



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 5038 del 2020, proposto da
Impresa Pizzarotti & C. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Corinna Fedeli, Sonia Macchia e Stefano
Vinti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Provveditorato Interregionale
Opere Pubbliche Veneto Trentino A.A. Friuli V.G., in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale
dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Kostruttiva s.c.p.a. (già Coveco Coop s.p.a.) in proprio e quale mandataria di
costituendo Rti, Riccesi s.p.a., non costituite in giudizio;

per l'ottemperanza

della sentenza del Consiglio di Stato - Sezione V n. 05753/2018, resa tra le
parti.

Visti il ricorso in ottemperanza e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Veneto Trentino A.A. Friuli V.G.;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2021 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti, con modalità da remoto, gli avvocati Fedeli, Macchia e, dello Stato, Di Giorgio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con sentenza n. 5753 del 6 ottobre 2018 questa Sezione, accogliendo l'appello proposto dalla Impresa Pizzarotti & C. s.p.a. avverso la sentenza n. 87 del 2016 del Tribunale amministrativo per il Friuli Venezia Giulia, annullava l'ammissione del raggruppamento capeggiato dalla Kostruttiva s.c.p.a. (già Coveco Coop s.p.a) alla gara bandita dal Commissario straordinario del Governo per le infrastrutture carcerarie (cui è poi subentrata l'amministrazione odierna resistente) per l'affidamento dell'appalto integrato per la progettazione e realizzazione di un istituto penitenziario in San Vito al Tagliamento (PN), gara di cui lo stesso raggruppamento Kostruttiva era risultato aggiudicatario.

La sentenza dichiarava inoltre inefficace il contratto d'appalto frattanto stipulato e disponeva il subentro della Impresa Pizzarotti nell'affidamento.

2. A seguito di alcune altre vicende processuali, attinenti alla richiesta di revocazione della sentenza (dichiarata inammissibile giusta sentenza n. 3380 del 2019 di questa Sezione), al ricorso per cassazione dichiarato anch'esso inammissibile con sentenza n. 414 del 2020 delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, nonché ad altra domanda d'ottemperanza proposta dalla Kostruttiva, pure dichiarata inammissibile con sentenza n. 818 del 2020 di questa Sezione, l'amministrazione il 12 marzo 2020 sottoponeva alla Impresa

Pizzarotti - ai fini del subentro nell'affidamento - il contratto già sottoscritto con l'Ati Kostruttiva, epurato della parte relativa alla progettazione definitiva ed esecutiva in quanto già realizzata.

3. Alla luce di ciò, ritenendo che i termini del subentro così imposti dall'amministrazione non siano legittimi, né attuino correttamente il *decisum* della sentenza n. 5753 del 2018, la Impresa Pizzarotti ha proposto ricorso in ottemperanza, deducendo con unico motivo la violazione e falsa applicazione dell'art. 122 Cod. proc. amm.; violazione del principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale; violazione dell'art. 1 Cod. proc. amm.; violazione dei principi di trasparenza e *par condicio*; violazione del principio del giusto procedimento; nullità per violazione e/o elusione del giudicato; violazione e falsa applicazione del principio di buona fede; eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa.

In via di subordine, la ricorrente ha proposto domanda di risarcimento del danno.

4. Resiste al ricorso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Veneto Trentino A.A. Friuli V.G., mentre, nonostante regolare intimazione, non s'è costituita in giudizio la Kostruttiva.

5. Sulla discussione delle parti alla camera di consiglio del 21 gennaio 2021, tenuta con modalità da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La domanda d'ottemperanza ha ad oggetto le condizioni di subentro nell'affidamento dell'appalto integrato per la progettazione e realizzazione di un istituto penitenziario in San Vito al Tagliamento all'esito della sentenza n. 5753 del 2018 di questa Sezione che, nel disporre l'annullamento dell'ammissione e aggiudicazione in favore del raggruppamento capeggiato dalla Kostruttiva alla gara suindicata, ha “*dichiara[to] l'inefficacia del contratto e dispo[sto] il subentro in favore dell'appellante*” Impresa Pizzarotti.

Come esposto dalla ricorrente, l'amministrazione con nota del 12 marzo 2020 ha previsto a tal fine il subentro dell'Impresa Pizzarotti alle medesime condizioni di cui al contratto già stipulato con la Kostruttiva (*i.e.*, contratto n. 1234 del 12 settembre 2016), da intendersi depurate da ogni riferimento alla progettazione definitiva ed esecutiva in quanto già predisposta dall'Ati capeggiata dalla detta Kostruttiva.

Di qui le doglianze dell'Impresa Pizzarotti, che deduce - ai fini della corretta ottemperanza della sentenza - la necessaria applicazione delle condizioni tecniche ed economiche risultanti dalla propria offerta, quale impresa subentrante, con conseguente nullità del provvedimento amministrativo impugnato; al riguardo, richiede anche al Collegio d'impartire gli ordini e prescrivere le modalità per la corretta attuazione del giudicato, ivi inclusa la nomina di un commissario *ad acta* in caso di persistente inottemperanza dell'amministrazione.

In subordine, per l'ipotesi di ritenuta impossibilità dell'esecuzione del giudicato nei termini suindicati, la ricorrente domanda la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 112, comma 3, Cod. proc. amm.

2. Vanno anzitutto esaminate le eccezioni preliminari sollevate dall'amministrazione.

2.1. Sotto un primo profilo, questa deduce la carenza della giurisdizione amministrativa sulla controversia, spettando al giudice ordinario conoscere delle vicende contrattuali inerenti al subentro.

2.1.1. L'eccezione non è condivisibile.

Ai sensi degli artt. 5 e 386 Cod. proc. civ. la giurisdizione si radica sulla base della domanda proposta.

Nella specie la domanda, variamente articolata, coincide con la richiesta di corretta attuazione della sentenza n. 5753 del 2018, profilo su cui sussiste senz'altro la giurisdizione del giudice amministrativo *ex* artt. 112 e 134, lett. a), Cod. proc. amm.

In particolare, la richiesta avanzata dall'Impresa Pizzarotti attiene effettivamente all'esecuzione del giudicato, e cioè alla modalità attraverso cui debba trovare attuazione il *subentro* nell'affidamento disposto dalla sentenza: su ciò senz'altro si radica la giurisdizione amministrativa, senza che ne risultino perciò coinvolti profili esecutivi *stricto sensu* del rapporto contrattuale.

2.2. Del pari infondata è l'eccezione con cui l'amministrazione deduce che l'atto gravato (*i.e.*, la suddetta nota del 12 marzo 2020) avrebbe natura meramente interlocutoria, risultando come tale non impugnabile.

In senso inverso, è sufficiente rilevare come la stessa nota dia conto che *“la presente è da considerarsi a tutti gli effetti notificata ai fini del subentro di codesta impresa nello ‘stato di fatto e di diritto’ dell'intervento [...]”*, e ricordi altresì, all'uopo, che *“l'ottemperanza al giudicato delle citate sentenze si applica anche alla parte vittoriosa”*.

È chiaro, dunque, come la nota del 12 marzo 2020 rappresenti proprio l'atto attraverso cui l'amministrazione ha ritenuto di dare ottemperanza alla sentenza n. 5753 del 2018, e presenta perciò i profili di lesività che - in termini d'inottemperanza - la ricorrente intende far valere nella presente sede.

2.3. Infondata è anche l'eccezione d'inammissibilità del ricorso per omessa notifica al “controinteressato” terzo classificato nella graduatoria di gara.

È sufficiente rilevare, ai fini del rigetto, che la presente consiste in un'azione d'ottemperanza, rispetto alla quale il terzo classificato risulta di suo estraneo, non essendo parte del *«giudizio definito dalla sentenza»*, ai sensi dell'art. 114, comma 1, Cod. proc. amm.

Al contrario, la Kostruttiva risulta legittimata passiva nel presente giudizio, quale parte (soccumbente) del giudizio di merito, come peraltro già riconosciuto da questa Sezione con sentenza n. 818 del 2020.

3. Nel merito, la ricorrente censura la nota del 12 marzo 2020 nella parte in cui dispone il subentro nell'affidamento alle condizioni (tecniche ed economiche) già definite nel contratto stipulato con l'originaria aggiudicataria. In tale prospettiva, sarebbe da ritenere illegittimo e contrario al giudicato un subentro avente a oggetto la realizzazione - nell'ambito di un appalto c.d.

“integrato” per la progettazione ed esecuzione dell’opera - di un progetto diverso da quello offerto dall’impresa subentrante, nonché con trattamento economico anch’esso difforme dalla propria offerta, e in specie coincidente con quello già contrattualizzato con l’originaria aggiudicataria.

3.1. La doglianza è condivisibile nei limiti e termini che seguono, potendo condurre all’accoglimento della sola domanda subordinata di risarcimento del danno come di seguito posto in risalto.

3.1.1. Occorre premettere che la fattispecie soggiace *ratione temporis* all’applicazione del decreto legislativo n. 163 del 2006.

Sono controversi fra le parti il portato e le modalità applicative del *subentro* a seguito di dichiarazione giudiziale d’inefficacia *ex art.* 122 Cod. proc. amm del contratto di appalto integrato di progettazione e realizzazione di un’opera pubblica.

La sentenza ottemperanda non s’è soffermata sulla modalità e i termini del subentro, limitandosi ad apprezzare (e affermare) la sussistenza delle condizioni affinché potesse, al contempo, dichiararsi inefficace il contratto e disporsi l’affidamento per la prosecuzione dell’esecuzione dell’appalto alla Impresa Pizzarotti; per questo, i profili di concreta attuazione del disposto subentro rientrano nel perimetro del presente giudizio d’ottemperanza.

3.1.2. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito in termini generali come la nozione di “subentro” vada intesa in senso atecnico e non strettamente lessicale, valendo a designare un nuovo contratto per la prosecuzione e l’esaurimento delle lavorazioni, non già una vicenda *stricto sensu* modificativa sul piano soggettivo del rapporto contrattuale (già) in essere (cfr. Cons. Stato, V, 30 novembre 2015, n. 5404; III, 12 settembre 2012, n. 4831); per questo, ha ritenuto che i termini del subentro non possano che essere quelli espressi dall’offerta dell’impresa subentrante, sicché detto subentro deve avvenire “*secondo le condizioni della gara originaria e l’offerta fatta dal subentrante in quella gara originaria*” (Cons. Stato, n. 5404 del 2015, cit.); ciò che incide sia

sui profili economici dell'affidamento, sia sul progetto da realizzare (cfr. anche Cons. Stato, V, 18 luglio 2017, n. 3539).

3.1.3. Non vale richiamare, in senso inverso, l'art. 140, comma 1 e 2, d.lgs. n. 163 del 2006, a tenore del quale *«Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento dell'appaltatore o di liquidazione coatta e concordato preventivo dello stesso o di risoluzione del contratto ai sensi degli articoli 135 e 136 o di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 11, comma 3 del decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252, potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori [...]»*, con la precisazione che (comma 2) *«L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta»* (cfr., adesso, l'art. 110, comma 1 e 2, d.lgs. n. 50 del 2016).

La disposizione ha infatti tutt'altro ambito applicativo, riguardando le *«Procedure di affidamento»* in caso di *«fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto»* (cfr., al riguardo, anche l'art. 10.5 del disciplinare di gara).

Come chiarito dalla giurisprudenza, si tratta di una norma di carattere eccezionale soggetta a regole di stretta interpretazione (Cons. Stato, n. 5404 del 2015, cit.; VI, 12 aprile 2011, n. 2260), che ha ad oggetto il diverso caso in cui vi sia non già un vero e proprio *subentro* giudizialmente disposto (in esito alla dichiarazione d'inefficacia del contratto), bensì un nuovo affidamento a seguito del fallimento del precedente appaltatore, ovvero della risoluzione o recesso del contratto con questi stipulato.

