



REPUBBLICA ITALIANA

N. 1109/12 Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 962 Reg.Ric.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia- ANNO 2011

na, in sede giurisdizionale, ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso in appello n. 962 del 2011 proposto da

AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI CATANIA (ASP),
già Azienda Unità Sanitaria Locale n. 3 di Catania, in persona del Direttore generale in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Caltabiano ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Messina, 3, presso lo studio dell'avv. Calogera Corsello;

c o n t r o

la s.p.a. SORDINA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Leone ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Abela, 10, presso lo studio dell'avv. Salvatore Raimondi;

e nei confronti

della TRUMPF MED ITALIA, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituitasi in giudizio;

per la riforma parziale

della sentenza del T.A.R. per la Sicilia - sezione staccata di Catania, sezione seconda - n. 1239 del 16 maggio 2011;

visto il ricorso, con i relativi allegati;

vista la memoria di costituzione in giudizio della società Sordi-

na;

visti gli atti tutti della causa;

relatore il consigliere Marco Buricelli;

udito, all'udienza pubblica del 18 ottobre 2012, l'avvocato T. Milana, su delega dell'avv. G. Caltabiano, per l'ASP di Catania;

ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O e D I R I T T O

1. - La società Sordina ha partecipato a una procedura d'appalto indetta dall'Amministrazione resistente con bando del 21.2.2006 per la fornitura di attrezzature sanitarie per i presidi ospedalieri e i distretti sanitari di competenza dell'AUSL.

Dal verbale di gara del 6.4.2006 si ricava che la società Sordina è risultata aggiudicataria in via provvisoria, per avere prodotto la migliore offerta in termini di prezzo e di qualità tecnico-progettuale, con riferimento alla fornitura di otto tavoli operatori (lotto n. 21), per un importo di circa 419.000 euro, oltre a IVA.

È bene precisare che l'art. 3 del capitolato speciale d'appalto (csa) prevedeva che le caratteristiche tecniche delle forniture, indicate nelle schede allegate, avevano lo scopo di descrivere le prestazioni che le attrezzature dovevano possedere ed erano da intendersi come requisiti minimi e di riferimento. Il capitolato chiariva poi che i beni forniti avrebbero potuto possedere caratteristiche lievemente diverse purché ritenute, a giudizio dell'AUSL n. 3, equivalenti e compatibili con le esigenze strutturali del presidio ed aventi caratteristiche di funzionalità almeno pari.

In sede di verifica delle caratteristiche delle apparecchiature l'AUSL, con nota in data 16.5.2006, ha rilevato diverse non conformità riguardo alle caratteristiche tecnico-prestazionali stabilite dal csa.

La società Sordina, con memoria in data 22.5.2006, ha illustrato in modo dettagliato all'Azienda sanitaria le caratteristiche tecniche delle attrezzature offerte, ritenendole pienamente corrispondenti a quelle richieste dal bando e dal csa.

Con nota in data 11.7.2006 l'AUSL ha escluso la società Sordina dalla procedura, ribadendo che l'apparecchiatura offerta non era risultata conforme alle specifiche tecniche e alle funzioni assicurate dalle stesse, richieste nel capitolato. Più precisamente, l'esclusione è stata disposta per le motivazioni che seguono:

- piano operatorio in lega d'alluminio anziché in acciaio inox;
- presenza di sistema di movimentazione elettroidraulica anziché elettromeccanica;
- variazione di altezza del piano operatorio di 450 mm. anziché 500 mm.;
- inclinazione dello schienale da - 20° a + 70° anziché da - 45° a + 70°.

Al provvedimento di esclusione l'AUSL ha allegata una relazione tecnica con la quale sono state esternate le ragioni per le quali non si era ritenuto possibile applicare i principi di equivalenza delle prestazioni all'offerta presentata dalla società Sordina.

2. - Con ricorso e motivi aggiunti proposti dinanzi al TAR Catania la società Sordina ha impugnato l'atto di esclusione, la presupposta nota

del 16.5.2006 e l'aggiudicazione definitiva della fornitura degli otto tavoli operatori alla TRUMPF MED ITALIA, e ha chiesto, inoltre, la caducazione del contratto eventualmente già stipulato e "... la condanna (dell'AUSL n. 3) alla reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione alla ricorrente dell'appalto in questione o nuova assegnazione di analogo contratto, nonché il risarcimento dei danni per equivalente ...".

Per quanto in questa sede più interessa, "con riferimento all'offerta di un piano operatorio in lega d'alluminio anziché in acciaio inox, a giudizio della società ricorrente, l'esclusione sarebbe illegittima perché le leghe di alluminio avrebbero caratteristiche di gran lunga superiori a quelle dell'acciaio inox tanto da essere utilizzate sia nell'aeronautica sia nella costruzione di automobili di particolare pregio. L'utilizzo dell'alluminio inoltre avrebbe il vantaggio di creare tavoli operatori con uno spessore maggiore, una maggiore resistenza e un minor peso così consentendo una migliore manovrabilità e facilità di spostamento. Sotto tale aspetto, sempre secondo la società ricorrente, i tavoli in alluminio non presenterebbero saldature e quindi sarebbero immuni da potenziali rischi di corrosione; le possibilità di corrosione sarebbero sostanzialmente equivalenti a quelle di una non adeguata realizzazione di un corretto processo di solubilizzazione dell'acciaio. Per contro l'amministrazione nella relazione tecnica allegata al provvedimento di esclusione ha ritenuto che l'acciaio inossidabile al nichel cromo offra, allo stato attuale della tecnica, le migliori garanzie di resistenza meccanica nel tempo e che le leghe di allumi-

nio, per risultare immuni alla corrosione, devono essere trattate a livello superficiale così tuttavia non realizzando una proprietà intrinseca del materiale che comporta la possibilità di corrosione del tavolo operatorio ogni qualvolta tale trattamento superficiale venga a mancare.

In relazione alla presenza di un sistema di movimentazione elettroidraulica anziché elettromeccanica, a giudizio sempre della società ricorrente, l'esclusione sarebbe illegittima perché, in primo luogo, i sistemi elettroidraulici rientrerebbero nell'ambito dei sistemi di movimentazione elettromeccanica richiesti dal bando e perché non risulterebbe conforme al vero che il sistema di trasmissione meccanica garantisca una più bassa probabilità di guasto; inoltre le paventate perdite di olio potrebbero verificarsi solo in rari casi in considerazione del tipo e dei luoghi di utilizzo.

A giudizio dell'amministrazione resistente, invece, il sistema elettromeccanico, oltre a garantire una più bassa probabilità di guasto e dunque una minor incidenza dei costi di manutenzione, avrebbe il vantaggio di permettere la sostituzione degli elementi rotti in modo più semplice e sicuro e garantirebbe una maggior igiene anche in caso di malfunzionamento poiché non si produrrebbero perdite d'olio. Vi sarebbe, inoltre, un miglior controllo del movimento e una regolazione più ampia soprattutto per quanto riguarda le escursioni angolari oltre che la possibilità di inserire segmenti motorizzati aggiuntivi.

Con riferimento all'inclinazione dello schienale del tavolo operatorio, a giudizio della società ricorrente la particolare tipologia del tavolo offerto consentirebbe di ottenere un angolo negativo di -60° e,

quindi, superiore a quanto richiesto nel capitolato e dunque altamente migliorativo. Sotto tale aspetto sarebbe erronea la valutazione operata dall'amministrazione che ha ritenuto non conforme alle prescrizioni di bando il bene offerto.

Infine con riferimento all'altezza minima del tavolo operatorio, a giudizio della società ricorrente, una variazione minima di appena 5 cm non rappresenterebbe giusto motivo di esclusione anche in considerazione del fatto che, sempre secondo la società ricorrente, è l'altezza minima il dato più importante e non anche l'altezza massima raggiungibile. Per l'amministrazione, invece, la differenza di 50 mm, pari ad una riduzione del 10%, è assolutamente inaccettabile" (v. sent. TAR, da pag. 7 a pag. 9).

Respinta la domanda cautelare il TAR ha disposto verifica per accertare se, "con riferimento esclusivo alle censure proposte nel ricorso principale, alla luce dell'art. 3 del bando della procedura di evidenza pubblica indetta dall'A.U.S.L. nonché dei requisiti tecnici indicati per il tavolo operatorio oggetto di gara, le conclusioni cui è pervenuta l'amministrazione nel provvedimento dell'11 luglio 2006 e nell'allegata relazione tecnica siano corrette sotto il profilo tecnico". I verificatori, con relazione depositata in data 22 marzo 2011, hanno stabilito che "le conclusioni cui è pervenuta l'amministrazione nel provvedimento dell'11/7/2006 e nell'allegata relazione tecnica non sono corrette sotto il profilo tecnico, in quanto le quattro difformità rilevate ... omissis ... non possono essere considerate peggiorative, in riferimento esclusivo all'art. 3 del bando della procedura di evidenza

pubblica indetta dall'AUSL, nonché ai requisiti tecnici indicati per il tavolo operatorio oggetto di gara. L'organo verificatore sottolinea che le varianti proposte dalla Sordina Spa, oltre che rispettare le specifiche tecniche richieste per le apparecchiature in oggetto, consentono anche di ottenere, grazie ad alcune innovazioni tecnologiche, apparecchiature di qualità ad un costo di acquisto più contenuto" (si veda pagina 8 della verifica - pag. 10 sent. TAR).

Il TAR Catania - che nella prima parte del DIRITTO (pag. 5 sent.) aveva respinto l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività, sollevata dalla difesa dell'AUSL sull'assunto che la società Sordina avrebbe dovuto impugnare in modo tempestivo la nota del 16.5.2006 sulle difformità riscontrate nell'offerta rispetto a quanto previsto nel bando, con la conseguenza che la sola impugnazione del provvedimento di esclusione dell'11.7.2006 sarebbe stata tardiva -, a seguito della verifica eseguita ha giudicato fondata la censura proposta con il ricorso principale e con quello per motivi aggiunti e ha conseguentemente annullato gli atti impugnati, rimanendo assorbite le altre doglianze proposte.

Venendo in questione un contratto, per la fornitura di tavoli operatorii, già stipulato ed eseguito, il TAR ha ritenuto insussistenti i presupposti per dichiarare la inefficacia del contratto medesimo, decidendo di "mantenere il contratto e accordare il risarcimento solo per equivalente" (v. sent. cit., da pag. 10 a pag. 12).

Il TAR ha giudicato sussistenti gli elementi costitutivi del danno e, in particolare, il pregiudizio economico, la colpa della P.A. e il

nesso causale tra comportamento dell'Amministrazione e pregiudizio sopportato dalla ricorrente, tenuto conto della "probabilità, prossima alla certezza, di aggiudicazione in capo alla ricorrente (dato che) ... nel verbale del 6 aprile 2006, a pag. 5, la ditta Sordina veniva indicata come aggiudicataria provvisoria per il lotto 21"; ha quantificato il danno per mancato utile nella misura del 10% della somma indicata nella offerta presentata dalla società Sordina, decurtata del 50% poiché "in giudizio non è stata raggiunta la prova che l'impresa non ha utilizzato mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altre forniture", e ha riconosciuto inoltre il danno curriculare, liquidato in via equitativa "nell'ulteriore misura dell'1% sulla somma indicata nell'offerta presentata" (v. sent. cit., da pag. 12 a pag. 14).

Il TAR, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a. ha quindi condannato l'AUSL a pagare, entro 60 giorni, una somma determinata secondo i criteri suindicati.

3. - Con ricorso in appello notificato il 5.7.2011 e depositato in segreteria il 18.7.2011 l'ASP di Catania ha contestato la sentenza in epigrafe per le ragioni che verranno specificate appresso, al p. 4.

L'appellante ha chiesto a questo CGA di accogliere l'appello e, per l'effetto, di riformare parzialmente la sentenza impugnata disponendo il rigetto del ricorso di primo grado della società Sordina previa, occorrendo, nuova verifica e /o c.t.u..

La società Sordina si è costituita, ha controdedotto in modo ampio - riproponendo, in via subordinata, ex art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi del ricorso introduttivo non esaminati dal TAR - e ha conclu-

so insistendo per la reiezione dell'appello e per la condanna dell'ASP al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio.

4.1.1. - Con i primi due motivi d'appello, esaminabili in modo congiunto, l'ASP ha dedotto molteplici profili di censura contro la sentenza gravata.

Il TAR avrebbe erroneamente disposto d'ufficio la verifica, omettendo di motivare sulla necessità di procedere "ex officio" con il mezzo istruttorio suindicato, soprattutto alla luce del "mutamento di rotta" rispetto all'ordinanza del TAR n. 1622/06 di rigetto della domanda cautelare proposta dalla società Sordina, "vista la discrezionalità di cui gode l'Amministrazione nel valutare i beni offerti e la loro conformità a quanto richiesto dal bando e dagli atti richiamati"; la valutazione tecnica, formulata dall'AUSL, di non conformità del piano operativo offerto rispetto alle specifiche tecniche richieste in sede di procedura di gara sarebbe insindacabile in sede giurisdizionale; in particolare, giudice e c.t.u. (o verificatore) non possono sostituirsi all'Amministrazione che sia pervenuta a una soluzione tecnica che, ancorché opinabile, sia tuttavia accettabile secondo lo stato della tecnica; in base alla istruttoria tecnica eseguita dall'AUSL, l'apparecchiatura offerta dalla società Sordina non era conforme, né equivalente alle specifiche del bando e del capitolato; la richiesta istruttoria fatta dalla società ricorrente al TAR era irrilevante; il TAR avrebbe errato nel non accogliere l'eccezione di tardività del ricorso sollevata dall'AUSL, in quanto già con la nota del 16.5.2006 l'Azienda aveva comunicato alla ricorrente la non conformità del prodotto rispetto alle

caratteristiche tecnico-prestazionali previste dal csa, “radicando nella Sordina l’obbligo di impugnare tale valutazione, (alla quale) invece ha prestato acquiescenza”; anche a voler riconoscere l’ammissibilità della verifica, non risulta motivata la scelta dei verificatori di non valutare le note tecniche dell’AUSL, con la conseguenza che la sentenza impugnata sarebbe da censurare nella parte in cui non ha rilevato il suddetto vizio procedimentale e non ha consentito la integrazione e/o la rinnovazione delle operazioni di verifica, alla luce delle controdeduzioni tecniche fornite dall’Azienda; il TAR, nel disporre la verifica, e i verificatori, sarebbero caduti in un equivoco atteso che la Sordina è stata esclusa non perché il prodotto offerto fosse da ritenersi inidoneo all’uso, ma perché il piano operatorio era difforme rispetto a quanto richiesto negli atti di gara; la verifica effettuata è risultata carente e insufficiente nei contenuti e viziata nella procedura di formazione in quanto l’organo tecnico non risulta avere esaminato la documentazione depositata dall’AUSL e la relazione della Elettronica Bio Medicale, dalla quale si evince la difformità del prodotto offerto dalla Sordina rispetto alle prescrizioni del csa; i verificatori, pur rammentando che l’AUSL aveva riscontrato quattro difformità di carattere tecnico sul prodotto della Sordina rispetto a quanto previsto dagli atti di gara, avrebbero poi trattato solo tre difformità (da pag. 9 all’inizio di pag. 11 ric. app. l’ASP reitera le controdeduzioni tecniche già svolte in primo grado).

4.1.2.- Gli articolati motivi d’appello sopra riassunti sono infondati e vanno respinti.

In via preliminare la sentenza va confermata nella parte in cui il TAR ha rigettato l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività, sollevata dalla difesa dell'AUSL sull'assunto che la società Sordina avrebbe dovuto impugnare in modo tempestivo la nota del 16.5.2006 sulle difformità riscontrate nell'offerta rispetto a quanto previsto nel bando, con la conseguenza che la sola impugnazione del provvedimento di esclusione dell'11.7.2006 sarebbe (stata) tardiva.

In termini generali, sulla distinzione tra atto meramente confermativo e atto di conferma in senso proprio, la giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato - il che esime dal fare citazioni particolari - ha statuito che allo scopo di stabilire se un atto amministrativo sia meramente confermativo, e perciò non impugnabile, o di conferma in senso proprio e, quindi, autonomamente lesivo e da impugnarsi nei termini, occorre verificare se l'atto successivo sia stato adottato o meno senza una nuova istruttoria e una nuova ponderazione di interessi.

In particolare, non può considerarsi meramente confermativo rispetto a un atto precedente l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento. L'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, sia pure mediante la rivalutazione degli interessi in gioco e un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano la fattispecie considerata, dà luogo a un atto propriamente confermativo in grado, come tale, di dare vita a un provvedimento diverso dal precedente, suscettibile quindi di una autonoma impugnazione. Ricorre, invece, l'atto meramente confermativo (di c.d. conferma impropria) quando

l'Amministrazione, a fronte di una istanza di riesame, si limita a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione.

Calando i principi giurisprudenziali esposti alla fattispecie in esame, dal raffronto tra la nota AUSL del 16.5.2006 e quella dell'11.7.2006, indipendentemente dalla possibile qualificazione della nota 16.5.2006 come atto a contenuto istruttorio e a rilevanza endo-procedimentale, emerge in ogni caso in maniera evidente che l'atto successivo, in quanto adottato sulla base di una rinnovata istruttoria, di un più approfondito esame delle (asserite) difformità riscontrate nell'offerta della società Sordina e di una nuova motivazione, assume valore di atto di conferma in senso proprio, e non di atto meramente confermativo. E poiché, quando l'antecedente determinazione della stessa amministrazione non impugnata viene successivamente sottoposta a riesame nell'ambito di una attività istruttoria, seppure con esito sostanzialmente confermativo, non incorre nel termine decadenziale l'interessato che promuove ricorso nei riguardi della determinazione finale successiva e degli atti riesaminati, che ne hanno rappresentato il presupposto per l'adozione (Cons. St., sez. IV, n. 813 del 2011), il profilo di censura d'appello va respinto, non sussistendo la rilevata tardività del ricorso al TAR.

Ciò premesso, circa i profili ulteriori dei primi due motivi d'appello proposti il Collegio rileva che:

- la società Sordina aveva prodotto in primo grado due perizie di parte a sostegno della tesi della equivalenza dei prodotti offerti a quelli in-

dicati nel bando, e aveva chiesto disporsi c.t.u.. Il TAR ha correttamente ritenuto di disporre una verifica. Da un lato, infatti, il c.p.a. (art. 63, comma 4) ha introdotto un principio di “favor” per la verifica, prevedendo che il ricorso alla c.t.u. avvenga solo se è indispensabile, e la verifica è comunque un mezzo istruttorio di carattere tecnico. Dall’altro, la possibilità, per il Giudice amministrativo, di fare ricorso a una c.t.u. non costituisce un obbligo, essendo soggetta al principio di rilevanza che regola l’assunzione delle prove anche nel processo amministrativo. Non si può fondatamente parlare, quindi, di ultrapetizione;

- sulla affermata necessità di motivare la scelta di ammettere il mezzo istruttorio, e sulla omessa motivazione, da parte del TAR, in merito alla necessità di disporre verifica, va osservato, in primo luogo, che la consulenza tecnica di ufficio (come la verifica), non essendo qualificabile come mezzo di prova in senso proprio, perché volta ad aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze, è sottratta alla disponibilità delle parti ed è affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito (Cass. civ., nn. 6155/09 e 4853/07). In secondo luogo va rilevato che la motivazione della decisione di disporre verifica, con particolare riguardo al giudizio sulla necessità della stessa, è comunque da ritenersi implicita nel provvedimento adottato, alla luce delle argomentazioni svolte dalla parte ricorrente;

- circa il “mutamento di rotta” tra la decisione istruttoria presa dal TAR e la precedente ordinanza cautelare di rigetto, pronunciata dal

Giudice di primo grado alla luce della discrezionalità spettante alla P.A. nel valutare la conformità della fornitura rispetto a quanto richiesto dal bando, appare agevole rammentare che il giudizio cautelare, diversamente dal giudizio di merito, attiene sia al “fumus boni juris”, sia al “periculum in mora”. La valutazione relativa al “fumus” ha carattere soltanto provvisorio e di semplice verosimiglianza circa le buone ragioni del ricorrente, e lascia irrisolto il quesito sull’esito finale del giudizio, senza anticipare la decisione nel merito. La decisione della controversia nel merito, invece, matura all’esito di una cognizione piena della controversia (C. cost., nn. 359 del 1998 e 326 del 1997). Inoltre, come correttamente rileva la difesa della società appellata, ex articoli 39 c.p.a. e 177, comma 1, c.p.c. “le ordinanze, comunque motivate, non possono mai pregiudicare la decisione della causa”;

- sulla asserita insindacabilità in sede giurisdizionale della valutazione tecnica dell’AUSL di non conformità del piano operatorio offerto rispetto alle specifiche tecniche richieste, diversamente da quanto sostiene l’appellante, tramontata l’equazione discrezionalità tecnica - merito insindacabile a partire dalla sentenza n. 601/99 della IV sezione del Consiglio di Stato, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della P.A. può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell’iter logico seguito dall’autorità amministrativa, bensì attraverso l’eventuale verifica diretta dell’attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. A questo fine il giudice può utilizzare sia la c.t.u. , sia lo strumento della verifica, confe-

rendo l'incarico a un'Amministrazione terza (v. "ex multis", Cons. St., nn. 5871/10, 4635/07 e 2001/06). Nel caso in esame, il TAR ha esercitato tale sindacato impiegando senza errori lo strumento della verifica, non sconfinando cioè nella sfera del merito delle scelte riservate alla autorità amministrativa. Non si fa, invero, questione di una non consentita sostituzione, da parte del verificatore e del giudice, al giudizio formulato dagli organi tecnici della P. A. su una soluzione tecnica opinabile e, pur tuttavia, accettabile. Viene invece in discorso un sindacato del TAR incentrato sulla verifica della correttezza dell'esercizio dei poteri affidati all'AUSL sotto il profilo tecnico in ordine alla effettiva sussistenza dei presupposti per prendere i provvedimenti che poi la P.A. ha effettivamente assunto. Sindacato, dall'esercizio del quale è derivata una conclusione - condivisibile - sulla irragionevolezza ed erroneità del giudizio formulato dall'AUSL - e sulla conseguente erroneità ed illegittimità dell'esclusione della società Sordina dalla procedura di gara - giacchè, stando alla relazione dei verificatori, le cui risultanze il TAR ha recepito tenendo anche conto di quanto disponeva l'art. 3 del csa, e della clausola di equivalenza in esso inserita, le varianti proposte dall'appellata rispettavano le specifiche tecniche richieste (oltre a consentire l'ottenimento, grazie ad alcune innovazioni tecnologiche, di apparecchiature di qualità a un costo di acquisto più contenuto - v. pag. 8 relazione finale di accertamento 21.3.2011 e pag. 10 sent. TAR: e difatti l'offerta della società Sordina è stata di circa 419.000 € mentre il lotto in questione è stato aggiudicato alla TRUMPF MED per un importo di circa 644.000 €). Corretta-

mente l'appellante sottolinea che il TAR ha cercato di comprendere se, alla luce del disposto di cui all'art. 3 del csa, la illogicità dedotta fosse un mero assunto della società ricorrente oppure se, effettivamente, l'offerta della Sordina fosse del tutto equivalente alle specifiche tecniche richieste nel bando e nel capitolato (se non, addirittura, migliorativa delle stesse, come si è poi accertato in sede di verifica-
zione);

- sulla censurabilità della sentenza nella parte in cui avrebbe omesso di rilevare il fatto che non risultava motivata la scelta dei verificatori di non valutare le controdeduzioni tecniche dell'AUSL, va osservato, in primo luogo, che il profilo di censura risulta infondato in punto di fatto giacché, come si ricava dalle pagine 2 e 3 della relazione preliminare di accertamento, i verificatori hanno premesso di avere studiato "tutti gli atti del ricorso", vale a dire tutto il fascicolo processuale, incluse le note tecniche e la documentazione dell'AUSL, avendo poi affermato di analizzare "puntualmente le quattro difformità" riscontrate dall'Azienda. Va aggiunto che i verificatori, nella relazione finale di accertamento, risultano avere confutato le considerazioni tecniche sulle difformità, ricevute dall'ASP. In ogni caso, per considerare completa la motivazione della indagine tecnica eseguita dai verificatori, non occorre che i verificatori stessi, e il giudice, dessero conto in modo minuzioso delle contrarie argomentazioni addotte dall'AUSL a sostegno della istruttoria tecnica, le quali, ancorché, per ipotesi, non confutate in modo dettagliato, dovevano aversi per disattese poiché incompatibili con le argomentazioni - condivise dal TAR e, come si vedrà

tra breve, da questo CGA - esposte a sostegno della relazione di accertamento. Detto altrimenti, la confutazione dei rilievi tecnici dell'AUSL era da ritenersi implicita nelle considerazioni svolte dai verificatori. Di qui la decisione – corretta - di non accogliere la richiesta di integrazione e/o di rinnovazione delle operazioni di verifica;

- sulla affermata superficialità e insufficienza di contenuti della verifica, in primo luogo non è vero che l'AUSL avrebbe riscontrato quattro difformità dell'apparecchiatura rispetto alle specifiche tecniche di gara e che i verificatori ne avrebbero trattato solo tre, anziché quattro: i movimenti rototraslatori comprendono infatti sia angolo di rotazione sia altezza del piano operatorio (inclinazione dello schienale e variazione di altezza - v. pag. 4 relazione preliminare di accertamento e pag. 8 relazione finale), sicché l'esame svolto dai verificatori risulta completo. Sotto una diversa angolazione, non si ravvisa alcuna anomalia, nella relazione dei verificatori, nel richiamare e nel condividere le considerazioni svolte nella perizia di parte del prof. A. Rossi. Addentrandosi nelle specifiche comparazioni, sul confronto piano acciaio inox (richiesta) - piano in lega di alluminio (offerta), i verificatori, nelle relazioni preliminare e finale (v. pagine 3 e 6), anche richiamando la perizia di parte del prof. Rossi, hanno posto in luce la compatibilità del piano operatorio in lega di alluminio con le esigenze del presidio (anzi, il carattere migliorativo della soluzione offerta da Sordina). Circa il confronto tra movimentazione elettromeccanica (richiesta) e movimentazione elettroidraulica (offerta), i verificatori, muo-

vendo dall'assunto che i movimenti elettromeccanici richiesti dal bando possono essere impressi anche con azionamenti elettrici mediante trasmissioni oleodinamiche (o idrauliche), hanno motivatamente concluso nel senso che, secondo quanto stabilito dal capitolato, i partecipanti alla gara avrebbero potuto presentare letti operatori a movimentazione automatica, senza alcuna specifica aggiuntiva sul tipo di trasmissione, cosicchè il piano operatorio offerto dalla società Sordina rispettava le specifiche di gara. Infine, sulla variazione di altezza del piano operatorio, il collegio dei verificatori ha motivatamente spiegato (v. pag. 4 relaz.) la sostanziale irrilevanza dell'“unica difformità (consistente in) 50 mm. in meno di escursione nel movimento verticale”, difformità lieve, variazione minima tutt'altro che incompatibile con un giudizio di equivalenza. Quanto alla variazione della inclinazione dello schienale, i verificatori hanno chiarito come la inclinazione dello schienale del piano operatorio Sordina superi i -45° richiesti, arrivando a -60° , con conseguente equivalenza a quanto specificato dal csa (e anzi, l'inclinazione superiore a quanto chiesto risulta migliorativa e comunque pienamente funzionale alle esigenze dell'AUSL).

In definitiva, il TAR ha in modo condivisibile giudicato la relazione di verifica corretta e immune da vizi logici e da errori di fatto e di diritto. Verificatori e TAR non sono affatto caduti in equivoco. I primi due motivi d'appello vanno perciò respinti.

4.2. - Con un autonomo motivo d'appello, il terzo, intitolato “insussistenza del diritto al risarcimento del danno per corretta applicazione dell'art. 8 del c.s.a.; insussistenza del nesso di causalità ex art. 2043

c.c.; omessa prova del danno subito, l'AUSL ha contestato la statuizione relativa al risarcimento del danno, con la quale il TAR, riconosciuto l'"an debeatur", ha indicato i criteri di quantificazione del danno ex art. 34, comma 4, del c.p.a.. Nel ricorso in appello viene dedotto, in sintesi, che:

- la società Sordina è risultata soltanto aggiudicataria in via provvisoria della fornitura, come si ricava dal verbale di gara del 6.4.2006, ma è stata esclusa dall'aggiudicazione definitiva del lotto per avere, l'AUSL, rilevato diverse difformità tra prodotto offerto e specifiche di qualità richieste nel bando. Ad avviso dell'ASP, avendo l'aggiudicazione provvisoria natura di atto endoprocedimentale a effetti instabili, l'aggiudicataria in via provvisoria vanterebbe una mera aspettativa alla conclusione favorevole del procedimento, soltanto l'aggiudicazione definitiva attribuendo all'aggiudicataria una posizione giuridica qualificata, con conseguente ipotetica responsabilità del soggetto pubblico entro i limiti di cui all'art. 1337 c.c., per violazione dell'obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede, responsabilità peraltro insussistente nella specie poiché la società Sordina, prima della esclusione definitiva dalla gara, era stata informata delle difformità riscontrate, ai sensi dell'art. 8 del csa. Inoltre:

- non risulterebbe dimostrata la colpa della P. A. nella condotta tenuta;

- difetterebbe il necessario nesso di causalità tra il comportamento dell'AUSL e il pregiudizio patito dall'appellata;

- non spetterebbe il risarcimento né per il mancato utile, né per il danno curriculare. In relazione a quest'ultima voce di danno, non risulterebbe

rebbe comprovata in alcun modo la perdita effettiva di occasioni utili.

Tutti i profili di censura sopra riassunti sono chiaramente infondati e vanno respinti. E infatti:

- la tesi della responsabilità della stazione appaltante, e della risarcibilità del danno, ex art. 1337 cod. civ., in relazione a un'aggiudicazione in via provvisoria alla quale non abbia fatto seguito l'aggiudicazione in via definitiva, trova applicazione nei casi di revoca legittima della procedura di gara, dato che l'aggiudicazione provvisoria non consuma il potere discrezionale dell'amministrazione sul se concludere il procedimento di gara (sulla responsabilità precontrattuale nella ipotesi di revoca – legittima - della procedura di gara v., di recente, Cons. St., sez. V, n. 552 del 2012). Il caso in questione è però diverso, atteso che il seggio di gara, dopo avere verificato la conformità della offerta tecnica al csa e aperto le buste con l'offerta economica, ha dichiarato la società Sordina (come le altre) aggiudicataria in via provvisoria della fornitura relativa al lotto 21, dopo di che, al termine delle “vicissitudini procedurali” alle quali Sordina è andata incontro, l'aggiudicazione in via definitiva è stata disposta a favore di TRUMPF MED. Così ricostruiti i tratti salienti della vicenda, perde spessore il presupposto argomentativo dal quale ha preso le mosse l'ASP, ed è giocoforza concludere che Sordina era titolare non di una posizione di mera aspettativa, ma di una ben più robusta pretesa a vedersi aggiudicare in via definitiva la fornitura;

- sull'elemento soggettivo, in primo luogo, secondo CGUE - sezione III, sent. 30.9.2010 - causa C314/2009 - Stadt Graz, in materia di ap-

palti pubblici di lavori (ma con statuizione estensibile anche alle forniture, vista la “eadem ratio”), il diritto di ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice non può essere subordinato al carattere colpevole della violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa nazionale sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, presunzione vincibile attraverso la dimostrazione della scusabilità dell'errore (v. sent. cit., pp. 30. e da 35. a 45., cui si rinvia ai sensi degli articoli 60, 74 e 88, comma 2, lett. d) del c.p.a.; sulla non necessità di accertare la componente soggettiva dell'illecito alla stregua della sentenza “Stadt Graz” si vedano, di recente, le sentenze della quinta sezione del Consiglio di Stato nn. 3314/12, 661/12, 6127/11 e 1193/11, quest'ultima, si noti, in tema di fornitura di ausili sanitari; sulla collocazione, in posizione decisamente recessiva, dell'elemento della prova della colpevolezza della stazione appaltante ai fini del riconoscimento della tutela risarcitoria in favore dell'impresa danneggiata, a seguito di CGCE, sez. III, 30 settembre 2010, cit., v. anche CGA, sez. giurisdiz., n. 868/11, p. 5.). In ogni caso, anche a voler seguire l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'illegittimità del provvedimento impugnato costituisce indice presuntivo della colpa, l'AUSL non ha comprovato di essere incorso in un errore scusabile; risulta, invece, avere tenuto un comportamento in contrasto con le regole di correttezza e di buona amministrazione, come affermato dalla ricorrente e comprovato dalla verifica disposta dal TAR, con la quale è stato chiarito che il prodotto

offerto dalla società Sordina era equivalente a quello richiesto nel bando di gara, rispettandone le specifiche tecniche (e anzi era di qualità e a un costo più conveniente);

- il nesso causale sussiste, dovendo considerarsi raggiunta la prova positiva della ragionevole certezza dell'aggiudicazione del lotto alla società Sordina, ove la stessa non fosse stata esclusa mediante il provvedimento annullato dal TAR. L'offerta della Sordina era la migliore scrutinata sicché, se non fosse intervenuta l'illegittima esclusione, l'appellata si sarebbe vista aggiudicare in via definitiva il lotto, essendo titolare non di una mera aspettativa ma - come correttamente rileva la difesa della Sordina stessa - di una più consistente pretesa al conseguimento dell'aggiudicazione in via definitiva. Il danno patito dalla società Sordina è conseguenza immediata e diretta del provvedimento di esclusione illegittimamente emanato dall'AUSL;

- sul danno da mancato utile e sul danno curriculare, la sentenza impugnata va confermata, avendo fatto applicazione del cosiddetto "criterio del decimo" del prezzo offerto (circa 419.000 €, come si è detto), ridotto del 50%, con una diminuzione quindi del "quantum" risarcitorio dal 10 al 5%, in conseguenza della omessa dimostrazione, da parte della società appellata, dell'"aliunde perceptum vel percipiendum", vale a dire del riutilizzo di mezzi e manodopera per altre attività (sulla applicazione del "criterio del decimo", qualora appaia chiaro e dimostrato che, in mancanza dell'adozione del provvedimento illegittimo, l'impresa reclamante avrebbe vinto la gara (v., di recente, Cons. St., n. 115/12); sul fatto che l'onere di provare l'assenza dell'"aliunde per-

ceptum” ricade non sulla P.A. ma sulla impresa (v., di recente, Cons. St., n. 1681/11, p. 4.2.1.). Correttamente poi il TAR ha impiegato criteri equitativi nel riconoscere e nel quantificare il c.d. “danno curriculare”;

- infine, va confermato anche il capo della sentenza che ha condannato l’ASP al pagamento di interessi e rivalutazione (v. pag. 14 sent.).

In conclusione, l’appello dev’essere respinto e la sentenza impugnata confermata.

Ogni altro motivo o eccezione, di rito o di merito, può essere assorbito in quanto ininfluenza e irrilevante ai fini della presente decisione. In particolare, il Collegio è esentato dal prendere in esame i motivi del ricorso introduttivo non esaminati dal TAR e riproposti dalla società Sordina, in via subordinata, ai sensi dell’art. 101, comma 2, del c.p.a..

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano nel dispositivo, tenuto anche conto della somma effettivamente attribuibile, al vincitore della controversia, a titolo di risarcimento del danno.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, definitivamente decidendo sull’appello in epigrafe lo respinge e, per l’effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna l’ASP di Catania a rimborsare le spese del grado di giudizio a favore della società Sordina, liquidandole nella misura di € 3.000,000 (euro tremila/00), oltre agli accessori di legge.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’autorità am-

ministrativa.

Così deciso in Palermo dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, nella camera di consiglio del 17 ottobre 2012, con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Antonino Anastasi, Marco Buricelli, estensore, Pietro Ciani, Alessandro Corbino, componenti.

F.to Riccardo Virgilio, Presidente

F.to Marco Buricelli, Estensore

Depositata in Segreteria

7 dicembre 2012