e Rivelli e il T.A.R. - Sezione I, con ordinanza n. 290 del 22 aprile 2010, ha respinto l'istanza cautelare, fra l'altro ritenendo “incensurabile nel merito e rispettosa dell'esito del pregresso contenzioso la decisione di annullare la prima procedura di vendita”.

2.3 - Il Consiglio di Stato – Sezione VI, con ordinanza n. 2324 del 25 maggio 2010, ha respinto l'appello cautelare, specificando che:

- a) “rientra, in astratto, tra i poteri di autotutela dell'Ente pubblico procedere alla “revoca” di tutti gli atti della precedente procedura di vendita, a seguito di una valutazione di inattualità e non convenienza economica;
- b) la nuova procedura di vendita è esente da vizi propri;
- c) sono salvi gli eventuali provvedimenti di autotutela da parte della Fondazione in ordine al provvedimento di revoca della prima procedura di vendita e agli atti della nuova procedura di vendita, alla luce della decisione assunta dalla Sezione, in data odierna, in separato appello avente ad oggetto la prima procedura di vendita (r.g. n. 10598/2009).”

3. - Questo Consesso, proprio in virtù dell'adozione della anzidetta delibera commissariale n. 22/2010, con la sentenza in epigrafe ha ritenuto di evidenziare nella parte motiva che:

“ Tale sopravvenuta delibera rende il ricorso odierno improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse solo in relazione al profilo di conseguire la reviviscenza degli atti impugnati in prime cure, atteso che tali atti sono stati comunque revocati da parte di FOM, sicché comunque gli odierni appellanti, anche in caso di esito positivo dell'appello, non potrebbero più conseguire l'aggiudicazione della gara ormai interamente ritirata, a meno che la FOM non ritiri, in autotutela, la delibera n. 22/2010 e gli atti successivi. Residua tuttavia la procedibilità dell'appello al diverso fine della eventuale tutela risarcitoria che, in caso di esito positivo dell'appello, potrebbe essere azionata nei confronti della FOM e dei controinteressati ricorrenti in primo grado”.

4. - Parte ricorrente, quindi, con il ricorso de quo chiede:

- che venga ordinato alla Fondazione Ordine Mauriziano di adottare tutti gli atti necessari a disporre entro e non oltre trenta giorni il ritiro in via di autotutela: a) della deliberazione 29 gennaio 2010 n.22, avente ad oggetto il recesso dalle operazioni della prima procedura di vendita e l'avvio della seconda procedura; b) di tutti i successivi atti adottati della nuova procedura, ivi compresa l'aggiudicazione a favore dei controinteressati e gli atti consequenziali (compreso l'atto di dismissione a favore dei controinteressati);
- la nomina di un commissario ad acta, per l'ipotesi di perdurante inottemperanza della Fondazione nonostante il decorso del suddetto termine dei trenta giorni;
- in subordine, la condanna della Fondazione e, anche solidalmente, dei controinteressati al risarcimento dei danni tutti patiti e patienti dai ricorrenti in conseguenza del mancato conseguimento dell'aggiudicazione, con rivalutazione monetaria e interessi di legge;
- ove necessario, la previa fissazione, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a. di criteri in base ai quali le parti resistenti dovranno proporre a favore di parte ricorrente il pagamento di una somma entro un congruo termine, con riserva, in caso di

mancato accordo, di proporre ulteriore ricorso per ottemperanza per chiedere la determinazione della somma dovuta.

5. - La Fondazione si è costituita il 5 febbraio 2011 sostenendo la legittimità della procedura espletata e dei provvedimenti impugnati; soggiunge di aver proposto dinanzi alla Corte di Cassazione, con atto notificato il 10 novembre 2010, ricorso per motivi di giurisdizione ex articolo 110 c.p.a. avverso la nominata sentenza di questo Consiglio – Sezione VI n. 3511/2010 in epigrafe, anche se, su tale questione, prima il T.A.R., con la sentenza n. 2333/2009, e poi lo stesso Consiglio hanno ritenuto sussistente nella fattispecie la giurisdizione del giudice amministrativo.

Eccepisce comunque l'inammissibilità del presente ricorso per ottemperanza mancandone i presupposti, posto che l'istanza risarcitoria è stata proposta per la prima volta in questa sede e l'amministrazione ha assunto la determinazione di procedere ad indire una nuova gara, alla quale gli attuali ricorrenti hanno partecipato sia pure con riserva, determinazione che sia il TAR che questo Consesso hanno ritenuto, in sede cautelare, legittima.

6. - In data 11 febbraio 2011 si sono costituiti i dottori D'Arcangelo e Ielo, controinteressati, depositando una memoria sostanzialmente a sostegno dell'operato della Fondazione, e il dott. Cravero che, nel ribadire l'inammissibilità del ricorso in ottemperanza, ha dedotto un ulteriore profilo di inammissibilità, in quanto lo stesso è stato proposto anche nei suoi confronti pur non avendo partecipato alla gara oggetto della sentenza n. 3511/2010.

7. - Alla Camera di Consiglio dell'8 aprile 2011, intervenuti i legali delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. - Ciò premesso in fatto, il ricorso in epigrafe è inammissibile.

9.1 - In effetti la sentenza di cui si chiede l'ottemperanza, nel disporre l'accoglimento del ricorso, a ben leggere non contiene puntuali e definitive indicazioni decisorie volte alla sua immediata esecuzione e concreta applicazione.

