

Publicato il 12/03/2021

N. 03063/2021 REG.PROV.COLL.
N. 04667/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4667 del 2017, proposto da Consorzio Nazionale Sicurezza per la Pubblica Amministrazione soc. cons. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Gentile, Federica Pagliano, con domicilio eletto presso lo studio Domenico Gentile in Roma, via Virginio Orsini, n. 19;

contro

Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'accertamento e la condanna

di Consip S.p.A., al risarcimento dei danni subiti dal consorzio ricorrente a causa dell'inutile partecipazione alla gara d'appalto per l'affidamento dei “servizi integrati di vigilanza presso i siti in uso, a qualsiasi titolo, alle Pubbliche Amministrazioni”, suddivisa in 13 lotti (ID1628), come da bando spedito per la pubblicazione in GUUE il 15.10.2015, annullata dal TAR Lazio con sentenza n. 9441 del 30 agosto 2016, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1038 del 6 marzo 2017.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, e successivamente modificato dall'art. 1, comma 17, del decreto legge 31 dicembre 2020, n. 183, disciplinante le udienze da remoto;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2021 il dott. Luca Iera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Consip S.p.a. nel 2015 ha bandito una gara, mediante il sistema della procedura aperta, avente ad oggetto l'affidamento dei *“servizi integrati di vigilanza presso i siti in uso, a qualsiasi titolo, alle Pubbliche Amministrazioni”* (ID1628), suddivisa in 13 lotti, per la durata di quattro anni. Si tratta della prima procedura centralizzata volta all'acquisizione dei servizi di vigilanza privata da parte di tutte le amministrazioni pubbliche, e dei soggetti a queste assimilati, obbligati a rivolgersi a Consip S.p.a. per l'acquisizione dei servizi ai sensi dell'art. 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito dalla legge n. 89 del 2014.

La ricorrente è un Consorzio ordinario di concorrenti costituito, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. e), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, al fine di partecipare alla predetta gara Consip. Ha così partecipato alla procedura ad evidenza pubblica presentando domanda con riferimento ai lotti 2, 3, 4, 10

Il 24 febbraio 2016 si era tenuta la seduta pubblica per l'apertura dei plichi e per la verifica del contenuto della busta contenente la documentazione amministrativa prodotta dai concorrenti. Il Consorzio è stato quindi ammesso alla successiva fase di valutazione delle offerte tecniche ed economiche insieme ad altri concorrenti in relazione ai quattro lotti di interesse.

La gara tuttavia è stata annullata da questa Sezione con la sentenza n. 9441 del 30 agosto 2016, poi confermata dal Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n. 1038 del 6 marzo 2017. Il giudice amministrativo ha annullato la procedura in quanto l'individuazione dei lotti, in cui è stata suddivisa la gara, era contraria ai principi di massima concorrenzialità e di apertura del mercato dei contratti pubblici agli operatori di minori dimensioni, oltre che irragionevolmente lesiva dell'interesse della stessa amministrazione di favorire la più ampia partecipazione di operatori privati per conseguire, tramite il confronto competitivo, i maggiori risparmi economici. Il giudice d'appello ha ulteriormente posto in risalto *“le lacune istruttorie e di analisi di mercato che hanno caratterizzato questa procedura di gara e gli incontestabili esiti di forte restrizione della partecipazione in essa registrati”*.

2. Con l'odierno ricorso, il Consorzio ha formulato domanda di risarcimento del danno a titolo di responsabilità pre-contrattuale *“a causa dell'inutile partecipazione alla gara d'appalto”* che è stata poi annullata in sede giurisdizionale.

Allega: a) di aver partecipato alla gara in quanto confidava *“del tutto incolpevolmente nella piena legittimità della stessa, confortato anche dalla professionalità”* di Consip S.p.A. che è la stazione appaltante *“presumibilmente più qualificata d'Italia (tant'è che, anche a seguito dell'introduzione dell'albo delle stazioni appaltanti qualificate, Consip non è assoggettata ad alcuna verifica: cfr. l'art. 38, comma 1, d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50)”*; b) che, a causa dell'annullamento della gara, *“ha poi dovuto prendere atto che tale fiducia era stata mal riposta”*; c) che ha affrontato costi di partecipazione ed impegnato le strutture interne alle società costituenti il Consorzio per diversi mesi; d) che, pertanto, la *“brusca interruzione delle trattative, già avviate con la pubblicazione del bando di gara e poi proseguite con la presentazione delle offerte, è imputabile esclusivamente al comportamento colposo della stazione appaltante”*; d) che la Consip ha violato le regole che disciplinano, con carattere di specialità, lo specifico settore dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), nonché i *“principi di buona fede e correttezza”* e gli *“obblighi di informazione e protezione”* che gravano (anche) sul committente pubblico; e) che Consip ha leso il proprio affidamento incolpevole in quanto, pur avendo ricevuto la *“notifica del ricorso”* (15 novembre 2015) volto all'annullamento dell'intera procedura in data antecedente a quella di *“scadenza del termine per la presentazione delle offerte”* (25 gennaio 2016), ha comunque *“deciso di non sospendere” “formalmente”*, nell'esercizio del potere amministrativo, la procedura in attesa della definizione del contenzioso ed *“ha atteso”* la conclusione del giudizio di secondo grado prima di comunicare sul proprio sito (27 aprile 2017) che la gara era stata annullata, come precisato nella memoria difensiva del 22 gennaio 2021.

Sotto il profilo della colpa, deduce che nonostante il *“chiaro disposto”* dell'allora art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 (riguardante la suddividere degli appalti in lotti funzionali), la centrale di committenza ha *“deciso di suddividere una gara d'appalto di valore pari ad oltre 550 milioni, in soli 13 macro-lotti di ampiezza macro-regionale, in contrasto con i principi di massima partecipazione, ragionevolezza e proporzionalità dei requisiti (cfr. TAR Lazio 9441/2016 e CdS 1038/2017) ... nonostante dalle risultanze dell'istruttoria ... fosse chiaramente evincibile la contrarietà di una siffatta, illegittima suddivisione in lotti, rispetto, sia all'interesse delle PMI a partecipare alla gara, che agli stessi interessi pubblici sottesi ai programmi di razionalizzazione della spesa”*. Nella richiamata memoria difensiva ha poi precisato che secondo la giurisprudenza comunitaria, nelle procedure ad evidenza pubblica, *“non è necessario provare la colpa”*.

Allega le seguenti voci di danno di cui chiede il risarcimento: i.) la perdita di occasioni utili di guadagno rappresentate dalle *chance* di aggiudicazione dei lotti ai quali il Consorzio ha preso parte e per i quali aveva elevate possibilità di essere aggiudicatario; l'ammontare di tale voce di danno viene calcolata nel 10% del valore dei lotti rapportato al numero di partecipanti in ciascun lotto oppure in via alternativa nella misura del 2% del valore dei singoli lotti; ii.) le spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara, rappresentate dai costi per servizi esterni all'organizzazione delle imprese consorziate pari ad Euro 133.883,85 (incluse le spese per la costituzione del Consorzio) e dalle retribuzioni di n. 4 impiegati per il periodo di tre mesi nella predisposizione della documentazione necessaria alla partecipazione alla gara, pari ad Euro 19.031,25; iii.) l'interesse negativo, delle imprese consorziate, a non essere coinvolte in inutili trattative.

Consip si è costituita in giudizio soltanto formalmente. L'Avvocatura dello Stato ha tuttavia replicato nel merito ai motivi di ricorso in sede di discussione della causa.

3. All'udienza del 24 febbraio 2021, dopo la discussione di rito dei difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Le procedure ad evidenza pubblica si caratterizzano per la loro struttura c.d. bifasica in cui alla fase propriamente pubblicistica di selezione della migliore offerta (secondo le regole di diritto pubblico) segue quella privatistica di esecuzione del contratto stipulato (secondo le regole di diritto privato, generali e/o speciali). Nella fase pubblicistica la stazione appaltante è tenuta a rispettare, quale autorità, le regole c.d. di validità che disciplinano l'esercizio del potere volto al perseguimento dell'interesse pubblico affidato in cura (e la cui violazione si risolve nell'illegittimità degli atti, annullabili o nulli) e, contemporaneamente, quale contraente, è tenuta a seguire le regole c.d. di responsabilità che disciplinano l'agire negoziale nell'ambito delle trattative c.d. multiple o parallele che si instaurano individualmente con coloro che partecipano alla gara.

Tra le regole c.d. di responsabilità che l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad osservare durante la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica vi sono quelle che discendono da principi generali di comportamento secondo buona fede e correttezza, posti a tutela degli interessi delle parti, sanciti nell'art. 2 Cost. e negli artt. 1337 e 1338 c.c..

Sotto il profilo oggettivo, la giurisprudenza, nel corso nel tempo, ha individuato una serie di ipotesi in cui è stato ritenuto violato il dovere di comportarsi secondo buona e correttezza nel corso delle trattative negoziali. Tra queste vi rientra sicuramente il dovere di astenersi dal tenere comportamenti maliziosi o reticenti, nonché il dovere, quale risvolto in positivo del primo, di

fornire ogni notizia rilevante, conosciuta o conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della conduzione delle trattative o della stipulazione del contratto.

Si è peraltro evidenziato come la concreta individuazione del comportamento esigibile dipenda anche dal ruolo o dallo *status* qualificato che riveste la parte che opera nel rapporto negoziale. Se questa è per legge tenuta a rispettare ed applicare regole che fondano e governano, in via istituzionale, il proprio agire nei rapporti con il privato (regole c.d. di azione), come è per la pubblica amministrazione, nei suoi riguardi sono in concreto esigibili comportamenti di maggiore tutela verso i destinatari della propria azione.

L'amministrazione aggiudicatrice è equiparata, laddove opera nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, all'amministrazione pubblica. In quanto tale, ha uno *status* qualificato che le deriva direttamente dalla conformazione che la Costituzione riserva all'amministrazione pubblica (art. 97 Cost.): a) costituita da funzionari muniti di un rilevante bagaglio tecnico, selezionati mediante concorso; b) tenuta ad agire nel rispetto del principio di legalità; c) e a perseguire il buon andamento e l'imparzialità.

È proprio l'indiscussa rilevanza costituzionale che assume l'amministrazione, e i soggetti ad essa equiparati, che attribuisce all'amministrazione aggiudicatrice una posizione di garanzia nei confronti di tutti coloro che per legge sono tenuti, a vario titolo, a rapportarsi con essa al fine di ottenere o mantenere un bene della vita. In quest'ottica l'operatore economico è ragionevolmente portato, in virtù del principio di legalità che regola l'agire del soggetto pubblico e della natura autoritativa che caratterizza i suoi atti, ad avere fiducia (a fidarsi) nel operato di questo.

5. Dal fascio di relazioni giuridicamente rilevanti, nel senso qui precisato, nasce quella situazione giuridica soggettiva definita affidamento. L'affidamento consiste nella fiducia riposta nella correttezza della condotta tenuta dall'amministrazione. L'affidamento è tuttavia tutelato dall'ordinamento soltanto se incolpevole. L'affidamento è incolpevole laddove la parte privata compie o omette di compiere le proprie scelte senza sua colpa, agendo o omettendo di agire sulla base di un presupposto (un atto o un comportamento) posto in essere dal soggetto pubblico nell'esercizio delle sue funzioni istituzionali.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, è oramai principio consolidato che nelle procedure ad evidenza pubblica il diritto al risarcimento che dipende da una violazione della disciplina europea sugli appalti da parte di un'amministrazione aggiudicatrice, come avvenuto nel caso di specie, non è subordinato *“al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione*

suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata" (cfr., Corte di giustizia 30 settembre 2010, in C-314/09).

6. Così delineato il quadro giuridico di riferimento, e tenendo presente il precedente rappresentato da Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 aprile 2018, n. 5, sussistono nella presente controversia i presupposti che conducono ad accertare la sussistenza della responsabilità pre-contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice.

Occorre in primo luogo evidenziare come il Consorzio ricorrente sia stato appositamente costituito in data 4 febbraio 2016 ai fini della partecipazione alla gara *de qua* e che si è sciolto in data 22 ottobre 2018, dopo aver riscontrato, in virtù dell'annullamento della gara, l'impossibilità di perseguire l'oggetto sociale ed esercitare l'attività per il quale era stato costituito (art. 2484, comma 1, n. 2, c.c.).

Il ricorrente è sicuramente titolare di una situazione giuridica soggettiva, definibile quale affidamento incolpevole, nata dalla fiducia riposta nella correttezza della condotta tenuta da Consip nell'esercizio delle funzioni pubblicistiche di amministrazione aggiudicatrice.

L'affidamento è incolpevole poiché il concorrente ha deciso di partecipare alla gara in virtù della (preesistente) procedura ad evidenza pubblica predisposta da Consip parificata, per quanto qui rileva, all'amministrazione pubblica che opera, nel rispetto del principio di legalità, con atti autoritativi. La fiducia riposta è altresì incolpevole perché la causa di illegittimità della gara non risiede nella violazione di una norma imperativa c.d. auto-evidente, bensì nell'eccesso di potere e nel difetto di istruttoria nella formazione della *lex specialis* della gara che ha precluso la partecipazione individuale alle piccole e medie imprese.

L'amministrazione aggiudicatrice, quale "*centrale di committenza*", è titolare di una posizione qualificata in quanto è "*tenuta*", ai sensi dell'art. 37, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, "*al rispetto delle disposizioni di cui al presente codice e ne è direttamente responsabile*", sicché è chiamata a garantire, come prevede l'art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, che la competizione si svolga "*nel rispetto dei principi di ... correttezza ... di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità*", oltre ad osservare, quale amministrazione, i "*principi della collaborazione e della buona fede*" ai sensi dell'art. 1, comma 2-bis, legge n. 241 del 1990.

Nella specie Consip ha posto in essere un contegno collegato sia pur mediamente al mancato esercizio del potere amministrativo (art. 7 c.p.a.) di sospendere la procedura di gara, pur sapendo della pendenza di un ricorso giurisdizionale proposto all'indomani della pubblicazione del bando e comunque prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande,

volto ad annullare, per motivi di illegittimità, l'intera procedura. In questo senso sussiste il collegamento tra la condotta tenuta e le regole di azione che governano l'agire di Consip quale amministrazione aggiudicatrice che, in qualità di centrale di committenza, ha peraltro predisposto la procedura ad evidenza pubblica poi annullata.

In concreto la condotta lesiva realizzata da Consip consiste nell'aver adottato un bando di gara senza averne adeguatamente valutato la legittimità in relazione a profili di propria esclusiva competenza (individuazione dei lotti) ed in seguito nel non aver sospeso in autotutela la gara o comunque informato il concorrente dell'annullamento della procedura. Sotto quest'ultimo profilo, Consip, una volta scaduto il termine per la presentazione delle domande, ha in particolare omesso di informare il concorrente (individuato *a posteriori* dopo la scadenza del termine di partecipazione alla gara) della pendenza del gravame e della possibilità, attesa la radicalità delle censure sollevate, dell'annullamento dell'intera procedura di gara. Consip non lo ha neppure informato della pubblicazione della sentenza di primo grado che aveva posto nel nulla l'intera procedura.

L'amministrazione aggiudicatrice ha deciso di informare i concorrenti, tramite un avviso inserito nel proprio sito istituzionale, soltanto una volta concluso il giudizio di appello, quando la gara si trovava già in uno stadio giuridicamente rilevante essendosi passati al sub-procedimento di valutazione delle offerte economiche e tecniche.

La condotta così posta in essere non corrisponde a quella che dovrebbe adottare l'amministrazione aggiudicatrice titolare di una posizione qualificata tenuta ad agire, anche nella fase negoziale della procedura ad evidenza pubblica, nel rispetto delle regole di trasparenza, di collaborazione e di buona fede.

Va rilevato al riguardo che, dal momento che la causa dell'annullamento si annidava nell'attività istruttoria e discrezionale di individuazione dei lotti da porre a gara ed atteso lo *status* di amministrazione di Consip, quest'ultima godeva di un'evidente asimmetria informativa non solo in relazione alla esistenza del gravame proposto, ma soprattutto in relazione alla natura delle censure del ricorso e agli effetti che potevano derivare, e che di fatto poi sono derivati, dall'accoglimento delle stesse. Tale asimmetria informativa era presente sin dal momento della partecipazione alla gara (attesa la proposizione del ricorso di annullamento) e si è protratta nella fase negoziale delle trattative nel corso delle quali il concorrente è stato tenuto allo scuro di una circostanza importante da cui dipendeva la sorte del futuro contratto.

7. Sussiste inoltre il nesso di causalità materiale tra la condotta illecita e il danno-evento in quanto la condotta di Consip, nell'aver adottato prima un bando illegittimo ed in seguito nel

non aver sospeso in autotutela la gara o comunque informato il concorrente dell'annullamento della procedura, ha obiettivamente leso la fiducia di questi.

Il nesso di causalità giuridica tra il danno-evento e i pregiudizi lamentati ricorre invece esclusivamente in relazione alla voce indicata sub ii.) nel precedente paragrafo 2, nei limiti e nei termini seguenti.

Nella responsabilità pre-contrattuale il pregiudizio risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal negozio non concluso, ma al c.d. interesse negativo quale interesse a non subire le conseguenze negative derivanti dalle scelte compiute per la fiducia mal riposta, che può venire in rilievo sotto il profilo del danno emergente e del lucro cessante, quest'ultimo a sua volta distinto in danno da perdita di altre occasioni alternative favorevoli andate sfumate oppure, in caso di contratto valido non conveniente, quale danno differenziale (consistente nel minor vantaggio oppure nella maggior spesa sopportata per effetto del comportamento della controparte secondo un giudizio prognostico-ipotetico volto a ricostruire quale sarebbe stato il contenuto del contratto qualora la controparte non avesse posto in essere la condotta scorretta, definito anche come danno positivo c.d. virtuale).

Non può dunque riconoscersi il danno da lucro cessante collegato all'interesse positivo, individuato dal ricorrente nel mancato guadagno rispetto ai contratti relativi ai lotti che non sono stati aggiudicati, a prescindere dal grado o misura della *chance* di aggiudicazione.

Va riconosciuto e risarcito il solo danno emergente rappresentato dalle spese documentate che sono state inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara, rappresentate da: a) spese per la costituzione del Consorzio (€ 4.878,33); b) spese per i servizi resi in favore del Consorzio (€ 1.142,02); c) spese per le fidejussioni richieste per la partecipazione alla gara (€ 9.963,50); d) spese per la predisposizione delle offerte tecniche (€ 115.900,00); e) spese per il versamento del contributo all'ANAC (€ 2.000,00).

Non possono essere riconosciute le spese relative alla retribuzione del personale dipendente in quanto, contrariamente a quanto dedotto, non risulta dalla documentazione versata alcun collegamento tra l'assunzione del personale e lo svolgimento di attività nella predisposizione della documentazione necessaria alla partecipazione alla gara.

Infine, non è dovuto alcun ristoro per il danno da perdita di occasioni utili di guadagno poiché il pregiudizio lamentato risulta allegato, ma non provato.

8. In conclusione, il ricorso va accolto in parte e nei limiti sopra esposti e, per l'effetto, Consip va condannata al risarcimento del danno in favore del ricorrente per le causali e gli importi su indicati. Trattandosi di un debito di valore, tale somma dovrà essere rivalutata anno per anno

con decorrenza dalla data della notificazione del ricorso e sulla somma così rivalutata dovranno applicarsi gli interessi legali fino al soddisfo.

La condanna alle spese di giudizio segue il principio della soccombenza e la somma dovuta viene liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, condanna Consip S.p.a. al risarcimento del danno nei sensi di cui in motivazione.

Condanna la resistente al pagamento delle spese di giudizio in favore del ricorrente che liquida in Euro 2.000,00, oltre IVA, CAP, spese generali e rimborso del contributo unificato come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Primo Referendario

Luca Iera, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Luca Iera

IL PRESIDENTE

Francesco Riccio

IL SEGRETARIO