

Il subentro nel contratto e il potere giudiziale di graduazione temporale: un delicato equilibrio

di *NOTA DI REDAZIONE*

Data di pubblicazione: 14-6-2021

il punto della situazione

Sappiamo alcune cose con chiarezza:

- a) l'inefficacia del contratto a valle dell'annullamento dell'aggiudicazione (artt. 121,122 e 133, comma 1, lett. e) cpa) non è un'inefficacia rimediabile da nullità, ma un'inefficacia speciale ed elastica da risoluzione giudiziale: lo dimostrano il carattere non originario e genetico della vicenda, in una con la discrezionalità valutativa del giudice;
- b) la giurisdizione amministrativa si estende anche all'inefficacia da annullamento in autotutela (qui però la pronuncia sul contratto è dichiarativa), non all'inefficacia del contratto di società (la disposizione è eccezionale);
- c) il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa impedisce al giudice di pronunciarsi sul contratto senza domanda; domanda che può essere proposta anche in ottemperanze e che può essere anche implicita;
- d) la domanda di un'efficacia è implicita, in particolare, nella domanda di subentro nel contratto ex art. 124 cpa.

A questo punto nascono i problemi, affrontati da Cons. Stato, sez. 5, n. 786/2021, sulle modalità di subentro del ricorrente vittorioso nel contratto in parte già eseguito dall'aggiudicatario illegittimo. Nella specie, si trattava dell'ottemperanza alla sentenza di cognizione che aveva riconosciuto come bene della vita la dichiarazione di inefficacia del contratto di durata triennale in parte già consumato; la sentenza di merito, priva di carattere retroattivo, aveva lasciato in vita il contratto per la parte già eseguita dall'originaria aggiudicataria, di modo che era da escludere la volontà di assicurare il subentro per l'intera durata programmata dell'appalto (volontà che avrebbe logicamente presupposto la dichiarazione di inefficacia "ex tunc" del contratto in essere: cfr. in tale senso, Consiglio di Stato, III, 12 settembre 2012, n. 4831).

Ecco allora le osservazioni svolte dalla decisione in esame:

- 1) la nozione di subentro nel contratto, ricavabile sia dall'art. 122 che dall'art. 124 Cod. proc. amm., non sta a significare che nel procedere alla stipulazione del contratto con il subentrante alle condizioni originariamente fissate nel bando di gara (o, meglio, a quelle offerte dallo stesso subentrante) si possa del tutto prescindere dall'esecuzione frattanto avviata, come se non fosse mai esistita "in rerum natura";
- 2) è vero, infatti, che l'espressione "subentro nel contratto" può non essere intesa in senso strettamente lessicale come successione nel contratto e nel rapporto contrattuale nello stato di esecuzione in cui si trova, bensì come la situazione alternativa al rinnovo della gara, che consente di consolidare la procedura, prevedendo a favore del nuovo aggiudicatario "la possibilità di subentrare nel contratto", in modo da sostituirsi all'originario vincitore della gara nella posizione di parte contraente con la stazione appaltante per l'esecuzione della prestazione indicata nell'offerta; tuttavia, è necessario che il giudice della cognizione che si pronuncia sulla sorte del contratto tenga conto anche dello stato di esecuzione del contratto dichiarato inefficace;
- 3) a tale fine è rimesso al giudice disporre che oggetto del nuovo rapporto col subentrante potranno essere soltanto le prestazioni non ancora effettuate o non ancora completate al momento del subentro, per la durata contrattuale residua dell'affidamento, o determinarsi diversamente quanto alla decorrenza e/o alla durata del subentro, come pure è possibile quando trattasi di appalto di servizi rispondente ad esigenze di natura permanente (come accaduto nel caso oggetto della citata decisione del Consiglio di Stato, III, 12 settembre 2012, n. 4831, in cui si è data ottemperanza ad una sentenza di cognizione che aveva espressamente dichiarato il diritto al subentro nel contratto "per l'intera durata programmata dell'appalto");

4) induce a tale ricostruzione sistematica proprio la disposizione dell'art. 122 Cod. proc. amm., laddove impone di tenere conto, ai fini della dichiarazione di inefficacia del contratto (presupposto indefettibile della pronuncia di subentro, unitamente alla domanda della parte ricorrente ex art. 124 Cod. proc. amm.), degli interessi delle parti e dello stato di esecuzione del contratto;

5) in sintesi, è possibile per il giudice della cognizione adottare diverse determinazioni in merito alla dichiarazione di inefficacia e al diritto al subentro del ricorrente vittorioso, che ne abbia fatto richiesta, che siano più o meno conformative della successiva attività amministrativa.

Ripercorriamo a questo punto i passaggi essenziali della citata sentenza 4831/2012, chiamata a pronunciarsi sul ricorso per l'ottemperanza a una decisione con cui il Consiglio di Stato aveva accolto l'istanza dell'impresa ricorrente di subentrare nel contratto pluriennale di servizi, già in corso di esecuzione, senza espressamente dichiarare inefficace "ex tunc" il contratto stipulato con l'impresa controinteressata. Nel "decisum" da ottemperare era stato dichiarato a carico della stazione appaltante "l'obbligo, a seguito di declaratoria di inefficacia della convenzione, di aggiudicare il servizio al raggruppamento appellante, con subentro nel contratto per l'intera durata programmata dell'appalto".

Ecco gli snodi motivazionali che ci interessano:

a) l'assenza di alcun riferimento espresso, nella sentenza da eseguire, al carattere retroattivo dell'inefficacia non è dirimente al fine di concludere per l'inefficacia "ex nunc", in quanto, al contrario, l'espressione "subentro nel contratto per l'intera durata programmata dell'appalto" implica, sul piano logico-giuridico, la previa, pur se implicita, dichiarazione di inefficacia retroattiva della pattuizione travolta dalla decapitazione dell'aggiudicazione;

b) in effetti, l'espressione legale "subentro nel contratto", da concretizzare sulla scorta di una valutazione discrezionale del giudice alla stregua dei parametri di cui agli artt. 121 e 122 cpa, può essere intesa:

b1) in senso strettamente lessicale, come "prosecuzione del servizio già avviato dal precedente appaltatore", ossia "subingresso" nella prosecuzione residuale della prestazione già avviata con altro contraente;

b2) oppure, se in alternativa al rinnovo della gara è preferibile consolidare la procedura di gara, come previsione, a favore del nuovo aggiudicatario, della "possibilità di subentrare nel contratto", cioè di sostituirsi all'originario vincitore della gara nella posizione di parte contraente con la stazione appaltante per tutto il periodo programmato;

c) dando linfa a questa seconda opzione, il Collegio ha nella specie dichiarato l'obbligo della stazione appaltante di stipulare con la ricorrente una nuova convenzione avente la durata di sei anni, pari all'intera durata dell'appalto messo in gara e ha dichiarato nulla la convenzione già stipulata con la medesima impresa, avente durata inferiore e pari al tempo residuo di esecuzione dell'appalto.

Fin qui il modello forgiato dai giudici che hanno il privilegio di lavorare nel palazzo più bello del mondo, nel cuore della città più bello del mondo.

Un modello magistrato-centrico che consegna al giudice della cognizione il potere di assegnare quale bene della vita il contratto programmato, inteso come durata (il bene e' il tempo), considerando "tamquam non esset" la parte della commessa eseguita dal l'aggiudicatario senza titolo e prolungando il contratto assegnato fino a un "dies ad quem" che valica il tetto fissato dalla legge di gara.

Siamo di fronte a una virtuosa giurisdizione di merito che assicura l'effettività della tutela o incombe lo spettro dell'usurpazione giudiziale del potere amministrativo, con rischio di lesione della concorrenza?

Lo scopriremo solo vivendo.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 26/01/2021

N. 00786/2021REG.PROV.COLL.

N. 09339/2019 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 iscritto in appello al numero di registro generale 9339 del 2019,
proposto da



Euroristorazione s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Ferasin e Luca Mazzeo, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Trezzano sul Naviglio, in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Ascanio Bolognini, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto

presso il suo studio in Milano, viale Bianca Maria, n. 33;

nei confronti

Centrale Unica di Committenza Comuni di Trezzano sul Naviglio Cusago Albairate, Cir Food Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C., A.R.C.O. Azienda per la Ristorazione Collettiva s.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 02275/2019, resa tra le parti in giudizio di ottemperanza.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Trezzano sul Naviglio;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2020, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e dato atto che nessuno è comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Premesso che:

- con sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia n. 551/2018, pubblicata il 27 febbraio 2018, accogliendo il ricorso della Euroristorazione s.r.l. era annullata la determinazione dirigenziale n. 523/2017 del Comune di Trezzano sul Naviglio, avente ad oggetto l'approvazione della proposta di aggiudicazione, in favore del R.T.I. formato dalle ditte CIR FOOD s.c. e ARCO s.r.l., della gara indetta con procedura aperta relativa all'affidamento della gestione del servizio di ristorazione scolastica e altri utenti, con ridotto impatto ambientale, con decorrenza dal 1.07.2017 e sino al 30.06.2020, importo a base d'asta € 4.671.630,00 oltre Iva, CIG 6919178E4D, con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- per quanto qui rileva, va evidenziato che la sentenza - dato atto della sopravvenienza dell'aggiudicazione (ritenuta illegittima in via derivata) e della stipulazione del contratto in data 17 dicembre 2017 tra stazione appaltante e aggiudicataria – motivava nei seguenti termini: “[...]”



occorre a

questo punto verificare se sussistono i presupposti per il subentro in tale

contratto della società ricorrente, posto che la domanda di risarcimento in

forma specifica e la domanda di inefficacia del contratto in questione sono

state correttamente proposte dalla seconda classificata in graduatoria.

Ritiene il Collegio che tale subentro sia possibile e ancora utile per la parte

richiedente, in ragione della tipologia di servizio da effettuare (ristorazione

scolastica), dello stato iniziale di esecuzione del contratto e della evidente

possibilità per la ricorrente principale di conseguire l'aggiudicazione alla

luce dei vizi riscontrati, pur dovendosi fissare la decorrenza dell'inefficacia

del contratto attualmente in essere tra stazione appaltante e

controinteressata al primo luglio 2018, in ragione della necessità di

garantire la continuità del servizio di ristorazione nel corso dell'attuale anno

scolastico. Occorre dunque accogliere la richiesta di risarcimento in forma

specifica formulata dalla ricorrente principale, previa dichiarazione di

inefficacia del contratto nelle more stipulato”;

- CIR FOOD avanzava appello, con contestuale proposizione di istanza di sospensione cautelare;
- il Consiglio di Stato con ordinanza cautelare n. 2809 del 21 giugno 2018, sospendeva l'esecutività della sentenza di primo grado;
- con la sentenza conclusiva del giudizio di merito, pubblicata il 5 aprile 2019, n. 2243, l'appello era respinto nel merito, senza alcuna statuizione (ulteriore rispetto a quelle contenute nella sentenza n. 551/2018 di primo grado) riguardo alle domande di inefficacia del contratto e di subentro avanzate dalla ricorrente Euroristorazione.

Premesso ancora in punto di fatto che:

- con determinazione n. 527 del 26 giugno 2019 del responsabile di area

del Comune di Trezzano sul Naviglio è stato comunicato ad

Euroristorazione il cambio appalto *“a partire dal 1° luglio 2019 e fino al 30*

giugno 2020 in suo favore, quindi per la durata di un anno;

- la gara, come originariamente bandita dal Comune, aveva durata triennale, con decorrenza dal 1.07.2017, sino al 30.06.2020, come dato atto nella determinazione n. 527/2019 citata;

Rilevato che:

- con ricorso per l'ottemperanza alla sentenza n. 551/2018 Euroristorazione ha adito nuovamente il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia per vedersi riconosciuto il diritto allo svolgimento del servizio per la durata prevista dalla normativa di gara, pari a tre anni, ovvero, in subordine, per vedersi riconosciuto il risarcimento per equivalente;

- con la sentenza indicata in epigrafe, qui appellata, il Tribunale amministrativo regionale ha respinto il ricorso per ottemperanza, rilevando

che:

- - il risarcimento in forma specifica era stato disposto ed attuato e doveva intendersi soddisfacente dell'interesse fatto valere da Euroristorazione in

causa, tenuto conto che il giudice del merito aveva "ritenuto <<possibile e

ancora utile>> il subentro nel contratto da parte della ricorrente, anche in

considerazione <<dello stato iniziale del contratto>> (le sentenza è stata

pubblicata il 27 febbraio 2018)” ed aveva perciò ritenuto “di <<dover

fissare la decorrenza dell'inefficacia del contratto attualmente in essere tra

stazione appaltante e controinteressata al primo luglio 2018>>”;

- - la domanda di risarcimento per equivalente proposta in sede di ottemperanza non poteva essere accolta in quanto su di essa la sentenza n. 551/2018 non si era pronunciata ed Euroristorazione non l’aveva

riproposta in sede di appello (*rectius*, non aveva proposto appello

incidentale), di modo che sulle relative statuizioni, non contestate in appello,

si era formato il giudicato e sarebbe stato esorbitante “*dai limiti dei poteri*”

interpretativi del giudice dell'ottemperanza integrare dette statuizioni con

contenuti ulteriori, volti ad attribuire alla parte ricorrente vantaggi non

contemplati nella sentenza oggetto del giudizio ex art. 112 ss. c.p.a.”;

- - in conclusione, il ricorso è stato respinto nella parte in cui era chiesta l’ottemperanza alla sentenza n. 551/2018; è stata respinta anche la domanda risarcitoria per la ritenuta infondatezza delle deduzioni volte a denunciare l’inottemperanza da parte del Comune resistente; le spese sono state poste a carico della ricorrente;
- avverso la sentenza Euroristorazione ha proposto appello con tre motivi;
- il Comune di Trezzano sul Naviglio si è costituito in resistenza;
- le parti hanno depositato memorie e repliche in vista della camera di consiglio del 3 dicembre 2020, all’esito della quale è stata riservata la decisione.

Considerato che:

- col primo motivo (*Erroneità della sentenza nella parte in cui ritiene il*

risarcimento in forma specifica pienamente soddisfacente dell'interesse di

Euroristorazione S.r.l. Violazione e/o falsa applicazione del Bando di gara e

del Disciplinare di gara nella parte in cui indicano in tre anni la durata del

servizio oggetto di aggiudicazione. Violazione e/o falsa applicazione art.

2058 c.c. Violazione del legittimo affidamento in ordine alla durata triennale

dell'appalto), l'appellante sostiene che, poiché la gara è stata bandita per

affidare il servizio di ristorazione al legittimo affidatario per la durata di tre

anni (eventualmente rinnovabili per altri tre), tale manifestazione di volontà,

da un lato, è vincolante e non modificabile dall'amministrazione e,

dall'altro, ha suscitato un legittimo affidamento in capo ai concorrenti in

ordine alla durata del servizio, con le conseguenze organizzative e

patrimoniali specificate in ricorso; il subentro nel servizio della ricorrente per

un solo anno sarebbe lesivo di tale legittimo affidamento, nonché della

statuizione da ottemperare, di cui alla sentenza n. 551/2018, che avrebbe

accertato e dichiarato la spettanza del bene della vita costituito

all'aggiudicazione del servizio per la durata contrattuale prevista dalla

normativa di gara; non sarebbe rilevante in senso contrario la decorrenza

fissata nella sentenza al 1° luglio 2018, poiché determinata dalla sola

esigenza di non interrompere il servizio nel corso dell'anno scolastico, ma

non impeditiva di un'ulteriore durata pari a quella inizialmente prevista di

tre anni (come da giurisprudenza richiamata, di cui a Cons. Stato, V, 12

maggio 2017, n. 2233); nemmeno sarebbe rilevante, contrariamente a

quanto detto in sentenza che la domanda di risarcimento danni per

equivalente fosse stata avanzata soltanto in via subordinata, poiché la

richiesta subordinata non presupponeva certo che la ricorrente, formulando

la domanda principale di risarcimento in forma specifica, si sarebbe

accontentata di un subentro solo parziale (cioè per la sola durata residua

nello specifico momento di attuazione del contenuto della sentenza);

solamente in data 1 luglio 2019 Euroristorazione sarebbe venuta a

conoscenza della determinazione del Comune di affidarle un solo anno di

servizio, mentre fino a quella data avrebbe sempre confidato nella durata

triennale, come prevista nella normativa di gara; l'interpretazione corretta

della sentenza del T.a.r. Milano n. 551/2018 imporrebbe l'affidamento ad

Euroristorazione di un servizio avente durata triennale, rinnovabile per

ulteriori tre anni, come previsto da bando e disciplinare di gara;

- col secondo motivo (*In via subordinata: Erroneità della sentenza*)

impugnata per difetto e incongruenza della motivazione nella parte in cui

manca di coerenza logica, rispetto alle premesse, nella parte in cui non

dispone che il subentro nel servizio avrebbe dovuto avere durata almeno

biennale, come invece risulta dalla sentenza del TAR Milano), l'appellante

sostiene che, anche a voler interpretare la sentenza n. 551/2018 nel senso

ritenuto dalla sentenza qui gravata, non si potrebbe negare che la

statuizione del T.a.r., confermata dal Consiglio di Stato, avesse

“assegnato” alla Euroristorazione il contratto per almeno due annualità,

vale a dire dal 1° luglio 2018 al 30 giugno 2020; pertanto, in sede di

ottemperanza tali due anni avrebbero dovuto essere riconosciuti,

considerato che non era imputabile ad Euroristorazione il mancato subentro

alla data del 1° luglio 2018, dovuto alla presentazione dell'appello, con

istanza cautelare, da parte della CIR FOOD, che stava svolgendo il servizio

per l'illegittima aggiudicazione della gara; il giudice di primo grado, in

ottemperanza, avrebbe dovuto rilevare che Euroristorazione avrebbe avuto

diritto a svolgere il servizio per una durata complessiva di almeno due anni.

Ritenuto che:

- il primo motivo va respinto, osservando che:

- il bene della vita riconosciuto in sede di merito consiste nella dichiarazione di inefficacia “

a decorrere dal primo luglio 2018, del contratto inerente

all'appalto per cui è causa, stipulato in data 19 dicembre 2017 tra il

Comune resistente e il raggruppamento di imprese formato da Cooperativa

Italiana di Ristorazione S.c. – Cir Food S.c. e A.R.C.O. Azienda per la

Ristorazione Collettiva S.r.l.”, così come deciso, ai sensi dell’art. 122 Cod.

proc. amm., con la sentenza da ottemperare n. 551/2018, pronunciata dal

T.a.r. – Lombardia, confermata in appello;

- l'interpretazione del giudicato, considerati dispositivo e motivazione (sopra riportata), non è affatto inequivocabilmente nel senso, sostenuto dall'appellante, del riconoscimento da parte del giudice della cognizione del diritto al subentro per un triennio, a decorrere dal 1° luglio 2018, poiché nulla è detto in merito alla durata triennale del servizio ed al fatto che questo dovesse essere affidato ad Euroristorazione per un periodo di tre anni con tale ultima decorrenza;

- anzi, il giudice della cognizione ha espressamente escluso che la dichiarazione di inefficacia del contratto potesse operare in via retroattiva (come pure è possibile, sia per l'operatività

ex tunc della caducazione

dell'aggiudicazione illegittima, sia per le previsioni degli artt. 121 e 122

Cod. proc. amm., che rimettono al giudice ogni valutazione anche in merito

alla decorrenza della dichiarazione di inefficacia), lasciando quindi in vita il

contratto per la parte già eseguita dall'originaria aggiudicataria; di modo

che è da escludere che abbia inteso disporre il subentro per l'intera durata

programmata dell'appalto, che avrebbe logicamente presupposto la

dichiarazione di inefficacia *ex tunc* del contratto in essere (cfr. in tale senso,

Consiglio di Stato, III, 12 settembre 2012, n. 4831);

- la nozione di *subentro* nel contratto, ricavabile sia dall'art. 122 che

dall'art. 124 Cod. proc. amm., non sta a significare che nel procedere alla

stipulazione del contratto con il subentrante alle condizioni originariamente

fissate nel bando di gara (o, meglio, a quelle offerte dallo stesso

subentrante) si possa del tutto prescindere dall'esecuzione frattanto

avviata, come se non fosse mai esistita *in rerum natura*;

- è vero infatti che l'espressione "subentro nel contratto" può non essere intesa in senso strettamente lessicale come successione nel contratto e nel rapporto contrattuale nello stato di esecuzione in cui si trova, bensì come la situazione alternativa al rinnovo della gara, che consente di consolidare la procedura, prevedendo a favore del nuovo aggiudicatario "la possibilità di subentrare nel contratto", in modo da sostituirsi all'originario vincitore della gara nella posizione di parte contraente con la stazione appaltante per l'esecuzione della prestazione indicata nell'offerta; tuttavia, è necessario che il giudice della cognizione che si pronuncia sulla sorte del contratto tenga conto anche dello stato di esecuzione del contratto dichiarato inefficace;

a tale fine è rimesso al giudice o disporre che oggetto del nuovo rapporto col subentrante potranno essere soltanto le prestazioni non ancora effettuate o non ancora completate al momento del subentro, per la durata

contrattuale residua dell'affidamento, o determinarsi diversamente quanto alla decorrenza e/o alla durata del subentro, come pure è possibile quando trattasi di appalto di servizi rispondente ad esigenze di natura permanente (come accaduto nel caso oggetto della citata decisione di questo Consiglio di Stato, III, 12 settembre 2012, n. 4831, in cui si è data ottemperanza ad una sentenza di cognizione che aveva espressamente dichiarato il diritto al subentro nel contratto "per l'intera durata programmata dell'appalto");

- induce a tale ricostruzione sistematica proprio la disposizione dell'art. 122 Cod. proc. amm., laddove impone di tenere conto, ai fini della dichiarazione di inefficacia del contratto (presupposto indefettibile della pronuncia di subentro, unitamente alla domanda della parte ricorrente ex art. 124 Cod.

proc. amm.), degli *interessi delle parti* e dello *stato di esecuzione del*

contratto;

- in sintesi, è possibile per il giudice della cognizione adottare diverse determinazioni in merito alla dichiarazione di inefficacia e al diritto al subentro del ricorrente vittorioso, che ne abbia fatto richiesta, che siano più o meno conformative della successiva attività amministrativa;

- in senso contrario non depone il precedente di questa sezione V, 12 maggio 2017, n. 2233, citato in ricorso, sia perché la statuizione principale è di irricevibilità e di inammissibilità dell'appello (di modo che non risulta espressamente confermato il meccanismo di subentro preteso dalla società ricorrente) sia perché la fattispecie portata all'attenzione del giudice riguardava la determinazione assunta dall'amministrazione di procedere all'affidamento del servizio per un nuovo triennio, che, come detto, è possibile quando non vi sia una statuizione giudiziale che vincoli diversamente l'amministrazione (di modo che oggetto del giudizio era



la

determinazione della stazione appaltante, immediatamente impugnata in

sede di *cognizione* da altro operatore del settore interessato all'indizione di

una nuova gara);

- il presente giudizio di ottemperanza pone la diversa questione della corretta interpretazione ed attuazione del giudicato, di modo che gli atti posti in essere dal Comune di Trezzano sul Naviglio, in dichiarata ottemperanza a tale giudicato, vanno valutati tenendo conto del quadro giuridico e fattuale delineato nella sentenza n. 551/2018 e del contenuto delle relative statuizioni;

- dovendosi escludere che vi sia affermato o che sia da queste desumibile che il giudice della cognizione abbia inteso attribuire ad Euroristorazione una tutela specifica più ampia di quanto letteralmente e logicamente risulta dalla dichiarazione di inefficacia del contratto dal 1° luglio 2018, il comando da ottemperare consiste nel diritto al subentro di Euroristorazione nel contratto, nei limiti dei due anni di rapporto contrattuale ancora da eseguire;

2) tale interpretazione del giudicato comporta il rigetto del primo motivo di

appello, ma anche necessariamente l'accoglimento parziale del secondo motivo, proposto dall'appellante in via subordinata, riguardo al quale si osserva che:

- la sentenza di primo grado va riformata laddove assume che il Comune di Trezzano sul Naviglio non sia incorso in violazione di giudicato, quando ha disposto, con la determinazione n. 527/2019 del 26 giugno 2019 di affidare il servizio ad Euroristorazione per un anno con decorrenza dal 1° luglio 2019;

- è vero peraltro che, alla data della detta determinazione, l'esecuzione in forma specifica totale del giudicato formatosi sulla sentenza del T.a.r. n. 551/2018 era divenuta impossibile, perché - in forza della sospensione cautelare disposta dal Consiglio di Stato con ordinanza del 21 giugno 2018, n. 2809 – si era dato corso all'esecuzione del servizio da parte del raggruppamento originario aggiudicatario per il secondo anno consecutivo;

- la situazione sopravvenuta alla sentenza n. 551/2018, comunque illegittima perché conseguente all'illegittimità dell'aggiudicazione in favore del raggruppamento CIR FOOD, va evidentemente ricondotta alla fattispecie normativa dell'art. 112, comma 3, Cod. proc. amm., legittimando, come si dirà, l'azione risarcitoria avanzata, sempre in subordine da Euroristorazione, ai sensi di tale norma;

- quindi, il secondo motivo d'appello non può essere accolto nella parte in cui la ricorrente intenda conseguire il prolungamento del servizio per un ulteriore anno;

- tale pretesa è infondata per le ragioni in diritto già esposte trattando del primo motivo, vale a dire perché il subentro nel rapporto contrattuale sarebbe dovuto avvenire nello stato di esecuzione dell'affidamento in cui questo si trovava al momento della stipulazione del contratto col subentrante;

- il secondo motivo di appello va invece accolto nella parte in cui assume che, contrariamente a quanto presupposto dal giudice di primo grado, la sentenza da ottemperare è rimasta ineseguita per la parte di servizio relativa all'anno decorrente dal 1° luglio 2018 fino al 30 giugno 2019, che si

sarebbe dovuto svolgere da parte di Euroristorazione.

Considerato che:

- col terzo motivo (*Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui*

rigetta la istanza risarcitoria per equivalente. Difetto ed irragionevolezza

della motivazione. Violazione e/o falsa applicazione art. 101, II comma, e

112, III, comma, C.p.a.), l'appellante censura la sentenza di primo grado

sotto due distinti profili;

- in primo luogo, in riferimento al rigetto della domanda subordinata di risarcimento per equivalente parametrato sui due anni di servizio non affidati a Euroristorazione, quest'ultima torna a denunciare l'irrilevanza del fatto che la domanda di risarcimento per equivalente fosse stata formulata, in sede di merito, soltanto in via subordinata e censura l'affermazione della sentenza di primo grado secondo cui, relativamente a tale domanda, si sia formato un giudicato a seguito della mancata proposizione di appello incidentale da parte di Euroristorazione avverso la sentenza n. 551/2018; ad avviso dell'appellante, il fatto che questa sentenza non abbia esaminato la domanda di risarcimento per equivalente non rappresenterebbe un'omessa pronuncia ma dovrebbe essere interpretato ragionevolmente nel senso dell'avvenuto riconoscimento di una tutela in forma specifica integrale ed esaustiva (vale a dire che il T.a.r. non ha trattato la domanda di risarcimento per equivalente perché avrebbe accolto integralmente quella di risarcimento in forma specifica) e su tale interpretazione Euroristorazione

avrebbe fatto affidamento; in ogni caso, secondo l'appellante, non si sarebbe potuto pretendere da parte sua la presentazione di appello incidentale, sia perché sarebbe stata parte vittoriosa in primo grado (in quanto vi sarebbe stato il detto asserito accoglimento integrale della domanda risarcitoria in forma specifica), sia perché la domanda di risarcimento per equivalente si dovrebbe intendere rinunciata, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., e perciò autonomamente (ri)proponibile in altro giudizio, sia pure nei termini dell'art. 30, comma 5, Cod. proc. amm., come da giurisprudenza richiamata in ricorso (Cons. Stato, III, 22 agosto 2018, n. 5014 e id., IV, 4 maggio 2018, n. 2666), quindi anche nella presente sede di ottemperanza;

- aggiunge l'appellante che in ogni caso, nel giudizio di ottemperanza

potrebbe esserle riconosciuto il risarcimento dei "... *danni connessi*

all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica,

totale o parziale, del giudicato”, a mente dell’art. 112, comma 3, ultimo

periodo, Cod. proc. amm., sicché le due annualità di contratto non eseguite,

o quantomeno e certamente una annualità, ben potrebbero formare oggetto

di liquidazione in questa sede;

- riguardo alla quantificazione del danno, l'appellante ripropone le argomentazioni svolte in primo grado, e rimaste assorbite dal rigetto della domanda risarcitoria, osservando:

- - a) per il *mancato guadagno*, che l'utile dichiarato in gara per tre anni era

pari ad € 174.219,99, di modo che per il mancato affidamento per i due anni

ulteriori spettanti sarebbe stato perso l'importo complessivo di €

116.146,66;

- - b) per il *danno emergente*, che questo sarebbe costituito dalla quota

parte degli investimenti e dei costi sostenuti per i previsti tre anni di servizio,

attesa l'impossibilità di procedere all'ammortamento di tali costi per i due

anni di servizio mancati; che le voci di costo che la società avrebbe dovuto

comunque sostenere per intero sono relative a: quota ammortamento

automezzi per trasporto dei pasti, costo per altre soluzioni migliorative,

quota ammortamento per sistema informatico, spese generali, per un

importo complessivo di € 621.365,87 nel triennio, quindi di € 414.143,91 per

due anni;

- - c) per il *danno curricolare*, che andrebbe quantificato in via equitativa

nell'importo del 50% di quanto liquidato per lucro cessante, quindi in una

somma non inferiore ad € 58.073,33;

- - che in caso di riconoscimento della risarcibilità dei danni per il mancato affidamento di un solo anno di servizio, gli stessi andrebbero liquidati nella metà delle somme sopra indicate.

Ritenuto che:

- il terzo motivo va respinto nella parte in cui si pretende il risarcimento del danno per la mancata esecuzione del servizio nel periodo precedente il 1° luglio 2018, pure se sul punto la motivazione della sentenza appellata va parzialmente corretta;

- l'appellante ha chiesto infatti nel giudizio di ottemperanza la medesima tutela per equivalente già azionata in sede di cognizione, sia pure in via subordinata;

- se la sentenza n. 551/2018 si dovesse interpretare nel senso ritenuto dalla sentenza qui appellata -vale a dire nel senso che abbia omesso qualsivoglia pronuncia sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente- allora avrebbe ragione l'appellante a sostenere che la mancata impugnazione dell'omessa pronuncia con appello incidentale si dovrebbe considerare come rinuncia alla relativa domanda, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. civ., e comporterebbe comunque la possibilità di riproporre la domanda in separato giudizio, sia pure nel termine dell'art. 30, comma 5, Cod. proc. amm.;

- infatti, la mancata pronuncia su una domanda dà luogo ad un giudicato di mero rito e la mancata riproposizione della domanda in sede di gravame ha valenza di rinuncia solo processuale e non anche sostanziale, di modo che la domanda sulla quale il giudice non si è affatto pronunciato è riproponibile in separato giudizio, come da ripetuti precedenti della Corte di cassazione (cfr., già Cass., sez. II, 22 maggio 1995, n. 3260, secondo la quale

“Quando la sentenza di primo grado manchi di statuire su una delle

domande introdotte in causa (e non ricorrono gli estremi di una sua

reiezione implicita, ne' risulta che la stessa sia rimasta assorbita dalla

decisione di altra domanda da cui dipenda) deve riconoscersi alla parte

istante la facoltà di far valere tale omissione in sede di gravame, ovvero, in

alternativa, di riproporre la domanda in separato giudizio, considerato che la

rinunzia implicita alla domanda stessa di cui all'art. 346 cod. proc. civ., per

non avere denunciato quell'omissione in appello, ha valore processuale e

non anche sostanziale. Ne consegue che, stante la menzionata facoltà di

scelta, nel separato giudizio non sarà opponibile il giudicato derivante dalla

mancata impugnazione della sentenza per omessa pronuncia”; cfr., nello

stesso senso, tra le altre, Cass. sez. III, 11 giugno 2008, n. 15461 e, di

recente, Cass., sez.VI-III, ord. 13 febbraio 2020, n. 3527), che bene si

attagliano anche al processo amministrativo, essendo in proposito l'art.

101, comma 2, Cod. proc. amm. identico nella *ratio*, ma anche di portata più

ampia, dell'art. 346 cod. proc. civ.;

- si ritiene però che, nel caso di specie, la sentenza da ottemperare vada interpretata, non nel senso che sia viziata da omessa pronuncia sulla domanda risarcitoria della ricorrente, ma che ricorrano gli estremi di una reiezione implicita della domanda di risarcimento per equivalente;

- induce a siffatta interpretazione l'affermazione della sentenza secondo cui il subentro nel contratto sarebbe stato “

possibile ed ancora utile per la

parte richiedente in ragione della tipologia del servizio da effettuare

(ristorazione scolastica), dello stato iniziale di esecuzione del contratto ...”,

da cui si evince che il risarcimento in forma specifica è stato ritenuto

integralmente satisfattivo delle ragioni di Euroristorazione, con conseguente

valutazione negativa in merito all'effettiva sussistenza e permanenza dei

presupposti della tutela per equivalente in ragione dell'inammissibilità del

cumulo delle due tecniche di protezione;

- della circostanza che il subentro nel contratto con la decorrenza indicata in sentenza non fosse interamente soddisfacente la ricorrente si sarebbe dovuta dolere, poiché, essendo stata accolta la domanda di risarcimento in forma specifica soltanto parzialmente, Euroristorazione finiva per restare priva di tutela per la mancata esecuzione precedente la data fissata in sentenza, rispetto alla quale era perciò parte soccombente in primo grado;

- in sintesi, si configura

un rigetto implicito della domanda di risarcimento

per equivalente, avverso il quale Euroristorazione avrebbe dovuto proporre

appello incidentale, per impedire che la relativa statuizione passasse in

giudicato;

- la mancata riproposizione in appello della domanda risarcitoria comporta,

oltre alla preclusione *pro iudicato*, l'impossibilità di invocare il risarcimento

in sede di ottemperanza ex art. 112, comma 3, Cod. proc. amm.;

- quest'ultima disposizione concerne il risarcimento dei

danni prodottisi *dopo* la formazione del giudicato, non di quelli che siano

stati oggetto di domanda risarcitoria nel giudizio di cognizione, respinta con

statuizione passata in giudicato;

- il terzo motivo d'appello va quindi complessivamente respinto in riferimento alla pretesa di risarcimento dei danni per la mancata esecuzione del servizio nel periodo precedente il 1° luglio 2018.

Ritenuto altresì che:

- il terzo motivo va invece accolto nella parte in cui viene, con esso, esercitata l'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 112, comma 3, Cod. proc. amm., in riferimento all'anno decorrente dal 1° luglio 2018;

- al riguardo è sufficiente richiamare quanto sopra esposto a proposito dell'accoglimento parziale del secondo motivo del presente appello e dell'interpretazione del giudicato formatosi sulla sentenza n. 551/2018, nel senso che sarebbe spettato ad Euroristorazione eseguire il servizio per due anni, con decorrenza 1° luglio 2018;

- avendo il Comune disposto il subentro a far data dal 1° luglio 2019, è tenuto a risarcire i danni per l'impossibilità (sopravvenuta) di esecuzione in forma specifica parziale del giudicato alla stregua delle coordinate fissate dalla sentenza 2/2017 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio;

- la difesa comunale oppone che la società ricorrente non avrebbe diritto a tale risarcimento perché non sarebbe stata comunque in condizione di subentrare nel contratto prima del 1° luglio 2019, in quanto non avrebbe avuto a disposizione un centro cottura, avendo impiegato in altri appalti, che si è aggiudicata nella more (dal Comune di Como e dal Comune di Bresso), il centro cottura offerto per l'esecuzione del presente appalto;

- tale fatto impeditivo del diritto al risarcimento (per interruzione del nesso causale dovuta a fatto del danneggiato) avrebbe dovuto essere adeguatamente provato in giudizio dal Comune che l'ha eccepito: allo scopo il Comune richiama i documenti nn. 16 e 17, nonché nn. 18-29, prodotti in primo grado;

- orbene, da tali documenti è dato evincere che, effettivamente, essendosi nelle more aggiudicata i due suddetti appalti di ristorazione nei comuni vicini, Euroristorazione si è vista costretta a presentare nel maggio 2019 SCIA di ampliamento del centro-cottura già indicato in offerta, ma risulta altresì che, proprio in ragione di ciò (quindi evidentemente senza che insorgessero altri ostacoli o dinieghi amministrativi), ebbe la disponibilità del centro cottura idoneo alla data del 29 giugno 2019, quindi tempestivamente per dare corso al servizio con decorrenza 1° luglio 2019;

- orbene, non vi è alcun significativo elemento da cui desumere che se analogo adempimento fosse stato richiesto ad Euroristorazione l'anno prima, la stessa non sarebbe riuscita a conseguire l'ampliamento del centro-cottura;

- vale a dire che non vi è la prova che, per fatto imputabile alla danneggiata, questa si sarebbe trovata nell'impossibilità di dare corso all'esecuzione del servizio sin dal 1° luglio 2018, qualora si fosse eseguita la detta sentenza del T.a.r., che era stata pubblicata nel febbraio 2018, quindi in tempo utile per provvedere secondo quanto sopra (se non fosse sopravvenuta la

sospensione cautelare richiesta da CIR FOOD e condivisa dalla stazione appaltante);

- in conclusione, spetta ad Euroristorazione il risarcimento dei danni sofferti per l'impossibilità dell'esecuzione parziale del giudicato per la mancata esecuzione del servizio nel periodo 1° luglio 2018 – 30 giugno 2019.

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

- la reintegrazione integrale del patrimonio della società creditrice inciso dalla mancata esecuzione del servizio si ottiene con il conseguimento dell'utile preventivato, quale indicato nell'offerta presentata in sede di gara;

- tale utile presuppone l'ammortamento degli investimenti e dei costi che la società ha affrontato in vista della partecipazione alla gara e della sua aggiudicazione, all'esito della quale, anche ove disposta tempestivamente e per l'intero periodo triennale di durata contrattuale, non avrebbe potuto conseguire più di quanto indicato a titolo di utile;

- in sintesi, una volta riconosciuto il lucro cessante, non sono liquidabili a titolo di danno emergente i costi sostenuti dall'impresa per conseguire l'utile d'esercizio, trattandosi di voci di costo che, come osserva la difesa comunale, l'impresa sostiene a prescindere dall'esecuzione di commesse pubbliche e che vanno a ridurre il risultato di esercizio annuo, secondo i principi e le regole di contabilità aziendale comunemente applicabili;

- essendo stati richiesti soltanto questi ultimi quale danno emergente, nulla è dovuto per questa voce di danno;

- parimenti nulla è dovuto a titolo di danno curriculari poiché, oltre al fatto che questo va rigorosamente provato (come da giurisprudenza maggioritaria che qui ha da intendersi ribadita: cfr. Cons. Stato, V, 2 gennaio 2019, n. 14; 26 aprile 2018, n. 2527; 16 dicembre 2016, n. 5322), nel caso di specie, esso è da escludere perché -come osserva il Comune appellato- Euroristorazione ha infine conseguito l'aggiudicazione

dell'appalto, che ben potrà essere indicato nel proprio *curriculum*;

- inoltre, non solo la ricorrente non ha dimostrato che la mancata tempestiva aggiudicazione e la non integrale esecuzione del servizio oggetto dell'affidamento in contestazione le abbiano precluso di acquisire ulteriori commesse pubbliche né ha dedotto quali sarebbero le conseguenze negative sulla propria immagine commerciale, ma tali conseguenze risultano smentite dalla detta, comprovata, circostanza che la stessa ricorrente, dopo la mancata aggiudicazione del contratto di appalto per i servizi di ristorazione richiesti dal Comune di Trezzano sul Naviglio, si è vista aggiudicare due contratti di appalto per i medesimi servizi da altri due comuni lombardi;

- infine, non merita accoglimento la richiesta del Comune di riduzione dei danni risarcibili per la mancata dimostrazione, da parte della ricorrente, di

assenza dell'*aliunde perceptum*, nonché per l'effettivo impiego delle

medesime risorse, già messe a disposizione del Comune di Trezzano sul

Naviglio, nei due appalti frattanto aggiudicati alla Euroristorazione;

- invero, la identica tipologia dei servizi e la vicinanza dei comuni committenti (tanto da consentire l'utilizzazione del medesimo centro cottura) inducono a ritenere che Euroristorazione sarebbe stata in grado di eseguire i servizi in favore del Comune di Trezzano sul Naviglio anche nell'anno 2018-2019 ed anche in contemporanea con gli altri due affidamenti, di modo che il mancato guadagno per la mancata aggiudicazione dell'appalto dei servizi di ristorazione indetto dal Comune di Trezzano sul Naviglio non si può ritenere compensato nemmeno in parte con quanto percepito per i restanti due appalti;

- i danni risarcibili vanno perciò parametrati al mancato guadagno per l'anno di riferimento e liquidati nella somma di € 58.073,33 (non soggetta a rivalutazione monetaria perché dal 30 giugno 2019, scadenza dell'anno d'esercizio di riferimento, all'attualità la variazione ISTAT è negativa), oltre interessi legali dal 30 giugno 2019 al soddisfo.

In conclusione:

- respinto il primo motivo, vanno accolti in parte i motivi secondo e terzo, nei limiti sopra specificati, ed, in parziale riforma della sentenza appellata, accogliendo la domanda di risarcimento dei danni ex art. 112, comma 3, Cod. proc. amm., limitatamente alla mancata esecuzione del servizio nel periodo 1° luglio 2018 - 30 giugno 2019, il Comune di Trezzano sul Naviglio va condannato a corrispondere alla società Euroristorazione, a titolo risarcitorio, la somma complessiva di € 58.073,33, oltre interessi legali dal 30 giugno 2019 al soddisfo;

- le ragioni della decisione e l'accoglimento parziale delle pretese di parte ricorrente consentono di compensare per giusti motivi le spese processuali di entrambi i gradi del presente giudizio di ottemperanza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), decidendo sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, nei limiti specificati in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, condanna il Comune di Trezzano sul Naviglio a corrispondere alla società Euroristorazione, a titolo risarcitorio, la somma complessiva di € 58.073,33, oltre interessi legali dal 30 giugno 2019 al soddisfo.

Compensa integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

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

Francesco Caringella, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore