

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Quinta Sezione)
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso iscritto al NRG 52882008, proposto dall'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia in persona del dott. Donato Troiano commissario straordinario, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabrizio Lofoco ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, viale Mazzini n. 6;

contro

Etf – Eurotrading & Finance s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, sezione I, n. 249 del 16 febbraio 2008.

Visto il ricorso in appello;

vista la propria ordinanza 29 luglio 2008 n. 4221, con la quale è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecutività delle sentenze impugnate;

vista la memoria conclusionale depositata dalla difesa appellante in data 10 giugno 2009;

visti gli atti tutti della causa;

relatore alla pubblica udienza del 12 giugno 2009 il consigliere Vito Poli, udito l'avvocato Varia Romano su delega dell'avvocato Lofoco;

ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Unità Sanitaria Locale Fg/3 (successivamente trasformata in Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia, in prosieguo Asl), ha indetto una gara per la fornitura del servizio di diagnostica strumentale a mezzo di mammografo mobile per lo screening relativo alla prevenzione delle principali patologie oncologiche femminili; la procedura è stata espressamente qualificata come urgente a mente dell'art. 10, comma 8, del decreto legislativo n. 157 del 1957 (cfr. bando pubblicato in data 18 marzo 1999).

1.1. Alla gara ha partecipato solo la società Etf – Eurotrading & Finance s.r.l. (in prosieguo Etf); con nota del 13 luglio 1999 l'amministrazione ha sollecitato quest'ultima <<... a far pervenire, con cortese urgenza, la certificazione probatoria relativa agli accertamenti previsti dalla normativa antimafia, nonché l'attestato della costituzione del deposito cauzionale, si raccomanda di voler provvedere a porre in essere tutte le attività necessarie al fine di consentire l'inizio del Servizio nel più breve tempo possibile, prendendo contatti con la Direzione Sanitaria di questa A.S.L.>>.

1.2. Con deliberazione del direttore generale della A.s.l. n. 1634 del 21 luglio 1999 la gara è stata aggiudicata in via definitiva alla Etf.

1.3. Giova precisare in fatto che fin dal momento in cui è stata esaminata l'offerta della Etf (cfr. verbale della commissione n. 5 del 30 giugno 1999 e documenti allegati) nonché successivamente, all'interno degli ambienti medico scientifici dell'Asl (cfr. le note, versate in atti, dei dirigenti dei distretti sanitari recanti pareri negativi o perplessi, rese fra il 29 settembre e l'11 ottobre 1999), si è fortemente posta in dubbio l'utilità dell'iniziativa, sotto plurimi profili (tra gli altri, l'inidoneità a garantire la tutela della popolazione dalle radiazioni ionizzanti, la scarsa pubblicizzazione fra i responsabili dei servizi interessati, l'omesso coinvolgimento dei medici di base, gli alti costi in rapporto ai benefici conseguibili, le riscontrate carenze organizzative e demografiche).

1.4. Con nota del commissario straordinario dell'Asl - prot. n. 4/48126 del 20 settembre 1999 - l'amministrazione ha invitato <<... codesta Ditta a voler soprassedere all'organizzazione del servizio in questione in attesa che la scrivente valuti più compiutamente tutta la vasta problematica connessa allo svolgimento dello stesso>>.

1.5. Successivamente è intervenuta la deliberazione commissariale n. 428 del 15 novembre 1999 – comunicata alla Etf con nota del 30 novembre 1999 - recante l'annullamento della precedente deliberazione n. 1634 cit. sulla scorta delle seguenti considerazioni:

necessità di lanciare una preventiva campagna pubblicitaria;

necessità di individuare una struttura altamente specializzata dove poter indirizzare le pazienti segnalate all'esito dello screening;

svolgere, su indicazione dei dirigenti dei distretti sanitari, una indagine di fattibilità del servizio;

impossibilità di affrontare le spese connesse al servizio.

2. La società Etf, con due autonomi ricorsi – rispettivamente allibrati ai nrg. 2705/1999 e 33/2000 - ha chiesto la caducazione sia del provvedimento soprassessorio che di quello di annullamento e la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni subiti.

3. L'impugnata sentenza – T.a.r. della Puglia, sezione I, n. 249 del 16 febbraio 2008 -:

ha riunito i ricorsi;

ha dichiarato inammissibile il ricorso – nrg. 2705/1999 - proposto avverso la nota del 13 luglio 1999 (tale capo della sentenza non è stato impugnato ed è quindi coperto dal giudicato);

ha respinto l'eccezione di invalidità della procura rilasciata al difensore della Etf relativamente al secondo ricorso – nrg. 33/2000 - proposto avverso la deliberazione di annullamento della precedente aggiudicazione (anche tale capo non è stato impugnato);

ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso nrg. 33/2000 per omessa impugnazione dell'art. 6, co. 2, del capitolato di gara secondo cui <<L'azienda si riserva l'insindacabile facoltà di annullare la gara o di non procedere all'aggiudicazione del servizio senza essere tenuta a rendere noti i motivi di tale decisione>> (anche tale capo non è stato espressamente impugnato);

ha disatteso nel merito tutte le censure, respingendo la domanda di annullamento del provvedimento di autotutela (anche tale capo non è stato impugnato);

ha respinto la domanda di risarcimento del danno da inadempimento contrattuale (altro capo non impugnato);

ha accolto la domanda di risarcimento del danno precontrattuale a mente dell'art. 1337 c.c.:

I) accertando in concreto la negligenza inexcusabile della stazione appaltante;

II) respingendo la tesi della necessaria pregiudiziale caducazione del provvedimento di autotutela;

III) limitando il danno risarcibile al solo interesse negativo;

IV) liquidando il danno emergente avuto esclusivo riguardo alle fatture emesse dalla Etf per saldare i fornitori delle apparecchiature acquistate per l'erogazione del servizio richiesto;

V) abbattendo in via equitativa (secondo una percentuale variabile dal 40 al 70 per cento, a seconda della tipologia del materiale acquistato in vista dell'erogazione del servizio), le spese fatturate, in considerazione della possibilità dell'impresa di riutilizzare gli apparati tecnici o di rivenderli (in quanto nuovi);

VI) liquidando a titolo di risarcimento del danno precontrattuale la complessiva somma di euro 35.228,00 oltre accessori (determinati secondo precisi criteri di calcolo non contestati dall'Asl);

h) ha compensato fra le parti le spese di lite.

4. Con ricorso notificato il 16 – 19 giugno 2008, e depositato il successivo 27 giugno 2008, l'Asl ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r. articolando i seguenti quattro autonomi mezzi:

violazione del principio della necessaria pronuncia pregiudiziale di accertamento della illegittimità dei provvedimenti impugnati in relazione all'accoglimento della domanda di risarcimento del danno;

erroneità della sentenza nella parte in cui ha qualificato il provvedimento commissariale datato 15 novembre 1999 come revoca; si sostiene che la delibera in questione ha natura di atto di annullamento e come tale è sottoposta alla disciplina stabilita dall'art. 6 del capitolato (non impugnato), che consentirebbe alla stazione appaltante di caducare in qualsiasi momento, e senza limiti, gli atti di gara;

violazione dell'art. 1337 c.c. sotto il profilo che il recesso dalle trattative è fonte di responsabilità solo quando è immotivato e privo di appropriate giustificazioni, circostanze queste che non ricorrono nel caso di specie come evidenziato dallo stesso T.a.r. che ha escluso l'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

5. Non si è costituita l'intimata società.

6. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 12 giugno 2009.

7. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Preliminarmente la sezione rileva che non si può tener conto delle note d'udienza depositate dall'appellante in data 10 giugno 2009, dopo la scadenza del termine di dieci giorni (dimezzato a cinque ex art. 23 bis, della legge n. 1034 del 1971), previsto per tali adempimenti dapprima dall'ordinanza generale del Presidente del Consiglio di Stato n. 38 del 1954 (che ha integrato l'art. 37 t.u. 26 giugno 1924 n. 1054) e ora dall'art. 23, l. n. 1034 cit., decorrente a ritroso dalla data fissata per l'udienza di discussione ed applicabile anche al giudizio d'appello, non solo per il doveroso rispetto del contraddittorio ma anche per garantire al giudice il tempo minimo indispensabile per lo studio degli atti processuali (cfr. da ultimo Cons. St., sez. VI, n. 4699 del 2008; sez. IV, n. 3930 del 2008; sez. IV, n. 4078 del 2000).

7.1. I primi tre mezzi, volti a contestare, nel caso di specie, la configurabilità della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, possono essere congiuntamente, esaminati, in quanto intimamente connessi, e disattesi.

7.1.1. In diritto la sezione osserva quanto segue.

Sottoposta al sindacato del giudice ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale non è la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma la correttezza del contegno tenuto dall'ente pubblico durante la fase delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti paciscenti di comportarsi secondo buona fede in forza di quanto stabilito dall'art. 1337 del codice civile; tanto è vero che l'applicabilità della norma sancita dall'art. 1337 c.c. non è preclusa dall'intervenuta stipulazione del contratto; sul punto la sezione recepisce le più recenti acquisizioni della giurisprudenza della Corte di cassazione (cfr. Cass., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795; sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724).

La clausola di buona fede in senso oggettivo ha una portata generale che si esplica in una serie puntuale di doveri fra cui spiccano, per quanto di interesse nella presente controversia, sia quello di informazione, inteso come dovere di comunicare alla controparte le cause di invalidità, inefficacia, inadempimento o inutilità del contratto, sia quello di realizzazione degli adempimenti necessari per garantire la validità, l'efficacia o l'utilità del rapporto negoziale.

Con particolare riferimento alle procedure di evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione è stata indifferentemente configurata dalla giurisprudenza sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia (cfr. fra le tante, Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264; sez. VI, 5 aprile 2006, n. 1763; sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194; Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6):

nel caso di revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione per esigenze di una ampia revisione del progetto, disposta vari anni dopo l'espletamento della gara;

per impossibilità di realizzare l'opera prevista per essere mutate le condizioni dell'intervento;

nel caso di annullamento d'ufficio degli atti di gara per un vizio rilevato dall'amministrazione solo successivamente all'aggiudicazione definitiva o che avrebbe potuto rilevare già all'inizio della procedura;

nel caso di revoca dell'aggiudicazione, o rifiuto a stipulare il contratto dopo l'aggiudicazione, per mancanza dei fondi.

7.1.2. Facendo applicazione dei su esposti principi, non può accogliersi l'affermazione della difesa appellante, suffragata dalla citazione di specifica giurisprudenza di questo Consiglio (pagina 8 dell'atto di gravame), secondo cui il recesso della pubblica amministrazione dalle trattative sarebbe sempre legittimo se motivato e giustificato.

Sul punto è sufficiente osservare, da un lato, che tale asserzione è totalmente ovvia, generica e sganciata dalla fisionomia del caso concreto, dall'altro, che non è riconducibile in alcun modo ai precedenti citati (Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2005, n. 816 si riferisce all'utilizzabilità dell'istituto della vendita di cosa futura per la realizzazione di opere pubbliche; sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114 non concerne una fattispecie di responsabilità precontrattuale).

E' altresì assodato, e non seriamente contestato da controparte, che la responsabilità in contrahendo della p.a. ricorra sicuramente quando quest'ultima, come nel caso di specie, si avvalga per la scelta del contraente del metodo della licitazione privata accelerata per ragioni di urgenza.

Neppure è utile il richiamo a quell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui **non è configurabile la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante che si sia motivatamente e tempestivamente avvalsa della facoltà, prevista nel bando di gara, di non aggiudicare l'appalto per ragioni di pubblico interesse comportanti variazioni agli obiettivi perseguiti; in tal caso, infatti, all'amministrazione appaltante non sarebbe contestabile alcun comportamento lesivo dell'affidamento dei partecipanti** (Cons. St., sez. V, 13 novembre 2002, n. 6291).

Tale principio, condivisibile in astratto, è stato forgiato dalla giurisprudenza per la diversa ipotesi del diniego di aggiudicazione e non è applicabile al caso di specie, sia perché ha ad oggetto il ritiro di una precedente aggiudicazione, sia perché, ancor prima che intervenisse tale determinazione, la stazione appaltante ha sollecitato l'impresa a predisporre il servizio e le relative forniture tecniche.

Del resto, **nel caso in cui il provvedimento di revoca della procedura di gara sia stato adottato in un momento in cui l'aggiudicazione non si è ancora perfezionata, sono inapplicabili i rigorosi principi elaborati dalla giurisprudenza circa l'esercizio del potere discrezionale di revoca dell'indizione di una gara, mentre risulta applicabile la regola generale secondo cui, in materia di evidenza pubblica, lo svolgimento della procedura di scelta del contraente non comporta l'obbligo di concludere in ogni caso il contratto, se questo non è più considerato rispondente all'interesse pubblico successivamente all'avvenuta aggiudicazione** (cfr. Cons. St., sez. V, 5 settembre 2002, n. 4460).

7.1.3. Che vi sia un apprezzabile margine concettuale di autonomia, e dunque di compatibilità, fra la legittimità della procedura e l'illiceità del contegno precontrattuale della stazione appaltante, si evince, per inciso, anche dal fatto che la verifica della correttezza del comportamento dell'amministrazione rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo (cfr. da ultimo Cass., sez. un., 27 febbraio 2008, n. 5084; Cons. St., ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6).

L'elemento decisivo per l'attribuzione della controversia avente ad oggetto una domanda risarcitoria precontrattuale alla cognizione del giudice amministrativo è stato individuato nella circostanza che quest'ultimo, nella materia sottostante, sia munito di giurisdizione esclusiva e che la tutela dei diritti soggettivi azionati sia connessa in via immeditata e diretta all'esercizio di funzione pubblica. Ciò è quanto accade nella presente fattispecie, cui sono applicabili le norme sancite prima dall'art. 6, l. n. 205 del 2000 e successivamente dall'art. 244 d.lgs. n. 163 del 2006, ancorché intervenute in corso di causa, secondo l'interpretazione corrente che si dà dell'art. 5 del codice di procedura civile recante il principio della c.d. perpetuatio iurisdictionis (cfr. fra le tante, Cons. St., sez. V, 1 dicembre 2003, n. 7820; Cass. sez. un., 19 febbraio 2002, n. 2415; Corte cost., 10 maggio 2000, n. 134).

7.1.4. I mezzi di gravame e le relative argomentazioni spese a sostegno dalla ricorrente non sono accoglibili neppure in fatto.

7.1.4.1. La colpa dell'amministrazione emerge in concreto dalle seguenti circostanze:

non sono stati preventivamente ed opportunamente coinvolti nella valutazione di fattibilità di un progetto così rilevante, i medici di base e i dirigenti dei distretti sanitari, facendo subire all'impresa aggiudicataria, in relazione a tale omissione totalmente incolpevole, le conseguenze delle criticità emerse ex post;

inescusabile omessa comunicazione alla società appellata di una serie di circostanze di fatto salienti, conosciute ben prima del provvedimento di formale aggiudicazione;
affrettata sollecitazione rivolta alla società Etf, prima ancora della formale aggiudicazione della gara, a predisporre i mezzi indispensabili per erogare il contestato servizio discreening, che ha rafforzato l'affidamento di quest'ultima, già suscitato dalla decisione della stazione appaltante di ricorrere a procedure di urgenza, nella impellente ed inderogabile necessità di attivare il servizio.
Se la parte privata avesse avuto accesso ad una completa informazione, condividendo quanto era ben noto alla stazione appaltante, avrebbe potuto modulare diversamente la propria condotta predisponendo le opportune cautele per evitare ordini di acquisto al buio.

7.1.4.2. Inconferente è il rilievo incentrato sulla individuazione della esatta natura della delibera commissariale del 15 novembre 1999 anche in relazione all'applicazione del precetto sancito dall'art. 6 del capitolato, in quanto:

come rilevato in precedenza, la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante è ipotizzabile, in astratto, indifferentemente sia in caso di revoca che di annullamento della intervenuta aggiudicazione;

nella specie la delibera commissariale, al di là del tenore letterale del dispositivo, non si fonda sul preventivo accertamento di vizi di legittimità della bando o dell'aggiudicazione, ma sulla rivalutazione, in termini di opportunità, di aspetti organizzatori e finanziari, in parte, già noti antecedentemente alla aggiudicazione, per altra parte, acquisiti successivamente per la trascuratezza con cui è stata condotta l'istruttoria preliminare alla indizione del bando di gara;

l'art. 6 cit., riservando all'amministrazione l'insindacabile facoltà di esercizio del potere di annullamento in sede autotutela, ne circoscrive l'oggetto alla caducazione degli atti di gara contemplando, per completezza, la possibilità di non procedere all'aggiudicazione; rimane esclusa l'ipotesi oggetto del presente giudizio, ovvero l'annullamento della già intervenuta aggiudicazione; in ogni caso, la clausola contenuta nella lettera di invito deve essere interpretata alla stregua del riconoscimento all'ente pubblico di un potere di implicita revoca dell'aggiudicazione, con obbligo di congrua motivazione che illustri la corretta ed esauriente ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti; infatti, qualsiasi interpretazione che tenda a sostenere la insindacabile natura di tale facoltà e, per questa via, l'irresponsabilità civile dell'amministrazione, comporterebbe la nullità della clausola ex art. 1355 c.c., in quanto si configurerebbe come condizione meramente potestativa (cfr. Cons. St., sez. VI, 30 settembre 1997, n. 1418).

7.2. Parimenti infondato è il quarto ed ultimo motivo di appello.

Nel particolare caso di specie è certo che i costi sostenuti dall'impresa appellata (non contestati nel loro ammontare), siano direttamente riconducibili alla negligente condotta dell'amministrazione.

7.2.1. In particolare è del tutto irrilevante che la fattura n. 123 del 23 settembre 1999 – relativa all'acquisto delle apparecchiature indispensabili per la fornitura del servizio mobile di screening - sia successiva alla nota della Asl in data 20 settembre 1999, in quanto dall'esame della medesima fattura e della comunicazione spedita via fax dalla ditta fornitrice (Instrumentarium Imaging Italia s.r.l. del 16 giugno 1999) – documenti in parte non qua non contestati specificamente dall'appellante - emerge che:

l'ordine di acquisto è stato impartito il 10 maggio 1999;

la merce è partita dalla Finlandia il 3 settembre 1999.

7.2.2. Parimenti irrilevante è che la fattura n. 32 del 25 ottobre 1999 – relativa all'acquisto dell'automezzo con cui garantire il servizio mobile di screening - sia successiva all'ordine soprassessorio in quanto:

è comunque antecedente al formale provvedimento di revoca dell'aggiudicazione;

il contenuto dell'invito rivolto dalla Asl alla Etf presentava margini di ambiguità specie in relazione alle sollecitazioni – di contrario segno – ricevute in precedenza dall'impresa;

è ragionevole ritenere che anche tale ordine di acquisto sia stato impartito dalla Etf in un periodo antecedente l'inoltro della comunicazione del 20 settembre 1999;

è certo che l'appellata, per organizzare il servizio mobile in questione, aveva necessità di dotarsi di un automezzo analogo a quello acquistato.

7.2.3. Il criterio utilizzato dal T.a.r. per ridurre, in via equitativa, gli importi delle poste di danno singolarmente accertate è immune dalle generiche critiche rivolte, in parte qua, dall'appellante.

8. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni l'appello deve essere respinto.

Non si deve provvedere sulle spese di giudizio, non essendosi costituita la parte intimata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- respinge l'appello e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;
- nulla sulle spese del presente grado di giudizio.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 12 giugno 2009, con la partecipazione di:

Raffaele Carboni

Filoreto D'Agostino – Consigliere

Aniello Cerreto – Consigliere

Vito Poli Rel. Estensore – Consigliere

Francesco Caringella – Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 07.09.2009.