

N. 06374/2012REG.PROV.COLL.

N. 03065/2011 REG.RIC.

N. 05864/2011 REG.RIC.



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3065 del 2011, proposto da:
Istat - Istituto Nazionale di Statistica, in persona del legale
rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura
generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Ital Brokers s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Mugnai e Raffaella
Bonsangue, con domicilio eletto presso Franco Mugnai in Roma, via
de' Cestari, 34;

nei confronti di

Viras International Insurances Broker s.p.a., in persona del legale
rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati
Gaetano Scuotto e Antonio Scuotto, con domicilio eletto presso

Luca Giusti in Roma, via Cerveteri, 21;

sul ricorso numero di registro generale 5864 del 2011, proposto da:
Viras International Insurance Broker s.p.a. in persona del legale
rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati
Gaetano Scuotto e Antonio Scuotto, con domicilio eletto presso
Luca Giusti in Roma, via Cerveteri, 21;

contro

Ital Broker s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Mugnai e Raffaella
Bonsangue, con domicilio eletto presso Franco Mugnai in Roma, via
de' Cestari, 34;

Istat - Istituto Nazionale di Statistica, in persona del legale
rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura
generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

per entrambi i ricorsi:

della sentenza del T.a.r. Lazio - Roma: Sezione III Quater n.
01922/2011, resa tra le parti, concernente esclusione dalla gara per
l'affidamento del servizio di consulenza e intermediazione
assicurativa.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ital Brokers s.p.a., di Viras
International Insurances Broker s.p.a., di Ital Broker s.p.a. e dell'

Istituto Nazionale di Statistica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2012 il consigliere Roberta Vigotti e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Varone, l'avvocato Andriani per delega degli avvocati Mugnai e Bonsangue e l'avvocato Gaetano Scuotto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

L'Istituto nazionale di statistica (d'ora innanzi: Istat) e la Viras International Insurance Broker s.p.a. chiedono la riforma della sentenza con la quale il Tribunale amministrativo del Lazio ha accolto il ricorso proposto dalla Ital Broker s.p.a. avverso l'aggiudicazione alla Viras International Insurance dell'appalto indetto dall'Istat per il servizio di consulenza e intermediazione assicurativa, e ha accolto parzialmente anche la domanda di risarcimento dei danni avanzata dalla ricorrente per il mancato affidamento dell'appalto.

I) Essendo proposti avverso la medesima sentenza gli appelli devono essere riuniti ai sensi dell'art. 96, comma 1, Cod. proc. amm.

La sentenza impugnata fonda l'accoglimento del ricorso sulla mancanza, nella documentazione presentata dalla società poi risultata aggiudicataria, della dichiarazione prescritta dall'art. 38, comma 1 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 relativa al signor Luigi Bartolini, che

aveva rivestito la carica di procuratore speciale della società nel triennio antecedente il 22 marzo 2010, data nella quale è stato pubblicato sulla gazzetta ufficiale il bando di gara.

Sia l'appello proposto dall'Istat, sia quello proposto dalla Viras International evidenziano l'erroneità dell'interpretazione normativa accolta dalla sentenza, dal momento che il procuratore speciale, signor Bartolini, pur essendo munito di diversi poteri di rappresentanza esterna della società, non ha avuto la carica di amministratore in quanto privo di rappresentanza generale.

II) La tesi degli appellanti non può essere condivisa.

Come questo Consiglio di Stato ha evidenziato (per tutte, sez. VI, 18 gennaio 2012, n. 178), l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, nella parte in cui elenca le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti morali e professionali richiesti ai fini della partecipazione alle procedure di gara, assume come destinatari tutti coloro che, in quanto titolari della rappresentanza dell'impresa, siano in grado di trasmettere al soggetto rappresentato la riprovazione dell'ordinamento nei riguardi della loro personale condotta.

Pertanto, deve ritenersi sussistente l'obbligo di dichiarazione non soltanto da parte di chi rivesta formalmente la carica di amministratore, ma anche da parte di colui che, in qualità di procuratore *ad negotia*, abbia ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e nel compimento di atti decisionali (sul punto, *ex multis*, Cons. Stato, V, 9 marzo 2010, n.

1373; VI, 24 novembre 2009, n. 7380; V, 26 gennaio 2009 n. 375).

Tali conclusioni persuadono che, nel caso in esame, l'obbligo imposto dall'art. 38, puntualmente richiamato dagli atti di gara, debba essere riferito anche al signor Luigi Bartalini che nel periodo rilevante era stato procuratore speciale della Viras s.p.a., munito di poteri di rappresentanza esterna di notevole ampiezza, che gli consentivano di stipulare contratti di appalto relativi a brokeraggio assicurativo e di rappresentare la società presso gli enti, pubblici e privati, anche in sede di gare per l'aggiudicazione del servizio di brokeraggio assicurativo e quindi di impegnare la società nei rapporti con soggetti terzi.

Sul punto, pertanto, la sentenza merita conferma.

III) L'appellante Istat chiede la riforma della sentenza impugnata anche nella parte in cui ha dichiarato, ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. amm., l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicataria, per la parte non eseguita.

Al riguardo, il Collegio ricorda che dopo l'entrata in vigore delle disposizioni attuative della direttiva 2007/66/CE, ora riprese negli artt. 121 e 122 del Codice del processo amministrativo, in caso di annullamento giudiziale dell'aggiudicazione di una pubblica gara, spetta al giudice amministrativo il potere di decidere discrezionalmente (anche nei casi di violazioni gravi) se mantenere o meno l'efficacia del contratto nel frattempo stipulato.

Tale sistema normativo, in base al quale l'inefficacia del contratto

non è conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma costituisce oggetto di una specifica pronuncia giurisdizionale, si pone come innovazione rispetto alla logica sequenza procedimentale che vede la privazione degli effetti del contratto strettamente connessa all'annullamento dell'aggiudicazione, e da questa dipendente (Cons. Stato, III, 19 dicembre 2011, n. 6638).

Come è stato più volte osservato (Cons. Stato, V, 14 gennaio 2011, n. 11; V, 20 ottobre 2010, n. 7578; V, 7 settembre 2011, n. 5032), "in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, l'annullamento giurisdizionale ovvero l'annullamento a seguito di autotutela della procedura amministrativa comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti".

La caducazione del contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione poi annullata costituisce, quindi, in via generale, la conseguenza necessitata dell'annullamento: di tale conseguenza l'art. 122 del Codice del processo amministrativo costituisce una deroga, imperniata sulle esigenze di semplificazione e concentrazione delle tutele ai fini della loro effettività.

Ne consegue che, stante l'avvenuto annullamento dell'aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante a favore della società Viras, odierna appellante, l'applicazione che il primo giudice ha fatto dell'art. 122 del Codice ha costituito una disposizione favorevole all'interesse

dell'appellante stessa, dal momento che ha salvato l'efficacia del contratto da questa stipulato con l'Istat per la parte già eseguita, mentre, in assenza della ricordata disposizione normativa e della applicazione fattane dal primo giudice, la sorte del contratto sarebbe stata travolta dalla accertata illegittimità dell'individuazione del contraente.

Anche per questa parte l'appello, in conclusione, non merita accoglimento.

IV) L'Istat contesta, infine, la sentenza nella parte in cui riconosce il diritto di Ital Broker al risarcimento del danno per il mancato affidamento dell'appalto, limitatamente al periodo di efficacia del contratto eseguito da Viras International Insurance, alla duplice condizione che la ricorrente sia dichiarata aggiudicataria nella rinnovazione del procedimento e dimostri di non aver potuto utilizzare in analoghi servizi le risorse predisposte in vista della sperata aggiudicazione.

Per questa parte l'appello è fondato.

Il primo giudice ha, infatti, omesso di considerare le condizioni soggettive necessarie ad integrare l'obbligo risarcitorio (non essendo il risarcimento una conseguenza automatica dell'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento illegittimo: per tutte, Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2012, n. 5204), ed in particolare che l'istanza cautelare avanzata dalla ricorrente era stata respinta, anche per mancanza di *fumus boni iuris*, con ordinanza 21 ottobre 2010, n. 1453

e che l'ammissione della odierna controinteressata, dovuta ad una interpretazione non peregrina, anche se non condivisibile, del ricordato art. 38, non è riconoscibile come frutto di colpa né, tantomeno, di dolo della stazione appaltante.

Sia l'esecuzione del contratto, nel periodo in cui è proseguita per effetto della ricordata ordinanza cautelare, sia, in origine, la scelta del contraente, sfuggono pertanto all'ambito di responsabilità imputabile all'Istat quale fonte dell'obbligo risarcitorio: l'appello, limitatamente alla parte in esame, deve, quindi, essere accolto.

V) In conclusione, l'appello proposto dall'Istat deve essere accolto limitatamente alla parte appena esaminata; deve, invece, essere respinto, insieme a quello proposto da Viras International Insurance s.p.a., per la restante parte.

Le spese del giudizio possono, peraltro, essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe indicati, li riunisce e accoglie l'appello n. rgr. 3065/2011 nella parte in motivazione indicata, respingendoli per il resto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20

novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/12/2012

IL SEGRETARIO

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