

**Sent. 598/2009****n. 21815****REPUBBLICA ITALIANA****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****LA CORTE DEI CONTI****SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA REGIONE LOMBARDIA**

composta dai Magistrati:

Antonio	VETRO	Presidente
Luisa	MOTOLESE	Consigliere
Adelisa	CORSETTI	Primo Referendario relatore

nella pubblica udienza del 25 giugno 2009 ha pronunciato

**SENTENZA**

nel giudizio di responsabilità iscritto al n. 21815 del registro di segreteria ad istanza della Procura regionale per la Lombardia contro:

- 1) Pietro **CALTAGIRONE**, nato a Santa Flavia (PA) il 13 maggio 1949, residente a Milano in via Renato Birolli n. 20, ex Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Vincenzo Avolio e Vittoria Luciano, con elezione di domicilio presso lo studio del primo in Milano, Via Gian Galeazzo, n. 16;
- 2) Diego **SCHIMMENTI**, nato a Palermo il 12 febbraio 1952, residente a Milano in via Domenico Scarlatti n. 8, ex Dirigente Responsabile della U.O. Approvvigionamenti, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Carlo Nocita e Guido Bardelli ed elettivamente domiciliato presso lo studio del secondo in Milano, Via Visconti di Modrone, 12;
- 3) Giuseppa **BELLAVIA**, nata a Palermo il 24 giugno 1955, residente in Milano, in via Trebbia n. 33, nella qualità di dirigente medico di I livello della direzione sanitaria, rappresentata e difesa dall'Avv.

- Paola Todisco, con elezione di domicilio presso il suo studio in Milano, alla Via Cesare Mangili, n. 3;
- 4) Silvio **KLUGMANN**, nato a Trieste il 15 ottobre 1948, residente a Segrate (MI), via F.lli Cervi, Res. Poggio app. 751, nella qualità di Responsabile della III Divisione Cardiologia, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Michele Toniatti e Andrea Perron-Cabus, con elezione di domicilio presso il loro studio in Milano, Piazza San Babila n, 4/A;
  - 5) Angelo **VANZULLI**, nato a Germignaga (VA) il 2 marzo 1958 residente a Segrate (MI), via F.lli Cervi, Res. Cedri, nella qualità di Responsabile del Servizio di Radiodiagnostica, rappresentato e difeso dall'Avv. Paola Todisco, con elezione di domicilio presso il suo studio in Milano, alla Via Cesare Mangili, n. 3;
  - 6) Giuseppe Gregorio **SCIALFA**, nato a Catania il 16 gennaio 1942, residente a Monza (MI) in via Tommaso Grossi n. 15, nella qualità di Responsabile del Servizio di Neuroradiologia, rappresentato e difeso dall'Avv. Ileana Alesso, con elezione di domicilio presso il suo studio in Milano, alla Via Lamarmora, n. 40;
  - 7) Bolgè Lucapiero **VALVASSORI**, nato a Milano il 2 aprile 1960, residente ad Albairate (MI) in via Cascina Razzolo, nella qualità di Dirigente medico di I livello del Servizio di Neuroradiologia interventistica, rappresentato e difeso dall'Avv. Ileana Alesso, con elezione di domicilio presso il suo studio in Milano, alla Via Lamarmora, n. 40;
  - 8) Antonio Gaetano **RAMPOLDI**, nato a Como il 24 gennaio 1954, residente a Cernusate (CO) in via Scalabrini n. 56, nella qualità di Dirigente medico di I livello del Servizio di Neuroradiologia interventistica, rappresentato e difeso dall'Avv. Fausto Maniàci, con elezione di domicilio presso il suo studio in Milano, Via Podgora, n. 12/B;
  - 9) Marco **CIBOLDI**, nato a Milano il 15 agosto 1959 e residente in Cernusco Sul Naviglio (MI) in via Don Milani n. 17, nella qualità di Responsabile dell'U.O. Ingegneria clinica, rappresentato e difeso dall'Avv. Giovanni Gobbi, con elezione di domicilio presso il suo studio in Milano, alla Via Cesare

Mangili, n. 3;

10) Salvatore **GIOIA**, nato a Siderno (RC) il 7 dicembre 1966 ed ivi residente in via Lungomare n. 12, domiciliato a Venegono Superiore (VA) in via F.lli Kennedy, Lotto 6/L, nella qualità di Funzionario competente della U.O. Approvvigionamenti, rappresentato e difeso dall'Avv. Rocco Mangia, con elezione di domicilio presso il suo studio in Milano, Corso Magenta, n. 45.

**VISTI**: il r.d. 13 agosto 1933, n. 1038, art. 26; il r.d. 12 luglio 1934, n. 1214; il d.l. 15 novembre 1993, n. 453, convertito nella l. 14 gennaio 1994, n. 19; la l. 14 gennaio 1994, n. 20; il d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito in l. 20 dicembre 1996, n. 639; il c.p.c., artt. 131 e 134.

**VISTO** l'atto introduttivo;

**LETTI** gli atti e i documenti di causa.

**UDITI**, nella pubblica udienza del 25 giugno 2009, il Primo Referendario relatore Adelisa Corsetti, gli Avv.ti Vincenzo Avolio, Guido Bardelli, Carlo Nocita, Fausto Maniàci, Ilaria Amici, su delega dell'Avv. Rocco Mangia, Michele Toniatti, Giovanni Gobbi e Ileana Alesso, ed il Pubblico Ministero in persona del Sostituto Procuratore generale Nicola Ruggiero.

### **SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

La Procura regionale ha convenuto in giudizio i soggetti in epigrafe, con atto di citazione depositato il 18 ottobre 2004, per sentirli condannare al pagamento, in favore dell'Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano, della somma di € 2.386.017,21, oltre a rivalutazione monetaria, interessi e spese di giudizio, a titolo di responsabilità parziaria (nella misura del 75% del totale per CALTAGIRONE e SCHIMMENTI e del restante 25% suddiviso tra gli altri convenuti) per il danno da essi cagionato in sede di aggiudicazione e di esecuzione del contratto di appalto integrato (*service*) per la gestione, l'esecuzione dei lavori e la fornitura di servizi relativi a due reparti dell'Azienda Ospedaliera, appalto aggiudicato alla Società N.G.C. Medical S.p.A. con deliberazione n. 1359 del 12 ottobre 1999. I dirigenti medici vengono chiamati in giudizio per aver partecipato al Gruppo di lavoro nominato con la

determina del Direttore generale 6 settembre 1999, n. 6, e per aver sottoscritto la relazione finale del 20 settembre 1999, per la valutazione della congruità dell'offerta tecnica della N.G.C.

Le diseconomie rilevate dalla Procura attrice sono state quantificate in base alla relazione eseguita dal Gruppo Servizi vari – S.A.R.A.D.E. della Guardia di Finanza di Milano (pervenuta il 5 febbraio 2004) e alla perizia del consulente tecnico arch. Maurizio BRACCHI nel procedimento penale n. 2244/00. Esse, ad avviso della Procura attrice, sono la diretta conseguenza di due gravi violazioni di legge nelle quali sono incorsi i convenuti:

1) l'art. 9, co. 3, del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (come modificato dall'art. 8 del d.Lgs. 20 ottobre 1998, n. 402), che autorizza il ricorso alla trattativa privata, in caso di pubblico incanto andato deserto, <<*purché le condizioni iniziali della fornitura non vengano sostanzialmente modificate*>>. Al riguardo, si precisa che: *a)* con deliberazione del Direttore generale 23 dicembre 1998, n. 1761, era stato indetto pubblico incanto per l'aggiudicazione della gestione completa dei servizi di Emodinamica, Radiologia interventistica e Neuroradiologia interventistica per la durata di cinque anni con prezzo a base d'asta di 50 mld. di vecchie lire; *b)* con deliberazione del Direttore generale 16 luglio 1999, n. 947, si indiceva una trattativa privata con invito a due delle società concorrenti al pubblico incanto, di cui solo la Società N.G.C. Medical S.p.A. presentava offerta ritenuta poi regolare; *c)* con deliberazione del Direttore generale 12 ottobre 1999, n. 1359, si aggiudicava il contratto alla N.G.C. Medical S.p.A. per i fabbisogni dei soli reparti Emodinamica e Radiologia interventistica per un valore complessivo (66.607.625.000 di vecchie lire) ben superiore al prezzo base di asta fissato per il *service* dei tre reparti e si escludeva la manutenzione delle apparecchiature di proprietà dell'Azienda. La condotta illecita, ad avviso della Procura, si materializza nella falsa attestazione della permanenza delle condizioni contrattuali di cui al Capitolato speciale di appalto, mentre si procedeva ad un'aggiudicazione <<parziale>>, rispetto al progetto originario, sotto il duplice profilo dell'esclusione del reparto di Neuroradiologia

interventistica e della manutenzione delle apparecchiature ospedaliere;

2) l'art. 6 della l. 24 dicembre 1993, n. 537 (come modificato dall'art. 44 della l. 23 dicembre 1994, n. 724), secondo cui *<<E' vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura dei beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi. I contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli. Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione>>*. Nella specie, la proroga è stata concessa con deliberazione del Direttore generale 7 ottobre 2002, n. 1195 (previo accordo negoziale del 30 settembre 2002), ossia due anni prima della naturale scadenza (13 ottobre 2004), stanziando l'ulteriore somma di € 13.347.187,38 con reiterata lesione del superiore principio della tutela della concorrenza e del mercato.

I predetti fatti sono stati indagati anche in sede penale. Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano, in data 27 dicembre 2004, ha chiesto il rinvio a giudizio di CALTAGIRONE e SCHIMMENTI unitamente all'amministratore delegato della N.G.C. Medical S.p.A CREMASCOLI ravvisando nella fattispecie i delitti di abuso d'ufficio e di false attestazioni in relazione alle predette violazioni delle norme in materia di contratti pubblici. A seguito di richiesta di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p., il Tribunale ordinario di Milano pronunciava, in data 19 luglio 2005, sentenza di condanna alla pena di mesi 12 di reclusione nei confronti di SCHIMMENTI, con concessione del beneficio della sospensione condizionale, ritenendo che gli elementi a carico non consentissero di procedere al proscioglimento ex art. 129 c.p.p.. Nei confronti degli altri imputati, lo stesso Tribunale, sez. X penale, emetteva sentenza di proscioglimento perché il fatto non costituisce reato (in relazione al delitto di abuso d'ufficio) e per non aver commesso il fatto (in relazione alle false attestazioni), con sentenza n. 5663/07 depositata il 26 luglio 2007 (udienza del 18 maggio 2007). Il procedimento penale è attualmente

pendente in appello.

Anteriormente all'emissione dell'atto di citazione in giudizio, la Procura regionale aveva chiesto la misura cautelare del sequestro conservativo nei confronti di tutti i convenuti, concessa dal Presidente della Sezione giurisdizionale con decreto del 23 giugno 2004. Con ordinanza n. 530/04 depositata il 30 agosto 2004, il provvedimento di sequestro è stato parzialmente confermato.

Tutti i convenuti sono costituiti in giudizio.

Alla precedente udienza del 4 maggio 2006, il Collegio, su sollecitazione delle difese, ha disposto una consulenza tecnica d'ufficio (ordinanza n. 182/06 depositata il 30 maggio 2006), invitando il collegio peritale – formato dal dirigente pro tempore dell'Ufficio contratti presso il Ministero della Salute, dal Presidente dell'Ordine dei dottori commercialisti di Roma o suo delegato e dal Dirigente pro tempore dell'Ufficio dell'Istituto superiore di Sanità avente competenza istituzionale sui dispositivi medici – a pronunciarsi sulla congruità del prezzo di aggiudicazione del contratto di *service* e, correlativamente, sulla valutazione comparativa del diverso importo al quale avrebbe dovuto essere aggiudicato il contratto in esame, ove non fossero stati scorporati il servizio di Neuroradiologia interventistica e le prestazioni di manutenzione. Tutti i membri del collegio peritale hanno rinunciato all'incarico conferito con note, rispettivamente, del 14 settembre 2006, 19 settembre 2006 e 3 ottobre 2006.

La difesa del CALTAGIRONE, con note d'udienza pervenute il 12 settembre 2006, ha chiesto di modificare il quesito di cui all'ordinanza istruttoria n. 182/06, affinché la congruità del prezzo di aggiudicazione fosse valutata tenendo conto anche dell'accordo negoziale intervenuto in data 30 settembre 2002 tra le parti contraenti.

Con ordinanza 17 luglio 2007, n. 253, è stato nominato il nuovo Collegio peritale, individuato in un'apposita commissione da istituire presso l'Assessorato alla Sanità della Regione Lombardia, provvedendo altresì alla riformulazione dei quesiti oggetto della consulenza, così sintetizzati: A): <<se risulti congruo il prezzo di aggiudicazione del contratto di *service* di cui al Capitolato in atti

(deliberazione n. 1359 del 12 ottobre 1999), tenuto conto di tutte le categorie di servizi, lavori e forniture inclusi nell'oggetto contrattuale>> B): <<se risulti congruo il prezzo al quale il contratto in esame è stato prorogato (deliberazione n. 1195 del 30 settembre 2002), tenuto conto anche dell'accordo intervenuto tra le parti in data in data 30 settembre 2002>>.

Il Collegio peritale ha reso il prescritto parere in data 20 novembre 2007, deponendo per la sostanziale congruità del prezzo di aggiudicazione dell'appalto, tenuto conto delle conoscenze disponibili negli anni 1998-1999 e di un contesto commerciale caratterizzato da pochissime esperienze di *service* in emodinamica, il che giustificherebbe l'assenza di un'adeguata istruttoria che potesse servire da solida base per l'analisi di congruità. Le rilevate criticità, ad avviso del Collegio, risultano recuperate in fase di rinegoziazione, intervenuta in data 30 settembre 2002, quando i prodotti sul mercato per le prestazioni di emodinamica e radiologia interventistica sono aumentati con conseguente diminuzione del prezzo di alcuni dispositivi medici.

All'udienza del 19 giugno 2008, il Collegio, con ordinanza 19 agosto 2008, n. 186/08, ha disposto incumbenti istruttori a carico della Procura attrice, invitando l'Organo requirente a precisare il *petitum* sostanziale e a rideterminare le poste di danno a seguito dei nuovi elementi emersi in corso di causa.

La Procura regionale, con atto depositato il 21 novembre 2008, ha chiesto la fissazione di nuova udienza, rilevando, *in primis*, le omissioni della relazione del C.T.U. del 20 novembre 2007 (in ordine alla valorizzazione percentuale del 5 % sui costi del monouso e all'esclusione dal contratto della quota di manutenzione e di aggiornamento tecnologico delle apparecchiature di proprietà dell'Azienda), nonché gli ulteriori elementi, già esposti dal P.M. nella requisitoria del 19 giugno 2008, che renderebbero inaffidabile la succitata perizia. Di seguito, l'Organo requirente ha precisato che il documento contestato con l'atto di introduzione del giudizio è comunque riconducibile al <<danno alla concorrenza>> da quantificare in via equitativa nella somma di € 715.805,16 (pari al 30 % di € 2.386.017,21, ossia delle diseconomie quantificate dalla Guardia di finanza e contestate con l'atto di citazione), importo da addebitare ai

convenuti secondo il criterio già fissato in citazione.

Il dott. CALTAGIRONE, con memoria depositata il 4 giugno 2009, ha respinto le perplessità della Procura in ordine alla relazione del C.T.U., i cui esiti sono confermativi di quanto attestato dal perito di parte dr. Di Cola, contestando, altresì, la tesi attorea della sostanziale inattendibilità delle valutazioni compiute dai componenti del Gruppo di lavoro (i quali si sarebbero limitati a sottoscrivere una relazione predisposta dal dr. SCHIMMENTI) e dei quali, invece, appare indiscussa la competenza tecnica anche in relazione alla conoscenza dei prezzi dei dispositivi medici utilizzati nei reparti interessati dal *service*. Ha poi considerato semplice illazione la tesi, già sostenuta dal Procuratore in udienza, della <<contiguità di area politica>> con il dr. Lucchina, presidente del collegio peritale, in quanto le cause di ricusazione debbono essere fatte valere entro i termini perentori stabiliti dalla legge. Con riferimento agli esiti dell'ultima ordinanza istruttoria, la difesa ha ritenuto inammissibile ricondurre le voci di danno contestate con l'atto di citazione al c.d. danno alla concorrenza, considerando irrilevante, per tale tipo di nocumento, la circostanza che la Procura avesse già evidenziato l'illegittimità dei provvedimenti assunti dall'Azienda in fase di aggiudicazione. Infatti, la fattispecie dannosa sarebbe stata individuata, in citazione, nella scelta della tipologia contrattuale (*il service* in luogo di contratti autonomi) e non nella violazione delle regole della concorrenza. Peraltro, la scarsa competitività del settore veniva suffragata dall'accordo - analogo a quello del 30 settembre 2002, recepito con deliberazione 7 ottobre 2002, n. 1195 e poi annullato con deliberazione 18 ottobre 2004, n. 820) - reiterato da parte di altro Direttore generale con deliberazione 30 maggio 2006, n. 429, dopo che altre due gare erano andate deserte, a seguito della rilevata situazione di oligopolio nel mercato. Nella delibera si legge <<...i prezzi dei materiali offerti da N.G.C. sono in linea con il mercato ed il prezzo complessivo del servizio è congruo con l'attività svolta>>. Ha aggiunto, la difesa, che è arbitraria la quantificazione del danno nella misura del 30% di quanto valutato dalla Guardia di finanza, in mancanza di dati comparativi e senza tener conto dei vantaggi conseguiti. Infine, ha escluso la colpa grave nel comportamento del proprio assistito poiché, in presenza di una vicenda così complessa,

non poteva richiedersi al medesimo una piena consapevolezza dei vizi dell'aggiudicazione parziale. Da ultimo, sulla questione del trasferimento immotivato del FERRALORO, ha osservato che il giudizio della Corte sul CALTAGIRONE, nel procedimento contabile scaturito dalla questione giuslavorista, era limitato alle sue responsabilità di datore di lavoro, escluso ogni collegamento con la vicenda di cui è causa.

L'Avv. Bardelli, difensore di SCHIMMENTI, con memoria depositata il 4 giugno 2009, ha lamentato la mancata considerazione, da parte della Procura, delle conclusioni raggiunte dal perito di parte prof. Arlotta, già allegate con memoria di costituzione del 14 marzo 2005 e integrate con relazione del 12 aprile 2006. Con riferimento al punto 3 c) della precedente memoria, ha sottolineato che la Guardia di finanza, nel calcolare la base d'asta in lire 76.069.988.944, a fronte dei 50 mld di lire stimati dal FERRALORO, ha smentito lo stesso assunto della Procura, ossia la correttezza della valutazione operata dal dirigente ingiustamente rimosso. Per il resto, ha affermato che la Guardia di finanza non avrebbe compreso che il compito precipuo del Gruppo di lavoro consisteva nel valutare la convenienza complessiva del ricorso al *service*, in luogo della stipulazione dei singoli contratti, per cui la scelta di riconoscere una percentuale del 5% forfettaria (importo che, peraltro, copre il 92% dell'importo in contestazione) teneva conto della necessità di acquisire anche il materiale di supporto di una determinata procedura (acquistato direttamente o in *service*). Altri errori di calcolo e di metodo sarebbero ravvisabili nell'esame del costo delle pellicole radiografiche, di quello dell'aggiornamento tecnologico, nonché nella valutazione della riduzione delle ore lavorative come parametro di risparmio per l'Azienda. In definitiva, una corretta valutazione della vicenda sembrerebbe evidenziare l'insussistenza del danno erariale. In merito alla riformulazione della richiesta di condanna operata dalla Procura con la fissazione di nuova udienza, la difesa ha ritenuto: a) inammissibile la richiesta di risarcimento del c.d. danno alla concorrenza se, con tale locuzione, si introduce una nuova voce di danno; b) infondata la domanda originaria, per ravvisata congruità del prezzo pagato per il *service*, se la novazione è soltanto terminologica. In ogni caso, ha ribadito che la posizione di SCHIMMENTI è di totale estraneità in relazione ai danni conseguenti alla

fase di rinegoziazione dell'accordo, essendo passato ad altre funzioni sin dal 2000, per cui la sua situazione non è equiparabile a quella dell'ex direttore generale.

L'avv. Rocco Mangia, patrocinante del dott. GIOIA, con memoria del 21 maggio 2009, ha risposto alle censure contenute nell'istanza della Procura, evidenziando che il compito del C.T.U. era quello di valutare la congruità del prezzo contrattuale e non di sindacare l'attività del Gruppo di lavoro (al quale è riconducibile la valutazione discrezionale del 5% sul prezzo dei monouso), né tantomeno di valutare la convenienza di affidare in *service* anche la manutenzione. Premesso poi che l'illegittimità della procedura di gara non risulta giudizialmente accertata (né dalla Corte dei conti, nel giudizio sul trasferimento del FERRALORO, né dal giudice penale), ha affermato che la sussistenza di un danno alla concorrenza risulta esclusa dalla raggiunta prova della congruità del prezzo di aggiudicazione dell'appalto, tenuto conto anche delle condizioni contrattuali della rinegoziazione.

L'Avv. Toniatti, per KLUGMANN, con memoria depositata il 4 giugno 2009, si è riportato alla memoria del 17 marzo 2005 ed alla perizia del dott. Silvotti, depositata il 19 dicembre 2007. Inoltre, ha escluso la fondatezza sia del danno da incongruenza del prezzo di aggiudicazione, in quanto non provato, sia del danno conseguente alla rinegoziazione, poiché avvenuta in epoca successiva all'attività del Gruppo di lavoro. Ha poi lamentato la violazione del principio della personalità della responsabilità e della parziarietà dell'obbligazione risarcitoria, perché non individuato l'apporto di ciascuno alla produzione del danno. Infine, ha aggiunto che il vero danno alla concorrenza è stato provocato dal FERRALORO, la cui valutazione della base d'asta ha scoraggiato le ditte che avevano manifestato interesse alla gara e che la scarsità delle esperienze in materia di *global service* è circostanza che, in sé, esclude la gravità della colpa. In conclusione, ha chiesto il proscioglimento da ogni addebito del proprio assistito, facendo presente che l'importo trattenuto in via cautelare (oltre € 59.000,00) è già superiore alla contestazione della Procura (circa € 22.300,00).

L'Avv. Todisco, per VANZULLI e BELLAVIA, con memoria depositata il 3 giugno 2009, ha

concluso per l'assenza del danno erariale, nei termini esposti dal Collegio peritale consultato dal giudice, fermo restando l'interesse dei propri assistiti per la sola prima parte del quesito, poiché il Gruppo di lavoro non ha partecipato alla rinegoziazione del contratto. In ogni caso, la violazione relativa al primo quesito non sarebbe imputabile al Gruppo di lavoro poiché la decisione di andare a trattativa privata era già presa nel luglio 1999, mentre il suo insediamento è avvenuto nel settembre 1999. In ogni caso, ha chiesto l'applicazione della *compensatio lucri cum damno*. Argomentazioni di analogo contenuto sono state riversate nella memoria depositata il 5 giugno 2009 dall'Avv. Gobbi, per CIBOLDI.

L'Avv. Alesso, per SCIALFA e VALVASSORI, con memorie distinte ma di analogo contenuto, entrambe depositate il 4 giugno 2009, ha chiesto che sia affermata l'estraneità al giudizio dei due convenuti, rispettivamente, responsabile e dirigente medico di I livello del Servizio di Neurologia interventistica, ossia del Reparto escluso dall'aggiudicazione del contratto in esame. In tal senso, essi non parteciparono alle attività del Gruppo di lavoro, pur avendo accettato la nomina (il dott. SCIALFA neppure ha firmato la relazione finale).

All'udienza, l'Avv. Avolio, per CALTAGIRONE, ha ribadito che dalla violazione delle regole della concorrenza non si deduce anche la prova del danno, non versandosi in ipotesi di responsabilità formale. Per il profilo soggettivo, ha fatto presente che il direttore generale di un'Azienda ospedaliera è titolare del potere di gestione, per cui indica la direzione che la struttura deve seguire ma non si occupa delle specifiche modalità della sua azione amministrativa.

L'Avv. Gobbi, per CIBOLDI, BELLAVIA e VANZULLI, si è riportato agli atti scritti.

L'Avv. Ilaria Amici, per GIOIA, ha sottolineato la carenza di prova del contestato danno alla concorrenza.

L'Avv. Toniatti, per KLUGMANN, si è riportato agli atti depositati.

L'Avv. Maniàci, per RAMPOLDI, si è interrogato sull'osservanza, nel presente giudizio, del principio della domanda, ritenendo che l'ordinanza n. 186/08 sia espressione di un inammissibile potere

sindacatorio del giudice.

L'Avv. Bardelli, per SCHIMMENTI, ha richiamato i principi dell'accertamento del danno, nel giudizio di responsabilità, l'applicazione dei quali dovrebbe portare al rigetto della domanda attrice poiché il danno è stato escluso dal consulente d'ufficio, mentre le perizie di parte non sono state disattese dall'Organo requirente. L'Avv. Nocita si è associato alle considerazioni svolte dall'Avv. Bardelli per lo stesso convenuto.

L'Avv. Alesso, per SCIALFA, ha rimarcato che il Gruppo di lavoro ha espresso soltanto un parere, senza aver gestito il contratto in questione e che, in particolare, l'addebito nei confronti del suo assistito si fonda sulla mancata comunicazione della decisione di non partecipare all'attività demandata al Gruppo.

Il P.M. Nicola Ruggiero ha escluso che l'atto di riassunzione del giudizio dia luogo a *mutatio libelli*, trattandosi della puntualizzazione di una voce di danno già contestata (v. atto citazione, pag. 15). Al riguardo, ha asserito che l'illegittimità della gara è circostanza che si desume dagli atti, senza che occorra una sua formalizzazione in via giudiziale e che, in presenza di un valido confronto concorrenziale, l'Azienda avrebbe conseguito risultati più vantaggiosi, anche se già congrui (o ritenuti tali da una C.T.U. che si presume viziata per carenza del giuramento in udienza da parte dei periti). Ha poi aggiunto che il criterio di quantificazione del danno suggerito dalla Procura (definito in una percentuale del danno quantificato dalla Guardia di finanza) non è vincolante per il Collegio trattandosi, in ogni caso, di valutazione equitativa.

Con riferimento alle censure svolte dalla difesa dei componenti del Gruppo di lavoro, sostanzialmente riassumibili nell'assenza di efficienza causale rispetto al danno, la Procura ha sottolineato che l'intervento del medesimo è certamente a valle, ma comunque precedente alla data di aggiudicazione definitiva, per cui è ipotizzabile che un parere negativo avrebbe indotto l'amministrazione a una più accurata riflessione sull'intera vicenda e, di certo, a irrobustire la motivazione del provvedimento. Con riguardo alla posizione di SCIALFA e VALVASSORI, rispettivamente primary e dirigente medico del

servizio di Neuroradiologia, ha considerato inspiegabile come il secondo abbia partecipato ai lavori, in contrasto con la linea difensiva sostenuta dal primo (dove la richiesta di rigetto della domanda, per mancata sottoscrizione della relazione del Gruppo di lavoro, si fonda sull'esclusione del loro reparto dal contratto in esame).

Al termine della discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

### 1. Sulla condotta illegittima produttiva di danno.

La responsabilità amministrativo contabile contestata nel presente giudizio consiste nella violazione, da parte dei convenuti, dei canoni costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), eretti a fondamento della legge sul procedimento amministrativo (art. 1, l. 8 agosto 1990, n. 241, testo novellato), di cui l'osservanza delle regole della concorrenza costituisce un elemento di primaria importanza.

In particolare, viene censurata la violazione delle regole di evidenza pubblica in sede di aggiudicazione e di rinnovo del contratto di appalto integrato (*service*) per la gestione, l'esecuzione dei lavori e la fornitura di servizi relativi a due reparti dell'Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano, stipulato con la Società N.G.C. Medical S.p.A. e aggiudicato con deliberazione n. 1359 del 12 ottobre 1999.

Le violazioni di legge contestate dalla Procura attrice riguardano:

- a) l'art. 9, co. 3, del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (come modificato dall'art. 8 del d.Lgs. 20 ottobre 1998, n. 402), che autorizza il ricorso alla trattativa privata, in caso di pubblico incanto andato deserto, <<*purché le condizioni iniziali della fornitura non vengano sostanzialmente modificate*>>;
- b) l'art. 6 della l. 24 dicembre 1993, n. 537 (come modificato dall'art. 44 della l. 23 dicembre 1994, n. 724), secondo cui <<*E' vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni*>>

*per la fornitura dei beni e servizi ... Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione>>.*

**1.1.** Contesta la difesa che la diversa qualificazione del danno compiuta con l'atto di fissazione di nuova udienza, a seguito dell'ordinanza collegiale n. 186/08 - danno alla concorrenza anziché diseconomia nella gestione del contratto in questione - dia luogo a <<*mutatio libelli*>> con conseguente inammissibilità della richiesta di condanna così riformulata.

Il Collegio respinge detta interpretazione, ritenendo che l'Organo requirente, sin dall'originaria domanda risarcitoria, abbia correlato la causazione del danno alla violazione delle regole di evidenza pubblica (atto citazione, pag. 15), sicché la precisazione fatta con l'atto di fissazione di nuova udienza è da intendere come novazione meramente terminologica.

**1.2.** Altra contestazione difensiva concerne la violazione del principio della domanda, in quanto l'emanazione dell'ordinanza collegiale n. 186/08 sarebbe espressione di un potere sindacatorio ormai incompatibile con i principi del giusto processo e della terzietà del giudice.

Invero, con la succitata ordinanza, il Collegio ha invitato la parte pubblica a precisare il *petitum* sostanziale e a rideterminare le poste di danno a seguito dei nuovi elementi emersi in corso di causa e, deve ritenersi, che una tale attività istruttoria sia non soltanto consentita dalla nuova formulazione dell'art. 111 Cost., ma anche utile e auspicabile quando occorre chiarire la posizione delle parti nel processo, al fine di assumere una decisione ponderata e imparziale sull'oggetto della controversia.

Peraltro, i chiarimenti offerti dalla Procura attrice in sede di adempimento istruttorio tengono conto anche delle istanze difensive, laddove vi è una sensibile riduzione del *quantum* della richiesta risarcitoria, oltre a una sostanziale remissione al Collegio per la determinazione del danno, in quanto la sua riformulazione postula una valutazione equitativa del suo concreto ammontare.

Pertanto, l'eccezione deve essere rigettata.

**1.3.** Respinte le eccezioni preliminari sollevate dalla difesa, occorre esaminare la sussistenza, nella fattispecie, delle violazioni di legge contestate dall'Organo requirente.

**1.4.** Con riferimento al ricorso alla trattativa privata in assenza dei presupposti stabiliti dall'art. 9, co. 3, del d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (come modificato dall'art. 8 del d.Lgs. 20 ottobre 1998, n. 402), riconducibili, essenzialmente, all'invarianza delle <<condizioni iniziali della fornitura>>, in caso di pubblico incanto andato deserto, si precisa che:

a) con deliberazione del Direttore generale 23 dicembre 1998, n. 1761, era stato indetto pubblico incanto per l'aggiudicazione della gestione completa dei servizi di Emodinamica, Radiologia interventistica e Neuroradiologia interventistica per la durata di cinque anni con prezzo a base d'asta di 50 mld. di vecchie lire;

b) con deliberazione del Direttore generale 16 luglio 1999, n. 947, si indiceva una trattativa privata con invito a due delle società concorrenti al pubblico incanto, di cui solo la Società N.G.C. Medical S.p.A. presentava offerta ritenuta poi regolare;

c) con deliberazione del Direttore generale 12 ottobre 1999, n. 1359, si aggiudicava il contratto alla N.G.C. Medical S.p.A. per i fabbisogni dei soli reparti Emodinamica e Radiologia interventistica per un valore complessivo (66.607.625.000 di vecchie lire) ben superiore al prezzo base di asta fissato per il *service* dei tre reparti e si escludeva la manutenzione delle apparecchiature di proprietà dell'Azienda.

La falsa attestazione della permanenza delle condizioni contrattuali contemplate nel Capitolato speciale di appalto, ha formato oggetto di procedimento penale, tuttora pendente in appello nei confronti di CALTAGIRONE e CREMASCOLI, responsabile della N.G.C., e definito, nei confronti di SCHIMMENTI, con sentenza di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. (Tribunale ordinario di Milano, 19 luglio 2005). In disparte l'esito assolutorio della sentenza di primo grado n. 5663/07 depositata dal Tribunale di Milano, sez. X penale, il 26 luglio 2007 (in relazione all'accertamento

dei delitti di abuso d'ufficio e di false attestazioni), giova rammentare che l'esclusione del terzo reparto (Neuroradiologia interventistica) è stata ritenuta, in sé, sufficiente a integrare la violazione del succitato art. 9, co. 3, del d.lgs. n. 358 del 1992, trattandosi di modifica del nucleo centrale della fornitura che incide sul principio di libera concorrenza che la legge intende tutelare, determinando una risposta del mercato alla gara pubblica non congrua rispetto alle esigenze della stazione appaltante, che vengono esplicitate per la prima volta nella procedura negoziata (sentenza penale n. 5663/07, pagg. 26 e 42).

Il *vulnus* alla concorrenza e al correlativo interesse pubblico alla più ampia partecipazione possibile alla distribuzione delle risorse pubbliche, richiamato dal giudice penale, si fonda sui limiti alla trattativa privata individuati dalla giurisprudenza amministrativa, sempre univoca nell'interpretare la norma dell'art. 9, co. 3, nel senso di precludere modifiche strutturali dell'offerta (Cons. St., sez. V, 18 novembre 2002, n. 6392).

In tal senso è anche la normativa sopravvenuta secondo cui nella procedura negoziata – alla quale si ricorra in caso di irregolarità o inammissibilità delle offerte presentate in esito a procedura aperta, ristretta o di dialogo competitivo - <<non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto>> (art. 56, co. 1, lett. a), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Nella fattispecie, le stesse conclusioni di illegittimità della procedura di gara vengono raggiunte dalla Regione Lombardia, in esito all'indagine amministrativa disposta dopo l'avvio del procedimento penale: nella relazione del gruppo di lavoro appositamente istituito emerge una valutazione critica dell'operato dell'Azienda <<con riferimento alla disposta aggiudicazione parziale in contrasto con l'art. 9 comma 3 del d.lgs. 358/92 e con i principi comunitari in materia di concorrenza...>> pur ritenendo, l'organo regionale, che <<i vizi di procedura riscontrati non giustificano, però, sotto il profilo dell'interesse pubblico specifico, un eventuale annullamento dell'aggiudicazione, attesa l'avanzata fase di esecuzione del contratto e la possibile esposizione dell'azienda a domande risarcitorie>> (relazione trasmessa al Direttore generale sanità della Regione Lombardia in data 4 marzo 2002).

**1.5.** Con riguardo alla violazione dell'art. 6 della l. 24 dicembre 1993, n. 537 (come modificato dall'art. 44 della l. 23 dicembre 1994, n. 724), che pone il divieto di <<*rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni*>> salvo valutare <<*entro tre mesi dalla scadenza dei contratti ... la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi ...*>>, si precisa che:

- a) la proroga è stata concessa con deliberazione del Direttore generale 30 settembre 2002, n. 1195, ossia due anni prima della naturale scadenza (13 ottobre 2004);
- b) con lo stesso provvedimento è stata erogata l'ulteriore somma di € 13.347.187,38 con reiterata lesione del principio della concorrenza.

Invero, la succitata delibera prevede: a) una parte dispositiva (con ulteriori obbligazioni contrattuali e reciproche concessioni); b) la proroga del contratto; c) lo stanziamento della relativa spesa.

In forza della riconosciuta natura transattiva dell'accordo negoziale del 30 settembre 2002 (approvato con deliberazione 7 ottobre 2002, n. 1195), definito anche <<*rinegoziazione*>>, la difesa dei convenuti, in sede penale, ha sostenuto che la proroga rappresentava soltanto una delle condizioni per addivenire alla transazione, ma ciò non è apparso sufficiente ad escludere l'illegittimità della delibera. Infatti, anche se la norma fosse stata impropriamente invocata, non si può prescindere dagli effetti in concreto raggiunti dall'atto (sentenza penale n. 5663/07, pagg. 60-62).

