

APPALTI: Contratti della P.A. - Annullamento aggiudicazione - In mancanza di espressa statuizione del giudice - Artt. 121 e 122 c.p.a. - Subentro nel contratto - Espressa domanda di parte - Necessità - Inerzia dell'Amministrazione - Risarcimento del danno per equivalente - Servizi di pulizia - Onere della prova - Art. 2697 c.c.

Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 2021, n. 788

- in *Urbanistica e appalti*, 3, 2021, pag. 335 e ss., con commento di Margherita Amitrano Zingale, *Prova dell'aliunde nei contratti d'appalto ad alta intensità di manodopera – innovative indicazioni da parte del Consiglio di Stato.*

1. “[...] va escluso che all’annullamento dell’aggiudicazione, in mancanza di espressa statuizione del giudice, possa conseguire la caducazione automatica del contratto (cfr. anche Cons. Stato, V, 29 ottobre 2018, n. 6131 e id., V, ord. 19 marzo 2020, n. 1964); la decisione sulla sorte del contratto spetta, ai sensi degli artt. 121 e 122 Cod. proc. amm., al giudice che abbia annullato l’aggiudicazione; in mancanza della statuizione del giudice sulla sorte del contratto, malgrado l’annullamento giudiziale degli atti di gara e dell’aggiudicazione, il contratto rimane efficace, salve le determinazioni assunte dall’amministrazione successivamente ed in conseguenza di tale annullamento [...]”.

2. [...] nel caso in cui il giudice della cognizione non si pronunci sulla sorte del contratto e l’amministrazione rimanga inerte, la parte vittoriosa nel giudizio di annullamento ha a disposizione lo strumento processuale dell’ottemperanza per conseguire piena tutela [...].

3. “[...] il subentro nel contratto (la quale è statuizione idonea a produrre effetti sull’atto ma anche sui rapporti tra le parti) è possibile solo se vi sia stata appositamente, espressa domanda di parte [...]. [...] non solo, infatti, in subiecta materia, non vi sono ragioni per derogare al principio della domanda, che opera in via generale nel processo amministrativo, ma il rispetto del principio nonché del corollario della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato è imposto specificamente dall’art. 122 Cod. proc. amm. [...]”.

4. “[...] non vi è alcuna ragione di distinguere la situazione processuale in cui la domanda di subentro non sia stata mai proposta da quella in cui, proposta in primo grado, e non accolta, non sia stata riproposta in appello, e sia perciò da intendersi implicitamente rinunciata ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., ovvero sia stata espressamente rinunciata, in primo grado o in appello; - se è vero, infatti, che, di regola, la rinuncia alla domanda, quando si configuri come rinuncia agli atti (e non alla pretesa sostanziale), non preclude la sua riproposizione in separato giudizio, purché venga rispettato il termine di decadenza [...] tale principio è derogato nel caso della domanda di subentro nel contratto [...]”.

5. “[...] in presenza di un provvedimento di aggiudicazione dichiarato illegittimo, quindi caducato con efficacia *ex tunc*, rimasta inerte l’amministrazione, l’operatore economico partecipante alla gara che avrebbe avuto diritto all’affidamento in luogo dell’originario aggiudicatario ha diritto al risarcimento del danno per equivalente per l’intero triennio di durata contrattuale;
- ciò, senza che sia necessario l’accertamento dell’elemento soggettivo dell’illecito in capo alla stazione appaltante, essendo noto che, nel campo del risarcimento dei danni derivanti dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto quel che conta è la lesione stessa della posizione sostanziale, senza che assuma alcuna rilevanza l’elemento soggettivo della condotta, colposa o meno, dell’amministrazione nella vicenda, in applicazione dei principi affermati dalla giurisprudenza euro-unitaria, oramai incontestati nella giurisprudenza nazionale [...]”.
6. “[...] va dato seguito al consolidato principio per cui occorre aver riguardo all’utile esposto in sede di offerta economica [...]”.
7. “[...] per tale tipologia di appalti [contratti di servizi di pulizia], torna operante la regola dell’onere della prova ricavabile dall’art. 2697 cod. civ. (applicabile anche nel giudizio risarcitorio dinanzi al giudice amministrativo, che, come è noto, si sottrae al principio dispositivo con metodo acquisitivo proprio del processo amministrativo), per la quale il fatto impeditivo del risarcimento integrale (*l’aliunde perceptum*) non si presume e va provato da colui che l’eccepisce: è quindi onere della stazione appaltante dimostrare che, a causa delle commesse frattanto aggiudicate all’operatore economico danneggiato, questi non avrebbe potuto fare fronte contemporaneamente anche all’affidamento oggetto di giudizio [...]”.

FATTO e DIRITTO

Premesso che:

- con sentenza di questa Sezione V, 10 giugno 2019, n. 3885, accogliendo l’appello proposto da S.G.S. s.r.l., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Icarus Servizi s.r.l, in riforma della sentenza di primo grado (che aveva respinto il ricorso e i motivi aggiunti avanzati dello stesso r.t.i., secondo classificato), erano annullati gli atti della gara indetta dalla Regione Calabria (con bando pubblicato il 10 giugno 2015) per l’affidamento del servizio di pulizia e igiene ambientale dei locali sede del Consiglio regionale, con durata di 36 mesi e importo a base di gara pari a € 2.044.388,88, i.v.a. esclusa;
- la sentenza – respinto il primo ed accolto il secondo motivo di appello, con riguardo all’assorbente profilo della violazione della clausola sociale, che avrebbe dovuto comportare l’esclusione dell’aggiudicatario Pilò s.r.l. – per quanto qui rileva, ha concluso testualmente come segue: <<[...]

in riforma della sentenza di primo grado, deve essere accolto il ricorso della S.G.S. e - nei limiti di quanto devoluto da quest'ultima nel presente appello, in cui non vi è espressa riproposizione della domanda di subentro nel contratto d'appalto - annullati gli atti di gara con esso impugnati>>;

- la Regione Calabria e la Pilò sono state condannate, in solido tra loro, a rifondere all'appellante le spese del doppio grado di giudizio, liquidate complessivamente in € 8.000,00, oltre agli accessori.

Premesso ancora in punto di fatto che:

- l'aggiudicazione definitiva della gara era intervenuta in data 13 ottobre 2017, comunicata il 23 ottobre 2017, ed il ricorso originario notificato il 22 novembre 2017;

- in data 22 dicembre 2017 era pronunciata l'ordinanza cautelare di rigetto della domanda cautelare e fissazione dell'udienza di merito;

- la sentenza di rigetto del Tribunale amministrativo regionale era pubblicata in data 15 maggio 2018;

- il 31 gennaio 2018 il servizio era stato consegnato in via d'urgenza all'aggiudicataria Pilò;

- il contratto tra la Regione Calabria e la Pilò era, invece, stipulato dopo la sentenza di primo grado, il 7 giugno 2018, con scadenza al 31 gennaio 2021;

- con determina n. 413 del 2 agosto 2018, a firma del RUP, il Consiglio regionale della Calabria estendeva il servizio in appalto, affidando alla Pilò servizi complementari ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis*), per l'importo di ulteriori € 258.751,20, i.v.a. esclusa;

- in data 11 giugno 2019 la ricorrente notificava la sentenza d'appello alla stazione appaltante, con invito ad ottemperare.

Rilevato che:

- con ricorso depositato il 12 novembre 2019, S.G.S., in proprio e nella qualità di mandataria del r.t.i. costituendo con BSD s.r.l., e quest'ultima, in proprio, in qualità di cessionaria dell'azienda di Icarus Servizi s.r.l., dando atto che l'invito appena detto non aveva avuto alcun seguito e che la Regione non aveva corrisposto nemmeno le spese di lite come sopra liquidate, oltre al rimborso del contributo unificato, hanno chiesto l'ottemperanza alla sentenza n. 3885/2019, formulando le seguenti conclusioni:

<<accertare e dichiarare l'inottemperanza al giudicato e, per l'effetto:

- in via principale: (i) dichiarare la nullità della delibera n. 413/2018, recante l'affidamento ai sensi dell'art. 57 comma 5 lett. a, del D. Lgs. n. 163/06, di servizi complementari al contratto principale n. 791/2018, in quanto in contrasto con il giudicato; (ii) dichiarare inoltre l'inefficacia del contratto, nonché dei successivi addendum, comunque denominati, recanti l'affidamento di

servizi complementari, con effetto ex tunc; (iii) ordinare l'affidamento del servizio, comprensivo degli affidamenti complementari, al RTI ricorrente per l'intera durata contrattuale, o, in subordine, per i mesi residui;

- in via subordinata nei termini di cui in motivazione, condannare l'amministrazione, ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a., al risarcimento del danno derivante dalla mancata esecuzione e/o dall'impossibilità dell'esecuzione in forma specifica, totale o parziale, secondo gli importi sopra indicati, o quelli maggiori o minori che risulteranno dovuti, oltre interessi e rivalutazione monetaria come per legge;

- nominare un commissario ad acta, per l'ipotesi di perdurante inottemperanza dell'amministrazione;

- ai sensi dell'art. 114, c. 4, lett. e), c.p.a., condannare la p.a. resistente al pagamento di una penale per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo ulteriore;

- condannare l'amministrazione resistente a dare esecuzione alla sentenza n. 3885 del 10 giugno 2019 anche per l'esecuzione della parte della pronuncia contenente la condanna al pagamento delle spese di giudizio, nonché per il rimborso del contributo unificato (i) ordinando entro un congruo termine il pagamento della somma pari a € 8.000,00 oltre accessori a titolo di spese, ed € 15.000,00 (€ 6.000,00 per il primo grado, ed € 9.000,00 per il secondo grado) quale rimborso del contributo unificato, oltre gli interessi maturati e maturandi come per legge; (ii) in caso di persistente inerzia della controparte, oltre il termine indicato, nominare un commissario ad acta per l'adozione dei provvedimenti conseguenti>>, oltre alla condanna al pagamento dei compensi e delle spese della presente fase;

- la Regione Calabria e la Pilò si sono costituite in resistenza;

- la Regione Calabria ha depositato memoria difensiva e le ricorrenti memoria di replica in vista della camera di consiglio del 3 dicembre 2020, all'esito della quale è stata riservata la decisione, previo deposito di note di udienza nell'interesse di tutte le parti.

Ritenuto, in via pregiudiziale, che:

- vada respinta l'eccezione di carenza di legittimazione attiva sollevata dalla difesa di Pilò perché il r.t.i. ricorrente nel presente giudizio ha composizione diversa rispetto a quello che ha partecipato alla gara, ha proposto le azioni giudiziarie poste a fondamento della presente, ed avrebbe, quindi, titolo all'ottemperanza della sentenza 3558/2019;

- in effetti, l'originario r.t.i. era composto dalle società S.G.S. s.r.l. e Icarus Servizi s.r.l., mentre il ricorso per ottemperanza è proposto dalla prima, sempre in qualità di mandataria, ma in r.t.i. con la diversa mandante BSD s.r.l.;

- tuttavia quest'ultima ha agito nella dichiarata qualità di cessionaria dell'azienda di Icarus ed ha documentato tale sua qualità producendo in giudizio l'atto di cessione di ramo d'azienda in data 29 gennaio 2018, rep. n. 60804 e racc. n. 22909, registrato presso l'Agenzia delle entrate il 1° febbraio 2018, n. 4386 serie 1T;
- l'art. 4 del contratto di cessione prevede il subentro della cessionaria, oltre che nei contratti in essere della cedente relativi al ramo di azienda ceduto (che è quello avente ad oggetto l'attività relativa ai servizi di pulizia di cui si controverte), *“in tutti i diritti derivanti dalle gare di appalto attualmente in corso di espletamento a cui la società cedente ha partecipato relativamente alle attività esercitate con il ramo di azienda oggetto della presente cessione”*, ed in particolare nelle gare indicate nell'elenco allegato al contratto sotto la lettera B, tra cui vi è la gara oggetto del presente contenzioso;
- poiché anche il giudicato amministrativo fa stato nei confronti dell'avente causa della parte nei cui confronti la sentenza è stata pronunciata, questi è legittimato a proporre ricorso per ottemperanza, di modo che, alla stregua delle su riportate previsioni contrattuali, la società BSD, in qualità di cessionaria del ramo d'azienda ed avente causa da Icarus Servizi, è legittimata ad agire per l'ottemperanza della sentenza pronunciata a domanda della società cedente;
- giova aggiungere che comunque il ricorso sarebbe ammissibile anche se si ritenesse unica legittimata la S.G.S., alla stregua della giurisprudenza, che, per le impugnazioni degli atti delle procedure di gara, quindi anche per l'esecuzione delle sentenze che tali impugnazioni decidono, riconosce l'autonoma legittimazione ad agire, nell'ambito del raggruppamento di imprese, a ciascuna impresa partecipante, anche se semplice mandante, sia prima che dopo la formale costituzione del r.t.i. (cfr. già Cons. Stato, VI, 8 febbraio 2013, n. 714 e, tra le altre, di recente, Cons. Stato, V, 25 settembre 2020, n.5627);
- questione diversa, attinente non alla legittimazione ad agire, bensì al diritto al subentro nel contratto e/o al risarcimento del danno, è quella – sollevata sia dalla resistente Pilò che dalla Regione Calabria – concernente la spettanza dell'aggiudicazione e la continuità del possesso dei requisiti di partecipazione in capo al raggruppamento partecipante alla gara, a seguito della detta vicenda soggettiva intervenuta dopo l'espletamento della gara (nel caso di specie, nella pendenza del giudizio proposto per l'annullamento dell'aggiudicazione ad altra impresa concorrente);
- pertanto, ferma restando l'affermazione dell'ammissibilità del ricorso per ottemperanza, ed anche della legittimazione ad agire di BSD s.r.l., la questione appena detta sarà esaminata trattando il merito del ricorso.

Considerato che:

- col primo motivo (*In via principale: inefficacia del contratto e dei successivi addendum e diritto al subentro della ricorrente*), le società ricorrenti invocano una pronuncia di inefficacia del contratto e di subentro in favore del r.t.i. S.G.S., con conseguente condanna dell'amministrazione all'adozione degli atti di affidamento e stipula del contratto di appalto, sostenendo che:

- a) il contratto di appalto si dovrebbe ritenere "automaticamente caducato", in applicazione del c.d. effetto espansivo esterno della sentenza (art. 336, comma 2, c.p.c.), a prescindere da un'espressa pronuncia del giudice amministrativo (come da Cons. Stato, Ad. plen. n. 2/2017 e Cons. Stato, sez. VI, 23 luglio 2018, n. 4505), di modo che, dovendo eseguire la sentenza n. 3885/2019, la Regione Calabria non avrebbe avuto altra alternativa che indire una nuova gara o stipulare un nuovo contratto con S.G.S.;

- b) quand'anche il contratto d'appalto non si ritenesse automaticamente caducato per effetto del giudicato sull'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, sarebbe possibile disporre l'inefficacia anche in sede di ottemperanza, su ricorso proposto dalla parte vincitrice, contenente domanda di subentro, in ragione dell'inerzia tenuta dall'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 29 gennaio 2015, n. 407; III, 19 dicembre 2011, n. 6638; Cons. giust. amm. Reg. Siciliana, sez. giuris. 25 febbraio 2013, n. 276), come di recente ribadito da Cons. Stato, V, 2 agosto 2019, n. 5500;

- la ricorrente chiede inoltre che venga dichiarata la nullità della delibera n. 413/2018, di affidamento di servizi complementari ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. a, del d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto si tratterebbe di atto divenuto inefficace per effetto della caducazione dell'aggiudicazione e del contratto principale e, comunque, nullo per contrasto col giudicato (che opera con effetti retroattivi: cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 9 giugno 2016, n. 11).

Ritenuto che:

- il primo motivo sia infondato sotto entrambi i profili;

- a) quanto al primo, è sufficiente osservare che la fattispecie oggetto di contenzioso non è quella alla quale si applica il richiamato principio del c.d. effetto espansivo esterno di cui all'art. 336, comma 2, Cod. proc. civ.;

- questo infatti opera quando l'aggiudicazione sia stata disposta ed il contratto sia stato stipulato dall'amministrazione in favore di un operatore economico per effetto dell'accoglimento del ricorso da questi proposto contro gli atti di gara, vale a dire quando l'aggiudicazione e la conseguente stipulazione del contratto dipendono da una sentenza di primo grado, e la decisione venga poi riformata in appello; in tale eventualità, la riforma della sentenza estende automaticamente i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata (cfr., oltre ai precedenti citati dalle ricorrenti, anche, di recente, Cons. Stato, V, 26 maggio 2020, n. 3342);

- nel caso di specie, l'aggiudicazione in favore della Pilò è stata disposta all'esito delle operazioni di gara dalla stazione appaltante, con provvedimento impugnato dal r.t.i. S.G.S. e la sentenza di primo grado ha respinto il ricorso;
- poiché l'aggiudicazione non dipendeva affatto da tale sentenza, la riforma di quest'ultima non può avere alcun effetto, se non quello caducatorio dell'aggiudicazione disposto appunto con la statuizione di annullamento degli atti di gara contenuta nella sentenza n. 3885/2019, della cui ottemperanza si tratta;
- b) quanto al secondo, si condivide l'orientamento giurisprudenziale espresso da questa Sezione V, con la sentenza n. 5500/2019, della quale il ricorso per ottemperanza riporta diversi passaggi motivazionali;
- in particolare, si intende ribadire che: va escluso che all'annullamento dell'aggiudicazione, in mancanza di espressa statuizione del giudice, possa conseguire la caducazione automatica del contratto (cfr. anche Cons. Stato, V, 29 ottobre 2018, n. 6131 e id., V, ord. 19 marzo 2020, n. 1964); la decisione sulla sorte del contratto spetta, ai sensi degli artt. 121 e 122 Cod. proc. amm., al giudice che abbia annullato l'aggiudicazione; in mancanza della statuizione del giudice sulla sorte del contratto, malgrado l'annullamento giudiziale degli atti di gara e dell'aggiudicazione, il contratto rimane efficace, salve le determinazioni assunte dall'amministrazione successivamente ed in conseguenza di tale annullamento;
- nel caso in cui il giudice della cognizione non si pronunci sulla sorte del contratto e l'amministrazione rimanga inerte, la parte vittoriosa nel giudizio di annullamento ha a disposizione lo strumento processuale dell'ottemperanza per conseguire piena tutela, per le ragioni tutte esposte nella sentenza n.5500/2019, alla cui motivazione è qui sufficiente fare rinvio;
- va però sottolineato che la *ratio* di tale approdo giurisprudenziale è da rinvenire nell'esigenza di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale (ex art. 1 Cod. proc. amm.) nei confronti dell'operatore economico vincitore del giudizio, al quale, in alternativa all'esecuzione in forma specifica, in caso di inerzia della stazione appaltante, spetterebbe soltanto il risarcimento del danno, che è rimedio sussidiario;
- ebbene, proprio in ragione di ciò, nonché in ragione della necessità di apposita pronuncia giurisdizionale che regoli le sorti del contratto, il subentro nel contratto (la quale è statuizione idonea a produrre effetti sull'atto ma anche sui rapporti tra le parti) è possibile solo se vi sia stata apposita, espressa domanda di parte (cfr., oltre alle sentenze su citate, anche Cons. Stato, V, 17 ottobre 2016, n.4272 e id., V, 24 maggio 2017, n. 2445, nonché id., V, 29 ottobre 2018, n. 6131);

- non solo, infatti, *in subiecta materia*, non vi sono ragioni per derogare al principio della domanda, che opera in via generale nel processo amministrativo, ma il rispetto del principio nonché del corollario della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato è imposto specificamente dall'art. 122 Cod. proc. amm.;
- quest'ultimo individua quale requisito indefettibile perché il giudice che annulla l'aggiudicazione si pronunci sulla sorte del contratto, la proposizione da parte del ricorrente della domanda di subentrare nel contratto;
- fa da pendant all'art. 122 Cod. proc. amm., la disposizione dell'art. 124 Cod. proc. amm. che, al primo comma, riconosce al ricorrente vittorioso nell'esercizio dell'azione di caducazione la tutela in forma specifica, nel presupposto che abbia avanzato la "domanda per conseguire l'aggiudicazione e il contratto", pur se condizionata alla dichiarazione di inefficacia; se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto (non solo a seguito della valutazione degli elementi dell'art. 122 Cod. proc. amm. ma anche) perché la parte ricorrente non ha avanzato la domanda di subentro, residua, ai sensi dell'ultimo inciso dello stesso art. 124, comma 1, soltanto il risarcimento del danno per equivalente;
- per di più, anche siffatta tutela risarcitoria per equivalente è ridimensionata proprio nel caso in cui la parte, senza giustificato motivo non abbia proposto la domanda di subentro (o non si è resa disponibile a subentrare) nel contratto (art. 124, comma 2);
- consegue sia ai su richiamati principi generali che alle norme specificamente dettate dal c.p.a. in tema di inefficacia del contratto, che, mancando la domanda di parte volta a conseguire il subentro nel contratto, l'annullamento dell'aggiudicazione rileva soltanto a fini risarcitori (arg. ex art. 34, comma 3, Cod. proc. amm.);
- ciò perché, permanendo efficace il contratto con l'originario aggiudicatario, l'unica utilità che il ricorrente potrà conseguire è quella del risarcimento per equivalente (eventualmente ridotto ai sensi dell'art. 124, comma 2, Cod. proc. amm.);
- la domanda di risarcimento per equivalente potrà pertanto essere avanzata anche in separato giudizio, ai sensi dell'art. 30, comma 5, Cod. proc. amm. per i danni già prodotti dalla mancata illegittima aggiudicazione, ovvero ai sensi dell'art. 112, comma 3, Cod. proc. amm., per i danni che si assumano prodotti da atti successivi dell'amministrazione violativi o elusivi del giudicato;
- non altrettanto può dirsi però per la domanda di tutela in forma specifica, atteso che gli art. 30, comma 5, e 112, comma 3, Cod. proc. amm. si riferiscono all'azione di risarcimento per equivalente e che gli artt. 122 e 124 dello stesso Codice dettano una disciplina speciale, quanto al rito applicabile alle controversie relative alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e

forniture: questa disciplina processuale non consente di scindere la domanda di inefficacia e di subentro nel contratto da quella di annullamento dell'aggiudicazione, non ammettendo la proposizione della prima né in separato giudizio né nel giudizio di ottemperanza della sentenza che ha sancito l'illegittimità dell'aggiudicazione;

- in sintesi, la sorte del contratto, quando non si debba rinnovare la gara, è legata dall'art. 122 Cod. proc. amm. alla scelta del ricorrente, che, impugnando l'aggiudicazione, può domandare il risarcimento in forma specifica cioè agire in giudizio per la declaratoria di inefficacia del contratto e per il conseguente subentro (cfr. Cons. Stato, V., n. 6131/18 cit.);

- ricostruito così il sistema di tutela assicurato dal rito speciale, non vi è alcuna ragione di distinguere la situazione processuale in cui la domanda di subentro non sia stata mai proposta da quella in cui, proposta in primo grado, e non accolta, non sia stata riproposta in appello, e sia perciò da intendersi implicitamente rinunciata ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., ovvero sia stata espressamente rinunciata, in primo grado o in appello;

- se è vero, infatti, che, di regola, la rinuncia alla domanda, quando si configuri come rinuncia agli atti (e non alla pretesa sostanziale), non preclude la sua riproposizione in separato giudizio, purché venga rispettato il termine di decadenza (Cons. Stato, III, 22 agosto 2018, n. 5014 e id., IV, 4 maggio 2018, n. 2666), tale principio è derogato nel caso della domanda di subentro nel contratto, per le ragioni sopra esposte;

- peraltro, la rinuncia alla domanda manifesta viepiù il disinteresse del ricorrente al conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto, che fa venire meno le ragioni di effettività della tutela poste a fondamento della soluzione accolta dalla sentenza n. 5500/2019;

- analoga conclusione è stata raggiunta dalla sentenza di questo Consiglio di Stato, III, 1, aprile 2016, n. 1308, richiamata dalla Regione Calabria, con la quale si è, tra l'altro, evidenziato come la mancata proposizione della domanda di dichiarazione di inefficacia e di subentro nel contratto consente di ricondurre l'interesse (della parte) alla decisione del solo aspetto risarcitorio (cfr., nello stesso senso anche Cons. Stato, V, 18 ottobre 2017, n. 4812), senza conseguenze sulla sorte del contratto, di modo che le domande non proposte (o rinunciate) nel giudizio di annullamento non potrebbero essere proposte (o riproposte) in un nuovo giudizio;

- di qui, il corollario che la pronuncia limitata all'annullamento dell'aggiudicazione, in mancanza di domanda di subentro, non comporta per l'amministrazione l'obbligo di darvi esecuzione mediante provvedimenti *“di autoannullamento del contratto, ma la sola “soggezione” all'eventuale azione per il risarcimento del danno per equivalente, attribuita ex art. 30, comma 2, e 124, comma 1,*

c.p.a. al danneggiato e derivante dall'illegittimità acclarata dell'aggiudicazione" (così testualmente Cons. Stato, III, n. 1308/2016 cit.);

- in conclusione, il principio affermato dalla sentenza di questa Sezione n. 5500/2019, qualora si verta nella fattispecie dell'art. 122 Cod. proc. civ. e la gara non debba essere rinnovata, va limitato all'ipotesi in cui la parte, in sede di cognizione, abbia proposto domanda di declaratoria di inefficacia del contratto o di subentro o di tutela in forma specifica ed il giudice non si sia pronunciato (eventualmente perché non a conoscenza dell'avvenuta stipulazione del contratto di appalto nel tempo di durata del giudizio);

- nel caso in decisione, la sentenza n. 3885/2019 si è invece pronunciata espressamente sulla domanda di subentro, dando atto della sua mancata riproposizione in sede di appello da parte del r.t.i. S.G.S. ed escludendo perciò che rientrasse nei limiti del devoluto la domanda del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e il contratto;

- sull'affermazione del giudice della cognizione che la domanda non fosse stata riproposta in sede di appello si è oramai formato il giudicato, non essendo consentita in sede di ottemperanza la verifica della correttezza, in fatto o in diritto, del *decisum* della cui ottemperanza si tratta;

- è perciò inammissibile la domanda di subentro nel contratto, formulata in via principale col ricorso introduttivo del presente giudizio di ottemperanza;

- quanto fin qui esposto comporta inoltre il rigetto della domanda di inefficacia dell'affidamento complementare di cui alla determinazione n. 413 del 2 agosto 2018;

- ritenuta infatti l'efficacia del contratto stipulato tra la Regione Calabria e l'aggiudicataria Pilò, sulla quale non è dato pronunciare in sede di ottemperanza, esso va reputato titolo idoneo all'ampliamento delle prestazioni ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 163 del 2006;

- il primo motivo di ricorso va quindi complessivamente respinto, rendendo irrilevanti i profili di contestazione del diritto al subentro nel contratto del r.t.i. nella sua attuale composizione soggettiva.

Considerato che:

- col secondo motivo (*Risarcimento per equivalente, ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a.*) la ricorrente chiede la condanna dell'amministrazione al risarcimento: a) del danno commisurato al periodo di illegittimo affidamento del servizio in favore di Pilò, nel caso in cui non si ritenga possibile ordinare la stipula del contratto con il RTI S.G.S. per l'intera durata contrattuale, ma solo per i mesi residui; ovvero b) del danno patito per la perdita totale dell'appalto, commisurato ai danni connessi alla mancata integrale esecuzione (per 36 mesi), nel denegato caso di reiezione della domanda principale;

- in merito alla liquidazione dei danni, rivendica il riconoscimento del danno per il mancato profitto e del danno c.d. curricolare;
- il primo viene quantificato depositando in giudizio l'offerta economica presentata in gara, recante la scomposizione dei costi, ai sensi dell'art. 287, comma 3, del d.P.R. n. 207 del 2010, ma ricalcolando il costo della manodopera indicato in offerta (€ 1.603.751,73), mediante considerazione del risparmio asseritamente ottenibile dall'applicazione del beneficio relativo alla deduzione dalla base imponibile IRAP delle spese per il personale dipendente impiegato a tempo indeterminato di cui all'art. 11, comma 4 octies del d.lgs. n. 446 del 1997, introdotto dalla legge n. 190 del 2014 (che la ricorrente assume non essere stato stimato "in via cautelativa" al momento della formulazione della proposta economica), di modo che viene ottenuto un costo della manodopera, per il triennio della durata contrattuale, inferiore a quello indicato in offerta e pari a € 1.568.049,84, che porterebbe ad incrementare l'utile, sempre "prudenzialmente" stimato al momento dell'offerta;
- all'utile così incrementato si dovrebbe aggiungere, ad avviso della ricorrente, quello generato dall'affidamento del servizio suppletivo, che si dovrebbe calcolare applicando ai costi un risparmio del 30% "*in ragione della riduzione proporzionale di questi ultimi all'aumentare del volume del servizio*";
- in conclusione, l'utile complessivo atteso dallo svolgimento del servizio, incrementato delle marginalità appena indicate (i.e.: gli effettivi risparmi sui costi della manodopera, nonché l'ulteriore guadagno derivante dai servizi aggiuntivi), sarebbe stato pari a € 134.967,19;
- in merito al danno curricolare, poi, la ricorrente rileva che le imprese in RTI per poter svolgere servizi di pulizia, devono essere in possesso della fascia di classificazione di cui al D.M. 7 luglio 1997, n. 274: entrambe (e nella specie, la mandataria S.G.S. e la BSD, cessionaria dell'azienda dalla Icarus, originaria mandante) sono attualmente in possesso della fascia "h", per come risulta dal certificato CCIAA (che richiede infatti un fatturato annuo compreso tra € 4.131.655,00 ed € 6.197.483,00), di modo che l'esecuzione della commessa in contestazione avrebbe concorso anche all'accrescimento della fascia di classificazione (vi sarebbe perciò la prova *in re ipsa* del danno c.d. curricolare, in quanto insita nel fatto stesso dell'impossibilità di utilizzare le referenze nell'ambito di future gare: v. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2019, n. 1257);
- questo danno, da quantificarsi in via equitativa, dovrebbe essere commisurato al 5% sull'importo a base d'asta, maggiorato dei servizi complementari, quindi, secondo l'appellante, ammonterebbe all'importo minimo di € 115.157,00;

- pertanto, i danni risarcibili vengono complessivamente quantificati nell'importo di € 250.124,19, oltre interessi e rivalutazione, per la mancata esecuzione nell'intero periodo triennale (da ridursi proporzionalmente ove venisse accolta la domanda di subentro nel contratto per il periodo residuo di esecuzione);

- oltre alla richiesta di condanna al risarcimento dei danni – ovvero, in subordine, di determinazione dei criteri per la loro liquidazione ai sensi dell'art. 34, comma 4, Cod. proc. amm.- la ricorrente chiede che la Regione Calabria ottemperi alla condanna al pagamento della somma di € 8.000,00, oltre accessori, liquidata nella sentenza a titolo di spese dei due gradi di giudizio, nonché al rimborso del contributo unificato, pari all'importo di € 6.000,00 per il primo grado e di € 9.000,00 per il secondo.

Ritenuto che:

- la domanda di risarcimento per equivalente è ammissibile, perché, in disparte la sua proponibilità in sede di cognizione o in autonomo giudizio sia pure nei limiti temporali dell'art. 30, comma 5, Cod. proc. amm., l'azione risarcitoria è riconducibile, nel caso di specie, all'art. 112, comma 3, Cod. proc. amm., invocato dalla ricorrente;

- in proposito, merita sottolineare che, pur non avendo il r.t.i. S.G.S. riproposto nel giudizio di appello la domanda di subentro, tuttavia inviò alla Regione Calabria la diffida, rimasta senza seguito, dell'11 giugno 2019, chiedendo la stipula del contratto di appalto ovvero l'indizione di una nuova procedura di gara ed il risarcimento del danno per equivalente al r.t.i. risultato vincitore;

- in presenza di un provvedimento di aggiudicazione dichiarato illegittimo, quindi caducato con efficacia *ex tunc*, rimasta inerte l'amministrazione, l'operatore economico partecipante alla gara che avrebbe avuto diritto all'affidamento in luogo dell'originario aggiudicatario ha diritto al risarcimento del danno per equivalente per l'intero triennio di durata contrattuale;

- ciò, senza che sia necessario l'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito in capo alla stazione appaltante, essendo noto che, nel campo del risarcimento dei danni derivanti dalla mancata aggiudicazione di una gara di appalto quel che conta è la lesione stessa della posizione sostanziale, senza che assuma alcuna rilevanza l'elemento soggettivo della condotta, colposa o meno, dell'amministrazione nella vicenda, in applicazione dei principi affermati dalla giurisprudenza euro-unitaria, oramai incontestati nella giurisprudenza nazionale;

- giova aggiungere che, sebbene anche la controinteressata Pilò abbia dedotto e formulato eccezioni in merito all'azione di risarcimento dei danni per equivalente avanzata dal r.t.i. ricorrente, unica legittimata passiva è la Regione Calabria, delle cui deduzioni ed eccezioni difensive soltanto merita quindi occuparsi.

Ritenuto, in particolare, quanto all'*an debeat*, che:

- riguardo alla spettanza dell'aggiudicazione al secondo classificato, per scorrimento della graduatoria, sostiene la Regione Calabria che le ricorrenti non avrebbero offerto la prova del loro diritto all'esecuzione dell'appalto e che, in ogni caso, l'aggiudicazione non sarebbe spettata al r.t.i. S.G.S., poiché, malgrado l'offerta non fosse anomala per legge, non avrebbe superato il giudizio di congruità, quanto al rispetto dei minimi salariali e dei costi della sicurezza, che la Regione si sarebbe riservata di effettuare;
- la Regione basa tale assunto sulla deduzione che sarebbero stati applicati costi orari inferiori ai costi medi riportati nelle tabelle ministeriali vigenti alla data di presentazione delle offerte e che i costi degli oneri di sicurezza aziendale sarebbero ridotti di un terzo rispetto al costo minimo annuo riportato nelle tabelle ministeriali (come da tabella riportata alla pag. 13 della memoria difensiva della Regione);
- l'assunto, pur trovando fondamento normativo già nel d.lgs. n. 163 del 2006, e precisamente nell'art. 86, comma 3 e 3-bis, non merita condivisione dato che, basandosi sui valori medi tabellari, non tiene conto dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui il mero scostamento da tali valori non comporta, di per sé, l'incongruità dell'offerta, atteso che i valori medi di settore contenuti nelle tabelle ministeriali *“esprimono soltanto il costo medio della manodopera quale parametro di riferimento né assoluto né inderogabile e che, svolgendo esso una funzione meramente indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenzianti una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità dei costi inferiori, è ben possibile discostarsi da tali valori, in sede di giustificazioni dell'anomalia”* (Cons. Stato, III, 21 settembre 2018, n. 5492);
- resta da esaminare la deduzione, genericamente svolta dalla stazione appaltante, della non spettanza dell'aggiudicazione al r.t.i. ricorrente a causa dell'asserita modificazione soggettiva della sua composizione;
- la deduzione è infondata, trovando applicazione –come osserva la difesa del r.t.i.- l'art. 51 del d.lgs. 163 del 2006 che, con riferimento alle *“vicende soggettive dell'offerente e dell'aggiudicatario”*, prevedeva che il cessionario di un'azienda o di un ramo di essa subentrato ad un concorrente potesse essere ammesso alla gara, all'aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto, previo accertamento dei requisiti previsti dalla normativa e dalla legge di gara, con previsione volta al fine di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese, le quali devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali repute opportune senza che possa essere loro di

pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali hanno partecipato (cfr., al riguardo Cons. Stato, III, 18 settembre 2019, n. 6216, Cons. Stato, V, 3 agosto 2015, n. 3819);

- stante l'automatica successione negli atti di gara della cessionaria dell'azienda dell'impresa partecipante *ab origine*, che costituisce la regola, sarebbe spettato alla Regione Calabria dedurre la mancanza in capo alla cessionaria BSD dei requisiti di ordine generale o speciale per conseguire l'aggiudicazione dell'appalto di che trattasi;

- in mancanza, la vicenda della cessione aziendale che ha coinvolto una componente del raggruppamento aggiudicatario, così come non osta all'azione di ottemperanza, nemmeno è fatto impeditivo del diritto al risarcimento dei danni per la mancata aggiudicazione.

Ritenuto, ancora, quanto alla liquidazione dei danni, che:

- va dato seguito al consolidato principio per cui occorre aver riguardo all'utile esposto in sede di offerta economica (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 25 febbraio 2019, n. 1257), nella specie pari all'importo di euro 16.037,70, in tondo euro 16.038,00;

- va respinta la pretesa delle ricorrenti di aggiungere a tale importo un'ulteriore somma dipendente da pretesi benefici fiscali dei quali sostiene che non avrebbe tenuto conto nella formulazione dell'offerta in via "cautelativa", ma dei quali avrebbe - asseritamente - potuto fruire in fase esecutiva;

- orbene, le ricorrenti, in ossequio al principio dell'onere della prova – ribadito per via normativa dall'art. 124, comma 1, ultimo inciso, Cod. proc. amm.- avrebbero dovuto offrire la prova rigorosa e puntuale sia della spettanza dei benefici fiscali sia del risultato in termini di vantaggi economici che ne sarebbero conseguiti; tale prova avrebbe dovuto essere ancorata a dati vieppiù certi ed incontestabili, sia perché gli asseriti benefici fiscali non sarebbero conseguiti a normativa sopravvenuta all'offerta (ma a normativa di cui il r.t.i. avrebbe dovuto tenere conto nel formulare quest'ultima), sia perché la Regione Calabria ha, come detto, evidenziato come il costo della manodopera indicato in offerta sia già notevolmente discostato dalle tabelle ministeriali;

- le ricorrenti non hanno offerto dati probatori certi in merito al risparmio ottenibile attraverso la deduzione della base imponibile IRAP delle spese per il personale dipendente a tempo indeterminato, laddove del tutto generico ed apodittico è l'assunto che eventuali sopravvenienze o non meglio dimostrati errori di calcolo nell'offerta avrebbero consentito aggiustamenti delle singole voci di costo in fase esecutiva;

- va quindi riconosciuto l'utile desumibile dall'offerta di € 16.037, 70, in tondo € 16.038,00;

- a questo va aggiunto l'utile che sarebbe stato tratto dal successivo affidamento "*ai sensi dell'art. 57 comma 5 lett. a, a1 e a2 del D. Lgs. n. 163/06 [...] del servizio suppletivo al contratto principale*

n. 791/2018 [...] a decorrere dal 1 Agosto 2018 e fino al 31 Gennaio 2021 (30 mesi), [...] per l'importo di € 258.751,20 iva esclusa - CIG 6000029490, che corrisponde ad un importo mensile di € 8.625,04 iva esclusa, per l'espletamento dei seguenti servizi: - 1) Servizio di pulizia dei locali di via F. Crispi in Catanzaro, sede dei Gruppi Consiliari; - 2) Servizio di facchinaggio e di supporto alla convegnistica; - 3) Smaltimento rifiuti con il servizio di raccolta differenziata”;

- sebbene siano servizi complementari, non compresi nell'appalto originario e giustificati dall'esigenza di svolgere attività sopravvenute causate da circostanze non previste e non prevedibili al momento della conclusione del contratto posto a base dell'affidamento, va considerato che si tratta di circostanze oggettive, indifferenti all'operatore economico affidatario, di modo che non vi è ragione per ritenere - né la resistente Regione Calabria ne ha indicato alcuna - che i servizi suppletivi non sarebbero stati affidati se l'appalto fosse stato aggiudicato al r.t.i. S.G.S.;

- va invece respinta la pretesa di quest'ultimo di vedersi riconoscere un ulteriore risparmio di spesa del 30%, sia perché priva di adeguato supporto probatorio, sia perché l'assunto dei risparmi derivanti da economie di scala è resistito, nel caso concreto, dalla circostanza che le nuove attività sono da espletarsi anche in città diversa (Catanzaro) da quella della sede del Consiglio regionale (Reggio Calabria);

- in applicazione dei principi già seguiti per la liquidazione del danno da lucro cessante, l'unico criterio utilizzabile per la liquidazione di tale ulteriore voce di danno, sempre riconducibile al mancato guadagno, è quello di proporzionalità fra l'importo a base d'asta e l'originario utile dichiarato, pari quindi allo 0,97% dell'importo dei servizi complementari come sopra indicato, che comporta la liquidazione della somma ulteriore di € 2.509,97, in tondo € 2.510,00;

- la somma complessivamente dovuta a titolo di lucro cessante alle ricorrenti è quindi pari all'importo di € 18.548,00;

- non merita accoglimento la richiesta della Regione Calabria di ridurre tale importo per la mancata dimostrazione dell'assenza di *aliunde perceptum* da parte delle ricorrenti: la tipologia dei contratti di servizi di pulizia, caratterizzati dall'alta densità di manodopera e dall'applicazione della clausola sociale, esclude la necessità per l'operatore economico di immobilizzare le proprie risorse in attesa dell'aggiudicazione della commessa;

- ne consegue che, come obiettano le ricorrenti, <<il danno subito sussiste a prescindere dalla contemporanea esecuzione di altri appalti (in cui non sono immobilizzate né le maestranze, in virtù del “passaggio di cantiere”, né mezzi, che possono essere incrementati all'aumento del volume degli affari) e che questi non sarebbero comunque “alternativi” a quello “perso”>>;

- in sintesi, per tale tipologia di appalti, torna operante la regola dell'onere della prova ricavabile dall'art. 2697 cod. civ. (applicabile anche nel giudizio risarcitorio dinanzi al giudice amministrativo, che, come è noto, si sottrae al principio dispositivo con metodo acquisitivo proprio del processo amministrativo), per la quale il fatto impeditivo del risarcimento integrale (*l'aliunde perceptum*) non si presume e va provato da colui che l'eccepisce: è quindi onere della stazione appaltante dimostrare che, a causa delle commesse frattanto aggiudicate all'operatore economico danneggiato, questi non avrebbe potuto fare fronte contemporaneamente anche all'affidamento oggetto di giudizio;
- in ragione di quanto sopra, la mera elencazione degli altri appalti gestiti dalle imprese qui ricorrenti non è sufficiente all'assolvimento dell'onere della prova gravante sulla Regione Calabria;
- va invece esclusa la risarcibilità del danno c.d. curricolare;
- la rinuncia alla domanda di subentro nel contratto è circostanza fondamentale, ai sensi sia dell'art. 124, comma 2, Cod. proc. amm., che del richiamato art. 1227 cod.civ. (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n.3), per respingere la domanda di risarcimento di questo asserito pregiudizio, vale a dire della voce di danno immediatamente correlata all'effettiva esecuzione della commessa;
- rileva in senso sfavorevole alle ricorrenti che lo stesso r.t.i. si sia volontariamente sottratto a tale esecuzione, non chiedendo nell'appello del giudizio di cognizione la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato con Pilò e del suo diritto al subentro;
- l'utile mancato nell'importo complessivo sopra determinato di € 18.548,00, va rivalutato, applicando gli indici ISTAT, dal 7 giugno 2018 (data di stipulazione del contratto con l'aggiudicataria illegittima) all'attualità ed è quindi pari a € 18.566,55;
- sulla somma di € 18.548,00, via via rivalutata con cadenza annuale fino alla data odierna, sono inoltre dovuti gli interessi legali dal 7 giugno 2018 al soddisfo.

Ritenuto, infine, che:

- l'obbligo di esecuzione della sentenza si estende al pagamento delle spese processuali, liquidate nell'importo di € 8.000,00, oltre accessori, nonché al rimborso del contributo per i due gradi di giudizio, complessivamente ammontante ad € 15.000,00;
- la Regione Calabria ha dimostrato di avere già liquidato, con decreto del 16 aprile 2020, n. 4343, l'importo pari al 50% del dovuto;
- essendo la Regione co-obbligata solidale, residua tuttora, nei confronti del r.t.i. creditore l'obbligo di pagamento della restante metà, detratti gli importi eventualmente corrisposti nelle more dalla co-obbligata Pilò.

In conclusione:

- respinto il primo motivo del ricorso per ottemperanza, va accolto in parte il secondo, nei limiti sopra specificati, ed, accogliendo la domanda delle ricorrenti, la Regione Calabria va condannata a corrispondere, a titolo risarcitorio, la somma complessiva di € 18.566,55, oltre interessi legali come sopra determinati, nonché a corrispondere la metà delle spese di lite come liquidate in sentenza per i due gradi, oltre rimborso della metà del contributo unificato per i due gradi, detratte le somme eventualmente corrisposte nelle more, allo stesso titolo, dalla co-obbligata solidale Pilò s.r.l.;
- non sussistono i presupposti, allo stato, per la condanna della Regione Calabria al pagamento di somme di denaro ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e) Cod. proc.amm., così come può essere riservata la nomina del commissario *ad acta* in caso di persistente inottemperanza;
- le oscillazioni giurisprudenziali sulla questione posta dalla domanda principale di subentro nel contratto e l'accoglimento solo parziale delle pretese di parte ricorrente consentono di compensare per giusti motivi le spese del presente giudizio di ottemperanza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), decidendo sul ricorso per ottemperanza, come in epigrafe proposto, respinge il primo motivo ed accoglie il secondo, nei limiti sopra specificati, ed, accogliendo parzialmente la domanda delle ricorrenti, condanna la Regione Calabria a corrispondere alle società ricorrenti, a titolo risarcitorio, la somma complessiva di € 18.566,55, già rivalutata all'attualità, oltre interessi legali come determinati in motivazione, nonché a corrispondere la metà delle spese di lite come liquidate in sentenza per i due gradi, oltre rimborso della metà contributo unificato per i due gradi, detratte le somme eventualmente corrisposte nelle more, allo stesso titolo, dalla co-obbligata solidale Pilò s.r.l.

Compensa le spese del presente giudizio di ottemperanza.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2020, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore