

N. 01500/2013REG.PROV.COLL.
N. 06042/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6042 del 2012, proposto da:

Azienda USL RM A, rappresentata e difesa dall'avv. Alessia Alesii,
domiciliata in Roma, via Ariosto, 3/9;

contro

ADAPTA S.p.a. (già LAVIN - Lavanderie Industriali S.p.a.), rappresentata e
difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, anche domiciliatario in Roma, via
Antonio Bertoloni, 26/B – anche appellante incidentale;

nei confronti di

Servizi Ospedalieri S.p.a.;

per l'ottemperanza

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE III QUATER, n.
04323/2012, resa tra le parti, concernente ottemperanza sentenza Consiglio
di Stato, Sezione V, n. 1388/2011, di conferma della sentenza del TAR del
Lazio, Sezione III, n. 106/2009 - affidamento triennale del servizio di
noleggio, lavaggio, finissaggio, disinfezione della biancheria ed altro per
l'Azienda USL RM A.

Visti il ricorso in appello dell'Azienda USL RM A e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di ADAPTA S.p.a. (già LAVIN - Lavanderie Industriali S.p.a.);
Visto l'appello incidentale di ADAPTA S.p.a.;
Viste le memorie difensive;
Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2012 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Alesii e Brugnoletti;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società L.I., nel luglio 2007 aveva impugnato, quale seconda in graduatoria, l'aggiudicazione da parte della AUSL RM A alla società S.O. del servizio di noleggio, lavaggio, finissaggio, disinfezione della biancheria (etc.), per un triennio.

Il TAR del Lazio (III-*quater*, n. 106/2009) ha annullato l'aggiudicazione, ritenendo che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, essendo carente l'impegno al rilascio della fideiussione richiesto dal bando in relazione all'art. 75 del d.lgs. 163/2006.

La sentenza è stata confermata in appello (V, n. 1388/2011).

2. In sede di ottemperanza, risultando nel frattempo interamente eseguito l'appalto da parte dell'aggiudicataria (in forza della tutela cautelare assicurata da Cons. Stato, V, ord. n. 1454/2009) ed avendo la Regione Lazio per il periodo successivo avviato gare centralizzate comprendenti il servizio oggetto della gara, L.I. ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente, ex art. 112, comma 3, cod. proc. amm.

Il TAR del Lazio, con la sentenza (III-*quater*, n. 4323/2012) oggetto degli appelli in esame, ha:

- rigettato l'eccezione di tardività del ricorso, ritenendolo tempestivamente

proposto entro i 120 giorni dal giudicato, ex art. 30, comma 5, cod. proc. amm., e comunque ritenendo di escludere l'applicabilità dell'articolo 30, comma 5, all'area dell'ottemperanza, soggetta a termini prescrizionali, alla luce dell'articolo 112, comma 3, cod. proc. amm.;

- rigettato le eccezioni basate sul rilievo che l'interesse era soddisfatto dall'annullamento e la ricorrente non aveva chiesto anche l'affidamento dell'appalto (affermando che all'annullamento avrebbe dovuto seguire la reintegrazione in forma specifica), e che la AUSL, di fronte ad una sola offerta di scarsa qualità, avrebbe annullato la gara (sottolineando che la AUSL era in concreto rimasta inerte e che l'offerta della ricorrente aveva in ogni caso superato il punteggio minimo);

- accolto la pretesa risarcitoria (sottolineando che l'eccepito errore scusabile non poteva precludere il risarcimento, in base alla giurisprudenza comunitaria; e che comunque non sussisteva, trattandosi di violazione indiscutibile di una norma univoca, tempestivamente segnalata dalla ricorrente nel procedimento);

- liquidato il risarcimento nella somma di 150.000 euro a titolo di lucro cessante (basandosi sull'utile, pari al 7,49%, prospettato con l'offerta economica, e riducendolo equitativamente per la mancata dimostrazione di aver perso opportunità alternative, in applicazione dell'art. 1227 c.c., per la rinegoziazione al ribasso intervenuta nel corso dell'appalto, per la possibilità che la AUSL decidesse di non aggiudicare la gara all'unica concorrente rimasto); e nell'ulteriore somma di 7.500 euro a titolo di danno curriculare (calcolata equitativamente pari al 5% della precedente); ha invece negato il danno emergente (ritenendosi i costi di partecipazione assorbiti, come oneri strumentali, dalla somma riconosciuta a titolo di mancato guadagno).

3. Appella la AUSL RM A, deducendo in sostanza che:

- il ricorso era tardivo, dovendosi applicare il termine di decadenza ex art.

30, comma 5, cod. proc. amm. anche all'azione risarcitoria ex 112, comma 3, e dovendosi ritenere, ai fini della decorrenza di detto termine, che il giudicato in materia di contratti pubblici coincida con la pubblicazione della sentenza di appello, e comunque che anche il termine di sei mesi per il ricorso in Cassazione sia dimidiato ex artt. 119 e 120 cod. proc. amm.;

- c'è ultra petizione sull'affidamento dell'appalto o del sub ingresso nell'appalto, in quanto la società L.I. appellata non li aveva chiesti; a fondamento della censura, invoca il rispetto del principio della domanda e l'articolo 124 cod. proc. amm.;

- quanto agli elementi della fattispecie risarcitoria, come eccepito in primo grado, la qualità dell'offerta della società L.I. era scadente e pertanto l'Azienda avrebbe verosimilmente provveduto, in autotutela, ad annullare la procedura di gara; in ogni caso, mancava la colpa, risultando scusabile l'errore alla luce del contenuto della dichiarazione del fideiussore (comunque, in qualche modo riferito all'art. 75 del d.lgs. 163/2006) poi ritenuta carente, e del contrasto tra pronuncia cautelare e pronuncia di merito rese dal TAR.

4. L'appellata (ora, a seguito di mutamento della denominazione sociale, società A.), oltre a controdedurre puntualmente rispetto all'appello principale, propone appello incidentale autonomo per vedersi riconoscere le voci e quantità di danno negate in primo grado.

Circa la riduzione del lucro cessante (da 113.543,60 a 50.000 per ciascuno dei tre anni), lamenta che non sia stato considerato che: a) nella situazione concreta, il non attivarsi per poter svolgere altri servizi era giustificato, alla luce del fatto che era affidataria uscente del servizio e che l'aggiudicataria era stata ammessa con riserva essendo già stato rilevato il vizio di partecipazione (quindi la condotta dell'appellata non poteva ritenersi colpevole ex art. 1227 c.c.); b) la rinegoziazione con l'aggiudicataria ha riguardato solo una parte del periodo di durata dell'appalto, e comunque

era legata all'offerta di questa e non si sarebbe verificata con l'appellata; c) la possibilità di annullare la gara (il cui apprezzamento contraddice quello della fondatezza della pretesa risarcitoria) era assai remota, trattandosi dell'affidataria uscente, presentatrice di un'offerta che aveva conseguito un punteggio ampiamente superiore al minimo previsto.

Il danno curriculare (essendo parametrato al 5% del primo) deve essere conseguentemente aumentato.

Circa il danno emergente, sostiene che spettano comunque le spese di partecipazione, dato che la stazione appaltante ne risponde a norma dell'articolo 1223 c.c., avendo vanificato la funzione causale che sorregge l'onere delle spese di partecipazione.

5. L'AUSL ha controdedotto puntualmente, anche eccependo la carenza di interesse della ricorrente incidentale, in quanto presentata dalla diversa società A.; detta eccezione va disattesa, dato che la continuità giuridica è documentata dall'identità del codice fiscale e da un verbale assembleare da cui risulta il semplice cambio di denominazione sociale.

6. Il Collegio ritiene che la sentenza appellata meriti di essere interamente confermata.

6.1. Partendo dall'appello principale, quanto alla tempestività del ricorso di primo grado, si è ritenuto che l'applicabilità dell'art. 30, comma 5, risulti esclusa dall'art. 112, comma 3, che fa ricadere la domanda di risarcimento del danno per equivalente dalla mancata esecuzione del giudicato nell'area dell'ottemperanza disciplinata in modo compiuto dal predetto comma (cfr. Cons. Stato, V, 7 febbraio 2012, n. 661) e soggetta ai termini prescrizionali ordinari.

In ogni caso, anche ipotizzando l'applicabilità del termine di cui all'art. 30, comma 5, il ricorso di primo grado non può ritenersi tardivo.

Infatti, l'inizio della decorrenza del termine di 120 giorni previsto dall'art. 30, comma 5, coincide con l'esaurimento delle possibili impugnazioni,

compresa quella in Cassazione per motivi attinenti la giurisdizione ex art. 110, non rilevando in contrario la improbabilità della sussistenza di detti motivi nella materia.

Inoltre, i termini per il ricorso in Cassazione non possono ritenersi dimidiati per effetto dell'art. 119, comma 2, del codice del processo amministrativo, risultando questo inapplicabile a quelle fasi del processo (gradi ed incidenti) che si svolgono dinanzi a giudici diversi dal giudice amministrativo (cfr., riguardo all'art. 23-*bis* della l. TAR, Cass. SS.UU. 11 dicembre 2007, n. 25818). Del resto, il comma 2 dell'art. 119, nel prevedere l'applicabilità nei giudizi di impugnazione delle disposizioni dei commi precedenti, richiama espressamente l'appello, la revocazione e l'opposizione di terzo e non anche il ricorso per Cassazione.

