

N. 01738/2011REG.PROV.COLL.
N. 03385/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 3385 del 2010, proposto da:

Istituto di Vigilanza della Provincia di Frosinone Securpol s.r.l.,
rappresentato e difeso dall'avv. Graziano Savo, con domicilio eletto presso
Anna Maria Venchi in Roma, viale Mazzini n. 142;

contro

Comune di Frosinone, n.c.; Ministero della Giustizia, rappresentato e
difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato domiciliata per legge in Roma,
via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

Deltapol Sud Soc. Coop., Istituto di Vigilanza Metropol Frosinone Servizi
di Sicurezza S.r.l. (Gruppo Securitas), Istituto di Vigilanza Città di Cassino
S.r.l. - Metronotte - (Gruppo Securitas), Istituto di Vigilanza Controlpol
Servizi di Sicurezza S.r.l., n.c.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA:
SEZIONE I n. 01263/2009, resa tra le parti, concernente

AGGIUDICAZIONE GARA PER AFFIDAMENTO SERVIZIO DI
VIGILANZA PRESSO IL PALAZZO DI GIUSTIZIA DI
FROSINONE - RIS. DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2010 il Cons.
Bernhard Lageder e uditi per le parti l'avvocato Savo e l'avvocato dello
Stato Borgo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il T.A.R. per il Lazio respingeva il ricorso n. 650 del 2002, affidato a sette motivi, proposto dall'istituto di vigilanza Securpol s.r.l. avverso gli atti di gara – segnatamente, avverso la deliberazione della giunta comunale di Frosinone n. 541 del 31 dicembre 2001, la lettera d'invito, il capitolato speciale e l'atto dirigenziale di aggiudicazione alla Deltapol Sud s.c.p.a. r.l. n. 77 del 15 marzo 2002 – inerenti alla procedura ristretta per l'affidamento (di durata annuale, con facoltà di proroga per un anno ulteriore) del servizio di vigilanza presso il palazzo di giustizia di Frosinone indetta con la citata delibera comunale n. 541/2001 col sistema del maggior ribasso sul prezzo a base d'asta (fissato all'importo giornaliero di euro 223,55 + IVA), nel rispetto della c.d. tariffa prefettizia di legalità. Avendo le imprese concorrenti proposto ribassi identici (sostanzialmente corrispondenti alla tariffa prefettizia diminuita della fascia di oscillazione ammessa), la vincitrice era stata individuata mediante sorteggio ai sensi dell'art. 77 r.d. 23 maggio 1924, n. 827.

2. Per quanto qui interessa (tenuto conto dei limiti oggettivi del *devolutum*),

il T.A.R. disattendeva, segnatamente, il quarto e quinto motivo di ricorso – con i quali la ricorrente aveva censurato l'illegittima mancata esclusione dell'aggiudicataria Deltapol Sud s.c.p.a. r.l. dalla gara, per aver la stessa presentato autodichiarazioni di regolarità contributiva e fiscale rivelatesi false, come da documentazione allegata al ricorso –, sulla base del triplice rilievo (i) che, a fronte della mancata costituzione in giudizio della stazione appaltante (Comune di Frosinone), sarebbe rimasto oscuro, se dette autodichiarazioni siano state, o meno, sottoposte a verifica dal Comune, (ii) che la documentazione allegata al ricorso a supporto dell'asserita falsità delle autodichiarazioni non si riferirebbe all'aggiudicataria Deltapol Sud s.c.p.a. r.l., ma a società diversa, e precisamente alla Deltapol Frosinone s.r.l., irrilevante essendo la circostanza della coincidenza in capo alla stessa persona fisica della carica di legale rappresentante in seno alle due società, e (iii) che dalle certificazioni prodotte dall'aggiudicataria, sebbene relative ad epoca successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, risulterebbe la sua regolarità contributiva e fiscale.

3. Avverso tale sentenza proponeva appello la Securpol s.r.l., impugnando la statuizione di reiezione del quarto e quinto motivo del ricorso in primo grado e deducendo al riguardo le seguenti censure: a) violazione del principio di non contestazione e dell'art. 116 c.p.c. in relazione alla questione di fatto attinente alla richiesta di verifica delle autodichiarazioni di regolarità contributiva e fiscale; b) erroneo mancato riferimento temporale delle certificazioni prodotte dall'aggiudicataria alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Chiedeva dunque, in riforma della gravata sentenza, l'annullamento degli atti impugnati in primo grado e il risarcimento dei danni per equivalente, oltre agli accessori.

4. Si costituiva il Ministero della Giustizia con comparsa di stile, mentre omettevano di costituirsi il Comune di Frosinone e i controinteressati.

5. All'udienza pubblica del 9 novembre 2010 la causa veniva trattenuta in

decisione.

DIRITTO

1. Premesso che il *devolutum* è ristretto al quarto e quinto motivo del ricorso in primo grado, non essendo impugnate le statuizioni di rigetto relative agli altri motivi, si osserva nel merito che i due motivi d'appello sono fondati e meritano accoglimento.

1.1. Il primo motivo di gravame, di cui sopra *sub* 3.a), investe la gravata sentenza nella parte in cui, dopo aver affermato l'ammissibilità, *ex art.* 12, comma 2, d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157 – applicabile *ratione temporis* alla fattispecie dedotta in giudizio –, dell'autodichiarazione relativa alla regolarità contributiva e fiscale, statuisce testualmente che “*ciò ovviamente non esclude che la stazione appaltante potesse (e anzi dovesse) procedere in un secondo tempo a una verifica acquisendo la pertinente certificazione da parte dell'ente di riferimento; nella fattispecie, non essendosi il comune di Frosinone costituito, non è noto se verifiche siano state eseguite e quale sia stato il loro esito*”.

Premesso che resta fermo, per l'impresa concorrente divenuto aggiudicataria, l'obbligo di presentare la certificazione di regolarità contributiva di cui all'art. 3, comma 8, d. lgs. 14 agosto 1996, n. 494 e succ. mod. (nella versione applicabile *ratione temporis* alla fattispecie *sub iudice*), in funzione della correlativa verifica ad opera della stazione appaltante, si rileva che dalla mancata costituzione in giudizio di quest'ultima non può certo inferirsi l'infondatezza, per carenza di prova, della censura volta a denunciare l'omessa verifica dei requisiti di regolarità contributiva in capo all'aggiudicataria, pena l'introduzione di una sorta d'inversione dell'onere della prova desunta dal comportamento processuale (mancata costituzione in giudizio) della stessa parte onerata della relativa prova, con un inammissibile sovvertimento dei principi che presiedono alla distribuzione dell'onere della prova, non potendosi alla mancata costituzione di una parte in giudizio attribuire alcuna valenza sul piano probatorio, né in senso alla

stessa sfavorevole, né, tantomeno (come invece assunto dai primi giudici), in senso ad essa favorevole.

1.2. Ferma dunque la persistente necessità del raggiungimento della prova positiva della sussistenza dei requisiti della regolarità contributiva e fiscale in capo all'impresa aggiudicataria, si osserva che merita accoglimento anche il secondo motivo di gravame, di cui sopra *sub* 3.b), riferendosi invero i certificati di regolarità contributiva INPS e INAIL, prodotti dall'aggiudicataria e originaria controinteressata (v. doc. 13 e 14 del fasc. di parte di primo grado della Deltapol Sud s.c.p.a. r.l.), a periodo successivo alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, mentre il requisito della regolarità contributiva deve sussistere sin dalla presentazione della domanda e persistere per tutto lo svolgimento della procedura fino alla stipulazione del contratto, trattandosi di requisito di natura c.d. soggettiva o generale inerente all'affidabilità morale e professionale dell'impresa, e dunque di requisito di natura dinamica suscettibile di evoluzione nel tempo, per il quale non è ipotizzabile un meccanismo statico di accertamento come avviene per i requisiti c.d. oggettivi.

1.3. Sebbene la ricorrente e odierna appellante non fosse riuscita a dimostrare la falsità delle autodichiarazioni dell'aggiudicataria, riferendosi invero i documenti a tal fine prodotti a società diversa e distinta da quest'ultima (ossia, alla Deltapol Frosinone s.r.l.), ciò nondimeno, in difetto di prova della verifica del requisito in esame da parte della stazione appaltante e della relativa sussistenza in capo all'aggiudicataria, incombente alla stazione appaltante e alla controinteressata aggiudicataria, in riforma della gravata sentenza deve affermarsi l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della Deltapol Sud s.c.p.a. r.l., con conseguente correlativa pronuncia di accertamento ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.a., essendo il contratto nelle more stato interamente eseguito.

2. L'accoglimento dell'appello comporta l'ingresso dell'esame della domanda di risarcimento dei danni, proposta sin dall'atto introduttivo di primo grado.

Premesso che nella sopra accertata illegittimità degli atti di gara è, indubbiamente, ravvisabile un comportamento colposo della stazione appaltante, attesa la palese negligenza dell'omessa verifica dei requisiti di regolarità contributiva in capo all'impresa aggiudicataria, escludente l'errore scusabile, si osserva che, a fronte dell'intervenuta esecuzione del contratto, vanno riconosciuti i danni per equivalente, da liquidare con pronuncia *ex art. 34, comma 4, c.p.a.*

2.1. A titolo di danno emergente, vanno riconosciute le spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara, che in via equitativa possono essere liquidate nel richiesto importo forfettario di euro 1.000,00.

Il riconoscimento del danno emergente discende dall'art. 1223 c.c. (peraltro richiamato dall'art. 2056 c.c.), in base al quale il risarcimento deve comprendere sia la perdita subita che il mancato guadagno.

In caso di partecipazione alla gara, l'illegittimità degli atti di gara per fatto imputabile alla stazione appaltante, che – come nel caso di specie – pregiudichi all'impresa concorrente *ab imis* la possibilità di aggiudicazione, determina di per sé l'inutilità della spesa dalla stessa sostenuta proprio a tale scopo, sicché a norma dell'art. 1223 c.c. ne deve rispondere la stazione appaltante, la quale, con la sua condotta illegittima, abbia vanificato la funzione causale che sorregge l'onere della spesa di partecipazione alla gara (v. in tal senso, di recente, C.d.S., Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6544; Cass. Civ., Sez. II, 31 agosto 2005, n. 17562; Cass. Civ., Sez. III, 7 ottobre 2002, n. 14744).

2.2. Quanto al lucro cessante – corrispondente all'utile che l'appellante avrebbe conseguito dall'esecuzione del servizio –, si ritiene congrua una liquidazione nella misura del 5% del prezzo ribassato del 10% (a tale

percentuale ammontando il ribasso offerto da tutti le imprese partecipanti, compresa l'appellante), versandosi invero in fattispecie di prezzo vincolato (tariffe prefettizie), con un utile presumibilmente inferiore alla misura ordinaria del 10 %.

Nel caso di specie, non può invece farsi ricorso al criterio della minor somma tra utile desumibile dall'offerta economica e utile presunto, in quanto tutte le imprese partecipanti alla gara (compresa l'appellante) hanno formulato offerte economiche non analitiche, bensì alquanto generiche, limitandosi a offrire un ribasso del 10 %, nei limiti di oscillazione consentiti dalle tariffe prefettizie.

Ammontando il prezzo base d'asta ad euro 223,55 (+ IVA) giornalieri, il lucro cessante, calcolato su tale importo, dovrà essere moltiplicato per il numero dei giorni di durata effettiva del contratto (compresa l'eventuale proroga) intercorso con l'aggiudicataria (durata effettiva, che non risulta dagli atti, per cui s'impone il ricorso al sistema liquidatorio di cui all'art. 34, comma 4, c.p.a.).

A titolo di danno curriculare – pure richiesto dall'appellante –, si reputa equo riconoscere un importo pari all'1% sul prezzo ribassato.

Essendo state ammesse al sorteggio (*ex art. 77 r.d. 23 maggio 1924, n. 827*) quattro imprese, e dovendosi escludere l'aggiudicataria, le *chance* di aggiudicazione in favore dell'appellante sono quantificabili in una percentuale del 33,33%, per cui il lucro cessante e il danno curriculare dovranno essere liquidati nella misura del 33,33% degli importi risultanti dai relativi calcoli secondo i criteri sopra determinati.

2.3. L'onere della prova dell'eventuale *aliunde perceptum* (ad es., in conseguenza dell'impiego dei dipendenti in altri servizi) grava a carico della stazione appaltante, la quale nulla ha allegato sul punto, sicché non può farsi luogo ad alcuna decurtazione a tale titolo.

2.4. Trattandosi di debito di valore, va riconosciuta la rivalutazione

monetaria secondo gli indici ISTAT, da calcolare di giorno in giorno sui danni come sopra liquidati, con decorrenza dalla data di stipula del contratto con l'aggiudicataria, fino alla data di deposito della presente decisione.

2.5. Sull'importo così rivalutato spettano gli interessi legali dalla data di deposito della presente sentenza all'effettivo soddisfo (cfr., in tal senso, C.d.S., Sez. V, 10 febbraio 2010, n. 691, e 30 luglio 2008, n. 3806).

2.6. La somma dovuta a titolo risarcitorio, secondo i criteri sopra indicati, dovrà essere liquidata ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., entro il termine di 60 giorni dalla comunicazione o notificazione, ove anteriore, della presente sentenza.

3. In applicazione dei criteri della causalità e della soccombenza, le spese del doppio grado, meglio liquidate in parte dispositiva, vanno poste a carico dell'appellato Comune di Frosinone.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, dichiara l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della Deltapol Sud Cooperativa a r.l. Condanna il Comune di Frosinone al risarcimento del danno in favore dell'appellante, nella misura e con le modalità di cui in motivazione, nonché alla rifusione, in favore della stessa appellante, delle spese del doppio grado, che si liquidano nell'importo complessivo di euro 3.500,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/03/2011

IL SEGRETARIO

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