

N. 05279/2012REG.PROV.COLL.  
N. 01901/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1901 del 2011, proposto dalla s.r.l. Aldo Tarricone Sicurezza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Tommaso Di Gioia, con domicilio eletto presso Giorgio Assumma in Roma, via Nicotera, 29;

*contro*

l'Agenzia regionale per il diritto allo studio universitario (A.DI.S.U.) - Puglia, già Ente regionale per il diritto allo studio universitario (E.DI.S.U.) - Puglia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Pezzuto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

l'Istituto di Vigilanza il Faro s.r.l. e l'Istituto di Vigilanza Palumbo s.r.l., non costituite in giudizio nel presente grado;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI, SEZIONE I, n. 3977/2010, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA DELLA GARA PER IL SERVIZIO DI VIGILANZA ARMATA

## DEGLI EDIFICI DELL'A.DI.S.U. - RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agenzia regionale per il diritto allo studio universitario (A.DI.S.U.) - Puglia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2012 il Cons. Bernhard Lageder e uditi per le parti l'avvocato Di Donna, per delega dell'avvocato Di Gioia, e l'avvocato Pezzuto.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il T.a.r. per la Puglia respingeva (a spese compensate) il ricorso n. 1272 del 2009, proposto dalla *Aldo Tarricones.r.l.*, seconda classificata, avverso gli atti di gara – segnatamente avverso l'atto dirigenziale di aggiudicazione all'a.t.i. costituenda tra *Faro s.r.l.* (quale mandataria capogruppo) e *Vigilanza Palumbo s.r.l.* (quale mandante) del 18 maggio 2009 –, inerenti alla gara per l'affidamento (di durata triennale) del servizio di vigilanza armata e di portierato presso le strutture dell'Agenzia regionale per il diritto allo studio universitario (A.DI.S.U.) Puglia, col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa e al prezzo base d'asta di euro 1.830.000,00 (con suddivisione in due lotti, di cui il lotto 1 “vigilanza armata” al prezzo base di euro 1.500.000,00, e il lotto 2 “servizio di portierato” al prezzo base di euro 330.000,00).

La ricorrente e le controinteressate avevano partecipato alla gara per l'affidamento del lotto 1 “vigilanza armata”, per cui a tale lotto è limitata la presente controversia.

Il ricorso era affidato a tre motivi, tra cui – per quanto qui interessa, tenuto conto dei limiti del *devolutum* – alla censura dell'illegittima mancata

esclusione dell'a.t.i. prima classificata per violazione del divieto di intestazione fiduciaria e dei correlativi obblighi informativi di cui al combinato disposto degli artt. 38, comma 1, lett. d), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e 17, comma 3, l. 19 marzo 1990, n. 55, in quanto l'associata *Vigilanza Palumbo s.r.l.* annoverava tra i propri soci la *Aletti Fiduciaria s.p.a.*, autorizzata quale società fiduciaria ai sensi della l. 23 novembre 1939, n. 1966 (il cui art. 1, comma 1, enuncia la seguente definizione normativa: *“Sono società fiduciarie e di revisione e sono soggette alla presente legge quelle che, comunque denominate, si propongono, sotto forma di impresa, di assumere l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni?”*), omettendo di segnalarne la presenza e così impedendo alla stazione appaltante di ottenere ogni informazione utile riguardo all'identità dei fiduciari.

L'adito T.a.r. respingeva tale motivo sulla base dei seguenti rilievi:

- alla luce della disciplina legislativa e in difetto di uno specifico riferimento nel bando di gara, l'onere di comunicazione relativo alle intestazioni fiduciarie non può farsi risalire né al momento della domanda di partecipazione alla gara, né alla fase della relativa ammissione e a quella di selezione dei concorrenti, ma tale onere diventa attuale solo dopo l'aggiudicazione, in prospettiva di stipulazione del contratto;
- *“(..). non si può ritenere che i rilievi della ricorrente possano propriamente riferirsi alla procedura di gara fino all'aggiudicazione definitiva e, pertanto, la doglianza, come formulata in ricorso, tendente ad accertare che la A.T.I. aggiudicataria dovesse per tali motivi essere esclusa dalla gara, dev'essere disattesa (...)”* (v. così, testualmente, a p. 7 dell'impugnata sentenza);
- l'ampliamento della censura con riguardo alla fase successiva all'aggiudicazione (e alla stipula del contratto, avvenuta il 25 giugno 2009) è contenuto solo nella memoria del 16-18 ottobre 2010, non notificata alle controparti, ed è dunque inammissibile;

- “(...) l'atto negoziale e il perfezionarsi del relativo presupposto, costituito dall'avverarsi dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, a seguito della verifica del possesso dei prescritti requisiti, (...) non sono stati in alcun modo coinvolti nell'azione promossa dalla Aldo Tarricone, né in sede civile, né in questa sede (...)” (v. così, testualmente, a pp. 7 e 8 dell'appellata sentenza).

2. Avverso tale sentenza proponeva appello la *Aldo Tarricone Sicurezza s.r.l.*, censurando l'erronea e la travisata interpretazione del ricorso introduttivo di primo grado, nel cui ambito la censura della violazione degli obblighi informativi era riferita anche alla fase successiva all'aggiudicazione, nonché l'erronea affermazione della necessità di proporre motivi aggiunti, essendo la censura stata tempestivamente articolata nel ricorso.

Nel merito, l'appellante si doleva dell'erronea applicazione della disciplina normativa al caso concreto, avendo la *Vigilanza Palumbo s.r.l.* violato entrambi gli oneri previsti dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 (peraltro, richiamato nel bando) in combinata lettura con l'art. 17 l. n. 55 del 1990, cioè sia l'onere di comunicare l'esistenza di una società fiduciaria, a pena di esclusione, sin dalla domanda di partecipazione, sia l'onere di comunicare i nominativi dei fiducianti dopo l'aggiudicazione e prima della stipula del contratto.

L'appellante impugnava, infine, anche la statuizione reiettiva della domanda risarcitoria, censurata come erronea per effetto dell'erronea esclusione dell'illegittimità degli atti impugnati e della conseguente ingiustizia del danno.

L'appellante chiedeva dunque, in riforma della gravata sentenza, l'accoglimento del ricorso di primo grado e riproponeva la domanda di risarcimento dei danni, oltre agli accessori.

3. Si costituiva l'appellata *A.DI.S.U. Puglia*, contestando la fondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione. L'Amministrazione riproponeva espressamente l'eccezione di carenza di giurisdizione, già sollevata in primo

grado ma non esaminata dal T.a.r., sotto il profilo che l'obbligo informativo *ex adverso* reclamato ineriva alla fase esecutiva del rapporto contrattuale, con conseguente sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario.

4. Sebbene ritualmente evocate in giudizio, le originarie controinteressate non si sono costituite in giudizio nel presente grado.

5. Con ordinanza collegiale n. 752/2012 del 15 febbraio 2012, questa Sezione ha disposto l'acquisizione, dalla stazione appaltante, di un'articolata relazione, dalla quale risultasse:

- se e quando la *Aletti Fiduciaris.p.a.* abbia dato effettivo riscontro alla richiesta della *Vigilanza Palumbo s.r.l.* (costituita in a.t.i. con *Faro s.r.l.*) del 14 agosto 2009, di comunicare alla stazione appaltante l'identità dei fiducianti;
- quale sia la relativa documentazione;
- lo stato di esecuzione del contratto stipulato con l'aggiudicataria il 25 giugno 2009.

L'Amministrazione ha eseguito l'ordinanza con la nota del 13 aprile 2012, esponendo che ad essa non risultavano comunicazioni da parte della *Aletti Fiduciaria s.p.a.* in ordine all'identità dei fiducianti (così come richiesto dalla *Vigilanza Palumbo s.r.l.* in data 14 agosto 2009), e che il rapporto contrattuale, sorto sulla base di atto stipulato il 25 giugno 2009 e in corso di avanzata esecuzione, sarebbe venuto a scadenza il 25 giugno 2012.

6. All'udienza pubblica del 12 giugno 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

7. Premesso che il *devolutum* è limitato al primo motivo del ricorso in primo grado, disatteso dal T.a.r., mentre non sono state impugnate le statuizioni di rigetto relative agli altri motivi, si osserva nel merito che l'appello è fondato.

7.1. Meritano, in primo luogo, accoglimento le censure di natura processuale relative all'erronea e travisata interpretazione del ricorso di primo grado.

Premesso che l'interpretazione del ricorso introduttivo va compiuto sia avendo riguardo alla sua letterale formulazione, sia al sostanziale contenuto del *petitum* e delle ragioni dedotte a suffragio, tenendo conto delle finalità perseguite nel giudizio, si osserva che da una lettura sia testuale che sistematica del ricorso di primo grado emerge in modo chiaro ed univoco che la censura di inosservanza degli obblighi di informativa con riguardo alla presenza di una società fiduciaria e all'identità dei fiducianti è stata dedotta sia sotto il profilo della violazione dei menzionati obblighi al momento della presentazione della domanda, sia sotto il profilo della persistenza della correlativa condotta di 'occultamento' anche dopo l'aggiudicazione e, persino, dopo la stipula del contratto, onde dedurre l'illegittimità dell'aggiudicazione e l'invalidità del contratto.

Infatti, a p. 6 del ricorso di primo grado è stato dedotto testualmente: "(...) *L'aver taciuto dell'esistenza di una fiduciaria anche dopo l'aggiudicazione, non mettendo in grado la stazione appaltante di conoscere tempestivamente l'identità dei fiducianti, ha altresì determinato la radicale ed insanabile illegittimità dell'aggiudicazione e/o del contratto, con la conseguenza che l'attuale ricorrente ha diritto a vedersi aggiudicare la gara (...)*".

Ne deriva che non possono essere condivisi i sopra riportati rilievi processuali, contenuti nell'impugnata sentenza, circa la mancata compiuta formulazione della domanda con riguardo all'atto negoziale e alla fase antecedente e rispettivamente successiva all'aggiudicazione, e circa l'assunta necessità della formulazione di ricorso per motivi aggiunti, coprendo invero il *petitum* e la *causa petendi*, enucleabili dal ricorso introduttivo, in ogni caso – qualunque fosse la fase (anteriore o successiva all'aggiudicazione) investita dagli effetti escludenti (su cui v. *infresub* 7.2.) scaturenti dalla violazione dell'obbligo informativo entro il termine di legge – anche i profili di domanda erroneamente ritenuti esclusi dal T.a.r.

7.2. Fondato è, altresì, il motivo d'impugnazione, con cui l'appellante

censura l'erronea ricostruzione ed applicazione della disciplina normativa che nel caso di specie viene in rilievo.

7.2.1. Giova al riguardo premettere, in linea di diritto, che l'art. 17, comma 3, l. 19 marzo 1990, n. 55 (recante "*Nuove disposizioni in materia di prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*"), nella sua formulazione originaria vietava la partecipazione alle gare concernenti opere pubbliche in caso intestazioni fiduciarie ad interposte persone.

Sulla base dell'art. 17, comma 3, l. n. 55 del 1990, è stato emanato il regolamento ivi previsto, con il d.P.C.M. 11 maggio 1997, n. 187, il cui art. 1, comma 1, ha posto un obbligo informativo a carico delle società aggiudicatrici di opere pubbliche, "*(...) prima della stipula del contratto (...)*", concernente la propria composizione societaria, comprese eventuali intestazioni fiduciarie (collegato all'onere, stabilito dal successivo art. 4, comma 1, di farle cessare entro novanta giorni dall'entrata in vigore del decreto, al fine di poter legalmente contrarre con le pubbliche amministrazioni).

In seguito, l'art. 9, comma 63, l. 18 novembre 1998, n. 415, ha ristretto l'ambito del divieto originario, distinguendo la posizione delle fiduciarie autorizzate ai sensi della l. 23 novembre 1939, n. 1966, per le quali è stato previsto il solo obbligo a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiducianti, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari.

L'art. 17, comma 3, l. n. 55 del 1990, in seguito alla citata modifica, prevede dunque due differenti situazioni:

- un divieto assoluto di intestazione fiduciaria per le società non autorizzate, che comporta l'immediata esclusione dalla gara;
- un mero obbligo comunicativo per le società autorizzate, susseguente all'aggiudicazione e dunque da assolversi a seguito di essa e prima della

stipula del contratto, nel rispetto del termine di legge.

L'art. 38, comma 1 lett. *d*), d.lgs. n. 163 del 2006, tramite il rinvio all'art. 17 l. n. 55 del 1990 nel testo modificato dalla l. n. 415 del 1998, ne recepisce entrambe le previsioni, in tal modo configurando non solo l'interposizione fiduciaria di società non autorizzata, ma anche il mancato assolvimento all'obbligo informativo in caso di società autorizzata, come causa di esclusione dalla gara, sancendo i conseguenti divieti di aggiudicazione e di stipula del contratto (la novella apportata al comma 1, lett. *d*), dell'art. 38 dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, si limita a circoscrivere temporalmente la durata e la decorrenza della causa di esclusione – a un anno a partire dall'accertamento definitivo della violazione –, senza modificare gli elementi costitutivi della fattispecie escludente).

Le due ipotesi si diversificano esclusivamente per la diversa modulazione temporale – preventiva nella prima, e rispettivamente successiva all'aggiudicazione nella seconda – della verifica dei requisiti generali di partecipazione, ma concettualmente rientrano entrambe nel novero delle cause di esclusione per carenza dei requisiti di partecipazione, e dunque ineriscono alla fase di evidenza pubblica e non già a quella dell'esecuzione del contratto, con conseguente infondatezza dell'eccezione di carenza di giurisdizione sollevata dall'Amministrazione appellata.

Se, poi, si pone mente alla *ratio* sottesa alla disciplina in esame, volta a consentire alle amministrazioni appaltanti di aver sempre certezza della reale identità dei propri contraenti, prevenendo così il rischio di infiltrazioni occulte delle organizzazioni criminali nell'esecuzione dei pubblici appalti, la correlativa verifica, anche se da compiere, nella seconda delle menzionate ipotesi, dopo l'aggiudicazione (ma pur sempre prima della stipula del contratto), è espressione di un potere autoritativo (e, allo stesso tempo, di uno specifico dovere) di valutazione dei requisiti soggettivi dei contraenti,

idoneo ad incidere – nel caso di esito negativo – in senso caducante sull'aggiudicazione e sul contratto, con conseguente attrazione della relativa controversia, anche sotto il profilo in esame, nell'orbita di giurisdizione del giudice amministrativo (v. sul punto, in fattispecie analoghe, Cass., Sez. Un., 29 agosto 2008, n. 21928; C.d.S., Sez. VI, 26 ottobre 2005, n. 5981).

Correlativamente, la mancanza della doverosa valutazione (e della dovuta esclusione dalla gara) comporta che la determinazione di procedere alla stipula del contratto vada qualificata come un vero e proprio 'atto amministrativo implicito' sulla effettiva sussistenza dei relativi presupposti, dunque quale atto espressivo di una funzione pubblica, impugnabile in sede di legittimità (ove si intenda contestare tale sussistenza) e il cui annullamento è ugualmente in grado di caducare il contratto *medio tempore* stipulato, in considerazione dei principi comunitari e nazionali, applicabili in materia.

Si aggiunga, sul piano del diritto sostanziale, che il rinvio all'art. 17 l. n. 55 del 1990, operato dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 in sede di disciplina dei requisiti di ordine generale ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti di lavori, forniture e servizi, previsti a pena di esclusione e, in caso di mancato possesso, ostativi alla stipula del contratto, vale ad escludere ogni dubbio sull'eventuale restrizione dell'ambito di applicazione del citato art. 17 al solo settore dei lavori, che poteva sorgere dall'isolata lettura di tale disposizione di legge (per il suo richiamo all'appalto di "*opere pubbliche*").

Rileva al riguardo l'art. 16 lett. c) del bando di gara, che in ogni caso richiedeva ai concorrenti, tra "*le condizioni minime di partecipazione*", "*(...) di non trovarsi in alcuna causa di esclusione di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/06 (...)*", contenendo dunque una correlativa espressa comminatoria di esclusione.

Inoltre, per quanto si esporrà *infra sub* 7.2.2., nel caso specie si verte in presenza di una condotta elusiva della regola di partecipazione posta dal

combinato disposto degli artt. 38, comma 1, lett. *d*, d.lgs. n. 163 del 2006 e 17 l. n. 55 del 1990, nonché di dichiarazione inaffidabile (in quanto in parte inveritiera e in parte incompleta) resa in sede di domanda di partecipazione alla gara, sicché la correlativa violazione doveva comportare l'esclusione dell'a.t.i. aggiudicataria dalla gara ed ostava alla stipulazione del contratto.

Dunque, la mancata emanazione del provvedimento di esclusione, nonché il connesso provvedimento implicito che ha consentito la stipula del contratto in luogo dell'esclusione dalla gara, si sono posti in violazione con la sopra richiamata normativa di settore.

7.2.2. In punto di fatto, si premette che il termine di partecipazione alla gara era fissato al 19 gennaio 2009, l'aggiudicazione definitiva è stata disposta il 18 maggio 2009, il contratto è stato stipulato il 25 giugno 2009 e il ricorso introduttivo di primo grado è stato notificato il 17 luglio 2009 (sia alla stazione appaltante, sia alle società componenti dell'a.t.i. aggiudicataria). Dall'esame della documentazione acquisita al giudizio, emerge quanto segue:

(i) il legale rappresentante della *Vigilanza Palumbo s.r.l.* (mandante nell'ambito dell'a.t.i. con la capogruppo mandataria *Faro s.r.l.*), nella domanda di partecipazione del 15 gennaio 2009, ha specificamente dichiarato “(...) *di non trovarsi in una delle cause di esclusione di cui all'art. 38 lett. a) b) c) d) e) f) g) h) i) l) m) del D.Lgs. 163/2006 e s. m. (...)*”;

(ii) non risulta che nei confronti della stazione appaltante sia stato dichiarato che alla *Vigilanza Palumbo s.r.l.* partecipava, quale socio, una società fiduciaria (autorizzata ai sensi della l. 23 novembre 1939, n. 1966), e precisamente la *Aletti Fiduciaria s.p.a.*, detentrici della quota del 40% (tale ultima circostanza, peraltro non contestata, risulta comprovata dalla visura storica della Camera di commercio I.A.A. di Bari, prodotta dall'odierna appellante *sub* doc. 11 del fascicolo di primo grado);

(iii) né è rimasto comprovato che la partecipazione della società

fiduciaria emergesse dalla documentazione allegata alla domanda di partecipazione alla gara (v. doc. 10, prodotto in giudizio dall'*A.DI.S.U. Puglia* sotto la rubrica “*Copia della domanda di partecipazione e dichiarazione requisiti presentata dalla Vigilanza Palumbo s.r.l. e dalla Faro s.r.l. il 16.1.2009, e relativi allegati*”) o prodotta in sede procedimentale ai fini dell’aggiudicazione definitiva e della stipula del contratto (v. doc. 14 e 15, prodotti in giudizio dall'*A.DI.S.U. Puglia* sotto le rubriche “*Copia della documentazione consegnata dall’A.T.I. Faro s.r.l. e Vigilanza Palumbo s.r.l. il 4.6.2009 e relativi allegati*” e rispettivamente “*Copia della documentazione consegnata dall’A.T.I. Faro s.r.l. e Vigilanza Palumbo s.r.l. il 28.4.2009 e relativi allegati*”).

Infatti, dal certificato camerale del 24 aprile 2009 relativo alla *Vigilanza Palumbo s.r.l.* – nel quale peraltro manca la p. 3/6 –, prodotto dalla stazione appaltante *sub* doc. 15, non risulta la compartecipazione della *Aletti Fiduciaria s.p.a.*;

(iv) la *Vigilanza Palumbo s.r.l.* solo il 14 agosto 2009 – e dunque ampiamente oltre la data di stipulazione del contratto (25 giugno 2009), e sin’anche dopo la notifica del ricorso introduttivo di primo grado (17 luglio 2009) –, in violazione del termine stabilito dal sopra richiamato d.P.C.M. 11 maggio 1997, n. 187, ha invitato la *Aletti Fiduciaria s.p.a.* a comunicare alla stazione appaltante l’identità del fiduciante nel cui interesse deteneva le quote dell’aggiudicataria (v. nota del 14 agosto 2009, prodotta dall’originaria controinteressata *sub* doc. 6 del relativo fascicolo di primo grado);

(v) dalla relazione dell'*A.DI.S.U. Puglia* del 13 aprile 2012, redatta in esecuzione dell’ordinanza istruttoria di questa Sezione n. 752/2012 del 15 febbraio 2012, è dato evincere che la *Aletti Fiduciaria s.p.a.* sino allora (13 aprile 2012) ha omesso di comunicare alla stazione appaltante l’identità dei fiducianti (come richiesto dalla *Vigilanza Palumbo s.r.l.* con la nota del 14 agosto 2009);

(vi) soltanto il 21 maggio 2012 la difesa dell’Amministrazione appellata ha

dimesso in giudizio una comunicazione via fax, trasmessa il 14 maggio 2012 – e dunque in prossimità della scadenza del rapporto contrattuale (25 giugno 2012) – dall'a.t.i. aggiudicataria alla stazione appaltante, con allegata nota della *Aletti Fiduciaria s.p.a.*, nella quale quest'ultima indica il nominativo del fiduciante (tale signora XX, residente in Milano, via XX), nel cui interesse deteneva in amministrazione fiduciaria la quota del 40% del capitale sociale della *Vigilanza Palumbo s.r.l.*

7.2.3. Orbene, il così ricostruito comportamento della *Vigilanza Palumbo s.r.l.* (e del socio *Aletti Fiduciaria s.p.a.*) – concretizzatosi in dichiarazioni inveritiere e incomplete nella fase di partecipazione alla gara e nell'occultamento dell'identità del fiduciante titolare effettivo della quota del 40% della *Vigilanza Palumbo s.r.l.* nel corso di quasi l'intero arco di esecuzione del contratto – non può non qualificarsi gravemente lesivo del combinato disposto degli artt. 38, comma 1, lett. *d*), d. lgs. n. 163 del 2006 e 17 l. n. 55 del 1990, essendo rimasta impedita alla stazione appaltante l'individuazione compiuta e tempestiva della reale identità dei propri contraenti, in funzione del controllo della loro affidabilità e di prevenzione del rischio di infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici (con la precisazione che, per altro verso, non può non rimarcarsi anche la persistente inerzia della stazione appaltante dopo l'emersione della compartecipazione di una società fiduciaria al capitale sociale della *Vigilanza Palumbo s.r.l.*, ad appena due mesi dall'inizio dell'esecuzione contrattuale).

7.3. Per le esposte ragioni, in riforma della gravata sentenza deve affermarsi l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. *Vigilanza Palumbo s.r.l.* - *Faro s.r.l.* e della stipula del contratto senza previa indicazione o identificazione del soggetto fiduciante, con conseguente correlativa pronuncia di accertamento ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., essendo il contratto nelle more stato interamente eseguito (v. relazione della

stazione appaltante del 13 aprile 2012, punto 3).

8. L'accoglimento dell'appello comporta l'ingresso dell'esame della domanda di risarcimento dei danni, proposta sin dall'atto introduttivo di primo grado ed espressamente riproposta nel ricorso in appello.

8.1. Va, al riguardo, respinta l'eccezione dell'Amministrazione appellata, secondo cui l'appellante non avrebbe dedotto alcun motivo specifico d'impugnazione avverso la statuizione reiettiva della domanda risarcitoria, contenuta nell'appellata sentenza.

Premesso che la pronuncia di rigetto di primo grado si fonda sul rilievo causalmente dirimente dell'inconfigurabilità dell'ingiustizia del danno in conseguenza dell'ivi ritenuta legittimità degli atti di gara, si osserva che, contrariamente all'assunto dell'Amministrazione appellata, il ricorso in appello contiene un censura espressa del relativo capo di sentenza, laddove testualmente recita: *“(...) Il TAR Puglia ha ritenuto di respingere tale richiesta non essendo stato riscontrato alcun danno qualificabile come ingiusto. Il contenuto del presente appello, viceversa, dimostra l'illegittimità degli atti impugnati e l'ingiustizia del danno arrecato alla ricorrente (...)”* (v. così, testualmente, a p. 13-14 del ricorso in appello).

Tali deduzioni, invero, sono sufficienti a precludere il passaggio in giudicato del relativo capo di sentenza e a devolvere la questione al grado d'appello.

8.2. Nel merito, la domanda risarcitoria è fondata entro i limiti e nei termini di cui appresso.

In primo luogo, a fronte dell'intervenuta esecuzione del contratto, possono essere riconosciuti i soli danni per equivalente.

Va, poi, precisato che non rileva nel presente giudizio la questione di carattere generale se, nella materia degli appalti e ove un provvedimento sia risultato illegittimo, sia ravvisabile una responsabilità in assenza di una specifica rimproverabilità degli organi amministrativi.

Inoltre, va precisato che la domanda risarcitoria va esaminata attribuendo

decisivo rilievo:

a) al principio desumibile dall'art. 41, comma 2, ultimo periodo, cod. proc. amm., che ha disposto che la domanda risarcitoria vada notificata non solo all'amministrazione che ha emanato l'atto lesivo, ma anche al beneficiario dell'atto illegittimo (poiché l'accoglimento della medesima domanda incide in pieno e direttamente sulle sue posizioni giuridiche intercorrenti con l'amministrazione);

b) al fatto che nella specie l'illegittimità dei provvedimenti impugnati è dipesa da un comportamento senz'altro consapevole di natura omissiva e riferibile all'a.t.i. aggiudicataria.

Pertanto, poiché sotto il profilo causale la questione riguarda i limiti della responsabilità dell'amministrazione, rientra nell'ambito della giurisdizione amministrativa l'accertamento – per la determinazione del danno risarcibile – del 'contributo causale' della condotta dell'amministrazione, in rapporto a quella dell'aggiudicataria che ha posto in essere, del tutto consapevolmente, la violazione della normativa sostanziale di settore.

8.3. Nella specie, non v'è dubbio che il comportamento omissivo e consapevole, riferibile all' a.t.i. risultata aggiudicataria, concorra con il comportamento negligente, e dunque colposo, della amministrazione appellata.

Tale negligenza, che sul piano causale ha concorso a causare il danno, è riferibile alla mancata verifica della sussistenza dei requisiti indispensabili per la stipula del contratto, che si sarebbe dovuta attivare quanto prima, e comunque a seguito della notifica del ricorso di primo grado, che ha dettagliatamente reso edotta l'amministrazione delle questioni sollevate ed avrebbe dovuto comportare, già in sede amministrativa, il ripristino della legalità violata.

Sotto tale profilo, , come accennato sopra *sub* 7.2.3., la negligenza successiva all'emersione della compartecipazione di una società fiduciaria al

capitale sociale della *Vigilanza Palumbo s.r.l.*, ad appena due mesi dall'inizio dell'esecuzione contrattuale, evidenzia la sussistenza di una specifica rimproverabilità che non trova alcuna esimente (anche se da valutare unitamente alla condotta posta in essere dall' a.t.i. aggiudicataria).

Osserva al riguardo la Sezione che l'aggiudicazione e la stipula del contratto sono intervenute in grave violazione delle regole partecipative in materia di contratti pubblici, in elusione del sistema di controllo sull'identità dei reali contraenti, funzionale ad esigenze preventive di ordine pubblico.

Quanto alla sussistenza del nesso di causalità e di un danno, ove fosse stata disposta l'esclusione dell'aggiudicataria e rispettivamente impedita la stipula del contratto, l'odierna appellante, quale seconda classificata, avrebbe avuto la quasi certezza di rimanere aggiudicataria della gara (la previsione in termini di certezza assoluta è impedita dalla sussistenza del potere di disporre i consueti controlli sul possesso di tutti i requisiti dichiarati nella domanda).

In punto di *an debeat*, sussistono dunque tutti gli elementi qualificanti della fattispecie costitutiva dell'azionata pretesa risarcitoria, nei confronti dell'amministrazione appellata e nei suoi rapporti con chi è risultato beneficiario dell'aggiudicazione illegittima.

8.4. Affrontando il *quantum debeat*, i danni – richiesti nell'importo di euro 183.000,00 (e, in subordine in quello di euro 135.000,00) a titolo di mancato guadagno (calcolato in ragione del 10% dell'importo base di gara), oltre all'importo di euro 91.500,00 a titolo di danno curriculare (calcolato in ragione del 5% dell'importo base di gara) –, possono essere ritenuti spettanti entro i seguenti limiti e secondo i seguenti criteri.

La perdita di *chance* va rapportata in termini percentuali all'utile in astratto conseguibile in ipotesi di aggiudicazione della gara ed esecuzione dell'appalto: utile che, secondo un consolidato criterio, va presuntivamente stimato nel 10% dell'importo posto a base d'asta, ribassato dall'offerta

presentata (C.d.S., Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115; C.d.S., Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012; C.d.S., Sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796).

Tale quantificazione va qui poi congruamente ridotta, sia perché si tratta di risarcire una mera *chance* (seppure consistente) di aggiudicazione, sia perché l'interessata non ha dimostrato di essere stata nell'impossibilità di utilizzare, durante il tempo di esecuzione del servizio per cui è giudizio, mezzi e maestranze per l'espletamento di altri e diversi servizi (C.d.S., Sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607; C.d.S., Sez. V, 24 ottobre 2002, n. 5860).

Invero, come di recente rilevato da questa Sezione (C.d.S., Sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681), ad evitare che a seguito del risarcimento il danneggiato possa locupletare un effetto finanziario addirittura migliore rispetto a quello in cui si sarebbe trovato in assenza dell'illecito, dal decimo dell'importo così stimato va detratto quanto percepito dall'impresa grazie allo svolgimento di attività lucrative diverse, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione.

Nondimeno, l'onere di provare (l'assenza del) *l'aliunde perceptum vel percipiendum* grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa: e ciò in ragione della presunzione, secondo *l'id quod plerumque accidit*, che l'imprenditore normalmente diligente (v. art. 1227 cod. civ.) non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma persegue occasioni contrattuali alternative, dalla cui esecuzione trae il relativo utile.

Non può, invece, darsi luogo alla riduzione per mancato assolvimento all'onere dell'informativa *ex art. 243-bis* d. lgs. n. 163 del 2006, aggiunto dall'art. 6 d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, richiamato dalla amministrazione appellata, attesa l'inapplicabilità *ratione temporis* della citata disposizione alla presente causa, iniziata prima della sua entrata in vigore.

Applicando gli enunciati criteri di liquidazione, appare equo riconoscere alla appellante, a titolo di utile mancato, la somma corrispondente al 5% dell'offerta presentata in gara dall'appellante – costituita dall'offerta di uno

sconto del 10% sulla tariffa oraria prefettizia pari a euro 23,19, per cui il prezzo offerto era di euro 20,87 orari (v. verbale n. 13 della commissione di gara), per un totale di euro 1.350.000,00 –, e dunque la somma di euro 67.500,00.

Detto importo appare congruo ed esaustivo, avuto riguardo alle concrete *chances* di aggiudicazione (indubbiamente molto alte) e alla media degli utili che le imprese normalmente traggono dalla partecipazione alle gare.

Inoltre, il Collegio, nel contenere l'entità del risarcimento da lucro cessante nei termini percentuali suindicati, non può non tener conto del fatto che l'appellante non ha eseguito il servizio e che non ha dato prova di essere rimasta inerte nel tempo che avrebbe dovuto impiegare, ove ne fosse rimasta aggiudicataria, per la esecuzione del contratto d'appalto.

Tale ultima considerazione, in ordine alla mancata prova negativa dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*, dà conto della mancata liquidazione in favore della appellante delle ulteriori voci risarcitorie; in particolare non si può ritenere spettante alla appellante la somma richiesta a titolo di danno curriculare (dato che, se ha eseguito altri servizi, può aver arricchito, magari in misura maggiore, il suo *curriculum*).

Infine, non può spettare alcunché a titolo di imprevisti e spese generali di partecipazioni, dato che si tratta di poste insite nel rischio imprenditoriale di chi partecipa alle commesse pubbliche e che non ricevono autonoma considerazione neppure in confronto dell'aggiudicatario (che si remunera soltanto con gli utili di impresa).

In definitiva, all'appellante spetta la somma di euro 67.500,00, cui vanno aggiunti, trattandosi di debito di valore e non di valuta, gli interessi legali e la rivalutazione monetaria (da calcolare separatamente sugli importi nominali del credito), a decorrere dalla data dell'inizio dell'esecuzione del contratto e fino al soddisfo.

9. Da ultimo, il Collegio deve precisare – in conformità a recente

orientamento di questa Sezione (v. C.d.S., Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115) –, per quanto nessuna richiesta di condanna sia stata articolata nei confronti della a.t.i. aggiudicataria (pur evocata in giudizio quale controinteressata, costituita in primo grado, ma non nel presente giudizio d'appello), che la responsabilità civile da illegittima aggiudicazione e stipula del contratto, nel caso che ne occupa, ha natura solidale.

Come emerge dagli atti di causa e dal precedente punto 8.3, l'errore (pur ascrivibile alla condotta colposa della stazione appaltante) è stato principalmente indotto dal comportamento omissivo e consapevole della a.t.i. aggiudicataria, manifestatosi sia in occasione della domanda partecipativa corredata di dichiarazioni inveritiere e incomplete, sia nella condotta successiva di persistente occultamento dell'esistenza di una compartecipazione fiduciaria e di violazione del correlativo obbligo informativo.

Si è dunque in presenza di una sostanziale reticenza, contrastante con la normativa di settore.

Pertanto, va fatta applicazione di un principio generale dell'ordinamento giuridico (cui si ispira anche l'art. 2055 del codice civile), per il quale vi è la solidarietà anche quando il danno sia stato concausato da due autori del fatto, le cui condotte siano rispettivamente una colposa e una dolosa.

Pertanto, ritiene la Sezione che;

- a) con riferimento alla posizione dell'appellante, la domanda vada accolta, con il vincolo di solidarietà tra l'amministrazione e il beneficiario dell'atto illegittimo, in applicazione dell'art. 41, comma 2, ultimo periodo, del codice del processo amministrativo;
- b) con riferimento ai rapporti interni tra l'amministrazione e il beneficiario dell'atto illegittimo, e ciò ai fini dell'eventuale azione di regresso che la stazione appaltante potrà intraprendere per rivalersi, nel concorso di tutte le ulteriori condizioni legittimanti, la responsabilità vada ripartita:

b1) in ragione dei quattro quinti, a carico del medesimo beneficiario, in considerazione della sua condotta omissiva e consapevole, volta a ottenere un vantaggio patrimoniale, poi effettivamente conseguito;

b2) in ragione di un quinto, a carico dell'amministrazione soccombente, in considerazione della sua condotta colposa in quanto negligente, perché avrebbe dovuto attivare i procedimenti consentiti dal sistema, per il ripristino della legalità, una volta emerse le circostanze ostative alla stipula del contratto d'appalto.

10. Sotto il profilo processuale, l'accertamento della responsabilità concorrente dell'a.t.i. aggiudicataria e delle quote concorsuali di riparto interno tra quest'ultima e l'amministrazione, cui la Sezione è pervenuta per le ragioni innanzi esposte, deve, nel caso di specie, ritenersi 'coperto' non solo dai principi fondanti la giustizia amministrativa (in base ai quali la controversia va decisa con l'esercizio di poteri decisorii e conformativi), e dal sopra richiamato art. 41, comma 2 (il quale ha previsto il litisconsorzio necessario del beneficiario dell'atto, in ragione dei peculiari poteri concernenti le statuizioni da adottare anche nei confronti del beneficiario dell'atto illegittimo), ma anche dalle domande, eccezioni e difese versate in giudizio, con il conseguente rispetto del generale principio processuale della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; ciò, sulla base di un'interpretazione sostanzialistica degli atti processuali di parte, formulati in modo onnicomprensivo e idoneo a ricomprendere nelle richieste e difese formulate dalle parti anche gli evidenziati momenti di accertamento.

11. Conclusivamente, l'appello va accolto nei termini sopra esposti e, in riforma della impugnata sentenza, va dichiarata l'illegittimità dell'aggiudicazione (nonché, l'invalidità del contratto, con la conseguente caducazione dei suoi effetti), e va accolta, nei limiti di cui innanzi, la domanda risarcitoria proposta dall'odierna appellante.

Nell'esercizio dei poteri conformativi, spettanti al giudice amministrativo,

di chiarimento degli effetti delle proprie pronunce di giustizia, la Sezione rileva che l'amministrazione, nel riconsiderare i propri rapporti con l'a.t.i. risultata aggiudicataria per un consapevole suo comportamento *contra legem*, non potrà che:

- constatare l'assenza di un titolo giuridico per le prestazioni poste in essere in base ad un contratto da considerare privo di effetti (in coerenza con i principi *ab antiquo* affermati da questo Consiglio in casi consimili, anche in sede consultiva);

- dunque, ritenere spettanti gli importi (o i relativi conguagli) per i servizi effettivamente resi, in coerenza con i principi desumibili dall'art. 2041 del codice civile sull'arricchimento senza causa, comunque valutando cumulativamente sia i medesimi principi, sia le statuizioni di cui al precedente punto 9.

12. Le spese di lite dei due gradi seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 1901 del 2011), lo accoglie e per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, accoglie, nei limiti di cui in motivazione, il ricorso di primo grado, con la declaratoria d'illegittimità degli atti impugnati e la condanna dell'*A.DI.S.U. Puglia* al risarcimento dei danni nella misura ivi indicata, con le precisazioni e statuizioni indicate in motivazione. Condanna le parti appellate *A.DI.S.U. Puglia, Faro s.r.l. e Vigilanza Palumbo s.r.l.*, in solido tra di loro, a rifondere all'appellante le spese del doppio grado, che si liquidano nell'importo complessivo di euro 10.000,00 (diecimila/00), oltre agli accessori di legge (mentre nei rapporti interni, dispone che restino a carico delle società i quattro quinti di tale importo, pertanto euro 8.000,00 e a carico dell'amministrazione un quinto, pertanto euro 2.000,00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2012

con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Andrea Pannone, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2012

IL SEGRETARIO

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