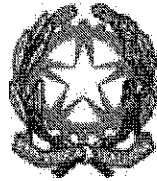


N. 00573/2015 REG.PROV.COLL.
N. 01476/2014 REG.RIC.



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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1476 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cpl Concordia Societa' Cooperativa - A.T.I. con Cns Consorzio Nazionale Servizi S.C. e Siriam S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Sergio Tricarico, Alberto Pierpaolo Prinetto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Sergio Tricarico in Torino, corso Dante,63;

contro

Asl di Alessandria, rappresentata e difesa dagli avv. Elio Gianni Garibaldi, Carlo Castellotti, Maria Daniela Cogo, con domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura Regione Piemonte in Torino, piazza Castello, 165;

nei confronti di

Societa' A2a Calore & Servizi Srl-R.T.I. con Prima Vera Spa e Antas Srl, Societa' Antas S.r.l., rappresentati e difesi dagli avv.

Paolo Scaparone, Cinzia Picco, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paolo Scaparone in Torino, Via S. Francesco D'Assisi, 14; Societa' Prima Vera S.r.l.;

per l'annullamento

*della determinazione dell'ASL di Alessandria, Direttore S.C. Provveditorato, 2.10.2014, n. 286, pubblicato dal 5.11.2014, avente ad oggetto la proroga sino al 31.10.2014 del contratto d'appalto pubblico del servizio integrato d'energia, originariamente aggiudicato sino al 31 maggio 2014 al controinteressato R.T.I.;
nonchè della determinazione dell'ASL di Alessandria, Direttore S.C. Provveditorato, avente ad oggetto la proroga dal 1° novembre 2014 al 31 gennaio 2015 del contratto d'appalto pubblico del servizio integrato d'energia, originariamente aggiudicato sino al 31 maggio 2014 al R.T.I. A2A Calore & Servizi (mandataria subentrata ad ASM Energia e Ambiente s.r.l.), Prima Vera s.r.l. e Antas s.r.l.;
di ogni altro atto connesso o consequenziale;
per la condanna al risarcimento dei danni.*

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Asl di Alessandria e della Societa' A2a Calore & Servizi Srl-R.T.I. con Prima Vera Spa e Antas Srl e di Societa' Antas S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 marzo 2015 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'ASL di Alessandria, a seguito di procedura aperta, ha stipulato il 9 febbraio 2010 il contratto di appalto decennale per il servizio di energia, comprendente la gestione calore, la conduzione degli impianti termici e di condizionamento e la riqualificazione tecnologica finalizzata al risparmio energetico, con l'ATI ricorrente. Il servizio riguardava tutti gli edifici sanitari amministrativi e tecnici, in disponibilità dell'ASL, nell'ambito territoriale di "Alessandria e Tortona".

Il capitolato costituiva "progetto di base" cui attingere alla scadenza delle gestioni in corso nei due restanti ambiti di competenza dell'ASL, cioè Casale Monferrato e Valenza (ambito n. 1) e Novi Ligure, Acqui Terme e Ovada (ambito n.2) per i quali si prevedeva la progressiva riunificazione, finalizzata a consentire la riqualificazione tecnologica e l'ottimizzazione delle risorse.

Il primo ambito all'epoca, era gestito direttamente dall'ASL, con personale proprio e con ricorso ad alcuni appaltatori, il cui ultimo contratto scadeva il 30 giugno 2011.

Il secondo ambito era stato oggetto di una gara di appalto vinta dall'RTI odierno controinteressato, con termine di scadenza al 31 maggio 2014, non prorogabile, ai sensi della relativa convenzione.

In data 27 giugno 2011 l'ASL, in conformità agli atti di gara, estendeva all'ATI ricorrente il servizio per l'ambito Casale Monferrato e Valenza.

Nel corso del 2013, in vista della scadenza dell'appalto per il secondo ambito, cioè il 31 maggio 2014, la ricorrente presentava il piano di

estensione del servizio al suddetto ambito 2, accludendo il piano di azione energetica, i computi metrici e i progetti cantierabili.

L'ASL ha quindi chiesto un parere alla Federazione Sovrazonale Piemonte 6, la quale, con atto del 31 dicembre 2013 conferiva all'ASL di Alessandria mandato per l'adozione dei provvedimenti inerenti l'estensione e l'allineamento temporale nell'ambito di Novi Ligure, Acqui terme e Ovada, dei servizi di cui al contratto 9 febbraio 2010.

Nel parere la Federazione sovranazionale precisava che la committenza regionale (S.C.R. Piemonte) non aveva stipulato convenzioni relative al servizio di gestione calore o analoghi; inoltre sulla piattaforma Consip erano presenti due convenzioni "SIE3 (servizio integrato energia) e "MIES" (Multiservizio Tecnologico integrato Energia per la Sanità), alle quali non era possibile aderire: infatti per la prima non era stato aggiudicato il lotto relativo al Piemonte e dall'affidamento erano esclusi gli ospedali a gestione diretta; per la seconda erano escluse le strutture territoriali dell'ASL, rientrandovi solo gli ospedali.

La Federazione accertava che il prezzo di aggiudicazione all'ATI ricorrente era più basso di quello offerto della convenzione Mies e che solo la convenzione prevedeva la realizzazione di opere di riqualificazione tecnologica, indispensabili all'ASL, con costi a carico dell'appaltatore, da recuperare tramite il risparmio energetico.

Nonostante la richiesta di subentro nella gestione del servizio da parte della ricorrente, il 9 giugno 2014 l'ASL prorogava sino al 31 luglio 2014 il contratto con RTI scaduto il 31 maggio 2014, richiamando la necessità di aderire ex lege alla convenzione Consip

MIES per l'ambito territoriale Novi Ligure, Acqui Terme e Ovada, al fine di valutare la rispondenza alle esigenze dell'ASL della proposta contrattuale chiesta all'assuntore Consip Guerrato SPA, nell'aprile 2014 e pervenuta il 26 maggio 2014.

Il 21 agosto 2014 l'ASL prorogava ulteriormente il contratto con l'RTI A2A sino al 30 settembre 2014 e il 2 ottobre veniva approvata una ulteriore proroga fino al 31 ottobre 2014, sempre per le medesime ragioni, precisando che era pervenuta una proposta revisionata da Consip.

La società ricorrente ha impugnato con il ricorso principale i provvedimenti di proroga indicati in epigrafe, per i seguenti motivi:

1) violazione di legge art 57 d. lgs. 163/2006, eccesso di potere per difetto di motivazione, violazione della lex specialis della gara aggiudicata alla RTI controinteressata, violazione dell'art 23 c. 2 L. 62/2005, violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento: la proroga ha comportato un affidamento senza gara di un appalto pubblico di servizi, in assenza dei presupposti per l'affidamento diretto del servizio; sussiste altresì una responsabilità per la mancata programmazione, dal momento che l'Azienda sanitaria sapeva che i servizi della piattaforma Consip non potevano servire tutti gli immobili;

2) eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e in diritto, difetto di motivazione, irragionevolezza e sviamento: l'atto deduce come ragione unica l'esigenza di esaminare la proposta dell'assuntore Consip sul presupposto che vi sia l'obbligo di aderire alla convenzione Consip. Secondo la tesi di parte ricorrente questo presupposto è errato, perchè in base all'attuale quadro normativo, le ASL conservano il potere di procedere in proprio, salvo l'obbligo di

valutare le offerte alla stregua dei parametri congruità prezzo e quelli della convenzione;

3) violazione del mandato della Federazione Sovranazionale 31 dicembre 2013, eccesso di potere per contraddittorietà e difetto di motivazione: l'ASL non ha seguito l'indicazione della Federazione sovrazonale, che indicava come miglior offerta quella della ricorrente;

4) sull'inefficacia del contratto prorogato, e sull'assenza di titolo all'ulteriore prosecuzione del servizio: deve trovare applicazione l'art 121 c. 1 lett. b) secondo cui nel caso di procedura senza bando deve essere dichiarata l'inefficacia ex tunc del contratto, con conseguente diritto al risarcimento dei danni, riconoscendo che la possibilità della ricorrente di aggiudicarsi l'appalto si aggira intorno all'80%.

Si sono costituite in giudizio l'ASL e la controinteressata, sollevando questioni preliminari e chiedendo nel merito il rigetto del ricorso.

Con motivi aggiunti depositati in data 10 gennaio 2015 la ricorrente ha impugnato la determina di proroga dal 1 novembre 2014 al 31 gennaio 2015, riproponendo le censure sopra indicate ed estendendo le domande formulate nel ricorso anche al nuovo atto di proroga.

La ricorrente ha depositato la determinazione del 15 gennaio 2015 n. 39 con cui il servizio per l'ambito territoriale Acqui Terme, Novi Ligure e Ovada è stato affidato all'assuntore Consip, per i soli presidi ospedalieri dal 1 febbraio 2015.

All'udienza del 5 marzo 2015 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1) *Il presente ricorso è stato proposto avverso gli atti di affidamento del servizio di gestione calore adottati dall'ASL di Alessandria per l'ambito territoriale Novi Ligure, Acqui Terme e Ovada.*

La ricorrente, in qualità di gestore del servizio dell'ambito di Alessandria, contesta gli atti con cui l'Azienda ha affidato il servizio alla controinteressata, gestore uscente dello stesso servizio.

Detti atti sono stati qualificati come proroghe del servizio, mentre secondo la ricorrente si tratterebbe di atti di affidamento senza gara del servizio di gestione calore, in evidente violazione alle disposizioni in materia di affidamento diretto dei servizi.

2) *Preliminarmente va esaminata l'eccezione di difetto di giurisdizione, che risulta infondata.*

Sostiene la difesa dell'ASL che la controversia esula dalla giurisdizione del giudice adito, in quanto relativa alla fase esecutiva del contratto.

In realtà la ricorrente chiede l'annullamento degli atti di proroga, nonché il risarcimento dei danni, conseguenti alla mancata indizione di una gara, cui avrebbe potuto partecipare.

Quindi con l'impugnazione di un atto di proroga si censura la scelta di non indire una procedura selettiva e di affidare il servizio senza gara: il petitum sostanziale attiene alla lesione di un interesse allo svolgimento di una gara, cui la ricorrente avrebbe partecipato, con probabilità di vittoria.

La proroga si risolve nell'attribuzione di servizi in assenza di una procedura concorsuale e la pretesa della società ricorrente alla indizione della gara, assume la configurazione di un interesse legittimo, in quanto la ricorrente rivendica il suo interesse pretensivo a partecipare alla gara ad evidenza pubblica per lo

svolgimento del servizio in questione, che avrebbe dovuto essere bandita.

Il Collegio è dell'avviso che la controversia, così come proposta, sia devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativa sia in base al principio generale che devolve alla giurisdizione di questo giudice la tutela degli interessi legittimi, sia in base all'art. 133, lett. e), n. 2), Cod. Proc. Amm. secondo cui sono devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo le controversie "relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti pubblici", che va letta con riferimento alle ipotesi di rinnovo/proroga dei contratti.

2.2 La seconda eccezione concerne la tardività del ricorso, ovvero l'intervenuta acquiescenza: sostengono le difese dell'ASL e della controinteressata che la mancata impugnazione delle prime due proroghe (cioè la determinazione n. 153 del 9.6.2014, per il periodo giugno - luglio 2014 e la determinazione n. 244 del 21.8.2014, per il periodo agosto-settembre 2014) comporterebbe acquiescenza.

Anche questa eccezione non può trovare accoglimento, poiché ogni atto di proroga ha dato vita ad un nuovo e autonomo rapporto contrattuale, rispetto al quale si configura un interesse all'impugnativa, in quanto l'Amministrazione sceglie e reitera la scelta di non avviare la procedura concorsuale.

La scelta di contestare solo alcuni atti di proroga potrà incidere in sede di determinazione del danno, anche ai sensi dell'art 30 comma 3 c.p.a.

3) Prima di esaminare le singole censure, sono opportune alcune precisazioni in punto di fatto, circa l'oggetto del servizio e le convenzioni Consip.

La ricorrente è attuale gestore del servizio integrato di energia, comprendente la gestione del calore, la conduzione di impianti termici e di condizionamento, la riqualificazione tecnologica finalizzata al risparmio energetico, di tutti gli edifici – sanitari, amministrativi e tecnici – nell’ambito di Alessandria e Tortona.

Il servizio è stato poi esteso, dal 27 giugno 2011, all’ambito “Casale Monferrato e Valenza”, alle stesse condizioni del contratto applicato per Alessandria e Tortona.

Oggetto del presente ricorso è invece il servizio relativo all’ambito “Novi Ligure, Acqui Terme e Ovada”: come per gli altri ambiti, sono serviti sia gli ospedali sia tutte le altre strutture non ospedaliere.

La piattaforma Consip prevede due convenzioni: “SIE3 (servizio integrato energia), per le strutture territoriali non ospedaliere e “MIES” (Multiservizio Tecnologico integrato Energia per la Sanità), per le strutture ospedaliere.

Nell’ambito della Convenzione “SIE3 (servizio integrato energia), al momento della scadenza del contratto di gestione, non vi era ancora stata l’aggiudicazione del lotto relativo al Piemonte; mentre per la convenzione “MIES” (Multiservizio Tecnologico integrato Energia per la Sanità), erano stati individuati i vari esecutori e per l’ambito in esame, la Società Guerrato.

4) Nelle due prime censure parte ricorrente sostiene l’illegittimità dei contratti di proroga, perché si sono risolti in un affidamento senza gara, in assenza dei presupposti, dal momento che sin dal dicembre 2013 l’ASL era a conoscenza del fatto che il contratto sarebbe scaduto al 31 maggio 2014, sapeva che esisteva la convenzione Consip che poteva però garantire solo i servizi ospedalieri.

Tutto ciò avrebbe dovuto indurre l'Azienda a programmare l'indizione di una gara; per questo è contestata la motivazione della proroga, rappresentata dalla esigenza di esaminare la proposta della Guerrato.

Il Collegio ritiene di partire dall'esame della seconda censura.

4.1 In base al combinato disposto degli artt. 1 comma 449 della L. 27-12-2006 n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007), art 1 comma 7 d.l. n. 95/2012 e il successivo art 15 Comma 13 lett. d) vi è un vero e proprio obbligo per il servizio sanitario nazionale di utilizzare gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla CONSIP.

Infatti l'art 1 comma 449 della L. 27-12-2006 n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007) impone l'obbligo a tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, di "approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro", precisando gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A.

Nella delibera dell'Azienda si richiama l'art 1 comma 7 d.l. n. 95/2012, che a sua volta, mantenendo fermo quanto previsto all'articolo 1, commi 449 e 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, impone alle amministrazioni pubbliche di approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge

27 dicembre 2006, n. 296, ovvero ad esperire proprie autonome procedure nel rispetto della normativa vigente, utilizzando i sistemi telematici di negoziazione messi a disposizione dai soggetti sopra indicati.

La mancata osservanza delle disposizioni suddette rileva ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale.

Per il settore sanitario il successivo art 15 comma 13 lett. d) stabilisce che "fermo restando quanto previsto dall'articolo 17, comma 1, lettera a), del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, gli enti del servizio sanitario nazionale, ovvero, per essi, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, utilizzano, per l'acquisto di beni e servizi relativi alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. Il rispetto di quanto disposto alla presente lettera costituisce adempimento ai fini dell'accesso al finanziamento integrativo al Servizio sanitario nazionale. Alla verifica del predetto adempimento provvede il Tavolo tecnico per la verifica degli adempimenti di cui all'articolo 12 dell'intesa Stato-regioni del 23 marzo 2005, pubblicata nel supplemento alla Gazzetta Ufficiale n. 105 del 7 maggio 2005, sulla base dell'istruttoria congiunta

effettuata dalla CONSIP e dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici”.

Sulla base dell'attuale quadro normativo quindi l'ASL aveva l'obbligo di aderire alla convenzione Consip.

Tuttavia nel caso di specie l'unica convenzione Consip esistente, quella MIES, stipulata in data 28.3.2013, poteva garantire il servizio dei soli ospedali, mentre per le altre strutture, la convenzione SIAE non era ancora attiva.

La motivazione degli atti proroga è quindi solo in parte corretta, poiché, lo si ribadisce, l'obbligo di adesione, seppur esistente, poteva essere effettivo solo per il servizio di gestione calore delle strutture ospedaliere.

4.2 Pertanto se è corretta l'interpretazione normativa circa l'obbligo di adesione, non altrettanto la scelta dell'Azienda di prorogare il servizio, scelta che di fatto si è concretizzata nella violazione dell'obbligo di scegliere il contraente con procedura concorsuale.

Va ricordato che secondo il principio consolidato il rinnovo e/o la proroga di un contratto pubblico, per non incorrere nell'elusione del principio comunitario della libera concorrenza e delle altre norme che disciplinano i procedimenti di evidenza pubblica, possono estendersi soltanto per un periodo di tempo più limitato, in quanto tutte le deroghe al suddetto principio ed alla citata normativa, vanno valutate in modo rigoroso, perché contrastanti con la regola generale dell'espletamento del procedimento di evidenza pubblica, imposta dalla necessità di individuare, mediante valutazione comparativa basata su parametri obiettivi, il soggetto più idoneo all'affidamento del servizio.

Pertanto si può consentire una limitata deroga al principio del divieto di rinnovo, purché con puntuale motivazione l'Amministrazione dia conto degli elementi che conducono a disattendere il principio generale.

Infatti se l'Amministrazione opta per l'indizione della gara, nessuna particolare motivazione è necessaria, non così invece se ci si avvale della possibilità di proroga prevista dal bando.

Nel caso di specie la stazione appaltante era a conoscenza di non poter aderire alla Convenzione Consip per le strutture non ospedaliere, in quanto il lotto Piemonte non era stato ancora aggiudicato.

Ciò doveva portare quindi ad avviare, in tempi congrui una gara, per il servizio.

Per il servizio delle strutture ospedaliere la lettura deve essere effettuata da una angolatura differente: fin dal marzo 2013 la Consip era operativa; l'appalto scadeva il 31 maggio 2014: quindi un anno prima la stazione appaltante sapeva di avere la possibilità di aderire alla Consip, anche in base alla disciplina vigente.

Al contrario l'Azienda, nel corso del 2013, ha chiesto un parere sulla possibilità di estensione del servizio all'ATI ricorrente, ha poi scelto di adottato una prima proroga, e quindi le successive.

A fronte dei tempi sopra indicati e del quadro normativo è evidente l'apoditticità e la motivazione di mero stile circa le ragioni di urgenza che giustificano la proroga: in attuazione ai principi di buona amministrazione l'Azienda avrebbe dovuto, in tempi adeguati, avviare la gara per il servizio gestione calore delle strutture non ospedaliere e attivarsi tempestivamente per l'adesione alla convenzione Consip.

Ciò conduce ad accogliere il primo motivo di ricorso e annullare gli atti impugnati.

5) La ricorrente chiede la dichiarazione di inefficacia dei contratti, ai sensi dell'art 121 c. 1, per la mancata pubblicazione del bando.

La domanda non può essere accolta, dal momento che il servizio è già stato svolto e quindi non vi è più alcun interesse al subentro.

6) Si deve ora esaminare la richiesta di risarcimento dei danni, distinguendo, anche in questo caso, i due servizi.

6.1 Per il servizio ospedaliero il fatto illecito consiste nel mancato avvio del procedimento per addivenire alla stipula del contratto con il gestore Consip, che offriva un servizio adeguato, come i fatti successivi hanno poi dimostrato.

Da ciò discende che, al di là del profilo di responsabilità e di possibile danno erariale (che verrà valutato in altra sede), rispetto alle proroghe del servizio in esame, non si configura un risarcimento del danno, perché la ricorrente non avrebbe avuto alcuna possibilità di ottenere il servizio.

Infatti la scelta corretta non sarebbe stato avviare una gara per il tempo necessario alla sottoscrizione con la Consip, ma avviare tempestivamente il procedimento, per detta sottoscrizione.

6.2 Differente conclusione per il servizio degli edifici non ospedalieri, per i quali, come sopra detto, non vi era alcuna convenzione Consip: in questo caso sussistono tutti gli elementi costitutivi della responsabilità patrimoniale dell'amministrazione resistente conseguente all'adozione di provvedimenti illegittimi. E' emerso, infatti, che l'affidamento diretto del servizio è avvenuto in assenza dei presupposti di legge, così ingiustamente impedendo alla società ricorrente di rientrare nella platea di potenziali aspiranti che

si sarebbe configurata ove l'amministrazione avesse attivato una procedura ad evidenza pubblica, sia aperta che ristretta, tenuto conto anche della qualità come gestore del servizio di altri ambiti.

Pertanto, non vi è alcuna ragione per dubitare della sussistenza di tutti gli elementi fattuali di un illecito risarcibile.

Quale che sia la qualificazione dei danni lamentati (perdita di chances, danno curriculare), la relativa domanda deve essere valutata alla luce del consolidato orientamento a mente del quale il risarcimento del danno conseguente a lesione di interesse legittimo pretensivo, come nella specie non può che qualificarsi quello dell'impresa di settore che aspira ad ottenere l'aggiudicazione di un servizio, è subordinato, pur in presenza di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso), alla dimostrazione, secondo un giudizio di prognosi formulato ex ante, che l'aspirazione al provvedimento fosse destinata nel caso di specie ad esito favorevole, quindi alla dimostrazione, ancorché fondata con il ricorso a presunzioni, della spettanza definitiva del bene collegato a tale interesse, ma siffatto giudizio prognostico non può essere consentito allorché detta spettanza sia caratterizzata da consistenti margini di aleatorietà, come nel caso di specie in ordine al bene della vita cui poteva in astratto aspirare parte ricorrente, cioè la indizione della gara in luogo della proroga contestata, la relativa partecipazione alla gara seguita dalla relativa vittoria (cfr. ad es. Tar Liguria n. 225 del 2012).

Passando all'individuazione della lesione effettivamente subita, va rilevato che secondo condivisibile orientamento giurisprudenziale "in materia di risarcimento del danno derivante dall'illegittimo ricorso alla trattativa privata, proprio perché non c'è stata gara non

è possibile una valutazione prognostica e virtuale sull'esito di una procedura comparativa mai svolta. Non è possibile prevedere, in particolare, quali e quante offerte sarebbero state presentate, quale offerta avrebbe presentato l'impresa che chiede il risarcimento, e se tale offerta sarebbe stata, o meno, vittoriosa. Quando ad un operatore è preclusa "in radice" la partecipazione ad una gara, onde non è possibile dimostrare, "ex post", né la certezza della sua vittoria, né la certezza della non vittoria, la sola situazione soggettiva tutelabile è la chance, e cioè l'astratta possibilità di un esito favorevole (Consiglio di Stato sez. V 2 novembre 2011 n. 5837; Consiglio di Stato sez. V 18 aprile 2012 n. 2256). Pertanto, non può trovare accoglimento la domanda della società ricorrente che, muovendo dall'idea di un danno per mancata aggiudicazione, ha calcolato il valore economico del pregiudizio quantificandolo nell'80% le chances di aggiudicazione e nel 10% del prezzo di aggiudicazione del servizio il mancato guadagno.

Quanto al danno alla chance, unica voce risarcibile, è stato evidenziato che "nelle gare pubbliche la risarcibilità della chance, la quale consiste nella ragionevole probabilità, già presente nel patrimonio del danneggiato, di conseguire un risultato economico utile, non può intendersi subordinata all'offerta in giudizio di una prova in termini di certezza, perché ciò è logicamente incompatibile con la natura di tale voce di danno, risultando invece sufficiente che gli elementi addotti, in virtù dell'inderogabile principio contenuto nell'art. 2697 c.c., consentano una prognosi concreta e ragionevole circa la possibilità di vantaggi futuri, invece impediti a causa della condotta illecita altrui; la chance costituisce infatti lo strumento concettuale grazie al quale sono ammessi alla tutela risarcitoria

aspettative di incremento patrimoniale, vantaggi proiettati nel futuro, mediante una attualizzazione della relativa possibilità di conseguirli, segnalandosi per configurare, simultaneamente, una posizione sostanziale derivata dall'utilità finale che la prefigura e una tecnica di liquidazione del danno, connessa al tipo di elemento patrimoniale indeterminato a priori, ma comunque determinabile, sotteso alla peculiare situazione sostanziale vulnerata" (Consiglio di Stato sez. V, 2 maggio 2013 n. 2399).

Il grado di possibilità di aggiudicazione indicato da parte ricorrente è ben superiore a quello qualificabile in termini di probabilità, dal momento che è certo che alla gara da effettuarsi non si esclude che potessero partecipare altri concorrenti del settore, oltre alla ricorrente e ad A2A, che già operano sul territorio.

La percentuale di possibilità di aggiudicazione si riduce quindi al 20/30% e nella quantificazione del mancato guadagno è necessario considerare che per vincere l'appalto la ricorrente avrebbe dovuto offrire un prezzo inferiore a quello applicato dalla controinteressata, che presumibilmente avrebbe offerto lo stesso di quello applicato nel periodo delle proroghe, o anche quello inferiore.

In applicazione all'art 30 comma 3 c.p.a. e in considerazione del fatto che parte ricorrente avrebbe potuto anche impugnare la prima proroga (diffidando quindi fin dalla scadenza del contratto l'Azienda ad effettuare la gara), il risarcimento va limitato ai periodi corrispondenti ai contratti dei quali si chiede l'annullamento, quindi dal 1 ottobre al 31 ottobre 2014, dal 1 novembre al 31 gennaio 2015.

Ritiene il Collegio, sulla base di tutti questi elementi, che il criterio a cui occorre fare riferimento per il risarcimento del danno, come

perdita dell'opportunità di poter divenire aggiudicatario, debba essere quello equitativo, nella misura del 5% dell'utile conseguito dalla controinteressata, nello stesso servizio e sempre limitatamente ai periodi sopra indicati.

Ritiene altresì il Collegio che si debba anche escludere il danno curriculare: poiché detta voce di danno, ontologicamente non diverso da quello legato al mancato perseguimento dell'interesse positivo, deriva dalla mancata esecuzione del contratto, per cui deve essere provato che il servizio doveva essere necessariamente aggiudicato.

L'ASL presenterà alla società ricorrente una proposta di liquidazione del risarcimento del danno, nella misura calcolata secondo i criteri poc'anzi descritti, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione della presente decisione, o notificazione, se anteriore.

7) In conclusione il ricorso e i motivi aggiunti devono essere accolti, nei limiti di cui in motivazione, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Va altresì accolta la domanda di risarcimento dei danni, secondo i criteri e le modalità indicati in motivazione.

Resta peraltro da dire che l'Amministrazione ha dimostrato un'inescusabile superficialità nella condotta, avendo come detto, ritardato in modo ingiustificato l'avvio della procedura di gara, con pregiudizio per il pubblico interesse all'efficace e celere svolgimento di tale procedura.

Per tale ragione, il Collegio ravvisa sufficienti elementi per informare la Procura regionale della Corte dei conti di Torino,

inviandole la presente sentenza nonché gli atti del fascicolo, per le valutazioni di competenza in tema di possibile danno erariale.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione.

Accoglie la domanda di risarcimento e condanna l'ASL a liquidare il danno secondo i criteri e le modalità indicati in motivazione.

Condanna l'ASL di Alessandria e la società A2A Calore a liquidare a favore della ricorrente la somma di € 2.000,00 (per un totale di € 4.000,00), oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/04/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)