

Publicato il 28/02/2023

N. 02097/2023REG.PROV.COLL.
N. 02091/2022 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 2091 del 2022, proposto da San Marco S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Cogliate, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Samantha Battiston, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sarida S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 2647/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cogliate;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e preso atto delle richieste in atti di passaggio in decisione, senza discussione, presentate dagli avvocati Napoli e Battiston;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Cogliate ha indetto la procedura aperta per l'affidamento in concessione *“del servizio di gestione dell'imposta comunale di pubblicità e diritti sulle pubbliche affissioni compresa l'attività di accertamento, relativa riscossione e materiale affissioni di manifesti per il periodo 1/1/2020 – 31/12/2023”*.
2. Il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con base d'asta pari a € 32.640,00, al netto dell'IVA, per l'intero periodo quadriennale di concessione del servizio.
3. Ai sensi dell'articolo 4.4, lett. i), del disciplinare di gara, ciascun concorrente avrebbe dovuto dichiarare, ai sensi e per gli effetti degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 20.12.2000, n. 445, di *“essere in possesso delle risorse umane e tecniche per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità”*.
4. All'articolo 6.1 del disciplinare, era altresì previsto che nell'apposito campo *“Requisiti amministrativi”* presente sulla piattaforma SINTEL il concorrente, a pena di esclusione, dovesse allegare la documentazione amministrativa contenente specifici documenti, ciascuno dei quali debitamente compilato e firmato digitalmente, pena l'esclusione, dal legale rappresentante o da un soggetto con comprovati poteri di firma.
5. La domanda di partecipazione alla gara doveva essere compilata secondo il modello fornito dalla stazione appaltante (il modello “A”) e allegata alla documentazione amministrativa, a pena di esclusione.
6. L'art. 5 del capitolato prevedeva, *“al fine di garantire che il servizio di affissioni venga svolto con prontezza, efficienza e senza impedimenti alcuni, il Concessionario, si obbliga a mettere a disposizione nel termine di 30 giorni dall'attivazione del servizio, uno*

sportello operativo - unità locale nel Comune di Cogliate o in altra unità locale distante non oltre km. 15 dalla sede municipale, con almeno una risorsa regolarmente iscritta a libro matricola INPS. ...; il requisito non è assolto dall'attivazione di un semplice recapito presso un punto commerciale estraneo alla gestione del servizio”.

7. Entro la data di presentazione delle offerte sono pervenuti due plichi: quello della appellante e quello della Sarida S.r.l., la quale è risultata aggiudicataria con il punteggio di 97 su 100 (di cui 67 di punteggio tecnico e 30 di punteggio economico), contro i 45,21 punti ottenuti dalla San Marco S.p.A.

8. Riferisce l'appellante di avere appreso, a seguito di apposita istanza di accesso, che:

- con nota del 27 febbraio 2020, il Comune di Cogliate aveva già chiesto a Sarida *“urgente riscontro in merito”* all'obbligo contrattuale di uno sportello con personale dedicato, in osservanza di quanto disposto dall'articolo 5 del Capitolato, *“i cui contenuti sono stati visionati e accettati, come dalla società dichiarato in sede di presentazione della documentazione di gara”*;

- a fronte dell'inerzia della controinteressata, in data 20 aprile 2020, il Comune aveva diffidato Sarida S.r.l. ad adempiere allo stesso obbligo previsto dall'articolo 5 del Capitolato, *“entro e non oltre il termine di 20 giorni”*, con l'espresso avviso che *“la non ottemperanza comporterà lo scioglimento del rapporto contrattuale in essere”*.

9. Dopo aver evidenziato l'impossibilità per Sarida S.r.l. di impiegare gli uffici di una società terza (la Omnia S.r.l.) valendosi delle previsioni dell'articolo 105, comma 3, lett. c-bis, del d.lgs. 50/2016, il Comune ha rilevato che, *“da verifiche effettuate presso la C.C.I.A.A. e Registro imprese, non risulta ad oggi l'apertura di una qualsiasi unità locale operante secondo quanto richiesto dal capitolato di gara”*.

10. Riferisce ancora l'appellante che, il 6 luglio 2020, ha segnalato al Comune l'asserito protratto inadempimento di Sarida S.r.l. Infatti, sebbene da una visura camerale, risultasse che la controinteressata avesse aperto un'unità

locale nel Comune di Vertemate con Minoprio, in Via Goito n. 12 (distante 15 km da Cogliate), San Marco ha evidenziato:

- che a Vertemate con Minoprio non esiste alcuna Via Goito;
- che in quello stesso Comune esiste, invece, una Via Guaita, ove al civico n. 12 risultano localizzati gli uffici della Omnia S.r.l.;
- che, con dichiarazione del 29 giugno 2020, la stessa Omnia aveva escluso di aver autorizzato alcuno ad aprire unità locali di sorta presso i propri uffici di Vertemate con Minoprio.

11. San Marco ha quindi invitato il Comune *“a voler avviare con immediatezza – previa le verifiche del caso – l’iter per la risoluzione del rapporto concessorio oggi in essere con SARIDA”*.

12. Il Comune, con la nota del 23 luglio 2020, dopo aver dato atto della correzione, da parte di Sarida S.r.l., dell’indirizzo della sede dell’unità operativa a servizio della commessa (da Via Goito a Via Guaita 12 in Vertemate con Minoprio) ha considerato sufficiente, ai fini dell’assolvimento dell’obbligo sancito dall’articolo 5 del Capitolato, il ricorso, da parte della controinteressata all’istituto disciplinato dall’art. 105 comma 3 *c-bis* del codice dei contratti, attraverso il contratto con la Omnia S.r.l. (depositato da Sarida - a mezzo PEC – in data 11 maggio 2020).

13. San Marco S.p.A. ha quindi proposto ricorso dinanzi al TAR Lombardia che lo ha respinto con la sentenza 2647/2021.

14. Di tale sentenza asseritamente ingiusta e illegittima, San Marco S.p.A. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua di un unico articolato motivo così rubricato: *“I. SULLA PORTATA E LA RATIO DELL’ARTICOLO 105, COMMA 3, LETT. C-BIS, DEL D.LGS. 50/2016 E SUL TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI IN FATTO E IN DIRITTO”*. Il secondo motivo è volto alla richiesta di risarcimento dei danni asseritamente subiti a causa dell’illegittimità dell’azione del Comune di Cogliate.

15. Ha resistito al gravame il Comune di Cogliate chiedendone il rigetto.

16. Alla udienza pubblica del 6 ottobre 2022 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

17. Le articolate argomentazioni dell'appellante, nonostante la apparente complessità della questione, si dirigono tutte su un punto: secondo il TAR Lombardia, dal tenore del contratto tra Sarida S.r.l. e Omnia S.r.l., si desumerebbe, in particolare, che *“sussist(a) tra la controinteressata e Omnia S.r.l. un rapporto continuativo, espressione di un collegamento stabile e generale, non confinato allo svolgimento della singola concessione, nell'ambito del quale le prestazioni contrattuali, a differenza del subappalto, sono svolte direttamente a favore di Sarida S.r.l. e solo indirettamente a favore del contraente pubblico, nel rispetto, quindi, di quanto stabilito dall'art. 105, comma 3, lett. c-bis, del d.lgs. n. 50/2016”*. In altri termini, per il Giudice di primo grado, il fatto che Omnia S.r.l. metta a disposizione (non soltanto uno spazio fisico, locali e strumentazione) lo “sportello operativo” con il relativo personale dedicato non integrerebbe la fattispecie di subappalto, ma rimarrebbe comunque nell'alveo del contratto di cooperazione.

17.1. Ciò, in quanto, la prestazione di Omnia S.r.l. sarebbe svolta “principalmente” in favore di Sarida S.r.l. (consentendole di svolgere una parte del servizio) e solo “indirettamente” nei confronti del Comune e, dunque, dell'utenza e perché Sarida S.r.l. manterrebbe la responsabilità esclusiva della commessa nei confronti dell'Ente (la c.d. “direzione giuridica”).

17.2. Secondo l'appellante, il TAR avrebbe errato perché avrebbe partorito un istituto ibrido (non previsto dall'ordinamento), nato dalla sovrapposizione indistinta di quelli che sono, invece, tre istituti ben diversi tra loro: da un lato, l'avvalimento operativo, dall'altro lato, il subappalto e, infine, il contratto di cooperazione.

17.3. Prosegue l'appellante affermando che sarebbe Omnia S.r.l. a gestire in toto (con propri mezzi e personale, assolutamente estranei all'organizzazione di Sarida S.r.l.) il servizio di sportello operativo previsto dalla *lex specialis* di

gara; il tutto senza essere mai stata individuata né come subappaltatrice, né, tantomeno, come società ausiliaria nell'ambito di un avvalimento operativo.

17.4. Omnia S.r.l. andrebbe quindi a sostituire Sarida S.r.l. nell'attività di *front-office* con l'utenza, dedicandogli una propria risorsa.

17.5. Attraverso il preteso ricorso all'articolo 105, comma 3, lett. *c-bis*, d.lgs. 50/2016 si sarebbe quindi realizzata una vera e propria cessione di una porzione del servizio violando il principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto.

18. Le argomentazioni dell'appellante meritano di essere condivise e la sentenza impugnata deve essere riformata.

18.1. Come noto, le prestazioni oggetto dei contratti di cooperazione, servizio e/o fornitura, così espressamente definite dall'art. 105, comma 3, lett. *c-bis*) del Codice dei contratti pubblici, sono rivolte a favore dell'operatore economico affidatario del contratto di appalto con il soggetto pubblico, e non invece direttamente a favore di quest'ultimo come avviene nel caso del subappalto (cfr., Consiglio di Stato, Sez. V, 22 aprile 2020, n. 2553 che richiama Consiglio di Stato, Sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7256). Il contratto di cooperazione, proprio perché si configura come derogatorio rispetto alla generale disciplina del subappalto, è evidentemente ancorato ai medesimi presupposti applicativi, a cominciare dalla determinazione contenutistica della prestazione eseguibile mediante il ricorso all'impresa convenzionata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 18 luglio 2019, n. 5068).

18.2. E' sufficiente rammentare la nozione di subappalto per comprendere che nel caso qui esaminato siamo ben al di fuori dell'istituto, di limitata portata applicativa, del contratto di cooperazione. Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Esattamente quello che è accaduto nella vicenda qui all'esame.

18.3. Va peraltro precisato che il richiamo ai contratti di cooperazione è qui del tutto inconferente.

In questo caso non siamo affatto in presenza di prestazioni rese in favore del soggetto affidatario in forza di un contratto continuativo di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritto in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. La *ratio* dell'istituto si identifica nella volontà di escludere l'applicazione dalla disciplina del subappalto il subaffidamento di prestazioni oggetto di accordi pregressi continuativi, non occasionati dall'appalto oggetto di gara.

18.4. Qui mancano tutti i presupposti del contratto di cooperazione ed è lampante che Omnia S.r.l. esegua una parte delle prestazioni oggetto del contratto in favore dell'amministrazione. E lo fa senza avere partecipato alla gara, senza che vi sia un avvalimento, senza che sia stato dichiarato né autorizzato un subappalto.

18.5. Il subappalto è ontologicamente caratterizzato dal coinvolgimento dell'assetto imprenditoriale dell'impresa subappaltatrice nell'attività dell'impresa aggiudicataria dell'appalto. Esattamente, lo si ribadisce, quello che avviene nel caso all'esame.

18.6. La violazione delle regole della *lex specialis* è flagrante e non è necessario indugiare particolarmente sul punto tenuto conto che:

a) coglie pienamente nel segno l'appellante laddove precisa (pagine 3 e 4 della memoria depositata il 19 settembre 2022) che l'oggetto del contratto affidato a Sarida S.r.l. dal Comune di Cogliate, definito all'articolo 1 del Capitolato di gara è il servizio di gestione di entrate locali e precisamente la gestione, accertamento, riscossione volontaria e coattiva e gestione contenzioso dell'imposta comunale sulla pubblicità e la gestione, accertamento, riscossione volontaria e coattiva e gestione contenzioso dei diritti sulle pubbliche affissioni inclusa la materiale affissione dei manifesti;

b) ancora, coglie nel segno la difesa dell'appellante laddove osserva (pagina 4 della memoria depositata il 19 settembre 2022) che a Sarida S.r.l. è stata affidata la riscossione di soli due tributi locali, vale a dire l'imposta comunale sulla pubblicità e il diritto sulle pubbliche affissioni;

c) è destituita di ogni fondamento l'affermazione del Comune secondo cui la concessione ha ad oggetto il servizio di gestione delle entrate locali mentre il servizio di affissioni rappresenta una attività complementare e sussidiaria.

18.7. Omnia S.r.l. svolge pacificamente una parte della prestazione affidata a Sarida S.r.l., vale a dire la gestione dello sportello operativo che è tutt'altro che complementare e sussidiaria.

18.8. Come si possa sostenere che Omnia S.r.l. svolga quella parte del servizio esclusivamente in favore di Sarida S.r.l. e non del Comune, non è dato in alcun modo comprendere se non stravolgendo completamente il dato di realtà.

19. Ne segue la riforma della sentenza impugnata e l'annullamento degli atti impugnati in primo grado.

20. Si tratta di comprendere, quindi, quali atti dell'amministrazione debbano seguire all'annullamento degli atti impugnati in primo grado (effetto conformativo della sentenza), tenuto conto che l'appellante ha domandato:

a) dichiarare l'obbligo, gravante sull'Amministrazione di avviare - ai sensi e per gli effetti dell'articolo 31 del Capitolato di gara e dell'articolo 108 del d.lgs. 50/2016 - il procedimento di risoluzione per inadempimento del contratto stipulato con la concessionaria Sarida, ovvero ogni altro procedimento che conduca alla inefficacia, decadenza e/o risoluzione del detto contratto;

con conseguente obbligo, gravante sull'Amministrazione:

b) di procedere allo scorrimento della graduatoria di gara, ai sensi dell'articolo 110 del d.lgs. 50/2016 (per il che San Marco si è dichiarata disponibile a subentrare nel contratto stipulato tra Comune e controinteressata);

c) in subordine, di procedere alla riedizione della gara;

d) dichiarare il diritto della ricorrente al risarcimento del danno patito e conseguentemente condannare il Comune di Cogliate al risarcimento in forma specifica, mediante l'aggiudicazione della commessa *de qua*, ovvero, in subordine (ove, per qualsivoglia ragione, non fosse possibile il risarcimento in

forma specifica, attraverso il subentro nel contratto), per equivalente, ovvero ancora, in via di estremo subordine, attraverso la riedizione della gara.

21. Per comprendere quale sia l'effetto conseguente all'annullamento degli atti vanno effettuate due considerazioni:

a) da un lato vi è la statuizione del primo Giudice, inerente la giurisdizione, non contestata in appello, laddove si legge che *“l’odierna controversia ha ad oggetto la concessione del servizio pubblico di accertamento e riscossione di tributi locali, per la quale, pacificamente, ai sensi dell’articolo 133, comma 1, lett. c), c.p.a., sussiste la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, anche in tema di inadempimento degli obblighi concessori in fase esecutiva e di decadenza del concessionario”*;

b) dall'altro lato, va osservato che alla pronuncia di decadenza del concessionario che consegue dall'annullamento degli atti impugnati in primo grado, non fa seguito, però, l'automatico subentro nel contratto da parte di San Marco S.p.A. in quanto:

b1) all'esito della decadenza l'amministrazione può alternativamente scorrere la graduatoria o disporre la riedizione della gara;

b2) quanto affermato al punto b1) discende da un presupposto dal quale non si può prescindere:

nell'ambito delle controversie aventi ad oggetto aggiudicazioni di gare di appalto, deve rilevarsi che non sono configurabili sempre e comunque interessi legittimi c.d. a risultato garantito, la cui lesione cioè, accertata nel giudizio di cognizione di legittimità, conduca ineluttabilmente in via immediata e diretta all'aggiudicazione della gara in favore dell'impresa non aggiudicataria. Successivamente al giudicato di annullamento, la stazione appaltante può esercitare una somma di poteri tali da rendere poco credibile la garanzia dell'aggiudicazione all'originario ricorrente. Essa, infatti, può negare l'aggiudicazione ritenendo non conveniente l'offerta, ovvero esercitare gli ordinari poteri di revoca o di annullamento degli atti di gara in sede di autotutela.

È coerente con questa impostazione il rilievo che, nel giudizio di cognizione in materia di procedure di evidenza pubblica, il giudice amministrativo non esercitando giurisdizione di merito (fatte salve ipotesi di statuizioni patologiche, perché sconfinanti dal limite interno della giurisdizione), non può sostituirsi agli spazi liberi che l'ordinamento assicura alle stazioni appaltanti.

Diversa potrebbe essere la conclusione se successivamente al termine del giudizio di cognizione non dovesse residuare alcuna possibilità di scelta per l'amministrazione.

Ma, nel caso di specie, non è prospettabile l'esaurimento di tale possibilità per la assoluta particolarità della fattispecie in cui:

- a) vi è un avanzato stato di esecuzione del servizio;
- b) il giudizio di cognizione non verte sull'annullamento dell'aggiudicazione bensì sulla questione della risoluzione del contratto cui segue un inevitabile spazio riservato alle valutazioni dell'amministrazione.

Pertanto, limitatamente al ristoro del lucro cessante (ovvero del c.d. interesse positivo nei limiti in cui se ne ammetta il riconoscimento nel caso di annullamento della procedura di evidenza pubblica), si giunge ad una alternativa secca fra tutela risarcitoria in forma specifica e per equivalente: se è stata accolta la domanda di risarcimento per equivalente, non residua alcun dovere dell'amministrazione di aggiudicare quell'appalto al ricorrente; in caso contrario, l'aspettativa alla reintegrazione in forma specifica potrà trovare soddisfazione nella sede propria del giudizio di ottemperanza.

22. In applicazione dei su esposti principi al caso di specie:

- a) non può affermarsi che l'impresa ricorrente abbia diritto all'aggiudicazione, dovendosi attendere lo svolgimento della successiva azione amministrativa conseguente al giudicato che si formerà sulla presente decisione;
- b) nel caso di aggiudicazione all'impresa ricorrente, la stipula contrattuale potrà avvenire per l'intera durata dell'appalto originariamente prevista, onde evitare l'inutile spendita di denaro pubblico, previa verifica delle condizioni per la stipula da parte dell'amministrazione (in tal senso, la giurisprudenza

costante di questa Sezione: tra le altre, Consiglio di Stato, Sez. V, 19 luglio 2022, n. 6239) con ciò elidendo ogni ipotesi di diritto al risarcimento del danno per equivalente, conseguendo, in ipotesi, l'operatore economico, l'integrale bene della vita cui aspirava;

c) in questa sede, la ricorrente si è limitata ad invocare anche in grado di appello la liquidazione forfetaria ed automatica del danno cui non può conseguire alcuna pronuncia in tal senso;

d) sul danno da perdita di *chance*, peraltro non richiesto, è inutile soffermarsi essendo la vicenda rimessa alle determinazioni che l'amministrazione assumerà all'esito del giudicato;

e) nel processo amministrativo non sono ammissibili domande di condanna generica *ex art. 278 c.p.c.* (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143);

f) il ricorso alla c.d. "sentenza sui criteri" di liquidazione del danno postula che sia stata accertata l'esistenza del danno stesso e che il giudice sia in grado di individuare i criteri generali che saranno di guida per la formulazione dell'offerta da parte della p.a.; è evidente pertanto che il meccanismo processuale non può essere strumentalizzato per eludere l'obbligo di allegazione dei fatti costitutivi del proprio diritto.

23. In definitiva, nella particolare fattispecie qui all'esame, all'accoglimento dell'appello consegue il solo annullamento degli atti impugnati in primo grado.

24. Le spese del giudizio, in considerazione della assoluta particolarità della vicenda e della novità di alcune delle questioni trattate, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per

la Lombardia (Sezione Quarta) n. 2647/2021, accoglie il ricorso di primo grado, nei limiti esposti in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Gianluca Rovelli

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO