

La responsabilità precontrattuale della stazione appaltante verso l'operatore economico per mancata sottoscrizione del contratto, secondo la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 5693/2025.

di Jacopo Recla

Data di pubblicazione: 28-7-2025

Le argomentazioni difensive sostenute dall'appellante non consentono di confutare la valutazione negativa del relativo comportamento negoziale, atteso che la sua condotta, complessivamente valutata, non è stata conforme ai doveri di buona fede e correttezza, avendo concorso a procrastinare la stipula del contratto di fornitura.

Stante i rilievi espressi, non si può rilevare alcun ritardo colpevole, né una inerzia sanzionabile da parte della stazione appaltante, con conseguente rigetto, anche con riferimento a tale profilo, delle doglianze illustrate dall'appellante.

Come precisato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, n. 5 del 4 maggio 2018, ai fini della responsabilità precontrattuale, il privato è tenuto a provare sia il danno evento, ossia la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale, sia il danno conseguenza, ossia le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate, sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'Amministrazione.

1. Il fatto e il giudizio di primo grado.

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato si è pronunciato sull'appello proposto dall'operatore economico che era risultato aggiudicatario di alcuni lotti della "gara ad evidenza pubblica per l'affidamento triennale della fornitura in più lotti di ausili per stomia".

In primo grado il ricorrente da un lato aveva impugnato il "silenzio serbato dalla stazione appaltante sull'istanza a concludere la procedura di affidamento dell'appalto, adottando la determina a contrarre finalizzata alla stipula dei contratti" e dall'altro aveva richiesto, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., il risarcimento dei "danni ingiusti subiti per il comportamento illegittimo tenuto".

Ebbene, il TAR – dopo aver richiamato l'evoluzione in materia della giurisprudenza – ha dato atto del consolidamento dell'orientamento che ammette la responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione laddove essa, mediante un comportamento inerte o dilatorio, abbia cagionato un danno omettendo di stipulare il contratto con il soggetto individuato come aggiudicatario all'esito di una gara e in capo al quale sussiste pertanto un legittimo affidamento in ordine alla stipula del contratto.

La sentenza chiariva dunque che l'accertamento della responsabilità della Pubblica Amministrazione presuppone quindi *“l'effettiva sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generatrice del diritto al risarcimento del danno”*, come indicati anche dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 4 maggio 2018.

Alla luce della ricostruzione dei fatti di causa, il giudice di primo grado aveva respinto il ricorso, ritenendo che nel caso di specie non sussistessero i predetti presupposti per il riconoscimento del risarcimento.

2. La pronuncia del Consiglio di Stato.

2.1. Sulla giurisdizione del giudice amministrativo.

La sentenza di appello richiama in via preliminare, condividendola, la pronuncia di primo grado, nella parte in cui ha affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sul presupposto che *“la materia delle procedure di affidamento di contratti pubblici, fino alla stipula del contratto, rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”*, ritendendo che da tale principio deriva la *“conseguenza che anche le questioni relative alla responsabilità precontrattuale dovevano ritenersi attratte nell'ambito della giurisdizione amministrativa”*.

2.2. Sui presupposti della responsabilità precontrattuale.

La sentenza in commento analizza quindi l'indirizzo prevalente della giurisprudenza di legittimità (Cons. Stato, n. 10221 del 2023), secondo cui, nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, la responsabilità precontrattuale postula che l'Amministrazione abbia violato il dovere di buona fede e che l'affidamento incolpevole dell'aggiudicatario sia stato leso da una condotta contraria ai doveri di correttezza e lealtà.

In particolare, è stata richiamata la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 5 del 4 maggio 2018, secondo cui ai fini della responsabilità precontrattuale, il privato è tenuto a provare:

- (i) sia il “danno evento”, ossia la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale,
- (ii) sia il “danno conseguenza”, ossia le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate,
- (iii) sia i relativi “rapporti di causalità” rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'Amministrazione.

La giurisprudenza ha, infatti, in più occasioni affermato che, anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, *“l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme*

generalì dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (Cons. Stato, Ad. plen., n. 5/2018, cit.; Cons. Stato, VI, 6 febbraio 2013, n. 633; IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., SS.UU. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., I, 12 maggio 2015, n. 9636; 3 luglio 2014, n. 15250)".

2.3. Sull'insussistenza dei presupposti della responsabilità precontrattuale.

All'esito di tale ricostruzione normativa e giurisprudenziale il Consiglio di Stato ha ritenuto innanzitutto dirimente procedere alla *"ricostruzione del comportamento negoziale delle parti nel corso della vicenda"*.

Ebbene, dalla (ampia e dettagliata) ricostruzione in fatto della vicenda controversa, il giudice di secondo grado è giunto ad escludere la responsabilità dell'Amministrazione, evidenziando invece che è stato l'appellante che - a differenza degli altri operatori economici aggiudicatari - aveva deciso di non firmare il contratto inviato in bozza e, anzi, aveva contestato il contenuto della bozza di contratto ricevuta, arrivando a chiedere all'Amministrazione delle specifiche modifiche.

In particolare, è stato dato particolare rilievo alla circostanza che la nota con cui la stazione appaltante aveva trasmesso il contratto si concludeva segnalando che *"la mancata o intempestiva trasmissione della documentazione suddetta, ovvero l'esito negativo degli accertamenti non consentirà di formalizzare la stipulazione del contratto"* e con successiva nota la stazione appaltante aveva comunicato di avere *'provveduto ad inviare all'O.E. la nota di integrazione della documentazione finalizzata alla stipula del contratto di fornitura'*.

In conclusione, dunque, è stata l'aggiudicataria ad aver omesso di compiere l'attività necessaria per giungere alla stipula del contratto.

Sotto ulteriore profilo, il Consiglio di Stato ha analizzato anche il comportamento e i provvedimenti della stazione appaltante, giungendo a concludere che nei suoi confronti *"non può rilevare alcun ritardo colpevole, né una inerzia sanzionabile"* e che dunque la mancata stipula del contratto non deriva dalla responsabilità dell'Amministrazione.

2.4. Sulla mancata dimostrazione dei presupposti della responsabilità precontrattuale.

In particolare, secondo la sentenza in commento nel caso di specie la ricorrente di primo grado e appellante si è limitata a "supporre" una responsabilità da parte dell'Amministrazione, ma non ha dimostrato nessuno dei presupposti per la responsabilità precontrattuale.

La sentenza rileva infatti che le domande di primo grado *"hanno un contenuto meramente esplorativo ed è rimasta priva di riscontro, atteso che l'onere probatorio, in tema di*

responsabilità precontrattuale, non è a carico dell'Amministrazione, ma di chi sostiene di avere subito un danno".

In conclusione, il Consiglio di Stato a fronte dell'insussistenza dell'elemento psicologico (dolo o colpa), dell'insussistenza dell'antigiuridicità della condotta e della

(i) mancanza di prova da parte della ricorrente (e appellante) *"del danno evento, ossia della lesione della libertà di autodeterminazione negoziale"*,

(ii) mancanza di prova da parte della ricorrente (e appellante) del *"danno conseguenza, ossia delle perdite economiche subite a causa di scelte negoziali 'illecitamente condizionate'"*,

(iii) insussistenza di *"rapporti di causalità"* rispetto alla condotta scorretta che viene da essa imputata all'Amministrazione,

ha dunque ritenuto corretta la sentenza di primo grado nella parte in cui ha escluso profili di responsabilità precontrattuale da parte dell'Amministrazione.

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 01/07/2025

N. 05693/2025REG.PROV.COLL.

N. 02127/2022 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2127 del 2022, proposto da Surgical s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Caboni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Tuveri n. 84;

contro

ATS Sardegna Ares, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Luisa Brundu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

B.Braun Milano s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 658/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ATS Sardegna Ares;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 2 aprile 2025 il Consigliere Annamaria Fasano e uditi, in collegamento da remoto, per le parti gli avvocati Caboni e Brundu;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con deliberazione n. 853 del 14 luglio 2015 la ex ASL n. 2 di Olbia, in qualità di Azienda Sanitaria capofila, bandiva una gara ad evidenza pubblica per l'affidamento triennale (prorogabile) della fornitura in più lotti di ausili per stomia destinati ai presidi territoriali in unione d'acquisto tra tutte le Aziende Sanitarie Locali della Sardegna.

La società Surgical s.r.l. partecipava alla gara risultando aggiudicataria – con deliberazione della capofila ASL di Olbia n. 1279 del 17 novembre 2015 – dei Lotti n. 8, 9 e 27.

Nel periodo successivo alla suddetta deliberazione non venivano tuttavia adottate le determinazioni a contrarre in favore dell'aggiudicataria, venendo sempre rimandata la stipula dei singoli contratti con le diverse Aree (ex ASL), ad eccezione di quelle di Olbia e Sanluri (rimasti però sostanzialmente ineseguiti).

Con Deliberazione del Commissario Straordinario n. 113 del 18 febbraio 2016 la ex ASL di Cagliari provvedeva a recepire: *"(...) per la parte di competenza dell'ASL n. 8, la Deliberazione n. 1279 del 17/11/ 2015 per l'aggiudicazione della fornitura di quanto in oggetto, per il periodo di tre anni, con opzione di rinnovo per ulteriori 12 mesi, agli operatori economici di seguito indicati, come specificato nell'Allegato A che costituisce parte integrante e sostanziale"*.

Al pari della ex ASL n. 8, anche le altre Aziende Sanitarie Locali provvedevano ad adottare un analogo provvedimento relativo alle proprie necessità ed esigenze.

Nell'ambito della ASL di Cagliari, in ragione della complessità organizzativa del nuovo sistema di erogazione degli ausili per stomia e anche in considerazione del fatto che gli importi di aggiudicazione erano basati su dati presunti, calcolati a monte dalla capofila ex ASL di Olbia, si rendeva necessario programmare l'attività relativa alla valorizzazione concreta dei singoli accordi-quadro, alla luce del numero effettivo degli assistiti in trattamento e della precisa quantificazione delle consegne a domicilio.

Al fine di uniformare in tutto il territorio regionale le procedure inerenti alla fase esecutiva della fornitura, venivano elaborate delle Linee Guida, approvate con Deliberazione del Commissario Straordinario n. 1053 del 9 agosto 2016.

Le succitate linee guida prevedevano una puntuale regolamentazione della fase prescrittiva, sia della fase iniziale sia di quella successiva al rinnovo. Ciò in conformità con quanto previsto all'art. 3, punto b) del Capitolato Speciale d'Appalto – Dettaglio delle modalità di utilizzo dell'accordo quadro – che testualmente recitava: *"Sulla base delle effettive necessità dell'utilizzatore, l'ordine (e la consegna del prodotto in prova) verrà emesso sempre a favore del primo aggiudicatario, salvo che durante la degenza della stomia sia stata già provata (utilizzando l'accordo quadro per le forniture ospedaliere) e sia risultata inidonea o il caso in cui il proscrittore giustifichi immediatamente diversa scelta; qualora, in seguito a riscontro negativo dell'utilizzatore, si ravvisi la necessità di altro prodotto – più adatto alle esigenze personali del paziente – l'ordine successivo della consegna in prova verrà emesso a favore del secondo aggiudicatario (salvo indicazione specifica diversa) e così scorrendo la graduatoria, fino a che non si possa confermare la compatibilità fisica e biologica tra il dispositivo e il paziente"*.

Il Capitolato precisava altresì che: *"La consegna in prova del prodotto non è onerosa per l'Azienda: saranno fatturabili esclusivamente i prodotti per i quali sia stata confermata la compatibilità fisica e biologica tra il dispositivo e il paziente, e di ciò dovrà tener conto il concorrente nel formulare la propria offerta"*.

La *lex specialis* evidenziava, dunque, quale particolarità della gara, la primaria tutela del benessere clinico del paziente necessitante di stomia, nel rispetto della normativa vigente in materia di appalti.

In proposito, nel Punto 1 - Prescrizione - delle Linee Guida su citate, al punto a) si chiariva che: *“All’atto della dimissione ospedaliera la persona sarà presa in carico dagli ambulatori per le stomie di riferimento, affinché la stomia sia gestita in totale autonomia per tutto il periodo di prova durante il quale la persona sarà accompagnata nella individuazione degli ausili più compatibili alla sua condizione clinica. Tale individuazione dovrà avvenire nel rispetto della graduatoria di aggiudicazione della gara stomie per i presidi territoriali. Ciò significa che, nell’effettuare le prove, si dovrà dare priorità agli ausili della Ditta prima aggiudicataria e, solo successivamente in caso di incompatibilità, si passerà alla Ditta seconda aggiudicataria e eventualmente alle Ditte successive”*.

Il contenuto e i protocolli contenuti nelle Linee Guida non costituivano oggetto di contestazione da parte degli operatori partecipanti alla gara.

Nell’attesa di ricevere la proposta di stipula del contratto dalle singole Aree, la Surgical s.r.l. esprimeva di essere venuta a conoscenza del fatto che la stazione appaltante stava procedendo con ordini di fornitura rivolti ad operatori diversi dall’aggiudicataria.

Pertanto, con istanza di accesso dell’8 aprile 2018, integrata il successivo 31 maggio, la società richiedeva di poter visionare gli atti per poter accertare la legittimità del comportamento tenuto dall’ATS Sardegna e verificare se avesse effettivamente proceduto ad ordini da altri operatori e secondo quali criteri.

La Responsabile della S.C. Acquisti di beni dell’ATS riscontrava l’istanza di accesso.

Con nota del 29 giugno 2018, la predetta responsabile della S.C. Acquisti di beni dell’ATS comunicava al legale della ricorrente di aver *“provveduto ad inviare all’O.E. Surgical la nota di integrazione della documentazione finalizzata alla stipula del contratto di fornitura, che ad ogni buon conto si allega in copia”* (il riferimento era alla nota n. 214330 del 27 giugno 2018).

Tale nota recava l’indicazione che *“La mancata o intempestiva trasmissione della documentazione suddetta, ovvero l’esito negativo degli accertamenti non consentirà di formalizzare la stipulazione del contratto”*.

Con successiva istanza del 17 settembre 2018, la Surgical s.r.l. diffidava l’ATS a concludere il procedimento di affidamento dell’appalto con l’adozione della determina a contrarre e la stipula dei singoli contratti di fornitura con le diverse Aree territoriali (ed *in primis* con quella di Cagliari), in ragione dell’avvenuta aggiudicazione in suo favore, o comunque con l’adozione di un provvedimento espresso comunque conclusivo del procedimento.

In data 26 settembre 2018, l’ATS inviava alla ricorrente la bozza del contratto per la fornitura di ausili per stomie.

Anziché sottoscrivere il contratto, con nota mail del 26 ottobre 2018, la società Surgical s.r.l. contestava la bozza inviata e richiedeva specifiche modifiche della stessa (tutti gli altri operatori economici invece approvavano lo schema contrattuale proposto dall'Azienda).

A fronte del silenzio serbato dall'Amministrazione, la Surgical s.r.l. proponeva ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna.

2. Con sentenza n. 426 del 2020, il Tribunale adito, sul presupposto che l'appalto fosse sostanzialmente concluso, respingeva la domanda di accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dall'ATS Sardegna in ordine alla richiesta di stipulazione dei contratti riguardanti la procedura per l'affidamento triennale della fornitura in relazione ai lotti per i quali l'interessata era risultata aggiudicataria, rinviando la causa a nuovo ruolo per la trattazione in udienza pubblica del ricorso nella parte in cui la ricorrente aveva chiesto il risarcimento dei danni subiti per la mancata esecuzione della fornitura in questione.

Nelle more, l'ATS Sardegna prorogava i contratti di fornitura fino al 31 dicembre 2021 in vista della conclusione della nuova gara. La Surgical s.r.l. riteneva tuttavia di non dover aderire alla proroga, insistendo per il risarcimento dei danni subiti quantificati in € 280.728,00.

3. Con sentenza n. 658 del 2021, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 134 del 2020 spiegato dalla Surgical s.r.l., lo respingeva.

Il Giudice di prime cure preliminarmente precisava, sotto il profilo giurisdizionale, che la materia delle procedure di affidamento di contratti pubblici, fino alla stipula del contratto, rientrava nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con la conseguenza che anche le questioni relative alla responsabilità precontrattuale dovevano ritenersi attratte nell'ambito della giurisdizione amministrativa. Il Collegio rammentava come, nella giurisprudenza amministrativa, a partire dagli anni '60, fosse stata gradualmente riconosciuta la responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione in presenza di un'aggiudicazione valida non seguita dalla stipula del contratto. Si era quindi progressivamente affermato l'orientamento che ammetteva il configurarsi della responsabilità precontrattuale in capo alla Pubblica Amministrazione ogniqualvolta la stessa – mediante un comportamento inerte o dilatorio – avesse omesso, causando un danno, di stipulare il contratto con il soggetto individuato come aggiudicatario all'esito della procedura di evidenza pubblica, dopo aver ingenerato in quest'ultimo un legittimo affidamento in ordine alla futura conclusione dell'accordo negoziale. Si precisava inoltre come, ai fini dell'accertamento della responsabilità della Pubblica Amministrazione, dovesse essere verificata l'effettiva sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generatrice del diritto al risarcimento del danno.

Si richiamava, sul punto, l'arresto del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria n. 5 del 4 maggio 2018) nell'ambito del quale si era statuito che, ai fini dell'affermazione della responsabilità dell'Amministrazione, oltre alla buona fede soggettiva dell'aggiudicatario, occorresse:

a) che l'affidamento incolpevole fosse stato leso da una condotta che, valutata nel suo

complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risultasse oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà;

b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza fosse anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo;

c) che il privato provasse sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta imputata all'Amministrazione.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il Giudice di prime cure concludeva respingendo il ricorso, non avendo evidenziato l'esame procedimentale della vicenda la sussistenza dei predetti presupposti risarcitori. A tale riguardo, ribadiva come, con nota n. 214330 del 27 giugno 2018, l'ATS avesse chiesto alla ricorrente di procedere all'integrazione della documentazione necessaria alla stipula del contratto di fornitura, chiedendone la produzione *"entro e non oltre 10 giorni dal ricevimento della presente"*. Con l'indicazione che *"la mancata o intempestiva trasmissione della documentazione suddetta, ovvero l'esito negativo degli accertamenti non consentirà di formalizzare la stipulazione del contratto"*.

Con nota del 29 giugno 2018, la responsabile della S.C. Acquisti di beni dell'ATS aveva poi comunicato al legale della ricorrente di aver *"provveduto ad inviare all'O.E. Surgical la nota di integrazione della documentazione finalizzata alla stipula del contratto di fornitura, che ad ogni buon conto si allega in copia"*. Il successivo 26 settembre 2018 veniva trasmessa via PEC alla ricorrente la bozza del contratto di fornitura.

Si evidenziava, in proposito, come la Surgical s.r.l., a differenza degli altri operatori economici, non aveva firmato il contratto né aveva in alcun modo contestato il contenuto dello stesso, chiedendone specifiche modifiche. Pertanto, la mancata sottoscrizione del contratto posta all'origine delle pretese risarcitorie della ricorrente non poteva essere addebitata all'ATS. Il Collegio di prima istanza osservava, inoltre, come, dalle difese dell'Amministrazione, fosse emerso che la fornitura oggetto della gara aveva avuto esecuzione fin dal 26 febbraio 2016, con scadenza naturale del contratto (3 anni) in data 26 marzo 2019.

In particolare, come specificato nella nota ATS n. 47403 del 7 febbraio 2018, indirizzata alla società Surgical s.r.l. in relazione al contenuto della delibera n. 1304 del 2017, *"per i lotti nn. 8 e 9, per i quali Codesto Operatore Economico risultava essere il primo aggiudicatario, non è stato possibile, al momento dell'adozione del provvedimento, procedere alla loro valorizzazione, in quanto essa si è basata sull'ordinato – consumato nel periodo compreso tra febbraio 2016 e settembre 2017. Tale dato, al momento dell'adozione dell'atto deliberativo, era pari a 0%"*. Più precisamente, risultava che – in relazione ai lotti 8 e 9 per i quali la Surgical s.r.l. si era classificata prima aggiudicataria – non fosse pervenuto alcun ordine.

Secondo il Collegio di primo grado, il contratto aveva dunque avuto esecuzione secondo le modalità descritte in narrativa che consentivano, secondo le prescrizioni della *lex specialis*, la fornitura delle stomie anche per mezzo degli altri operatori, ove i relativi prodotti fossero stati

ritenuti dallo specialista maggiormente indicati per il paziente. In attesa di una valorizzazione definitiva degli ordinativi, legata all'andamento delle prescrizioni specialistiche, l'ATS, come anche per il lotto 27, aveva consentito l'emissione di (eventuali) ordini a seguito di prescrizione specialistica, secondo quanto specificato in narrativa circa la peculiare natura del contratto per cui era causa. Orbene, il Giudice di prime cure, escluso ogni silenzio procedimentale, concludeva come nessun rilievo potesse legittimamente attribuirsi alla contestazione circa la mancata esecuzione anticipata del contratto (al fine di procrastinarne la durata), quale causa giustificativa del rifiuto alla sua sottoscrizione.

Inoltre, infondata era l'argomentazione sostenuta dalla ricorrente, in quanto la necessità di specificare in contratto che doveva essere data la *"priorità ai prodotti della società Surgical per tutti i lotti in cui la medesima ha ottenuto il primo posto in graduatoria"* discendeva, oltre che dai principi generali in materia di appalti pubblici, già dalla *lex specialis* di gara, salvi tuttavia i ricordati temperamenti delle prescrizioni specialistiche, previa valutazione di compatibilità, nella stessa contenute.

Peraltro proprio la particolare modalità di esecuzione delle prestazioni rendeva comunque difficilmente quantificabile il numero delle stesse.

In conclusione, il Giudice di primo grado rilevava come non fosse ravvisabile, nel comportamento di ATS, né in fase di anticipata esecuzione del contratto, né con riguardo alla mancata sottoscrizione del contratto, una condotta che, valutata nel suo complesso, risultasse oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà e soggettivamente imputabile in termini di colpa o dolo, mancando dunque uno dei presupposti necessari per ogni ulteriore approfondimento sulla fondatezza della domanda di risarcimento del danno proposta.

4. La società Surgical s.r.l., con ricorso in appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, ha domandato la riforma della sentenza impugnata sulla base di tre denunce: *"A. Sulla mancata stipula del contratto con Area Cagliari e sulla mancata esecuzione anticipata; B. Sulla omessa valutazione delle ragioni per cui le singole Aree territoriali, ad esclusione di quella di Cagliari, non hanno adottato la determina a contrarre, né garantito la esecuzione anticipata all'aggiudicataria; C. Sull'omesso esame della domanda di risarcimento dei danni, per l'errore circa l'asserita insussistenza di un elemento costitutivo"*.

5. L'ATS Sardegna Ares si è costituita in resistenza, concludendo per il rigetto del gravame.

6. Le parti, con rispettive memorie, hanno precisato le proprie difese. In particolare, l'appellante ha contestato la tardività della memoria del 6.3.2025 e delle produzioni documentali in pari data depositate dalla ATS Sardegna – Ares. Quanto alla produzione documentale dell'Amministrazione, la società ne ha eccepito l'inammissibilità, trattandosi di documenti non prodotti nel giudizio di primo grado.

7. All'udienza straordinaria del 2 aprile 2025, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

8. Il Collegio rileva che può prescindere dall'esame delle eccezioni sollevate dall'appellante con riferimento alla tardività della memoria e alla inammissibilità delle produzioni documentali dell'ATS Sardegna Ares (in seguito anche solo ATS, o ATS Sardegna), in ragione dell'infondatezza nel merito del ricorso in appello, non dipendente dall'esame della predetta memoria e della documentazione versata in atti dall'Amministrazione appellata.

9. Passando alla valutazione delle critiche introdotte con il gravame, la società Surgical s.r.l., con il primo mezzo, censura la sentenza impugnata con riferimento alla questione della mancata stipula del contratto con Area Cagliari e alla mancata esecuzione anticipata.

10. Con il secondo motivo, l'appellante denuncia omessa valutazione delle ragioni per cui le singole Aree territoriali, ad esclusione di quella di Cagliari, non hanno adottato la determina a contrarre, né garantito la esecuzione anticipata all'aggiudicataria.

11. Con la terza critica, la società lamenta l'omesso esame della domanda di risarcimento dei danni, per l'errore circa l'asserita insussistenza di un elemento costitutivo.

12. Le censure, come sopra sintetizzate, vanno esaminate congiuntamente per ragioni di connessione logica.

13. Con il primo motivo, l'appellante, preliminarmente, osserva come, nella parte espositiva in diritto, il Giudice di prime cure abbia compiuto un inquadramento giuridico della fattispecie del tutto corretto e condivisibile. Ribadisce pertanto che, ai fini dell'accertamento della responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione nei riguardi di un aggiudicatario, con il quale, tenendo un comportamento inerte o dilatorio, ha omesso di stipulare il contratto previsto dagli atti di gara, deve essere verificata la sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie generatrice del diritto al risarcimento del danno. Tali elementi costitutivi sono stati cristallizzati nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 04 maggio 2018.

Ad avviso della società, il Giudice di prima istanza, nonostante questa corretta premessa, avrebbe poi errato nel dare attuazione ai suddetti principi nel caso concreto, effettuando un esame parziale della fattispecie, essendosi soffermato unicamente sulle ragioni sottese alla mancata stipula del contratto con l'Area di Cagliari, senza affrontare il tema, altrettanto importante, della mancata stipula dei contratti con le altre Aree territoriali e della loro mancata esecuzione anticipata.

In particolare, con riferimento alla mancata stipula del contratto con l'Area di Cagliari, la soluzione interpretativa del Collegio di primo grado non sarebbe corretta, in quanto il comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione risulta adottato in spregio ai più elementari doveri di correttezza e lealtà, e sarebbe imputabile quantomeno a colpa, sia con riguardo alla mancata stipula del contratto o, a tutto voler concedere, comunque alla "ritardata" proposta, sia con riguardo alla dimostrata mancata esecuzione in favore dell'aggiudicataria (con i zero ordini), anche dopo le segnalazioni dalla stessa effettuate, omettendo il doveroso controllo sulla fase esecutiva dell'appalto.

Tale comportamento avrebbe generato perciò dei danni rilevanti, meritevoli di risarcimento.

13.1. La critica non può essere condivisa.

La tesi difensiva sostenuta pervicacemente dall'appellante si scontra con le emergenze processuali, che il Giudice di prima istanza ha correttamente letto e interpretato.

La ricostruzione del comportamento negoziale delle parti nel corso della vicenda in esame esclude qualsiasi responsabilità dell'Amministrazione, dovendosi tenere conto del fatto che: a) la Surgical s.r.l., diversamente dagli altri operatori economici, non ha firmato il contratto, che le era stato inviato in bozza trasmessa via PEC in data 26 settembre 2018; b) anzi, in data 26 ottobre 2018, la Surgical s.r.l. ha contestato il contenuto della suddetta bozza, chiedendo all'Amministrazione specifiche modifiche.

L'appellante osserva che non assumerebbe rilievo che la Surgical s.r.l. non abbia firmato la bozza di contratto 'diversamente dagli altri operatori economici', i quali erano fino a quel momento pienamente soddisfatti dallo svolgimento della fase di esecuzione anticipata, con gli ordini in loro favore, ma omette di considerare che, in concreto, la parte negoziale che non ha sottoscritto il contratto, o è rimasta ingiustificatamente inerte rispetto ai propri obblighi negoziali, non risulta essere l'Amministrazione appellata.

Invero, la Surgical s.r.l. è stata l'unico operatore economico a rifiutare la stipulazione del contratto, ma soprattutto ha omesso di compiere l'attività necessaria per addivenire alla predetta stipula.

Va rammentato, infatti, che con, nota n. 214330 del 27 giugno 2018, l'ATS Sardegna aveva chiesto alla ricorrente di procedere alla integrazione della documentazione necessaria alla stipula del contratto di fornitura chiedendone la produzione entro e non oltre 10 giorni dal ricevimento della richiesta. La suddetta nota, come si è precisato nella parte in fatto, recava l'indicazione: *"la mancata o intempestiva trasmissione della documentazione suddetta, ovvero l'esito negativo degli accertamenti non consentirà di formalizzare la stipulazione del contratto"*.

Inoltre, con nota del 29 giugno 2018, la responsabile della S.C. Acquisti di beni dell'ATS aveva comunicato al legale della ricorrente di avere *'provveduto ad inviare all'O.E. Surgical la nota di integrazione della documentazione finalizzata alla stipula del contratto di fornitura'*.

Le argomentazioni difensive sostenute dall'appellante a giustificazione di tali omissioni non consentono di confutare la valutazione negativa del relativo comportamento negoziale, atteso che la condotta della Surgical s.r.l., complessivamente valutata, non è stata conforme ai doveri di buona fede e correttezza, avendo concorso a procrastinare la stipula del contratto di fornitura.

13.2. Per i rilievi espressi, va respinta anche la denuncia spiegata con il secondo mezzo, con il quale si deduce una omessa valutazione da parte del Collegio di prime cure delle ragioni per cui le singole Aree territoriali, ad esclusione di quella di Cagliari, non hanno adottato la

determina a contrarre, né garantito la esecuzione anticipata all'aggiudicataria, atteso che nulla sarebbe stato motivato circa: la contestata "mancata proposta di contratto", la mancata "effettiva" esecuzione anticipata, e il mancato controllo ed intervento per la segnalata omessa esecuzione da parte della aggiudicataria.

Il T.A.R., al punto 3.1. della decisione, ha testualmente precisato: *'Come espressamente dedotto in ricorso, che l'interesse maggiore dell'aggiudicataria era quello di stipulare il contratto di fornitura con la Area territoriale (ex ASL) di Cagliari, in ragione del volume di forniture'*.

Ne consegue che il Collegio ha individuato il *'thema decidendum'* dando rilievo al fatto che la stessa ricorrente ha prospettato uno specifico interesse alla decisione su una questione particolare: la stipula del contratto di fornitura con l'Area territoriale di Cagliari. Nondimeno, il giudicante ha spiegato che *'Per quanto espone la difesa dell'Amministrazione, al pari della ex ASL 8, anche le altre Aziende Sanitarie Locali provvedevano ad adottare un analogo provvedimento relativo alle proprie necessità ed esigenze. 5. Nell'ambito dell'ASL di Cagliari, in ragione della complessità organizzativa del nuovo sistema di erogazione degli ausili per stomia e anche in considerazione del fatto che gli importi di aggiudicazione erano basati su dati presunti calcolati a monte dalla capofila ex ASL di Olbia, peraltro, si rendeva necessario programmare l'attività relativa alla valorizzazione concreta dei singoli accordi quadro alla luce del numero effettivo degli assistiti in trattamento e della precisa quantificazione delle consegne a domicilio'*.

La gara oggetto di causa è stato il primo appalto centralizzato regionale per le forniture territoriali. Nel 2016, le Aziende erano autonome e la gara venne bandita in Unione d'Acquisto, conferendo mandato alla capofila ASL di Olbia, e una volta individuati i fornitori dei vari Lotti, con ognuno di essi si sarebbero dovuti stipulare i contratti conformi alle regole di capitolato.

L'appellante deduce che, per quanto attiene alle disposizioni relative alla stipulazione dei contratti di fornitura a seguito dell'avvenuta aggiudicazione, avrebbero dovuto applicarsi, oltre agli artt. 11, commi 9 e 10, del suddetto D.lgs. n. 163/2006 (vigente *ratione temporis*), l'art. 4 del Capitolato generale d'appalto e l'art. 1 del Capitolato speciale.

In particolare, ai sensi degli artt. 11, comma 9, del D.lgs. citato e 4, comma 1, del CG, era previsto un termine "ordinario" di 60 giorni per la stipula del contratto e che *"l'esecuzione delle prestazioni ha luogo successivamente alla stipulazione del contratto"*.

Era altresì consentito che, per il solo caso d'urgenza (o altre ragioni motivate in base al perimetro in cui ciò è stabilito dalla legge), fosse sottoscritto un "verbale di esecuzione anticipata", a seguito del quale sarebbero iniziate le prestazioni (ossia gli ordini/le forniture/i pagamenti), per poi provvedere alla stipula dei diversi ed autonomi contratti fornitura con le singole Aree.

Ancora, all'art. 1 del Capitolato speciale, proprio per la fornitura di ausili di stomia per i presidi territoriali, si prevedeva espressamente la stipula di contratti di fornitura di tali ausili con le

“singole ASL” con l’aggiudicataria della gara (per il relativo Lotto).

Orbene, il Collegio rileva che tutte le Aziende hanno provveduto a disporre, come risulta dai fatti di causa, non essendoci in precedenza contratti di durata attivi per le strutture territoriali, consegne delle forniture in via di urgenza, essendo consentito dalla legge di gara.

Pertanto, la tesi sostenuta dall’appellante secondo cui, per responsabilità dell’Amministrazione, non sarebbero stati stipulati contratti con le singole Aree territoriali, è infondata.

Va, altresì, precisato che le consegne in via di urgenza sono state disposte perché proprio la società ricorrente, nella nota del dicembre 2017 (PG/2018/576), aveva dichiarato espressamente che, sulla base dell’aggiudicazione, stava effettuando forniture in tutta la regione. Tanto emerge anche dal verbale di consegna anticipata con l’ASL di Olbia prot. PG/2016/5296 del 10 febbraio 2016, sicché da quel momento hanno iniziato a decorrere i periodi di durata dei contratti.

Il contratto, come precisato dal T.A.R., ha avuto esecuzione secondo le modalità descritte dalla *lex specialis* che consentivano la fornitura delle stomie anche per mezzo degli altri operatori, ove i relativi prodotti fossero stati ritenuti dallo specialista maggiormente indicati per il paziente. In attesa di una valorizzazione definitiva degli ordinativi, legata all’andamento delle prescrizioni specialistiche, l’ATS, come anche per il Lotto 27, aveva consentito l’emissione di (eventuali) ordini a seguito di prescrizione specialistica, secondo quanto specificato in narrativa circa la peculiare natura del contratto per cui era causa.

Il Giudice di prime cure, escluso ogni silenzio procedimentale, ha correttamente concluso come nessun rilievo potesse legittimamente attribuirsi alla contestazione circa la mancata esecuzione anticipata del contratto (al fine di procrastinarne la durata), quale causa giustificativa del rifiuto alla sua sottoscrizione.

Sotto un altro profilo, va rilevato che nessuna responsabilità può essere addebitata all’Amministrazione, tenuto conto che, sebbene l’aggiudicazione è avvenuta nel 2016, solo dal 1° gennaio 2017, l’ATS Sardegna ha incorporato le varie ASL subentrando, ex art. 2054 bis c.c., nella titolarità dei rapporti negoziali già in essere e, solo nel marzo 2018, ha provveduto a centralizzare gli acquisti mediante la creazione nell’Atto Aziendale di cinque strutture complesse, creando un unico dipartimento.

Nelle more, fino al mese di febbraio 2018, la Direzione Aziendale ha disposto che gli otto Provveditorati delle otto ASL incorporate continuassero a svolgere i propri compiti in relazione alla propria area, quindi solo successivamente, dopo il marzo 2018, i rapporti con la società Surgical s.r.l. sono stati gestiti da Cagliari in rappresentanza di tutto il territorio dell’ATS e non per la singola Area territoriale.

Inoltre, va rammentato che, a seguito della nascita di ATS Sardegna, le ASL incorporate avevano perso ogni autonomia in materia contrattuale, ne consegue che le doglianze circa l’inerzia contrattuale di tutte le altre Aree territoriali, nonostante i ripetuti solleciti della

ricorrente, sono prive di fondatezza.

L'appellante, a fondamento della propria tesi difensiva, fa anche riferimento al richiamo formale della Capofila, ma, a tale riguardo, si può ragionevolmente ritenere che, con la nota PG/2018/6185 del 5 gennaio 2018, il Coordinatore Area Approvvigionamenti Beni e Servizi ATS Sardegna non solo non ha tenuto conto delle forniture avvenute post aggiudicazione delle ASL, prima della nascita dell'ATS, ma è intervenuto sostanzialmente in risposta ai continui reclami inviati dalla società appellante.

Questo Collegio, stante i rilievi espressi, non può rilevare alcun ritardo colpevole, né una inerzia sanzionabile da parte delle singole Aree dell'ATS, con conseguente rigetto, anche con riferimento a tale profilo, delle doglianze illustrate dall'appellante.

Secondo l'indirizzo prevalente della giurisprudenza di legittimità (Cons. Stato, n. 10221 del 2023), nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, la responsabilità precontrattuale postula che l'Amministrazione abbia violato il dovere di buona fede e che l'affidamento incolpevole dell'aggiudicatario sia stato leso da una condotta contraria ai doveri di correttezza e lealtà.

Nella specie, a fronte del comportamento negoziale della società Surgical s.r.l. e della situazione di riordino delle Aree dell'ATS, nonché della peculiarità del contratto di appalto, non è dato ravvisare un comportamento scorretto da parte dell'Amministrazione appellata (Cons. Stato, n. 4912 del 2018; id. n. 790 del 2014).

13.3. Nello sviluppo illustrativo del secondo mezzo, l'appellante argomenta sulla mancata esecuzione "effettiva" anticipata della fornitura in favore dell'aggiudicataria. A tale riguardo, riferisce che gli importi di aggiudicazione fossero basati su dati "presunti", che poi sarebbero stati riprogrammati "alla luce del numero effettivo degli assistiti in trattamento e della precisa quantificazione delle consegne a domicilio".

In ragione di ciò, richiama le Linee Guida (con deliberazione 1053/2016 del Comm. Straord.), che regolamentavano la fase prescrittiva, in conformità a quanto previsto dall'art. 3 punto b) del Capitolato, di cui si è fatto riferimento nella parte in fatto. In base alle Linee Guida, in relazione alle effettive necessità dell'utilizzatore, l'ordine e la consegna in prova dovevano essere emessi, di regola, in favore del primo aggiudicatario, salvo che durante la degenza la stomia fosse già stata provata e fosse risultata inidonea. In tal caso (ravvisandosi la necessità di altro prodotto), l'ordine successivo in prova veniva emesso in favore del secondo aggiudicatario e così scorrendo la graduatoria.

Pertanto, l'intera procedura di gara si è ispirata alla necessità di garantire le esigenze cliniche del paziente necessitante di stomia.

Ciò premesso, Surgical s.r.l. si domanda come sia possibile che, dopo l'aggiudicazione, gli ordini relativi alle proprie stomie, benché prima aggiudicataria, siano stati pari a zero (come nell'Area di Cagliari), pur essendoci l'obbligo per i medici prescrittori dell'ATS (e delle singole Aree) di proporre l'utilizzo al primo aggiudicatario e, solo in caso di riconosciuta

incompatibilità, acquisito il parere scritto, si passava alla seconda aggiudicataria. La società argomenta che l'ATS non sarebbe stata in grado di giustificare e, soprattutto, provare che, per i pazienti stomizzati, i prodotti Surgical fossero "inidonei" in base ad un parere motivato del medico prescrittore, così come puntualmente previsto dalla disciplina di gara. In definitiva, l'appellante conclude che, dagli atti di causa, emergerebbe come, in favore dell'aggiudicataria, non vi è stata l'esecuzione anticipata della fornitura, né secondo le quantità attese né tantomeno in misura adeguata (pur volendo considerare taluni casi di incompatibilità), avendo fatturato il solo 2% dell'atteso degli ordini, previsti in sede di gara.

Il Collegio osserva che la denuncia ha un contenuto meramente esplorativo ed è rimasta priva di riscontro, atteso che l'onere probatorio, in tema di responsabilità precontrattuale, non è a carico dell'Amministrazione, ma di chi sostiene di avere subito un danno.

Come precisato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, n. 5 del 4 maggio 2018, ai fini della responsabilità precontrattuale, il privato è tenuto a provare sia il danno evento, ossia la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale, sia il danno conseguenza, ossia le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate, sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'Amministrazione.

Orbene, nessuno dei suddetti profili è stato esaminato ed allegato dalla società ricorrente, che si è limitata a supporre una responsabilità da parte dell'Amministrazione per la scarsità di ordini relativi alle proprie forniture.

Ne consegue il rigetto anche della eccepita omessa verifica e controllo dell'esecuzione da parte dell'Amministrazione, la quale si denuncia che sarebbe rimasta inerte pur a seguito delle segnalazioni dell'aggiudicataria, tenuto conto del fatto che la Surgical s.r.l., nel corso del presente giudizio, ha omesso di provare la lesione della propria libertà negoziale, ma soprattutto il relativo rapporto di causalità rispetto alla condotta che si assume scorretta dell'ATS Sardegna con riferimento a mancati ordinativi da parte dei medici proscrittori di stomie su ASSL di Cagliari.

Invero, non può essere rilevata alcuna scorrettezza da parte dell'Amministrazione, la quale si è premurata, per regolamentare la fase esecutiva del rapporto di fornitura, di raccomandare ai singoli medici prescrittori di stomie le specifiche modalità operative mediante Linee Guida, i quali, comunque, anche indipendentemente dalla 'idoneità' del presidio medico fornito da Surgical s.r.l., nell'interesse del paziente, avrebbero potuto prescrivere altra tipologia in quanto ritenuta più adatta alle specifiche necessità cliniche.

13.4. Ne consegue che condivisibilmente il Collegio di prima istanza, per il principio dell'assorbimento improprio, ha omesso di esaminare esplicitamente la domanda di risarcimento del danno illustrata dalla ricorrente, la quale ha quantificato il pregiudizio subito complessivamente nella misura di 78.354 euro (o 64.318 euro, se il danno da interesse positivo viene considerato al 5%).

Dallo sviluppo motivo della decisione impugnata si evince che sono stati correttamente esclusi profili di responsabilità precontrattuale da parte dell'Amministrazione, stante l'insussistenza

dell'elemento psicologico del dolo o della colpa, l'antigiuridicità della condotta, ma soprattutto la mancanza di prova da parte della società Surgical s.r.l. sia del danno evento, ossia della lesione della libertà di autodeterminazione negoziale, sia del danno conseguenza, ossia di perdite economiche subite a causa di scelte negoziali 'illecitamente condizionate', ma soprattutto della insussistenza di rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che ha imputato all'Amministrazione.

14. In definitiva, l'appello va respinto e la sentenza impugnata va confermata.

15. Per la complessità, anche fattuale, delle questioni trattate, le spese di lite del grado vanno interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del grado.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 2 aprile 2025, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, d.l. 9.6.2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla legge 6.8.2021, n. 113, con l'intervento dei magistrati:

Davide Ponte, Presidente FF

Sergio Zeuli, Consigliere

Carmelina Addesso, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

Massimo Santini, Consigliere