

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29722-il-giudice-amministrativo-pu-conoscere-delle-sorti-del-contratto-per-illegittime-aggiudicazioni-avvenute-dopo-il-dicembre-2007-ossia-dopo-la-pubblicazione-della-direttiva-2007-66-ce-dell-11-dicem>

Autore: Lazzini Sonia

**Il giudice amministrativo può conoscere delle sorti del contratto per illegittime aggiudicazioni avvenute dopo il dicembre 2007 ossia dopo la pubblicazione della direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, concernente il miglioramento dell'efficacia delle**

**Tar Sardegna, Cagliari, 21.05.2010 n. 1237**

# **Il giudice amministrativo può conoscere delle sorti del contratto per illegittime aggiudicazioni avvenute dopo il dicembre 2007 \_ossia dopo la pubblicazione della direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, concernente il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.\_**

Pertanto, la domanda di annullamento di un contratto di fornitura stipulato il 31 gennaio 2007, va posta, ancora, davanti al giudice ordinario

Va precisato, peraltro, che la domanda di annullamento del contratto di fornitura stipulato il 31 gennaio 2007 tra la ASL n. 5 di Oristano e la controinteressata., deve essere dichiarata inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo (basti richiamare sul punto la sentenza dell'Adunanza plenaria, 9 luglio 2008, n. 9).

Né, in senso contrario, potrebbe invocarsi il recente mutamento di indirizzo della Corte di Cassazione (Sezioni Unite civili, ordinanza del 10 febbraio 2010, n. 2906), che ha attribuito al giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto la validità del contratto stipulato dall'amministrazione con l'aggiudicatario scelto in modo illegittimo, posto che la medesima ordinanza limita cronologicamente l'ambito di tali controversie a quelle "in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007", ossia dopo la pubblicazione della direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, concernente il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Quanto alla *translatio iudicii*, occorre precisare che con l'art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69, è stata introdotta una nuova disciplina per effetto della quale la riassunzione della domanda davanti al giudice indicato come competente deve avvenire (pena l'estinzione del processo) entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia che declina la giurisdizione.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1237 del 21 maggio 2010 pronunciata dal Tar Sardegna, Cagliari

**N. 01237/2010 REG.SEN.  
N. 00513/2007 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 la Sardegna**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 513 del 2007, proposto da Ricorrente s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierfrancesco Della Porta, Marcello Vignolo e Massimo Massa, con domicilio eletto presso lo studio legale degli avv.ti Vignolo e Massa in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;

***contro***

l' Azienda Sanitaria Locale n. 5, con sede in Oristano, in persona del Direttore Generale in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Macciotta, con domicilio eletto presso lo studio legale del medesimo in Cagliari, viale Regina Margherita n. 30;

***nei confronti di***

Controinteressata s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Ciro Castaldo e Giovanni Vottari, con domicilio eletto presso lo studio legale dell'avv. Gianfranco Trullu in Cagliari, via Carrara n. 4;

***per l'annullamento***

*previa sospensione dell'efficacia,*

A) con il ricorso introduttivo:

- del provvedimento con cui è stato disposto, senza alcuna procedura di evidenza pubblica, l'acquisto di un Cromatografo Ionico Controinteressata ICS 3000, Modello ICS 3000 – DUAL;
- della nota 11 maggio 2007 n. 32385, con cui è stata respinta la richiesta di accesso agli atti;

B) con atto di motivi aggiunti notificato il 22 novembre 2007 e depositato il successivo 28 novembre:

- della nota del 6 novembre 2006, prot. n. 75053, avente per oggetto la richiesta di offerta del cromatografo ionico alla Controinteressata;
- della nota allegata alla predetta richiesta di offerta, contenente le specifiche tecniche della fornitura;
- della deliberazione D.G. n. 1055 del 1 dicembre 2006, con cui si è disposto di affidare la fornitura del Cromatografo ionico alla Controinteressata;
- del contratto per la fornitura in oggetto, stipulato il 31 gennaio 2007;
- di tutti gli atti presupposti, ivi compresi quelli relativi all'acquisto del Cromatografo ionico oggetto di sostituzione;

nonché, per la condanna al risarcimento

del danno subito dalla ricorrente per non aver potuto partecipare alla gara per la fornitura in questione.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto gli atti di costituzione in giudizio della A.S.L. n. 5;

Visto l'atto di costituzione della società Controinteressata Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2010 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. – La società ricorrente opera nel settore della progettazione, produzione e commercializzazione di strumentazione scientifica di misura, e in specie di strumenti per “cromatografia in fase liquida”. 1.1. - Con il ricorso in esame espone

di esser venuta a conoscenza, nell'aprile 2007, dell'acquisto effettuato dalla A.S.L. n. 5 di Oristano di un "Cromatografo Ionico Modulare" della CONTROINTERESSATA Corp.. Tale strumento, sostiene la ricorrente, è perfettamente equivalente al corrispondente prodotto commercializzato in Italia dalla Ricorrente.

1.2. - Con istanza di accesso del 18 aprile 2007, ricevuta dalla ASL n. 5 in data 24 aprile 2007, la ricorrente chiedeva copia degli atti della procedura di gara per la fornitura del cromatografo di cui trattasi. Richiesta che veniva rigettata dall'Azienda, con nota dell'11 maggio 2007, per la "mancanza di motivazione ... dalla quale si desuma ... l'eventuale situazione giuridicamente rilevante da tutelare".

2. - Con ricorso, notificato il 18 giugno 2007 e depositato il successivo 25 giugno 2007, la ricorrente Ricorrente chiede l'annullamento degli atti con cui l'ASL n. 5 ha provveduto all'acquisto del cromatografo dalla società Controinteressata S.p.A., sul presupposto che si tratti di affidamento diretto senza gara, deducendo essenzialmente la violazione della normativa comunitaria e di stampo nazionale che impone alle pubbliche amministrazioni di aggiudicare i contratti di fornitura previa procedura di evidenza pubblica.

3.- Con motivi aggiunti, notificati il 22 novembre 2007 e depositati il successivo 28 novembre, sulla base della documentazione prodotta in giudizio dall'amministrazione intimata, la ricorrente estende l'impugnazione agli atti meglio indicati in epigrafe, precisando che - trattandosi di fornitura di valore inferiore alla soglia comunitaria - rileva la violazione degli articoli 121 e 124 del codice dei contratti pubblici (di cui d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

4. - Si è costituita l'Azienda Sanitaria Locale n. 5 di Oristano, chiedendo preliminarmente che il ricorso sia dichiarato inammissibile in quanto la procura alle liti è stata rilasciata su foglio separato.

Nel merito conclude per il rigetto, in quanto infondato.

5. – Resiste in giudizio anche la controinteressata CONTROINTERESSATA S.p.A., che chiede sia pronunciata la irricevibile del ricorso per tardività. Nel merito conclude per il rigetto, in quanto infondato.

6. – Con sentenza di questa Sezione, n. 1251 del 23 giugno 2008, il ricorso è stato dichiarato inammissibile in quanto la procura alle liti era stata apposta su un foglio separato, spillato al ricorso medesimo, per cui non si poteva evincere l'inserimento della procura nell'ambito del ricorso.

7. – Con sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 2 novembre 2009, n. 6714, ha accolto l'appello proposto dalla RICORRENTE ed ha annullato la citata sentenza di questa Sezione “con rinvio al primo giudice perché, superata la inammissibilità originaria, proceda all'esame del merito”.

8. – All'udienza pubblica del 17 marzo 2010, all'uopo fissata, la causa è stata trattenuta in decisione.

9. – Preliminarmente occorre esaminare l'eccezione di tardività del ricorso, sollevata dalla controinteressata.

9.1. - Si pone, in specie, la questione di stabilire se la pubblicazione, presso l'albo pretorio dell'ente, della deliberazione del direttore generale della ASL avente per oggetto l'affidamento della fornitura valga come conoscenza legale, ossia possa essere considerata – ai sensi dell'art. 21 della legge n. 1034/1971 – come forma obbligatoria di pubblicità prevista da legge o da regolamento. Tuttavia l'art.56 della legge regionale 26 gennaio 1995, n. 5 (che disponeva “1. Gli atti delle aziende-USL e delle aziende ospedaliere non soggetti al controllo preventivo di cui all'articolo 54 sono esecutivi dal giorno della pubblicazione. 2. La pubblicazione è effettuata entro 10 giorni dalla deliberazione dell'atto”) è stato abrogato dall'art. 31 della legge regionale 28 luglio 2006, n. 10. Pertanto non è rintracciabile, attualmente, alcuna norma che preveda la pubblicazione degli atti deliberativi della ASL. Si

applicano conseguentemente i principi pacificamente affermati in giurisprudenza, e condivisi dal Collegio (si veda Consiglio di stato, sez. VI, 26 gennaio 2009, n. 344; sez. VI, 6 marzo 2003, n. 1239; TAR Sardegna sez. I, 31 gennaio 2006 n. 155), secondo cui il termine di ricorso - in mancanza di notificazione o comunicazione del provvedimento, ovvero di una norma che ne imponga la pubblicazione - decorre dalla piena conoscenza (evento che, secondo altrettanto noti principi e regole giurisprudenziali, deve essere oggetto di rigorosa dimostrazione probatoria da parte di chi solleva l'eccezione di tardività).

Nel caso in esame, il provvedimento di aggiudicazione non risulta né notificato né comunicato alla ricorrente in primo grado, né – come visto - esso era soggetto a pubblicità legale obbligatoria.

Pertanto, il ricorso è ricevibile.

10. - Nel merito il ricorso è fondato.

10.1. – Come si è riferito nella esposizione in fatto, con l'impugnata deliberazione il direttore generale della ASL n. 5 di Oristano ha affidato direttamente alla CONTROINTERESSATA s.r.l. la fornitura di un cromatografo ionico, mediante il sistema della procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando. Nella motivazione della deliberazione si giustifica la scelta di tale modalità di affidamento con la considerazione che “le funzionalità tecniche dello strumento ... sono possedute unicamente dall'apparecchiatura di produzione CONTROINTERESSATA ...”

10.2. - Nel codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando è disciplinata nell'art. 57, anche con riguardo ai contratti sotto soglia comunitaria (arg. dagli articoli 121 e 124 del codice), che delinea le tassative ipotesi in cui è possibile aggiudicare il contratto con tale sistema; e tra queste figura quella implicitamente richiamata nella motivazione del provvedimento impugnato, racchiusa nel comma 1, lettera b), ai

sensi della quale la sussistenza di “ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi” consente all’amministrazione aggiudicatrice di affidare il contratto unicamente con un operatore economico determinato. La disposizione appena citata deve necessariamente essere letta insieme all’art. 68 del codice, nella parte in cui impone di indicare nel bando di gara le specifiche tecniche del bene oggetto della fornitura, in modo tale che sia garantita la parità di accesso ai potenziali offerenti (comma 2) e sia sempre inserita la clausola di equivalenza tecnica e funzionale tra le specifiche indicate e quelle proposte dall’offerente (comma 3 e 4 dell’art. 68 cit.). Da questa lettura congiunta emerge che l’ipotesi normativa contemplata nell’art. 57 cit. si riduce, per quanto concerne le forniture, ai casi in cui il bene richiesto dall’amministrazione si qualifichi per caratteristiche tecniche e funzionali tali da renderlo unico e insostituibile.

La sussistenza di questi contrassegni nella fattispecie concreta deve naturalmente riflettersi sul piano della motivazione che sorregge la scelta dell’amministrazione appaltante di affidare il contratto mediante procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara.

10.3. - Nel caso di specie, l’amministrazione appaltante, oltre a non aver espletato alcun tentativo di acquisire la fornitura attraverso una procedura di gara con pubblicazione di un bando che contenesse le specifiche tecniche o le prestazioni funzionali del bene oggetto del contratto, nemmeno rende esplicite le ragioni che dimostrerebbero la necessità di acquisire il “cromatografo ionico” unicamente dalla CONTROINTERESSATA s.r.l. . Come risulta dai riferimenti testuali sopra riportati, le indicazioni in tal senso sono del tutto generiche e non danno conto della assenza, sul mercato, di strumenti con prestazioni equivalenti.

10.4. – Ciò posto, non possono essere condivisi gli argomenti introdotti dalla difesa dell’amministrazione resistente, secondo cui la scelta dell’affidamento diretto alla CONTROINTERESSATA s.r.l. sarebbe motivata dalla circostanza che “solo



la Controinteressata, sul mercato, fosse in grado di offrire il prodotto richiesto, in quanto unica fornitrice di uno strumento con le caratteristiche richieste di cui sopra” (pag. 3 della memoria 8 maggio 2008). In disparte il rilievo che la società ricorrente Ricorrente s.r.l. produce ampia documentazione tecnica che sembrerebbe smentire tali affermazioni, ciò che rileva nella fattispecie in esame è che l’unicità del fornitore è solo affermata dall’amministrazione e non dimostrata (attraverso, per esempio, una attenta verifica di mercato, ovvero l’esperimento di una gara con indicazione delle specifiche tecniche o le prestazioni funzionali richieste, come accennato ai punti precedenti).

Né può essere accolto l’argomento per cui la fattispecie in esame dovrebbe essere ricondotta - non al comma 1, lettera b), dell’art. 57 cit. - ma al comma 3, lettera b), della medesima disposizione (“Nei contratti pubblici relativi a forniture, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita ... b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all’ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni...”), per la semplice ragione che dalla motivazione dell’impugnata deliberazione del direttore generale non emerge alcun elemento che orienti in tal senso.

11. - Il ricorso e i motivi aggiunti, pertanto, per le ragioni appena esposte, debbono essere accolti, con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

12. - Va precisato, peraltro, che la domanda di annullamento del contratto di fornitura stipulato il 31 gennaio 2007 tra la ASL n. 5 di Oristano e la CONTROINTERESSATA s.r.l., deve essere dichiarata inammissibile per difetto

di giurisdizione del giudice amministrativo (basti richiamare sul punto la sentenza dell'Adunanza plenaria, 9 luglio 2008, n. 9). Né, in senso contrario, potrebbe invocarsi il recente mutamento di indirizzo della Corte di Cassazione (Sezioni Unite civili, ordinanza del 10 febbraio 2010, n. 2906), che ha attribuito al giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto la validità del contratto stipulato dall'amministrazione con l'aggiudicatario scelto in modo illegittimo, posto che la medesima ordinanza limita cronologicamente l'ambito di tali controversie a quelle "in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007", ossia dopo la pubblicazione della direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, concernente il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Quanto alla *translatio iudicii*, occorre precisare che con l'art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69, è stata introdotta una nuova disciplina per effetto della quale la riassunzione della domanda davanti al giudice indicato come competente deve avvenire (pena l'estinzione del processo) entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia che declina la giurisdizione.

12. –La società ricorrente chiede, altresì, il risarcimento del danno derivante dalla illegittima attività provvedimentale dell'amministrazione intimata, per la perdita di chances commerciali nella misura del mancato utile rispetto all'importo di aggiudicazione, nonché per i danni derivanti alla ricorrente per l'impossibilità di avvalersi della (mancata) commessa in sede di dimostrazione della capacità tecnica, economica o finanziaria nelle future procedure di affidamento di contratti analoghi.. Voci eventualmente da liquidare in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 del codice civile.

12.1. - La domanda pone, innanzitutto, la questione della prova della quantificazione del danno, sia sotto il profilo del mancato guadagno, sia sotto il profilo della dimostrazione della "prova specifica che l'esclusione ha recato un

nocumento all'immagine, alla professionalità, all'esperienza dell'impresa, ad esempio precludendo all'impresa ulteriori appalti in cui occorre dimostrare una specifica esperienza nell'ambito della quale non si può sfoggiare l'appalto non aggiudicato” (così, condivisibilmente, Consiglio di Stato, sez. V, 6 febbraio 2007, n. 478).

La ricorrente non ha allegato alcun elemento di prova, riguardo agli aspetti indicati.

12.2. - Questo Tribunale, muovendo dal pacifico presupposto che, in tema di risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, ricade interamente sul ricorrente l'onere della prova dell'esistenza e della quantificazione del danno, ha in primo luogo affermato come sia ammissibile sopperire a tale prova (con riferimento al lucro cessante), richiamando l'art. 345 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. F, “solo qualora il danno sia di ammontare incerto, ovvero, in relazione alla peculiarità del caso concreto, la precisa determinazione di esso sia difficoltosa, in quanto altrimenti il ricorrente potrebbe invocare il potere del giudice di liquidare il danno in via equitativa per sottrarsi al proprio onere probatorio” (così già in sez. I, 9 maggio 2006, n. 892). La statuizione è stata compiutamente argomentata con la successiva sentenza di questa Sezione (sez. I, 8 ottobre 2009 n. 1498) nella quale, “ricordato che in base al principio generale sancito dall'art. 2697 c.c, ai fini del risarcimento dei danni provocati da illegittimo esercizio del potere amministrativo, il ricorrente deve fornire in modo rigoroso la prova dell'esistenza del danno, non potendosi invocare il principio acquisitivo perché tale principio attiene allo svolgimento dell'istruttoria e non all'allegazione dei fatti (Cons. Stato, 6 aprile 2009 n. 2143, Cons. St., sez. V, 13 giugno 2008, n. 2967; sez. V, 7 maggio 2008, n. 2080; ad. plen., 30 luglio 2007, n. 10; sez. VI, 2 marzo 2004, n. 973)”, si ammette “la possibilità di ricorrere alle presunzioni semplici ex art. 2729 c.c. per fornire la prova del danno subito e della sua entità” fermo restando l'obbligo del ricorrente di “allegare circostanze di fatto precise”. In tal senso, e condivisibilmente, è stato

richiamato un consistente orientamento del Consiglio di Stato che considera infondata la domanda risarcitoria formulata in maniera del tutto generica senza alcuna allegazione dei fatti costitutivi (Cons. Stato, 6 aprile 2009 n. 2143, Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 2008, n. 2967; sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 306).

12.3. - Anche l'individuazione dei presupposti in presenza dei quali è possibile operare la valutazione equitativa dei danni è stata oggetto di esame da parte della Sezione, osservandosi come "pur apparendo certa l'esistenza dei danni lamentati (Cass. Civ., sez. I, 29 luglio 2009, n. 17677), non si può giungere alla loro liquidazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 del codice civile, (quando non ricorra) l'ulteriore presupposto richiesto dalla norma codicistica, costituito dalla relativa impossibilità di fornire la prova del danno da parte del ricorrente ( si veda sul punto Cass. Civ., sez. III, 15 maggio 2009, n. 11331)" (così sez. I, 30 dicembre 2009, n. 2682; ma, in precedenza, si veda nello stesso senso la citata sez. I, 8 ottobre 2009 n. 1498).

12.4. - Alla luce dei principi appena esposti, e considerato che, nel caso concreto, gli elementi probatori rilevanti ai fini della determinazione del danno rientrano nella sfera di disponibilità della ricorrente (danneggiata), la quale, pertanto, agevolmente avrebbe potuto allegarli e produrli in giudizio, si deve giungere necessariamente alla conclusione della infondatezza della domanda risarcitoria in esame.

13. – Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, pronunciando definitivamente sul ricorso e i motivi aggiunti in epigrafe, così dispone:

- accoglie il ricorso e i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;
- rigetta la domanda di risarcimento del danno;
- dichiara inammissibile la domanda di annullamento del contratto stipulato il 31 gennaio 2007 tra la ASL n. 5 di Oristano e la CONTROINTERESSATA s.r.l., e, per l'effetto, dichiara la giurisdizione del giudice ordinario.

Condanna la A.S.L. n. 5 di Oristano al pagamento delle spese giudiziali a favore della società ricorrente, che si liquidano in euro 3.000,00 (tremila), oltre il rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio dei giorni 17 marzo 2010 e, in prosieguo, 19 marzo 2010, con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/05/2010

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

IL SEGRETARIO