

[Torna alla pagina precedente](#)**N. 06287/2014 REG. PROV. COLL.**  
**N. 03675/2013 REG. RIC.****REPUBBLICA ITALIANA****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello n. 3675 del 2013, proposto da

I.V.R.I. s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del RTI costituito con IVRI Istituti di vigilanza riuniti d'Italia s.p.a. - sede di Bari, Security Service Sud s.r.l. e Hipponion Istituto di vigilanza - sedi Catanzaro e Vibo Valentia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Avilio Presutti, ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, piazza di San Salvatore in Lauro n. 10, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

***contro***

Ministero della difesa, in persona del ministro legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliato ex lege in Roma, via dei Portoghesi n.12;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione prima bis, n. 1645 del 14 febbraio 2013, resa tra le parti e concernente il risarcimento del danno a seguito di esclusione dalla gara di appalto per il servizio di vigilanza

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2014 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati Presutti e l'avvocato dello Stato Elefante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso iscritto al n. 3675 del 2013, I.V.R.I. s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del RTI costituito con IVRI Istituti di vigilanza riuniti d'Italia s.p.a. - sede di Bari, Security Service Sud s.r.l. e Hipponion Istituto di vigilanza - sedi Catanzaro e Vibo Valentia, propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione prima bis, n. 1645 del 14 febbraio 2013 con la quale è stato respinto il ricorso proposto contro il Ministero della difesa per la condanna al risarcimento dei danni a seguito di esclusione dalla gara di appalto per il servizio di vigilanza.

Dinanzi al giudice di prime cure, l'originaria ricorrente, in proprio e quale mandataria della costituita ATI con le altre società indicate in epigrafe, chiedeva il risarcimento del danno subito a seguito dell'esclusione dalla gara indetta dal Ministero della Difesa per l'affidamento del servizio di vigilanza degli edifici ministeriali indicati nel lotto 3 dal bando pubblicato nella G.U.R.I n.179 del 2.8.2004.

Il risarcimento del danno era richiesto in ragione della circostanza che l'esclusione, intervenuta a causa di un'offerta economica inferiore al limite minimo delle tariffe prefettizie, era stata poi ritenuta illegittima dal TAR Lazio, sezione I bis, che con sentenza n. 455/2005 aveva annullato la clausola del bando richiamata dall'Amministrazione intimata a fondamento dell'esclusione e l'aggiudicazione in favore dell'ATI Oplonti srl. Tale sentenza veniva poi confermata dal Consiglio di Stato (sez. IV, n. 4816/2005) che aveva di conseguenza disposto la ripetizione della procedura giudicata illegittima, assoggettando l'offerta di parte ricorrente alla verifica di anomalia in relazione all'affidabilità e alla remuneratività e alla ridotta entità dello scostamento tra il prezzo offerto e la soglia minima consentita dal regolamento di gara.

In esecuzione della suddetta decisione del Consiglio di Stato, l'amministrazione intimata riapriva la procedura, attivando la fase di verifica di congruità sull'offerta di parte ricorrente, risultata la migliore seppure con valore inferiore alla soglia di anomalia. Successivamente, la stazione appaltante disponeva la sospensione della procedura di aggiudicazione su richiesta dell'ATI Oplonti srl in ragione della proposizione da parte di quest'ultima di un ricorso ai sensi dell'art. 360 cpc alla Corte di Cassazione per l'annullamento della citata sentenza del Consiglio di Stato. Pur dichiarato inammissibile dalla Suprema Corte il ricorso della Oplonti srl, la stazione appaltante non ha comunque riaperto tempestivamente il procedimento.

Per tali ragioni chiedeva il risarcimento del danno per equivalente, sostenendo nel ricorso che tale richiesta trovava fondamento nella circostanza che avrebbe avuto diritto all'aggiudicazione per aver presentato l'offerta più conveniente.

Costitutosi il Ministero della difesa, il ricorso veniva discusso all'udienza pubblica del 28 novembre 2012 e deciso con la sentenza appellata. In essa, il T.A.R. riteneva infondate le censure proposte, sottolineando la correttezza dell'operato della pubblica amministrazione, in relazione alla legittimità della sospensione della procedura ed alla satisfattività della pronuncia di annullamento in favore della stessa ricorrente.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'errata ricostruzione in fatto e in diritto operata dal giudice di prime cure, riproponendo le proprie doglianze.

Nel giudizio di appello, si è costituita l'Avvocatura dello Stato per il Ministero della difesa, chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via gradata, rigettare il ricorso.

Alla pubblica udienza del 4 novembre 2014, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

#### DIRITTO

1. - L'appello è fondato e merita accoglimento entro i termini di seguito precisati.
2. - Con il primo motivo di diritto, viene lamentata l'errata valutazione delle risultanze processuali e dei presupposti; travisamento dei fatti; contraddittorietà e violazione del principio di efficienza dell'azione amministrativa. In concreto, viene evidenziato come il primo giudice abbia erroneamente ritenuto corretto il comportamento dell'amministrazione

che aveva continuato a fare svolgere l'appalto all'altra concorrente, pur in presenza di una sentenza di segno opposto, ritenendo giustificata l'azione amministrativa sulla base di una mutata valutazione degli interessi pubblici sottesi, considerando altresì soddisfacente il mero fatto dell'affidamento del servizio di vigilanza con provvedimento del giorno 11 maggio 2009.

2.1. - La censura è fondata e va accolta.

Occorre notare come nella vicenda in esame non sia più in contestazione la spettanza all'attuale appellante dell'affidamento del servizio di vigilanza oggetto di bando, dopo che prima il T.A.R. del Lazio (sezione I bis, n. 455/2005) e poi questa Sezione (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 4816 del 2005) avevano annullato la clausola del bando richiamata dall'amministrazione intimata a fondamento dell'esclusione e l'aggiudicazione in favore dell'ATI Oplonti s.r.l., originaria controinteressata. Per altro verso, il superamento della successiva fase della verifica dell'anomalia aveva rilevato la congruità dell'offerta proposta, risultata la migliore tra quelle prevenute.

Ne deriva che, in questa sede, è in dubbio solo la sussistenza dell'an e del quantum risarcitorio spettante all'appellante.

In questo ambito, le ragioni utilizzate dal primo giudice per escludere la responsabilità dell'amministrazione, ed in disparte l'ormai significativo orientamento giurisprudenziale, di discendenza comunitaria, che tende a escludere in toto la rilevanza della colpa dell'amministrazione (Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. III, sentenza 30 settembre 2010, C-314/09), appaiono ampiamente criticabili, atteso che:

- a) la scelta di rinviare l'attuazione della sentenza amministrativa definitiva in attesa della valutazione della Corte di cassazione sulla questione di giurisdizione si configura come una scelta di carattere ampiamente discrezionale e non dovuta, i cui esiti sono quindi interamente riconducibili alla volontà della stessa parte pubblica;
- b) l'esistenza di un interesse pubblico alla mancata prosecuzione della procedura di gara (in relazione alla necessità di valutare la permanenza delle esigenze poste a base della stessa gara, anche sotto il profilo della copertura dei costi) se, in astratto, appare ragionevole, in concreto, visto che l'amministrazione ha di fatto continuato il rapporto contrattuale con l'illegittima affidataria, si è trasformato in un comportamento di favore verso il contraente da pretermettere;

c) la ragione satisfattiva data dalla sola sentenza di annullamento, come indicata nella sentenza di questa Sezione n. 4816 del 2005 (“l’integrale satisfattività del giudicato demolitorio-conformativo”), ha senso qualora consenta al ricorrente, tramite la reiterazione della procedura di gara, di conseguire il beneficio ambito ma, collocandosi dopo tali eventi, non è più sostenibile, essendosi consumato, almeno parzialmente, la possibilità di un ristoro in forma specifica.

È quindi evidente che, anche in un’ottica favorevole a una disamina in concreto della colpa dell’amministrazione, questa risulta pienamente sussistente nel caso in specie, riscontrandosi nella vicenda gli estremi per una imputazione della fattispecie risarcitoria al Ministero appellato.

3. - Con il secondo motivo di diritto, viene inoltre lamentato eccesso di potere per violazione dell’art. 2 della legge sul procedimento, dei principi in merito di esecutività delle sentenze e dei principi di legittimo affidamento, certezza giuridica e buona fede. In concreto, la parte si duole della rilevanza dell’inerzia dell’amministrazione che, già solo per il ritardo causato, avrebbe dato luogo ai profili di danno vantati.

3.1. - La censura è fondata e va accolta.

Si deve concordarsi con la difesa appellante nel senso che il primo giudice non ha esattamente considerato la rilevanza del fattore tempo nella vicenda, per cui ha ritenuto satisfattivo un affidamento parziale avvenuto nel 2009, ossia a distanza di quasi cinque anni dalla gara, senza dare rilievo ai fatti intervenuti mediamente. Nel caso in specie, non si è di fronte ad una situazione di mero danno da ritardo, se concettualmente possibile, ma ad una diversa fattispecie nella quale il tempo interviene come fattore integrante il quantum risarcitorio.

E, infatti, se si considera che la procedura era stata definitivamente annullata sin dal 2005, è evidente come il danno della parte appellante si concretizzi non nella mera pretesa al rispetto dei tempi procedurali, ma al mancato guadagno conseguito dal ritardo nell’affidamento del contratto e dalla riduzione del suo valore nelle more. In questo senso, il fattore tempo è considerato nella sua ordinaria rilevanza come elemento quantificatore del danno.

4. - Gli elementi appena vagliati consentono alla Sezione di procedere alla quantificazione del danno risarcibile all’appellante, nell’ambito delle poste indicate al punto 4 del secondo motivo di diritto (pag. 10 e sgg), con la precisazione che, non essendovi stata una completa esibizione

documentale, verrà assunta una decisione a norma dell'art. 34 del codice del processo amministrativo, indicando all'amministrazione i parametri a cui collegare l'offerta da formulare alla I.V.R.I. s.p.a..

4.1. - In relazione al profitto scaturente dallo svolgimento del contratto, considerato che la giurisprudenza prevalente oramai esclude che il lucro cessante da mancata aggiudicazione possa essere quantificato utilizzando il criterio di liquidazione forfettaria imperniato sulla formula del 10% del valore dell'appalto (di cui all'art. 345 della legge n. 2248 del 1865, all. F), sarà cura dell'amministrazione procedere alla sua quantificazione, avendo riguardo i servizi effettivamente forniti dalla ATI Oplonti a far data dal momento in cui avrebbe dovuto essere disposto il subentro dell'attuale appellante (ossia dal momento della notifica della sentenza di questa Sezione n. n. 4816/2005) fino al subentro nel servizio stesso da parte della Security Service Sud s.r.l., impresa mandante della stessa ATI, parametrando le spettanze all'offerta economica presentata dalla IVRI s.p.a. in sede di gara;

4.2. - Il detto profitto complessivo sarà poi ridotto del 50%, come da giurisprudenza maggioritaria, ai sensi dell'art. 1227 c.c., atteso che il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno e appare del tutto incongrua, e non provata, l'affermazione della parte di non avere altrimenti impiegato le proprie maestranze in quanto certa del risultato favorevole del ricorso, evento che, in ogni caso, sarebbe imputabile alla stessa appellante (Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686);

4.3. - Non dovranno essere conteggiate le spese sostenute per la partecipazione alla gara, in quanto elemento necessario per essere ammessi alla procedura e in ogni caso imputati esclusivamente alla partecipante;

4.4. - Del pari, non potrà essere risarcito il danno cd. curriculare, che, secondo la più recente giurisprudenza, è non solo onere dell'interessato richiedere in sede giurisdizionale (come nella specie effettivamente accaduto) ma anche fornirne adeguatamente la relativa prova (Consiglio di Stato, sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7004; id., sez. V, 25 giugno 2014 n. 3220).

4.5. - In merito poi all'applicazione di strumenti compensati per il ritardo nel risarcimento, da un lato il danneggiato va reintegrato nella stessa situazione patrimoniale nella quale si sarebbe trovato se il danno non

fosse stato prodotto, cioè tramite la rivalutazione del credito avvalendosi del coefficiente di rivalutazione elaborato dall'Istat, applicando l'indice dei prezzi al consumo per famiglie di operai e impiegati, visto che non è stato dimostrato di poter fruire di un diverso indice di rivalutazione; dall'altro, si dovranno considerare gli interessi (c.d. compensativi), da calcolare secondo i criteri già fissati dalla Corte di Cassazione (sentenza n. 1712/95), calcolati dalla data del fatto non sulla somma complessiva rivalutata alla data della liquidazione, bensì sulla somma originaria rivalutata anno dopo anno, cioè con riferimento ai singoli momenti con riguardo ai quali la predetta somma si incrementa nominalmente in base agli indici di rivalutazione monetaria (Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686).

5. - L'appello va quindi accolto. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Accoglie l'appello n. 3675 del 2013 e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione prima bis, n. 1645 del 14 febbraio 2013, accoglie il ricorso di primo grado;
2. Dispone che il Ministero della difesa provveda, a norma dell'art. 34 comma 4 del codice del processo amministrativo, a proporre al ricorrente il pagamento di una somma, a titolo di ristoro per il danno sofferto dalla realizzazione del manufatto e fino alla sua effettiva riduzione in pristino, secondo i parametri indicati nella parte motiva, entro il termine di giorni 180 dal deposito della presente sentenza;
3. Condanna il Ministero della difesa a rifondere a I.V.R.I. s.p.a. le spese del doppio grado di giudizio, che liquida in €. 3.000,00 (euro tremila) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 4 novembre 2014, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Giorgio Giaccardi, Presidente  
Sandro Aureli, Consigliere  
Fabio Taormina, Consigliere  
Diego Sabatino, Consigliere, Estensore  
Giuseppe Castiglia, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

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

[Guida al sito](#)