Del resto, l'orientamento restrittivo del legislatore, in materia di proroghe contrattuali, si consolida con la soppressione dell'ultimo periodo dell'art. 6, co. 2, della l. n. 537 del 1993, ad opera dell'art. 23 della l. 18 aprile 2005, n. 62, che ora dispone: <<*È vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi. I contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli*>>.

Ne deriva, ad avviso del Collegio, l'illegittimità anche della procedura di rinnovo del contratto in esame, per lesione degli stessi principi di imparzialità e di concorrenza.

**1.6.** La violazione delle regole della concorrenza appare tanto più grave in relazione alla tipologia del contratto in esame, trattandosi di una forma di negozio misto che le parti qualificano <<*global service*>>. In senso tecnico, la predetta locuzione indica un contratto per la gestione di patrimoni immobiliari di rilevante consistenza, nel quale prevalgono i servizi (essenzialmente quelli richiesti per la manutenzione di un bene immobile), per cui la riconduzione di un contratto misto al *service* discende dall'applicazione del criterio della prevalenza economica di cui all'art. 14, co. 2, lett. b) del d.lgs. n. 163 del 2006 (sul punto, cfr. Tar Lazio, sez. III-quater, 2 marzo 2009, n. 2130).

Ma, pur volendo prescindere dalla nomenclatura del contratto, certamente non adeguata alle prestazioni effettivamente dedotte nel capitolato, in relazione alla evidente prevalenza delle forniture rispetto alle altre componenti contrattuali, va considerata la particolare delicatezza della predisposizione degli atti di gara in una materia tanto complessa e, soprattutto, dominata dalla discrezionalità.

La giurisprudenza amministrativa ha affermato che è discrezionale la scelta dell'amministrazione di comprendere in un unico contratto, ovvero in più negozi, un complesso di prestazioni da aggiudicare mediante gara pubblica (v. Cons. St., sez. V, 20 marzo 2007, n. 1331), benché soggetta a sindacato del giudice amministrativo (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, 19 febbraio 2007, n. 475), tanto più considerando che l'eterogeneità delle prestazioni determina, alle volte, la concreta impossibilità per le imprese di formulare offerte consapevoli (cfr. Tar Lazio, Latina, 19 maggio 2000, n. 361).

Risulta, dall'esame della citata giurisprudenza, che il *global service* è una tipologia contrattuale a forte rischio di lesione dei principi della concorrenza, ragion per cui la stazione appaltante avrebbe dovuto circondare di ogni cautela la scelta di ricorrere a tale modalità di gestione per interi reparti ospedalieri.

Dalla documentazione allegata agli atti di causa, appare evidente come la deliberazione di addivenire al *global service* non sia stata preceduta da alcuna approfondita valutazione preliminare della sua convenienza rispetto all'acquisizione delle forniture dei beni e dei presidi medico chirurgici con contratti separati. Risulta che la proposta di un contratto unitario sia stata avanzata dal dott. KLUGMANN

in data 28 maggio 1998 (<<Progetto per la nuova gara di presidi specialistici per il servizio di Emodinamica>> sottoscritto anche dal dott. RAMPOLDI e dal dott. BOCCARDI), dove si considera <<utile esplorare l'ipotesi di affidare in gestione tutta la conduzione del reparto per un periodo di tempo sufficiente (cinque anni) garantendo un numero di procedure adeguate. Elementi qualificanti per l'aggiudicazione devono essere la continua verifica e l'aggiornamento dei presidi...la gestione e il rinnovo delle apparecchiature...il rinnovo e la progettazione di alcuni ambienti...>>. Con nota del 4 giugno 1998, il dott. SCHIMMENTI inoltrava il progetto, corredato di una nota di approvazione <<Mi sembra una buona idea da estendere a procedure similari>>.

Invero, la prima analisi comparativa della convenienza del contratto unitario, rispetto alla preesistenti modalità di aggiudicazione, viene compiuta a valle della procedura contrattuale in esame, ossia con la relazione redatta dal Gruppo di lavoro in data 20 settembre 1999, dove si dà atto del conseguimento di economie di spesa da parte dell'azienda ospedaliera.

Tale incongruenza, in termini di ritardo della valutazione comparativa della convenienza del *service*, viene evidenziata dalla relazione del C.T.U. presieduta dal dott. LUCCHINA, e risulta tanto più incomprensibile se si considera la preesistenza, rispetto agli atti di gara, di una relazione dell'ufficio VRQ (verifica e revisione della qualità) che, in data 15 dicembre 1998, aveva stimato un utile per l'azienda (frutto della differenza tra DRG incassati e i costi derivanti dalle procedure diagnostiche e interventistiche nei tre reparti interessati dal *service*) pari a 20 mld. di lire nel triennio 1997-1999.

E', quindi, sorprendente come la prima valutazione della convenienza del *service* venga compiuta quando già la procedura di gara è in fase avanzata: al 20 settembre 1999 (data della relazione del Gruppo di lavoro), l'azienda aveva già indetto un pubblico incanto per la gestione completa dei reparti di Emodinamica, Radiologia interventistica e Neuroradiologia interventistica (delibera 23 dicembre 1998, n. 1761), deciso per la trattativa privata (delibera 16 luglio 1999, n. 947) e, dall'esame della corrispondenza con la ditta N.G.C. (nota del 13 settembre 1999), era pure emersa la volontà dell'amministrazione di

rinunciare all'offerta relativa al servizio di Neuroradiologia interventistica, nonché alla manutenzione e al rinnovamento tecnologico delle apparecchiature di proprietà dell'azienda ospedaliera.

Si aggiunge la carenza, a supporto della scelta amministrativa del passaggio alla formula del *service*, di una analisi di congruità, valutazione che avrebbe dovuto comportare il confronto omogeneo tra il *service* da aggiudicare e gli altri aggiudicati da altre aziende ospedaliere. A quest'ultimo riguardo, la prima verifica di congruità è contenuta nella relazione integrativa ARLOTTA del 12 aprile 2006 (relazione LUCCHINA, pag. 13).

Pertanto, le illegittimità rilevate nei punti 1.4 e 1.5 acquistano maggiore significatività se rapportate ad una modalità contrattuale piuttosto rischiosa, sotto il profilo della garanzia di imparzialità e dei principi della libera concorrenza e, in particolare, all'esercizio in concreto di una scelta che, sin dall'inizio, risulta scarsamente ponderata, sia sotto il profilo della convenienza del passaggio al *service*, sia della assenza di comparazione di esperienze simili. Né risulta che la stazione appaltante abbia tenuto in debita considerazione la circostanza che la gara fosse andata deserta, così come sono state ignorate le osservazioni del Collegio dei revisori, formulate in data 24 marzo 1999, decidendo invece di puntare diritto all'aggiudicazione del *service* mediante trattativa privata.

## **2. Sulla sussistenza del danno.**

La violazione delle regole della concorrenza comporta la lesione dei criteri di buon andamento e imparzialità amministrativa (art. 1, l. n. 241/1990 e 97 Cost.), con riflessi sul piano della responsabilità amministrativa contabile (cfr. *ex multis*, C. conti, sez. Lombardia, 14 luglio 2006, n. 447). Infatti, il cd. <<*modello contrattuale conforme alle normali regole di contabilità pubblica*>> si traduce in un vero e proprio obbligo di servizio, il cui *vulnus* dà luogo al c.d. danno alla concorrenza.

La peculiarità di tale posta di danno erariale, rispetto ad altre tipologie, si coglie nella ricaduta, sul contratto, dell'acquisizione di beni e servizi in mancanza della valutazione concorsuale di un adeguato numero di potenziali contraenti, in termini di maggiori costi della fornitura o di conseguimento di

prestazioni qualitativamente inferiori a quelle di mercato.

**2.1** In ordine alla quantificazione del danno alla concorrenza, la Procura adotta, con l'atto di fissazione di nuova udienza, il criterio equitativo di cui all'art. 1226 c.c., assumendo a parametro di riferimento una percentuale (il 30%) dell'importo inizialmente addebitato dall'Organo requirente con l'atto di citazione in giudizio (€ 2.386.017,21), a sua volta desunto dalle diseconomie rilevate dalla Guardia di finanza.

Pertanto il danno contestato si riduce alla somma di € 715.805,16 (30% di € 2.386.017,21), da ripartire tra i responsabili nella misura stabilita con atto di citazione.

**2.2** Al riguardo, il Collegio considera che, nella graduazione delle poste di danno derivanti dalla lesione del principio di imparzialità nella distribuzione delle risorse pubbliche, in materia contrattuale, il c.d. danno alla concorrenza costituisca una soglia minima, intrinseca nel contenuto delle violazioni contestate (sicché potrebbe sostenersi che il danno sia *in re ipsa*) e, pertanto, determinato dalla giurisprudenza amministrativa in una percentuale del valore dell'appalto - 10 % o 5 % a seconda che si tratti di appalto di lavori o di forniture di beni e servizi – (cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2008 n. 3806; id., sez. IV, 6 luglio 2004 n. 5012; id., sez. V, 28 maggio 2004 n. 3472; id., sez. V, 8 luglio 2002 n. 3796; id., sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 2 marzo 2006, n. 2545).

Trattasi del criterio liquidatorio dell'utile di impresa, che viene mutuato dalle cause di risarcimento per equivalente, nel caso in cui non sia possibile la reintegrazione in forma specifica della pretesa dell'impresa ricorrente vittoriosa. Esso muove dal presupposto della spettanza, al privato contraente a causa dei vizi della procedura ad evidenza pubblica, del solo arricchimento senza causa, ai sensi dell'art. 2041 c.c., in luogo del corrispettivo contrattuale. In applicazione di tale criterio, il danno (alla concorrenza), nel giudizio di responsabilità, viene individuato nei pagamenti eccedenti la quota riconducibile all'arricchimento senza causa, sicché l'utile di impresa rappresenta la misurazione di tale <<eccedenza>> (in termini, C. conti, sez. Lombardia, 29 dicembre 2008, n. 980; id., 30 giugno 2009, n.

428).

Secondo i predetti criteri, il danno in questione ammonterebbe ad € 2.387.357,80, determinato applicando la misura del 5 % al valore del contratto originario (5% di € 34.399.967,00 = € 1.719.998,40) e alle somme corrisposte all'impresa in sede di rinnovo (5% di € 13.347.187,38 = € 667.359,40).

Ciononostante, il Collegio deve tener conto delle precisazioni svolte dalla Procura con l'atto di fissazione di nuova udienza, per cui il danno risarcibile non può superare l'importo di € 715.805,16.

**2.3** Oltre al danno alla concorrenza che, si ripete, costituisce la soglia minima del pregiudizio che può scaturire dalla violazione delle regole di evidenza pubblica, la Procura regionale, con l'atto di citazione, addebitava ai convenuti l'importo delle diseconomie quantificate dalla Guardia di finanza in relazione alla vicenda contrattuale in esame.

Sostanzialmente, si trattava di un danno ulteriore che, però, la Procura non è riuscita a provare. Infatti la relazione della Guardia di finanza è stata contraddetta dalle perizie di parte, le cui deduzioni non sono state confutate dalla Procura. In ultima analisi, l'Organo requirente, ha rinunciato a contestare tale posta di danno, limitandosi a chiedere il risarcimento del danno alla concorrenza, per cui sono assorbite tutte le eccezioni poste dalla difesa in ordine a tale voce di danno.

### **3. Sul nesso di causalità e sulla gravità della colpa.**

La responsabilità dei convenuti, nell'impianto dell'atto di citazione, è articolata nella preminente partecipazione alla produzione del danno dei convenuti CALTAGIRONE e SCHIMMENTI, rispettivamente Direttore generale e responsabile dell'U.O. Approvvigionamenti dell'Azienda ospedaliera, ai quali viene attribuito il 75 % del danno complessivo, e di una inferiore efficienza causale, ai fini dell'evento prodotto, dei componenti del Gruppo di lavoro, ai quali viene addebitato il 25 % del totale. Il Collegio condivide tale prospettazione.

Il titolo della responsabilità addebitata, sotto il profilo soggettivo, è la colpa grave ritenendo, la Procura attrice, che le gravi carenze evidenziate ai punti **1.4** e **1.5** siano espressione di negligenza grave e

di errore inescusabile circa le regole vigenti in materia di tutela della concorrenza e del mercato.

Il Collegio accoglie la tesi attorea con riguardo alla posizione dei due maggiori convenuti i quali, in relazione alla titolarità del potere di gestione nell'Azienda ospedaliera, e alle specifiche competenze in materia contrattuale, avrebbero dovuto essere pienamente consapevoli delle procedure di evidenza pubblica, così come regolate dalle leggi in vigore. Inoltre, la mancanza di un'accurata analisi comparativa sulla convenienza del passaggio al *service* e di valutazioni di congruità dei prezzi rispetto ad esperienze similari, denota un atteggiamento di grave superficialità e di lesione dei più elementari canoni di prudenza che sempre devono caratterizzare l'azione degli amministratori pubblici.

Il requisito della gravità della colpa non si ritiene, invece, sussistente nei confronti dei componenti del Gruppo di lavoro, i quali sono stati chiamati a rispondere del danno soltanto in ragione della loro sottoscrizione, in data 20 settembre 1999, della relazione finale, dopo essere stato nominato, il Gruppo di lavoro, con determinazione del Direttore generale 6 settembre 1999, n. 6.

In buona sostanza, si tratta di soggetti che hanno avuto un ruolo causale ai fini del verificarsi dell'evento dannoso, sia pure non preponderante. Tuttavia, non è ravvisabile, nei loro confronti, quella grave violazione dei doveri di servizio che rileva ai fini della sussistenza della responsabilità amministrativo contabile, sia in ragione della natura eminentemente tecnica delle funzioni da essi espletate nell'ambito dell'Azienda ospedaliera e sia in relazione alla loro prevedibile scarsa conoscenza dei meccanismi di aggiudicazione dei contratti pubblici, particolarmente complessi nella tipologia del *service*. Ciò vale a dire che il comportamento tenuto dai componenti del Gruppo di lavoro, benché censurabile, non integra gli estremi della colpa grave, e che l'ipotesi formulata dalla Procura attrice, sotto il profilo soggettivo, risulta sfornita di prova.

Per tutte le suesposte considerazioni, la domanda della Procura è parzialmente accolta, con esclusione, dal danno risarcibile quantificato dalla Procura (€ 715.805,16), della quota ascrivibile ai componenti del Gruppo di lavoro (25 %), nei cui confronti si esclude la gravità della colpa.

#### **4. Sulla ripartizione delle quote di danno.**

Determinato il danno risarcibile nella misura di € 536.853,87 (escludendo il 25% di € 715.805,16), resta da considerare la differente posizione dei due convenuti giudicati responsabili di esso.

Al riguardo, va stigmatizzata la preminente influenza del dott. CALTAGIRONE in ordine allo sviluppo della vicenda contrattuale, considerando anche il passaggio ad altre funzioni dello SCHIMMENTI, prima del provvedimento di rinnovo del contratto. Pertanto, il danno risarcibile è da addebitare per il 60 % al CALTAGIRONE (€ 322.112,32) e per il residuo 40% allo SCHIMMENTI (€ 214.741.55).

#### **5. Sul regolamento delle spese di giudizio.**

La condanna alle spese segue la soccombenza, per i convenuti nei confronti dei quali la domanda della Procura è accolta.

Con riguardo alla posizione dei convenuti assolti, il rigetto della domanda attorea non osta al regolamento delle spese processuali che il Collegio, a norma delle disposizioni del codice di rito richiamate dalla normativa di settore, ritiene di dichiarare integralmente compensate.

Al riguardo, l'art. 3 co. 2 bis del d.l. 23 ottobre 1996 n. 543, convertito dalla l. 20 dicembre 1996 n. 639, ha stabilito che le spese legali sono a carico dell'amministrazione di appartenenza <<in caso di definitivo proscioglimento.>> Questa Sezione ha già affermato la compatibilità della succitata disposizione con il potere di compensazione delle spese di giudizio, ai sensi dell'art. 92, co. 2, c.p.c. (cfr., *ex multis*, sez. Lombardia, 8 giugno 2002, n. 1255), mentre la Corte di cassazione ha ritenuto che l'esercizio di detto potere – in caso di rigetto della domanda di condanna – non ecceda i limiti della giurisdizione della Corte dei conti (Sezioni unite, 12 novembre 2003, n. 17014).

La succitata disposizione è stata autenticamente interpretata dall'art. 10 bis, co. 10, del d.l. 30 settembre 2005 n. 203, conv. nella l. 2 dicembre 2005 n. 248, secondo cui << *Le disposizioni dell'articolo 3, comma 2-bis, del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, dalla legge 20*

*dicembre 1996, n. 639 e dell'articolo 18, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, si interpretano nel senso che il giudice contabile, in caso di proscioglimento nel merito, e con la sentenza che definisce il giudizio, ai sensi e con le modalità di cui all'articolo 91 del codice di procedura civile, liquida l'ammontare degli onorari e diritti spettanti alla difesa del prosciolto ....>>*

Il Collegio ritiene che la spettanza del diritto al rimborso delle spese legali, in favore dei convenuti prosciolti, costituisca diretta emanazione del principio della soccombenza enunciato dall'art. 91 c.p.c., criterio che include il potere di compensare le spese tra le parti, in presenza di giusti motivi <<esplicitamente indicati nella motivazione>> (art. 92, co. 2, c.p.c., nel testo sostituito dall'art. 2, co. 1, lett. a), l. 28 dicembre 2005, n. 263).

Ciò vale a dire che la specifica previsione del diritto al rimborso delle spese legali ai convenuti assolti, da parte della succitata normativa di settore, non esclude la facoltà del giudice contabile di compensare le spese di lite, decisione che, per giurisprudenza consolidata, è espressione di un potere discrezionale attribuito dalla legge e incensurabile in sede di legittimità (Cass., sez. III, 18 aprile 2007, n. 9296; id., sez. un., 15 luglio 2005, n. 14989; id., sez. un. 15 novembre 1994, n. 9597), quando vi è specifica motivazione sul punto (Cass., sez. II, 21 marzo 2007, n. 6681).

In applicazione di tali principi, richiamati e accolti dalla recente sentenza della C. conti, sez. I, 15 ottobre 2008, n. 428, il giudice contabile ha disposto l'integrale compensazione delle spese non soltanto in presenza del proscioglimento per motivi di rito (C. conti, sez. riun., 27 giugno 2008, n. 3/QM; id., sez. I, 5 aprile 2006, n. 89; id., id., sez. I, 17 marzo 2006, n. 73; id., sez. II, 25 novembre 2003, n. 324), bensì anche in caso di assoluzione per mancanza di colpa grave (C. conti, sez. Valle d'Aosta, 19 settembre 2002, n. 31; id., sez. Lombardia, 9 febbraio 2004, n. 1495), come avviene nella specie, in presenza di specifiche circostanze di cui si è dato conto in motivazione.

Nel caso di specie, il Collegio ritiene sussistere i giusti motivi per poter compensare le spese di

giudizio - escludendo il rimborso delle spese legali di cui all'art. 3, co. 2 bis del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito in legge 20 dicembre 1996, n. 639 - in ragione della intrinseca illegittimità della situazione posta in essere dai convenuti, per ciò che riguarda le condotte dannose riferite ai punti **1.4** e **1.5**.

Pertanto, il Collegio ritiene compensate le spese di giudizio e non rimborsabili dall'Azienda ospedaliera danneggiata le spese legali sostenute dai convenuti assolti.

**P.Q.M.**

La Corte dei conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Lombardia, definitivamente pronunciando, accoglie parzialmente la domanda della Procura e, per l'effetto,

**assolve**

da ogni addebito i Sig. ri Giuseppa BELLAVIA, Silvio KLUGMANN, Angelo VANZULLI, Giuseppe Gregorio SCIALFA, Bolgè Lucapiero VALVASSORI, Antonio Gaetano RAMPOLDI, Marco CIBOLDI, e Salvatore GIOIA;

**dispone**

il dissequestro delle somme trattenute dall'Azienda ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda, sulle retribuzioni dei convenuti assolti;

**dichiara**

compensate le spese di giudizio e non rimborsabili dall'Azienda ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda di Milano le spese legali sostenute dai convenuti assolti;

**condanna**

i Sig. ri Pietro CALTAGIRONE e Diego SCHIMMENTI al pagamento delle somme, rispettivamente, di € 322.112,32 (diconsi trecentoventiduemilacentododici/32) e di € 214.741,55 (diconsi duecentoquattordicimilasettecentoquarantuno/55), comprensive di rivalutazione monetaria, oltre a interessi legali dalla presente sentenza di condanna al soddisfo.

La presente sentenza di condanna produce *ex se* l'effetto della conversione del sequestro in pignoramento

ai sensi dell'art. 686 c.p.c., sequestro già confermato con ordinanza della Sezione Lombardia n. 530/04, depositata il 30 agosto 2004, ed eseguito:

1) per Pietro CALTAGIRONE:

a) dall'Agenzia del territorio, Servizio di pubblicità immobiliare, Ufficio provinciale del territorio di Milano - Circoscrizione I trascritto al n. 47749 del Reg. Generale e al n. 26912 del Reg. Particolare;

b) dall'Agenzia del territorio, Servizio di pubblicità immobiliare, Ufficio provinciale del territorio di Sassari – Circoscrizione di Tempio Pausania - trascritto al n. 7266 del Reg. Generale e al n. 4916 del Reg. Particolare;

c) dall'Agenzia del territorio, Servizio di pubblicità immobiliare, Ufficio provinciale del territorio di Palermo, trascritto al n. 32290 del Reg. Generale e al n. 20290 del Reg. Particolare;

d) dal Pubblico Registro Automobilistico di Milano in data 2 agosto 2004;

2) per Diego SCHIMMENTI, dall'Azienda ospedaliera Ospedale Niguarda Ca' Granda, in ordine alle retribuzioni dovute.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio del 25 giugno 2009.

**L'ESTENSORE**

(Dott. Adelisa Corsetti)

**IL PRESIDENTE**

(Dott. Antonio Vetro)

Depositata in Segreteria il 30/09/2009

**IL DIRIGENTE**