

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

DECISIONE

sul ricorso **n. 6022/2006**, proposto dalla **COOP.
CASA SERVICE s.r.l.**, in persona del legale
rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli
avvocati Arturo Cancrini, Cosmo Luigi Di Nitto e
Claudio De Portu, con domicilio eletto presso lo
studio Cancrini-Piselli in Roma, Via Giuseppe
Mercalli n. 13;

c o n t r o

il COMUNE DI SPERLONGA, in persona del legale
rappresentante *p.t.*, rappresentato e difeso dall'avv.
Corrado de Simone ed elettivamente domiciliato
presso lo studio del prof. avv. Angelo Clarizia in
Roma, Via Principessa Clotilde n. 2;

NAUSICA s.r.l. (già Nausica s.a.s. di Emini Milena &
C), in persona del legale rappresentante *p.t.*,
rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Maria
D'Angiolella con cui elettivamente domicilia in Roma,
Via Mercati n. 51;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sede staccata di Latina, n. 172 del 10 febbraio 2006;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti resistenti;

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

Visto il ricorso in appello incidentale autonomo e l'appello incidentale condizionato, ambedue proposti dall'Amministrazione appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 4 dicembre 2007, il Consigliere Francesco GIORDANO;

Uditi gli avvocati De Portu e de Simone;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

L'odierno contenzioso ha per oggetto un'asta pubblica -da aggiudicare col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa- indetta dal Comune di Sperlonga per l'alienazione di tre terreni, appartenenti al suo patrimonio disponibile, e per la realizzazione, con oneri a totale carico dell'acquirente, di strutture ricettive e servizi privati.

La controversia si incentra, in particolare, sull'alienazione del lotto n. 1, con superficie complessiva di mq. 6.820, che risulta articolato in due parti: 1) lotto *sub A*, con destinazione urbanistica "*servizi privati commercio*"; 2) lotto *sub B*, con destinazione "*servizi privati commercio ricettivo*".

Con un primo ricorso (n. 1341/2003) proposto dinanzi al T.A.R. Lazio, sede di Latina, la Società Cooperativa Casa Service ha sostenuto l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della società Nausica, a ragione del fatto che il progetto di quest'ultima avrebbe previsto una volumetria superiore a quella massima sviluppabile sulla base del programma integrato.

Con un successivo ricorso (n. 307/2005) l'istante ha impugnato, davanti al medesimo organo giurisdizionale, l'esclusione "ora per allora" della sua offerta, disposta su sollecitazione della controinteressata Nausica che aveva segnalato come il progetto della concorrente contemplasse interventi di edilizia residenziale e servizi annessi.

Il primo giudice ha riunito per connessione i due ricorsi all'esame e, quanto al primo (n. 1341/03) e relativi motivi aggiunti, ha accolto l'eccezione di inammissibilità, per tardiva notificazione dello stesso

alla controinteressata, dichiarando quindi il successivo ricorso (n. 307/05) inammissibile per carenza di interesse.

L'interessata chiede ora la riforma del riferito *decisum*, affidando l'atto d'appello ai seguenti motivi di doglianza:

Error in iudicando: Infondatezza in fatto e diritto della sentenza n. 172/2006. Erronea o falsa applicazione di legge.

Si assume che l'inesatta individuazione del controinteressato sarebbe imputabile esclusivamente all'Amministrazione.

In via subordinata, si chiede l'applicazione dell'errore scusabile in quanto la sentenza impugnata prospetterebbe una presunzione di conoscibilità dell'esatta ragione sociale della controinteressata, fondata su presupposti errati.

Si ripropongono, quindi, le medesime censure già dedotte in primo grado, sia col primo (e relativi motivi aggiunti) che col secondo ricorso.

Nel costituirsi in giudizio il Comune appellato ha posto in risalto l'inammissibilità del ricorso in appello e la sua manifesta infondatezza nel merito.

La predetta Amministrazione ha, quindi, proposto appello incidentale autonomo avverso l'impugnata

sentenza, limitatamente al capo relativo alle spese di giudizio, osservando, quanto ai termini per la sua proposizione, che la materia non rientra fra le ipotesi eccezionali disciplinate dall'art. 23 *bis* della legge n. 1034/71, e presentando, in ogni caso, formale istanza di rimessione in termini per errore scusabile.

A sostegno dell'appello in questione viene dedotto il seguente motivo:

Error in iudicando: Violazione e falsa applicazione degli artt. 92 e 91 del codice di rito civile. Difetto assoluto di motivazione.

Si sostiene che la sentenza ha disposto l'integrale compensazione delle spese senza alcuna motivazione, mentre invece avrebbe dovuto condannare la ricorrente al pagamento delle spese, avuto riguardo all'esito dei giudizi riuniti.

Il Comune ha, poi, proposto appello incidentale condizionato, per la denegata ipotesi di ritenuta fondatezza dell'appello principale, supportandolo con la prospettazione di svariati vizi articolati in cinque motivi di censura (tre *errores in procedendo* e due *errores in iudicando*).

Anche la Nausica s.r.l. si è opposta all'atto di appello, concludendo per il rigetto del ricorso con le conseguenze di legge in ordine alle spese.

In altri scritti difensivi la Cooperativa appellante ha eccepito l'inammissibilità e/o irricevibilità dell'appello incidentale autonomo nonché l'infondatezza dell'appello incidentale condizionato, proposti dal Comune di Sperlonga. L'appellante ha, altresì, sostenuto l'infondatezza della sentenza impugnata chiedendo comunque, in subordine, per il caso in cui il ricorso di primo grado sia dichiarato inammissibile, il rinoscimento del suo diritto al risarcimento del danno.

In due successive memorie l'Amministrazione appellata ha ribadito l'impostazione delle proprie tesi difensive, replicando alle argomentazioni avversarie in ordine all'eccepita inammissibilità dell'appello incidentale autonomo.

D I R I T T O

1.- L'appello principale è destituito di fondamento giuridico.

Si è già anticipato in narrativa che il giudice di prime cure ha previamente riunito i due ricorsi sottoposti al suo esame e, accogliendo la pregiudiziale eccezione di controparte, ha deciso *in limine litis* il promosso contenzioso dichiarando le proposte impugnative entrambe inammissibili: quella meno recente (con i rispettivi motivi aggiunti), per tardiva notificazione

dell'atto introduttivo al soggetto controinteressato; la successiva, per carenza di interesse della società ricorrente, non essendo questa legittimata a rimettere in discussione l'esito della gara.

Il *decisum* del primo giudice merita di essere pienamente condiviso.

Posto, invero, che -come risulta dalla documentazione presente nel fascicolo processuale- il ricorso originario è stato notificato al Comune di Sperlonga in data 17 dicembre 2003, si rileva che la (ri)notifica del gravame alla società controinteressata si è perfezionata solo quattro mesi dopo, vale a dire il 16 aprile 2004, non essendo andata a buon fine la prima notifica, effettuata tramite il servizio postale, *“per irreperibilità del destinatario”*.

E' accaduto, nell'occasione, che la copia del ricorso consegnata all'ufficiale giudiziario il 16 dicembre 2003 per la notifica alla società controinteressata, recava la seguente indicazione del destinatario: *“**NAUSICA S.A.S.**, in persona del legale rappresentante p.t., con sede in 81030 Parete (CE), via Di Vittorio n. 1.”*

Il piego è stato restituito al mittente, per mancata consegna a domicilio, con la dicitura *“Sconosciuto al civico”* apposta dall'incaricato in data 19/12/03;

laddove, invece, la seconda notifica, eseguita al medesimo indirizzo della precedente –corrispondente, per ammissione della ricorrente, alla residenza anagrafica della signora Milena Emini, socia accomandataria della Nausica s.a.s.- indicava correttamente quale destinatario la Nausica s.a.s., in persona del legale rappresentante Emini Milena.

Pertanto, il primo organo giudicante, accedendo al rilievo pregiudiziale della menzionata controinteressata, ha ritenuto che la ricorrente, per sua negligenza, aveva indirizzato impersonalmente la prima notifica al legale rappresentante della società controinteressata, anziché alla persona del socio accomandatario investito del potere di rappresentanza, pur risultando lo stesso sicuramente noto alla ricorrente medesima perché riportato su un certificato di iscrizione al registro delle imprese di Caserta, allegato al ricorso introduttivo ed utilizzato per la successiva e tardiva (ri)notifica eseguita il 16 aprile 2004.

Replica l'istante affermando che la causa del disguido sarebbe esclusivamente imputabile all'inesatta individuazione del controinteressato da parte dell'Amministrazione, la quale avrebbe sempre

pubblicamente e formalmente fornito indicazioni incomplete.

Ad avviso del Collegio, l'argomento dell'appellante principale è privo di consistenza, giacché lo stesso documento n. 2, allegato al ricorso di primo grado n. 1341/03 ed ora invocato dall'interessata, contiene, accanto all'indicazione corrente Nausica s.a.s., la precisazione relativa alla signora Emini Milena quale socio accomandatario della società in accomandita semplice (cfr. verbale di seduta della Commissione giudicatrice in data 18/10/2003).

Di conseguenza, secondo il condivisibile insegnamento della Corte di Cassazione (Cass. Civ., II, n. 3719/85, cit. in sentenza), la notifica di un atto processuale destinato ad una società in accomandita semplice deve essere effettuata in persona del socio accomandatario che abbia la rappresentanza della società. E' nulla la notificazione eseguita genericamente al legale rappresentante senza l'indicazione del nome del socio accomandatario, e ciò in quanto la ragione sociale di una società in accomandita semplice deve contemplare, quale elemento necessario ed imprescindibile, il nome di almeno uno dei soci accomandatari (art. 2314 c.c.). Pertanto correttamente il T.A.R. di Latina ha

dichiarato tardiva la notifica del ricorso perfezionatasi il 16 aprile 2004, stante che, in senso contrario all'assunto dell'appellante, l'incompleta indicazione del destinatario quale "Nausica s.a.s.", in luogo dell'esatta denominazione di "Nausica s.a.s. di Emini Milena e C.", non poteva che essere ascritta a negligenza dell'interessata.

In effetti, le medesime ragioni che l'appellante ha richiamato a supporto della richiesta di rimessione in termini per errore scusabile, che il primo giudice ha denegato per mancanza di validi presupposti, si traducono in pregiudizio della sua pretesa atteso che non risponde al vero che il diniego si sia basato su un falso presupposto in fatto.

Afferma la Coop. Casa Service che la presunzione di conoscenza confermata dalla sentenza poggerebbe su un dato cronologico che non la renderebbe omologabile, giacché il certificato di iscrizione al registro delle imprese della controinteressata è stato depositato in giudizio il 23 (*recte*: 29) dicembre 2003, vale a dire 7 (*recte*: 13) giorni dopo la notifica effettuata il 16 dicembre 2003.

Ciò non consentirebbe, a detta dell'istante, di presumere che già dal 16 dicembre la ricorrente fosse in possesso di tale certificato, dal momento che lo

stesso sarebbe stato effettivamente acquisito dopo la notifica.

Orbene, osserva il Collegio che, seppure possa essere considerato astrattamente plausibile un simile ragionamento, l'istante trascura la circostanza che, in ogni caso, essa disponeva del documento e, quindi, della completa denominazione della ditta controinteressata fin dal 29 dicembre 2003, se non dalla precedente data (18 ottobre 2003) del menzionato allegato n. 2 al ricorso di primo grado.

Sicché, non si comprende come mai l'attuale appellante abbia atteso quattro mesi, prima di procedere alla rinnovazione della notifica del gravame, nei confronti della controinteressata correttamente indicata nella sua ragione sociale, essendo del tutto evidente che ben avrebbe potuto l'istante evitare di incorrere nella decadenza dei termini di legge, adoperandosi tempestivamente non appena venuta in possesso, sia pure dopo la prima notifica, dei completi dati identificativi riguardanti la società controinteressata.

Non è, pertanto, condivisibile l'affermazione dell'appellante, secondo cui la sentenza avversata prospetterebbe una presunzione di conoscibilità,

fondata su presupposti errati, dell'esatta ragione sociale della controinteressata.

Va, perciò, confermato il diniego opposto dal T.A.R. Lazio – Sezione di Latina alla richiesta di riconoscimento della scusabilità dell'errore.

Né, secondo costante giurisprudenza, la costituzione in giudizio della società controinteressata poteva produrre l'effetto di sanare la tardività della notifica, ove si consideri che la decadenza si era già verificata e ad essa non vi era più rimedio, a causa della natura perentoria del termine entro cui la notifica stessa doveva essere effettuata.

2.- Inammissibile è l'appello incidentale autonomo azionato dal Comune di Sperlonga.

Come precisato in fatto, l'anzidetta Amministrazione comunale ha impugnato la sentenza in epigrafe limitatamente al capo relativo alle spese del giudizio, di cui il primo giudice aveva immotivatamente disposto l'integrale compensazione fra le parti, osservando, quanto ai termini processuali per la sua proposizione, che la materia non rientrerebbe in alcun modo fra le ipotesi eccezionali disciplinate dall'art. 23 *bis* della legge n. 1034/71.

In senso contrario, la Cooperativa appellante ha sostenuto che, essendo la materia sussumibile in

almeno due fattispecie previste dall'art. 23 *bis* della legge TAR, l'appello incidentale autonomo sarebbe dovuto essere proposto nel termine di 120 giorni dalla pubblicazione della sentenza che, nella specie, non era stata notificata.

Pertanto, l'appello in questione risulterebbe inammissibile e/o irricevibile per tardività, essendo stato notificato il 15 luglio 2007, anziché entro la data del 28 giugno 2006 in cui scadeva il predetto termine, tenuto conto della pubblicazione della sentenza avvenuta il 28 febbraio 2006.

L'azione incidentale sarebbe, inoltre, inammissibile anche per indeterminatezza, non potendo essere considerato un vizio il presunto difetto di motivazione del capo di sentenza *de quo*.

Il Collegio ritiene di prestare adesione alla tesi della tardività svolta dalla Cooperativa, stante che non appare convincente la disquisizione offerta dall'Amministrazione comunale, al fine di escludere che l'appello incidentale autonomo dovesse essere proposto entro il menzionato termine di 120 giorni dalla pubblicazione dell'avversata sentenza.

Non appare, invero, revocabile in dubbio che l'espletamento di una procedura concorsuale ad evidenza pubblica per la dismissione di lotti di

terreno appartenenti al patrimonio disponibile dell'Ente e per la redazione di una proposta progettuale, finalizzata alla realizzazione di strutture ricettive e/o servizi privati in conformità alle previsioni del Programma integrato per lo sviluppo e la riqualificazione della città in completamento, sia riconducibile ad entrambe le fattispecie di cui alle lettere a) ed e) dell'art. 23 *bis* della legge n. 1034/71 e successive modificazioni ed integrazioni.

La sussumibilità della materia nella previsione della lettera a) (*provvedimenti relativi ad incarichi di progettazione*) non sembra discutibile, giacché l'asta pubblica indetta dal Comune di Sperlonga contemplava l'impegno a realizzare strutture ricettive e/o servizi privati, sulla base di una progettazione da sottoporre all'approvazione dell'Amministrazione.

Ma ciò che, comunque, è palese al di là di ogni ragionevole dubbio è la constatazione che la gara *de qua* rientrava nel campo di applicazione della lettera e) del menzionato articolo, corrispondente ai "*provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o dismissione di beni pubblici*".

La norma è dettata in modo assolutamente chiaro e non ammette distinzioni di sorta, miranti ad escludere una fattispecie piuttosto che un'altra a

seconda delle situazioni concrete che vengano, di volta in volta, a prospettarsi nella realtà giuridica di un determinato momento storico.

La portata della disposizione è, invero, ampia nella genericità della sua formulazione ed è, quindi, destinata a ricomprendere una vasta gamma di evenienze e rapporti, che vanno dalla semplice alienazione di beni pubblici, come la compravendita dei terreni appartenenti al patrimonio disponibile del Comune, a quegli accadimenti più complessi che, come suggerito dalla difesa del Comune, attengono a programmi di ristrutturazione delle forme di intervento pubblico nell'economia, alle esigenze della finanza pubblica ed alla liberalizzazione dei mercati.

Tardivo, dunque, deve ritenersi, all'evidenza, l'appello incidentale autonomo del Comune di Sperlonga e, poiché *in claris non fit interpretatio*, neppure può farsi luogo alla concessione del beneficio della rimessione in termini per errore scusabile, stante che l'applicazione dell'istituto presuppone incertezze ed oscillazioni interpretative, relativamente a fattispecie complesse disciplinate da normative obiettivamente perplesse o confuse, che peraltro qui non si ravvisano o non vengono in considerazione.

3.- Inammissibile è, altresì, l'appello incidentale condizionato, azionato dal medesimo Comune di Sperlonga per la denegata ipotesi che l'appello principale dovesse essere ritenuto fondato.

La ravvisata infondatezza dell'appello principale induce la carenza di interesse dell'Amministrazione appellata a richiedere che il giudice si pronunci sull'azione intrapresa.

4.- Un cenno, infine, deve essere rivolto alla domanda, formulata in subordine dall'appellante principale con riferimento all'obbligo, che incomberebbe sull'organo giudicante, di valutare incidentalmente la questione del risarcimento dei danni per la lesione di interessi legittimi, da riconoscersi alla società deducente.

Il Collegio, pur confermando che la giurisdizione in subiecta materia appartiene al giudice amministrativo (Cons. Stato, Sez. V, 31 maggio 2007 n. 2822), ritiene di condividere il più recente orientamento di questo Consesso (cfr. A.P., 22 ottobre 2007, n. 12), secondo cui la c.d. "pregiudiziale amministrativa" si configura nel senso che, ai fini del risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi, è essenziale il previo annullamento del provvedimento lesivo, in quanto la tutela risarcitoria ha carattere consequenziale,

ulteriore ed eventuale rispetto a quella annullatoria, secondo un assetto ordinamentale e normativo che privilegia la certezza delle situazioni di diritto pubblico, che vanno contestate entro ristretti termini di decadenza (art. 7, comma terzo, l. 6 dicembre 1971 n. 1034, nel testo stabilito dall'art. 35, comma 4, d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80, sostituito dall'art. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205; comma 5, art. 35, d. lgs. citato).

Invero, proprio nell'ottica di una tutela piena della situazione giuridica offesa dall'atto dell'amministrazione, va precisato che la struttura stessa della tutela del giudice amministrativo è nel senso che 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.

Dal nesso di consequenzialità che corre tra l'azione risarcitoria e quella di annullamento, discende che la pronuncia sulla legittimità del provvedimento impugnato ed il suo eventuale annullamento si pongono come indefettibile presupposto per la domanda di risarcimento del danno che, pur se proposta unitamente alla domanda di annullamento, prende corpo concreto solo nel momento in cui

questo è pronunciato, perché solo in tale momento può essere apprezzato, nella sua esatta dimensione, non solo il pregiudizio arrecato dall'attività illegittima posta in essere dall'Amministrazione, ma anche quanto di esso sia riparabile in forma specifica, cioè grazie all'effetto diretto dell'annullamento, e quanto per equivalente.

Diversamente opinando, vale a dire ove si contestasse la pregiudizialità amministrativa e si ritenesse che l'azione risarcitoria può essere esercitata, in via autonoma, anche a prescindere dall'esperimento con successo di quella demolitoria, deve ammettersi che il difetto di preventivo annullamento dell'atto lesivo consentirebbe di ottenere surrettiziamente la posizione di vantaggio, che solo dall'esito favorevole del processo cognitivo demolitorio potrebbe scaturire, attribuendo al titolare dell'azione la facoltà di eludere i perentori termini decadenziali, stabiliti dalla legge per una valida instaurazione del giudizio amministrativo, e togliendo così ogni valenza e conseguenza all'inoppugnabilità dell'avversato provvedimento.

Va, quindi, respinta la domanda di valutazione incidentale della pretesa risarcitoria, in quanto essa si innesta su un processo di primo grado che si è

arrestato alla fase rituale e non ha prodotto alcuna statuizione caducatoria riguardante il merito del proposto gravame.

5.- Le spese del presente grado di appello vanno poste a carico della Cooperativa appellante ed a favore delle parti avverse, nonché liquidate nella misura che risulta indicata nella parte dispositiva.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello specificato in epigrafe, **respinge** l'appello principale e **dichiara inammissibili** il ricorso incidentale autonomo e quello condizionato.

Condanna la Cooperativa appellante a corrispondere al Comune di Sperlonga ed alla controinteressata Nausica s.a.s. di Emini Milena & C. la complessiva somma di euro 4.000,00 (euroquattromila/00), suddivisa in parti uguali di euro 2.000,00 (euroduemila/00) ciascuna.

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

Così deciso in Roma, il 4 dicembre 2007, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in Camera di Consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Raffaele IANNOTTA

PRESIDENTE

Raffaele CARBONI		CONSIGLIERE
Cesare LAMBERTI		CONSIGLIERE
Caro LUCREZIO MONTICELLI		CONSIGLIERE
Francesco GIORDANO	Est.	CONSIGLIERE
ESTENSORE		IL PRESIDENTE
F.to Francesco Giordano		F.to Raffaele Iannotta

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 22/12/08

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

IL DIRIGENTE

F.to Livia Patroni Griffi