

Con la sentenza in epigrafe (decisione numero 3638 del 25 luglio 2008), questo Consiglio di Stato accoglieva il ricorso in appello e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, annullava gli atti impugnati in primo grado. In particolare, il Collegio

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Con atto di diffida notificato in data 28 ottobre 2008, l'odierna ricorrente chiedeva all'INFIN di dare piena e corretta esecuzione alla sentenza n. 3638 del 2008 di questo Consiglio di Stato e, per l'effetto (in particolare):a)

di "revocare annullare e/o sospendere i rapporti assicurativi con la Compagnia di Assicurazione" affidati in seguito agli atti di gara oggetto di annullamento; di omettere qualunque ulteriore pagamento in favore della società aggiudicataria dell'appalto in questione;

di indire con la massima urgenza una procedura selettiva ad evidenza pubblica per l'affidamento dei medesimi servizi assicurativi oggetto della sentenza di annullamento resa in grado di appello; di "disporre a favore dell'istante la somma risarcitoria di € 2.008.754,04, come in premessa quantificata, oltre a rivalutazione e interessi sino all'effettivo pagamento, nonché tenerla indenne dalle spese legali sostenute e dal danno derivatole sia per perdita di chance che alla sua reputazione e immagine professionale nel settore assicurativo e nei confronti dei maggiori clienti (enti pubblici e privati), anche sotto il profilo della impossibilità di accreditarsi ulteriormente, per quanto attiene il fatturato ed il parco clienti, a seguito del danno derivante dalla illegittima mancata aggiudicazione, in successive gare". Risulta gli atti che con delibera n. 81/07 del 25 settembre 2008, la Giunta esecutiva dell'Istituto così provvedeva: "1. di prendere atto della sentenza del Consiglio di Stato di cui in narrativa, relativa all'annullamento degli atti di gara per l'affidamento dei servizi assicurativi a copertura dei rischi connessi all'attività dell'Istituto, approvato con delibera del Consiglio Direttivo 6408/99, nonché della condanna dell'Istituto alla rifusione delle spese di lite, come descritte in premessa; 2. di indire una gara a procedura ristretta per l'affidamento dei servizi assicurativi a copertura dei rischi connessi all'attività dell'Istituto per la durata di cinque anni con il criterio del prezzo più basso ai sensi degli artt. 55 e 82, d.lgs. 163/06 e s.m.i.; 6. (...) di stipulare con la società assicuratrice, nelle more dell'espletamento della procedura di gara, nuovi contratti per i servizi in argomento con premio compensato mediante l'annualità già liquidata e con scadenza prolungata al 31.07.09, e pertanto senza ulteriori oneri a carico dell'INFN (...)"

Con il ricorso in epigrafe, la società ricorrente lamenta la mancata ottemperanza, da parte dell' Istituto Nazionale di Fisica Nucleare (d'ora in poi: 'l*****'), della sentenza di questo Consiglio di Stato n. 3638/08, con cui sono stati annullati gli atti della procedura di gara indetta dall'Istituto nel corso del 1997 per la stipula di polizze di assicurazione a ricorrente.. osserva preliminarmente che l'annullamento degli atti di gara propedeutici all'affidamento della gara all'origine dei fatti di causa si riverbererebbe con efficacia caducante sulla sorte del contratto medio tempore stipulato. **L'annullamento in questione legittimerebbe di conseguenza l'odierna ricorrente ad invocare il risarcimento dei danni patiti per effetto della complessiva vicenda, da liquidarsi nella misura del 100% del premio annuale imponibile offerto dalla ricorrente per l'intero periodo in cui la gestione avrebbe dovuto aver luogo, per un totale di euro 2.009.754,04, oltre interessi e rivalutazione.** A tali voci di danno sarebbe da aggiungere l'ulteriore quantum risarcitorio per danno all'immagine e perdita di chance, da quantificarsi in via forfetaria in almeno 300mila euro. Al riguardo, la ricorrente osserva che non potrebbe ostare all'invocato risarcimento la circostanza per cui l'Ente abbia, all'indomani della pronuncia di questo Consiglio di Stato, adottato una delibera (la n. 8107 del 28 ottobre 2008) la quale si limitava ad annullare l'intera procedura di gara e ad indire una nuova gara a procedura ristretta, deliberando al contempo di stipulare un contratto con la società soccombente nel giudizio di appello per il periodo necessario a coprire

rischi connessi all'attività di istituto nelle more dell'espletamento della nuova gara. Nella tesi della ricorrente, infatti, la deliberazione in questione rappresenterebbe una palese elusione del giudicato, non avendo assicurato al concorrente vittorioso (la soc. ricorrente appunto.) il bene della vita effettivamente perseguito attraverso il giudizio di legittimità: qual è il parere del Consiglio di Stato?

Il motivo non può trovare accoglimento. Al riguardo il Collegio osserva che, anche a voler aderire alla tesi (invero, minoritaria) che ammette l'esperibilità della domanda risarcitoria per la prima volta in sede di ottemperanza, nondimeno nel caso di specie tale domanda non potrebbe trovare accoglimento per la carenza dei relativi presupposti e condizioni di esperibilità.. **In primo luogo, il Collegio osserva che, contrariamente a quanto ritenuto dall'odierna ricorrente, la pronuncia della cui ottemperanza si discute non ha in alcun modo accertato che la ricorrente., in assenza delle illegittimità attizie che hanno condotto all'annullamento degli atti della procedura, avrebbe conseguito l'aggiudicazione dell'appalto per cui è causa.** Al riguardo, ci si limita ad osservare che il profilo di doglianza ritenuto dirimente da questo Consiglio di Stato ai fini dell'accoglimento del gravame ha riguardato un mero error in procedendo (relativo all'aver la Commissione aggiudicatrice preso conoscenza delle offerte economiche prima ancora di attribuire in concreto i punteggi discrezionali alle offerte tecniche), senza che in alcun modo il giudicato abbia riguardato la positiva valutazione dell'interesse pretensivo della ricorrente all'effettiva attribuzione dell'appalto. Pertanto, non potendosi attribuire un siffatto significato alla pronuncia di questo Giudice, deve ritenersi che l'interesse sostanziale

connesso all'attività conformativa resa necessaria dalla pronuncia ottemperanda non possa trovare soddisfacimento ulteriore rispetto a quello ritraibile dall'integrale ripetizione della procedura di gara. **Fermo restando il carattere dirimente di quanto appena osservato ai fini del decidere, il Collegio osserva comunque che la spiegata domanda risarcitoria non potrebbe comunque nella specie trovare accoglimento in quanto l'odierna ricorrente non fornisce neppure un principio di prova in ordine al lamentato danno alla reputazione ed all'immagine professionale (quantificata in circa 300mila euro), non esplicitando in alcun modo per quali ragioni la mancata aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi avrebbe negativamente inciso sull'estimazione commerciale e professionale della soc. ricorrente stessa.** Del pari, non è stato fornito alcun elemento di fatto o di diritto atto a giustificare la quantificazione del danno patrimoniale asseritamente patito nella misura del 100% del premio annuale di polizza offerto per il primo anno e nella misura del 14% del medesimo premio per i successivi nove anni.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3571 del 9 giugno 2009 emessa dal Consiglio di Stato

N.3571/09

Reg.Dec.

N. 9773 Reg.Ric.

ANNO

2008

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Sezione Sesta

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso per ottemperanza n. 9773 del 2008 proposto:

- dalla soc. ****.- Gestione Rischi Assicurativi a r.l., società agente della * S.p.A., rappresentata e difesa dall'Avv. ***** di *****, con domicilio eletto in Roma Via dell'Orso, 74, presso il suo studio;

contro

- l'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio presso i suoi uffici in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per la corretta ottemperanza

della decisione del Consiglio di Stato, Sezione Sesta, n. 3638 del 23 luglio 2008;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 37 della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla Camera di consiglio del 24 febbraio 2009, relatore il Consigliere ***** ed uditi, altresì, l'avv. Di Martino e l'avv. dello Stato Borgo;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La società appellante riferisce di aver partecipato alla gara d'appalto (nella forma dell'appalto concorso ai sensi del d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157) indetta dall'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare con delibera in data 3 ottobre 1997 per la stipula di polizze di assicurazione a copertura dei rischi connessi all'attività d'istituto.

Risulta agli atti che nella seduta del 24 febbraio 1998 la Commissione di gara ebbe ad approvare la lex specialis della procedura.

Il punto 13 del bando di gara prevedeva che il criterio di aggiudicazione fosse quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. b) del d.lgs. 157 del 1995, in base alla valutazione dei seguenti elementi:

a)

qualità tecnica del progetto;

b)

qualità del servizio;

c)

prezzo.

Al riguardo, il bando di gara prevedeva che gli elementi in questione “saranno più dettagliatamente descritti nella lettera di invito”.

Nella seduta del 3 luglio 1998, la Commissione predisponeva la lettera di invito, approvata nella seduta del successivo 21 luglio.

Nella lettera in questione si ribadiva che “l’aggiudicazione del servizio avverrà con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell’art. 23, comma 17, lett. b) del d.lvo 157/9[5] e meglio rispondente alle esigenze dell’Istituto da determinarsi in base alla valutazione degli elementi di seguito indicati nel bando di gara e qui riportati in ordine casuale:

A)

qualità tecnica del progetto;

B)

qualità del servizio;

C)

prezzo”.

Nella seduta del 24 novembre 1998 (ossia, in un momento successivo all’invio delle domande di partecipazione alla gara da parte della ricorrente e della controinteressata) la Commissione provvedeva ad attribuire a ciascun criterio di valutazione il relativo peso (in particolare, venivano attribuiti 6 punti alla voce ‘qualità tecnica del progetto’, 1 punto alla voce ‘qualità del servizio’ e 3 punti alla voce ‘prezzo’).

Nella medesima occasione, la Commissione procedeva ad esplicitare la nozione, ai fini della gara, di ‘qualità tecnica del progetto’ e di ‘qualità del servizio’, nonché ad articolare i criteri in base ai quali sarebbero stati in concreto attribuiti in punteggi.

Risulta ancora agli atti che nella successiva seduta del 17 dicembre 2008 la Commissione di gara, prima ancora di attribuire in concreto i punteggi discrezionali alle offerte tecniche delle singole imprese partecipanti e di terminare l’analisi dei relativi progetti, ebbe ad aprire le buste contenenti le offerte economiche ed a riportare gli importi offerti dalle singole partecipanti nel relativo verbale.

Solo successivamente (seduta del 10 febbraio 1999) la Commissione procedeva ad attribuire i punteggi discrezionali alle offerte tecniche presentate dalle singole partecipanti.

Nella medesima occasione, la Commissione individuava l’offerta della soc. BETA come quella economicamente più vantaggiosa e proponeva alla Direzione competente di procedere all’aggiudicazione in suo favore.

Con deliberazione del Consiglio direttivo dell'Ente in data 30 aprile 1998, quindi, l'appalto di cui è causa veniva aggiudicato alla soc. BETA.

La deliberazione in questione, così come gli atti tutti della gara, venivano impugnati innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio dalla soc. ****, la quale ne contestava la legittimità sotto dodici articolati profili.

Con la sentenza in epigrafe, il Tribunale adito dichiarava il ricorso in parte inammissibile ed in parte infondato.

Con ricorso in data 27 luglio 2004, la soc. **** impugnava la richiamata sentenza innanzi a questo Consiglio di Stato, reiterando dieci dei dodici originali motivi di doglianza.

Con la sentenza in epigrafe, questo Consiglio di Stato accoglieva il ricorso in appello e per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, annullava gli atti impugnati in primo grado.

In particolare, il Collegio riteneva determinante ai fini del decidere la circostanza per cui la Commissione di gara avesse acquisito conoscenza del contenuto di tutte le offerte economiche delle aziende in gara in un momento (17 dicembre 1998) anteriore rispetto a quello in cui aveva avuto luogo la valutazione del merito tecnico delle singole offerte, con conseguente attribuzione dei punteggi (10 febbraio 1999).

Pertanto, con atto di diffida notificato in data 28 ottobre 2008, l'odierna ricorrente chiedeva all'INFIN di dare piena e corretta esecuzione alla sentenza n. 3638 del 2008 di questo Consiglio di Stato e, per l'effetto (in particolare):

a)

di “revocare annullare e/o sospendere i rapporti assicurativi con INA/Assitalia” affidati in seguito agli atti di gara oggetto di annullamento;

b)

di omettere qualunque ulteriore pagamento in favore della società aggiudicataria dell'appalto in questione;

c)

di indire con la massima urgenza una procedura selettiva ad evidenza pubblica per l'affidamento dei medesimi servizi assicurativi oggetto della sentenza di annullamento resa in grado di appello;

d)

di “disporre a favore dell'istante la somma risarcitoria di € 2.008.754,04, come in premessa quantificata, oltre a rivalutazione e interessi sino all'effettivo pagamento, nonché tenerla indenne dalle spese legali sostenute e dal danno derivatole sia per perdita di chance che alla sua reputazione e immagine professionale nel settore assicurativo e nei confronti dei maggiori clienti (enti pubblici e privati), anche sotto il profilo della impossibilità di accreditarsi ulteriormente, per quanto attiene il fatturato ed il parco clienti, a seguito del danno derivante dalla illegittima mancata aggiudicazione, in successive gare”.

Risulta gli atti che con delibera n. 81/07 del 25 settembre 2008, la Giuna esecutiva dell'Istituto così provvedeva:

“1. di prendere atto della sentenza del Consiglio di Stato di cui in narrativa, relativa all'annullamento degli atti di gara per l'affidamento dei servizi assicurativi a copertura dei rischi connessi all'attività dell'Istituto, approvato con delibera del Consiglio Direttivo 6408/99, nonché della condanna dell'Istituto alla rifusione delle spese di lite, come descritte in premessa;

2. di indire una gara a procedura ristretta per l'affidamento dei servizi assicurativi a copertura dei rischi connessi all'attività dell'Istituto per la durata di cinque anni con il criterio del prezzo più basso ai sensi degli artt. 55 e 82, d.lgs. 163/06 e s.m.i.;

6. (...) di stipulare con la società INA ASSITALIA S.p.A., nelle more dell'espletamento della procedura di

gara, nuovi contratti per i servizi in argomento con premio compensato mediante l'annualità già liquidata e con scadenza prolungata al 31.07.09, e pertanto senza ulteriori oneri a carico dell'INFN (...)"

Con il ricorso in epigrafe (affidato ad un unico, articolato motivo di doglianza) la società ****. chiedeva a questo Consiglio di Stato di pronunciarsi in sede di ottemperanza per la piena ed integrale esecuzione della sentenza n. 3638/08, nei cui confronti la richiamata delibera dell'Istituto presenterebbe un carattere meramente elusivo.

Alla Camera di Consiglio del 24 febbraio 2009 ... ed il ricorso veniva trattenuto in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il ricorso in epigrafe, la società ****. lamenta la mancata ottemperanza, da parte dell' Istituto Nazionale di Fisica Nucleare (d'ora in poi: 'I*****'), della sentenza di questo Consiglio di Stato n. 3638/08, con cui sono stati annullati gli atti della procedura di gara indetta dall'Istituto nel corso del 1997 per la stipula di polizze di assicurazione a copertura dei rischi connessi alla propria attività istituzionale.

2. Con l'unico motivo di ricorso, la soc. ****. osserva preliminarmente che l'annullamento degli atti di gara propedeutici all'affidamento della gara all'origine dei fatti di causa si riverbererebbe con efficacia caducante sulla sorte del contratto medio tempore stipulato.

L'annullamento in questione legittimerebbe di conseguenza l'odierna ricorrente ad invocare il risarcimento dei danni patiti per effetto della complessiva vicenda, da liquidarsi nella misura del 100% del premio annuale imponibile offerto dalla ricorrente per l'intero periodo in cui la gestione avrebbe dovuto aver luogo, per un totale di euro 2.009.754,04, oltre interessi e rivalutazione.

A tali voci di danno sarebbe da aggiungere l'ulteriore quantum risarcitorio per danno all'immagine e perdita di chance, da quantificarsi in via forfetaria in almeno 300mila euro.

Al riguardo, la ricorrente osserva che non potrebbe ostare all'invocato risarcimento la circostanza per cui l'Ente abbia, all'indomani della pronuncia di questo Consiglio di Stato, adottato una delibera (la n. 8107 del 28 ottobre 2008) la quale si limitava ad annullare l'intera procedura di gara e ad indire una nuova gara a procedura ristretta, deliberando al contempo di stipulare un contratto con la società INAS (soccumbente nel giudizio di appello) per il periodo necessario a coprire rischi connessi all'attività di istituto nelle more dell'espletamento della nuova gara.

Nella tesi della ricorrente, infatti, la deliberazione in questione rappresenterebbe una palese elusione del giudicato, non avendo assicurato al concorrente vittorioso (la soc. ****.) il bene della vita effettivamente perseguito attraverso il giudizio di legittimità

2.1. Il motivo non può trovare accoglimento.

Al riguardo il Collegio osserva che, anche a voler aderire alla tesi (invero, minoritaria) che ammette l'esperibilità della domanda risarcitoria per la prima volta in sede di ottemperanza, nondimeno nel caso di specie tale domanda non potrebbe trovare accoglimento per la carenza dei relativi presupposti e condizioni di esperibilità.

In primo luogo, il Collegio osserva che, contrariamente a quanto ritenuto dall'odierna ricorrente, la pronuncia della cui ottemperanza si discute non ha in alcun modo accertato che la ****, in assenza delle illegittimità attizie che hanno condotto all'annullamento degli atti della procedura, avrebbe conseguito l'aggiudicazione dell'appalto per cui è causa.

Al riguardo, ci si limita ad osservare che il profilo di doglianza ritenuto dirimente da questo Consiglio di Stato ai fini dell'accoglimento del gravame ha riguardato un mero error in procedendo (relativo all'avere la Commissione aggiudicatrice preso conoscenza delle offerte economiche prima ancora di attribuire in concreto i punteggi discrezionali alle offerte tecniche), senza che in alcun modo il giudicato abbia riguardato la positiva valutazione dell'interesse pretensivo della ricorrente all'effettiva attribuzione dell'appalto.

Pertanto, non potendosi attribuire un siffatto significato alla pronuncia di questo Giudice, deve ritenersi che l'interesse sostanziale connesso all'attività conformativa resa necessaria dalla pronuncia ottemperanda non possa trovare soddisfacimento ulteriore rispetto a quello ritraibile dall'integrale ripetizione della procedura di gara.

Fermo restando il carattere dirimente di quanto appena osservato ai fini del decidere, il Collegio osserva comunque che la spiegata domanda risarcitoria non potrebbe comunque nella specie trovare accoglimento in quanto l'odierna ricorrente non fornisce neppure un principio di prova in ordine al lamentato danno alla reputazione ed all'immagine professionale (quantificata in circa 300mila euro), non esplicitando in alcun modo per quali ragioni la mancata aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi avrebbe negativamente inciso sull'estimazione commerciale e professionale della soc. ****.

Del pari, non è stato fornito alcun elemento di fatto o di diritto atto a giustificare la quantificazione del danno patrimoniale asseritamente patito nella misura del 100% del premio annuale di polizza offerto per il primo anno e nella misura del 14% del medesimo premio per i successivi nove anni.

3. Per le considerazioni che precedono il ricorso in appello deve essere dichiarato inammissibile, non sussistendo i presupposti e le condizioni per il positivo esperimento del giudizio di ottemperanza.

Sussistono giusti motivi onde disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 24 febbraio 2009,
con l'intervento dei Sigg.ri:

Presidente

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Consigliere, est.

Presidente

CLAUDIO VARRONE

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 9/06/2009

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

p. Il Direttore della Sezione