La sentenza demanda infatti all'Amministrazione ogni valutazione circa il ritiro in autotutela della delibera n. 22/2010 e degli atti successivi con la conseguente "reviviscenza" degli atti impugnati in prime cure. Ma la Fondazione ha per l'appunto esaurito tale possibilità con la revoca degli atti della seconda procedura di gara (il primo esperimento, si rammenta, era andato deserto) e l'indizione di una nuova gara, poi portata a conclusione.

Tale determinazione, assunta proprio nell'ambito di valutazione discrezionale spettante alla Fondazione, è stata, come si è visto, ritenuta corretta e insindacabile dal TAR e da questo Consiglio sia pure in sede cautelare.

9.2 - Viene meno così, contrariamente a quanto sostenuto dai ricorrenti, uno dei presupposti sui quali si fonda il ricorso all'esame, e quindi la richiesta di tutela specifica, tanto più se si considera che pende tuttora il giudizio di merito sulla terza procedura di gara.

10. - La questione che attiene alla domanda risarcitoria si rivela invece più complessa, in particolare alla luce dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, e soprattutto ha riguardo alla domanda stessa quando proposta per la prima volta nel giudizio di ottemperanza.

11.1 - I ricorrenti non a caso si richiamano agli articoli 112, commi 2 lettera b), 3 e 4 - 30 e 34 del c.p.a., ma proprio la istanza di risarcimento de qua non trova nella fattispecie positivi supporti in quelle disposizioni.

La Sezione infatti intende al riguardo conformarsi all'orientamento da ultimo espresso, per l'appunto alla luce del citato c.p.a., dalla Sezione V del Consiglio di Stato, con sentenza n. 2031 del 21 gennaio 2011, secondo cui la domanda risarcitoria, anche qualificata come autonoma, non può essere proposta per la

prima volta in sede di giudizio di ottemperanza, e il giudice dell'ottemperanza è vincolato alla sentenza da ottemperare e deve attenersi al "dictum" della stessa.

11.2 - E' stato così sottolineato come il nuovo codice, sul punto, ha sancito un determinato orientamento giurisprudenziale formatosi in precedenza, che ammetteva la proposizione della domanda risarcitoria in sede di ottemperanza solo per il ristoro dei danni insorti in occasione dell'esecuzione del giudicato (cfr, fra le tante, Cons. St., V, 28 febbraio 2006, n. 861; Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080).

La possibilità di proporre nel giudizio di ottemperanza la "connessa domanda risarcitoria" costituisce pertanto una delle più significative innovazioni previste dal codice con riferimento al carattere cognitorio del processo di ottemperanza; la prevalente giurisprudenza precedente, infatti, era ferma nel ritenere inammissibile la proposizione di tale domanda risarcitoria (cfr, fra le tante, Cons. St., Sez. V, 27 aprile 2006, n. 2374; Sez. IV, 21 ottobre 2004, n. 6914; Sez. IV, 1 febbraio 2002, n. 396).

Il codice ha invece recepito l'indirizzo minoritario che ammetteva la proposizione, in sede di ottemperanza, della domanda risarcitoria dei danni discendenti dall'originario illegittimo esercizio della funzione pubblica, a condizione, inter alios, che venisse introdotta davanti al TAR per evitare la violazione del principio del doppio grado di giudizio (cfr, Cons. St., sez. VI, 18 giugno 2002, n. 3332).

Tale assunto è sostenuto sia dall'esegesi letterale che da quella storica, ed è conforme alla sistematica del codice stesso il cui articolo 112, nel prescrivere lo svolgimento del giudizio "nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario", risulta consentire la "connessione" fra la domanda di esecuzione e quella risarcitoria solo all'applicazione del rito ordinario improntato al principio generale del doppio grado di giudizio.

12.1 - Orbene, nella fattispecie è venuta meno proprio la regola basilare del doppio grado di giudizio posto che la domanda risarcitoria autonoma è stata portata direttamente alla cognizione del Consiglio di Stato nel giudizio di ottemperanza.

Nessuna documentata e motivata domanda di risarcimento del danno né specifica azione di condanna sono state proposte in precedenza e quindi nessun giudicato si è formato per un'omessa pronuncia su di un capo di domanda e manca proprio una pronuncia di condanna sul punto emessa nell'apposito giudizio cognitorio (cfr, fra le tante, anche Cons. St., V, 16 giugno 2009, n. 3871; VI, n. 8008 dell'11 novembre 2010; V, n. 3690 del 21 giugno 2006).

D'altra parte il superamento della regola del doppio grado può essere autorizzato solo da un'esplicita norma in tal senso che in atto non esiste né è stata posta nel recente c.p.a.

12.2 - Né rileva in questa sede la "riserva" di domanda risarcitoria formulata avverso gli atti della terza gara poi impugnati anch'essi in sede giurisdizionale e pendenti, come detto, nella fase del merito.

D'altra parte gli stessi ricorrenti, a fronte delle specifiche eccezioni delle controparti, riconoscono, asseritamene a conforto della propria replica, di aver proposto per la prima volta, anche in via gradata rispetto alla richiesta di tutela specifica, la presente domanda risarcitoria con il ricorso introduttivo del giudizio di ottemperanza (pag. 13 del ricorso), soggiungendo la richiesta di formulazione dei criteri di cui all'articolo 34, comma 4, c.p.a..

13. - Per le considerazioni che precedono va dichiarata l'inammissibilità del ricorso in epigrafe, disponendo la compensazione delle spese del presente giudizio, tenuto conto della complessità e della novità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (R.G. n. 644/2011), lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/05/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)