

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in appello n.r.g. n. 8199 del 2007, proposto dalla Energy Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, anche in qualità di mandataria della costituenda A.T.I. con Ierclimes s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Meloni, Giorgio Recchia, Pietro Adami e Silvio Bozzi, ed elettivamente domiciliate presso lo studio legale Recchia e associati, in Roma, Corso Trieste n. 88;

contro

il comune di Malè, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato nei cui Uffici in Roma, via del Portoghesi, n. 12 domicilia elettivamente;

e nei confronti

di Atzwanger s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con Edilscavi s.r.l. e Electro Mada s.r.l., nonchè Edilscavi s.r.l. e Electro Mada s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituitesi nel presente grado;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino Alto Adige - Sede di Trento del 28 luglio 2007, n. 144 ;

Visto l'appello ed i relativi allegati;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 7 novembre 2008, relatore il Consigliere Cesare Lamberti ed uditi gli avvocati Meloni per delega di Lardo e Santoro;

FATTO E DIRITTO

1. L'ATI Energy Service partecipò alla procedura ristretta, per appalto concorso, indetta dal comune di Malè, per l'affidamento dei lavori di riqualificazione dell'impianto natatorio comunale, con un importo a base di gara di €2.700.000,00. La procedura si articolava in due fasi: la prima finalizzata all'individuazione di tre concorrenti, la seconda volta alla valutazione dei progetti esecutivi redatti da parte delle imprese selezionate. All'esito dei lavori della Commissione giudicatrice, fu redatta graduatoria finale, che vedeva prima classificata l'A.T.I. Atzwanger s.p.a., con punti 77,27 e seconda ATI Energy Service s.r.l., con punti 77,00.

2. Con la deliberazione n. 43 del 18 settembre 2006, la Giunta comunale di Malé, approvò i verbali dei lavori della Commissione tecnica, procedendo all'aggiudicazione dei lavori a favore dell'A.T.I. Atzwanger.

3. La delibera fu impugnata da Energy Service s.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con Ierclimes s.r.l., al Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino Alto Adige - Sede di Trento che, con la sentenza in epigrafe ha dichiarato il ricorso irricevibile perché tardivo.

4. L'atto introduttivo del giudizio fu consegnato per la notifica a mezzo del servizio postale il 28 novembre 2006, quando era già spirato il termine di cui all'art. 23-bis L. n. 1034/1971, per impugnare l'aggiudicazione, comunicata con lettera raccomandata in data 19.9.2006, ricevuta da Energy Service il 20 settembre 2006. In tale sede, il Sindaco aveva comunicato che "la Giunta comunale di Malé nella seduta del 18 settembre 2006 ha approvato i verbali della Commissione tecnica competente nella valutazione delle offerte prodotte dalle Associazioni temporanee d'Impresa invitate alla procedura di gara per l'affido dei lavori". Alla comunicazione era allegata copia della delibera della Giunta n. 143 dd. 18.9.2006, con i relativi allegati.

5. Nell'appello, Energy Service S.r.l. ribadisce la tesi del primo grado, circa la decorrenza del termine dall'ultimo giorno dalla pubblicazione del provvedimento sull'albo pretorio, intervenuta dal 19 settembre al 29 novembre 2006 e sostiene che la comunicazione avrebbe ingenerato incertezza sul contenuto della deliberazione, qualificando l'aggiudicazione come provvisoria e non definitiva com'era effettivamente.

6. L'appello è infondato e va confermata la sentenza di primo

grado che afferma la tardività del ricorso rispetto al termine immediato di cui all'art. 23-bis, L. n. 1034/1971, decorrente dal 20 settembre 2006, data di ricezione da parte di Energy Service della lettera raccomandata recante la notizia dell'aggiudicazione della gara, con allegata la copia della deliberazione della Giunta comunale n. 143 del 18 settembre 2006, e non già dalla data del compimento del periodo di pubblicazione della delibera all'albo pretorio del comune, intervenuta fra il 19 e il 29 settembre 2006.

7. A fronte della comunicazione individuale del provvedimento di aggiudicazione, non è infatti suscettibile di positiva considerazione il primo motivo, nel quale si riafferma la decorrenza del termine per impugnare dal compimento del decimo giorno, di scadenza della pubblicazione all'albo pretorio del Comune, della deliberazione n. 143 del 18 settembre 2006, con la quale sono stati approvati i verbali della gara, in osservanza dell'art. 79 del D.P.Reg. 1 febbraio 2005, n. 3/L, di approvazione del testo unico delle leggi regionali sull'ordinamento dei comuni della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige.

7.1. L'esecutività delle deliberazioni dell'ente, che consegue all'obbligo previsto dal citato art. 79, al fine di realizzare la partecipazione dei cittadini e degli organi rappresentativi locali, non esclude la possibilità che la piena conoscenza del contenuto dei provvedimenti del comune si realizzi per effetto di altri adempimenti prescritti da disposizioni generali o di settore, allo scopo di esperire i rimedi previsti dall'ordinamento.

7.2. Dall'inoppugnabilità del provvedimento, che segue all'inerzia dell'interessato che ne abbia acquisito piena conoscenza nei modi che la legge prescrive, è ben diversa la definitività (*i.e.* stabilità) dello stesso, che consegue all'integrazione degli adempimenti prescritti per la sua esecuzione, nei quali si inquadra l'effetto legale di pubblicità connesso alla sua pubblicazione tramite affissione nei luoghi indicati dalla legge.

7.3. Entrambi gli strumenti rispondono all'interesse generale della certezza dell'azione amministrativa ed evitano che la legittimità del provvedimento possa essere posta in discussione una volta decorsi i termini per attivare i previsti mezzi di tutela; l'inoppugnabilità per inerzia degli interessati concerne i soggetti direttamente contemplati dal provvedimento e comporta la conoscenza piena ed effettiva del suo contenuto immediatamente lesivo; la stabilità riguarda la generalità degli amministrati e prescinde dall'immediatezza della lesione, perchè diretto, ad assicurare la mera conclusione del procedimento, una volta realizzata la presunzione di conoscenza con perfezionarsi della pubblicità prevista da disposizione di legge o di regolamento.

8. Nell'art. 2, r.d. n. 642/1907, la pubblicazione del provvedimento (nella Gazzetta Ufficiale o nel bollettino degli annunci legali) è idonea a far decorrere il termine per l'impugnazione per gli atti o provvedimenti amministrativi lesivi degli interessi di individui o di enti giuridici i quali, non essendo direttamente contemplati nel provvedimento, non ne abbiano ricevuto notifica in-

dividuale (Cons. Stato, V, 1 aprile 1993, n. 465), fermi restando anche per costoro, gli effetti di una eventuale anteriore piena conoscenza aliunde acquisita (Cons. Stato, V, 5 ottobre 1987, n. 598).

8.1. La norma, d'altra parte, riflette l'art. 62 del t.u.l.c.p.(r.d.n. 393/1934) sull'obbligo di pubblicazione mediante affissione all'albo pretorio delle deliberazioni, delle ordinanze e degli altri atti che devono essere portati a cognizione del pubblico ai fini della loro esecutività, come prescritto, anche nell'attuale regime, dall'art. 124 del d.lgs. n. 267/2000.

8.2. La diversa situazione in cui versa il soggetto o l'ente che sia direttamente contemplato dal provvedimento, o nei cui confronti si sia perfezionata la notifica individuale nelle forme prescritte dall'art. 3, r.d. n. 642/1907 è del resto *jus commune* anche nella giurisprudenza di questo Consiglio. Tale norma subordina la decorrenza del termine per l'impugnazione alla notifica individuale per i provvedimenti ad effetti evidentemente lesivi della sfera giuridica soggettiva; tale principio è ribadito dall'art. 21, comma 1, della legge n. 1034/71 nella modifica introdotta con la legge n. 205/2000, potendosi far riferimento, ai fini del decorso del termine per ricorrere, alla pubblicazione del provvedimento se questa sia prevista da disposizione di legge o di regolamento e se la piena conoscenza dell'atto amministrativo non risulti provata dalla parte che eccepisce la tardività del ricorso mediante elementi di prova certi e univoci, riferiti ai caratteri essenziali del provvedi-

mento (Cons. Stato, V, 27 novembre 1989 n. 779 e 26 luglio 1990, n. 610).

8.3. E' incontestato, anche nel presente grado di giudizio, che il Comune di Malè abbia pienamente fornito prova siffatta con l'invio all'odierna appellante della copia della delibera n. 143 del 18 settembre 2006 di approvazione dei verbali di gara, tramite lettera raccomandata recapitata presso la sede dell'ATI Energy Service.

9. Non rileva, ai fini della piena conoscenza del provvedimento, che nella succitata nota di trasmissione, lo stesso sia qualificato "pronuncia di provvisoria aggiudicazione a favore dell'ATI A-tzwanger, salvo verifica dei requisiti definitivi", come si afferma nell'ulteriore motivo, anch'esso da rigettare.

9.1. Si osserva, in aggiunta alle considerazioni svolte nella sentenza impugnata circa l'idoneità della comunicazione a produrre comunque la piena conoscenza dell'immediata lesione, che nelle pubbliche gare l'aggiudicazione provvisoria ha carattere di atto direttamente censurabile.

9.2. Secondo i commi 4 e 5 dell'art. 11, D.Lgs. n. 163/2006, è l'aggiudicazione provvisoria che seleziona la migliore offerta e al termine della quale è individuata la figura dell'aggiudicatario. Rispetto ad essa, l'aggiudicazione definitiva costituisce una fase successiva di mera verifica e approvazione dell'organo competente, secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori,

nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, suscettibile di vizi propri e indipendenti da quelli insiti nell'aggiudicazione provvisoria.

9.3. La qualificazione come aggiudicazione provvisoria, di quanto contenuto nella nota di trasmissione non poteva, pertanto, ingenerare alcuna obiettiva incertezza sulla necessità di impugnare tempestivamente i provvedimenti del comune.

10. L'appello di Energy Service deve essere conclusivamente respinto e va confermata la sentenza impugnata. Le spese e gli onorari della presente fase possono essere compensati, data la novità dell'applicazione del d.P.Reg. 1 febbraio 2005, n. 3/L, di approvazione del testo unico delle leggi regionali sull'ordinamento dei comuni della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello e conferma la sentenza impugnata.

Spese del grado compensate

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 7 novembre 2008, con l'intervento dei Signori:

Raffaele Iannotta	Presidente
Cesare Lamberti rel. Est	Consigliere
Claudio Marchitello	Consigliere

Marzio Branca

Consigliere

Adolfo Metro

Consigliere

L'Estensore

Il Presidente

f.to Cesare Lamberti

f.to Raffaele Iannotta

Il Segretario

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

02/03/2009

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

Il Direttore della Sezione

f.to Antonio Natale