

Publicato il 11/01/2023

N. 00384/2023 REG.PROV.COLL.
N. 09583/2021 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 in appello numero di registro generale 9583 del 2021, proposto da L'Eco della Stampa S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Filippo Martinez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

contro

Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Aldo Sandulli e Benedetto Cimino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Data Stampa S.r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, 8 novembre 2021, Sezione Seconda, n. 11447, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2022 il Cons. Giorgio Manca e uditi per le parti gli avvocati Pecorilla, in delega degli avvocati Martinez e Moscuza, e Morettini, in delega dell'Avv. Sandulli;

1. Con l'appello è impugnata la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. II, 8 novembre 2021, n. 11447, che ha respinto il ricorso proposto da *L'Eco della Stampa S.p.a.* per l'ottemperanza della sentenza del T.a.r. per il Lazio, sez. II, 3 giugno 2019, n. 7062, con la quale – in accoglimento del ricorso proposto dalla stessa società – era stato annullato il provvedimento del 14 marzo 2019 con cui Cassa Depositi e Prestiti S.p.a. (CDP) ha aggiudicato il servizio di rassegna stampa a *Data Stampa s.r.l.*, dichiarata l'inefficacia del contratto e disposto il subentro della ricorrente. La sentenza precisava in motivazione che *«l'annullamento in via derivata dell'aggiudicazione non rende necessaria una ulteriore attività procedimentale dell'Amministrazione per la individuazione del nuovo aggiudicatario della gara, in quanto è sufficiente lo scorrimento della graduatoria in favore del secondo classificato»*, ossia *L'Eco della Stampa*, *«rispetto al quale non è stata evidenziata nel corso del procedimento e del successivo processo alcuna idonea causa ostativa»*. Con sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 31 marzo 2020, n. 2182, è stato respinto l'appello proposto da Cassa Depositi e Prestiti ed è stata confermata la sentenza di primo grado anche nel punto relativo allo scorrimento della graduatoria in favore de *L'Eco della Stampa S.p.a.* (*«fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela, nei casi consentiti dalle norme vigenti (cfr. art. 32, comma 8 d. lgs. n. 50/2016)»*), come si precisa nella sentenza d'appello).

2. Con provvedimento del 12 maggio 2020 la CDP disponeva l'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara, posto che anche *L'Eco della Stampa* sarebbe stata invitata in violazione del principio di rotazione (vizio che, secondo la sentenza di cognizione, aveva inficiato l'aggiudicazione a *Data*

Stampa). Con provvedimento del 22 maggio 2020 CDP ha indetto la nuova gara.

3. I predetti provvedimenti sono stati impugnati da *L'Eco della Stampa* con ricorso in ottemperanza, accolto dal T.a.r. per il Lazio con sentenza 5 febbraio 2021, n. 1524, che ha dichiarato la nullità degli atti impugnati per violazione di giudicato.

4. Con successiva determinazione del 2 marzo 2021, CDP ha ritenuto di non aggiudicare la gara a *L'Eco della Stampa*, ai sensi dell'art. 95, comma 12, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), con contestuale riedizione della procedura di affidamento del servizio, in quanto l'offerta de *L'Eco della Stampa* sarebbe inidonea e non conveniente in confronto ai costi del servizio e alle «nuove esigenze di approvvigionamento».

5. Con ulteriore ricorso in ottemperanza la società ha impugnato anche i predetti provvedimenti, chiedendo in via alternativa anche l'annullamento del provvedimento di non aggiudicazione della gara per difetto di motivazione circa i presupposti dell'art. 95, comma 12 *cit.*, nonché per sviamento di potere derivante sia dalla mancanza di una reale motivazione sottesa alla decisione di non aggiudicare l'appalto, sia dai contegni tenuti da CDP.

6. Il giudice territoriale respingeva l'istanza cautelare con ordinanza n. 2270 del 15 aprile 2021. L'appello avverso l'ordinanza veniva accolto con ordinanza del Consiglio di Stato, sezione quinta, 28 maggio 2021, n. 2896, «*in relazione alla dedotta elusione del giudicato resa manifesta dall'indizione di una nuova procedura di gara, il cui previsto svolgimento integra anche, nella comparazione dei contrapposti interessi, il requisito del pregiudizio grave ed irreparabile de L'Eco della Stampa s.p.a.*».

A seguito dell'ordinanza cautelare sono stati sospesi i termini di presentazione delle offerte nella nuova gara.

7. Nel proseguo del giudizio di primo grado, il merito è stato definito con la sentenza in epigrafe con la quale il giudice ha rigettato l'azione per l'ottemperanza, non riscontrando la nullità del provvedimento per violazione o elusione del giudicato, poiché la sentenza di cui si chiede l'esecuzione, pur

riconoscendo il diritto all'aggiudicazione per scorrimento della graduatoria, non ha precluso l'esercizio del potere discrezionale di cui all'art. 95, comma 12, del codice dei contratti pubblici che consente alla stazione appaltante di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea (potere che, ad avviso del primo giudice, si colloca all'esterno del giudicato amministrativo). Inoltre, nella fattispecie, CDP avrebbe motivato adeguatamente in ordine alle ragioni per cui non ha aggiudicato a *L'Eco della Stampa*, per cui il provvedimento si sottrae anche ai vizi di illegittimità dedotti con la contestuale azione di annullamento proposta dalla anzidetta società.

8. La società *L'Eco della Stampa*, rimasta soccombente, ha proposto appello riproponendo i motivi dedotti in primo grado in chiave critica della sentenza di cui chiede la riforma.

9. Resiste in giudizio la Cassa Depositi e Prestiti chiedendo il rigetto dell'appello.

10. Alla camera di consiglio del 7 giugno 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

11. Con il primo motivo (pp. 12-21 dell'appello), la società appellante deduce l'ingiustizia della sentenza nella parte in cui ha respinto la domanda di ottemperanza, ritenendo che Cassa Depositi e Prestiti sarebbe stata libera di non aggiudicare la gara alla ricorrente visto che la legge di gara faceva salvo il potere di non procedere all'aggiudicazione ai sensi dell'art. 95, comma 12, del codice dei contratti pubblici. Ad avviso dell'appellante la sentenza si pone in contrasto con il giudicato formatosi a seguito della sentenza del T.a.r. per il Lazio, n. 7062/2019, che ha stabilito espressamente l'onere dell'amministrazione di aggiudicare l'appalto a *L'Eco della Stampa*. A fronte di tale chiaro *decisum*, CDP si sarebbe limitata a disporre il formale scorrimento della graduatoria, decidendo di non procedere con l'aggiudicazione a *L'Eco della Stampa* e impedendo a questa di conseguire il bene della vita riconosciuto dal giudicato. La formazione del giudicato, inoltre,

avrebbe precluso a CDP anche l'esercizio del potere di non aggiudicare previsto dal citato art. 95, comma 12.

12. Il motivo è fondato e assorbente, non essendosi l'amministrazione conformata alle indicazioni della sentenza passata in giudicato.

12.1. Appare opportuna una preliminare, e sintetica, ricognizione dei principi applicabili nel giudizio di ottemperanza in tema di rilevanza dei provvedimenti sopravvenuti alla formazione del giudicato.

12.2. È stato, al riguardo, chiarito che:

a) il giudizio di ottemperanza ha la precipua funzione di un controllo successivo del rispetto, da parte dell'Amministrazione, degli obblighi derivanti dal giudicato, al fine di attribuire l'utilità spettante alla parte vittoriosa in sede di cognizione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2013, n. 4322);

b) tale verifica sull'esatta attuazione del giudicato implica la precisa individuazione del contenuto degli effetti conformativi derivanti dalla sentenza di cui si chiede l'esecuzione (per tutte Cons. Stato, sez. V, 14 marzo 2016, n. 984);

c) con il rimedio dell'ottemperanza può essere lamentata non solo la totale inerzia dell'Amministrazione nell'esecuzione del giudicato, e, cioè, la mancanza di qualsivoglia attività esecutiva, ma anche la sua attuazione inesatta, incompleta o elusiva; realizzata, cioè, con l'adozione di atti che violano o eludono il comando contenuto nella sentenza di cui si chiede l'esecuzione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6501; sez. V, 4 giugno 2019, n. 3747, nonché, la fondamentale pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 6 del 1984);

d) il provvedimento sopravvenuto al giudicato dev'essere impugnato nell'ordinario termine di decadenza, con una (nuova) azione di cognizione e di annullamento, quando se ne deduca l'illegittimità per la violazione di regole di azione estranee al *decisum* della sentenza da eseguire, mentre l'atto asseritamente emesso in violazione o in esecuzione del giudicato dev'essere impugnato con il ricorso per ottemperanza nel termine di prescrizione

dell'*actio indicati*, in quanto nullo ai sensi dell'art.21-*septies* della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 114, comma 4, lett. *b*), del codice del processo amministrativo (Cons. Stato, sez. III, 29 ottobre 2018, n. 6130; sez. V, 23 maggio 2011, n. 3078), salve le regole sulla conversione del rito, in presenza dei relativi presupposti (su cui Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2).

12.3. Nella fattispecie, come anticipato in fatto, la sentenza del T.a.r. per il Lazio, n. 7062/2019, ha annullato l'aggiudicazione in favore di *Data Stampa S.r.l.*, ordinato lo scorrimento della graduatoria e l'aggiudicazione a *L'Eco della Stampa*, e accertato il diritto al subentro nel contratto.

12.4. Nel caso di specie è dirimente stabilire i limiti del potere di non aggiudicare di cui all'art. 95, comma 12, del codice dei contratti pubblici. In particolare se, come nella vicenda in esame, per giustificare la scelta di non aggiudicare l'amministrazione richiama profili e valutazioni già svolte dalla commissione giudicatrice si verifica una revisione sostanziale di tali giudizi; se, invece, vengono invocate esigenze sopravvenute alla conclusione della procedura di gara si fuoriesce dall'ambito normativo segnato dalla disposizione in esame la quale impone di valutare la convenienza o l'idoneità dell'offerta «*in relazione all'oggetto del contratto*», non con riferimento a eventi non contemplati nel programma contrattuale posto a base di gara (in relazione ai quali, invece, dovrebbero essere esercitati i poteri di revoca del bando e di rinnovo della gara).

12.5. In ogni caso, nella fase di attuazione del giudicato e dei relativi effetti conformativi, l'esercizio del potere di non aggiudicare soffre di ulteriori limiti, dovendosi evitare che, in presenza di un giudicato che riconosce al ricorrente vittorioso il diritto all'aggiudicazione, il bene della vita attribuito dalla sentenza di cognizione sia vanificato dalla decisione discrezionale dell'amministrazione di non aggiudicare. Il potere di non aggiudicare, secondo logica, va esercitato prima di adottare il provvedimento di aggiudicazione definitiva (il che spiega anche perché si tratti di un potere riservato alla stazione appaltante e non alla commissione giudicatrice: in termini anche Cons. Stato, V, 27 novembre 2018,

n. 6725); una volta disposta l'aggiudicazione residuano eventualmente i soli poteri di autotutela (art. 32, comma 8, del codice dei contratti pubblici).

12.6. Pertanto, quando, come nel caso di specie, il giudicato ha espressamente accertato il diritto all'aggiudicazione e il diritto al subentro nel contratto, si giustifica sul piano sistematico anche la preclusione (quale effetto del giudicato) all'esercizio del potere di non procedere all'aggiudicazione previsto dall'art. 95, comma 12, del codice dei contratti pubblici (in tal senso si veda di recente anche Cons. Stato, V, 28 giugno 2021, n. 4904, che ha dichiarato la nullità del provvedimento di non aggiudicazione adottato ai sensi dell'art. 95, comma 12 cit., sull'assunto che una valutazione di convenienza successiva al giudicato è certamente sintomatica dell'elusione del medesimo).

13. Da quanto osservato discende che la decisione di non aggiudicare (e conseguentemente di non disporre il subentro de *L'Eco della Stampa* nel contratto) si pone in netta contrapposizione con i vincoli puntuali che scaturiscono dal giudicato. Né essa può trovare una idonea base normativa nell'art. 95, comma 12 *cit.*, messo fuorigioco proprio dall'esistenza del giudicato e dei vincoli conformativi che gravano sull'amministrazione.

I nuovi provvedimenti adottati da CDP si pongono, quindi, in diretto contrasto con gli obblighi conformativi derivanti dal giudicato. Di conseguenza, alla luce delle considerazioni sopra svolte deve ritenersi che i provvedimenti di non aggiudicazione e di riedizione della procedura di gara sono nulli ai sensi dell'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 114, comma 4, lett. *b*), del codice del processo amministrativo.

14. In conclusione, dichiarate improcedibili le ulteriori domande riproposte dall'appellante, l'appello va accolto quanto alla domanda principale di esecuzione della sentenza del T.a.r. per il Lazio, sez. II, 3 giugno 2019, n. 7062. Va ordinato alla Cassa Depositi e Prestiti di dare integrale esecuzione alla sentenza, provvedendo – entro 30 (trenta) giorni dalla comunicazione o notificazione della presente decisione - all'approvazione dei relativi provvedimenti amministrativi.

15. In accoglimento della relativa istanza di parte appellante, l'amministrazione deve essere condannata al pagamento, a favore dell'appellante, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e), del c.p.a., della penalità di euro 100,00 (cento/00) per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza, con decorrenza dal giorno dalla comunicazione o notificazione della presente decisione e fino all'effettiva esecuzione.

16. Stante la condanna al pagamento della penalità per il ritardo, la richiesta di nomina del commissario *ad acta* non può essere accolta e va riservata al caso di inadempimento da parte dell'amministrazione che si protragga oltre il termine fissato.

17. La disciplina delle spese giudiziali segue la regola della soccombenza, per il doppio grado di giudizio, nei termini di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, 8 novembre 2021, Sezione Seconda, n. 11447, accoglie il ricorso in ottemperanza e così dispone:

- dichiara la nullità della determina prot. n. 2025160/21 adottata da Cassa Depositi e Prestiti in data 2 marzo 2021, della determina adottata da Cassa Depositi e Prestiti in data 11 marzo 2021 e del bando di gara pubblicato sulla GURI n. 32 del 19 marzo 2021;
- ordina alla Cassa Depositi e Prestiti di provvedere all'esecuzione della sentenza del T.a.r. per il Lazio, sez. II, 3 giugno 2019, n. 7062, nei modi e nei termini indicati in motivazione.

Condanna la Cassa Depositi e Prestiti al pagamento, in favore di parte appellante, della penalità di euro 100,00 (cento/00) per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della predetta sentenza, con decorrenza dal giorno dalla comunicazione o notificazione della presente decisione e fino all'effettiva esecuzione.

Condanna la Cassa Depositi e Prestiti al pagamento delle spese processuali per il doppio grado di giudizio, in favore di parte appellante, liquidate in complessivi euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO