

L'ordinanza cautelare, come la sentenza, allorché il vizio di legittimità rinvenuto dal giudice amministrativo si riferisca alla violazione di legge o vi sia comunque al riguardo un adeguato fumus boni iuris, impone all'Autorità amministrativa interessata di non riprodurre l'atto medesimo disponendo sostanzialmente negli stessi termini, quanto meno sino a quando l'ordinanza di sospensione non sia venuta meno nei suoi effetti.

Merita di essere segnalato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 3331 del 21 giugno 2007 emessa dal Consiglio di Stato

< La giurisprudenza di questa Sezione ha già riconosciuto che le pronunce del giudice amministrativo, pur se non precludono all'Amministrazione di reiterare l'atto annullato e di riprodurre così il medesimo assetto di interessi derivante da tale atto, pongono in ogni caso chiari limiti alla libertà di azione dell'Amministrazione stessa, atteso che, per il c.d. effetto confermativo del giudicato, la relativa attività resta comunque condizionata pur sempre dal giudicato esistente, non potendo riprodurre essa i vizi di legittimità riscontrati nel precedente atto dal giudice amministrativo.

In tal senso, infatti, la medesima efficacia riferita alle sentenze va riconosciuta anche alle ordinanze cautelari, da ritenersi egualmente imperative, fermo restando che, mentre le prime restano immutabili, le ordinanze hanno invece minore stabilità, cessando i loro effetti con la decisione di merito; cosicché fino a quando l'ordinanza cautelare non sia revocata, modificata o sostituita da una pronuncia di merito, la stessa non può che ricevere eguale ottemperanza>

Nella particolare fattispecie sottoposta al Supremo Giudice Amministrativo:

< Nel caso in esame, l'ordinanza cautelare del T.A.R. per la Lombardia n. 2728/2005, esplicitante ancora integralmente i propri effetti al momento del verbale della commissione di gara del 5 dicembre 2005, non essendo intervenuta a quella data alcuna pronuncia nel merito della controversia - risulta chiara nel significare che il rilevato fumus boni iuris si riferiva in concreto ai vizi della procedura di gara con riferimento alla valutazione sulla fattibilità della proposta formulata dalla ricorrente

Appare, dunque, evidente che il successivo operato della Commissione di gara, formalizzatosi nel sopra indicato verbale del 5 dicembre 2005, **non si sostanzia in un atto di autotutela, ma va ritenuto illegittimo**, atteso che qualsiasi nuovo atto dell'Amministrazione in contrasto con la statuizione contenuta in una decisione giurisdizionale esecutiva o che dia ulteriore seguito ad atti sospesi o eliminati dal mondo giuridico è certamente affetto da antigiridicità derivata per violazione dell'obbligo a carico dell'Amministrazione di conformarsi alla pronuncia giurisdizionale stessa>

Me l'emarginata decisione è importante anche per il seguente principio:

< In osservanza del principio secondo cui non spetta il risarcimento del danno nelle ipotesi nelle quali, a seguito dell'annullamento giurisdizionale degli atti, la pubblica amministrazione debba provvedere alla riedizione della attività amministrativa e alla rinnovazione dei procedimenti secondo i principi contenuti nella statuizione giurisdizionale, nella specie, essendo l'annullamento immediatamente satisfattivo e ripristinatorio della situazione lesa, e non essendo dimostrati ulteriori danni patrimoniali medio tempore verificatisi, la domanda risarcitoria deve essere rigettata, in quanto infondata>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 4427 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2006

ha pronunciato la seguente

decisione

Sul ricorso n. 4427/06 R.G. proposto dall'Impresa DITTA ALFA Italia Costruzioni e Appalti S.p.a. e dal Consorzio DITTA ALFA BIS., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avv. Prof. Vittorio Biagetti, ed elettivamente domiciliati in Roma presso lo studio di quest'ultimo, Via A. Bertoloni n. 35;

CONTRO

- Comune di Milano, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Maria Rita Surano, Armando Tempesta e Raffaele Izzo, ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, Lungotevere Marzio, n. 3;

e nei confronti di

- La DITTA BETA Cooperativa Edilizia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Carlo Cirami, ed elettivamente domiciliata in Roma, presso lo studio Grez e Associati s.r.l., Lungotevere Flaminio n. 46 – IV B;

- Sindaco di Milano, nella qualità di Commissario delegato per l'attuazione degli interventi volti a fronteggiare l'emergenza traffico, non costituito;

PER LA RIFORMA

Della sentenza resa dal T.A.R. per la Lombardia, Milano, Sez. III, n. 880/06, pubblicata in data 4 aprile 2006.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della DITTA BETA Cooperativa Edilizia;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Nominato relatore il Consigliere Michele Corradino;

Uditi alla pubblica udienza del 19.12.2006 gli Avvocati Biagetti, Izzo, Monti per delega di Cerami, come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con sentenza n. 880 del 4 aprile 2006, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. III, in parte dichiarava improcedibile, respingendolo per il resto, il ricorso, con motivi aggiunti avverso il verbale della Commissione di gara del 5 dicembre 2005, proposto dagli odierni appellanti per l'annullamento del provvedimento, di cui al verbale n. 29 del 27 giugno 2005, con il quale è stata aggiudicata provvisoriamente alla società La DITTA BETA Cooperativa Edilizia a r.l. la gara pubblica, lotto di Via Cipro, indetta dal Sindaco di Milano nella sua qualità di Commissario delegato ai problemi del traffico e della viabilità, per l'individuazione dei soggetti a cui assegnare, in diritto di superficie, il sottosuolo di aree pubbliche nelle quali realizzare parcheggi residenziali; dei verbali della Commissione di gara; di tutti gli atti preordinati, connessi e consequenziali.

Gli appellanti contrastano le argomentazioni del giudice di primo grado.

Si è costituito, per resistere all'appello, il Comune di Milano.

Si è, altresì, costituita, La DITTA BETA Cooperativa Edilizia S.r.l.

Con ordinanza n. 4231/06 del 29 agosto 2006 questo Consiglio ha accolto l'istanza cautelare dell'appellante.

Con memorie depositate in vista dell'udienza le parti hanno insistito nelle proprie conclusioni.

Alla pubblica udienza del 19.12.2006 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione, come da verbale.

DIRITTO

1. Il Collegio deve anzitutto esaminare l'eccezione con cui il Comune di Milano sostiene l'inammissibilità dei motivi aggiunti proposti dagli odierni ricorrenti per il mancato conferimento di una procura speciale in tal senso ai difensori.

L'eccezione è infondata.

La giurisprudenza di questo Consiglio, infatti, ha già evidenziato che i motivi aggiunti possono essere validamente proposti sulla scorta del mandato conferito al difensore per il ricorso originario allorché con essi si impugnano atti che fanno parte di uno steso procedimento, in quanto la procura conferita dagli interessati deve ritenersi comprensiva di tutti i poteri processuali necessari a rimuovere le illegittimità che hanno determinato la lesione per la quale è stata richiesta la tutela giurisdizionale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 febbraio 2006, n. 700).

L'appello merita accoglimento.

3. Con il primo motivo di ricorso gli appellanti sostengono che il T.A.R. avrebbe errato, rigettando i motivi aggiunti al ricorso, nel non rilevare la violazione, da parte della Commissione di gara, dell'art. 21 della l. 1034/71, ed in particolare l'elusione dell'ordinanza cautelare n. 2728/05 emessa dal T.A.R. della Lombardia. Secondo i ricorrenti, infatti, l'attività con cui l'Amministrazione ha superato la sospensione della gara disposta in sede cautelare dal giudice amministrativo non può

considerarsi un corretto esercizio del potere di autotutela, ma una evidente violazione dell'ordine giurisdizionale.

L'assunto è fondato.

I provvedimenti cautelari giurisdizionali, infatti, svolgono la funzione di conservazione della res integra, ossia della situazione di fatto esistente fino alla decisione definitiva sull'esito del ricorso e devono essere, pertanto, eseguiti in tal senso dall'Amministrazione.

La giurisprudenza di questa Sezione (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 ottobre 2004, n. 7021), d'altra parte, ha già riconosciuto che le pronunce del giudice amministrativo, pur se non precludono all'Amministrazione di reiterare l'atto annullato e di riprodurre così il medesimo assetto di interessi derivante da tale atto, pongono in ogni caso chiari limiti alla libertà di azione dell'Amministrazione stessa, atteso che, per il c.d. effetto confermativo del giudicato, la relativa attività resta comunque condizionata pur sempre dal giudicato esistente, non potendo riprodurre essa i vizi di legittimità riscontrati nel precedente atto dal giudice amministrativo.

In tal senso, infatti, la medesima efficacia riferita alle sentenze va riconosciuta anche alle ordinanze cautelari, da ritenersi egualmente imperative, fermo restando che, mentre le prime restano immodificabili, le ordinanze hanno invece minore stabilità, cessando i loro effetti con la decisione di merito; cosicché fino a quando l'ordinanza cautelare non sia revocata, modificata o sostituita da una pronuncia di merito, la stessa non può che ricevere eguale ottemperanza.

Pertanto, l'ordinanza cautelare, come la sentenza, allorquando il vizio di legittimità rinvenuto dal giudice amministrativo si riferisca alla violazione di legge o vi sia comunque al riguardo un adeguato *fumus boni iuris*, impone all'Autorità amministrativa interessata di non riprodurre l'atto medesimo disponendo sostanzialmente negli stessi termini, quanto meno sino a quando l'ordinanza di sospensione non sia venuta meno nei suoi effetti.

Nel caso in esame, l'ordinanza cautelare del T.A.R. per la Lombardia n. 2728/2005, esplicante ancora integralmente i propri effetti al momento del verbale della commissione di gara del 5 dicembre 2005, non essendo intervenuta a quella data alcuna pronuncia nel merito della controversia - risulta chiara nel significare che il rilevato *fumus boni iuris* si riferiva in concreto ai vizi della procedura di gara con riferimento alla valutazione sulla fattibilità della proposta formulata dalla La DITTA BETA Cooperativa Edilizia.

Appare, dunque, evidente che il successivo operato della Commissione di gara, formalizzatosi nel sopra indicato verbale del 5 dicembre 2005, non si sostanzia in un atto di autotutela, ma va ritenuto illegittimo, atteso che qualsiasi nuovo atto dell'Amministrazione in contrasto con la statuizione contenuta in una decisione giurisdizionale esecutiva o che dia ulteriore seguito ad atti sospesi o eliminati dal mondo giuridico è certamente affetto da anti giuridicità derivata per violazione dell'obbligo a carico dell'Amministrazione di conformarsi alla pronuncia giurisdizionale stessa.

3. Parimenti fondato risulta il secondo motivo di ricorso, con cui gli appellanti rilevano che il giudice di primo grado avrebbe, altresì, errato nel non riconoscere la violazione dell'art. 7 della l. n. 241/90 da parte della Commissione di gara, atteso che quest'ultima ha ommesso di effettuare la doverosa comunicazione di avvio del procedimento nei confronti dei medesimi ricorrenti.

Basta osservare, sul punto, che l'Amministrazione, nel riprendere il procedimento di gara, sospeso, come già rilevato, per effetto della pronuncia cautelare del giudice amministrativo, avrebbe dovuto darne necessaria comunicazione alle odierne appellanti, onde consentire alle stesse di arrecare il

proprio apporto collaborativo e di poter valutare se intraprendere, in ogni caso, le opportune iniziative giudiziarie.

4. In osservanza del principio secondo cui non spetta il risarcimento del danno nelle ipotesi nelle quali, a seguito dell'annullamento giurisdizionale degli atti, la pubblica amministrazione debba provvedere alla riedizione della attività amministrativa e alla rinnovazione dei procedimenti secondo i principi contenuti nella statuizione giurisdizionale, nella specie, essendo l'annullamento immediatamente satisfattivo e ripristinatorio della situazione lesa, e non essendo dimostrati ulteriori danni patrimoniali medio tempore verificatisi, la domanda risarcitoria deve essere rigettata, in quanto infondata.

5. Alla luce delle suesposte considerazioni, ed assorbito quant'altro, il ricorso in appello va accolto, con conseguente riforma della sentenza appellata.

6. Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese del secondo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione V) accoglie l'appello in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie nei limiti di cui in motivazione il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del 19.12.2006 con l'intervento dei sigg.ri

Sergio Santoro Presidente,

Raffaele Carboni Consigliere,

Paolo Buonvino Consigliere,

Caro Lucrezio Monticelli Consigliere,

Michele Corradino Consigliere estensore.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Michele Corradino F.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

F.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21-06-2007

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

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale

N°. RIC. 4427-06

ma

MA