

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 7815/10, proposto dalla Ital Broker s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Mugnai e Raffaella Bonsangue e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via de Cestari n. 34,

contro

ISTAT- Istituto Nazionale di Statistica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

della Viras International Insurance Broker s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Scuotto, Gaetano Scuotto e Roberto Giugliano e con questi elettivamente domiciliati in Roma, viale Angelico n. 103 presso lo studio dell'avv. Massimo Letizia,

per l'annullamento

degli atti mediante i quali è stato aggiudicato alla controinteressata Viras International Insurance Broker s.p.a l'appalto per il servizio di consulenza e intermediazione assicurativa dell'Istat, nonché

per il risarcimento dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, da quantificarsi in corso di causa, fatta comunque salva la tutela in forma specifica;

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT);

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Viras International Insurance Broker s.p.a.;

Visto l'atto di motivi aggiunti, notificato il 24 settembre 2010 e depositato il successivo 4 ottobre 2010;

Viste le memorie prodotte dalle parti in causa costituite a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 23 febbraio 2011 il Consigliere Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 4 settembre 2010 e depositato il successivo 11 settembre l'Ital Broker s.p.a. ha impugnato gli atti mediante i quali è stato aggiudicato alla controinteressata Viras International Insurance Broker s.p.a l'appalto (sotto soglia), della durata di 60 mesi, del servizio di consulenza e intermediazione assicurativa dell'Istat, gara alla quale ha partecipato in R.T.I. costituendo con G.B.S. General Broker Service s.p.a. posizionandosi inizialmente terza in graduatoria e, dopo l'esclusione dell'aggiudicataria, seconda, dietro la Viras International Insurance Broker s.p.a..

2. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducendo:

a) Violazione e falsa applicazione art. 38, comma 1, lett. c), D.L.vo n. 163 del 2006 – Violazione dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica – Violazione e falsa applicazione art. 43 D.P.R. n. 445 del 2000 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Illegittimamente la controinteressata non ha reso la dichiarazione in relazione al sig. Luigi Bartalini, che aveva rivestito la carica di procuratore speciale della società nel triennio antecedente il 22 marzo 2010.

b) Violazione e falsa applicazione artt. 43, 71 e 75 D.P.R. n. 445 del 2000 – Sussistenza di dichiarazioni emendaci e mancata decadenza dai benefici – Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

La stazione appaltante non ha proceduto correttamente alla verifica del possesso dei requisiti previsti dal combinato disposto degli artt. 43 e 71 D.P.R. n. 445 del 2000.

3. Con atto di motivi aggiunti, notificato il 24 settembre 2010 e depositato il successivo 4 ottobre 2010, la ricorrente deduce nuovi motivi avverso il provvedimento di aggiudicazione, già gravato con l'atto introduttivo del giudizio.

Ha in particolare dedotto:

a) Violazione e falsa applicazione art. 88 D.L.vo n. 163 del 2006.

Illegittimamente l'Istat non ha richiesto per iscritto alla controinteressata i necessari chiarimenti ai fini di una puntuale valutazione dell'anomalia dell'offerta.

b) Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

L'offerta della controinteressata è anomala.

4. La ricorrente ha chiesto altresì il risarcimento dei danni subiti per effetto dell'illegittima aggiudicazione.

5. Si è costituito in giudizio dell'Istituto Nazionale di Statistica, che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

6. Si è costituita in giudizio la Viras International Insurance Broker s.p.a., che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

7. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

8. Con ordinanza n. 1453 del 21 ottobre 2010 è stata respinta l'istanza cautelare di sospensiva.

9. All'udienza del 23 febbraio 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo dedotto con l'atto introduttivo del giudizio la ricorrente afferma che l'aggiudicataria Viras International Insurance Broker s.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa per non aver reso la dichiarazione in relazione al sig. Luigi Bartalini, che aveva rivestito la carica di procuratore speciale della società nel triennio antecedente il 22 marzo 2010 (e, precisamente, dal 12 giugno 2006 all'11 novembre 2008).

Al fine del decidere occorre verificare se, nel caso in esame, si è in presenza di un generico conferimento di funzioni di rappresentanza negoziale ovvero di una procura che conferisce l'esercizio continuativo e generale di poteri gestori, con particolare riferimento alla materia degli appalti pubblici, atteso che solo nel secondo caso si è in presenza di soggetti ai quali può essere riconosciuta la suddetta qualità (Cons. Stato, Sez. VI, 12 ottobre 2006 n. 6089; id., sez. V, 28 giugno 2004 n. 4774; C.g.a. 26 luglio 2006 n. 399; T.A.R. Reggio Calabria, Sez. I, 22 novembre 2006 n. 1750; T.A.R. Molise 26 novembre 2004 n. 747; T.A.R. Palermo, Sez. II, 29 luglio 2004 n. 1741; T.A.R. Milano, Sez. III, 11 giugno 2003 n. 3086).

In altri termini, l'identificazione delle persone fisiche munite di poteri di rappresentanza, per le quali ai sensi dell'art. 38, comma 1, D.L.vo n. 163 del 2006 le società di capitali sono tenute a presentare una dichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti morali e professionali, deve essere effettuata non solo in base alle qualifiche formali rivestite, ma anche alla stregua dei poteri sostanziali attribuiti, con conseguente inclusione, nel novero dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, delle persone fisiche in grado di impegnare la società verso i terzi e dei procuratori ad negotia laddove, a prescindere dal nomen, l'estensione dei loro poteri conduca a qualificarli come amministratori di fatto.

Detta interpretazione del dettato legislativo affonda le sue radici nell'esigenza di evitare la partecipazione alle gare pubbliche di soggetti che non diano le garanzie di affidabilità morale e professionale necessarie ai fini della piena tutela dell'interesse pubblico (Cons. Stato, V Sez., 20 ottobre 2010 n. 7578; id. 9 marzo 2010 n. 1373; T.A.R. Sardegna, I Sez., 28 maggio 2010 n. 1361; T.A.R. Molise 10 marzo 2010 n. 172).

In questa verifica delle funzioni sostanziali, occorre aver riguardo al concreto assetto delle competenze quale delineato dallo statuto societario, riconoscendo dette funzioni a tutti coloro ai quali sia stato conferito un potere di amministrazione e rappresentanza nel senso sopra indicato (Cons. Stato, V Sez., 15 gennaio 2008 n. 36; id. 20 settembre 2005, n. 4856; T.A.R. Friuli Venezia Giulia 4 maggio 2009 n. 297).

Nel caso all'esame del Collegio, dalla visura storica della società controinteressata risulta che il sig. Luigi Bartalini era procuratore speciale titolare di poteri rappresentativi e gestionali della società di notevole ampiezza, potendo convenire e stipulare contratti di appalto relativi a brokeraggio assicurativo nonché rappresentare la società presso gli enti, pubblici e privati, anche in sede di gare per l'aggiudicazione del servizio di brokeraggio assicurativo. Al sig. Bartalini era concessa "ogni opportuna relativa facoltà" a tempo indeterminato.

Contrariamente a quanto afferma la controinteressata nella propria memoria difensiva, la dichiarazione in questione era prevista a pena di esclusione ai sensi del combinato disposto del bando di gara (pag. 3) e del disciplinare (pag. 1 ss). Neanche condivisibile è il richiamo alla teoria del cd. falso innocuo, atteso che nel caso in esame non è stata omessa la menzione, ad es., di una singola condanna ma l'intera dichiarazione ex art. 38 del Codice appalti riferita al sig. Bartalini.

Il primo motivo di ricorso deve dunque essere accolto, con la conseguenza che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa e, dunque, l'aggiudicazione annullata.

2. Considerato che l'appalto ha la durata di 60 mesi (cinque anni) e che, nonostante la reiezione dell'istanza cautelare, la fissazione pressoché immediata del ricorso per la decisione di merito ha impedito che lo stesso avesse lunga esecuzione, il Collegio dichiara l'inefficacia del contratto per la parte non ancora eseguita.

3. Quanto, infine, alla richiesta di risarcimento danni per mancato affidamento dell'appalto, la stessa va accolta ma limitatamente al periodo di contratto eseguito dalla controinteressata e alla duplice condizione che: a) a seguito dell'esclusione di quest'ultima, la ricorrente sia

dichiarata aggiudicataria, a conclusione della verifica del possesso dei requisiti di ammissione richiesti dalla lex specialis, e b) dimostri di non aver potuto utilizzare nel suddetto periodo personale e attrezzature per altri analoghi servizi in quanto riservati all'appalto oggetto della gara, "in vista di una sicura aggiudicazione" (così Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2010 n. 7004, cui adde Tar Bari, sez. II, 7 maggio 2010 n. 1750; Tar Catania, sez. III, 8 aprile 2010 n. 1050).

Nella sussistenza di dette condizioni il risarcimento va commisurato al 10% dell'importo a base d'asta, come ribassato dall'offerta presentata (Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2010 n. 7132; id., sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143); la somma così calcolata, costituendo oggetto di debito di valore, va incrementata con la rivalutazione monetaria dal giorno in cui è stato stipulato il contratto con l'impresa illegittima aggiudicataria, sino alla pubblicazione della presente sentenza (a decorrere da tale momento, in conseguenza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta); spettano, inoltre, gli interessi nella misura legale dalla data di pubblicazione della sentenza di condanna fino al soddisfo effettivo.

Va invece disattesa la richiesta risarcitoria per danno curriculare, per esso intendendosi quello che deriva dalla perdita da parte dell'impresa partecipante della possibilità di arricchire il proprio curriculum professionale e potenziare la propria presenza sul mercato in conseguenza dell'illegittima sua esclusione dalla gara pubblica ovvero dall'illegittimo affidamento dell'appalto ad altro concorrente; postula cioè l'impossibilità di raggiungere l'obiettivo al quale tendeva con l'istanza di partecipazione alla procedura comparativa (Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3144) e cioè l'aggiudicazione dell'appalto, che nel caso in esame è invece risultato che la ricorrente potrà ottenere ove la verifica del possesso dei requisiti di ammissione si concluda in senso per essa favorevole.

4. Per le ragioni che precedono il ricorso deve essere accolto.

Quanto alle spese di giudizio, può disporsene l'integrale compensazione fra le parti costituite, stante il diverso esito della fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'impugnata aggiudicazione. Dichiarà l'inefficacia del contratto nei sensi di cui in motivazione. Accoglie, nei sensi di cui in motivazione, la richiesta di risarcimento danni.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Maria Luisa De Leoni, Presidente FF

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere