

RESPONSABILITA' DELLA P.A.: Risarcimento del danno - Responsabilità precontrattuale della P.A. - Per bando illegittimo - Consapevolezza, da parte dell'istante, della illegittimità e/o invalidità della *lex specialis* e della procedura concorrenziale - Domanda - Non può essere accolta - Ragioni.

Tar Puglia - Bari, Sez. II, 15 aprile 2022, n. 512

*“[...] nel caso di specie, la responsabilità per culpa in contraendo andrebbe esclusa quand'anche volesse ritenersi che effettivamente la Stazione appaltante, sulla base del parere del legale interpellato ai fini dell'annullamento della prima gara, abbia con negligenza perpetrato il medesimo vizio nella formulazione della *lex specialis* dell'ulteriore gara per cui è causa.*

La ricorrente, infatti, ha mostrato di essere consapevole dell'invalidità della procedura fin dal 21 agosto 2021, data di presentazione dell'istanza di parere precontenzioso all'ANAC.

L'ulteriore requisito che l'affidamento del concorrente deve presentare per raggiungere la soglia della tutelabilità, infatti, è che esso stesso non sia inficiato da colpa.

Come rammentato dal Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 21/2021, “Sul punto va richiamato l'art. 1338 cod. civ., il quale assoggetta a responsabilità precontrattuale la «parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte», ed in base al quale viene escluso il risarcimento se la conoscenza di una causa invalidante il contratto è comune ad entrambe le parti che conducono le trattative, poiché nessuna legittima aspettativa di positiva conclusione delle trattative può mai dirsi sorta [...]”.

FATTO e DIRITTO

1. In data 4 agosto 2021, Sanitaservice ha indetto una gara aperta in modalità telematica per “l'affidamento della fornitura, tramite leasing operativo ovvero finanziario con azione di riscatto finale n. 50 ambulanze di tipo A”.

L'indizione segue l'annullamento, in data 6 luglio 2021, di una precedente gara, bandita il 13 maggio 2021 al medesimo fine, che prevedeva l'affidamento tramite il solo leasing finanziario con opzione di riscatto; gara annullata in autotutela dopo l'apertura della documentazione amministrativa delle uniche due offerte pervenute, fra cui quella dell'odierna ricorrente, che vi aveva partecipato in r.t.i. con BNL leasing s.p.a.

Anche alla seconda gara, oggetto della presente controversia, hanno partecipato solo due operatori economici, fra cui Orion s.p.a., questa volta non in raggruppamento temporaneo d'impresе.

Entrambe le concorrenti sono state escluse. Per quel che qui più rileva, la ricorrente è stata esclusa a seguito delle determinazioni assunte dal seggio di gara nella seduta del 27 ottobre 2021,

allorquando la commissione ha ritenuto che l'offerta tecnica *“non presenta tutti i requisiti tecnici minimi richiesti”*, come da comunicazione del 9 novembre 2021.

Invero, già in data 21 agosto 2021, la ricorrente aveva contestato la legittimità della *lex specialis* dinanzi all'ANAC, con istanza *ex art.* 211, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, sostanzialmente in ragione della compresenza delle due diverse tipologie di leasing (finanziario e operativo), dovendo ritenersi necessario prevedere le due tipologie in via alternativa.

Avverso la predetta esclusione del 9 novembre 2021 è insorta Orion s.p.a., domandandone l'annullamento con l'atto introduttivo del giudizio, notificato in data 9 dicembre 2021.

2. Il 30 novembre 2021, l'ANAC ha notificato la delibera n. 768 del 24 novembre 2021, con la quale ha ritenuto non conformi ai principi generali in materia di contratti pubblici e alla *par condicio* le previsioni della *lex* di gara, in quanto non consentono di effettuare una comparazione delle offerte su un piano paritario. E ciò perché *“la scelta relativa al tipo di contratto (leasing operativo o finanziario) da stipulare all'esito di una gara per la fornitura di mezzi di soccorso sanitario (deve) essere effettuata dalla stazione appaltante a monte dell'indizione della gara e non (può) essere delegata agli operatori economici, in sede di presentazione dell'offerta”*.

Conseguentemente, con determina prot. n. 20 del 12 gennaio 2022, Sanitaservice ha proceduto al ritiro di tutti gli atti di gara e, segnatamente, all' *“annullamento in autotutela e revoca per sopravvenuta valutazione dell'interesse pubblico alla sua indizione e celebrazione”*.

