

## **Nella responsabilità precontrattuale va ancora verificata la sussistenza dell'elemento della colpa**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Appalti pubblici

Riconosciuta la meritevolezza dell'interesse dell'aggiudicatario provvisorio alla conclusione del procedimento, va verificata la sussistenza dell'elemento della colpa nell'operato dell'Amministrazione resistente, senz'altro indispensabile nell'ipotesi dell'accertamento della responsabilità a titolo precontrattuale ex artt. 1337 - 1338 c.c.(sentenza numero 1804 del 25 ottobre 2012 pronunciata dal Tar Puglia, Bari)

**N. 01804/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 02005/2011 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

## **Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

### **(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

(...)

1. Espone la ricorrente di aver partecipato quale capogruppo - mandataria dell' a.t.i. con F.lli Ricorrente 2 s.r.l., mandante, alla gara indetta dall'ASL BT con deliberazione n. 112 del 30 settembre 2010, per l'affidamento del servizio integrato di "noleggio, ricondizionamento e logistica dei dispositivi tessili e della materasseria dei presidi ospedalieri e nelle strutture territoriali" della medesima ASL, con contestuale revoca della precedente gara indetta con deliberazione n. 866 del 20 maggio 2009.

All'esito della valutazione delle cinque offerte pervenute, il raggruppamento ricorrente con deliberazione n.1323 del 15 settembre 2011, veniva dichiarato aggiudicatario in via provvisoria; al terzo posto si classificava la Soc. Coop. di Produzione e \*\*\*\*\*, odierna controinteressata.

Con successiva deliberazione del commissario straordinario n.1504 del 14 ottobre 2011, l'Azienda Sanitaria ha revocato la gara suddetta ed approvato i nuovi atti di gara, sulla scorta di varie "criticità" riscontrate, così sintetizzabili:

- il sopravvenuto mutamento degli assetti organizzativi e funzionali dei Presidi ospedalieri e delle strutture territoriali alla luce del Piano di riordino ospedaliero e di rientro regionale, comportante la modifica dell'oggetto dell'appalto e della predisposizione del capitolato d'oneri;
- l'eccessiva onerosità dell'esito della gara tale da impedire la sostenibilità della spesa, come risultante dal bilancio di previsione (del. n.128 del 31 gennaio 2011) dal D.I.E.F. (Documento di Indirizzo economico funzionale del Servizio Sanitario Regionale della Puglia) per il triennio 2010-2012 nonché dal Piano di rientro;
- l'alterazione dell'equilibrio sinallagmatico del contratto posto in gara in relazione all'imminente accorpamento o chiusura degli stabilimenti ospedalieri di Minervino Murge e \*\*\*\*\*, previsto nel riordino della rete ospedaliera.

La ricorrente impugna il suddetto provvedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria e di tutti gli atti della gara indetta, deducendo le seguenti doglianze, così riassumibili:

I. violazione dei principi generali che regolano l'esercizio del potere di autotutela, del principio del giusto procedimento, eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifesta, carente istruttoria: la deliberazione impugnata avrebbe revocato atti, quali la deliberazione 866/2009, già precedentemente ritirata con deliberazione 112/2010, la quale invece, paradossalmente, non sarebbe stata revocata, pur da essa scaturendo l'aggiudicazione provvisoria che si vorrebbe ritirare;

II. violazione art. 21-quinquies legge 241/90, eccesso di potere per insufficienza, incongruità e contraddittorietà della motivazione, sviamento: la motivazione della disposta revoca sarebbe del tutto apodittica, non spiegandosi in quale modo e misura il Piano di riordino ospedaliero, pubblicato soltanto dopo due mesi dalla pubblicazione del bando di gara, incida sull'originario assetto degli interessi e sulla determinazione dell'oggetto dell'appalto; in realtà, gli effetti del suddetto Piano verrebbero fatti valere ex

post non già al fine di apprestare tutela al pubblico interesse, ma al precipuo scopo di rifiutare l'aggiudicazione disposta in favore del concorrente risultato miglior offerente;

III. violazione art. 21-quinquies L.241/90, eccesso di potere per insufficienza, incongruità e contraddittorietà della motivazione, sviamento: le enunciate passività contabili in cui verserebbe l'Azienda sanitaria sarebbero del tutto indimostrate; evidentemente contraddittoria poi sarebbe la volontà dell'Amministrazione di riformulare gli atti di gara, all'evidente fine di ribadire la volontà di esternalizzare il servizio in parola;

IV. violazione e falsa applicazione di legge (art. 21-quinquies L.241/90) eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento, illogicità manifesta, falsa presupposizione: le innovazioni organizzative intervenute, diversamente da quanto sostenuto dall'ASL, avrebbero significato un chiaro vantaggio per l'Amministrazione sul piano della controprestazione contrattuale, a danno dell'appaltatore; i presidi ospedalieri di Minervino Murge e di Spinazzola non sarebbero stati soppressi bensì riconvertiti, con la sola disattivazione dei reparti ospedalieri e dei relativi posti letto, lasciando intatti i costi fissi di gestione per l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, a fronte di una presumibile riduzione del corrispettivo d'appalto, omnicomprensivo e commisurato unicamente ai giorni di degenza; la stazione appaltante avrebbe pertanto fatto erronea applicazione di elementari principi economici sostanzialmente operando contro l'interesse pubblico;

V. violazione dell'art. 4 del capitolato speciale d'appalto, eccesso di potere per contraddittorietà: in base alle previsioni del capitolato speciale, l'Amministrazione potrebbe comunque far fronte alle descritte sopravvenienze riducendo i servizi contrattuali entro il limite del c.d. "quinto d'obbligo", sì che il ritiro degli atti di gara sarebbe viepiù ingiustificato.

La ricorrente, in subordine alla domanda di annullamento, avanza domanda di condanna dell'ASL BT al risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale, essendo oltremodo scorretto e contrario al canone di buona fede (artt. 1337 - 1338 c.c.) disporre la revoca degli atti di gara dopo dieci mesi dall'indizione del bando, invocando specifici precedenti di questa Sezione intervenuti in merito a

fattispecie analoghe.

In estremo subordine, la ricorrente avanza altresì domanda di condanna al pagamento dell'indennità prevista dall'art. 21-quinquies della legge n. 241/1990 per l'ipotesi in cui il comportamento dell'Amministrazione non venisse qualificato in termini di illiceità per contrasto con gli artt. 1337 - 1338 c.c.

Si costituivano sia l'ASL BT che la controinteressata Soc. Coop. di Produzione e \*\*\*\*\*, eccependo l'infondatezza di tutte le censure ex adverso dedotte, evidenziando in fatto e diritto, in necessaria sintesi:

- l'eccessiva onerosità per le finanze dell'Azienda ove il procedimento di aggiudicazione fosse portato a termine;

- la disattivazione di ben due stabilimenti ospedalieri avrebbe effettivamente comportato una rilevante modifica dell'oggetto dell'appalto, condizione sufficiente di per sé per riconsiderare i presupposti assunti al momento della indizione della gara;

- l'emergere di una perdita di ben 773.000,00 euro dalla situazione economica risultante al 30 settembre 2011;

- l'inammissibilità delle censure di cui al IV motivo, poiché la ricorrente pretenderebbe di sovrapporre le proprie valutazioni di convenienza a quelle riservate alla stazione appaltante;

- la non riconducibilità del potere di diniego dell'aggiudicazione definitiva all'attività di autotutela con funzione di riesame, perché mancherebbe del tutto un procedimento di secondo grado, dovendosi invece

fare riferimento all'art. 81 comma terzo Codice contratti pubblici; conseguentemente, sarebbe del tutto erronea, in diritto, la dedotta censura di violazione dell'art. 21-quinquies della legge 241/90;

- la posizione della ricorrente, quale aggiudicataria provvisoria, non sarebbe consolidata, alla stregua di un affidamento del tutto generico, vantando essa al più una mera aspettativa alla conclusione del procedimento, del tutto recessiva rispetto alle ragioni di pubblico interesse individuate dall'Amministrazione.

La Soc. Coop. di Produzione e\*\*\*\*\*T ha altresì presentato ricorso incidentale impugnando tutti gli atti già oggetto del gravame principale, deducendo in sintesi le seguenti

censure:

I. violazione ed erronea applicazione dell'art. 9 del disciplinare di gara, del principio di pubblicità delle gare pubbliche, dell'art. 2 comma 1 Codice contratti pubblici, degli artt. 64 comma 5, 67 comma 5 e 91 comma 3 del D.p.r. 554/1999, dell'art. 97 Cost. e delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE: la mancata apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte economiche, come sancito in via pretoria dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. 28 luglio 2011, n.13) e confermato dal legislatore (articolo 12 del D.L. 7 maggio 2012 n. 52 nel testo modificato dalla legge di conversione 6 luglio 2012, n.94), secondo principi anche comunitari immanenti nell'ordinamento, renderebbe illegittima per derivationem l'intera gara, con conseguente perdita da parte della ricorrente della qualità di aggiudicatario provvisorio ed inammissibilità del gravame principale per difetto di legittimazione;

II. violazione dei principi di conservazione e segretezza delle offerte nonché dell'art. 97 Cost.: la mancata indicazione nei verbali di gara del soggetto consegnatario dei plichi e delle modalità di custodia della documentazione di gara determinerebbe parimenti la caducazione dell'intera gara.

Con memoria depositata il 28 maggio 2012, la ricorrente principale ha eccepito l'inammissibilità della domanda incidentale in quanto la società ricorrente risulterebbe priva di legittimazione, oltre che di un interesse effettivo e concreto, essendo la sua domanda diretta alla caducazione di provvedimenti già ritirati d'ufficio dall'Azienda sanitaria, i quali tornerebbero ad essere produttivi di effetti solamente in ipotesi di accoglimento del gravame principale.

Con documentazione prodotta in giudizio il 21 maggio 2012 e memoria depositata il 28 maggio 2012, la difesa della ricorrente allega, quanto al danno emergente, prova dell'acquisto di apparecchiature preordinate allo svolgimento del servizio oggetto dell'aggiudicazione provvisoria, per un totale di 200.500,00 euro e quanto al lucro cessante (interesse contrattuale negativo), prospetta di non aver potuto partecipare a varie gare d'appalto, specificatamente indicate ed indette nell'arco temporale dal 7 settembre 2010 al 13 settembre 2011.

Alla camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2012, su accordo delle parti, l'istanza cautelare è stata "abbinata al merito".

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 13 giugno 2012, nella quale la causa è passata in decisione.

2. Preliminarmente, quanto all'ordine logico di trattazione delle domande, ritiene il Collegio di affrontare con priorità l'esame del ricorso principale, non avendo il gravame incidentale carattere paralizzante, in quanto diretto alla caducazione di atti della gara allo stato già ritirati dall'Amministrazione resistente, i quali tornerebbero a produrre effetti solamente in ipotesi di accoglimento della domanda principale, diretta ad ottenere, a sua volta, l'annullamento della statuizione di revoca.

Ad ogni buon conto, anche a volerne ritenere il carattere paralizzante, la priorità di trattazione del ricorso principale è ugualmente suggerita da ragioni di economia processuale in relazione alla relativa evidente

infondatezza (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 7 aprile 2011, n. 4; T.A.R. Lazio Roma sez. III 07 ottobre 2011, n. 7808) e conseguente improcedibilità del ricorso incidentale.

3. Il ricorso principale è infondato e va respinto.

Per ragioni di economia processuale è opportuno esaminare unitariamente le censure di cui al II, III e IV motivo (quest'ultimo quanto alla censura di violazione dell'art. 21-quinquies L.241/90).

3.1. Deve anzitutto evidenziarsi come il parametro per valutare la legittimità dell'impugnata deliberazione 1504/2011 non può individuarsi - come vorrebbe la ricorrente principale - nella disciplina in tema di autotutela con funzione di riesame di cui all'art. 21-quinquies legge 7 agosto 1990 n.241, concernente il potere di revoca in senso tecnico.

Impregiudicata la riconducibilità all'art. 81 c. 3 Codice contratti pubblici (come sostengono l'ASL e la controinteressata) o a funzione di controllo/approvazione (T.A.R. Marche 12 aprile 2005, n. 297) o, ancora, ad autotutela in senso ampio (ex multis T.A.R. Campania Napoli sez VIII 3 maggio 2010, n. 2263), la decisione della stazione appaltante di procedere alla "revoca" dell'aggiudicazione provvisoria e di non dar corso definitivo alla gara svolta, in presenza di ragioni di pubblico interesse, non è comunque attività di secondo grado, diversamente dal ritiro dell'aggiudicazione definitiva. Nei confronti di tale manifestazione volitiva, l'aggiudicatario provvisorio vanta un'aspettativa "non qualificata o di mero fatto" (Consiglio di Stato sez. V 18 luglio 2012, n. 4189; id. sez. V 20 aprile 2012, n. 2338; T.A.R. Campania - Napoli sez. VIII 3 maggio 2010, n.2263; T.A.R. Toscana sez. I 21 settembre 2011, n. 1407) alla conclusione del procedimento.

La giurisprudenza si è dunque decisamente consolidata nell'escludere che la non conferma o "revoca" dell'aggiudicazione provvisoria, in sede di aggiudicazione definitiva, possa assurgere ad attività di secondo grado, rientrando essa comunque "nell'unico procedimento di gara e nella medesima sequenza



procedimentale” (ex multis Consiglio di Stato sez. III, 11 luglio 2012, n. 4116; id. sez. V 20 aprile 2012, n. 2338; id. sez. V 24 marzo 2006, n. 1525; id. sez. VI 26 aprile 2005, n.1885; T.A.R. Toscana sez. I 21 settembre 2011, n. 1407; T.A.R. Puglia Bari sez I 24 ottobre 2006, n.3790; T.A.R. Marche 12 aprile 2005, n.297; T.A.R. Lombardia sez III 19 aprile 2007, n.1874).

3.2. Nella fattispecie risultano prive di pregio tutte le censure di parte ricorrente presupponenti l'applicazione e la violazione delle regole proprie delle procedure di autotutela, non essendo imposta né la comunicazione di avvio del procedimento (Consiglio di Stato sez. V 18 luglio 2012 n. 4189; id. sez. III 11 luglio 2012, n. 4116; id. sez. V 24 marzo 2006, n. 1525; id. sez. VI 26 aprile 2005, n.1885; T.A.R. Puglia Bari sez I 24 ottobre 2006, n.3790) né la ponderazione dell'interesse pubblico al non perfezionamento dell'aggiudicazione con l'interesse antagonista dell'aggiudicatario in via provvisoria (Consiglio di Stato sez. V 20 aprile 2012, n. 2338), essendo invero sufficiente la sussistenza di effettive ragioni di pubblico interesse e di convenienza.

3.3. Ciò premesso, la deliberazione impugnata si fonda su di una pluralità di considerazioni, quale tipico provvedimento “a motivazione plurima”, che non può essere annullato qualora anche uno solo dei motivi fornisca autonomamente la legittima e congrua giustificazione della determinazione adottata (ex multis T.A.R. Toscana sez. II 13 ottobre 2010, n. 6457; Consiglio di Stato sez. V 10 marzo 2009, n. 1383; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 11 febbraio 2010, n. 101).

Ritiene il Collegio che le ragioni giustificative poste a fondamento della decisione di non aggiudicare la gara siano rispondenti a obiettive ragioni di interesse pubblico, frutto di valutazioni ampiamente discrezionali, non viziate da irragionevolezza, illogicità, irrazionalità o macroscopico travisamento dei fatti, tali da consentirne il sindacato giurisdizionale di legittimità (così da ultimo Consiglio di Stato sez. V 18 luglio 2012, n. 4189).

Infatti, le asserite sopravvenute difficoltà finanziarie, di per sé sufficienti a supportare la decisione contestata, risultano confermate dalla documentazione versata in giudizio, con particolare riferimento al conto economico al terzo trimestre 2011, che evidenzia una perdita di 773.000,00 euro, al D.I.E.F. per il

triennio 2010 - 2012 nonché al Piano di rientro sanitario approvato con L.R. n.2 del 9 febbraio 2011; atti che convergono nella comprova della grave situazione finanziaria dell'Azienda sanitaria.

In secondo luogo, la disattivazione di ben due stabilimenti ospedalieri (\*\*\*\*\* e \*\*\*\*\*) contenuta nel Regolamento di riordino della rete ospedaliera (delib. 2791 del 15 dicembre 2010), la cui sorte potrebbe a breve toccare ad altre strutture, comporta ex se una rilevante modifica dell'oggetto dell'appalto e come tale è condizione sufficiente per la riconsiderazione dei presupposti sussistenti al momento dell'indizione della gara. E ciò indipendentemente dalle non decisive considerazioni in merito alla presunta sopravvenuta maggiore onerosità per l'appaltatore, giacché il dato risolutivo, ai fini della decisione, consiste nell'obiettivo ed incontestato mutamento organizzativo della rete ospedaliera successivo all'indizione della gara.

La stazione appaltante ha peraltro adeguatamente motivato le ragioni giustificative sulla cui base si è determinata a non aggiudicare la gara e lo ha fatto nella stessa deliberazione 1504/2011 impugnata, senza con ciò ledere alcun affidamento in capo all'odierna ricorrente, titolare, non di affidamento qualificato in ordine alla conclusione del contratto, bensì di una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento.

3.4. Alla luce delle suesposte considerazioni prive di pregio risultano tutte le censure di cui ai motivi II, III e IV.

3.5. Ugualmente infondate risultano le doglianze di cui ai motivi I e V.

Quanto alla censura sub I, dalla lettura globale della deliberazione impugnata si evince la inequivocabile volontà della stazione appaltante di revocare complessivamente tutti gli atti della procedura concorsuale in oggetto, ivi compresa la deliberazione n.112/2010, quale atto evidentemente connesso e consequenziale.

Per altro, anche volendo seguire la tesi della ricorrente, invero puramente formalistica, rimarrebbe comunque ferma la decisione ivi espressa di non aggiudicare il contratto, dotata di autonomo effetto lesivo, indipendentemente dalle statuizioni di revoca degli atti di indizione della procedura concorsuale.

3.6. Le censure di cui al IV motivo di eccesso di potere, sotto diversi profili, sono nel complesso inammissibili.

Infatti, a fronte delle innovazioni organizzative intervenute successivamente all'indizione della gara, non può pretendere la ricorrente di sovrapporre alle valutazioni discrezionali di pertinenza della stazione appaltante una propria alternativa valutazione di convenienza, non apparendo invero illogica la considerazione in merito all'influenza, sulla determinazione dell'offerta, del numero dei posti letto preesistente al piano di riordino della rete ospedaliera.

La censura è pertanto oltre che infondata, inammissibile.

3.7. Infine, del tutto "fuori fuoco" è la doglianza di cui al V motivo, di violazione dell'art. 4 del capitolato speciale d'appalto, il quale consente alla stazione appaltante lo ius variandi circa la quantità delle prestazioni contrattuali, nei limiti del 20 per cento dell'importo contrattuale, in ipotesi di ridimensionamento delle attività istituzionali, senza diritto per l'appaltatore ad indennizzi di sorta.

Trattasi infatti di clausola di variante in diminuzione entro il c.d. "quinto d'obbligo", contemplata dall'ordinamento in riferimento agli appalti di lavori pubblici (artt. 135 D.p.r. 554/1999, 12 D.M. 145/2000 e 162 D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207) posta a regolamentazione della fase di esecuzione del rapporto contrattuale, che non ha nulla a che vedere con la fase "a monte" della indizione e conclusione del procedimento di aggiudicazione; diversamente opinando, ogni valutazione della stazione appaltante in merito alla permanenza dell'interesse pubblico e della convenienza all'aggiudicazione definitiva sarebbe indebitamente limitata solo in vista dell'eventuale esercizio, in sede esecutiva, dello ius variandi.

Anche tale motivo è pertanto infondato.

3.8. Conclusivamente, l'azione di annullamento di cui al ricorso principale è infondata e va respinta.

4. Quanto alla domanda subordinata di condanna al risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale il Collegio la ritiene fondata.

4.1. Come noto, la giurisprudenza, in riferimento all'annullamento o revoca d'ufficio di provvedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici, ha da tempo affermato, indipendentemente dalla legittimità dell'esercizio del potere di autotutela esercitato e quindi dall'accoglimento del petitum di annullamento, il riconoscimento di una tutela esclusivamente sul piano risarcitorio per violazione degli artt 1337 - 1338 c.c., ove vi sia stata lesione dell'affidamento incolpevole in merito alla conclusione del procedimento e/o alla legittimità dell'azione amministrativa (ex plurimis T.A.R. Campania Napoli sez I 26 agosto 2003 n.11259; id. sez I 30 marzo 2005 n. 2744; T.A.R. Lazio - Roma sez I -bis 7 luglio 2003 n. 5991; id. sez III 13 luglio 2007 n. 6369; Consiglio di Stato sez IV 19 marzo 2003 n.1457; id. Adunanza Plenaria 5 settembre 2005 n.6; id. sez V 14 gennaio 2009 n.122; T.A.R. Puglia Bari sez I, 19 ottobre 2011, n.1522).

Quindi, indipendentemente dal profilo della legittimità dell'attività di autotutela, deve riconoscersi non diversamente dal diritto comune, la possibile responsabilità della stazione appaltante per violazione del generale obbligo di buona fede nelle trattative che conducono alla conclusione del contratto di appalto, id est per "scorretta" gestione delle operazioni di gara.

Secondo tale oramai consolidato orientamento, il danno risarcibile va circoscritto nei limiti dell'interesse negativo, contrapposto all'interesse all'adempimento, rappresentato sia dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative in vista della conclusione del contratto (danno emergente) sia dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipulazione di contratti vantaggiosi (lucro cessante)La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione per scorretta gestione del procedimento di gara, secondo il

suesposto orientamento, presuppone la lesione in capo al concorrente di una posizione di affidamento incolpevole in merito all'aggiudicazione del contratto o, quantomeno, in merito alla conclusione della gara; la posizione dell'aggiudicatario provvisorio - rivestita come visto dalla ricorrente - pur del tutto precaria ed instabile sino all'emanazione dell'aggiudicazione definitiva, può essere configurata quale meritevole di tutela ai sensi dell'art. 2043 c.c., per concretare l'elemento dell'ingiustizia del danno, essenziale in chiave di configurabilità della responsabilità risarcitoria. L'aggiudicatario provvisorio, pur non essendo titolare di aspettativa qualificata all'aggiudicazione definitiva ed al perfezionamento del contratto, vanta comunque un'aspettativa tutelata alla conclusione del procedimento di gara, secondo i principi di concentrazione e speditezza propri dell'evidenza pubblica (T.A.R. Puglia Bari sez I, 19 ottobre 2011, n.1552).

Riconosciuta la meritevolezza dell'interesse dell'aggiudicatario provvisorio alla conclusione del procedimento, va verificata la sussistenza dell'elemento della colpa nell'operato dell'Amministrazione resistente, senz'altro indispensabile nell'ipotesi dell'accertamento della responsabilità a titolo precontrattuale ex artt. 1337 - 1338 c.c. (ex multis Cassazione sez. lav. 7 maggio 2004, n. 8723; Consiglio di Stato sez. V 6 ottobre 2010, n. 7334) quale fattispecie di responsabilità riconducibile al "genus" di cui all'art. 2043 c.c.

Infatti come statuito da questa Sezione (sentenza 19 ottobre 2011, n.1552) il principio della responsabilità oggettiva della stazione appaltante in ipotesi di violazione della direttiva 89/665/CE (così Corte Giust. CE, sent. 30 settembre 2010, C-314/09, \*\*\*\*\*; in termini analoghi, cfr. già Corte Giust. CE, sent. 14 ottobre 2004, C-275/03, Commissione c. Portogallo) deve circoscriversi al solo ambito indicato dal giudice comunitario, senza possibilità di effetto espansivo ad ogni fenomeno di condotta illecita posta dall'Amministrazione. Nell'ipotesi di violazione del dovere di correttezza e lealtà nelle trattative contrattuali non vi è violazione della disciplina sulle procedure di aggiudicazione, bensì responsabilità dell'Amministrazione secondo il diritto comune (artt. 1337 - 1338 c.c.) la quale si fonda tutt'ora sulla regola generale della colpa - sub specie di responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. - laddove i pur numerosi casi di responsabilità oggettiva costituiscono l'eccezione e debbono essere previsti dalla legge

(vedi per es. artt. 2049, 2050 e 2051 c.c.)

Ciò detto, ritiene il Collegio che il comportamento dell'Azienda, nella fattispecie, possa connotarsi in termini di violazione dei canoni di correttezza e lealtà. Innanzitutto, va evidenziata l'ampiezza del tempo impiegato dall'ASL per giungere al ritiro degli atti di gara, giacché dalla data di indizione del pubblico incanto (30 settembre 2010) risulta trascorso più di un anno, essendo senz'altro esigibile la possibilità di intervenire entro un lasso temporale più contenuto. Come già statuito da questa Sezione (sent. n. 1552/2011) il decorso di un lungo lasso di tempo per l'esercizio del potere di ritiro "costituisce di per sé sintomo di negligenza e cattiva amministrazione poiché le gare per l'affidamento dei servizi pubblici debbono svolgersi celermente, nel rispetto dei principi di concentrazione e speditezza delle procedure di evidenza pubblica, e ciò anche al fine di scongiurare le sopravvenienze legate al passare del tempo, che spesso fanno sì che le condizioni tecnico-economiche fissate nei bandi e capitolati di gara non rispondano più alle effettive esigenze dall'Amministrazione aggiudicatrice

Inoltre, l'Azienda sanitaria, ha effettuato l'aggiudicazione provvisoria (15 settembre 2011) pur essendo invero già da tempo a conoscenza delle sopravvenute ragioni successivamente poste a fondamento dell'impugnata decisione di non procedere ad aggiudicazione definitiva; sia la disattivazione dei due stabilimenti ospedalieri di Minervino Murge e \*\*\*\*\* (delib. 2791 del 15 dicembre 2010) che l'approvazione del Piano di rientro sanitario (di cui al R.R. 16 dicembre 2010 n. 18 ed alla L.R. 9 febbraio 2011 n. 2), pur sopravvenuti rispetto all'indizione della gara (30 settembre 2010) erano certamente fatti da tempo ben noti all'ASL al momento dell'aggiudicazione provvisoria

Va pertanto affermata la colpa dell'Amministrazione, con conseguente fondatezza, anche sotto questo profilo, della domanda risarcitoria.

4.2. Quanto alla quantificazione del danno risarcibile, la ricorrente deposita in giudizio fatture di acquisto di n. 3 apparecchiature (n.1 macchina lavacarrelli, n. 1 macchina imbustatrice, n. 1 linea da stiro) da utilizzare per l'espletamento del servizio in esame, acquistate tra il 25 settembre e il 6 ottobre 2011, quindi dopo l'intervenuta aggiudicazione provvisoria e prima del ritiro degli atti di gara (14 ottobre 2011)

per un totale di 200.500,00 euro.

Trattasi di beni, secondo lo stesso capitolato speciale d'appalto depositato in giudizio, indubbiamente funzionali all'erogazione dello specifico servizio oggetto della gara, in assenza sul punto di qualsiasi contestazione da parte dell'Azienda sanitaria.

Sempre ai fini della determinazione del quantum del danno emergente, vanno poi tenuti in considerazione i seguenti ulteriori elementi. E' ragionevolmente presumibile che la ricorrente potrà utilizzare comunque le apparecchiature acquistate per l'espletamento di altri servizi, così come cederle in proprietà o in uso ad altri soggetti, circostanza di per sé idonea a consentire, in via equitativa, una riduzione del danno emergente risarcibile pari al 30 % delle spese documentate; sul punto, la ricorrente non fornisce la prova circa il nesso eziologico tra condotta illecita e danno lamentato, non dimostrando la strumentalità dei beni acquistati all'espletamento del servizio di che trattasi, pur potendosi tale circostanza agevolmente presumere ex art. 2769 c.c. sulla base del periodo temporale di acquisto. Deve poi tenersi conto della stessa "debolezza" dell'aspettativa dell'aggiudicatario provvisorio, così come del concorso di colpa (art. 1227 c. 1 c.c.) alla causazione del danno, potendo egli attendere l'aggiudicazione definitiva prima di procedere all'effettuazione delle suddette spese: tali significativi elementi fanno ritenere equa, ex art. 1226 c.c., una ulteriore riduzione del danno emergente risarcibile di una ulteriore percentuale del 60 % rispetto alle spese documentate.

In considerazione di tutti i suesposti elementi, l'importo del danno emergente risarcibile può equitativamente determinarsi, ex art. 1226 c.c., in misura di 20.000 euro.

Non risarcibile è invece il lamentato danno da lucro cessante (interesse contrattuale negativo) limitandosi la ricorrente ad offrire elementi esclusivamente indiziari delle occasioni di guadagno medio tempore perdute, indicando all'uopo varie gare d'appalto indette da altre Amministrazioni nell'arco temporale di espletamento della gara, a cui la ricorrente non avrebbe potuto partecipare. Come noto, in tema di responsabilità civile della P.A. se anche può ammettersi il ricorso alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità, è comunque ineludibile l'obbligo di allegare



circostanze di fatto precise; sicché, quando il soggetto onerato della allegazione e della prova dei fatti non vi adempie, non può darsi ingresso alla valutazione equitativa del danno ex art. 1226 c.c., perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito, né può essere invocata una consulenza tecnica d'ufficio, diretta a supplire al mancato assolvimento dell' onere probatorio da parte del privato (ex multis T.A.R. Sicilia Catania Sez. II, 21 marzo 2012, n. 709; Consiglio di Stato sez. V 27 aprile 2012 n. 2449; id. sez. V, 28 febbraio 2011, n.1271).

Nella fattispecie, anche secondo il più favorevole criterio del “più probabile che non” (ex plurimis Cassazione civ. sez. III 18 giugno 2012, n. 9927) risulta carente l'indispensabile nesso di consequenzialità diretta tra il comportamento scorretto dell'Amministrazione e la mancata aggiudicazione (anche in termini di chance) in favore della ricorrente delle gare bandite nell'arco temporale di riferimento, dipendendo essa da molteplici fattori, tra cui il possesso dei requisiti prescritti e il numero dei partecipanti alle gare stesse, autonomamente idonei sotto il profilo causale a determinare l'impossibilità di stipulazione.

4.3. Conclusivamente il risarcimento complessivamente dovuto dall'Amministrazione resistente ammonta pertanto a 20.000,00 (ventimila/00) euro. Su detta somma compete la rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT, trattandosi di debito di valore, con decorrenza dal 14 ottobre 2011 (data della revoca della gara) fino alla data di deposito della presente decisione; sulla somma così rivalutata si computeranno gli interessi legali calcolati esclusivamente dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo (cfr. in questo senso Consiglio di Stato, sez, VI, 21 maggio 2009, n. 3144).

4.4. Deve infine conseguentemente respingersi la domanda di condanna dell'Amministrazione alla corresponsione dell'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies legge 241/90 in ipotesi di revoca legittima degli atti “ad efficacia durevole”, in quanto espressamente subordinata al mancato accoglimento della domanda risarcitoria; per altro, la tutela indennitaria in questione è nella fattispecie inconfigurabile, poiché l'aggiudicazione provvisoria, con le sue caratteristiche di provvisorietà ed instabilità, non può rientrare nella categoria degli “atti ad efficacia durevole”, caratteristica questa da riconoscere solo all'aggiudicazione definitiva (in questi esatti termini Consiglio di Stato sez. III 11 luglio 2012, n. 4116; id. sez. V 5 aprile 2012, n. 2007).



4.5. Conclusivamente, va pertanto respinta la domanda, ulteriormente subordinata, di corresponsione dell'indennizzo in questione..

5. Per tutti i suesposti motivi la domanda di annullamento di cui al ricorso principale va respinta, con conseguente improcedibilità per difetto di interesse del ricorso incidentale. La domanda di condanna al risarcimento del danno di cui al ricorso principale va accolta in parte, come da motivazione

Sussistono giusti motivi ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 26 cod. proc. amm. e 92 c.p.c. per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite, attesa la complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- respinge la domanda di annullamento di cui al ricorso principale;
  
- accoglie in parte la domanda risarcitoria e per l'effetto condanna l'ASL BT al pagamento in favore della ricorrente della somma di 20.000,00 (ventimila) euro, oltre rivalutazione ed interessi legali, come da motivazione.
  
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale;

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nelle camere di consiglio del giorno 13 giugno e 26 settembre

2012 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario

\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/10/2012

IL SEGRETARIO

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

<https://www.diritto.it/nella-responsabilita-precontrattuale-va-ancora-verificata-la-sussistenza-dell-elemento-della-colpa/>