



REPUBBLICA ITALIANA

N. 2144-04 Reg. Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 3690 Reg. Gen.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione ANNO 2002

Prima, ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. **3690/2002** sezione I, proposto da: **Sedas s.r.l.**, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rap.ta e difesa per mandato in calce al ricorso dagli Avv.ti Bruno Miggiano, Luca De Nora e Giovanni Immordino ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Palermo, via Libertà n. 171;

C O N T R O

- l'Azienda Ospedaliera Universitaria "Paolo Giaccone" - Università degli Studi di Palermo, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rapp.to e difeso per mandato a margine della memoria di costituzione dagli Avv.ti Giovanni Pitruzzella e dall'Avv.to Francesco Stallone, presso lo studio dei quali è elettivamente domiciliato in Palermo, via Nunzio Morello n.40;

- il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rapp.to e difeso per legge dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, domiciliataria;

PER L'ANNULLAMENTO

- del provvedimento prot. n. 1923 del 27.06.2002, con il quale è

stato negato il risarcimento del danno richiesto in data 13.06.2002 in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione già disposta a favore della ricorrente per la fornitura di attrezzature scientifico-sanitarie e del relativo ordine di consegna del materiale;

PER L'ACCERTAMENTO

del diritto al risarcimento del danno subito dalla ricorrente in conseguenza dell'errore in cui è incorsa l'Az. Ospedaliera in sede di valutazione tecnica delle offerte.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Policlinico Universitario di Palermo e del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca;

Viste le memorie depositate dalle parti a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti di causa;

Designato relatore alla udienza pubblica del 16.07.2004 il Consigliere Avv. Salvatore Veneziano, ed uditi gli Avv.ti Giovanni Immordino e Bruno Miggiano per la società ricorrente, l'Avv. Francesco Stallone per l'Azienda Ospedaliera Policlinico di Palermo e l'Avvocato dello Stato Rosario Di Maggio per il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca;

FATTO

Con ricorso notificato i di 4./9.10.2002 e depositato il 18.1.2002, la società ricorrente, operante da tempo nel campo

delle attrezzature scientifico-sanitarie, espone:

- di avere partecipato ad un pubblico incanto bandito dall'Azienda universitaria Policlinico di Palermo per la fornitura alla Divisione di chirurgia generale oncologica di un "ecotomografo volumetrico";
- di essersi resa aggiudicataria della fornitura e di avere ricevuto il relativo ordine di consegna del materiale;
- di avere subito l'annullamento dell'aggiudicazione in proprio favore della fornitura e del relativo ordine di consegna del materiale, in quanto la sonda intraoperatoria è stata ritenuta in sede di collaudo non conforme a quanto descritto nella scheda tecnica del capitolato di gara;
- di avere impugnato il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, e gli atti connessi, e di avere richiesto il risarcimento dei danni subiti, con ricorso a questo Tribunale respinto con la sentenza n. 963/2002;

La società ricorrente impugna, quindi, la nota con la quale l'Az. Ospedaliera Universitaria ha respinto la richiesta di risarcimento avanzata in data 13.06.2002 e reitera la domanda di risarcimento dei danni conseguenti all'annullamento degli atti di gara, ed alla mancata fornitura dell'apparecchiatura sanitaria.

Si è costituita in giudizio l'Azienda ospedaliera, deducendo argomentatamente l'inammissibilità e l'infondatezza nel merito del ricorso e chiedendone il rigetto.

Si è altresì costituito in giudizio il Ministero

dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca con il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

Con memorie depositate in vista dell'udienza pubblica di discussione le parti resistenti hanno ribadito l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame, mentre la società ricorrente ha replicato alle deduzioni di parte avversa, insistendo per l'accoglimento del ricorso.

Alla udienza pubblica del 16.07.2004 i procuratori delle parti hanno chiesto che il ricorso venisse posto in decisione nel merito, insistendo nelle rispettive conclusioni.

DIRITTO

1. Deve, preliminarmente, verificarsi d'ufficio la permanenza della giurisdizione di questo Tribunale a decidere la presente controversia, successivamente alla pubblicazione nella G.U.R.I. – Serie Speciale Corte Costituzionale n. 27 del 14.07.2004 – della sentenza n. 204 del 6.07.2004, con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 33 del D.Lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7 della l. n. 205/2000, rielaborandone il primo comma ed eliminando il secondo comma, e così ridisegnando in termini sostanzialmente riduttivi la giurisdizione esclusiva attribuita al giudice amministrativo in materia di servizi pubblici.

E ciò in considerazione del fatto che ai sensi dell'art. 30, co. 4, della l. 11.03.1953 n. 87 *“le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno*

successivo alla pubblicazione della decisione” e che, secondo la Corte di Cassazione “il principio sancito dall’art. 5 c.p.c., secondo cui la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda, non opera quando la norma che detta i criteri determinativi della giurisdizione è successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima, atteso che la norma dichiarata costituzionalmente illegittima - a differenza di quella abrogata - non può essere assunta, data l’efficacia retroattiva che assiste tale tipo di pronunce della Corte Costituzionale, a canone di valutazione di situazioni o di rapporti anteriori alla pubblicazione della pronuncia di incostituzionalità, salvo il limite dei rapporti esauriti al momento della pubblicazione della decisione, intendendosi per tali quelli accertati con sentenza passata in giudicato o per altro verso già consolidati” (SS.UU. n. 06-05-2002, n. 6487) giacchè “le pronunce della Corte Costituzionale non rientrano fra i «mutamenti della legge», che sono considerati ininfluenti, ai fini della competenza, dall’art. 5 c.p.c., ove sopraggiunti dopo la proposizione della domanda” (sez. I, 12-08-1996, n. 7445, conf. n. 8176/1996);

Ritiene, comunque, il Collegio che la sentenza n. 204/2004 sia irrilevante ai fini della decisione della presente controversia e non privi questo Tribunale della giurisdizione a conoscerla.

Ed invero, sebbene nelle conclusioni del ricorso risulti invocato l’art. 33 del D.Lgs.vo n. 80/1998, il Collegio osserva

che le norme attributive a questo Tribunale della giurisdizione a conoscere la presente controversia sono l'art. 6 della l. n. 205/2000 - secondo il quale *“sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”*, norma neppure citata nella sentenza n. 204/2004 – e l'art. 35, co. 1 del D.Lgs.vo n. 80/1998, come modificato dall'art. 7 l. n. 205/2000 – secondo il quale *“il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto”*, norma non travolta dalla citata sentenza -.

2. Devono, quindi, essere esaminate le eccezioni di inammissibilità del gravame, dedotte dalle difese dell'Az. Ospedaliera e del Ministero intimati con riferimento al passaggio in giudicato della sentenza di questa Sezione n. 963/2002 con la quel è stato respinto il ricorso proposto dall'odierna ricorrente avverso l'atto di annullamento dell'aggiudicazione e per il conseguente risarcimento del danno.

Ad avviso delle amministrazioni intime l'avvenuta reiezione di quel ricorso sarebbe preclusivo all'accoglimento della ulteriore azione di risarcimento dei danni proposta con il

presente ricorso, o in quanto già direttamente decisa in senso negativo (difesa Ministero) o in quanto preclusa dalla affermata legittimità dell'atto di annullamento della aggiudicazione (difesa Az. Ospedaliera).

Nessuna delle due prospettazioni difensive può essere accolta in quanto:

-2.1. L'azione risarcitoria all'esame presenta elementi di diversità e novità rispetto a quella proposta con il ricorso introduttivo del giudizio recante il n. 243 di R.G., successivamente definito con la sentenza n. 963/02 citata; ed invero quella, come qualificata nella stessa sentenza n. 963/02, era un'azione risarcitoria per danni derivanti dalla asserita lesione di interessi legittimi ed è stata respinta unitamente all'impugnativa degli atti lesivi della procedura di gara, questa – già articolata in quel giudizio con memoria non notificata ed in quella sede dichiarata inammissibile – appare invece riconducibile, in sostanza, alla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione per comportamento non corretto tenuto nella fase che precede la aggiudicazione, e quindi lesiva di un diritto soggettivo della società ricorrente.

Rileva, quindi, il Collegio che la mutata “causa petendi” diversifica la domanda proposta e rende in questa sede inopponibile il giudicato formatosi sulla sentenza n. 963/02 (*“La preclusione del riesame della controversia in un successivo giudizio per effetto di un precedente giudicato sussiste allorché*

risultino identici i soggetti, l'oggetto e la "causa petendi" delle pretese fatte valere nel primo e nel secondo giudizio, dovendosi avere riguardo, quanto alla "causa petendi", al fatto costitutivo del diritto azionato in virtù degli effetti giuridici che la norma vi collega" Cassazione civile, sez. lav., 20 maggio 2000, n. 6588).

-2.2. La qualificazione della domanda risarcitoria all'esame quale domanda per l'accertamento di una responsabilità precontrattuale dell'amm.ne – alla quale deve pervenirsi in considerazione della evidenziazione dell'errore commesso dalla Commissione tecnica per la valutazione delle offerte, quale fondamento della responsabilità dell'Amm.ne – induce a prescindere dal profilo della c.d. "pregiudizialità amministrativa", e quindi dalla (ormai impossibile) rimozione degli atti preclusivi della effettuazione della fornitura, dovendosi avere riguardo alla condotta dell'amm.ne quale lesiva dei canoni di correttezza e buona fede nell'ambito della procedura di aggiudicazione.

In particolare, rileva il Collegio che la acclarata legittimità degli atti con i quali l'Az. Ospedaliera, pur successivamente all'aggiudicazione e nell'esercizio dei poteri di verifica connessi alla fase del collaudo, ha rifiutato le apparecchiature proposte dalla ricorrente non esclude - né può precludere, in quanto riferibile ad un diverso e successivo segmento dell'azione amministrativa - l'accertamento del titolo di responsabilità connesso alla erroneità delle valutazioni precedentemente compiute in sede di verifiche tecniche pre-aggiudicazione.

Osserva a tal riguardo il Collegio che – ove dovesse applicarsi l’istituto della c.d. “pregiudizialità amministrativa” anche ad una fattispecie di responsabilità precontrattuale – dovrebbe ritenersi che l’atto preclusivo del suo esercizio potrebbe essere costituito dal provvedimento di aggiudicazione, la cui legittimità (per effetto della generale presunzione di legittimità degli atti amministrativi, o della concreta e specifica affermazione di legittimità derivante da un accertamento giurisdizionale) potrebbe precludere l’accertamento di condotte illegittime della stessa amm.ne nelle fasi della procedura di gara.

Nella fattispecie all’esame, però, l’atto di aggiudicazione risulta rimosso dalla stessa amm.ne nell’esercizio dei propri poteri di autotutela con provvedimento dichiarato legittimo con la sentenza n. 963/02, più volte citata (in una fattispecie di azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, n. 10256 del 15 luglio 2004: *“L’annullamento in via di autotutela di un atto amministrativo inoppugnabile consente la proposizione dell’azione risarcitoria anche in caso di decadenza dall’impugnazione per decorso del termine, atteso che l’esercizio del detto potere di autotutela sul provvedimento risolve in radice il problema della presunzione di legittimità dell’atto stesso ed elimina ogni ostacolo all’esame giudiziale della (eventuale) ingiustizia del danno”*).

3. Deve, quindi, esaminarsi l’eccezione di difetto di legittimazione passiva dedotta dal Ministero dell’Istruzione,

dell'Università e della Ricerca, con riferimento all'autonoma soggettività giuridica dell'Azienda Ospedaliera Universitaria "Paolo Giaccone" di Palermo; essa è fondata ai sensi dell'art. 2, co. 1, del D.Lgs.vo 21 dicembre 1999, n. 517, secondo il quale *"La collaborazione fra Servizio sanitario nazionale e università, si realizza, salvo quanto previsto ai commi 4, ultimo periodo, e 5, attraverso aziende ospedaliero-universitarie, aventi autonoma personalità giuridica, le quali perseguono le finalità di cui al presente articolo"*.

4. Il ricorso è, nel merito, fondato nei sensi di seguito spiegati.

Deve, per altro, rilevarsi che l'avvenuta qualificazione del ricorso in termini di proposizione dell'azione di risarcimento del danno per responsabilità contrattuale consente di prescindere dalla logica, e dalla stessa impostazione, in termini di impugnazione della nota prot. n. 1923 del 27.06.2002, con la quale è stato negato il risarcimento del danno richiesto in data 13.06.2002; e ciò sia in considerazione del fatto che detta nota non ha natura provvedimentoale – trattandosi del mero rigetto della richiesta risarcitoria – che in considerazione della natura di accertamento di un diritto, propria dell'azione proposta.

4.1. Osserva, preliminarmente, il Collegio che la giurisprudenza amministrativa ha recentemente ritenuto pienamente ammissibile la configurazione di ipotesi di responsabilità precontrattuale a carico della pubblica

amministrazione, di volta in volta ritenendo applicabile gli artt. 1337 o 1338 cod. civ., in fattispecie nella quale l'amministrazione legittimamente abbia negato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto per mancanza di fondi (Cons. Stato, sez. IV, n. 1457 del 19 marzo 2003), o in fattispecie nella quale l'amministrazione procedente, rilevando un errore nel procedimento di gara già esperimento, abbia annullato in autotutela la gara stessa, ancorché fosse già intervenuta l'aggiudicazione definitiva in capo all'impresa vincitrice della selezione (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 26 agosto 2003, n. 11259).

Con riferimento alla presente controversia, il Collegio ritiene applicabile alla fattispecie il modello di responsabilità di cui all'art. 1338 cod. civ., secondo il quale *"la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto"*; e ciò in considerazione del fatto che tra la società odierna ricorrente e l'Az. Ospedaliera Universitaria si era già istaurato il vincolo contrattuale per effetto dell'aggiudicazione definitiva e del relativo ordine di consegna della fornitura (nota 19.06.2001 prot. n. 1602).

4.2. Rileva, quindi, il Collegio che la fattispecie legale di cui all'art. 1338 cod. civ. risulta, in concreto, pienamente integrata in considerazione del fatto che l'amm.ne - attraverso

l'erronea valutazione di conformità tecnica dell'apparecchiatura offerta, espressa dall'apposita commissione nel verbale n. 8 del 10.07.2000, e la successiva aggiudicazione – ha indotto la società ricorrente a confidare, senza sua colpa, nella validità del contratto.

Ed invero: a) la valutazione tecnica deve essere considerata indubitabilmente erronea, in quanto smentita da quella compiuta in sede di collaudo e posta a fondamento del provvedimento di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione; b) essa non può non essere imputata all'Az. Ospedaliera, essendo stata posta in essere da un proprio organo straordinario istruttorio ed essendo stata recepita nel provvedimento di aggiudicazione; c) detta valutazione erronea deve essere qualificata come “colposa”, quanto meno sotto il profilo della negligenza nell'esame delle caratteristiche dell'apparecchiatura offerta e/o nella considerazione delle esigenze e finalità dell'Azienda stessa; d) l'affidamento della società ricorrente nella validità del contratto deve essere considerato “non colposo” in considerazione del fatto che il positivo giudizio della Commissione tecnica ben poteva essere considerato confermativo della ritenuta equipollenza dell'accessorio offerto (sonda intraoperatoria convessa a 60°, invece che lineare).

5. Così acclarata la sussistenza della responsabilità precontrattuale dell'Az. Ospedaliera Universitaria intimata, e del conseguente diritto al risarcimento del danno subito da parte della

società ricorrente, deve provvedersi in ordine alla sua liquidazione.

Al riguardo, osserva il Collegio che per pacifica giurisprudenza del giudice civile, il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale, in relazione alla mancata stipula del contratto o in relazione alla invalidità dello stesso, si limita all'interesse negativo, consistente nelle spese inutilmente sostenute e nella perdita di favorevoli occasioni contrattuali.

La parte ricorrente non ha, però, assolto adeguatamente all'onere probatorio su di essa incombente in relazione all'entità del danno subito, in quanto ha prodotto in giudizio solo un conteggio relativo alle spese asseritamente sostenute per la fornitura in contestazione, documentato esclusivamente dalla copia di un bonifico bancario in favore dell'impresa straniera dalla quale sarebbe stata acquistata l'apparecchiatura da consegnare all'Az. intimata; non vi è prova, né allegazione, invece di un danno da perdita di favorevoli occasioni contrattuali.

Mentre nulla potrà dunque riconoscersi alla parte ricorrente a tale secondo titolo, per la liquidazione del risarcimento corrispondente alle spese inutilmente sostenute il Collegio ritiene di potersi avvalere del meccanismo di cui all'art. 35, co. 2, D.Lgs.vo n. 80/1998, come modificato dall'art. 7 l. n. 205/2000.

L'Az. Ospedaliera Universitaria "Paolo Giaccone" – nel termine di giorni sessanta dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza – dovrà quindi proporre alla società

ricorrente il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno precontrattuale, quantificata tenendo conto dei seguenti elementi:

1) la somma dovrà essere ragguagliata al c.d. “interesse negativo” e, cioè, alle spese inutilmente effettuate in esito all'aggiudicazione, costituite dal costo di acquisto dell'apparecchiatura, decurtato del suo valore patrimoniale iscrivibile nel bilancio societario, nonchè dalle spese sostenute per la sua consegna nei locali dell'Azienda, per le operazioni di collaudo ed per il suo successivo ritiro;

2) gli interessi e la rivalutazione della relativa somma dovranno decorrere dalla data di aggiudicazione della gara, in quanto, dando luogo la violazione dei doveri di cui agli art. 1337 e 1338 c.c. a responsabilità extracontrattuale, il conseguente debito deve ritenersi di valore, e non di valuta, e comporta la maturazione di interessi dal fatto.

Sussistono, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Prima, accoglie il ricorso in epigrafe, nei sensi, nei limiti e per gli effetti di cui in motivazione, e condanna l'Azienda Ospedaliera Universitaria “Paolo Giaccone” di Palermo al risarcimento del danno precontrattuale in favore della ricorrente Sedas s.r.l., da quantificarsi secondo i criteri in motivazione

indicati, ai sensi dell'art. 35, co. 2, D.Lgs.vo n. 80/1998, come modificato dall'art. 7 l. n. 205/2000.-----

Spese compensate.-----

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Amministrazione.-----

Così deciso in Palermo, nella Camera di Consiglio del 16 luglio 2004, con l'intervento di Signori Magistrati:-----

- | | |
|------------------------|-------------------|
| - GIORGIO GIALLOMBARDO | Presidente |
| - SALVATORE VENEZIANO | Consigliere, est. |
| - FABIO TAORMINA | Referendario |

Angelo Pirrone, Segretario.

Depositata in Segreteria il 30/09/2004

Il Segretario

I.B.