

N. 00274/2018REG.PROV.COLL.
N. 00379/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 379 del 2017, proposto da:

A. F. Onlus società cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Parato, domiciliata ex art. 25 Cod. proc. amm. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

Comune (.....), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Guido Massari, con domicilio eletto presso lo studio Paolo Vittorio Lelli in Roma, piazza Apollodoro, n. 26;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, SEZIONE II n. 01571/2016, resa tra le parti, concernente l'ottemperanza della sentenza del T.A.R. Puglia Lecce n. 2812 del 2015 e l'accertamento del diritto della ricorrente al risarcimento del danno relativo al lucro cessante per il periodo successivo a quello acclarato nella precitata sentenza, sino all'aggiudicazione definitiva del servizio di cui alla procedura bandita con determinazione n. 47 del 17 febbraio 2016.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune (.....);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Pietro Quinto, in dichiarata delega dell'avvocato Parato, nonché Guido Massari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia, sezione staccata di Lecce, la Società Cooperativa chiedeva l'esecuzione della sentenza n. 2812 del 2015 del medesimo Tribunale resa sul ricorso r.g. n. 1055 del 2015; inoltre, ai sensi dell'art. 112, comma 3 Cod. proc. amm. (a mente del quale *“Può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza [...] azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione”*), chiedeva la condanna del Comune di (.....) al risarcimento *“del danno relativo al lucro cessante per il periodo successivo a quello acclarato nella precitata sentenza e sino all'aggiudicazione definitiva del servizio de quo in virtù della procedura bandita con determinazione n. 47 del 17.2.2016”*.

2. In effetti era accaduto che la ricorrente aveva partecipato alla gara indetta dal Comune di (.....) per l'affidamento dei servizi cimiteriali (di cui era affidataria sin dal 2013), giusta determinazione n. 144 del 2 aprile 2015 per il periodo 15 aprile 2015 - 30 giugno 2015: con il ricorso introduttivo ed i successivi motivi aggiunti veniva impugnata la determina n. 190 del 24 aprile 2015, con cui era stata disposta una proroga tecnica del servizio alla ricorrente sino al 30 aprile 2015 e non oltre, nonché la determinazione di aggiudicazione nel frattempo intervenuta a favore

della A. Onlus.

3. Con la sentenza di cui veniva chiesta l'ottemperanza l'adito tribunale, nell'accogliere il primo ricorso per motivi aggiunti, aveva riconosciuto la contraddittorietà della condotta tenuta dall'Amministrazione, che aveva sì disposto una proroga tecnica in favore della ricorrente, ma per un periodo molto ridotto (sino al 30 aprile 2015), affidando invece il servizio, per il periodo successivo 1° maggio 2015 - 25 giugno 2015, quasi interamente coincidente con l'intera durata dell'affidamento oggetto di gara (che sarebbe scaduto il 30 giugno 2015), ad un'altra ditta, tra l'altro risultata esclusa dalla procedura originaria.

Con la stessa sentenza veniva accolta la domanda di risarcimento danni per equivalente formulata dalla ricorrente, danni quantificati nella somma corrispondente al corrispettivo della gestione del servizio cimiteriale per il periodo dal 1° maggio 2015 al 25 giugno 2015, periodo durante il quale, secondo il tribunale, il servizio avrebbe dovuto essere gestito proprio dalla ricorrente in regime di proroga tecnica, in attesa della conclusione della gara (laddove detto servizio era stato invece affidato in via diretta, ad altro operatore economico).

4. Il Comune di (.....) resisteva al predetto ricorso per l'esecuzione della sentenza n. 2812 del 2015, eccependo di aver provveduto all'integrale pagamento di quanto dovuto a titolo di risarcimento danni per equivalente proprio sulla base di quella sentenza, con conseguente cessazione della materia del contendere.

5. Il Tribunale adito, con la sentenza segnata in epigrafe, in parte dichiarava cessata la materia del contendere e in parte respingeva il ricorso.

In particolare, quanto al *“risarcimento dei danni patiti dalla ricorrente per il periodo ricompreso tra il 01.05.2015 al 25.06.2015”* ed alle spese legali liquidate in sentenza, il primo giudice dava atto dell'intervenuto pagamento da parte dell'amministrazione; quanto invece all'ulteriore azione di risarcimento ex art. 112, comma 3 Cod. proc. amm., respingeva la domanda ritenendola estranea all'ambito del giudizio di

ottemperanza.

6. Avverso tale decisione la A. F. Onlus ha interposto appello, reiterando la domanda di risarcimento per equivalente ex art. 112, comma 3, Cod. proc. amm. giacchè, a suo avviso, *“l’amministrazione comunale aveva continuato imperterrita anche successivamente alla pronuncia giudiziale [quella di cui era stata chiesta l’ottemperanza al primo giudice] ad affidare illegittimamente il servizio di che trattasi ad altre ditte, reiterando la condotta illegittima già sanzionata dal Tar, in palese violazione del diritto della ricorrente alla proroga tecnica nelle more dell’espletamento della gara ad evidenza pubblica secondo i criteri di cui alla deliberazione G.M. n.170/2014, gara che non risultava ancora espletata essendo stata disposta soltanto con determinazione 47 del 17.2.2016”*.

Di conseguenza, sempre secondo l’appellante, sarebbe scorretta la decisione del primo giudice di escludere la possibilità di accordare in suo favore un risarcimento per equivalente anche per il periodo successivo al 25 giugno 2015 (termine, questo, indicato nella sentenza oggetto di ottemperanza quale *dies ad quem* della proroga tecnica); l’ottemperanda pronuncia n. 2812 del 2015 avrebbe in definitiva imposto *“...al Comune di (.....) l’obbligo di disporre la proroga tecnica in favore dell’appellante nelle more di espletamento della nuova gara secondo i canoni di legge e comunque secondo l’indirizzo politico-amministrativo della Giunta Municipale”*, gara che però sarebbe stata indetta *“soltanto nel febbraio del 2016 ed il servizio è stato aggiudicato provvisoriamente soltanto il 30 aprile del 2016, sicché nel periodo che va dal 26.6.2015 al 30 aprile del 2016 alla ricorrente compete e compete il danno per equivalente non avendo la P.a. disposto la proroga tecnica in favore della ricorrente”*.

7. Ha resistito al gravame il Comune di (.....), deducendone l’inammissibilità e l’infondatezza del gravame di cui ha pertanto chiesto il rigetto.

8. All’udienza in camera di consiglio del 19 dicembre 2017, fissata per l’esame della domanda cautelare di sospensione dell’esecutività della sentenza impugnata, le parti sono stati ritualmente avvisate dell’intenzione della Sezione di decidere la

causa direttamente nel merito; pertanto essa, dopo la rituale discussione, è stata introitata per la decisione.

9. L'appello è infondato.

L'art. 112, comma terzo, c.p.a., invocato dall'appellante a fondamento delle proprie pretese così recita: *“Può essere proposta, anche in unico grado dinanzi al giudice dell'ottemperanza, azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato o alla sua violazione o elusione”*.

La norma, come ribadito da costante giurisprudenza (da ultimo, Cons. Stato, VI, 20 novembre 2017, n. 5339), va interpretata nel senso che in sede di giudizio di ottemperanza non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello fatto valere ed affermato con la sentenza da eseguire, anche se sia ad essa conseguente o collegato, non potendo essere neppure proposte domande che non siano contenute nel *decisum* della sentenza da eseguire.

Nel caso di specie, la sentenza n. 2812 del 2015, oggetto del giudizio di ottemperanza indicava in modo preciso l'oggetto del risarcimento per equivalente, *“da quantificarsi nelle somme indicate nella Determina n. 199 del 30.04.2015 ... quale corrispettivo della gestione del servizio cimiteriale per il periodo dall'01.05.2015 al 25.06.2015 in cui il servizio è stato illegittimamente affidato ad altra ditta e non svolto dalla ricorrente in regime di proroga tecnica in attesa della conclusione della procedura di gara”*.

Va ricordato, al riguardo, che la cd. “proroga tecnica” – istituto volto ad assicurare che, nelle more dello svolgimento di una gara per il nuovo affidamento di un servizio, l'erogazione dello stesso non subisca soluzioni di continuità – rappresenta un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali (*ex multis*, Cons. Stato, III, 3 aprile 2017, n. 1521).

In quanto eccezionale, la sua applicabilità è comunque fatta oggetto di stretta interpretazione, non estensibile oltre i casi ed i termini espressamente previsti.

Alla luce di queste premesse, non possono quindi trovare accoglimento gli argomenti dell'appellante a sostegno della propria, ulteriore richiesta risarcitoria rispetto a quanto già espressamente (e tassativamente) disposto nella sentenza di cui si chiede l'ottemperanza.

Del resto, le pretese dell'appellante non potrebbero comunque trovare fondamento in base al disposto del terzo comma dell'art. 112 cit., dal momento che tale disposizione presuppone la sopravvenuta impossibilità di dar luogo all'esecuzione *in forma specifica* di quanto previsto nella sentenza da ottemperare, disponendo in tal caso che il giudice dell'ottemperanza possa provvedere direttamente alla liquidazione del risarcimento per equivalente.

Il che però non si verifica nel presente caso, laddove la sentenza n. 2812 del 2015 aveva già direttamente disposto – e liquidato – il risarcimento del danno per equivalente monetario, non essendo già allora più possibile disporre una (limitata) proroga tecnica dell'affidamento.

Ciò chiarito, va infine rilevato, per completezza, che l'affermazione di parte appellante, secondo cui l'amministrazione avrebbe successivamente continuato a violare l'obbligo di affidare il servizio a mezzo gara, preferendo invece procedere ad ulteriori affidamenti diretti del servizio, è in realtà priva di evidente riscontro.

Piuttosto, risulta dagli atti che già per il periodo 1° settembre 2015 - 31 dicembre 2015, immediatamente successivo a quello di cui si riferisce la sentenza n. 2812, il Comune di (.....) indiceva una nuova gara per affidare i servizi cimiteriali, gara cui partecipava anche l'odierna appellante.

La stessa prendeva poi parte anche alla gara successiva, indetta con determinazione n. 47 del 17 febbraio 2016, successivamente ricorrendo contro i relativi atti, ma risultando soccombente in giudizio (deciso, in grado di appello, da

Cons. Stato, V, 11 maggio 2017, n. 2844).

Anche sotto questo profilo, dunque, appaiono destituiti di fondamento gli stessi presupposti di fatto sui quali l'appellante fonda le proprie doglianze.

10. L'appello deve essere pertanto respinto.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento, in favore del Comune di (.....), delle spese di lite del presente grado di giudizio, che liquida complessivamente in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO