



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2124 del 2008, proposto da:
C.I.S.P.I. Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difeso dagli
avv. Salvatore Della Corte, Luca Ruggiero, con domicilio eletto presso Michela
Villa in Milano, via Fontana, 5;

contro

PROVINCIA DI MILANO, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa
dagli avv. Angela Bartolomeo, Elisabetta Baviera, Marialuisa Ferrari, Luciano Fiori,
Nadia Marina Gabigiani, Alessandra Zimmitti, domiciliata per legge in Milano, via
Vivaio, 1;

nei confronti di

FONDAZIONE IRCSS OSPEDALE MAGGIORE POLICLINICO
MANGIAGALLI e R.E., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dall'avv. Mario Viviani, presso il cui studio ha eletto domicilio in Milano,
piazza San Babila, 4/A;

per l'annullamento

della Determinazione dirigenziale n. 108/2008 del 17.6.2008 con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della Fondazione IRCCS Ospedale Maggiore Policlinico Mangiagalli e Regina Elena del servizio medico di sorveglianza sanitaria ai dipendenti provinciali per il triennio 2008/2011;
dei verbali delle sedute pubbliche della Commissione di gara nn. 1, 2, 3, 4 dell'8.4.2008, 23.4.2008, 6.5.2008 e 12.5.2008, nonché di quelli delle sedute riservate del 23.4.2008 e 29.4.2008;
di ogni altro atto e/o provvedimento connesso ivi compreso il contratto di appalto e gli atti di affidamento del servizio;
nonché per la declaratoria del diritto della C.I.S.P.I. all'aggiudicazione dell'appalto per l'affidamento del servizio;
e per la condanna dell'amministrazione provinciale al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Milano e di Fondazione Ircss Osp.Maggiore Policlinico Mangiagalli e R.E.;

Viste le memorie difensive;

Vista la sentenza non definitiva di questa Sezione nr. 4500/2009;

Vista la sentenza del Consiglio di Stato nr. 6528/2010;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2010 il dott. Hadrian Simonetti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Osserva il Collegio in premessa come la presente controversia sia stata già oggetto della sentenza non definitiva n. 4500/2009, confermata in appello dal Consiglio di Stato con sentenza n. 6528/2010, con la quale è stata annullata l'aggiudicazione a suo tempo disposta nei confronti della Fondazione IRCSS ed accertato il diritto della ricorrente Cispi srl all'aggiudicazione della procedura di gara, necessitando di un approfondimento istruttorio in ordine alla prova del danno richiesto dalla ricorrente relativamente alla mancata esecuzione dell'appalto nel periodo in cui era stato aggiudicato alla Fondazione.

Nella sentenza n. 4500/2009 questa sezione aveva richiamato l'orientamento giurisprudenziale di cui alla pronuncia del Consiglio di Stato n. 5098/2008, che esclude l'applicazione automatica del criterio forfetario del 10% calcolato sul prezzo a base d'asta, esigendo la prova rigorosa, a carico della parte, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto. Tale principio trova conferma nell'art. 124 del codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno (per equivalente) "subito e provato".

In tale prospettiva il Collegio aveva ordinato al ricorrente di depositare una documentata nota scritta.

Cispi ha dato seguito a tale incombente istruttorio facendo essenzialmente riferimento alle prestazioni medio tempore eseguite dalla controinteressata ed ai ricavi dalla stessa fatturati (pari ad euro 137.525,83), da cui ha detratto le diverse voci di costo ritenute necessarie per l'esecuzione del contratto (pari ad euro 95.525,83), per giungere ad un totale di euro 42.000,00. In questo modo, come sottolineato da parte resistente nelle memorie, ha elaborato il proprio utile non già sulla base di dati e documenti di sua provenienza ma, in buona parte, sulla base di elementi forniti dall'amministrazione e riferiti ad un distinto soggetto.

A questo si aggiunga come i costi siano stati elaborati ex post e siano specificamente contestati dalla Provincia.

Si deve quindi sottolineare come parte ricorrente abbia assolto al proprio onere probatorio in maniera piuttosto parziale ed incompleta, il che rileva anche ai sensi dell'art. 30 co. 3 del codice del processo amministrativo, dovendo il giudice valutare "tutte le circostanze del caso ed il comportamento complessivo delle parti".

Tale rilievo, sebbene non conduca ad un'integrale reiezione della domanda risarcitoria, avendo pur sempre parte ricorrente offerto elementi indiziari, impone quindi una sensibile e prudentiale riduzione del danno patrimoniale da lucro cessante che, tenuto conto del comportamento processuale delle parti e delle circostanze del caso (non ultimo il fatto che la Provincia di Milano abbia dato, infine, corretta esecuzione alla sentenza non definitiva, affidando il servizio di sorveglianza sanitaria a Cispi per la parte non ancora eseguita), appare equo liquidare nell'importo complessivo di euro 20.000,00 espressi in valori già attuali.

Nulla può essere liquidato invece a titolo di danno curriculare, non avendo parte ricorrente dimostrato, in concreto, che la tardiva aggiudicazione del servizio in oggetto l'abbia pregiudicata nella partecipazione ad altre gare.

In conclusione, quindi, il risarcimento deve essere limitato ad euro 20.000,00 liquidati già all'attualità. Su tale somma decorrono gli interessi legali a far data dalla sentenza e sino al soddisfo.

A motivo della peculiarità del caso di specie e del parziale accoglimento della domanda risarcitoria, si ravvisano giusti motivi per compensare per metà le spese di lite tra la ricorrente e l'amministrazione resistente, condannando per la restante parte la seconda al pagamento a beneficio della prima dell'importo di euro 3.000,00 (tremila/00) oltre ad IVA e CPA come per legge ed oltre alla rifusione del contributo unificato.

Tra la ricorrente e la controinteressata le spese possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, richiamata la sentenza non definitiva nr. 4500/2009 di accoglimento della domanda impugnatoria, accogliendo anche la domanda risarcitoria condanna la Provincia di Milano a pagare a CISPI srl la somma complessiva di euro 20.000,00 in valori attuali.

Compensate per metà le spese di lite, condanna la Provincia di Milano a rifondere a CISPI srl la restante parte, liquidata in un importo pari ad euro 3.000,00 (tremila/00) oltre ad IVA e CPA ed al rimborso del contributo unificato;

compensa integralmente le spese di lite tra CISPI srl e la Fondazione IRCSS Ospedale Maggiore Policlinico Mangiagalli e Regina Elena.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Elena Quadri, Presidente FF

Hadrian Simonetti, Referendario, Estensore

Laura Marzano, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/10/2010

IL SEGRETARIO