Occorre rammentare, infatti, che la previsione del comma 2, in base alla quale *«L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta»*, è stata introdotta dall'art. 1, comma 1, lett. dd), n. 1), d.lgs. n. 152 del 2008 (*Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*) per superare la procedura d'infrazione n. 2307/2007 avviata dalla Commissione europea in relazione all'originaria formulazione della disposizione, a tenore della quale

l'affidamento doveva avvenire «*alle medesime condizioni economiche già proposte in sede di offerta dal soggetto progressivamente interpellato, sino al quinto migliore offerente in sede di gara*».

Il problema che si poneva era quello delle potenziali forme di affidamento diretto, in violazione dei principi concorrenziali, che potessero aver luogo in applicazione di tale originaria formulazione in ipotesi di fallimento dell'affidatario o di risoluzione contrattuale, in specie a fronte dell'eventualità di una «*rinegoziazione dell'offerta*» in fase di riassegnazione dell'appalto (cfr. la nota C(2008)0108 del 30 gennaio 2008 della Commissione).

Nessuna pertinenza rispetto a ciò presenta - né a mente del testo dell'art. 140, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, che si riferisce ai soli casi di fallimento o altre procedure concorsuali a carico dell'esecutore, ovvero di risoluzione o recesso del contratto, né a fronte della *ratio* della novella normativa, collegata alla problematica suindicata - la ben diversa ipotesi di vero e proprio *subentro* disposto giudizialmente in esito alla dichiarazione d'inefficacia del contratto, a sua volta prevista dallo stesso diritto europeo quale apposito rimedio giudiziale nel sistema del diritto degli appalti pubblici (cfr., in particolare, l'art. 2-*quiquies* direttiva 2007/66/CE).

La fonte di un siffatto subentro è costituita infatti non già dall'art. 140 d.lgs. n. 163 del 2006, bensì dall'art. 124 Cod. proc. amm., che riguarda proprio la «*domanda di conseguire l'aggiudicazione*», condizionatamente alla «*dichiarazione di inefficacia del contratto*».

In tale prospettiva, il subentro configura non già una (distinta) «*Procedur[a] di affidamento*» (cfr., in tal senso, la rubrica dell'art. 140 d.lgs. n. 163 del 2006), bensì uno strumento di «*Tutela in forma specifica*» (art. 124 Cod. proc. amm.) volto ad assicurare il medesimo bene che sarebbe originariamente spettato al ricorrente in assenza dell'errore commesso dall'amministrazione: per questo «*l'aggiudicazione*» domandata dal ricorrente e accordata dal giudice (*i.e.*, il c.d. «subentro») non può che avvenire alle condizioni d'offerta dello stesso

ricorrente, ripristinando così *in natura* la situazione del corretto affidamento, con *emendatio* dell'errore verificatosi nell'esercizio dell'azione amministrativa.

3.2. Tanto chiarito, occorre considerare gli aspetti concreti, affatto peculiari, della fattispecie qui all'esame, che richiede - proprio per la sua particolarità - alcune osservazioni e valutazioni ulteriori ai fini della soluzione del caso.

3.2.1. Oggetto dell'affidamento, sulla base del disciplinare di gara, è costituito in specie dalla “*progettazione definitiva ed esecutiva e l'esecuzione dei Lavori di realizzazione di un nuovo Istituto penitenziario nel Comune di San Vito al Tagliamento (PN) da 300 posti*”.

La Sezione n. 7 del disciplinare prevedeva al riguardo che l'offerta tecnica fosse costituita dal “*progetto definitivo*”; la successiva predisposizione del progetto esecutivo rientrava dunque essa stessa nella fase di attuazione del rapporto, e cioè nella dimensione dell'esecuzione del contratto.

Risulta dalla documentazione in atti come il contratto, stipulato il 12 settembre 2016 e integrato con atto aggiuntivo del 15 maggio 2018, sia già pervenuto alla compiuta predisposizione e approvazione del progetto esecutivo; da ultimo, giusta D.P. n. 472 del 15 giugno 2018, registrato alla Corte dei conti il 22 giugno 2018, è stata decretata l'approvazione “*in linea tecnica [del] progetto presentato dall'appaltatore in data 16 agosto 2017 come Progetto Generale ed in linea tecnica ed economica lo stralcio funzionale di data 27 febbraio 2018 [...]*”.

Per converso, si desume dall'Ordine di servizio n. 2 e dalle stesse deduzioni dell'amministrazione come le lavorazioni vere e proprie fossero al tempo del deposito della sentenza ottemperanda e siano tuttora - in base a quanto riferito dall'amministrazione, che dà conto di come la situazione sia rimasta immutata - a uno stadio esecutivo ancora preliminare, e dunque l'attività di vera e propria realizzazione dell'opera dovesse (pur a progettazione ultimata) ancora cominciare, o comunque fosse in una fase pressoché embrionale, tuttora restata invariata.

Tale condizione materiale sullo stato di avanzamento dell'esecuzione del contratto implica alcune precise conseguenze in ordine alle modalità di subentro della Impresa Pizzarotti nell'affidamento.

3.2.2. Come chiarito, la parte dell'affidamento relativa alla predisposizione del progetto è ormai eseguita, risultando esaurita; il che rende non più possibile il subentro della Impresa Pizzarotti alle condizioni - che pure dovrebbero trovare applicazione - di cui alla propria offerta.

Va senz'altro escluso, al riguardo, che possa darsi luogo a una replicazione delle attività di progettazione già eseguite, tanto più in assenza d'una statuizione di retroattività della dichiarazione d'inefficacia del contratto contenuta nella sentenza: il corrispondente interesse dell'amministrazione all'attività di progettazione, anche quale *creditrice* della relativa prestazione contrattuale, deve ritenersi infatti ormai pienamente soddisfatto, né la sentenza ha previsto un subentro anche rispetto alle attività già ultimate.

Del resto, il principio per cui il subentro debba avvenire alle *proprie* condizioni d'offerta non può spingersi sino a vanificare le attività esecutive già compiute e a obliterare il corrispondente interesse (soddisfatto) dell'amministrazione: per quanto ispirate ai principi della concorrenza e governate da norme volte ad assicurare la regolare e trasparente competizione fra gli operatori economici, le procedure per l'affidamento delle commesse pubbliche sono pur sempre rivolte alla soddisfazione d'un interesse pubblico alla realizzazione di un'opera o alla prestazione d'un servizio o d'una fornitura.

A voler diversamente ragionare, ammettendo che il subentro in natura debba avvenire anche al costo della replicazione di prestazioni già eseguite, si finirebbe evidentemente per capovolgere lo stesso significato delle procedure a evidenza pubblica e del c.d. "ricorso al mercato" per la prestazione di lavori e servizi pubblici: invero, si bandiscono procedure di gara al fine di assegnare in modo trasparente e concorrenziale le prestazioni di cui l'amministrazione abbisogna, non già per consentire alle imprese di eseguire prestazioni nei confronti dell'amministrazione a prescindere dall'interesse di quest'ultima.

In conclusione, non è senz'altro ipotizzabile che l'Impresa Pizzarotti esegua, in ragione del subentro accordatole, prestazioni già completate e in relazione alle quali non residua alcun interesse in capo all'amministrazione; per questo il subentro dovrà avere ad oggetto - anche alla luce di quanto statuito dalla sentenza, che non ha previsto alcuna retroattività nella dichiarazione d'inefficacia del contratto e negli effetti del subentro stesso - le sole prestazioni non ancora eseguite in favore dell'amministrazione.

3.2.3. In tale contesto, l'aver escluso che possa ripetersi l'attività di progettazione determina alcune precise conseguenze anche sulla fase esecutiva - effettivamente interessata dal subentro - di realizzazione dell'opera: se il progetto, ormai predisposto e approvato, risulta in sé intangibile, anche i lavori di sua realizzazione non potranno evidentemente che seguirlo ed attenersi allo stesso.

Può affermarsi allora che, alla luce dell'oggetto e della concreta e attuale condizione dell'affidamento, ricorra nella specie un'ipotesi d'impossibilità di subentro secondo le modalità astrattamente applicabili, e cioè alle condizioni d'offerta formulate dalla Impresa Pizzarotti.

Più precisamente, ai fini dell'ottemperanza della sentenza - che, lo si ripete, si è limitata a dar conto, in proposito, della possibilità in termini generali del subentro nell'affidamento, senza soffermarsi né esaminare il tema delle sue specifiche modalità, rimesse perciò al giudice dell'ottemperanza - la ricorrente, nell'eseguire le (sole) prestazioni non ancora realizzate dall'originaria aggiudicataria, risulterà vincolata alle attività da quest'ultima compiute aventi un effetto materialmente o funzionalmente irreversibile: per questo, non solo non potrà curare la (già eseguita) attività di progettazione, ma risulterà altresì astretta, ai fini della realizzazione dell'opera, al progetto già predisposto e approvato; ciò a cui la stessa Impresa Pizzarotti s'è peraltro dichiarata disponibile, seppure a condizioni economiche diverse (cfr., per una fattispecie su ciò simile, Cons. Stato, V, 19 novembre 2018, n. 6529).

3.2.4. Per essere tenuta al rispetto delle condizioni tecniche del progetto approvato, la ricorrente sarà anche soggetta all'applicazione delle corrispondenti condizioni economiche dell'affidamento.

Al riguardo, non può condividersi l'assunto fatto proprio dalla stessa Impresa Pizzarotti, in base al quale essa potrebbe realizzare il progetto già predisposto dall'Ati Kostruttiva, ma alle *proprie* condizioni economiche: una tale conclusione avrebbe un inammissibile effetto *manipolativo* del contenuto delle offerte, finendo per l'applicare le condizioni economiche dell'una ai (ben diversi) contenuti tecnici dell'altra.

In definitiva, chiarito che il subentro non può che avere ad oggetto - per impossibilità d'una diversa soluzione, nei termini suindicati - le attività di realizzazione dell'opera sulla base del progetto già predisposto e approvato, anche le altre corrispondenti condizioni contrattuali, in specie *economiche*, troveranno applicazione nei confronti dell'operatore subentrante.

3.2.5. Per le suesposte ragioni, va dunque respinta la domanda di nullità del provvedimento del 12 marzo 2020 col quale l'amministrazione ha disposto il subentro della Impresa Pizzarotti ai medesimi termini contrattuali già in essere con la Kostruttiva: l'oggetto dell'affidamento e le attuali condizioni materiali dello stesso rendono infatti siffatta statuizione amministrativa corretta ed esente dalle censure di nullità per violazione od elusione del giudicato prospettate dalla ricorrente.

Per le medesime ragioni, vanno respinte anche le domande volte all'attuazione del subentro secondo i contenuti dell'offerta della ricorrente, nonché le altre richieste d'impartire ordini all'amministrazione, prescrivere modalità esecutive del giudicato e nominare un commissario *ad acta*, risultando all'uopo confermate le modalità del subentro indicate dall'amministrazione.

3.3. Escluso che il subentro nell'affidamento in favore della Impresa Pizzarotti possa avvenire alle (dovute) condizioni d'offerta da questa formulate, occorre esaminare la domanda risarcitoria avanzata dalla ricorrente in via subordinata.

3.4. La domanda è parzialmente fondata e va accolta - nei termini e limiti di seguito indicati - proprio alla luce di quanto sin qui esposto.

3.4.1. Il fatto che l'ultimazione e approvazione del progetto renda non più possibile il subentro dell'Impresa Pizzarotti alle proprie condizioni d'offerta determina un'ipotesi di parziale impossibilità di esecuzione in forma specifica del giudicato rilevante ai sensi dell'art. 112, comma 3, Cod. proc. amm.: il subentro, disposto in termini generali dalla sentenza ottemperanda, è risultato in concreto impossibile, in natura, alle condizioni tecniche ed economiche necessarie ad una sua *effettiva e pienamente soddisfattiva* realizzazione.

Per tale ragione, il pregiudizio subito dall'Impresa Pizzarotti per non essere potuta subentrare nell'affidamento alle condizioni che le sarebbero spettate *secundum legem* determina un danno risarcibile ai sensi dell'art. 112, comma 3, Cod. proc. amm., secondo i principi e criteri stabiliti al riguardo dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, e prescindendo in specie da una valutazione soggettiva di colpevolezza dell'amministrazione, giacché l'impossibilità di esecuzione in forma specifica della sentenza determina di per sé la conversione *ex lege* dell'obbligazione nascente dal giudicato in una diversa obbligazione avente a oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato (Cons. Stato, Ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2).

Nel caso di specie, il danno nei detti termini sofferto dall'Impresa Pizzarotti va apprezzato e riconosciuto come segue.

3.4.2. Va anzitutto escluso un qualsivoglia danno risarcibile in relazione all'attività di progettazione, in quanto non rientrante nell'oggetto del subentro, essendo stata già completata al tempo del deposito della sentenza e non essendo ricompresa fra le attività alle quali s'estende la dichiarazione d'inefficacia del contratto e la statuizione di subentro di cui alla sentenza ottemperanda.

3.4.3. Va riconosciuto invece un danno da lucro cessante in termini di mancato utile per l'attività di vera e propria esecuzione dell'opera, da parte

della Impresa Pizzarotti, alle condizioni alle quali essa sarebbe dovuta avvenire.

Laddove fosse stata in grado di subentrare nell'affidamento alle proprie condizioni tecniche ed economiche, la ricorrente avrebbe infatti potuto conseguire un utile - che le risulta invece precluso - misurato sui termini e i contenuti della propria offerta.

Il subentro alle diverse condizioni (tecniche ed economiche) di cui al contratto già stipulato con la Kostruttiva determina perciò un pregiudizio apprezzabile in termini di differenza di utile: in specie, fra l'utile che l'Impresa Pizzarotti avrebbe conseguito in caso di subentro alle proprie condizioni d'offerta e l'utile atteso sulla base delle (diverse) condizioni contrattuali ormai applicabili.

Il minuendo di tale operazione di sottrazione (*i.e.*, l'utile atteso in funzione dell'offerta dell'Impresa Pizzarotti) è determinabile sulla base degli elementi forniti dalla stessa ricorrente.

In particolare, emerge dal quadro economico di progetto e dalla corrispondente offerta economica della Impresa Pizzarotti, presenti in atti, che l'importo previsto per i lavori ammontava a € 24.134.319,00.

Ritiene il Collegio che l'utile ascrivibile a tale posta possa essere determinato equitativamente, avuto riguardo a valori medi di mercato, nonché considerate le dimensioni e l'elevato valore dei lavori, nella misura pari al 4% del relativo importo, non rilevando di per sé in senso difforme il richiamo all'art. 32 d.P.R. n. 207 del 2010, che attiene a un (diverso) calcolo astratto e preventivo finalizzato alla formazione del computo metrico estimativo.

Occorre ora determinare il sottraendo dell'operazione, vale a dire l'utile atteso per la realizzazione dei lavori secondo le condizioni effettivamente applicate, derivanti dal precedente contratto stipulato con la Kostruttiva; la sua quantificazione va rimessa all'amministrazione - nell'ambito di proposta da formulare *ex art.* 34, comma 4, Cod. proc. amm. - che si atterrà al riguardo ai seguenti criteri: (i) l'utile sarà calcolato in termini percentuali sull'importo dei

lavori al netto del ribasso come da progetto definitivo della Kostruttiva, quale indicato nel D.P. n. 472 del 2018 nella misura di € 17.488.826,17; (ii) ai fini della determinazione dell'utile l'amministrazione terrà conto anche dei giustificativi prodotti dalla Kostruttiva in sede di valutazione di anomalia, apprezzando gli eventuali dati all'uopo rilevanti emersi nell'ambito di tale sub-procedimento; (iii) l'amministrazione apporterà inoltre gli eventuali opportuni adattamenti, tenendo conto delle specificità emergenti dall'offerta della Impresa Pizzarotti, e dunque delle possibili differenze (correlate, ad esempio, all'organizzazione aziendale, ai vari elementi di costo, *etc.*) rispetto all'offerta della Kostruttiva.

All'importo così determinato all'esito della suddetta operazione di sottrazione non va applicata alcuna decurtazione in termini di *aliunde perceptum vel percipiendum*, atteso che il nocumento subito dalla ricorrente deriva non già dalla mancata realizzazione dell'opera - che, anzi, ben compete all'Impresa Pizzarotti - bensì dalle diverse condizioni contrattuali applicate alla stessa, assunto comunque l'impegno delle maestranze dell'Impresa Pizzarotti nelle attività esecutive assegnatele.

È invece dovuta la rivalutazione monetaria sul *quantum* complessivamente determinato, con effetto a far data dal deposito della sentenza n. 5753 del 2018, con maggiorazione d'interessi legali calcolati sulla somma rivalutata anno per anno, sino al deposito della presente sentenza.

Vanno escluse infine le ulteriori voci di danno domandate dalla ricorrente: quanto al danno curriculare, giacché alcuna puntuale (e necessaria) dimostrazione di siffatto pregiudizio l'Impresa Pizzarotti fornisce (cfr. al riguardo, su tutte, Cons. Stato, V, 20 gennaio 2021, n. 632; 12 novembre 2020, n. 6970; III, 5 marzo 2020, n. 1607), considerato peraltro che ha comunque ricevuto in affidamento l'appalto, che potrà perciò eseguire e spendere fra le proprie esperienze curriculari; quanto al danno da ritardo, atteso che non è allegato né tanto meno dimostrato alcuno specifico e ulteriore elemento di pregiudizio riferibile al dedotto ritardo nell'attuazione della sentenza.

Alla luce di quanto suesposto, l'amministrazione procederà dunque a formulare una proposta finale ai fini del risarcimento del danno, *ex art.* 34, comma 4, Cod. proc. amm., entro novanta giorni dalla comunicazione o notificazione, se anteriore, della presente sentenza, facendo applicazione delle statuizioni e dei criteri sopra indicati.

4. In conclusione, il ricorso va parzialmente accolto nei termini suesposti, con condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno nei confronti della Impresa Pizzarotti nella misura che la stessa amministrazione proporrà ai sensi dell'art. 34, comma 4, Cod. proc. amm. seguendo le suindicate statuizioni e criteri entro il termine di novanta giorni dalla comunicazione, o notificazione se anteriore, della presente sentenza.

4.1. Le spese di lite seguono la soccombenza, venendo poste a carico dell'amministrazione, e determinate nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso in ottemperanza di cui in epigrafe, lo accoglie parzialmente nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, condanna l'amministrazione resistente al risarcimento del danno in favore della ricorrente, nella misura che la stessa amministrazione proporrà attenendosi alle statuizioni e criteri di cui in motivazione, nel termine di novanta giorni dalla comunicazione, o notificazione se anteriore, della presente sentenza; condanna l'amministrazione al pagamento delle spese di lite, che liquida nella misura di € 10.000,00, oltre accessori di legge, in favore della ricorrente.

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

Così deciso nelle camere di consiglio dei giorni 21 e 22 gennaio 2021, tenute da remoto ai sensi dell'art. 25 d.l. n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO