



REPUBBLICA ITALIANA

N. 5100/08 Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Anno

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

N. 3818 Reg.Ric.

Sezione Quinta

Anno 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 3818 del 2007, proposto dal Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e lavoro quale mandatario dell'a.t.i. con Edilminniti, e da Edilminniti di Minniti Giovanni, rappresentate e difese dall'avv. Natale Carbone, elettivamente domiciliate presso il medesimo in Roma, via Germanico 172

contro

l'Azienda Ospedaliera Bianchi-Melacrino-Morelli, non costituita nel giudizio di appello

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione di Reggio Calabria, 11 aprile 2006 n. 542, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Viste la memoria prodotta dall'appellante;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 1° aprile 2008 il consigliere

Marzio Branca, e udito l'avv. Natale Carbone.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato respinto il ricorso proposto dal Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e lavoro quale mandatario dell'a.t.i. con Edilminniti, e da Edilminniti di Minniti Giovanni, per la condanna dell' Azienda Ospedaliera Bianchi-Melacrino-Morelli di Reggio Calabria al risarcimento del danno in relazione all'annullamento della aggiudicazione per cinque anni del servizio di conduzione degli impianti termici e condizionamento dell'Azienda alla SIRAN s.p.a..

I ricorrenti hanno proposto appello per la riforma della sentenza.

L'Azienda intimata non si è costituita in giudizio.

Alla pubblica udienza del 1° aprile 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Gli appellanti avevano partecipato alla licitazione privata per l'affidamento per cinque anni del servizio di conduzione e manutenzione globale degli impianti termici e di condizionamento centralizzati della Azienda Sanitaria intimata, conclusasi con l'aggiudicazione in favore della SIRAN s.p.a.

A seguito di impugnazione della procedura da parte degli odierni appellanti tale aggiudicazione è stata definitivamente annullata con sentenza di questa Sezione 18 marzo 2004 n. 1408, sul rilievo che la Commissione di aggiudicazione non risultava

composta in modo da garantire una sufficiente competenza tecnica alla valutazione delle offerte.

Con successivo ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale della Calabria, le imprese interessate ha avanzato domanda di risarcimento del danno per equivalente, ai sensi degli artt. 33 e 35 del d.lgs. n. 80 del 1998, con riguardo alla perdita del profitto che sarebbe loro spettato quali aggiudicatario nella misura del 10% dell'importo a base di asta, ai costi sopportati per la partecipazione alla gara, alla perdita di *chances*, nonché alle spese dei precedenti gradi di giudizio.

Il TAR ha respinto la domanda. Dopo aver premesso che, sulla scorta dell'insegnamento della sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, l'illegittimità del provvedimento amministrativo non è condizione sufficiente per far sorgere il diritto al risarcimento per equivalente, dovendo verificarsi anche le altre condizioni cui soggiace l'accertamento della responsabilità aquiliana, tra cui, specificamente, la colpa, i primi giudici hanno ritenuto che nella specie non poteva ravvisarsi un comportamento colposo dell'Amministrazione quanto alla composizione della commissione giudicatrice della gara.

A tale conclusione il TAR è pervenuto in base al rilievo che non sarebbe rinvenibile nell'ordinamento una norma che detti precise disposizioni sulla composizione della commissione di gara per l'aggiudicazione di servizi pubblici, potendo ritenersi dubbio che

l'art. 21, comma 5, della legge n. 109 del 1994, dettata per le commissioni relative ad appalti di lavori pubblici, sia applicabile anche agli appalti di servizi.

Sebbene tale tesi non sia stata condivisa dalla Sezione, che, con la sentenza di annullamento della aggiudicazione, ha affermato l'esistenza di un principio generale, discendente dai canoni costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento, secondo cui la commissione giudicatrice deve essere dotata di specifica competenza tecnica, i primi giudici hanno ritenuto che già il rilevato dissenso tra l'avviso dei giudici di primo grado e quello di appello sul punto porterebbe ad escludere che l'Amministrazione sia incorsa in un errore non scusabile, quale si richiede per l'affermazione della colpa.

L'a.t.i. soccombente ha sostenuto nell'atto di appello che la sentenza sia meritevole di riforma dovendo tenersi presente che nella specie è risultata palese la violazione dei doveri di diligenza e di prudenza in base ai quali l'Amministrazione avrebbe potuto affidare la valutazione delle offerte ad una commissione composta di soggetti provvisti di adeguate capacità tecniche.

L'appello risulta fondato.

Come la Sezione ha già rilevato nella sentenza di annullamento dell'aggiudicazione (n. 1408 del 2004), la commissione incaricata della valutazione dei requisiti qualitativi dei concorrenti (requisiti tecnici, capacità organizzativa, certificazione di qualità, proposte migliorative sui tempi e sui

modi di prestazione dei servizi) era costituita - incontestatamente - da un ex dirigente amministrativo, da un funzionario amministrativo con incarico di consulente esterno, da un ex impiegato amministrativo dell'ufficio ragioneria, dal dirigente dell'ufficio tecnico dell'Azienda ospedaliera, da un medico interno dell'Azienda ospedaliera.

Una siffatta composizione, formata da personale amministrativo, da un sanitario e da un solo tecnico, di cui, peraltro, non è indicata la qualificazione professionale, non poteva, senza alcun margine di legittimo dubbio, essere ritenuta idonea ad assolvere con la doverosa competenza tecnica il compito alla stessa affidato.

Tanto premesso, va ricordato che, sebbene la responsabilità della pubblica amministrazione per illegittimità del provvedimento amministrativo sia costruita in termini di responsabilità extracontrattuale, cui è connesso l'onere gravante sul danneggiato di provare la colpa dell'Amministrazione, la giurisprudenza ormai consolidata ha attenuato il rigore del detto principio, configurando l'accertata illegittimità del provvedimento come una presunzione relativa di colpa a carico dell'Amministrazione, cui spetta quindi l'onere di provare di essere incorsa in errore incolpevole (Cons. St., Sez. VI 9 marzo 2007 n. 114).

Con tale decisione è stato anche evidenziato che non esclude la colpa la circostanza che il giudice di primo grado abbia dato

ragione all'amministrazione con decisione ribaltata in appello, in quanto anche il Tar può incorrere in errore, e comunque non appare ragionevole dare rilevanza ad un fatto successivo a quello che ha generato l'illecito. Aderendo a tale impostazione, la sussistenza della colpa sarebbe ravvisabile nelle sole ipotesi in cui il privato ottenga ragione in entrambi i gradi del giudizio, finendo il giudizio di primo grado ad essere quello decisivo.

Nell'attuale fattispecie, la composizione della commissione di gara, sostanzialmente priva di competenza tecnica, ha costituito una colpevole inosservanza dei doveri di prudenza e di diligenza che formano il tessuto insostituibile di una azione amministrativa responsabile e consapevole dell'adeguato perseguimento del pubblico interesse nella scelta del contraente.

Ne consegue l'accertamento della responsabilità dell'Azienda intimata per i danni subiti dalle appellanti, da ristorare per equivalente avuto riguardo alla impossibilità di assicurare il soddisfacimento dell'interesse leso mediante la ripetizione della procedura, in ragione del sostanziale esaurimento del rapporto contrattuale intercorso con l'aggiudicataria.

A tale riguardo la domanda viene quantificata, come lucro cessante, con riferimento al valore dell'intera gara che la giurisprudenza è solita valutare nel 10% dell'importo a base d'asta, cui sarebbero da aggiungere, a titolo di danno emergente, i costi di partecipazione alla procedura per Euro 25.000,00, il danno da perdita di chance di partecipazione ad altre gare anche

per perdita delle maestranze, assunte dall'aggiudicataria, e le spese legali sopportate in due gradi di due diversi giudizi (uno dei quali per l'accesso agli atti) per Euro 100.000,00.

La domanda non può essere accolta nella sua integralità.

Con riguardo al lucro cessante, la giurisprudenza afferma che il conseguimento della pretesa al profitto che l'impresa avrebbe conseguito in caso di esecuzione dell'appalto può essere accordato quando vi sia la certezza o la rilevante probabilità dell'aggiudicazione, e ciò distingue la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto (Cons. St., Serz. V, 12 febbraio 2008 n. 490).

Nella specie le appellanti costituite in a.t.i. si sono collocate al quinto posto in graduatoria nella gara annullata, e non è possibile stabilire quale sarebbe stato l'esito se la procedura si fosse ripetuta dinanzi ad una commissione di gara dotata delle competenze tecniche necessarie. Né è possibile attribuire alcuna concreta rilevanza alle previsioni avanzate unilateralmente dalle appellanti, e, pertanto, nessun importo può essere attribuito a tale titolo.

Deve essere ristorato, invece, il danno emergente pari a 125.000,00 Euro per spese legali e spese di partecipazione alla gara, nonché la perdita di chance di partecipazione ad altre gare, da valutare nel 3% dell'importo a base d'asta, il cui valore era fissato nel bando in £ 7.500.000.000- (Euro 3.873.426,74).

Le somme anzidette vanno accresciute della rivalutazione monetaria e degli interessi dalla data dell'aggiudicazione a quella del deposito della presente sentenza.

Dalla data di pubblicazione della sentenza alla data del soddisfo, trattandosi di debito di valuta, vanno corrisposti i soli interessi legali.

Le spese dei due gradi del giudizio vanno posti a carico dell'Azienda appellata nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello in epigrafe, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, condanna l'Azienda Ospedaliera Bianchi-Melacrino-Morelli al pagamento di quanto di spettanza delle appellanti, come in motivazione, da dividere in parti eguali; condanna la medesima Azienda al pagamento in favore delle appellanti come sopra, delle spese competenze e onorari dei due gradi di giudizio, che liquida in Euro 5.000,00 oltre IVA e C.P.A.;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 1° aprile 2008 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro

Presidente

Aldo Fera

Consigliere

Marzio Branca

Consigliere est.

Michele Corradino

Consigliere

Adolfo Metro

Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Marzio Branca

F.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO

F.to Agatina Maria Vilardo

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/10/2008

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

p.IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi