

Publicato il 30/11/2021

N. 07988/2021REG.PROV.COLL.
N. 01636/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1636 del 2021, proposto da L'Operosa s.p.a. con socio unico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia Marzot e Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

GE.S.A.C. s.p.a. - Società Gestione Servizi Aeroporti Campani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Vosa e Giuliana Vosa, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Dussmann Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuzza, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione prima) n. 5667/2020, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di G.E.S.A.C. s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Dussmann Service s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 4 novembre 2021 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Marzot, Paolo Vosa e Moscuza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

G.E.S.A.C. s.p.a. - Società Gestione Servizi Aeroporti Campani indiceva il 16 settembre 2019 una procedura aperta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di pulizie dell'aeroporto internazionale di Napoli Capodichino per la durata di 36 mesi, con possibilità di proroga per 24 mesi, di valore complessivo pari a € 17.106.581,94 Iva esclusa.

La gara era aggiudicata, dopo la verifica di anomalia, a L'Operosa soc. soop. a r.l. con provvedimento datato 24 febbraio 2020, che la seconda classificata Dussmann Service s.r.l. impugnava innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania. Nel giudizio così instaurato si costituivano in resistenza sia l'aggiudicataria che la stazione appaltante. Quest'ultima nelle difese svolte per la fase cautelare preannunziava l'imminente revoca della procedura, in ragione delle conseguenze determinate sul traffico aereo dalla sopravvenuta emergenza sanitaria da Covid-19.

In effetti, la gara, in uno all'atto della sua aggiudicazione a Operosa, era revocata con provvedimento della stazione appaltante 12 maggio 2020, che Operosa impugnava innanzi allo stesso Tar, domandandone l'annullamento e instando, in via subordinata, per il risarcimento del danno per equivalente, o, in via ulteriormente gradata, per l'ottenimento dell'indennizzo *ex art. 21-quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241. La stazione appaltante si costituiva in resistenza.

L'adito Tribunale, con sentenza della Sezione prima n. 5667/2020:

- a) riuniva i predetti giudizi per connessione oggettiva e soggettiva;
- b) esaminava per primo il ricorso proposto da Operosa avverso il provvedimento di autotutela, ritenendolo legittimo e respingendo, per l'effetto, la domanda di risarcimento *ex art. 2043 Cod. civ.* Riteneva altresì l'insussistenza dei presupposti della responsabilità precontrattuale, non ravvisando un comportamento della stazione appaltante contrario ai canoni di correttezza e buona fede. Accoglieva invece la domanda di indennizzo, *ex art. 21-quinquies l. 241/1990*, in relazione ai costi sostenuti dalla società per la partecipazione alla procedura, oltre interessi legali e rivalutazione. Fissava allo scopo, e ai fini dell'art. 34, comma 3, Cod. proc. amm., il termine entro il quale, previo contraddittorio, la stazione appaltante era tenuta a proporre alla società il *quantum* dello stesso, nel quale includeva, come da richiesta della ricorrente, la spesa risultante da una fattura emessa a titolo di corrispettivo dell'attività di progettazione svolta da una società terza per la predisposizione dell'offerta proposta in gara, subordinatamente però alla verifica in sede di contraddittorio della effettiva strumentalità dell'attività alla partecipazione di Operosa alla procedura nonché dell'avvenuta registrazione del pagamento della relativa somma nelle scritture contabili della ricorrente;
- c) dichiarava l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso di Dussmann;
- d) compensava tra le parti le spese di entrambi i giudizi.

L'Operosa, ora s.p.a. con socio unico, ha appellato la predetta sentenza deducendo: 1) *Errores in iudicando*; difetto di motivazione; omessa motivazione circa il fatto che il bando era costruito basandosi sulle superfici da pulire e non sul numero dei passeggeri; violazione e falsa applicazione dell'art. 21-*quinquies* della legge 241 del 1990; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 241 del 1990; eccesso di potere sulla base dell'indice sintomatico dell'adozione del provvedimento sulla base di erronei presupposti di fatto e di diritto, in particolare erronea interpretazione dei fatti, intesi come base

fattuale della revoca; violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ.; 2) *Errores in iudicando*; difetto di motivazione; omessa e insufficiente motivazione circa il fatto che Operosa aveva previsto, in fase di offerta tecnica, la modifica del servizio in funzione del numero dei passeggeri; violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ.; 3) Omessa motivazione circa la ponderazione degli interessi del privato e sulla prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato; violazione e falsa applicazione dell'art. 21-*quinqüies* della legge 241 del 1990 e successive modifiche; violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ.; 4) *Errores in iudicando*; eccesso di potere; possibilità del bando e del disciplinare di gara di modificare l'organizzazione preposta; illegittimità della pronuncia appellata laddove assume che le modifiche da apportare al progetto di gara altererebbero gli elementi essenziali considerati dalla stazione appaltante; apoditticità e, comunque, erroneità della motivazione adottata dal primo giudice; 5) *Errores in iudicando*; eccesso di potere; possibilità del bando e del disciplinare di gara di modificare l'organizzazione preposta; illegittimità della pronuncia appellata laddove assume che le modifiche da apportare al progetto di gara altererebbero gli elementi essenziali considerati dalla stazione appaltante; apoditticità e, comunque, erroneità della motivazione adottata dal primo giudice; 6) In via subordinata, *errores in iudicando* sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente; omessa valutazione della corrispondenza intercorsa tra le parti circa l'inizio del servizio ai fini della valutazione della responsabilità della stazione appaltante; violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ. circa l'omessa e insufficiente valutazione; 6.1.) Qualificazione del danno prodotto dalla stazione appaltante; responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione *ex art.* 1173 - 1218 Cod. civ. da "contatto amministrativo qualificato"; 6.2) In via subordinata, responsabilità precontrattuale *ex art.* 1337 Cod. civ.; 6.3) *Errores in iudicando*; eccesso di potere; appalto di durata; violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ.; 7) *Errores in iudicando*; eccesso di potere; insussistenza di una variazione delle modalità di espletamento del servizio; violazione dell'art. 112 Cod. proc. civ.. Ha concluso

per l'annullamento del provvedimento di revoca e degli atti presupposti, connessi e consequenziali, in via subordinata per il risarcimento del danno, in via ulteriormente gradata per l'ottenimento dell'indennizzo.

GE.S.A.C. e Dussmann si sono costituite in resistenza, instando per la reiezione del gravame, di cui hanno illustrato l'infondatezza.

Tutte le parti hanno depositato memorie difensive.

La causa è stata trattenuta in decisione il 4 novembre 2021.

DIRITTO

1. L'odierno appello ha a oggetto la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione prima, n. 5667/2020, nella parte in cui ha respinto le domande demolitorie e risarcitorie formulate da L'Operosa soc. coop. a r.l. (ora L'Operosa s.p.a. con socio unico) nel ricorso proposto avverso la revoca disposta dalla stazione appaltante GE.S.A.C. s.p.a. della procedura aperta bandita il 16 settembre 2019 per l'affidamento del servizio di pulizie dell'aeroporto internazionale di Napoli Capodichino e dell'atto di aggiudicazione della gara alla società, accogliendo la sola domanda di ottenimento dell'indennizzo di cui all'art. 21-*quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241. La stessa sentenza, nella parte in cui ha dichiarato l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso, riunito, che Dussmann Service s.r.l., seconda classificata, aveva precedentemente proposto avverso l'aggiudicazione, è invece passata in giudicato, non essendo stata da questa appellata.

2. Con il primo motivo di appello Operosa si duole che il primo giudice abbia ritenuto la completezza della motivazione della revoca, incentrata sulla drastica riduzione del traffico aereo determinata dalle limitazioni agli spostamenti causati dall'emergenza Covid-19, preconizzandone una durata prolungata, *“di difficile se non impossibile determinazione”*.

In particolare, Operosa:

- lamenta che il primo giudice non si sarebbe avveduto che la riduzione dei passeggeri non poteva costituire una legittima causa di revoca della gara e

dell'aggiudicazione, in quanto la *lex specialis* si era fondata sulla superficie da pulire e sulla consistenza degli immobili, e non sul dato costituito dal numero dei passeggeri, citato una sola volta nel capitolato speciale e a scopo puramente previsionale, e non abbia motivato sulla censura della società volta a segnalare l'irrilevanza di tale riduzione, né abbia esternato le ragioni suscettibili di giustificare il suo eventuale assorbimento;

- espone che la correttezza del predetto rilievo sarebbe comprovata dalla nuova gara per l'affidamento della pulizia dell'aeroporto bandita dalla stazione appaltante immediatamente dopo la revoca, che parimenti considera il numero dei passeggeri un dato meramente indicativo, e che sarebbe perfettamente sovrapponibile a quella revocata, contenendo addirittura un ampliamento delle superfici oggetto del servizio.

2.1. Il motivo è infondato sotto tutti i profili di cui si compone.

2.2. L'appellante lamenta che la sentenza impugnata non si sia pronunciata sulla censura con cui la società ha dedotto che la revoca non avrebbe potuto fondarsi sulla prevista, drastica contrazione del numero dei passeggeri.

Sul punto, si osserva che, come meglio in seguito, la stessa censura di omessa pronuncia viene mossa nel corso dell'appello anche in relazione a varie altre questioni che Operosa ritiene non valutate, o non sufficientemente apprezzate, dal giudice di prime cure.

Ciò posto, la doglianza non potrebbe mai condurre alla riforma della statuizione di primo grado.

Il Collegio non intende infatti discostarsi dal consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui, stante l'effetto devolutivo dell'appello, l'omessa pronuncia su una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale è vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato a eliminare, integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo sul merito della causa (da ultimo, Cons. Stato, IV, 29 marzo 2021, n. 2611; VI, 22 gennaio 2021, n.666; V, 30 luglio 2020, n. 4856).

2.3. Quanto alla questione in sé, essa è priva di pregio.

Per pacifica giurisprudenza, la revoca del bando di gara richiede “*la sussistenza di concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna la prosecuzione delle operazioni di gara*”, secondo una valutazione di opportunità ancorata alle condizioni legittimanti dettagliate all’art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990 e rientrante nel potere ampiamente discrezionale dell’amministrazione procedente (Cons. Stato, III, 17 febbraio 2021, n. 1455; V, 11 marzo 2020, n. 1744; II, 14 marzo 2020, n. 1837; III, 29 novembre 2016, n. 5026), e ciò anche nel caso di *ius superveniens* che comporti una modifica del quadro normativo esistente al momento di adozione del provvedimento revocato (Cons. Stato, V, 26 giugno 2015, n. 3237). In tale ultima ipotesi, questa Sezione ha di recente osservato, sempre in materia di revoca del bando e dell’aggiudicazione, che, benchè il citato art. 21-*quinquies* preveda quale condizione legittimante il riesame del provvedimento il solo caso di “mutamento della situazione di fatto” non prevedibile al momento dell’adozione del provvedimento oggetto di autotutela, “*non può dubitarsi che una sopravvenienza normativa possa essere giusta ragione di revoca del provvedimento, sempre a condizione, comunque, che, in conseguenza del nuovo assetto normativo, non sia più possibile conservare gli effetti del provvedimento ovvero anche perché non sia più conveniente o opportuna la decisione assunta, e, dunque, per una rivalutazione dell’interesse pubblico originario* (Cons. Stato, V, 1° marzo 2021, n. 1700).

Tanto premesso, la revoca in esame ha ritenuto che la drastica riduzione del numero di passeggeri dipendente dalla sopravvenienza di “*nuove disposizioni conseguenti al COVID 19 per il contenimento e la prevenzione del virus*”, abbia determinato il venir meno della coerenza tra la “*nuova situazione di fatto*” e il progetto posto a base della gara del 2019, e ciò “*dal punto di vista economico, organizzativo e temporale*”, richiedendo “*che gli interventi di pulizia siano programmati e progettati ex novo*”.

Si tratta di un percorso logico privo di mende.

In linea generale, la presenza di uno specifico quadro esigenziale, che si riflette nella *lex specialis*, è presupposto immanente a qualsiasi gara pubblica, la

cui sola causa consiste nell'approvvigionare, mediante il più conveniente dei possibili contratti, la pubblica amministrazione delle opere, dei beni o dei servizi di cui effettivamente necessita nel perseguimento del proprio scopo istituzionale e indi dell'interesse generale (Cons. Stato, V, 20 aprile 2020, n. 2486).

Nell'ambito dell'individuazione del quadro esigenziale di una gara pubblica avente a oggetto il servizio di pulizia di una struttura destinata all'uso pubblico, l'apprezzamento del numero dei soggetti che si prevede ne usufruiranno in concreto non può assolutamente dirsi "fuori tema": in una ottica di efficienza ed efficacia del servizio, sottintesa a tutte le procedure pubbliche, sussiste infatti un nesso materiale tra l'intensità della frequentazione della struttura e il "bisogno" di pulizia, che influenza la quantità del servizio da erogare secondo un rapporto direttamente proporzionale, destinato di suo a riflettersi anche sulle relative modalità organizzative.

Tale nesso, nella fattispecie, ha anche una evidenza provvedimentale.

Essa è costituita dal richiamo (menzionato dalla stessa appellante) contenuto nel capitolato speciale della gara del 2019 al numero dei passeggeri previsti: esso costituisce infatti il presupposto dell'intero programma che la procedura si proponeva di attuare, che non viene meno per il fatto che la legge di gara abbia fatto più volte riferimento all'ampiezza delle superfici oggetto del servizio. Ciò in quanto quest'ultimo è indubbiamente un criterio che concorre all'individuazione della misura e delle modalità del servizio da erogare, ma sempre sul presupposto della rilevazione di quanto e come le dette superfici sono destinate a essere utilizzate. E nulla muta considerando che il numero dei passeggeri indicato dal predetto capitolato abbia carattere previsionale, che è fatto necessitato, in quanto frutto dell'ideazione di scenari che esulano dalla sfera di controllo della stazione appaltante.

Non mancano neanche le ragioni giustificatrici della previsione del forte decremento di detto numero negli anni interessati dalla procedura. Su queste

vi è poco da dire, trattandosi di un effetto direttamente dipendente dalle restrizioni alla mobilità disposte *ope legis* per effetto dello stato emergenziale di cui sopra, e, ulteriormente, anche dall'allarme sociale causato dalla pandemia di cui trattasi.

E allora, tanto chiarito, non può che concludersi:

a) che la stazione appaltante, nel revocare il bando di gara del 2019 e l'aggiudicazione che ne era conseguita, ha bene esercitato il proprio potere discrezionale, segnatamente evitando la stipulazione di un contratto le cui condizioni, correlate a un progetto a suo tempo posto a base di gara ma poi divenuto inattuale per *factum principis*, non erano più corrispondenti all'interesse pubblico;

b) che la motivazione del provvedimento di revoca, che di tanto dà atto, è pienamente idonea a integrare il paradigma normativo di cui all'art. 21-*quinquies* della l. 241 del 1990, e a giustificare l'esercizio dello *jus poenitendi*.

2.3. Quanto alla nuova gara – bandita il 19 ottobre 2020, alla quale ha partecipato anche Operosa, e che è stata aggiudicata a Dussmann con atto del 21 maggio 2021 (impugnato da Operosa innanzi al Tar Campania con ricorso tuttora pendente, rubricato al r.g.n. 2661/2021), cui ha fatto seguito la stipula del contratto il 1° luglio 2021 – va esclusa la sua sovrapposibilità a quella oggetto di revoca.

Basti considerare al riguardo che, come rappresentato dalla stazione appaltante, detta nuova gara, a differenza del primo progetto, che prendeva in considerazione un numero di passeggeri in crescita (pari ad 11.100.000 nel 2020, 11.400.000 nel 2021 e 11.600.000 nel 2022), si è basata su un algoritmo di rimodulazione periodica del piano di lavoro e dei livelli di servizio associati in funzione della variazione dei passeggeri (“a fisarmonica”), coerente con la situazione di incertezza conseguente agli effetti della pandemia sul traffico aeroportuale, e considera 7 diversi piani di lavoro, ciascuno collegato ad un determinato scenario, in funzione della soglia passeggeri prevista [scenario a) da 0 passeggeri a 99.999; scenario b) da 100.000 a 299.999 passeggeri;

scenario c) da 300.000 a 499.999 passeggeri; scenario d) da 500.000 a 999.999 passeggeri; scenario e) da 1.000.000 a 1.999.999 passeggeri; scenario f) da 2.000.000 a 2.999.999 passeggeri; scenario g) da 3.000.000 a 3.500.000 passeggeri], prevedendo per ciascuno di essi una diversa intensità di servizi e un diverso corrispettivo; conseguentemente, l'importo a base d'asta è stato considerevolmente ridotto (da € 17.106.581,94 a € 7.024.724,42).

3. Con altro motivo Operosa lamenta che il primo giudice non abbia motivato sulla circostanza dedotta in ricorso che l'offerta tecnica della società, in conformità alle esigenze a suo tempo esternate dalla stazione appaltante, era modulata in modo da poter assecondare una evoluzione del traffico aereo, e ciò mediante la variazione delle ore/uomo necessarie a sopperire a un suo eventuale incremento, soluzione che, come già prospettato dalla società nelle difese endoprocedimentali svolte a seguito della comunicazione di avvio del procedimento di revoca, avrebbe potuto essere agevolmente impiegata anche per il previsto decremento, stante la disponibilità al riguardo manifestata dalla società.

3.1. Sul punto, deve innanzitutto osservarsi che la sentenza impugnata non è incorsa in alcuna omissione.

Il primo giudice ha motivatamente escluso la predetta possibilità, in quanto refluenta in una non consentita modifica dell'offerta in fase di esecuzione del contratto, peraltro neanche stipulato.

Ha in particolare rilevato che le *“le modifiche da apportare al progetto di gara in termini economici, temporali e di operatività altererebbero in modo considerevole gli elementi essenziali considerati dall'Amministrazione e non rientrano tra le modifiche consentite in corso di esecuzione del contratto (peraltro non ancora stipulato). E infatti, come già si è rilevato in sede cautelare, l'art. 11 dello schema di contratto (facoltà per la G.E.S.A.C. di variare le aree interessate dal servizio ed apportare varianti), invocato da parte ricorrente, prevede che l'Amministrazione appaltante, abbia la facoltà di modificare ‘le aree interessate dal servizio’ e ‘apportare varianti alle modalità di espletamento del servizio’, ma non contempla espressamente la possibilità di ‘riduzione’ sostanziale del servizio e del suo*

corrispettivo, come invece resosi necessario nel contesto della nuova situazione di fatto venutasi a creare. Né del resto una simile modifica sarebbe coerente con i principi di concorrenza e di par condicio competitorum, come pure evidenziato nel gravato provvedimento, ove si afferma che ‘non è consentito alle stazioni appaltanti, dopo l’aggiudicazione di un appalto pubblico, modificare le condizioni dell’appalto in modo sostanziale’ precisandosi che ‘se le modifiche previste hanno per effetto o di estendere l’appalto, in modo considerevole, a elementi non previsti, o di alterare l’equilibrio economico contrattuale in favore dell’aggiudicatario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l’aggiudicazione dell’appalto, nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un’altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi (cfr., in tal senso, in particolare, sentenza Corte di giust. UE 19 giugno 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06) (Consiglio di Stato sentenza n.2630/18)’.

L’appellante, limitandosi a sostenere l’omessa motivazione, che, come visto, non vi è stata, non ha sottoposto a critica detto capo di sentenza.

Il motivo è quindi inammissibile.

Il principio di specificità dei motivi di impugnazione, di cui all’art. 101, comma 1, Cod. proc. amm., impone infatti che sia rivolta una critica puntuale alle ragioni poste a fondamento della sentenza impugnata, non essendo sufficiente la mera riproposizione delle doglianze contenute nel ricorso introduttivo; e ciò in quanto il giudizio di appello dinanzi al giudice amministrativo è *revisio prioris instantiae*, i cui limiti oggettivi sono segnati dai motivi di impugnazione (tra tante, Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2021, n. 2843; 5 febbraio 2021, n. 1089; 14 aprile 2020, n. 2392).

4. Con altro motivo Operosa lamenta che il primo giudice non abbia statuito, in rapporto all’art. 21-*quinquies* della l. 241/1990, sulla censura con cui la società aveva lamentato che il provvedimento impugnato non aveva soddisfatto l’obbligo (che espone essere nella specie particolarmente intenso, trattandosi della revoca dell’aggiudicazione di una gara pubblica) di ponderare i confliggenti interessi privati e pubblici ed esternare le ragioni di prevalenza

dei secondi, né abbia dato conto delle ragioni poste a base dell'assorbimento della censura.

4.1. La doglianza è infondata.

La sentenza appellata ha rilevato come *“Nel definire i contorni dell'onere motivazionale gravante sulla p.a. che intenda revocare una aggiudicazione definitiva, il Consiglio di Stato, pur ricordando che il potere di revoca resta ampiamente discrezionale, ha quindi affermato che esso debba essere supportato da una congrua motivazione, in merito alla consistenza dell'interesse pubblico che si intende perseguire, anche rispetto all'interesse del privato, non essendo sufficiente un semplice ripensamento circa la convenienza dell'affare (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026)”*, e tanto chiarito, ha ritenuto che *“dalla motivazione della disposta revoca sia individuabile tanto l'interesse pubblico ad essa sotteso quanto le ragioni di fatto che l'hanno giustificata. Tali elementi sono stati concretamente indicati in modo congruo ed adeguato nella motivazione resa nel caso di specie dalla stazione appaltante in relazione al suo potere, comunque discrezionale, in subiecta materia”*. Ciò in quanto *“il provvedimento di revoca è motivato con riferimento al fatto che il traffico aereo, con l'irrompere dell'emergenza Covid-19 e le limitazioni agli spostamenti imposte nella maggior parte dei paesi del mondo, ha subito una drastica riduzione e non tornerà ai livelli antecedenti prima di un lasso di tempo presumibilmente prolungato e di difficile se non impossibile determinazione”*.

Si tratta di argomentazioni che risultano indenni da mende, avendo il primo giudice fatto pedissequa applicazione delle regole che presiedono lo scrutinio giudiziale avente a oggetto la verifica della sufficienza della motivazione dell'atto di revoca di un bando di gara, come definite dalla giurisprudenza richiamata al precedente capo 2.3., rispetto alla quale la revoca della connessa aggiudicazione, non ancora confluita nel contratto, è meramente consequenziale.

Non è comunque mancata neanche la considerazione della posizione del privato, avuto riguardo al capo della sentenza impugnata che ha rilevato che *“Quanto al profilo soggettivo dell'affidamento, il breve lasso temporale intercorso tra l'aggiudicazione, la dichiarazione dello stato di emergenza sanitaria e la revoca della gara*

non ha consentito la formazione di un affidamento tutelabile da parte della ricorrente e anche le riunioni intercorse con la stazione appaltante in vista della stipula del contratto si sono tenute nel primo periodo della pandemia nel corso del quale non erano ancora chiare la portata e la durata dell'emergenza'.

4.2. Deve aggiungersi che Operosa nell'ambito dello stesso motivo si duole che il provvedimento di revoca non abbia preso posizione sulle sue difese endoprocedimentali, ma la circostanza è smentita *per tabulas*: il provvedimento, infatti, richiama dette difese, incentrate principalmente sulla già considerata modifica dell'offerta in fase di esecuzione del contratto, e motiva articolatamente sulle ragioni della loro reiezione, come risultante anche da quanto al riguardo rilevato dal primo giudice nel passaggio motivazionale riportato al precedente capo 3.1..

5. Con altro motivo Operosa espone l'erroneità delle argomentazioni (sempre già riportate al precedente capo 3.1.) con cui il primo giudice ha escluso la ventilata possibilità di una modifica dell'offerta in fase di esecuzione del contratto, sostenendo trattarsi di assunti "*apodittici e autoreferenziali*", espressi da un soggetto che, oltre a non essere competente a "*valutare come e quanto inciderà il Covid. 19 sul numero dei passeggeri, basandosi su cognizioni generiche e non mediche*", non avrebbe tenuto neanche conto di "*fatti successivi importanti come l'inizio della vaccinazione su tutto il territorio nazionale*".

Sostiene poi che la lettura dell'art. 11 dello schema di contratto offerta dalla sentenza impugnata sarebbe erronea, in quanto tale articolo prevede espressamente la "modifica" delle aree interessate dal servizio e non vieta in alcun modo la riduzione dello stesso, possibilità che ritiene essere stata confermata dalla stessa stazione appaltante con una mail, nonché ulteriormente regolata dall'art. 11.6.4. del capitolato speciale, prevedente la "diversa dislocazione del personale in servizio", senza oneri aggiuntivi a carico della stazione appaltante.

5.1. I predetti rilievi sono completamente privi di pregio.

La sentenza appellata, nel ritenere che *“la riduzione prolungata del volume del traffico aereo deve ritenersi circostanza di fatto quantomeno probabile e dunque congruamente posta dall’amministrazione a base del provvedimento di revoca”* non ha in alcun modo *“preconizzato”* la durata dell’emergenza da Covid-19 né la sua incidenza sul traffico aereo, essendosi limitata a ritenere la sufficienza e la logicità delle previsioni della stazione appaltante in ordine alla non probabilità di un veloce rientro del traffico aereo ai livelli pre-emergenziali.

E tanto ha fatto anche esponendo che *“lo sviluppo successivo dell’emergenza Covid-19 e il manifestarsi nel corso dell’autunno 2020 della “seconda ondata” costituiscono una smentita evidente delle ottimistiche previsioni di parte ricorrente e confermano la correttezza delle previsioni su cui si fonda il provvedimento gravato con riguardo ad una riduzione del volume del traffico passeggeri di durata prolungata”*, ciò che attesta specificamente sia che la sentenza non ha esorbitato dal suo naturale alveo, costituito dalla disamina del contenuto del provvedimento alla luce delle specifiche censure proposte avverso lo stesso, sia che la conferma della validità delle argomentazioni della stazione appaltante è stata ancorata a dati oggettivi e notori, che non possono essere superati da mere congetture fondate sui (pur sperabili) immediati effetti positivi dell’avvio della campagna vaccinale.

Le articolate argomentazioni sopra riportate, con cui la sentenza impugnata ha escluso la modifica dell’offerta in fase esecutiva, risultano poi condivisibili anche laddove basate sull’art. 11 dello schema di contratto, che risulta espressamente conformato (come del resto espone la stessa appellante nelle premesse del secondo motivo) sulla eventuale *“estensione”* delle aree interessate dal servizio ovvero sullo svolgimento di *“ulteriori attività”* ritenute opportune dalla stazione appaltante (rispettivamente, commi 2 e 3), sicché è corretto il rilievo del primo giudice secondo cui, in difetto di una opposta previsione, lo stesso art. 11 era insuscettibile di fondare una riduzione del servizio; né mette conto valutare se in qualche momento intercorrente tra l’aggiudicazione e la revoca la stazione appaltante abbia o meno effettivamente preso in qualche considerazione la possibilità di riduzione del

servizio oggetto di aggiudica, dal momento che, ove anche così fosse, tale ipotesi non si è tradotta in alcuna determinazione, ed è stata infine motivatamente esclusa nel provvedimento di revoca.

Quanto, infine, all'art. 11.6.4. del capitolato speciale, esso è del tutto estraneo alla questione, trattandosi di norma destinata a regolare la gestione delle "emergenze aeroportuali", come reso evidente sia dal suo titolo, che fa appunto a queste riferimento, sia al suo contenuto, che le riferisce, esemplificativamente, a incidenti aerei, incendi aerostazione e simili.

6. Con altro motivo Operosa sostiene che, contrariamente a quanto affermato dal primo giudice, la possibilità di una modifica dell'offerta in fase di esecuzione, in quanto "peggiorativa" per l'aggiudicataria, non avrebbe potuto essere ritenuta una violazione della *par condicio*. Inoltre afferma che la nuova gara bandita dalla stazione appaltante abbia previsto gli stessi requisiti di partecipazione, e che quindi non potrebbe trovare applicazione la giurisprudenza eurounitaria citata nella sentenza impugnata (richiamata al precedente capo 3.1).

La censura non coglie nel segno.

6.1. In primo luogo, rileva non la valutazione del carattere della modifica dell'offerta dell'aggiudicataria in fase di esecuzione ("peggiorativo" o "migliorativo"), bensì la sua astratta apportabilità, e sul punto, il primo giudice ha evidenziato tutte le ragioni poste a base della risposta negativa data alla questione, che possono essere condivise alla luce dei principi giurisprudenziali pure contestualmente richiamati.

La stessa esposizione di Operosa evidenzia poi l'infondatezza della restante questione.

La comparazione dei requisiti di partecipazione previsti nella gara revocata e nella nuova gara non dà infatti ragione della loro asserita, sostanziale identità, in quanto:

- è vero che entrambe le gare individuano lo stesso requisito di idoneità di cui al punto 6.2., ma è parimenti vero che esso consiste nell'iscrizione al registro

delle imprese o all'albo provinciale delle imprese artigiane di pulizia (l. 25 gennaio 1994, n. 82; D.M. 7 luglio 1997, n. 724, fascia di classificazione I), che non poteva essere certo essere variato tenuto conto dell'oggetto dell'affidamento;

- la nuova gara ha invece, e significativamente, variato in diminuzione, in rapporto alla pure disposta diminuzione del valore complessivo del contratto (da € 17.106.581,94 a € 7.024.724,42), i requisiti di capacità economica e finanziaria di cui al punto 5.3. In particolare, il fatturato minimo globale annuo richiesto in riferimento a ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari disponibili è passato da € 3.200.000,00 a € 2.500.000,00; il fatturato specifico minimo annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto, sempre riferito a ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari disponibili, è passato da € 3.000.000,00 a € 2.300.000,00.

I requisiti di capacità economica e finanziaria della nuova gara sono quindi strutturati in modo da permettere, in astratto, la partecipazione alla stessa di operatori economici che non avrebbero potuto avere ingresso alla gara revocata (e, in concreto, la stazione appaltante riferisce che alla nuova gara hanno partecipato 17 operatori, a fronte dei 13 partecipanti alla precedente), integrando, per l'effetto, l'ipotesi della "*ammissione di concorrenti diversi?*" di cui alla giurisprudenza citata dal primo giudice.

7. Con altro motivo Operosa sostiene il vizio di omessa e insufficiente pronuncia sulla sua domanda di risarcimento per equivalente.

7.1. La doglianza è priva di pregio.

Il primo giudice ha motivato il rigetto della domanda in parola, rilevando, con sintetica ma efficace motivazione, che "*solo 'in caso di illegittimità della revoca, e quindi del suo annullamento, si imporrebbe la ripresa della gara, ovvero il risarcimento per equivalente anche in relazione al mancato utile relativo alla specifica gara revocata' (Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002) e che solo in ipotesi di provvedimento di secondo grado illegittimo la responsabilità della P.A. rientrerebbe nella fattispecie della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., attraverso la quale si*

può ottenere il risarcimento per l'interesse positivo del contraente (cfr. TAR Sardegna, sez. I, 12 ottobre 2020, n. 554). L'ipotesi, al contrario, della revoca legittima, ma foriera di danno risarcibile, è inscrivibile nell'alveo della responsabilità precontrattuale da comportamento contrario ai canoni di correttezza e buona fede, peraltro non richiesta nel caso di specie e neppure configurabile, atteso che l'Amministrazione non ha colpevolmente radicato un legittimo affidamento nella ricorrente sulla conclusione del contratto, essendosi attivata per la revoca non appena l'emergenza Covid-19 si è manifestata nelle sue reali dimensioni”.

Tale motivazione bene resiste alle censure dell'appellante, che nel motivo in esame vi oppone la “illegittimità della revoca”, condizione che, per quanto sin qui considerato, va esclusa.

7.2. Va parimenti escluso che Operosa, per effetto dell'andamento temporale della vicenda *sub iudice*, possa aver maturato un legittimo affidamento sulla conclusione del contratto, da cui la dedotta responsabilità contrattuale *ex artt.* 1173-1218 Cod. civ., *sub specie* “*da contatto amministrativo qualificato*”, pure invocata nella censura.

Invero, tra l'aggiudicazione (24 febbraio 2020), l'avvio della procedura di revoca (9 aprile 2020) e l'adozione dell'atto di autotutela (12 maggio 2020), è intercorso un lasso temporale che, in rapporto alla novità e alla complessità delle questioni poste dal sopravvenuto stato emergenziale di cui trattasi, dichiarato come noto il 30 gennaio 2020, può dirsi davvero breve.

E nulla muta considerando che, come segnalato da Operosa, la stazione appaltante abbia intrapreso alcune iniziative propedeutiche alla stipulazione del contratto: queste, per come descritte, si sono infatti dipanate esclusivamente nel periodo intercorrente tra l'11 e il 27 marzo 2020, e sono state poi immediatamente poste nel nulla dall'avvio del procedimento di revoca, intervenuto, come detto, immediatamente a ridosso del predetto periodo (il 9 aprile successivo): l'avviso come sopra espresso sul punto dal primo giudice va quindi pienamente confermato.

8. Con altra censura Operosa torna a sostenere la sussistenza di tutti i presupposti della responsabilità della stazione appaltante da “contatto amministrativo qualificato”, sotto il profilo della violazione degli obblighi di protezione e di correttezza e buona fede *ex* artt. 1175 e 1176 Cod. civ..

8.1. Al riguardo, va rammentato che la teorica del danno da “contatto qualificato”, ha avuto negli ultimi anni un particolare sviluppo nella giurisprudenza sia di questo Consiglio di Stato che della Corte di cassazione, i cui approdi possono allo stato ritenersi racchiusi nell’ordinanza delle Sezioni unite 28 aprile 2020, n. 8236 (che pronunciandosi sulla giurisdizione, ha riconosciuto la risarcibilità del danno all’affidamento che il privato abbia riposto nella condotta procedimentale dell’amministrazione, la quale si sia poi determinata in senso sfavorevole, indipendentemente da ogni connessione con l’invalidità provvedimento o, come precisato, dalla stessa esistenza di un provvedimento; ma trattasi di questione che qui non rileva, non essendovi un pertinente motivo di appello), e nella sentenza dell’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato 4 maggio 2018, n. 5.

Alla luce dell’Adunanza plenaria n. 5 del 2018, la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione dei doveri di correttezza e di buona fede oggettiva è configurabile in capo all’amministrazione anche prima e a prescindere dall’adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, secondo una interpretazione evolutiva che rapporta tali doveri, come del resto la giurisprudenza civile (Cass. civ., I, 12 luglio 2016, n. 14188), al più generale dovere di solidarietà sociale di cui all’articolo 2 Cost., gravante su tutti i membri della collettività, e, quindi, anche sulla pubblica amministrazione. E poiché questa anche nello svolgimento dell’attività autoritativa è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico ma anche le norme generali dell’ordinamento civile, la responsabilità dell’amministrazione da “contatto sociale qualificato” si ricollega a un comportamento dell’amministrazione che, frapponendosi all’affidamento incolpevole del privato, e nonostante la legittimità del provvedimento, possa dirsi scorretto e

quindi illecito, intendendosi per tale una condotta “*complessivamente superficiale, violativa dei più elementari obblighi di trasparenza, di attenzione, di diligenza, al cospetto dei quali si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico*”, e che, più specificamente:

- a) sia “*oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà*”;
- b) sia “*anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo*”, analogamente a quanto previsto dall'art. 2043 Cod. civ.;
- c) si riveli, con onere della prova spettante al privato, *condicio sine qua non* della scelta negoziale rivelatasi dannosa e, quindi, del pregiudizio economico di colui che cui chiede il risarcimento.

Prosegue l'Adunanza plenaria in commento affermando la “*necessità di definire e accertare con rigore tali elementi costitutivi*”, atteso che “*il confine che segna la nascita della responsabilità precontrattuale rappresenta un delicato punto di equilibrio tra opposti valori meritevoli di tutela. Si tratta, per certi versi, del momento di incontro tra due diverse manifestazioni della stessa libertà negoziale: da un lato, quella di chi subisce il recesso dalle trattative (o, comunque, la lesione dell'affidamento sulla serietà delle stesse), dall'altro, la libertà contrattuale di chi, prima dell'insorgenza del vincolo contrattuale, decide di interrompere il procedimento di formazione del contratto. Nel caso di contratti stipulati all'esito delle procedure di evidenza pubblica, inoltre, è in gioco, oltre alla libertà contrattuale della stazione appaltante, anche l'interesse pubblico alla cui tutela è preordinato l'esercizio dei poteri di autotutela provvedimentale sugli atti di gara. Il punto di partenza, pertanto, non può che essere quello per cui chi entra in una trattativa precontrattuale (specie se condotta nelle forme del procedimento di evidenza pubblica, soggetto anche ai poteri di autotutela pubblicistici preordinati alla cura dell'interesse pubblico), si assume un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto. In altri termini, ciascuna parte che intraprende una trattativa (o partecipa ad un procedimento di gara) sa che è esposta ad un margine di rischio, che, in linea di principio, deriva dall'esercizio della libertà contrattuale di entrambe le parti, e quindi anche dal legittimo esercizio alla libertà contrattuale dell'amministrazione*”; si individua così, tra gli elementi sintomatici in grado di condizionare il giudizio sull'esistenza dei

presupposti della predetta responsabilità, anche *“lo stato di avanzamento del procedimento rispetto al momento in cui interviene il ritiro degli atti di gara”*.

8.2. Ciò posto, il motivo in esame è infondato in quanto il primo giudice:

- contrariamente a quanto ventilato nella censura, non ha radicato la responsabilità dell'amministrazione alla sola ipotesi di provvedimento di secondo grado accertato come illegittimo, conclusione che ha riferito esclusivamente alla responsabilità *ex art. 2043 Cod. civ.*;
- nel ritenere che l'ipotesi della revoca legittima è foriera di danno risarcibile nell'ambito della responsabilità precontrattuale da comportamento *“contrario ai canoni di correttezza e buona fede”*, si è correttamente attenuto alle coordinate ermeneutiche appena sopra enunziate;
- tanto è a dirsi anche laddove ha affermato la non configurabilità di detta responsabilità nel caso di specie, non avendo l'Amministrazione radicato colpevolmente un legittimo affidamento sulla conclusione del contratto, stante l'immediata attivazione della via dell'autotutela *“non appena l'emergenza Covid-19 si è manifestata nelle sue reali dimensioni”*.

Si tratta di considerazioni che possono essere qui integralmente condivise, in quanto corrispondenti a quanto sin qui osservato sia in ordine all'ascrivibilità della revoca ai sopravvenuti provvedimenti, incidenti restrittivamente sulla libertà della circolazione, volti a fronteggiare la grave, eccezionale e imprevedibile emergenza sanitaria, con esclusione, quindi, della ravvisabilità di qualsiasi colpa o dolo in capo alla stazione appaltante, sia ai tempi dell'attivazione dell'autotutela, che non manifestano alcuna indebita protrazione dello stato di incertezza relativa alla conclusione del procedimento.

Del resto, la censura in esame, lungi dal costituire una reale critica alle conclusioni del primo giudice, si rivela una mera invocazione di alcuni principi (segnatamente, solo quelli che la società ritiene a lei favorevoli) affermati dalla giurisprudenza sul tema della responsabilità della pubblica amministrazione.

9. Per le stesse ragioni, va respinto l'ulteriore motivo con cui la società invoca la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante.

10. Non vi è quindi luogo per l'esame del *quantum* della pretesa risarcitoria pure illustrato nell'atto di appello in immediata successione alle censure esaminate ai tre capi che precedono.

11. Con le due ultime censure Operosa lamenta l'omessa valutazione da parte del primo giudice dei suoi motivi di ricorso fondati sull'appartenenza dell'affidamento per cui è causa a quelli "di durata", e, quindi, sulla possibilità offerta dal bando e dal disciplinare di gara di modificare l'organizzazione proposta e sulla insussistenza della necessità di apportare variazioni sostanziali alle modalità di espletamento del servizio tali da incidere sull'attualità del progetto posto a base di gara.

I motivi sono privi di qualsiasi pregio.

Si è infatti già detto come in sede di trattazione del ricorso di primo grado, con conclusioni qui confermate, sia stata riconosciuta la legittimità dell'atto di autotutela ed esclusa la possibilità di modificare in sede di esecuzione l'offerta della società.

Può aggiungersi come il primo giudice abbia anche rilevato l'infondatezza della pretesa della società "*di una sospensione a tempo indeterminato della stipula del contratto, considerato che lo scalo aeroportuale continuerà a funzionare, sia pure ad operatività ridotta*", pretesa che è stata qui sostanzialmente ribadita e che non è meritevole di accoglimento, stante la correttezza della appena detta motivazione (peraltro non fatta oggetto di critica) e l'infondatezza dell'appello. Peraltro, il nuovo affidamento è, come visto, allo stato in corso: per tutte tali ragioni può quindi essere assorbita ogni questione pure sollevata dalla società circa l'asserita idoneità della sua offerta a soddisfare i termini delle precauzioni e delle buone pratiche diramate dal Ministro della salute per contenere i rischi correlati alla ridetta emergenza sanitaria.

12. Alle rassegnate conclusioni consegue la reiezione dell'appello.

Le spese del grado sopportate dalla stazione appaltante resistente, liquidate come in motivazione, seguono la soccombenza; le restanti possono invece essere compensate, sussistendone i giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge.

Condanna la parte appellante alla refusione in favore della parte resistente pubblica delle spese del grado, che liquida nell'importo pari a € 3.000,00 (euro tremila/00).

Compensate le altre.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 4 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO