



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 183 del 2012, proposto da:

S21 Italia S.r.l. in proprio e quale Impresa Mandataria di R. T. I. con Siti S r l, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Manzi, Paolo Caruso, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri N. 5;

contro

Società Regionale per la Sanità-Soresa Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Leopoldo Di Bonito, con domicilio eletto presso Leopolo Di Bonito in Roma, piazza Mattei 10;

nei confronti di

Santer Reply Spa in proprio e quale Mandataria di R T I con Cedoca S r l - Centro Elaborazione Dati Organizzazione Dati Organizzazione e Consulenza Aziendale e Megaride S r l ;

per l'ottemperanza

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. V n. 03671/2011, resa tra le parti, concernente esecuzione sentenza n. 3671/2011, Sezione Quinta del Consiglio di Stato - Affidamento per sei anni del servizio di rilevazione e gestione dati della spesa farmaceutica delle AA SS LL della Regione Campania –Risarcimento .danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Società Regionale per la Sanità-Soresa Spa;

Viste le memorie difensive;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2012 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Manzi e Di Bonito;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza 20 giugno 2011 n. 3671 il Consiglio di Stato, in riforma della sentenza TAR Campania, Napoli, n. 1905/2010, ha accolto l'appello proposto da S2i ITALIA s r l, seconda classificata nella gara per l'affidamento per anni 6 del servizio gestione dati della spesa farmaceutica delle AA SS LL Regione Campania, annullando l'

aggiudicazione disposta con determinazione 22 settembre 2009 n. 88 da So. Re. Sa. S p a (Centrale di committenza della AA. SS. LL. e AA. OO. Regione Campania) a favore di Santer Replay s p a (in ATI con altre imprese); il Giudice di appello, inoltre, poneva carico della stazione appaltante “ il conseguente obbligo, a seguito di declaratoria di inefficacia della convenzione, di aggiudicare il servizio al raggruppamento appellante, con subentro nel contratto per l’intera durata programmata dell’appalto”; spese di lite compensate.

Con determinazione Dir. Gen. 20 luglio 2011, n. 72, SO. RE. SA., in asserita ottemperanza alla sentenza del C. d. S. ha aggiudicato alla ATI S2i ITALIA s p a il servizio per mesi 52 e cioè per il periodo intercorrente tra la stipula del relativo contratto ed il termine di conclusione programmata dell’appalto .

Nonostante che con nota del luglio l’ATI S2i avesse chiesto l’affidamento del servizio per anni 6, la stazione appaltante nella convenzione (art . 7, stipulata il 23 dicembre 2011 con la nuova aggiudicataria per l’erogazione del servizio in questione) ne confermava la durata per soli mesi 52, anni 4 e mesi 4, anziché per anni 6; l’ATI di cui è mandataria S2i, sottoscriveva con riserva di tutelare le sue pretese in sede giudiziaria.

1.1.Quindi, con ricorso notificato il 5 gennaio 2012, la S2i , in proprio e quale mandataria dell’ATI aggiudicataria, ha chiesto che sia dichiarato l’obbligo della stazione appaltante di eseguire esattamente la sentenza del Consiglio di Stato, estendendo la durata della precedente convenzione fino a raggiungere la durata programmata di anni 6 oppure stipulandone un’altra integrativa per il periodo di 1 anno ed 8 mesi.

In via sussidiaria la ricorrente chiede che per il periodo in questione, ove non sia possibile il risarcimento in forma specifica, la stazione appaltante sia condannata al risarcimento per equivalente, quantificando il danno in euro 838.179,88 oltre interessi e rivalutazione o nel diverso importo ritenuto di giustizia, da determinarsi anche in via equitativa oppure stabilendo i criteri di computo ai sensi dell’ art. 34, comma 4, c p a ; inoltre il ricorrente chiede che sia assegnato un termine alla stazione appaltante per provvedere, fissando la somma di danaro dovuta per ogni ritardo nell’esecuzione e nominando, per il caso di ulteriore inerzia della stazione appaltante, un commissario ad acta con compiti sostitutivi ; infine viene chiesto il rimborso dei contributi unici versati nei giudizi di primo e secondo grado per un totale di euro 4.000,00 .

1.2.Si è costituita la Società Regionale per la Sanità s p a – SO. RE. SA. che ha chiesto il rigetto del ricorso, in quanto il testo della sentenza del Giudice di Appello, correttamente interpretato, non consentirebbe l’affidamento del servizio per la durata di anni 6, come, invece, pretendeva la S2i; ad avviso della SO. RE . SA . la sentenza non avrebbe dichiarato la convenzione (con la precedente aggiudicataria) inefficace ex tunc ed avrebbe stabilito a favore di S2i solo il “subentro”, per il periodo residuale, nell’esecuzione del contratto già in corso; inoltre, per l’ipotesi di mancata estensione della durata del contratto fino ad anni 6, la stazione appaltante, in primo luogo, nega che la ricorrente abbia titolo a chiedere il risarcimento per equivalente, osservando che la sentenza non contiene tale statuizione, ed, in secondo luogo, le ritiene infondate e, comunque, esorbitanti ed erroneamente computate con riferimento all’intera ATI, mentre la mandante in realtà non avrebbe impugnato l’esito della gara.

Con memorie difensive la ricorrente in via preliminare osserva che le avverse eccezioni sul risarcimento per equivalente sono tardive, in quanto sollevate oltre il termine per la costituzione in giudizio di cui all’art. 46, comma 1, c p a , dimezzato ex art. 87, comma 3, c p a ; poi, premesso che l’art 112, comma 3, c p a consente di proporre, anche in unico grado in sede di ottemperanza , azione di risarcimento dei danni a seguito della mancata esecuzione in forma specifica del giudicato, nel merito insiste circa la sussistenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi per ottenere il risarcimento del lucro cessante e del danno curriculare nell’ipotesi di mancata proroga dell’affidamento del servizio per la durata (originaria) di anni 6.

Alla camera di consiglio del 16 marzo 2012, uditi i difensori presenti per le parti, la causa è passata in decisione.

2. In diritto, la controversia all'esame concerne il ricorso proposto da S2i ITALIA s p a (in proprio e quale mandataria dell'ATI appellante) per far dichiarare l'obbligo di SO. RE. SA. di ottemperare alla sentenza del Giudice di Appello n . 3671/2011, aggiudicandole per anni 6 il servizio di gestione dei dati della spesa farmaceutica delle AA. SS. LL. Regione Campania .

Il ricorso appare fondato.

In primo luogo il Collegio rileva che la sentenza di questo Consiglio n. 3671/2011 ha dichiarato a carico della stazione appaltante "l'obbligo, a seguito di declaratoria di inefficacia della convenzione, di aggiudicare il servizio al raggruppamento appellante, con subentro nel contratto per l'intera durata programmata dell'appalto".

Pertanto, a differenza di quanto asserito dalla difesa della stazione appaltante, il Giudice di Appello, avendo fatto riferimento al "subentro nel contratto per l'intera durata programmata dell'appalto", ha implicitamente statuito l'inefficacia ex tunc della convenzione in corso tra la stazione appaltante e la precedente aggiudicataria Santer Reply; è infatti evidente che soltanto la caducazione della suddetta convenzione fin dalla data della stipula può essere logicamente compatibile con la contestuale statuizione di affidare alla ATI appellante il servizio "per l'intera durata programmata dell'appalto".

2.1.Né, in tale contesto, l'espressione "con subentro nel contratto....."può essere intesa in senso strettamente lessicale come "prosecuzione del servizio già avviato dal precedente appaltatore": infatti, ai sensi dell' art. 122 c. p .a . , il giudice, annullata l'aggiudicazione, in realtà per valutare se ricorrono i presupposti per dichiarare inefficace il contratto, tiene conto sia di elementi oggettivi quali l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione e lo stato di esecuzione del contratto sia di elementi soggettivi quale il concreto possibile subentro nel contratto, avendone data la disponibilità con domanda specifica ; in pratica il concetto di "subentro nel contratto", più che implicare unicamente un " subingresso" nella prosecuzione residuale della prestazione già avviata con altro contraente, configura, invece, l'ipotesi in cui, in alternativa al rinnovo della gara, è possibile almeno consolidare la procedura di gara , prevedendo a favore del nuovo aggiudicatario " la possibilità di subentrare nel contratto", cioè di sostituirsi all'originario vincitore della gara nella posizione di parte contraente con la stazione appaltante per l'esecuzione della prestazione indicata nell'offerta.

2.2.Né giova alla stazione appaltante dedurre che l'affidamento del servizio alla ricorrente comporterebbe conseguenze lesive dello stesso interesse pubblico, in ragione della corrispondente incapienza dei fondi stanziati nel bilancio pluriennale della SO. RE. SA. s p a per l'erogazione del servizio: infatti è agevole replicare che, trattandosi di appalto di servizi rispondente ad esigenze di natura permanente, alla scadenza dei 6 anni programmati nel bando di gara la stazione appaltante

dovrebbe, comunque, reperire nuovi fondi da stanziare per proseguire il servizio, indicando a tale scopo una nuova gara.

Quindi la necessità di apprestare la ulteriore copertura finanziaria necessaria, per affidare alla ricorrente il servizio per l'intera durata, non costituisce per la stazione appaltante giustificazione idonea a sollevarla dall'obbligo di dare esatta ottemperanza al giudicato formatosi sulla citata sentenza di questo Consiglio n. 3671/2011.

Alla luce delle esposte osservazioni va dichiarato l'obbligo della stazione appaltante di stipulare con la ricorrente un contratto per l'intera durata programmata dell'appalto di anni 6 .

2.3. Non sussiste, quindi, in capo alla ricorrente l'interesse all'esame della domanda di risarcimento del danno per equivalente, formulata in via subordinata rispetto a quella di ristoro in forma specifica, e, quindi, si può prescindere anche dall'esame delle corrispondenti eccezioni sollevate da SO. RE. SA. .

.3. In conclusione, pertanto, il ricorso per l'ottemperanza in epigrafe va accolto e per l'effetto va dichiarato l'obbligo della SO. RE. SA. s p a di affidare la gestione del servizio in questione alla S3i ITALIA s r l e di stipulare

la nuova convenzione o prorogare la precedente, per la durata di anni 6, entro giorni 30 a partire dalla notifica della presente sentenza da parte della ricorrente .

Pertanto va dichiarata la nullità in parte qua dei provvedimenti e della convenzione della SO. RE. SA. s p a quanto alla durata dell'affidamento del servizio alla ricorrente, limitata a soli anni 4 e mesi 4.

Inoltre, vista la richiesta della ricorrente, il Collegio, ai sensi dell'art 114, comma 4, lettera e, stabilisce che la SO. RE. SA. s p a , per ogni giorno di ritardo rispetto alla data sopraindicata per la stipula della nuova convenzione o la modifica della precedente, è obbligata a corrispondere alla S2i l'importo di euro 200.00 a titolo di indennizzo .

Nel caso di persistente inerzia della SO. RE. SA. la ricorrente potrà presentare istanza per la nomina di un commissario ad acta, che, fermi restando gli effetti della ritardata ottemperanza ai fini del pagamento dell'indennizzo sopra stabilito, adotterà i necessari provvedimenti in sostituzione della amministrazione inadempiente.

Gli oneri di lite seguono la soccombenza e pertanto sono posti a carico di SO. RE. SA. e sono liquidati in euro 2.000,00 oltre gli accessori di legge ,cui va aggiunto il rimborso alla S2i ITALIA dei contributi unificati versati, quantificati in euro 4.000,00, sulla cui restituzione la difesa della SO. RE. SA. non fornisce indicazioni .

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie il ricorso in epigrafe e per l'effetto ordina alla SO. RE. SA. di dare esatta ottemperanza alla sentenza Consiglio di Stato n. 3671/2011, affidando alla ricorrente il servizio in controversia per anni 6 secondo le modalità indicate in motivazione;dichiara nulli in parte qua i provvedimenti e la convenzione, quanto alla clausola che stabilisce la minor durata del servizio stesso; fissa nella misura di cui in motivazione l'indennizzo per l'eventuale ritardo di SO. RE. SA. nell'adempimento.

Pone a carico di SO. RE. SA. le spese di lite, liquidate a favore della ricorrente in euro 2.000,00, oltre gli accessori di legge ed euro 4.000,00 per rimborso di contributi unificati versati dalla ricorrente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/09/2012

IL SEGRETARIO

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