

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA: Giudizio di ottemperanza - Chiarimenti - Condizione - Richiesta - Contenuto.**

**Cons. Stato, Sez. V, 5 luglio 2021, n. 5120**

- in *Il Foro amm.*, 7/8, 2021, pag. 1135

1. “[...] l’azione di ottemperanza c.d. “di chiarimenti” di cui all’art. 112, comma 5, cod. proc. amm. costituisce strumento di supporto e chiarificazione per l’amministrazione qualora alla corretta esecuzione del giudicato si frapponga non l’intento di resistere alle altrui pretese, ma solo la difficoltà di intendere il *decisum* cui dar seguito nella successiva attività provvedimentale [...];

- tale azione, pertanto, può essere proposta a condizione che si siano riscontrati elementi di dubbio o di non immediata chiarezza nella sentenza ottemperanda, per ottenere precisazioni e delucidazioni sui punti della decisione ovvero sulle concrete modalità di esecuzione, senza perciò che possano essere introdotte ragioni di doglianza volte a modificare e/o integrare il *proprium* delle statuizioni rese [...] né allo scopo di investire il giudice di questioni che devono trovare la loro corretta risoluzione nella sede dell’esecuzione del *decisum*, nell’ambito del rapporto tra le parti e amministrazione [...];

2. “[...] dovendo i quesiti formulati attenere alle modalità dell’ottemperanza, ed in ragione di ciò presentare i requisiti della concretezza e della rilevanza, non è possibile sottoporre al giudice dell’ottemperanza questioni astratte di interpretazione del giudicato, ma questioni specifiche che siano effettivamente insorte durante la fase di esecuzione del giudicato [...]”.

FATTO e DIRITTO

Considerato che:

- con distinti provvedimenti, tutti datati 8 ottobre 2018, Consip s.p.a. aggiudicava al r.t.i. Sintesi i lotti 1, 2, 6 e 9 all’esito della procedura di gara per la stipulazione di una convenzione ai sensi dell’art. 26 l. 23 dicembre 1999, n. 488 e dell’art. 58 l. 23 dicembre 2000, n. 388 per l’affidamento dei “servizi relativi alla gestione integrata della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro per le pubbliche amministrazioni ai sensi dell’art. 26 legge n. 488/1999 e s.m.i. e dell’art. 58 legge n. 388/2000 – edizione 4” (denominata Gara Sic 4);

- il provvedimento di aggiudicazione del lotto 9 era impugnato dal r.t.i. Gi One s.p.a., altro operatore in gara, al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio in giudizio concluso dalla sentenza 6 maggio 2019, n. 5676, di reiezione del ricorso;

- a seguito di appello proposto da Gi One s.p.a., il Consiglio di Stato, con la sentenza sez. V, 24 gennaio 2020, n. 579:

a) annullava il provvedimento di aggiudicazione al r.t.i. Sintesi per “*eccesso di potere per contrasto con il principio di ragionevolezza dell’azione amministrativa*”, in quanto Consip s.p.a. aveva dapprima, con atto del 24 gennaio 2018, segnalato all’A.G.C.M. la possibile conclusione di un accordo anticoncorrenziale tra gli operatori partecipanti alla procedura di gara, ma, poi, senza attendere gli esiti della procedura avviata dall’Autorità – che, in effetti, s’era conclusa con l’adozione del provvedimento sanzionatorio del 2 ottobre 2019, n. 27908 nei confronti di Sintesi s.p.a. Igeam s.p.a. e Com Metodi s.p.a. – aveva aggiudicato la procedura ad uno di questi;

b) in via conformativa ordinava alla stazione appaltante di determinarsi nuovamente “*a partire, (...), dalla valutazione dell’ammissione degli operatori economici, e questa volta, inevitabilmente, tenendo conto di tutte le sopravvenienze intervenute nel corso della durata del presente giudizio*”;

c) in accoglimento della domanda proposta dal ricorrente, dichiarava ex art. 122 cod. proc. amm. *inefficace la convenzione tra Consip s.p.a. e Sintesi s.p.a. a far data dalla sua stipulazione*;

- Consip s.p.a., con atto notificato il 22 marzo 2021, ha proposto ricorso per ottemperanza ex art. 112, comma 5 e 114 Cod. proc. amm. domandando chiarimenti in ordine alle modalità di esecuzione della sentenza n. 579 del 2020:

- riferisce di aver, in esecuzione alla sentenza del Consiglio di Stato, effettuato una nuova valutazione di ammissibilità degli operatori economici alla procedura di gara, tenendo conto di tutte le circostanze sopravvenute tra le quali, in particolare, le sentenze con le quali il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha disposto l’annullamento del provvedimento sanzionatorio per condotta anticoncorrenziale adottato dall’A.G.C.M. nei confronti del r.t.i. Sintesi (e degli altri operatori in gara) e che, all’esito di tale rinnovata attività procedurale, il r.t.i. Sintesi era risultato nuovamente aggiudicatario dei lotti 1, 2, 6 e 9;

- domanda, allora, chiarimenti in ordine alla sorte degli ordinativi di fornitura già emessi sulla base delle convenzioni dichiarate inefficaci nonché relativamente alle modalità di subentro dei “nuovi” fornitori;

più esattamente:

i) precisato che la convenzione in affidamento, prevista dall’art. 26 l. n. 488 del 1999, è un contratto normativo o contratto – quadro stipulato da Consip s.p.a. con gli operatori aggiudicatari della procedura, contenente i modi, le condizioni e i termini di esecuzione dei servizi, cui segue l’invio di “ordinativi di fornitura” da parte delle amministrazioni pubbliche richiedenti (obbligate per legge ad aderire alla convenzione o che l’abbiano spontaneamente fatto) con conseguente conclusione

dei *contratti attuativi*, vale a dire di accordi tra la singola pubblica amministrazione e il fornitore individuato da Consip che recepiscono integralmente le prescrizioni e le condizioni fissate nella convenzione, e considerato il silenzio sul punto della sentenza del Consiglio di Stato, domanda quale sia la sorte dei singoli contratti attuativi *medio tempore* stipulati in conseguenza dell'intervenuta declaratoria di inefficacia della convenzione “*a far data dalla sua stipulazione*”;

*ii*) prefigura tre scenari alternativi ossia: 1) che i contratti attuativi (stipulati dalle singole amministrazioni con gli originari aggiudicatari della gara) mantengano efficacia, nonostante la declaratoria di inefficacia della convenzione; 2) che essi siano, invece, divenuti invalidi/inefficaci e, in questo caso, con due possibili decorrenze: 2a) *ab origine* ovvero 2b) solamente dalla data di pubblicazione della sentenza del Consiglio di Stato che ha dichiarato inefficace la convenzione;

*iii*) ritiene la prima ricostruzione non sostenibile poiché non coerente con la sentenza del Consiglio di Stato considerato che i contratti attuativi continuerebbero a trovare disciplina in un contratto – la convenzione – dichiarato espressamente inefficace fin dalla data della sua sottoscrizione;

*iv*) per ciascuna delle altre due alternative evidenzia quali conseguenze discenderebbero nei rapporti tra le singole amministrazioni e i fornitori e, precisamente, nella prima ipotesi, le prestazioni rese dai fornitore in esecuzione degli ordinativi risulterebbero prive di base contrattuale ed andrebbero, pertanto, remunerate non già in base a disposizioni convenzionali, ma nei limiti dell'indebito arricchimento, mentre nella seconda ipotesi i suddetti effetti non si produrrebbero e i pagamenti resi resterebbero consolidati;

*v*) ulteriori conseguenze assume ne seguirebbero dall'accoglimento dell'una o dell'altra ricostruzione sull'entità del c.d. massimale della convenzione, in quanto, nella situazione *sub 1*) il massimale dovrebbe essere decurtato del valore integrale degli ordinativi di fornitura già emessi in favore del precedente aggiudicatario/fornitore, nella situazione *sub 2a*) dovrebbe essere integralmente riconosciuto al nuovo fornitore, senza operare alcuna decurtazione dovuta a precedente esecuzione, infine, in quella *sub 2b*) dovrebbe essere calcolato un nuovo massimale tenendo conto – e quindi decurtato il valore di quello iniziale – delle prestazioni rese in esecuzione dei contratti attuativi legittimamente emessi ed eseguiti sino alla data di pubblicazione della sentenza;

- si è costituita Sintesi s.p.a. nella qualità indicata in epigrafe che ha preliminarmente formulato eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo essendo le istanze formulate attinenti alla giurisdizione del giudice ordinario: al giudice amministrativo è consentito dall'art. 133 cod. proc. amm., per dare attuazione del principio di concentrazione delle tutele, disporre la declaratoria di inefficacia del contratto quale conseguenza immediata e diretta dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e, tuttavia, tale potere,

per il suo carattere eccezionale, non può estendersi oltre i limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici e, quindi, ai casi come quello in esame in cui l'eventuale perdita di efficacia dei contratti (attuativi) sarebbe conseguenza solo mediata e indiretta dell'annullamento dell'aggiudicazione avvenuta in sede giurisdizionale;

- ha evidenziato, poi, un ulteriore profilo di inammissibilità della richiesta di chiarimenti: la declaratoria di inefficacia dei contratti attuativi sarebbe preclusa dalla natura stessa del giudizio di ottemperanza che è finalizzato ad ottenere chiarimenti in ordine alle modalità di ottemperanza e non invece ad integrare una decisione travolgendo l'efficacia di atti diversi da quelli impugnati i quali, peraltro, sono intervenuti tra parti estranee al giudizio;

- ha concluso, quindi, per l'inammissibilità del ricorso ovvero, ove ritenuto ammissibile, per la sospensione del giudizio in attesa dell'esito del giudizio pendente dinanzi alla Corte di Cassazione, chiamata decidere i ricorsi per cassazione avverso la sentenza del Consiglio di Stato e, nel merito, per la perdurante efficacia dei contratti attuativi (e così da rimettere alla discrezionalità delle singole stazioni appaltanti, che gli stessi hanno concluso, la decisione in merito alla sorte della fornitura);

- all'udienza dell'8 giugno 2021 la causa è stata trattenuta in decisione;

premesso che:

- la giurisprudenza amministrativa ha ormai chiarito che l'azione di ottemperanza c.d. "di chiarimenti" di cui all'art. 112, comma 5, cod. proc. amm. costituisce strumento di supporto e chiarificazione per l'amministrazione qualora alla corretta esecuzione del giudicato si frapponga non l'intento di resistere alle altrui pretese, ma solo la difficoltà di intendere il *decisum* cui dar seguito nella successiva attività provvedimentale (e per questo utile anche al solo fine di ottenere l'esatta interpretazione della sentenza ottemperanza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2019, n. 2325);

- tale azione, pertanto, può essere proposta a condizione che si siano riscontrati elementi di dubbio o di non immediata chiarezza nella sentenza ottemperanda, per ottenere precisazioni e delucidazioni sui punti della decisione ovvero sulle concrete modalità di esecuzione, senza perciò che possano essere introdotte ragioni di doglianza volte a modificare e/o integrare il *proprium* delle statuizioni rese (cfr. Cons. Stato, sez. V, ord. 26 aprile 2021, n. 3375 e le sentenze ivi citate) né allo scopo di investire il giudice di questioni che devono trovare la loro corretta risoluzione nella sede dell'esecuzione del *decisum*, nell'ambito del rapporto tra le parti e amministrazione (cfr. Cons. Stato sez. VI, 8 marzo 2021, n. 1945; IV, 23 gennaio 2017 n. 262);

- in ogni caso, poi, dovendo i quesiti formulati attenere alle modalità dell'ottemperanza, ed in ragione di ciò presentare i requisiti della concretezza e della rilevanza, non è possibile sottoporre al giudice

dell'ottemperanza questioni astratte di interpretazione del giudicato, ma questioni specifiche che siano effettivamente insorte durante la fase di esecuzione del giudicato (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 2015, n. 5409);

ritiene il Collegio che l'azione di ottemperanza di chiarimenti proposta da Consip s.p.a. sia inammissibile per le ragioni che seguono:

- chiedendo di pronunciarsi sulla sorte dei contratti attuativi della convenzione per accertarne la validità o dichiararne l'inefficacia, la ricorrente non domanda delucidazioni o precisazioni sulle modalità di esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato n. 579 del 2020, ma propone una domanda nuova ed integrativa delle domande proposte nel giudizio concluso con la suddetta sentenza;
- due erano, infatti, le domande oggetto di quel giudizio, la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione della procedura di gara al r.t.i. Sintesi e, per il caso di accoglimento di questa, la domanda di inefficacia della convenzione stipulata tra l'aggiudicatario e l'amministrazione, non altre, e ad entrambe è stata data risposta nel rispetto del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato *ex art. 112 cod. proc. civ.*; nulla è statuito in sentenza sui contratti attuativi poiché questione completamente estranea al *thema decidendum*;
- se anche, però, per ipotesi, la domanda di accertamento dell'inefficacia dei contratti attuativi fosse stata ritualmente proposta dalle parti del giudizio, il giudice amministrativo non avrebbe potuto pronunciare su di essa: la giurisdizione del giudice amministrativo in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici è fissata dall'art. 133, comma 1, lett. e) n. 1) cod. proc. amm. in questi termini: "*Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge: ...e) le controversie: 1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative*"; per il principio di concentrazione delle tutele – in mancanza di espressa norma, infatti, secondo i principi generali di riparto della giurisdizione, in seguito all'accoglimento della domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione da parte del giudice amministrativo, la parte avrebbe dovuto instaurare un altro giudizio dinanzi al giudice ordinario per ottenere la caducazione del contratto d'appalto – al giudice amministrativo è consentito conoscere del contratto di appalto in ragione del disposto annullamento del provvedimento di aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4585; VI, 21 maggio 2014, n. 2624), ma non di andare oltre, pronunciandosi anche sulla (nuova) composizione dei reciproci rapporti di

credito/debito che avevano titolo nel contratto dichiarato inefficace (in tal senso, Cass. civ, Sez. Unite, 12 marzo 2015, n. 4955, nonché in vicenda assimilabile a quella dell'odierno giudizio, Cass. civ., Sez. Unite, 15 giugno 2017, n. 14859);

- d'altronde, la procedura di evidenza pubblica è conclusa con il provvedimento di aggiudicazione e la stipulazione del contratto d'appalto e, specularmente, l'eventuale giudizio che l'abbia ad oggetto, con la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto previo annullamento dell'aggiudicazione; ogni ulteriore questione, ivi compresa quella relativa agli effetti (ulteriori) che conseguono alla declaratoria di inefficacia del contratto, inerisce alla *fase di esecuzione* del contratto ovvero, a voler seguire recente dottrina che ne ha teorizzato la categoria, al *postcontratto* o *rapporto postcontrattuale* considerata l'ormai assenza del titolo contrattuale, rimessa alla giurisdizione del giudice ordinario venendo in rilievo esclusivamente situazioni di diritto soggettivo

- inerisce alla fase di esecuzione *del contratto e non della sentenza* del giudice amministrativo poiché d'una sentenza che dichiara l'inefficacia di un contratto con effetti *ex tunc*, non può predicarsi una fase esecutiva in senso stretto, dato che, come per l'accoglimento d'ogni azione di impugnativa negoziale, la tutela è accordata mediante provvedimento giurisdizionale con effetti immediatamente estintivi della realtà giuridica sostanziale (tutela costitutiva *ex art. 2908 cod. civ.*);

- in definitiva, allora, valuteranno le parti – ed in primo luogo la stazione appaltante – quali siano gli ulteriori effetti derivanti dalla declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto, ovvero, altrimenti detto, quali i loro reciproci *obblighi postcontrattuali*, e, nel caso in cui, *in questa fase*, dovesse sorgere contrasto tra loro, di esso dovrà occuparsi il giudice ordinario;

- nello stesso senso, di recente cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2021, n. 4223, che ha dichiarato inammissibile la richiesta di chiarimenti in merito alla efficacia temporale della declaratoria di inefficacia del contratto stipulato *inter partes* poiché la controversia “*non ha, in realtà, ad oggetto la coda esecutiva del rapporto contrattuale inciso dall'annullamento della prodromica aggiudicazione, né profili di ordine risarcitorio o sanzionatorio conseguenti all'illegittima condizione della fase evidenziale*”, ma “*“pretese patrimoniali”, oggetto di rivendicazioni dinanzi al giudice ordinario, correlate alla situazione venutasi a creare tra le parti all'esito della disposta caducazione del contratto...*” (con l'ulteriore aggiunta che “*Tale formale soluzione di continuità giuridica fa palese che non si tratta, in realtà, di vagliare la correttezza dell'operato della stazione appaltante in ordine alla puntuale esecuzione del giudicato demolitorio; né di chiarire - interpretando autenticamente o, se del caso, integrando in parte qua la relativa formula decisoria - la portata (retroattiva o meno) della connessa declaratoria di inefficacia: ma solo di inquadrare i termini ed i corollari della richiesta, formulata dalla committente, di continuare extra contractum, per lo stretto necessario a*

*garantire l'utile subentro del nuovo soggetto aggiudicatario, l'erogazione, nei limiti dell'essenziale, delle prestazioni già attivate. Una controversia, perciò, non solo "del tutto distinta da quella avente per oggetto l'inefficacia del contratto" (così ancora Cass., SS.UU. n. 4995/2015), ma anche integralmente collocata sul piano dei rapporti interprivati, per come autonomamente conformati e gestiti dalle parti");*

- quanto detto vale anche per la questione della sorte dei contratti attuativi che abbiano fatto seguito alla convenzione di cui all'art. 26 l. 23 dicembre 199, n. 488 e dell'art. 58 l. 23 dicembre 2000, n. 388; estranea alla vicenda amministrativa ed appartenente alla fase (di esecuzione o) postcontrattuale, nel caso in cui sorga contrasto sulla sua esatta risoluzione le parti dovranno rivolgersi al giudice ordinario.

- ciò è tanto più vero se si considera che, in questo caso, le determinazioni da assumere coinvolgono non solamente le parti del giudizio, ma altri soggetti pubblici, rimasti estranei al giudizio all'esito del quale s'è formato il giudicato, in quanto contraenti in nome proprio dei singoli contratti di fornitura. In conclusione, l'azione di ottemperanza per chiarimenti è inammissibile in quanto decidere, ora, sulla sorte dei contratti attuativi della convenzione significherebbe disporre un'inammissibile integrazione del giudicato, peraltro, oltre i limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, comunque, a veder bene neppure risolvere dubbi ed incertezze in merito all'esecuzione di una sentenza che, come detto, disponendo la caducazione del contratto, è in una pronuncia di cognizione ed esecuzione (ovvero, come altrimenti si dice, è autoesecutiva).

Per la novità delle questioni è possibile compensare tra le parti in causa le spese della presente fase del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), dichiara inammissibile il ricorso proposto.

Compensa tra le parti in causa le spese della presente fase del giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2021 con la modalità di cui all'art. 4, primo comma, d.l. 30 aprile 2020, n. 28 cui rinvia l'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Federico Di Matteo**

**IL PRESIDENTE**

**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**