

N. 00294/2011 REG.PROV.COLL.

N. 00332/2010 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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 332 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Favero Health Projects S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Parolin e Vittorio Miniero, con domicilio eletto presso il primo, in Trieste, via Marconi 8;

***contro***

Azienda Ospedaliero Universitaria "S. Maria della Misericordia", rappresentata e difesa dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso lo stesso, in Trieste, via Donata 3;

***per l'annullamento***

quanto al ricorso introduttivo:

- della determinazione dirigenziale del Direttore del Dipartimento Servizi Condivisi dell'Az. Osp. Univ. S. Maria della Misericordia n. 665/2010 dd. 11.5.2010, avente ad oggetto "Letti (ID 09AE039) affidamento fornitura. Procedura aperta, ai sensi del D.Lg. n. 163/2006. Approvazione verbali ed individuazione del miglior

offerente, mediante la quale il Direttore ha determinato di non aggiudicare il lotto n. 1;

- del diniego tacito di autotutela in relazione alla informativa trasmessa dalla ricorrente, ai sensi e per gli effetti di cui all'art.243 bis DLgs 163/2006;

- nonché per il risarcimento del danno;

quanto ai motivi aggiunti, depositati in data 14.7.2010, del nuovo bando di gara pubblicato il 18.6.10.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero Universitaria "S. Maria della Misericordia";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2011 il dott. Rita De Piero e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. - Col ricorso introduttivo, la Società istante impugna l'atto n. 665 dell'11.5.10 del Dipartimento Servizi Condivisi (D.S.C.) con cui si è deciso di non aggiudicare il lotto n. 1 (di cui la ricorrente era aggiudicataria provvisoria) relativo ad una gara per la fornitura di letti, da conferire all'offerta economicamente più vantaggiosa; nonché il diniego tacito di autotutela; chiedendo, in subordine, il risarcimento del danno.

1.1. - In fatto, espone di aver partecipato alla gara *de qua* (suddivisa in sette lotti, con base d'asta complessiva pari a € 818.700,00 e altrettanti per estensione contrattuale), per il lotto n. 1 con base d'asta pari ad € 514.000,00; da aggiudicarsi, ex art. 83 del D.Lg. 163, all'offerta economicamente più vantaggiosa. Prima della

scadenza del termine per presentare le offerte, il D.S.C. comunicava che “i prezzi a base d’asta devono intendersi come indicativi e non a pena d’esclusione”.

La ricorrente, quindi, offriva il suo miglior prodotto, ottenendo punti 45 (sui 50 previsti) per la qualità e 33,54 (su 50) per il prezzo, classificandosi così al primo posto.

Col provvedimento opposto in principalità, tuttavia, l’Amministrazione decideva di non aggiudicare il lotto 1, in quanto il prezzo offerto (€ 841.306,44) risultava eccessivamente oneroso e tale da assorbire completamente ( e superare) l’intera somma prevista per tutti e sette i lotti in gara.

Ritenendo tale determinazione una “revoca” dell’aggiudicazione definitiva consolidatasi “*per silentium*”, l’istante invitava motivatamente il D.S.C. a rivederla in sede di autotutela, senza tuttavia ottenere alcuna risposta.

1.2. - Questi i motivi di ricorso:

1) violazione dell’art. 7 della L. 241/90 mancata comunicazione del procedimento di “revoca” dell’aggiudicazione definitiva formatasi per silentium.

2) Contraddittorietà ed illogicità. Sviamento.

3) Carenza di motivazione; violazione dell’art. 97 della Costituzione e dei principi di lealtà e trasparenza.

4) Violazione dei principi di buon andamento ed efficienza della P.A..

5) Chiede, quindi, la conferma dell’aggiudicazione, o il risarcimento del danno per equivalente e, in subordine, il risarcimento per responsabilità precontrattuale.

2. - L’Amministrazione, costituita, puntualmente controdeduce nel merito del ricorso, concludendo per la sua reiezione.

3. - Coi motivi aggiunti, depositati il 14.7.10, la ricorrente impugna il bando di gara pubblicato sulla GUCE del 18.6.10, avente ad oggetto la fornitura di cui al lotto n. 1, in quanto non risulta diviso in lotti, mentre il Capitolato dispone diversamente, con ciò fornendo informazioni contraddittorie e fuorvianti, e, in specie, perché

violerebbe la sua legittima aspettativa a vedersi riconosciuta l'aggiudicazione qui contestata; nonché per vizi di forma, essendo intercorso un tempo brevissimo tra la notifica del ricorso e la pubblicazione del nuovo bando. Lamenta inoltre, illegittimità derivata.

3.1. - La P.A., con memoria, espone di aver *medio tempore* portato a termine la nuova procedura, che ha visto aggiudicataria alla Ditta Doimo Mis s.r.l., la quale ha ottenuto l'appalto (con un punteggio di qualità di 49 su 50) al prezzo di € 704.493,76, benché il numero di letti richiesto fosse di 389 (laddove la prima gara ne prevedeva solo 279), con ciò indirettamente confermando la correttezza della mancata aggiudicazione alla ricorrente dell'appalto per eccessiva onerosità.

4. - Entrambe le parti hanno presentato ampie memorie di precisazione.

All'odierna pubblica udienza, dopo approfondita discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. - Giova sottolineare, il linea generale, che è pacificamente ammesso che la PA. possa non aggiudicare un appalto laddove l'offerta ritenuta migliore risulti eccessivamente onerosa (si veda, sul punto: C.S. n. 2838/07).

Inoltre, la *lex specialis*, all'art. 1, comma 2, (non opposto) prevedeva la facoltà della S.A. "di non addivenire all'individuazione della Ditta miglior offerente della fornitura...nel caso in cui nessuna delle offerte sia ritenuta conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto".

Ciò premesso, si può passare all'esame dei singoli motivi di ricorso.

5.1. - Con il primo, la ricorrente lamenta la mancata comunicazione di avvio del procedimento di "revoca" dell'aggiudicazione definitiva, consolidatasi, a suo dire, *per silentium*.

L'istante fa presente che l'aggiudicazione provvisoria è intervenuta l'8.4.10, laddove la comunicazione del diniego di aggiudicazione definitiva (che essa qualifica "revoca") è stata disposta l'11.5.11 ed è pervenuta il 13.5.10, quando

l'aggiudicazione provvisoria era già divenuta definitiva per il decorso dei 30 giorni di cui all'art. 12 del D.Lg. 163/06.

Quindi, se si era già formata l'aggiudicazione definitiva, con ciò consolidando la posizione della ricorrente, l'atto impugnato va qualificato come "revoca", che, per la sua valenza lesiva nei confronti del destinatario, deve, per pacifica giurisprudenza, essere preceduta da comunicazione di avvio del procedimento.

A questo argomento la S.A. oppone che l'ultimo comma dell'art. 7 delle Norme di Partecipazione espressamente stabilisce che "si procederà all'aggiudicazione definitiva tramite approvazione da parte dell'Amministratore Unico del C.S.C."; il che impedisce, in assenza di un atto espresso, il formarsi di un'aggiudicazione definitiva *per facta concludentia*.

5.1.1. - L'art. 12 del D.Lg. 163 prevede che "l'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle Amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni". Esso quindi, da un lato, prevede l'obbligo di ogni Amministrazione di stabilire, in ragione delle proprie esigenze, il soggetto deputato ad emettere il provvedimento di aggiudicazione definitiva ed il termine entro cui ciò deve avvenire; stabilendo peraltro che, se nessun termine è previsto, vale quello generale di 30 giorni.

Nel caso di specie, in cui pacificamente il termine di 30 giorni è stato superato, la resistente S.A. non ha dimostrato che il termine entro cui l'aggiudicazione definitiva va disposta è, nel suo proprio "ordinamento", diverso da quello generale di 30 giorni. Né ha dimostrato, come era suo onere, posto che l'art. 12 fa decorrere il termine di 30 giorni "dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente", che, in questo caso, il momento dell'aggiudicazione

provvisoria era diverso e precedente da quello in cui detta aggiudicazione è stata ricevuta dall'organo competente alla determinazione finale, cioè l'Amministratore Unico.

Il Collegio ritiene pertanto che, in assenza di un termine proprio per l'aggiudicazione definitiva, esso sia, anche per il C.S.C., quello ordinario di 30 giorni, che nella presente vicenda deve, in mancanza di prova contraria, ritenersi superato, con conseguente consolidazione dell'aggiudicazione definitiva. Ne consegue, ulteriormente, che la decisione di non aggiudicare per l'eccessiva onerosità dell'offerta, effettivamente costituisce "revoca", in esito ad un procedimento di secondo grado, che andava preceduto da comunicazione di avvio, ex art. 7 della L. 241/90.

Il primo motivo di ricorso è quindi fondato.

5.1.2. - Peraltro, è onere del Collegio, ex art. 21-*octies* della L. 241/90, verificare se, pur in presenza del vizio, il provvedimento debba o meno essere annullato.

Dispone infatti tale norma, per quanto qui rileva, che "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

L'art. 21-*octies* pone, in definitiva, due diverse regole: nella prima parte (che non riguarda la presente controversia) stabilisce che, ove si faccia questione di un atto "vincolato", è il Giudice stesso che verifica se il suo contenuto dispositivo "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato"; invece, quando si sia in presenza di un atto discrezionale, sarà la P.A. a dover dimostrare in giudizio

che “il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato” (si vedano, in proposito, da ultimo: TAR Lombardia - Milano n. 855/11 e 971/11).

Nel caso di specie, il provvedimento è senza meno discrezionale, tuttavia, ad avviso del Collegio, l'Amministrazione ha dato una più che congrua dimostrazione che - a causa dell'eccessiva onerosità dell'offerta presentata alla ricorrente - il contenuto del provvedimento finale non avrebbe potuto essere diverso: infatti il valore posto a base d'asta (per 7 lotti diversi, ancorchè il n. 1 sia di gran lunga il più rilevante) era di totali € 818.700,00, e quello per il lotto 1 di € 514.000,00, laddove la ricorrente aveva presentato un'offerta del valore di € 841.306,44, che superava ed esauriva l'intero *budget* a disposizione per tutte le gare.

5.1.2. - L'istante precisa che lo sfioramento del limite massimo della sua offerta - con cui erano stati proposti prodotti di altissima qualità, come la stessa resistente ammette - è stata determinata dal fatto che, prima della chiusura del termine per presentare l'offerte, il D.S.C. aveva comunicato che “i prezzi a base d'asta devono intendersi come indicativi e non a pena d'esclusione”.

La circostanza, rispondente al vero, può sicuramente rilevare in termini di responsabilità precontrattuale della P.A., ma non è in grado di superare l'oggettiva eccessiva onerosità dell'offerta.

5.2. - In pubblica udienza, l'istante ha rilevato (pur senza averlo dedotto in ricorso) che, in ogni caso, l'art. 81, comma 3, del D.Lg. che prevede che “le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto”, non consentirebbe l'annullamento della gara, ma solo l'esclusione della - o delle - offerte non congrue.

Ad avviso del Collegio non sussiste alcun interesse della ricorrente a questo motivo dato che, comunque, a parte la sua offerta - ritenuta eccessivamente onerosa e, di

fatto, esclusa - ve ne erano altre quattro tra cui l'Amministrazione, volendo, poteva scegliere. Erano, se del caso, tali soggetti che avrebbero dovuto dolersi della rinnovazione della procedura, mentre la ricorrente non poteva che reclamare l'aggiudicazione, che tuttavia, per le ragioni esposte, le è stata correttamente denegata.

6. - Neppure gli altri motivi di ricorso sono fondati.

6.1. - Col secondo, la ricorrente si duole dell'illogicità e contraddittorietà dell'agire dell'Amministrazione, sotto diversi profili.

Innanzitutto, eccepisce che è stata la stessa S.A. a confondere i partecipanti, poiché, dopo aver stabilito un determinato limite di prezzo, ha successivamente precisato che "i prezzi a base d'asta devono intendersi come indicativi e non a pena d'esclusione", il che l'ha indotta ad offrire un prodotto di altissima qualità, all'evidenza molto costoso.

Il motivo non può essere accolto - ancorché la condotta della S.A. possa aver fuorviato i partecipanti - in quanto, con la ricordata precisazione, la P.A. ha inteso avvisare che le offerte potevano anche superare il limite di prezzo indicato per il singolo lotto (nella specie € 514.000,00) senza che ciò comportasse esclusione, ma non voleva certo significare che il costo di un solo lotto poteva esaurire il prezzo previsto per l'intera gara, comprendente sette lotti diversi, né che ciò escludeva la possibilità di non aggiudicare (prevista espressamente dalle norme di partecipazione, non contestate sul punto) ove si fosse ritenuta l'offerta non conveniente.

6.2. - L'istante lamenta anche disparità di trattamento, dato che il lotto n. 3, la cui base d'asta non era prefissata, ma che - essendo richiesta una cauzione pari ad € 2232,00 - doveva intendersi stimato in € 11.600,00 è stato aggiudicato ad € 155.880, senza che la P.A. lo ritenesse eccessivamente oneroso.

La eccepita disparità non sussiste. Infatti, per tale lotto, il prezzo a base d'asta non era stato prefissato e, comunque, il prezzo di aggiudicazione non appare tale da incidere sul *budget* totale in modo così significativo come il prezzo offerto dalla ricorrente.

6.3. - Da ultimo, l'istante osserva che l'importo dell'appalto era stimato in “€ 818.700,00 (+ 818.700 per estensioni contrattuali)”, il che significa che la S.A. disponeva comunque di fondi sufficienti per far fronte all'acquisto dei beni di cui al lotto 1, anche al prezzo offerto.

Anche questo motivo è infondato, dato che l'importo di € 818.700,00 è quello totale per l'acquisizione dei beni di tutti e sette i lotti, laddove, come correttamente precisa l'Amministrazione, la previsione di eventuali fondi per estensione contrattuale significa solo che la S.A. si riserva la facoltà, ove ne sorga la necessità, di procedere in futuro ad altri acquisti, che diverrebbero all'evidenza impossibili se venisse esaurita immediatamente la gran parte della disponibilità economica.

6.4. - Il terzo motivo (ampiamente illustrato anche nella discussione orale) lamenta la carenza di motivazione.

La doglianza è infondata posto che l'eccessiva onerosità dell'offerta è stata congruamente dimostrata, con riferimento al fatto che comportava una spesa superiore del 63,39 % rispetto all'importo “stimato” in fase di indizione della gara, e che, inoltre, avrebbe di fatto esaurito la totalità dei fondi a disposizione.

6.5. - Con l'ultimo motivo, l'istante si duole della contraddittorietà del comportamento della S.A. che, prima, invita i concorrenti a non tener conto del prezzo posto a base di gara e, poi, non aggiudica ritenendo l'offerta eccessivamente onerosa.

Il motivo, per le ragioni già esposte, va respinto, tuttavia non si può non apprezzare la superficialità dell'agire dell'Amministrazione che, con il suo comportamento, ha ingenerato nei concorrenti la convinzione di poter offrire i

propri prodotti senza tenere in alcun conto il prezzo. In altre parole, se la ricorrente ha presentato un'offerta eccessivamente onerosa (che poi la P.A. si è vista nella necessità di dover rifiutare) ciò è dovuto al comportamento poco lineare tenuto dal D.S.C. che, con la precisazione relativa la prezzo, ha ingenerato nella ricorrente un, incolpevole, falso convincimento, che, se pure non incide sulla legittimità della determinazione di non aggiudicazione qui opposta, rileva, come verrà appresso precisato, in termini di responsabilità precontrattuale.

In definitiva, il ricorso introduttivo, va respinto, poiché il primo motivo, pur fondato, non può, in applicazione dell'art. 21-*octies* della L. 241/90, portare all'annullamento del provvedimento impugnato, ed i successivi motivi sono complessivamente infondati.

7. - Anche i motivi aggiunti - con cui si è contestata l'indizione della nuova gara - vanno respinti (a prescindere dal fatto che non è stata opposta la nuova aggiudicazione né intimato il controinteressato sopravvenuto), sia perché, per quanto detto, non sussiste illegittimità derivata, sia perché non sono fondati neppure i due vizi "autonomi".

7.1. - Non il primo, con cui viene contestata la contraddittorietà del bando, come pubblicato in GUCE, rispetto alle norme di partecipazione, con riferimento alla suddivisione in lotti, in quanto tale - pur sussistente - "errore materiale", è stato tempestivamente corretto (si veda il doc. n. 11 di parte resistente); e neppure il secondo, che lamenta, genericamente, la brevità del termine di indizione della seconda gara, che violerebbe "i principi sottesi alla Direttiva 2007/66". In realtà, non vi è alcuna disposizione che regoli la fattispecie all'esame e possa quindi dirsi violata.

8. - Ad avviso del Collegio, è invece fondata la richiesta di condanna della S.A. al risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale (ove l'interesse da ristorare è quello, negativo, a non essere coinvolti in attività inutili, come precisato

da C.G.A. n. 153/2006 e C.S. n. 2751/08), per violazione dell'obbligo di comportamento corretto e in buona fede nella fase precedente la gara ("ai sensi dell'art. 1337 c.c.... incorre in responsabilità precontrattuale la parte pubblica che [nel corso delle trattative] si comporta in mala fede, recedendo immotivatamente dalle trattative pervenute, per concludenza e serietà, ad una fase tale da ingenerare nella controparte un ragionevole affidamento alla stipulazione del contratto" C.S., n. 816/05). Infatti, appare contrario ai ricordati principi l'aver dapprima stabilito un determinato prezzo d'asta e, successivamente, indicato agli interessati di non tenerne conto; salvo poi - quando i partecipanti, in ossequio a tale determinazione, non ne hanno effettivamente tenuto conto - ritenere l'offerta incongrua ed eccessivamente onerosa. Il comportamento poco coerente della S.A. (che deve fornire, ai fini di una corretta formulazione dell'offerta, dati "certi, seri, rigorosi, adeguati, ragionevoli e precisi"; C.S. n. 2455/10) è tale da aver, effettivamente, potuto trarre in errore la ricorrente, inducendola, senza sua colpa, a presentare un'offerta che la P.A. non ha poi, in ragione del prezzo, potuto accettare.

8.1. - Per quanto concerne la quantificazione del danno patito, esso va risarcito nei limiti dell'interesse negativo, cioè "dalle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative e dalla perdita di ulteriori occasioni per la stipula con altri di un contratto almeno parimenti vantaggioso" (cfr. C.S., n. 6529/09 e n. 1666/08).

Nella specie, la ricorrente ha richiesto € 26.500,00 quale ristoro per la predisposizione dell'offerta + € 500,00 per spese materiali, comprensive di bolli e contributo per l'Autorità di Vigilanza. Ha richiesto inoltre € 82.527,00 per i materiali acquistati subito dopo l'aggiudicazione provvisoria, al fine di approvvigionarsi di quanto necessario per l'esecuzione dell'appalto (da eseguirsi in tempi brevissimi), e già consegnati dal fornitore (che non ne accetta la restituzione e che ha consentito all'annullamento solo parziale dell'ordinativo), i quali non potrebbero essere utilizzati per altre commesse.

8.1.1. - Il D.S.C. nulla oppone in merito alla quantificazione delle spese di partecipazione alla gara (che, quindi, possono ritenersi non controverse), e contesta, invece, quanto richiesto per l'anticipato acquisto dei letti oggetto della fornitura, che la ricorrente avrebbe incautamente ordinato quando non era ancora certa dell'aggiudicazione definitiva, con la conseguenza che il pregiudizio subito per lo storno solo parziale di tale ordine è da addebitarsi a sua esclusiva responsabilità.

8.2. - Il Collegio è dell'avviso che alla ricorrente spetti solo il ristoro delle spese sostenute per la partecipazione alla gara, nella misura indicata dalla stessa (e non contestata dal resistente D.S.C.), da reputarsi congrua in relazione alle caratteristiche della procedura ed agli oneri partecipativi ad essa sottesi.

A detta somma vanno aggiunti gli interessi legali, a far tempo dalla data di notificazione del ricorso fino al dì del soddisfo. (C.S. n. 1628/11). Nulla si ritiene invece dovuto quanto agli ulteriori costi di cui si invoca il ristoro, poichè sono effettivamente stati causati dall'aver la ricorrente improvvidamente effettuato l'ordine di acquisto in un momento in cui la sua posizione non era ancora certa; né la stessa ha fornito dimostrazione dell'impossibilità di utilizzare la merce per altre commesse.

In definitiva, il ricorso va accolto in parte, nei termini sopra indicati.

9. - Le spese, come di regola, seguono la soccombenza (ancorchè parziale); pertanto il D.S.C., viene condannato alla rifusione, in favore della ricorrente, delle spese e competenze di causa, che pare equo quantificare in complessivi € 2.500,00 (/00), al netto di IVA e c.p.a.. Va altresì rifuso (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma VI bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, il contributo unificato pari ad € 2.000,00.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie in parte, e, per l'effetto, condanna la resistente Amministrazione a risarcire il danno causato, nei termini di cui in motivazione.

Condanna altresì il resistente D.S.C. alla rifusione, in favore della ricorrente, della spese e competenze di causa, quantificate in complessivi € 2.500,00 (/00), al netto di IVA e c.p.a.. Va altresì rifuso (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma VI bis, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, il contributo unificato pari ad € 2.000,00.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere

Rita De Piero, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/06/2011

IL SEGRETARIO

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