Pertanto, il termine di 120 giorni, previsto dall'articolo 30, comma 5, cod. proc. amm., decorreva dal 14 ottobre 2011 (sessanta giorni dalla notifica della sentenza effettuata in data 30 giugno 2011; mentre i sei mesi dalla pubblicazione in data 4 marzo 2011, scadevano il 19 ottobre 2011). La notifica del ricorso, avvenuta in data 23-28 dicembre 2011, è dunque tempestiva.

6.2. Quanto alla portata (effetto conformativo) della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione, sono condivisibili le considerazioni del TAR, sottolineandosi che in una gara svoltasi tra due soli concorrenti, il giudicato di annullamento dell'aggiudicazione per omessa esclusione dell'aggiudicataria comporta sostanzialmente (anche se non espressamente formalizzato nella pronuncia) il riconoscimento dell'interesse soggettivo per la tutela del quale la seconda classificata aveva agito, che si concretizzava nell'ottenimento dell'affidamento dell'appalto.

L'onere di chiedere l'aggiudicazione della gara o il sub ingresso nell'esecuzione del contratto, è stato espressamente previsto soltanto dall'art. 124, cod. proc. amm.; peraltro "sanzionando" il mancato

assolvimento dell'onere alla stregua di un comportamento rilevante, in sede di valutazione del risarcimento, ai sensi dell'art. 1227 c.c., ma facendo salvo l'eventuale "giustificato motivo" di tale omissione.

La mancata esplicitazione, nel ricorso, della pretesa all'affidamento dell'appalto, va qualificata alla luce della circostanza secondo la quale, all'epoca in cui era stata proposta l'impugnazione, la giurisprudenza prevalente riteneva che dall'annullamento discendesse – salva l'eventuale sussistenza di ragioni ostative rimaste estranee al giudizio di impugnazione - l'aggiudicazione al secondo graduato rimasto in gara, e che il giudice amministrativo, in sede esecutiva, avrebbe potuto sostituirsi all'Amministrazione qualora questa non avesse provveduto a far subentrare nel contratto il concorrente vittorioso nel giudizio avverso l'originaria aggiudicazione (cfr. Cons. stato, A.P., 30 luglio 2008, n. 9).

Diversamente, si configurerebbe un'ipotesi di ricorso accolto senza alcuna utilità pratica per la parte ricorrente, e si vanificherebbe la stessa funzione del giudizio di ottemperanza come preordinata al soddisfacimento dell'interesse sostanziale del soggetto vittorioso in esito al giudizio di cognizione.

Inoltre, nel caso in esame, l'esecuzione dell'appalto da parte dell'aggiudicataria, nelle more della decisione di merito, è dovuta all'ordinanza cautelare n. 1454/2009 (disposta "avuto riguardo al fatto che il contratto è in fase di avanzata esecuzione e che appare prevalente l'interesse al regolare svolgimento del servizio", e non perché – come sostiene l'Azienda, il giudice vi fosse "costretto" dalla mancanza di disponibilità della società L.I. a subentrare nell'esecuzione del servizio).

6.3. Quanto alla possibilità prevista dal capitolato di indire una nuova gara in presenza di una sola offerta valida, va sottolineato che, non solo tale facoltà non è stata esercitata, ma non vi sono neanche elementi per poter ritenere probabile che ciò si sarebbe verificato, qualora la ASL avesse avuto

la certezza di dover valutare una sola offerta valida.

Del resto, il vizio che avrebbe portato all'esclusione dell'aggiudicataria era stato fatto verbalizzare tempestivamente dalla società L.I., seconda classificata e, qualora la non eccelsa qualità (pur nella sufficienza rispetto alle soglie minime previste), sotto alcuni aspetti, dell'offerta di quest'ultima avesse davvero reso opportuno rinnovare la gara, la circostanza avrebbe dovuto portare la stazione appaltante a formalizzare una valutazione in tal senso o quanto meno a far constare una simile eventualità.

Ma di questo non vi è alcuna traccia documentale.

Sembra quindi condivisibile quanto sostiene la appellata principale, nel senso che, in ragione di un processo logico deduttivo secondo il criterio del c.d. "più probabile che non", vi fossero molte più possibilità che essa si aggiudicasse la gara, piuttosto che l'AUSL ne indicasse una nuova.

6.4. L'errore scusabile (prescindendo dalla problematicità di un'apprezzamento della mancanza di colpa nel comportamento dell'Amministrazione, al fine di escludere il risarcimento spettante al concorrente illegittimamente pretermesso – cfr. CGCE, III, 30 settembre 2010, n. 314) non può comunque essere riconosciuto, non ravvisandosi la sussistenza delle ipotesi (oggettiva oscurità, sovrabbondanza o repentino mutamento della norma, verificata sussistenza di contrasti interpretativi – cfr. Cons. Stato, A.P. 18 marzo 2004, n. 5) che potrebbero giustificarlo.

Infatti, l'art. 75 del d.lgs. 163/2006, al quale faceva riferimento l'art. 30 del capitolato speciale, sembra univoco nel richiedere la presentazione, oltre che della cauzione provvisoria, dell'impegno del fideiussore a garantire l'esecuzione del contratto, mancante nella gara in questione. E, si ripete, la mancanza era stata rappresentata e fatta verbalizzare dal procuratore della società L.I.

6.5. Nell'appello incidentale, la società A. contesta i presupposti che hanno indotto il TAR a ridurre l'entità del risarcimento per mancato guadagno.

Le censure non possono essere condivise.

Non può ritenersi che L.I. si trovasse in uno di quei “casi particolari” in cui l’impresa può rimanere inerte, non attivarsi per cercare di svolgere attività alternative, in attesa di ottenere la sperata aggiudicazione, e quindi sia esonerata dall’onere di provare di avervi provveduto, per non incorrere nell’applicazione dell’art. 1227 c.c..

Riguardo a quello che il TAR ha ritenuto (pag. 10 della sentenza) “principale” elemento di riduzione del *quantum*, la circostanza di essere la precedente affidataria del servizio non poteva giustificare L.I. nel mantenere fermi maestranze e mezzi impiegabili nell’appalto, in attesa della conclusione del giudizio; tanto meno, in presenza della possibilità che la gara venisse comunque rinnovata, ed in assenza di una particolare aspettativa in ordine all’esito favorevole del giudizio, essendo stata negata la tutela cautelare (TAR Lazio, III-*quater*, n. 3582/2007 – ord.).

Quanto all’incidenza, sulla ricostruzione *ex post* del danno concretamente verificabile, dell’avvenuta rinegoziazione al ribasso del contratto, va sottolineato che detta rinegoziazione, pur riguardando una parte del periodo di durata dell’appalto (circa la metà, dal 1 gennaio 2009 al 15 luglio 2010), secondo la prospettazione dell’AUSL, non adeguatamente confutata, è stata dovuta ad esigenze oggettive legate ad eventi sopravvenuti - quali la conversione dell’Ospedale Nuovo Regina Margherita in presidio di prossimità territoriale e la chiusura dell’Ospedale San Giacomo - non direttamente condizionati dalle caratteristiche dell’offerta dell’esecutore; e quindi è ragionevole prevedere si sarebbe verificata anche nei confronti dell’appellante incidentale, così da rendere coerente l’attribuzione a tale elemento di una valenza di “ulteriore causa giustificativa della riduzione dell’entità del risarcimento”.

Infine, la ritenuta possibilità di non procedere affatto all’aggiudicazione in presenza di una sola offerta, seppur remota (come affermato dal TAR), pur

tuttavia sussisteva, non essendo esclusa dalla posizione di gestore uscente del concorrente rimasto in gara, né dalla valutazione della sua offerta e dal punteggio conseguentemente attribuito (la deliberazione n. 681/2007 evidenzia in effetti anche rilievi critici, e giudizi di “appena sufficiente”); pertanto, nell’ambito di un giudizio complessivo di prognosi postuma sull’entità del danno effettivo, ben poteva essere considerata.

Tale ultima considerazione non contraddice l’affermazione dell’esistenza del nesso eziologico tra mancata esclusione e danno da lucro cessante, poiché nel primo caso è stata effettuata una valutazione di maggior probabilità, nel secondo una valutazione equitativa di mera possibilità, coerentemente attribuendo a detto fattore di riduzione del quantum un’importanza dichiaratamente “marginale” (così la sentenza, a pag. 12).

6.6. Resta da esaminare la censura riguardante l’esclusione del risarcimento per le spese di partecipazione alla gara.

Il Collegio ritiene che la decisione appellata sia corretta anche su questo punto, meritando adesione l’orientamento che ritiene dette spese non risarcibili all’impresa che ottenga il risarcimento del lucro cessante a causa della mancata aggiudicazione o della perdita della possibilità di aggiudicazione, in quanto si tratta di costi strumentali che sarebbero rimasti a carico dell’impresa anche nell’ipotesi di avvenuta aggiudicazione, e mediante il risarcimento essa non può conseguire un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall’aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, VI, 16 settembre 2011, n. 5168; 9 giugno 2008, n. 2751).

7. In conclusione, sia l’appello principale sia quello incidentale devono essere respinti.

Sussistono perciò giustificati motivi per disporre l’integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente

pronunciando sull'appello principale e sull'appello incidentale, come in epigrafe proposti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/03/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)