Nonostante il carattere non vincolante del parere di precontenzioso (non essendovi il previo consenso di cui all'art. 211 del d.lgs. n. 211/2016), Sanitaservice ha comunque ritenuto di aderirvi, condividendone la motivazione. Ha, inoltre, rivalutato l'interesse all'affidamento mediante *leasing*, ritenendo maggiormente efficiente, dal punto di vista economico, un contratto di fornitura *“classico”*, avendo altresì ricevuto dal suo socio unico ampie assicurazioni sulla propria disponibilità a garantire l'immediata provvista finanziaria per l'acquisto delle ambulanze, in tal guisa assicurando all'erario un risparmio di oltre un milione di euro, senza compromissione della qualità del servizio.

La parte ricorrente, ricevuta la comunicazione di tale determina il 21 gennaio 2022, ha tempestivamente notificato un ricorso per motivi aggiunti in data 21 febbraio 2022, chiedendo l'annullamento dell'atto di ritiro e la condanna di Sanitaservice al risarcimento del danno a tutolo di responsabilità precontrattuale.

Sanitaservice, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse del ricorso introduttivo e ha contestato nel merito l'infondatezza della domanda risarcitoria.

Previo deposito di memorie e repliche, la causa viene ritenuta per la decisione alla pubblica udienza del 12 aprile 2022.

3. Occorre, *in primis*, individuare l'oggetto del giudizio, con particolare riferimento alle domande effettivamente proposte con i motivi aggiunti.

3.1 Sebbene abbia espressamente richiesto l'annullamento dell'atto di ritiro della procedura, la parte ricorrente, come correttamente osservato dalla Difesa di Sanitaservice, non propone alcuna censura d'illegittimità avverso la stessa, limitandosi a dedurre i fatti asseritamente costitutivi di una responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione.

Ne deriva che la domanda di annullamento non può considerarsi effettivamente proposta, mancandone l'elemento costitutivo della *causa petendi*.

3.2 Da ciò deriva l'evidente improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse della domanda di annullamento dell'esclusione dalla gara proposta con il ricorso principale.

4. Occorre, dunque, deliberare la domanda risarcitoria proposta con i motivi aggiunti.

In particolare, la parte ricorrente deduce la colpa dell'amministrazione, asserendo che la stessa, pur consapevole fin dall'indizione della prima gara della necessità di effettuare a monte la scelta del contratto da stipulare, ne avrebbe nuovamente rimesso la scelta agli operatori economici nella seconda gara.

4.1 Ritiene il Collegio che, a prescindere dall'effettiva sussistenza in concreto dell'elemento soggettivo in capo alla Stazione appaltante, all'accoglimento della domanda risarcitoria osta il noto principio per cui il primo requisito dell'affidamento tutelabile va individuato nella sua ragionevolezza e nel correlato carattere ingiustificato del recesso: non è seriamente sostenibile che l'operatore economico che abbia adito l'ANAC rappresentando quelle medesime cause d'illegittimità della procedura che, condivise dall'ANAC e dalla Stazione appaltante, hanno condotto al ritiro degli atti di gara, abbia confidato in buona fede sulla validità della procedura di gara.

4.2 Ad ogni buon conto, nel caso di specie, la responsabilità *per culpa in contraendo* andrebbe esclusa quand'anche volesse ritenersi che effettivamente la Stazione appaltante, sulla base del parere del legale interpellato ai fini dell'annullamento della prima gara, abbia con negligenza perpetrato il medesimo vizio nella formulazione della *lex specialis* dell'ulteriore gara per cui è causa.

La ricorrente, infatti, ha mostrato di essere consapevole dell'invalidità della procedura fin dal 21 agosto 2021, data di presentazione dell'istanza di parere precontenzioso all'ANAC.

L'ulteriore requisito che l'affidamento del concorrente deve presentare per raggiungere la soglia della tutelabilità, infatti, è che esso stesso non sia inficiato da colpa.

Come rammentato dal Consiglio di Stato, Ad. Plen. n. 21/2021, *“Sul punto va richiamato l’art. 1338 cod. civ., il quale assoggetta a responsabilità precontrattuale la «parte che, conoscendo o dovendo conoscere l’esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all’altra parte», ed in base al quale viene escluso il risarcimento se la conoscenza di una causa invalidante il contratto è comune ad entrambe le parti che conducono le trattative, poiché nessuna legittima aspettativa di positiva conclusione delle trattative può mai dirsi sorta (in questo senso, di recente: Cass. civ, III, 18 maggio 2016, n. 10156; sez. lav., ord. 31 gennaio 2020, n. 2316; sent. 5 febbraio 2016, n. 2327)”*.

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, che il Collegio appieno condivide, la domanda risarcitoria è infondata.

5. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così dispone:

- dichiara improcedibile il ricorso introduttivo per le ragioni esposte in motivazione;
- respinge il ricorso per motivi aggiunti.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite in favore della resistente, che liquida nella misura di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente FF

Alfredo Giuseppe Allegretta, Consigliere

Donatella Testini, Primo Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO
