



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

ex art. 74 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 8305 del 2011, proposto da:
Vincenzo Modugno S.r.l. Costruzioni Restauri, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Ennio Magri,
Salvatore Scaletta e Massimo Ambroselli, con domicilio eletto presso lo studio del
primo, in Roma, via Guido D'Arezzo, n. 18;

contro

Comune di San Leucio del Sannio, in persona del Sindaco pro tempore, non
costituito in giudizio;

nei confronti di

Consorzio Stabile Restauri e Conservazioni Ganosis, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Abbamonte,
con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, n. 5;
Consorzio Stabile Medil Soc. Cons. a r.l., in persona del legale rappresentante pro
tempore, non costituito in giudizio;

per la ottemperanza

della sentenza del Consiglio di Stato - Sezione V, n. 02725/2011, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione da parte del Comune di San Leucio del Sannio dell'appalto dei lavori di completamento e restauro del palazzo Zamparelli;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Stabile Restauri e Conservazioni Ganosis;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 113, 114, comma terzo, e 74 del c.p.a.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Andrea Abbamonte (nella fase preliminare), Massimo Ambroselli e Salvatore Scafetta;

Con il ricorso in esame è stata chiesta la ottemperanza della sentenza di questa Sezione, n. 2725/2011, di annullamento della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sezione VIII, n. 16571/2010, con la quale era stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento dei provvedimenti di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dell'appalto relativo ai lavori di completamento e restauro del palazzo Zampilli e per il risarcimento dei danni, nonché, a seguito di motivi aggiunti, per l'annullamento dei provvedimenti di indizione di una nuova gara per l'esecuzione di detti lavori.

Con detta decisione è stata accolta la richiesta subordinata di risarcimento del danno per equivalente, esclusivamente nei confronti dell'Amministrazione soccombente, Comune di San Leucio del Sannio, limitatamente al pregiudizio per la perdita di chance, equitativamente liquidata nella misura del 3% del prezzo

offerto dall'appellante in sede di aggiudicazione, e al lucro cessante, in via equitativa, in misura pari al 5% dell'offerta dell'impresa.

Su dette somme è stata riconosciuta la rivalutazione monetaria, secondo gli indici Istat, da computarsi dalla data in cui avrebbe dovuto essere stipulato il contratto con l'appellante, che è rimasta illegittimamente aggiudicataria, e fino alla data di deposito di detta sentenza.

Sulle somme progressivamente e via via rivalutate, è stato riconosciuto il diritto agli interessi nella misura legale secondo il tasso vigente all'epoca della stipulazione del contratto, a decorrere dalla data della stipulazione medesima e fino a quella di deposito della decisione.

Su tutte le somme dovute ai sensi delle precedenti lettere è stato, altresì, riconosciuto il diritto agli interessi legali dalla data di deposito della decisione e fino all'effettivo soddisfo.

E' stato altresì disposto con detta sentenza che, sulla base di detti criteri, il citato Comune avrebbe dovuto provvedere, entro sessanta giorni dalla pubblicazione, a proporre alla appellante una somma a titolo di risarcimento del danno (art. 35, del d.lgs. n. 80/1998). Prima di fare la sua definitiva proposta, la stazione appaltante avrebbe anche dovuto convocare la appellante per verificare in contraddittorio l'offerta presentata in gara e dunque la misura dell'utile effettivo, senza pregiudizio del rispetto del termine di sessanta giorni per la proposta finale, e poi provvedere al pagamento entro sessanta giorni dall'accettazione della proposta.

Lamenta l'attuale ricorrente che il citato Comune è rimasto inadempiente rispetto a dette incombenze, non avendo, nel citato termine di sessanta giorni, provveduto a convocare la impresa Modugno per effettuare la prescritta verifica in contraddittorio né proposto la somma dovuta a titolo risarcitorio, ed essendo successivamente seguita la fissazione di varie riunioni tra le parti, inutilmente conclusesi.

La società appellante ha quindi precisato che nella sua offerta economica aveva proposto un ribasso pari al 4,99 rispetto all'importo dei lavori a base di gara soggetti al ribasso, corrispondenti ad € 2.113.697,63 (dovendo considerarsi il prezzo offerto dalla impresa base di calcolo del danno da perdita di chance e a titolo di lucro cessante, nonché della rivalutazione ed interessi); ha pertanto chiesto che, sulla base di detti dati, sia disposta la esecuzione in ottemperanza della sentenza suddetta e per l'effetto, in applicazione dei criteri di calcolo ivi stabiliti, sia disposta la liquidazione del danno complessivo, della rivalutazione e degli interessi. Detta società ha chiesto ancora che, ai sensi dell'art. 114, comma 4, lettera e), del c.p.a., sia fissata anche la somma di denaro dovuta dal Comune resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ulteriore ritardo nella esecuzione del giudicato, nonché che sia nominato un Commissario ad acta che provveda in via sostitutiva in luogo della Amministrazione inadempiente a porre in essere tutti gli adempimenti prescritti nella pronuncia e rimasti inosservati.

Con memoria depositata il 25.11.2011 si è costituito in giudizio il Consorzio Stabile Restauri e Conservazioni Ganosis, che ha chiesto che il ricorso sia respinto perché improcedibile, ovvero inammissibile, o infondato.

In data 19.1.2012 la Vincenzo Modugno S.r.l. Costruzioni Restauri ha depositato in giudizio copia della nota prot. n. 4296 del 28.10.2011 del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di San Leucio del Sannio con la quale la ricorrente è stata invitata, in esecuzione della sentenza di cui trattasi, alla produzione di giustificativi concernenti l'offerta presentata in gara a seguito della quale il Comune avrebbe provveduto alla dovuta istruttoria. Detta società ha altresì depositato copia della nota redatta dai propri legali in data 30.11.2011 (con la quale, in riscontro a detta nota, è stata fatta rilevare la tardività e la elusività della richiesta, nonché che questa violava gli interessi della impresa ad ottenere tempestiva ed esatta esecuzione della

sentenza da eseguire) e una scheda di calcolo degli oneri risarcitori, quantificati, alla data del 24.1.2012, in € 171.673,20.

2.- Il Collegio ritiene che la richiesta contenuta in ricorso debba essere accolta, sussistendo nel caso di specie tutti i presupposti essenziali del procedimento finalizzato ad ottenere l'ottemperanza ad un giudicato, cioè la competenza del Giudice adito, l'inadempimento dell'Amministrazione agli obblighi da esso derivanti e l'esistenza di una sentenza esecutiva.

Il presupposto della competenza sussiste, ai sensi dell'art. 113 del c.p.a., in quanto la sentenza alla quale si chiede ottemperanza è stata emessa da questa Sezione.

Sussiste anche la esecutività di detta decisione, atteso che le sentenze del Consiglio di Stato sono certamente esecutive (anche nell'ipotesi che siano impugnate in Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione), come si desume indirettamente anche dall'art. 111 del c.p.a., e per l'esecuzione delle stesse può proporsi ricorso per ottemperanza ai sensi degli artt. 112, comma secondo, lettera b), 113, comma primo, e 114, comma terzo e quarto, del c.p.a..

Sussiste infine la inottemperanza della Amministrazione intimata al giudicato di cui trattasi, per le considerazioni che seguono.

In data 19.1.2012 la Vincenzo Modugno S.r.l. Costruzioni Restauri ha depositato in giudizio copia della nota prot. n. 4296 del 28.10.2011 del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di San Leucio del Sannio con la quale (dopo varie riunioni con il Responsabile tecnico del Comune de quo, inutilmente svoltesi), la ricorrente è stata invitata, in esecuzione della sentenza di cui trattasi, a far pervenire giustificativi concernenti l'offerta presentata in gara con individuazione degli oneri generali e utili riferiti alla offerta migliorativa presentati in gara; è altresì affermato in detta nota che a seguito di tale adempimento il Comune avrebbe provveduto alla dovuta istruttoria e a riferire nel termine di trenta giorni.

La parte ricorrente ha depositato copia della nota redatta dai propri legali con la quale, in riscontro a detto invito, è stata fatta rilevare la tardività e la elusività della richiesta, nonché che violava gli interessi della impresa ad ottenere tempestiva ed esatta esecuzione della sentenza da eseguire (perché, dovendo la misura dell'utile da risarcire essere calcolato sulla base dei criteri fissati in sentenza, fondati su una liquidazione riduttiva, non era necessaria la produzione di detti giustificativi, potendo determinarsi il quantum dovuto sulla base di una diretta verifica in contraddittorio, tenendo presente che la offerta della ricorrente attuale recava un ribasso esiguo pari al 4,99 % rispetto all'importo dei lavori a base di gara).

Detta nota del Comune appare al Collegio, considerato anche il considerevole lasso di tempo trascorso dalla pubblicazione e comunicazione della sentenza de qua senza che concretamente siano stati effettuati gli adempimenti con essa stabiliti, manifestamente elusiva della decisione giurisdizionale, sicché può ritenersi che il Comune, pur a tanto tenuto, non ha ad essa ottemperato.

Deve, quindi, il Collegio, rilevata la palese elusività degli atti posti in essere dall'Amministrazione intimata, imporre al Comune di San Leucio del Sannio, in persona del Sindaco in carica, un termine per dare corretta esecuzione alla sentenza di cui trattasi, scaduto il quale (Cons. St., Sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 41), in mancanza di provvedimenti che concretino esatto adempimento del giudicato, il procedimento di ottemperanza assume contorni simili ad una esecuzione forzata ex art. 2932 c.c. ed il Giudice amministrativo assume pienezza di poteri per la concreta esecuzione del giudicato, in via diretta o tramite un Commissario, restando l'Amministrazione esautorata dai suoi originari poteri, con possibilità per il Giudice di sovrapporre agli atti posti in essere dalla Amministrazione le proprie concrete determinazioni, ovvero di appropriazione in via confermativa.

Nell'ipotesi in cui l'Amministrazione non provveda a tanto entro detto termine il Collegio nomina sin d'ora un Commissario ad acta, nella persona del Dirigente

della Ragioneria della Prefettura di Roma, perché provveda, in via sostitutiva, nell'ulteriore termine che sarà fissato, adottando tutte le determinazioni e tutti gli atti ritenuti opportuni e necessari per l'integrale esecuzione del giudicato.

A tal fine il Commissario ad acta è autorizzato ad emettere, in nome e per conto di detta Amministrazione, ogni atto necessario per la concreta esecuzione del giudicato de quo.

In conclusione, in accoglimento del ricorso in esame, va dichiarato l'obbligo del Comune di San Leucio del Sannio, ai fini dell'integrale ottemperanza alla sentenza di che trattasi, di provvedere a proporre alla appellante, entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione in via amministrativa, o, se anteriore, dalla notificazione della presente sentenza, una somma a titolo di risarcimento del danno ex art. 35, del d.lgs. n. 80/1998, previa convocazione della società ricorrente per verificare in contraddittorio l'offerta presentata in gara e dunque la misura dell'utile effettivo (senza pregiudizio del rispetto del termine di sessanta giorni per la proposta finale), e poi provvedere al pagamento entro sessanta giorni dall'accettazione della proposta.

Va altresì disposta la nomina di un Commissario ad acta, in caso di mancata adempimento della suddetta obbligazione nei termini sopra indicati, nella persona del Dirigente della Ragioneria della Prefettura di Roma, con facoltà di subdelega, che provvederà nell'ulteriore termine di sessanta giorni, adottando tutte le determinazioni e tutti gli atti ritenuti opportuni e necessari per l'integrale esecuzione del giudicato.

Inoltre, deve essere accolta la specifica domanda presentata dalla parte ricorrente ex articolo 114, comma 4, lettera e) del codice del processo amministrativo, che ha introdotto, in via generale, nel processo amministrativo, l'istituto della cd. penalità di mora, già regolato per il processo civile, con riguardo alle sentenze aventi per

oggetto obblighi di fare infungibile o di non fare, dall'art. 614 bis del codice di procedura civile, aggiunto dall'art. 49 della legge 18 giugno 2009, n. 69.

Anche con la sentenza di ottemperanza, può invero essere fissata, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e in assenza di ulteriori ragioni ostative, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato, con una statuizione costituente titolo esecutivo.

La misura prevista dall'art. 114 comma 4 lettera e) del c.p.a. va infatti considerata applicabile anche alle sentenze di condanna pecuniarie della p.a., trattandosi di un modello normativo caratterizzato da importanti differenze rispetto alla previsione di cui all'art. 614-bis c.p.c., (applicabile solo alla violazione di obblighi di fare infungibile o di non fare).

La citata misura (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 6688 del 20 dicembre 2011), assolve infatti ad una finalità sanzionatoria e non risarcitoria in quanto non è volta a riparare il pregiudizio cagionato dall'esecuzione della sentenza ma a sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all'adempimento.

Nel processo amministrativo l'istituto presenta un portata applicativa più ampia che nel processo civile, in quanto l'art. 114, comma 4, lettera e), del codice del processo amministrativo non ha riprodotto il limite, stabilito della norma di rito civile, della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile.

Detta soluzione va ricondotta alla peculiarità del rimedio dell'ottemperanza che, grazie al potere sostitutivo esercitabile dal giudice in via diretta o mediante la nomina di un commissario ad acta, non trova, a differenza del giudizio di esecuzione civile, l'ostacolo della non surrogabilità degli atti necessari al fine di assicurare l'esecuzione in re del precetto giudiziario; ne deriva che, nel sistema processuale amministrativo, lo strumento in esame non mira a compensare gli

ostacoli derivanti dalla non diretta coercibilità degli obblighi di contegno sanciti dalla sentenza del giudice civile mentre del rimedio processuale civilistico è volto alla generale finalità di dissuadere il debitore dal persistere nella mancata attuazione del dovere di ottemperanza.

Nel caso di specie risultano sussistenti tutti i presupposti stabiliti dall'art. 114 cit. per l'applicazione della sanzione: la richiesta di parte, formulata con il ricorso, l'insussistenza di profili di manifesta iniquità e la non ricorrenza di altre ragioni ostative.

La misura della sanzione va dunque effettuata, in difetto di disposizione sul punto da parte del codice del processo amministrativo, ai parametri di cui all'art. 614 bis del codice di procedura civile e si deve valutare congrua, in ragione della gravità dell'inadempimento, del valore della controversia, della natura della prestazione, dell'entità del danno e delle altre circostanze, oggettive e soggettive, del caso concreto, la misura di € 50 al giorno, da corrispondere per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza dopo il decorso dei termini prima assegnati di sessanta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della presente sentenza e di sessanta giorni per l'effettivo pagamento, e fino all'effettivo pagamento ad opera dell'amministrazione o del Commissario ad acta.

Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto dichiara l'obbligo del Comune di San Leucio del Sannio di provvedere alla integrale ottemperanza alla sentenza di che trattasi nei termini e con le modalità di cui in motivazione.

In difetto nomina quale Commissario ad acta il Dirigente della Ragioneria della Prefettura di Roma, con facoltà di subdelega, che provvederà nei termini e con le modalità pure indicati in motivazione.

Condanna il Comune suddetto, ex art. 114, comma 4, lettera e), del codice del processo amministrativo, a corrispondere alla Vincenzo Modugno s.r.l. Costruzioni Restauri la somma di € 50 al giorno per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza nei termini e con le modalità di cui in motivazione.

Condanna altresì il Comune di San Leucio del Sannio al pagamento delle spese e gli onorari del presente grado in favore della Vincenzo Modugno s.r.l. Costruzioni Restauri, liquidate nella misura di € 3.000,00 (tremila/00), di cui € 1.000,00 (mille/00) per esborsi, oltre ai dovuti accessori di legge (I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/05/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)