

N. 00467/2014REG.PROV.COLL.

N. 06850/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6850 del 2012, proposto da:
Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale "A. Cardarelli", rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Nardone, con domicilio eletto presso Margherita Rafaniello in Roma, via Oriolo Romano n. 59;

contro

Servizi Ospedalieri s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Gaetano Di Giacomo, Enza Maria Accarino, con domicilio eletto presso l'avv. Gaetano Di Giacomo in Roma, via Cicerone n. 49;

nei confronti di

Lavanderie Industriali Lavin s.p.a.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 03165/2012, resa tra le parti, concernente condanna al risarcimento del danno in relazione alla mancata aggiudicazione dell'appalto

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Servizi Ospedalieri s.p.a.;

Visto l'appello incidentale di Servizi Ospedalieri s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2013 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Marchese su delega di Nardone e Di Giacomo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Nel maggio 2009 l'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale (A.O.R.N.) "Cardarelli" di Napoli bandiva una procedura selettiva per l'affidamento all'offerta economicamente più vantaggiosa, per la durata di cinque anni con facoltà di rinnovo per altri due e per l'importo di € 19.450.000,00, del servizio di fornitura a noleggio e sterilizzazione dello strumentario chirurgico, nonché dei servizi di trasporto, ritiro e consegna.

Aggiudicata provvisoriamente la gara in data 23 giugno 2010 all'a.t.i. Servizi Ospedalieri s.p.a., gestore uscente, con determinazione dirigenziale 7 ottobre 2010 n. 1777 l'AORN stabiliva di non procedere all'aggiudicazione definitiva per totale mancanza di liquidità, nonché per l'antieconomicità e non sostenibilità finanziaria dell'operazione alla luce dei vincoli economici imposti dal piano di rientro dal disavanzo del settore sanitario della Regione Campania.

Ancora successivamente con deliberazione 16 aprile 2012 n. 295 del Direttore generale bandiva nuova gara per l'affidamento del servizio di sterilizzazione dello strumentario chirurgico, trasporto, ritiro e consegna, per la stessa durata di cinque anni con facoltà di proroga per altri due ed importo di € 17.424.000,00. Nel frattempo, era prorogato l'affidamento precedente.

2. L'a.t.i. Servizi Ospedalieri chiedeva davanti al TAR per la Campania, sede di Napoli, con ricorso introduttivo e successivi due atti contenenti motivi aggiunti, l'annullamento dei predetti provvedimenti ed atti connessi, nonché la declaratoria del diritto-interesse dell'istante alla stipula del contratto o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente.

3. Con sentenza 3 luglio 2012 n. 3165 della sezione prima il ricorso era accolto limitatamente all'annullamento degli atti relativi alla seconda gara ed al risarcimento del danno, peraltro nella misura delle documentate spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla gara, detratto il guadagno – secondo il margine di utile sul canone d'appalto desumibile dagli atti di affidamento – ottenuto dalla ricorrente per la proroga del servizio a far data al diniego di aggiudicazione e sino alla scadenza della proroga.

4. Con atto notificato il 13 settembre 2012, depositato il 27 seguente, l'AORN ha proposto appello avverso l'anzidetta sentenza nella parte in cui ha affermato il diritto della ricorrente al risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, col quale ha dedotto:

(a) *Error in iudicando – error in procedendo* – erroneità dei presupposti di fatto e di diritto – violazione e falsa applicazione degli artt. 11, comma 11, 12 e 48, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006.

(b) *Error in iudicando*, sviamento e falso presupposto, contraddittorietà – violazione art. 1337 c.c.

Il TAR ha riconosciuto la piena legittimità del provvedimento di diniego di aggiudicazione definitiva e ciononostante ha riconosciuto a Servizi Ospedalieri il risarcimento del danno per violazione dell'art. 1337 (responsabilità precontrattuale). Tale pronuncia collide con la disciplina del codice degli appalti e con la costante giurisprudenza che afferma come sia del tutto fisiologico che all'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva e ciò non ingeneri affidamento tutelabile con conseguente obbligo risarcitorio, qualora non sussista l'illegittimità dell'operato della p.a. Né sussiste la peculiarità della situazione di fatto che ha indotto il primo giudice a discostarsi dal riferito orientamento.

Il momento in cui sorge l'eventuale responsabilità precontrattuale è quello dell'aggiudicazione definitiva, che chiude la fase dell'evidenza pubblica e dà inizio alla negoziazione privata con l'aggiudicatario, la quale si conclude a sua volta col contratto. Pertanto, non può dar luogo a responsabilità precontrattuale tutto ciò che precede l'aggiudicazione definitiva, compresa l'aggiudicazione provvisoria, dotata di meri effetti interinali e provvisori tanto che non spetta neppure l'indennizzo stabilito dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990. Ed infatti il giudice amministrativo ha riconosciuto la responsabilità contrattuale solo nei casi di revoca dell'aggiudicazione definitiva (e del conseguente bando di gara) o, nell'ipotesi di licitazione privata, di recesso ingiustificato dalle trattative.

(c) *Error in iudicando* – travisamento – carenza dei presupposti di fatto – carenza di istruttoria e di motivazione.

Il comportamento della p.a. è sempre stato improntato a canoni di correttezza e buona fede, avendo dato seguito agli atti previsti dal disciplinare fino a quando è stato possibile. Durante il lasso di tempo tra l'approvazione del piano di rientro ed il diniego di aggiudicazione definitiva ha infatti verificato la concreta realizzabilità del progetto, pervenendo a non eseguirlo non solo per mancanza di risorse, ma anche per sopravvenuta antieconomicità. In tale periodo si è avuta un'attività straordinaria del Commissario di Governo caratterizzata a difficoltà interpretative ed in merito alle modalità di esecuzione da parte delle Asl ed aziende ospedaliere, dovendosi procedere alla riconsiderazione delle risorse programmate per l'assistenza alla luce dei decreti commissariali e dei vincoli di bilancio e, dunque, anche all'adozione in via di autotutela delle deliberazioni che non risultassero coerenti *ex post* con l'attività commissariale. Ne deriva che nello stesso periodo era oggettivamente impossibile attuare con tempestività l'azione di autotutela richiesta nel caso di specie.

Infine, nessun danno ha patito la ricorrente, che anzi ha potuto continuare a svolgere il servizio beneficiando di proroga, come ammette lo stesso primo giudice che, però, non ha considerato il comportamento di assoluta buona fede dell'Amministrazione suffragato dalla concessione della proroga e, di contro, dall'acquiescenza alla stessa da parte di Servizi Ospedalieri.

5. In data 4 ottobre 2012 Servizi Ospedalieri si è costituita in giudizio e con memoria del 17 seguente, eccepita l'inammissibilità/improcedibilità dell'appello per difetto di contraddittorio e dell'interesse a ricorrere, stante la notifica del medesimo ad essa impresa anziché all'a.t.i. costituita (parte nel giudizio di primo grado) con Steritalia s.p.a., nonché alla sola Lavanderie Industriali Lavin s.p.a., in costituenda a.t.i. con Gruppo Intini s.p.a. anch'essa parte nel giudizio di primo grado, ha svolto controdeduzioni nel merito.

Poi con atto notificato e depositato il 26 ottobre 2012 ha proposto appello incidentale avverso il capo di sentenza col quale non è stata accolta la domanda principale di annullamento del diniego di aggiudicazione definitiva e quella, connessa, di accertamento del diritto alla stipula del contratto, proposte con l'atto introduttivo e con il primo atto di motivi aggiunti. Nel dedurre "violazione e/o falsa applicazione di legge, *error* in giudicando, travisamento dei fatti", ha analiticamente criticato le argomentazioni utilizzate dal primo giudice per la reiezione delle censure.

6. Con memoria del 20 dicembre 2012 l'AORN ha confutato l'appello incidentale.

Con due note d'udienza (camerale, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare) entrambe depositate il 24 gennaio 2013 Servizi Ospedalieri ha insistito nelle proprie tesi e richieste, nonché nelle eccezioni e difese già formulate, evidenziando come, avendo ella provveduto alla notifica della sentenza in data 15 ottobre 2012, siano inoppugnabili i rispettivi capi e parti non già gravate. In tanto ha ulteriormente insistito con memoria del 28 maggio 2013.

7. In data 14 giugno seguente l'AORN si è costituita in giudizio con nuovo difensore ed ha insistito per l'accoglimento del proprio appello ed rigetto dell'appello incidentale.

Le parti hanno poi ulteriormente approfondito le rispettive difese.

8. Il Collegio ritiene opportuno affrontare le singole questioni – per comodità espositiva e facilità di lettura - secondo un certo ordine logico, piuttosto che attenersi all'ordine di prospettazione negli atti di parte.

9. Ciò posto, si osserva innanzi tutto che si può prescindere da tutte le eccezioni (comprese quelle in ipotesi rilevabili d'ufficio) concernenti l'ammissibilità e la ritualità degli appelli principale ed incidentale, in quanto, come si vedrà, questi sono entrambi infondati e la sentenza di primo grado deve essere sostanzialmente confermata.

10. La prima questione è se sia stato legittimo il recesso dell'Azienda appaltante dalla procedura di gara, che ha frustrato l'aspettativa dell'a.t.i. Servizi Ospedalieri s.p.a., aggiudicataria provvisoria, di conseguire l'aggiudicazione definitiva e quindi la conclusione del contratto.

Questo era il punto essenziale del ricorso introduttivo dell'a.t.i. Servizi Ospedalieri in primo grado e viene riproposto come appello incidentale.

10.1. In proposito, il Collegio ricorda che è principio comunemente acquisito che il passaggio dall'aggiudicazione provvisoria all'aggiudicazione definitiva non è un obbligo dell'amministrazione appaltante né un diritto dell'aggiudicatario provvisorio.

Beninteso, l'aggiudicatario provvisorio ha, in quanto tale, una posizione differenziata di maggior vantaggio rispetto a chi aggiudicatario provvisorio non è; ed ha un'aspettativa tutelata a che l'aggiudicazione provvisoria divenga definitiva. Ma ciò comporta solo che l'aggiudicazione definitiva può essere negata solo a condizione che sia deliberata legittimamente, nella forma e nella sostanza; e che l'aggiudicatario provvisorio ha titolo a provocarne il sindacato di legittimità.

10.2. Nel caso in esame, il diniego di aggiudicazione definitiva (di fatto, una vera e propria revoca della indizione della gara e dello stesso progetto di contratto) è stato ampiamente motivato con considerazioni attinenti alla insostenibilità dell'impegno economico che ne sarebbe derivato per l'ente committente, a maggior ragione nel contesto di una difficile situazione economica dell'ente stesso (mancanza di liquidità) e dell'intero sistema sanitario regionale, recentemente commissariato per l'attuazione del "piano di rientro".

Di più: veniva esposto, circostanziatamente, come l'impegno di spesa, quand'anche fosse stato in ipotesi compatibile con le risorse disponibili, sarebbe stato comunque antieconomico in rapporto al "costo storico" del servizio (aggravio di circa 2 milioni di euro all'anno, senza un adeguato beneficio in contropartita).

10.3. Pare al Collegio, come già al Giudice di primo grado, che le motivazioni esposte siano più che sufficienti a

legittimare il recesso dalla gara. Va anche considerato, al riguardo, che simili determinazioni implicavano rilevanti profili di discrezionalità amministrativa, e che pertanto sarebbero sindacabili solo per vizi quali la manifesta illogicità, oppure travisamenti di fatto, etc.; e non è certo questo il caso, tenuto conto (a tacer d'altro) che le difficoltà economiche degli enti sanitari in Campania sono notorie. Tutt'altra questione è se tali situazioni non dovessero venir meglio valutate dall'amministrazione prima ancora di bandire la gara; ma di questo – che rileva ad altri fini – ci si occuperà più avanti.

10.4. Una distinta censura riguarda un asserito vizio di forma (o di procedura) riguardante la determinazione di recedere dalla gara. Viene dedotto che tale determinazione, benché in apparenza presa dal funzionario competente (ossia dal responsabile unico del procedimento), sarebbe stata decisa in realtà dal Direttore Generale dell'Azienda, con un atto "di indirizzo" al quale il r.u.p. si è pedissequamente conformato. Vi sarebbe dunque una violazione del principio dell'autonomia dei dirigenti rispetto all'organo di indirizzo (il Direttore Generale).

Il Collegio osserva che si non discute di un atto rientrante nella *routine* ordinaria, bensì di un atto relativamente eccezionale, quale il recesso da una gara già pervenuta all'aggiudicazione provvisoria, e per un importo assai rilevante. Le motivazioni del recesso erano date da valutazioni di opportunità amministrativa e (soprattutto) di compatibilità finanziaria, alla luce del "piano di rientro". Tali valutazioni almeno in parte soverchiavano le competenze e le responsabilità tipiche del dirigente dell'ufficio contratti e acquisizioni. E' quindi naturale che sul punto si sia pronunciato l'organo di indirizzo e che questo si sia assunto (per quanto di sua competenza) la responsabilità della decisione. Fermo restando che l'atto conclusivo e formale è stato adottato dal dirigente responsabile.

La censura va dunque respinta.

10.5. Altra questione è se il recesso (manifestato nella forma del diniego dell'aggiudicazione definitiva) sia invalido perché intervenuto dopo la (supposta) formazione del silenzio-assenso (ovvero approvazione tacita) ai sensi dell'art. 12, comma 1, del codice dei contratti.

Si tratta in realtà di un falso problema, perché, quand'anche si volesse considerare intervenuta l'aggiudicazione definitiva tacita ai sensi dell'art. 12, comma 1, l'atto impugnato avrebbe comunque la consistenza e l'effetto di una manifestazione della volontà di recedere dalla gara e di non procedere alla stipulazione del contratto (principio della conversione/conservazione dell'atto amministrativo). Nella sostanza resterebbero invariati i termini del problema se tale manifestazione di volontà sia legittima o meno; infatti sotto questo profilo pare indifferente che il recesso venga esercitato in presenza di un'aggiudicazione provvisoria piuttosto che di una definitiva. E ciò si dice anche ai fini della qualificazione del danno come "precontrattuale" (rottura delle trattative prima della conclusione del contratto) anziché come "contrattuale" (inadempimento del contratto), e, di conseguenza, ai fini della quantificazione del danno stesso.

A parte ciò, si deve confermare quanto detto dal Giudice di primo grado riguardo alla circostanza che il termine per la formazione del silenzio-assenso non si era compiuto, considerando come *dies a quo* quello del ricevimento degli atti da parte della stazione appaltante.

10.6. Concludendo sul punto, il recesso dalla gara, implicante il diniego della stipulazione del contratto, appare legittimo.

11. Si passa ora all'altro versante della lite: se la rottura delle trattative – pur essendo legittima espressione dell'autonomia negoziale dell'ente – dia luogo, in questo caso, a responsabilità precontrattuale.

Anche su questo punto si deve condividere quanto ritenuto dal T.A.R..

Non vi è contraddizione logica fra il ritenere legittimo il recesso, e ravvisare tuttavia una responsabilità precontrattuale. Invero nei rapporti privatistici quest'ultimo tipo di responsabilità presuppone, per definizione, che la rottura delle trattative, sia, in sé, valida ed efficace, non essendosi ancora perfezionato il sinallagma contrattuale e non essendo sorto neppure l'obbligo di concludere il contratto; la responsabilità precontrattuale ha la sua fonte non negli obblighi derivanti dal contratto (non concluso) ma dalla violazione del dovere di buona fede nelle trattative (art. 1337).

Nel caso in esame, la mancanza di buona fede è stata ravvisata dal T.A.R. in ciò: che quelle condizioni di criticità economica, che hanno reso legittimo il recesso dalla gara, in realtà preesistevano ed erano conosciute o quanto meno conoscibili impiegando la dovuta diligenza; sicché una gestione più accorta avrebbe risparmiato all'Azienda l'indizione della gara e la pubblicazione del bando, e ai concorrenti i costi inerenti alla presentazione delle offerte. Non si può dire infatti che la Regione sia stata colpita da eventi calamitosi imprevedibili che abbiano provocato un repentino dissesto; anche se il commissariamento è intervenuto circa due mesi dopo la delibera di indire la gara.

Del resto, è opinione comune che ai fini della responsabilità precontrattuale ex art. 1337 cod. civ. la "buona fede" va intesa in senso oggettivo, non soggettivo e psicologico. Anche un comportamento oggettivamente colposo (ossia non intenzionalmente ingannevole) può configurarsi come assenza di buona fede ai fini in discorso.

12. Resta ora da vedere quale sia il danno risarcibile e come debba essere quantificato il risarcimento.

In proposito il T.A.R. si è così espresso:

«Quanto alla misura del risarcimento, trattandosi di una fattispecie di responsabilità precontrattuale essa va commisurata al c.d. interesse negativo, cioè alle spese inutilmente sostenute ed alle perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali. - Peraltro, non soltanto nel caso in esame non vi è stata allegazione da parte ricorrente di non aver potuto usufruito di ulteriori occasioni contrattuali perché impegnata nella gara in corso, ma, anzi, il comportamento della amministrazione le ha procurato una occasione di guadagno, perché essendosi dovuto prorogare il servizio in corso in relazione alla vicissitudini della gara bandita e mai conclusa, la ricorrente ha potuto continuare ad espletare il servizio messo a gara, di cui era già affidatario. - Ne consegue che, in applicazione del principio della "compensatio lucri cum damno", la Azienda ospedaliera dovrà corrispondere alla società ricorrente, a titolo di risarcimento per responsabilità precontrattuale, la somma che dovesse risultare in positivo dalla sottrazione, alle spese documentate per la partecipazione alla gara, del guadagno lucrato dalla ricorrente per il periodo di proroga del servizio a far data dal diniego di aggiudicazione definitiva (7 ottobre 2010) sino alla scadenza della proroga stessa, calcolato tenendo conto del margine di utile sul canone di appalto desumibile dagli atti dell'affidamento in essere.»

Queste considerazioni debbono essere interamente condivise.

Come si è detto, l'illecito non si è verificato nel momento in cui l'Azienda si è ritirata dalla procedura, bensì nel momento in cui l'ha indetta, pur essendo già allora esistenti e conoscibili le condizioni di difficoltà economica che di lì a poco avrebbero imposto il recesso. Di conseguenza il danno non consiste nell'aver perduto le utilità e le *chances* inerenti al contratto non stipulato (lesione del c.d. interesse positivo), ma solo nell'inutile dispendio delle attività inerenti alla partecipazione alla gara ed alla presentazione dell'offerta (lesione del c.d. interesse negativo).

Peraltro, la mancata conclusione della gara ha comportato anche un vantaggio riflesso per l'impresa la quale, come gestore uscente, ha usufruito grazie al recesso di un prolungamento del rapporto in essere. Donde la necessità di operare la *compensatio lucri cum damno*: il che si dovrà fare nei modi di cui all'art. 34, comma 4, c.p.a., in sede di esecuzione della sentenza, salvo l'eventuale ricorso al giudice dell'ottemperanza.

13. In conclusione, la sentenza di primo grado deve essere interamente confermata, rigettandosi tanto l'appello principale quanto quello incidentale.

La reciproca soccombenza giustifica la compensazione delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello incidentale e l'appello principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 31/01/2014

IL SEGRETARIO

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