

APPALTI - REQUISITI DI ESECUZIONE - ONERE DI DIMOSTRARE LA DISPONIBILITA' IN SEDE DI PARTECIPAZIONE - DICHIARAZIONE DI IMPEGNO DEL CONCORRENTE - NON SUFFICIENTE

Quand'anche si giunga a qualificare un dato elemento dell'offerta come "requisito di esecuzione", è indispensabile che il concorrente, che ne sia sprovvisto, dia comunque prova di poterne acquisire la disponibilità in fase di esecuzione del contratto (o, meglio, della sua stipulazione). Solo a questa condizione, d'altronde, l'offerta può stimarsi realmente seria ed attendibile; potendo, altrimenti, ciascun operatore dichiarare al rialzo sugli altri la disponibilità di mezzi e strumenti (sia pur, per così dire, esecutivi), accaparrandosi in questo modo un più alto punteggio, salvo poi non esserne realmente in grado di impiegarli, con grave pregiudizio all'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, ove la stazione appaltante si vedesse costretta alla revoca dell'aggiudicazione.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 8159/2020

Publicato il 18/12/2020

N. 08159/2020REG.PROV.COLL.

N. 04065/2020 REG.RIC.

N. 04145/2020 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 iscritto al numero di registro generale 4065 del 2020,
proposto da
Provincia di Pescara, in persona del Presidente della Provincia in carica,
rappresentata e difesa dagli avvocati Loretta Geslao e Stefania Ardizzi, con
domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Sicurezza e Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Napolitano, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

C.I.S.A. - Consorzio Italiano Strade & Ambiente, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Turco, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4145 del 2020, proposto da C.I.S.A. - Consorzio Italiano Strade & Ambiente, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Turco, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Sicurezza e Ambiente s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Napolitano, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia; Provincia di Pescara, non costituita in giudizio

per la riforma

per entrambi i ricorsi della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo - Sezione staccata di Pescara (sezione Prima) n. 00124/2020, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sicurezza e Ambiente s.p.a. e di C.I.S.A. - Consorzio Italiano Strade & Ambiente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2020 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Loretta Geslao, Stefania Ardizzi, Daniele Turco ed Erra su delega di Napolitano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione dirigenziale 9 ottobre 2018, n. 1233 la Provincia di Pescara approvava il capitolato per la concessione del servizio di ripristino post sinistri (delle condizioni di sicurezza stradale e di reintegra delle matrici ambientali attraverso la pulitura e bonifica della piattaforma stradale) del valore complessivo di € 32.500,00, per il periodo di due anni con opzione di proroga di sei mesi, da aggiudicarsi mediante procedura di gara ristretta.

1.1. Alla pubblicazione dell'avviso finalizzato alla raccolta delle manifestazioni di interesse, seguivano le lettere di invito del 1 febbraio 2019 spedite agli operatori interessati.

Ai fini che interessano al presente giudizio, al punto 16.1. erano indicati i “*Criteri di valutazione dell’offerta tecnica*”, specificando che: “*Il punteggio dell’offerta tecnica è attribuito sulla base dei criteri di valutazione elencati nella sottostante tabella con la relativa ripartizione dei punteggi*”; in particolare, il criterio A “*Organizzazione della struttura messa a disposizione e modalità di gestione operativa del servizio*” era articolato in quattro sub – criteri, dei quali il criterio A3 (per complessivi 10 punti) era così indicato: “*Presenza di ulteriori unità operanti nel territorio provinciale e già attive – minimo n. 3 – 2 punti (numero previsto per l’attribuzione del punteggio); - da 3 a 5 max punti; - da 6 in poi max 10 punti*”.

1.2. Presentava offerta CISA - Consorzio italiano strade e ambiente che, alla pag. 3, in relazione al criterio A3 – Strutture logistiche dichiarava: *“Il Consorzio C.I.S.A. Ecologia per meglio garantire la copertura proposta alla Provincia di Pescara, provvederà a disporre dei Centri Logistici necessari all’esecuzione del servizio: soccorso stradale sia pesante che leggero e il ripristino delle infrastrutture danneggiate. (...) Fornisce la possibilità di vedere operare più strutture contemporaneamente. I centri operanti, che intervengono sul luogo della chiamata, sono le basi logistiche per le UOT e sono dotati di veicoli ed attrezzature in grado di gestire autonomamente le attività richieste chiedendo, se necessario, mediante la CO, altre strutture UOT, così da terminare al meglio l’intervento e consentire la normale circolazione del traffico, senza causare ulteriori ritardi. I vari punti delle strutture operanti sono meglio specificati nella cartina (vedi allegato 3), la quale evidenzia la presenza di numero 6 unità.”*; a sua volta l’allegato n. 3 consisteva nella stampa di una pagina web di Google Earth con sei punti contrassegnati.

La commissione giudicatrice attribuiva a CISA sei punti per detto criterio, che le consentivano di raggiungere il punteggio complessivo di 90 punti, e, così, la prima posizione in graduatoria; con determinazione dirigenziale 7 maggio 2019, n. 469 il Dirigente del Settore I Tecnico, Gare e contratti della Provincia di Pescara aggiudicava il servizio a CISA.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per l’Abruzzo – sez. staccata di Pescara Sicurezza e Ambiente s.p.a., seconda graduata con il punteggio di 88,967, impugnava il provvedimento di aggiudicazione unitamente agli atti di gara sulla base di quattro motivi.

Lamentava la ricorrente l’illegittimità ammissione della controinteressata alla procedura di gara in violazione dell’art. 80, comma 5, lett. c), c - bis) e f – bis) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non avendo dichiarato il precedente provvedimento di risoluzione per inadempimento subito dal Comune di Rozzano il 9 aprile 2019 e

per violazione dell'art. 45, comma 2, lett. b) del codice per mancata indicazione della consorziata che avrebbe eseguito il servizio.

Con gli ulteriori due motivi la ricorrente censurava la scelta della commissione giudicatrice di attribuire sei punti alla controinteressata in relazione al sub - criterio di valutazione dell'offerta A3, considerato che la dichiarazione di aver disponibili sei sedi operative non corrispondeva al vero, poiché esse o erano indisponibili o non erano affatto esistenti quali sedi di svolgimento del servizio.

2.1. Si costituiva in giudizio la Provincia di Pescara e CISA che concludevano per il rigetto del ricorso; quest'ultimo produceva sei contratti ("scritture private") concluse con altrettanti operatori locali, idonee a dimostrare la disponibilità delle sei sedi operative.

La ricorrente, nelle memorie difensive, evidenziava che i contratti, oltre ad essere incompleti, riportavano tutti la data del 24 aprile 2019, onde erano stati stipulati successivamente alla presentazione delle offerte avvenuta il 19 febbraio 2019.

2.2. Il giudice di primo grado, con la sentenza, sez. I, 7 aprile 2020, n. 124, accoglieva il quarto motivo di ricorso, con assorbimento degli altri, e, per gli effetti, annullava il provvedimento impugnato.

Per il tribunale, i contratti depositati in giudizio dalla controinteressata dimostravano che la consorziata esecutrice non aveva la disponibilità delle sei sedi operative offerte alla Provincia di Pescara *"già al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte"*; disponibilità indispensabile per poter conseguire il punteggio previsto per il sub – criterio A3 giusta la chiara indicazione della lettera di invito, per la quale, d'altronde, non poteva ritenersi sufficiente *"la sola materiale esistenza di tali sedi e non la disponibilità di esse già al momento dell'offerta da parte della partecipante"*.

Aggiungeva il giudice che *"il controllo della veridicità delle dichiarazioni ai fini dell'attribuzione dei punteggi corrisponde anche all'interesse di tutte le partecipanti acchè la gara*

venga aggiudicata in modo imparziale e corrispondente ai requisiti veramente posseduti dai vari concorrenti, oltre a quello dell'Amministrazione di non costituire rapporti contrattuali con chi non dimostra di essere già in grado di eseguirli come promesso secondo i criteri indicati nella lex specialis'.

In conclusione, annullata l'aggiudicazione di CISA, era riconosciuta la legittima pretesa della ricorrente all'aggiudicazione con conseguente subentro nel contratto ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., per la parte ancora da eseguire.

3. Propone appello la Provincia di Pescara (che ha assunto Rg. n. 4065/20); autonomo appello è stato proposto anche da C.I.S.A. – Consorzio Italiano strade e ambiente (che ha assunto Rg. n. 4145/20); in entrambi i giudizi si è costituito Sicurezza e Ambiente s.p.a..

Con ordinanza 3 luglio 2020, n. 3966, disposta la riunione dei giudizi, è stata respinta l'istanza cautelare proposta da entrambe le appellanti.

Sicurezza e Ambiente s.p.a. e C.I.S.A. hanno depositato memorie ex art. 73 cod. proc. amm., cui è seguita replica della Provincia di Pescara e di C.I.S.A..

All'udienza pubblica del 19 novembre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente va confermata la riunione dei giudizi ex art. 96, comma 1, cod. proc. amm., già disposta in sede cautelare trattandosi di appelli proposti avverso la medesima sentenza.

2. Con il primo motivo di appello la Provincia di Pescara assume la “*Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95 e ss. d.lgs. n. 50/2016L; violazione e/o falsa applicazione del Bando di gara. Manifesta irragionevolezza ed erroneità della sentenza, relativamente all'offerta tecnica di CISA; travisamento dei fatti, contraddittorietà ed eccesso di potere, in relazione alla valutazione dell'offerta tecnica di CISA*”.

2.1. A suo parere il giudice di primo grado avrebbe erroneamente interpretato il concetto di “disponibilità” di sedi operative richiesta dalla lettera di invito per

l'assegnazione del punteggio in relazione al sub – criterio A3: si trattava, infatti, di un “*elemento caratterizzante la fase di esecuzione del servizio*” e non, invece, di un “*requisito di partecipazione*”; all'operatore concorrente, cioè, era richiesto, in sede di offerta, di descrivere le sedi operative e documentarne l'esistenza, per averne poi l'uso effettivo solo al momento della stipulazione del contratto d'appalto.

Quanto sopra consentiva di spiegare la condotta della commissione giudicatrice la quale, in fase di valutazione delle offerte, si era limitata – per usare le parole dell'appellante – ad una “*sommatoria ricognizione della sussistenza delle sedi dichiarate, attraverso l'applicativo Google Street View e non ad un controllo capillare e de visu*” in fase di esecuzione del contratto.

2.2. D'altra parte, continua la Provincia, voler imporre agli operatori concorrenti la dimostrazione, già in sede di presentazione delle offerte, della disponibilità delle sedi operative, avrebbe comportato una ingiustificata restrizione della concorrenza, vieppiù irragionevole considerando che, per rispettare tale richiesta, i concorrenti avrebbero dovuto procurarsi anticipatamente, e, comunque, prima dell'aggiudicazione definitiva, sedi operative autorizzate, con evidente onere economico e organizzativo, in vista di una, solo possibile ma non certa, acquisizione della commessa.

La documentazione versata nel giudizio di primo grado dalla CISA, vale a dire i contratti per l'acquisizione della disponibilità delle sedi, confermerebbero la veridicità di quanto dichiarato in sede di offerta dall'aggiudicataria, ossia la presenza di sedi operative attrezzate per lo svolgimento del servizio.

2.3. Di identico tenore è la contestazione mossa alla sentenza da CISA nel motivo di appello rubricato “*Perplexità ed incongruità della motivazione. Errore sui punti decisivi della controversia. Travisamento dei fatti e disparità di trattamento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 del d.lgs. 50/2016, dei principi di massima concorrenza, par condicio e proporzionalità. Violazione*

e falsa applicazione della lex specialis; error in iudicando”: la corretta interpretazione della lettera di invito sarebbe nel senso di richiedere che le ulteriori unità operative siano “presenti”, cioè “esistenti” sul territorio provinciale, “*ma non già operanti per CISA men che meno consorziate con CISA*”; in sostanza, dunque, non era affatto richiesta la prova della disponibilità al singolo operatore.

Ribadisce che la disponibilità delle sedi operative andava intesa quale “requisito di esecuzione” (e non quale “requisito di partecipazione”) e specifica che l’effettiva sussistenza della stessa era dovuta al tempo dell’avvio del servizio, con la conseguenza che se, a quel momento, il contraente non fosse stato in grado di adempiere in conformità alla sua offerta, la stazione appaltante avrebbe potuto disporre la risoluzione del contratto e il riaffidamento del servizio per tutelare i propri interessi.

Da ultimo, il Consorzio non manca di evidenziare che l’interpretazione della lettera di invito accolta dal giudice di primo grado comporta una grave violazione delle regole delle competizioni per l’affidamento di pubbliche commesse consentendo la partecipazione solo a quegli operatori già presenti sul mercato specifico, senza che alcun vantaggio o maggiore tutela ne ricavi l’amministrazione, come accaduto nel caso di specie con la preferenza conseguita da Sicurezza e Ambiente s.p.a. gestore uscente del servizio.

3. I motivi sono infondati.

3.1. Distinguere, tra le varie condizioni alle quali i concorrenti si impegnano ad eseguire le loro prestazioni, alcune qualificabili come “requisiti di esecuzione” (da tener distinte dai “requisiti di partecipazione”) non è agevole, ove solo si tenga conto del fatto che si tratta, in ogni caso, di elementi caratterizzanti l’offerta rivolta alla stazione appaltante, integrandone il contenuto.

La riprova è che, proprio come nella vicenda in esame, normalmente tali condizioni (o requisiti, che dir si voglia) sono oggetto di valutazione da parte della

commissione giudicatrice ai fini dell'attribuzione del punteggio e logica impone che tutto quanto consenta di incrementare il punteggio attribuito all'offerta tecnica costituisca esso stesso elemento dell'offerta.

3.2. Nondimeno, la giurisprudenza amministrativa fa da tempo ricorso a tale concetto – di “requisiti di esecuzione” – per designare mezzi (strumenti, beni, attrezzature) necessari all'esecuzione della prestazione promessa alla stazione appaltante, con la precisazione che la disponibilità degli stessi è richiesta al concorrente, non al momento di presentazione dell'offerta – ciò che varrebbe a distinguerli dai “requisiti di partecipazione” – , ma al momento dell'esecuzione o, per meglio dire, della stipulazione del contratto, che non sarebbe possibile ove se ne constati la mancanza, per cui potrebbero essere definiti come “condizione” per la stipulazione del contratto d'appalto (per citare le più recenti: Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2020, n. 5734; V, 30 settembre 2020, n. 5740; V, 12 febbraio 2020, n. 1071).

3.3. Ad ogni buon conto, quand'anche si giunga a qualificare un dato elemento dell'offerta come “requisito di esecuzione”, è indispensabile che il concorrente, che ne sia sprovvisto, dia comunque prova di poterne acquisire la disponibilità in fase di esecuzione del contratto (o, meglio, della sua stipulazione). Solo a questa condizione, d'altronde, l'offerta può stimarsi realmente seria ed attendibile; potendo, altrimenti, ciascun operatore dichiarare al rialzo sugli altri la disponibilità di mezzi e strumenti (sia pur, per così dire, esecutivi), accaparrandosi in questo modo un più alto punteggio, salvo poi non esserne realmente in grado di impiegarli, con grave pregiudizio all'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, ove la stazione appaltante si vedesse costretta alla revoca dell'aggiudicazione, come ipotizzato dal Consorzio appellante.

Si è così affermato, con riguardo al c.d. centro cottura nell'ambito dell'affidamento di un servizio di refezione scolastica, ma con riflessione di carattere generale, che

non può essere condivisa la tesi per cui *“la stazione appaltante possa aggiudicare il servizio e giungere alla fase di stipulazione del contratto con la sola dichiarazione di impegno del concorrente a procurarsi tempestivamente un centro cottura, perché sarebbe sottratta alla ordinaria fase di valutazione dell’offerta la verifica di un elemento essenziale della stessa, con ingiustificata compressione della par condicio tra i concorrenti”* (così testualmente, Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2019, n. 2190, altra giurisprudenza richiede al concorrente un “vincolante impegno dichiarativo”, cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090, 23 agosto 2019, n. 5806, e 29 luglio 2019, n. 5308).

3.4. Alla luce di tale ricostruzione va interpretata la lettera di invito nella parte in cui richiedeva che le (ulteriori) unità operative presenti nel territorio provinciale fossero “già attive”: il concorrente era tenuto a dar prova che dette sedi fossero, già al momento di presentazione dell’offerta, utilizzate per l’espletamento del servizio da affidare direttamente da lui o per suo conto, non potendo certo dichiarare come di propria pertinenza sedi operative per conto di terzi, come pare prospettare il Consorzio nel proprio motivo di appello, con un ragionamento che non persuade.

Per la chiara indicazione della lettera di invito, insomma, non poteva bastare la unilaterale dichiarazione del concorrente a procurarsi le sedi operative offerte, ma era necessaria la dimostrazione dell’attuale utilizzazione in proprio.

3.5. La sentenza di primo grado merita, pertanto, piena condivisione: C.I.S.A. non aveva fornito, al momento della presentazione dell’offerta, alcun elemento che consentisse di ritenere provata la disponibilità delle sedi operative dichiarate, tale non potendosi certamente ritenere la stampa della pagina internet di Google Earth con puntini contrassegnanti il posizionamento delle sedi operative.

E, d’altra parte, i contratti depositati in giudizio fornivano sicuro riscontro del fatto che il Consorzio avesse acquisito la disponibilità delle sedi solamente dopo aver presentato l’offerta.

3.6. Le altre considerazioni della Provincia, condivise dal Consorzio, sulla portata restrittiva della concorrenza del predetto ragionamento non colgono nel segno per varie ragioni.

Preliminarmente, per il fatto che quello di cui si discute non è certamente un requisito di partecipazione, ma, in ogni caso, per quanto, cioè, di necessaria disponibilità solo in fase di esecuzione, un elemento caratterizzante l'offerta, la cui mancanza – ovvero il possesso in misura inferiore a quello degli altri concorrenti – non comporta una barriera all'ingresso alla procedura, ma incide esclusivamente sul migliore apprezzamento dell'offerta in sede di attribuzione del punteggio per la formazione della graduatoria dei concorrenti.

3.7. Si aggiunga, inoltre, che, come in precedenza accennato, l'esigenza di evitare inutili aggravii di spesa a carico degli operatori economici concorrenti alla procedura di gara per procurarsi già al momento dell'offerta mezzi (attrezzature, strumenti o beni) destinati ad essere utilizzati solamente in caso di aggiudicazione va conciliata con l'esigenza che la stazione appaltante possa ragionevolmente confidare nella serietà dell'operatore che di tali mezzi abbia dichiarato la disponibilità, senza correre il rischio di trovarsi, al momento della stipulazione del contratto, senza la prestazione attesa (e, per la quale, spesse volte il concorrente era stato preferito agli altri).

E' questa la ragione per la quale la giurisprudenza sposta il problema sul piano probatorio e ritiene che le clausole del bando (anche se ambigue) debbano comunque essere interpretate nel senso che, quanto ai mezzi e alle dotazioni funzionali all'esecuzione del contratto, sia necessaria la loro individuazione alla presentazione dell'offerta, con impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità; impegno variamente modulabile dalla stazione appaltante quanto alla serietà ed alla modalità della sua assunzione, nonché alle condizioni e ai termini di adempimento dell'obbligazione futura (in tal senso va inteso il ragionamento

svolto da Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090, ampiamente richiamata dalle appellanti nei propri scritti).

Può dirsi, in via conclusiva, che il bilanciamento tra le opposte esigenze – del concorrente a non impegnarsi eccessivamente e dell'amministrazione a poter contare su di una dichiarazione seria ed affidabile – va risolto nel senso per cui l'offerta deve essere accompagnata da documentazione comprovante l'impegno del terzo, proprietario dei beni e delle attrezzature delle quali il concorrente intenda servirsi per l'esecuzione dell'appalto, di metterle a disposizione di questi (ad esempio a mezzo contratto preliminare condizionato o strumenti negoziali similari).

Tale riflessione conforta la conclusione precedentemente raggiunta: nessun impegno C.I.S.A. aveva fornito a fronte di una chiara indicazione della lettera di invito nel senso in precedenza esposto.

3.8. Infine, concentrando l'attenzione sullo specifico requisito delle unità operative presenti nel territorio provinciale, va detto che se esso fosse stato in grado di avvantaggiare il solo gestore uscente – ma per tutto quanto in precedenza affermato se ne può dubitare – sarebbe stato onere della controinteressata impugnare gli atti di gara sia pur condizionatamente all'accoglimento del ricorso principale.

4. In conclusione, la sentenza di primo grado merita piena condivisione per aver ritenuto ingiustificato il punteggio attribuito a C.I.S.A..

Gli appelli sono, dunque, integralmente respinti; la seconda parte dell'unico motivo di appello della Provincia, infatti, nella quale è contestato l'accoglimento della censura relativa alla mancata specificazione della concorrente è inammissibile poiché il giudice di primo grado non ha pronunciato su tale motivo di ricorso.

5. I motivi di ricorso riproposti da Sicurezza e Ambiente s.p.a. ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm. restano assorbiti dal rigetto degli appelli della Provincia di Pescara e di C.I.S.A.

Con la stessa modalità è stata riproposta da Sicurezza e Ambiente s.p.a. anche la domanda risarcitoria rivolta al giudice in primo grado.

Era, infatti, richiesto nel ricorso di primo grado subordinatamente al caso di mancato accoglimento dell'istanza di subentro nel contratto il risarcimento per equivalente in un importo da quantificarsi in corso di causa che tenesse conto delle spese di partecipazione e del mancato utile.

Il giudice di primo grado, per aver disposto il subentro nel contratto di appalto già stipulato ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., non ha pronunciato sulla domanda risarcitoria per equivalente.

Nella memoria depositata in vista dell'udienza pubblica, Sicurezza e Ambiente s.p.a. ha precisato la domanda risarcitoria proposta con la richiesta dei danni procurati dalla mancata aggiudicazione per il periodo dal 29 ottobre 2019 al momento dell'effettivo subentro, che quantifica in € 1.355,00 per ogni mese nel quale il contratto di appalto è stato eseguito da C.I.S.A..

6. La domanda risarcitoria proposta è inammissibile ai sensi dell'art. 104, comma 1, cod. proc. amm. per violazione del divieto di proporre nuove domande in appello.

La domanda di risarcimento del danno per equivalente è stata, infatti, proposta dal ricorrente in primo grado in via dichiaratamente subordinata, per il caso di mancato accoglimento della domanda (principale) di subentro.

In caso di cumulo di domande in via subordinata, l'accoglimento della domanda principale comporta assorbimento della domanda subordinata; del tutto legittimamente il giudice di primo grado, pertanto, disposto il subentro, non ha pronunciato sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente (così come

in caso di motivo proposto in via subordinata, cfr. Adunanza plenaria, 27 aprile 2015, n. 5).

Il rigetto degli appelli proposti comporta la conferma anche di tale capo di sentenza.

L'appellante scioglie ora il nesso di subordinazione: la domanda risarcitoria che propone in sede di appello Sicurezza e Ambiente s.p.a., infatti, non è più (solamente) subordinata al mancato accoglimento del subentro, ma è ad essa complementare poiché diretta a ristorare il danno subito per non aver potuto eseguire il contratto dalla data della sua stipulazione in ragione dell'avvenuta aggiudicazione illegittima (e conseguente conclusione del contratto di appalto) a C.I.S.A..

È da ritenere che nel caso in cui l'appellante non si limiti a riproporre la domanda risarcitoria formulata in primo grado in via subordinata, come imposto dall'art. 101, comma 2, cod. proc. amm. perché il giudice d'appello possa esaminarla in caso di accoglimento dell'appello, ma sciolga il nesso di subordinazione domandandone comunque l'esame, anche in caso di rigetto dell'appello, si sia in presenza di una domanda nuova che è proposta per la prima volta in sede di appello e che, pertanto, è inammissibile ai sensi dell'art. 104, comma 1, cod. proc. amm..

7. La peculiarità della questione esaminata giustifica la compensazione delle spese del presente grado del giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, disposta la riunione, li respinge.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2020 tenuta con le modalità di cui all'art. 4, comma 1, d.l. 30 aprile 2020, n. 28, cui rinvia l'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO