

Responsabilità della P.A. per mancato buon esito della gara e lesione del diritto ad autodeterminarsi liberamente nelle trattative negoziali
(Consiglio di Stato, sez. III, sent. 24 settembre 2019 – 31 ottobre 2019, n. 7448)

Quando la Pubblica Amministrazione, dopo aver indetto una procedura a evidenza pubblica successivamente rivelatasi viziata, sceglie di cambiare radicalmente la propria pregressa strategia gestionale, evitando di emendare la procedura viziata ovvero semplicemente di rieditarla, può configurarsi una responsabilità precontrattuale a suo carico, non potendo certo essere esclusa per la sola ragione che, anziché limitarsi a ritirare gli atti della procedura pregressa, la stazione appaltante abbia optato per una diversa soluzione gestionale, di fatto preclusiva del buon esito della precedente. Non è in contestazione, infatti, la legittimità dell'operato amministrativo, ma la lesione dell'incolpevole affidamento riposto dalla parte nella definizione della procedura, piuttosto che nell'aggiudicazione. Fermo il potere riconosciuto all'Amministrazione ha ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, il solo fatto di essersi mossi nell'alveo della discrezionalità amministrativa legittimamente esercitata non implica automaticamente il venir meno di qualsivoglia fattispecie di danno, laddove ne sussistano gli estremi. La legittimità della decisione amministrativa, infatti, non può di per sé interrompere il nesso causale rispetto ad un evento dannoso che si è di fatto già prodotto, in quanto riconducibile alla lesione del diritto ad autodeterminarsi liberamente nella fase delle trattative negoziali contrattuali. Se per regola, dunque, laddove non vi è stata alcuna aggiudicazione, nessun ristoro spetta per le spese di partecipazione sostenute, rientrando esse nella normale alea di partecipazione a gare ad evidenza pubblica, per loro natura caratterizzate dall'esito incerto, compresa la possibilità che l'Amministrazione cambi motivatamente idea e prenda altra legittima strada in luogo di completare la gara; ciò non può valere laddove si ritenga sussistente la responsabilità dell'amministrazione nel mancato buon esito della gara.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3315 del 2013, proposto dalla Siram s.p.a. in proprio e quale capogruppo mandataria dell'a.t.i. costituita tra Siram s.p.a., Gefi Servizi immobiliari s.p.a., Exitone

s.p.a. e Poliedra Sanità s.p.a., nonché in qualità di incorporante Siram Sì s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Bianchini e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n.14; nonché in proprio dalla Exitone s.p.a. e Poliedra Sanità s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Francesca Busetto e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n.14;

contro

l'Azienda sanitaria locale n.6 di Vicenza, oggi Berica n.8, in proprio e quale Azienda capofila dell'Area vasta della Provincia di Vicenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Bertolissi, Luigi Manzi e Paolo Piva, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5; l'Azienda sanitaria locale n. 3 di Bassano del Grappa, oggi n. 7 Pedemontana, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Manservisi e Vittorio Miniero, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Roberto Manservisi in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 44;

l'Azienda sanitaria locale n. 4 "Alto Vicentino", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Manzi e Cesare Janna, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5; l'Azienda sanitaria locale n. 5 "Ovest Vicentino", oggi Berica n. 8, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Manzi e Mario Testa, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

nei confronti

la A2A Calore & Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Alessandra Bazzani, Vittorio Domenichelli e Francesco Sciaudone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Sciaudone in Roma, via Pinciana, n. 25; la Prima Vera s.p.a. e la Antas s.r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali, non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Pvb Solutions s.p.a. (già Energy Service s.r.l.) non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 84/2013, resa tra le parti, concernente una domanda di risarcimento danno per illegittima esclusione da una procedura di gara

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio, con appello incidentale, delle Aziende UU.LL.SSS. nn. 4, 5 e 6 della Regione Veneto;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda U.L.S. n. 3;

Viste le memorie e le memorie di replica;

Relatore nell'udienza del giorno 24 settembre 2019 il Cons. Antonella Manziona e uditi per le parti l'avvocato Francesca Busetto, l'avvocato Paolo Caruso, su delega dell'avvocato Luigi Manzi,

l'avvocato Mario Testa, su delega dichiarata dell'avvocato Paolo Piva, l'avvocato Belli, su delega dichiarata dell'avvocato Vittorio Miniero e l'avvocato Iacovone, su delega dichiarata dell'avvocato Francesco Sciaudone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'odierna vicenda trae origine dal mancato perfezionamento di una procedura ad evidenza pubblica indetta dall'Unità socio sanitaria "Vicenza" (in prosieguo ASL 6) alla scadenza del rapporto contrattuale già instaurato con l'odierna appellante Siram s.p.a. nell'ambito di una convenzione stipulata nel 2002 ai sensi dell'art. 58 della l. n. 388 del 2000, con la Consip s.p.a.

L'Azienda ha gestito la procedura avente ad oggetto il servizio "energia e calore" per le strutture di pertinenza in qualità di capofila, su mandato delle altre tre della cosiddetta "Area vasta" (ovvero tutte quelle della provincia di Vicenza).

La gara di appalto veniva bandita per un periodo di nove anni ed un importo a base d'asta di euro 225.013.450,00, ma, come meglio specificato nel prosieguo, non andava a buon fine, risultando escluse per varie motivazioni tutte le a.t.i. che vi avevano partecipato.

Pertanto, con delibera n. 396 del 18 agosto 2009 essa veniva dichiarata formalmente chiusa.

2. Avverso la propria esclusione, motivata sul presupposto dell'insufficiente documentazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria ed economico-organizzativa richiesti dalla *lex specialis* di gara in riferimento, rispettivamente, alla dichiarazione delle due mandanti Exitone s.p.a. e Poliedra Sanità s.p.a. di un fatturato per servizi analoghi pari a zero, e alla mancata presentazione, da parte delle medesime aziende, dell'elenco dei servizi analoghi, la Siram, in proprio e quale mandataria, e le ridette due imprese mandanti, proponevano ricorso dinanzi al T.A.R. per il Veneto, impugnando anche la richiamata delibera n. 396 del 2009.

3. Con la sentenza n. 1840 del 2010 il T.A.R. per il Veneto, Sez. I, accoglieva il ricorso riconoscendo l'illegittimità dell'esclusione, in quanto in contrasto con il disposto dell'art. 1.05.02, paragrafo 5, punto 5a) del disciplinare di gara, integrativo del bando, che richiedeva che, in caso di RTI, il requisito del "*fatturato globale d'impresa per servizi analoghi riferiti agli ultimi tre esercizi finanziari*" fosse posseduto "*dal Raggruppamento nel suo complesso*", e non dalle singole aziende aderenti, fermi restando alcuni limiti percentuali pretesi per la capofila.

4. Con la sentenza n. 6541 del 2011, la Sezione V di questo Consiglio di Stato, nel giudizio di appello avverso detta sentenza del T.A.R. per il Veneto n. 1840 del 2010, dichiarava l'improcedibilità del ricorso originario per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto non si era tenuto conto della preesistente sopravvenienza della delibera della ASL 6 n. 487 del 16 ottobre 2009, con la quale si disponeva l'adesione alla nuova convenzione Consip - Lotto 3 per un servizio sostanzialmente analogo (ancorché non del tutto sovrapponibile) in relazione agli stessi presidi sanitari.

In ragione tuttavia dell'esplicita richiesta di pronuncia sul provvedimento di esclusione dalla gara ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, comma 3, c.p.a., la sentenza n. 6541 del 2011 ne confermava l'affermata illegittimità: né il bando, né il disciplinare, infatti, nell'esplicitare i requisiti di partecipazione, consentivano di operare qualsivoglia distinzione sulle possibili diverse configurazioni delle a.t.i., laddove l'amministrazione aveva sostenuto che, in caso di associazione di tipo verticale misto, quale quella facente capo alla ricorrente, non poteva valere la regola generale, residuando comunque una responsabilità (sia pur attenuata) dell'impresa mandante da cui sarebbe

disceso l'obbligo di provare il possesso dell'autonoma capacità tecnico-finanziaria distinta da quella del raggruppamento.

5. Sulla base di tale riconosciuta illegittimità, la società Siram s.p.a., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria dell'a.t.i., nonché le società Exitone s.p.a. e Poliedra Sanità s.p.a. ad essa aderenti, proponevano un nuovo ricorso dinanzi al T.A.R. per il Veneto, al solo scopo di ottenere ristoro per equivalente dei danni patiti in dipendenza della illegittima esclusione dalla procedura di gara.

6. Con la sentenza n. 84 del 22 gennaio 2013 il Tribunale adito accoglieva il ricorso, ritenendo sussistente la fattispecie di illecito idonea a fondarne la pretesa.

Preso atto che l'adesione alla convenzione Consip aveva fatto venir meno la possibilità di un ristoro in forma specifica dell'interesse pretensivo di cui era portatrice l'a.t.i. ricorrente, ponendosi quale evento impeditivo (esterno alla procedura selettiva) della prosecuzione così come dell'astratta reiterabilità della gara originaria, il T.A.R. riconosceva quale unica residua possibilità di tutela quella del risarcimento per equivalente, in quanto la richiesta prova della colpevolezza dell'amministrazione procedente sarebbe stata desumibile dalle stesse ragioni della declaratoria di illegittimità, ovvero l'aver la Commissione di gara disatteso le previsioni del bando, peraltro preventivamente esplicitate in senso conforme alle relative previsioni testuali con la risposta al quesito n. 69.

L'avvenuta causazione di un danno nella fase antecedente l'aggiudicazione del contratto ne implicava la riconduzione al paradigma della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione quale *species* di quella extracontrattuale, che si fonda, ai sensi dell'art. 1337 c.c., sulla violazione dei principi di correttezza e buona fede cui sarebbe tenuto anche il soggetto pubblico nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

Sulla base di tali considerazioni, il T.A.R. ha comunque negato sia il lucro cessante, consistente nel mancato utile derivante dall'aggiudicazione del contratto; sia quello curriculare, limitandosi a riconoscere il danno emergente per i costi inutilmente sopportati per la predisposizione dell'offerta e per la partecipazione alla gara, quantificati in via equitativa in euro 35.000,00.

7. Avverso tale sentenza hanno proposto appello le originarie ricorrenti, lamentando il mancato riconoscimento delle varie voci di danno avanzate. In particolare, avendo richiesto che, ove il lucro cessante non fosse stato loro riconosciuto nella misura correlata alla mancata aggiudicazione, venisse loro comunque riconosciuto un danno da perdita di *chance*, esse si dolgono della mancata pronuncia esplicita del T.A.R. sullo specifico punto.

La decisione di avvalersi di Consip per il servizio originariamente messo a gara sarebbe poi stata incongruamente individuata quale spartiacque per escludere le voci di danno richieste, enfatizzandone le ricadute negative sulla risarcibilità di un'aggiudicazione di fatto resa impossibile dalla diversa scelta gestionale attuata dall'Amministrazione.

Le appellanti contestavano infine il modello di responsabilità al quale il T.A.R. ha ricondotto lo schema risarcitorio (la responsabilità precontrattuale), ritenendo più consono il richiamo a quella extracontrattuale *ex art.* 2043 c.c.

La somma di cui viene reiterata la richiesta, pertanto, è pari ad euro 539.226,18 a titolo di danno emergente; 20.399.312,11, a titolo di lucro cessante, importo calcolato in ragione del 10 % dell'importo a base d'asta, per come ribassato dall'offerta dell'impresa; infine euro 10.119.965,60,

pari al 5 % dell'importo complessivo dell'appalto, diminuito del ribasso offerto, per danno curriculare.

In relazione alla perdita di *chance*, non sarebbe possibile prescindere dalla propria posizione diversificata nell'ambito della procedura: sono infatti solo due i partecipanti che hanno visto conclamata la illegittimità della loro esclusione da una pronuncia del giudice amministrativo, dato che i ricorsi delle altre due partecipanti erano invece stati respinti dal T.A.R. e poi dichiarati improcedibili dal Consiglio di Stato: non avendo esse proposto ulteriore impugnazione, si deve ritenere che i provvedimenti di esclusione si siano consolidati.

Esse osservano che il criterio del 10% della base d'asta su cui calcolare il chiesto lucro cessante è ormai consolidato in giurisprudenza e che, contrariamente a quanto asserito dalle appellanti incidentali, avrebbero depositato prova in ordine al c.d. *aliunde perceptum*.

Le appellanti concludono che il danno curriculare non deve essere parametrato alla somma eventualmente liquidata a titolo di lucro cessante come sostenuto nell'appello incidentale della AUSLL n. 5, ma all'importo complessivo dell'appalto.

8. Si sono costituite in giudizio le quattro (originarie) Aziende UU.LL.SS. della Provincia di Vicenza, tre delle quali (l'Azienda U.L.S. n. 6, capofila e delegata alla gestione della gara; l'Azienda U.L.S. n. 4 e l'Azienda U.L.S. n. 5) proponendo anche appello incidentale per ottenere la riforma della sentenza del T.A.R. per il Veneto nella parte in cui ha comunque riconosciuto una somma a titolo di risarcimento danni alle ricorrenti.

8.1. Negli appelli incidentali, le Amministrazioni sopra indicate ripropongono le ragioni di inammissibilità e di infondatezza già dedotte in primo grado e non condivise o non esaminate dal giudice di prime cure.

In particolare, esse eccepiscono la inammissibilità ed improcedibilità della domanda per mancata impugnazione degli atti di adesione alla convenzione Consip, degli atti successivi di affidamento del medesimo servizio e della delibera n. 522 del 5 luglio 2012, con la quale sono stati, infine, ritirati tutti gli atti relativi alla gara *de qua*.

Le Amministrazioni insistono per la conferma della sentenza appellata in relazione al mancato riconoscimento di *chance* risarcibile, posto che vi erano, nella specie, più di due legittimi partecipanti alla gara da cui l'a.t.i. era stata illegittimamente esclusa, con la conseguenza che si sarebbe di fronte a una probabilità di riuscita inferiore al 50%, in quanto tale non risarcibile.

Inoltre, le appellanti incidentali asseriscono che la sentenza sarebbe errata nella parte in cui riconosce l'illegittimità del provvedimento di esclusione, adottato sulla base della ritenuta peculiarità del raggruppamento ricorrente (l'essere un raggruppamento di tipo verticale misto), cui non poteva riferirsi né la risposta al quesito n. 69, né il bando di gara.

La sentenza sarebbe poi contraddittoria per aver ritenuto da una parte legittima la delibera di adesione alla Consip e dall'altra sussistente una responsabilità precontrattuale delle Amministrazioni per violazione degli obblighi di buona fede e correttezza.

Non sarebbe stata fornita la prova rigorosa della percentuale di utile effettivo che l'a.t.i. avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria, essendosi la stessa limitata ad indicare la somma corrispondente all'utile sperato; né sarebbe stata altresì fornita la prova di non aver concorso ad aggravare il danno e quella di non aver potuto utilizzare altrimenti le maestranze, tenuto anche conto della fruita ulteriore proroga dello svolgimento del servizio oggetto dell'appalto.

Le appellanti incidentali segnalano inoltre che, nel capitolato speciale per la gara in questione, era prevista la facoltà di recesso *ad nutum* dell'Amministrazione committente mediante semplice preavviso non inferiore a tre mesi e che tale periodo costituisce l'unico dato certo sulla durata del contratto, al quale commisurare la valutazione dell'utile.

Esse sostengono infine che il danno curriculare sarebbe del tutto assente in quanto non provato, oltre che in contrasto con la posizione di assoluto rilievo che l'impresa capofila riveste da sempre sul territorio in ragione di pregressi e reiterati rapporti contrattuali con le Aziende che vi operano.

8.2. Le AA.SS.LL. 4 e 5 nel loro appello incidentale aggiungono, per quanto le concerne, considerazioni in ordine all'assenza di qualsiasi colpa in capo alle medesime, essendosi esse limitate a conferire procura alla ASL 6 "*per procedere, nel rispetto della normativa vigente in materia, allo svolgimento della gara di appalto*".

La sentenza gravata sarebbe pertanto erronea anche nella parte in cui riconosce come solidale la responsabilità tra le Amministrazioni resistenti, pretermettendo il ruolo da ciascuna svolto nella procedura *de qua*, nonché il fatto che comunque il capitolato speciale prevedeva che l'aggiudicazione avrebbe comportato la formazione di distinti contratti tra l'aggiudicatario e le singole Aziende sanitarie, ciascuno riguardante lo specifico servizio da erogare a favore di ciascuna (in particolare, per la ASL 4 il servizio era previsto solamente per la durata di due anni).

Esse invocano infine l'applicabilità del principio espresso dall'Adunanza Plenaria 23 marzo 2011, n. 3, che esclude che siano risarcibili i danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento generatore dei medesimi e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tutela previsti dall'ordinamento. La mancata impugnazione avrebbe fatto venir meno il nesso causale e l'ingiustizia del danno.

9. Con memoria difensiva Exitone s.p.a. e Poliedra Sanità s.r.l. in liquidazione contestano tutte le argomentazioni svolte negli appelli incidentali.

Infine, con memoria di data 3 settembre 2019, dopo aver rilevato che Siram s.p.a., essendo rimasta inattiva a seguito della notifica dell'avviso di perenzione, non è più parte del procedimento, riducono l'importo della somma richiesta a euro 349.160, 50, calcolato avendo riguardo alla ripartizione delle quote appalto, versata in atti.

10. Nelle memorie conclusive e nelle memorie di replica depositate in vista dell'udienza di merito, le Amministrazioni resistenti all'appello principale e appellanti incidentali precisano le argomentazioni già svolte con i precedenti atti. In particolare, la Azienda U.L.S. n. 4 ha eccepito l'inammissibilità della richiesta residua delle società facenti parte della a.t.i., una volta venuta meno la partecipazione della mandataria all'odierno giudizio.

11. Si è costituita in giudizio anche la A2A Calore & Servizi s.r.l. quale società aggiudicataria del servizio a seguito della decisione della Azienda U.L.S. n. 6 di aderire allo specifico lotto Consip,, chiedendo la conferma dell'avvenuta esclusione di qualsivoglia profilo di responsabilità a suo carico, già affermata dal giudice di prime cure, nonché la declaratoria di insussistenza dell'invocata responsabilità extracontrattuale, incongruamente fatta gravare anche sulla stessa.

12. La causa è stata discussa e trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 24 settembre 2019.

DIRITTO

13. Preliminarmente il Collegio, preso atto che a seguito della comunicazione dell'avviso di perenzione hanno richiesto la fissazione dell'udienza *ex art. 82 c.p.a.* solo Exitone s.p.a. e Poliedra

Sanità s.r.l. in liquidazione, dichiara perento l'appello nei confronti di Siram s.p.a., in proprio e quale mandataria della a.t.i. comprensiva delle due residue parti appellanti.

14. Il Collegio ritiene che, in base ai principi di economia processuale e di logicità, sia opportuno nel caso in esame esaminare prioritariamente gli appelli incidentali delle Amministrazioni resistenti, nella parte in cui ripropongono le questioni di inammissibilità del ricorso in primo grado.

Anche nel merito, esse impugnano aspetti della sentenza di primo grado logicamente antecedenti, in quanto concernenti la stessa esistenza del danno come conseguenza della esclusione dalla gara, aspetti sui quali il T.A.R. si è pronunciato a favore dell'appellante principale.

L'appello principale, invece, concerne la quantificazione del danno medesimo, riconosciuto soltanto in relazione a quello emergente, limitato peraltro in via equitativa rispetto alla richiesta di parte.

15. Le questioni di inammissibilità e improcedibilità della domanda per mancata impugnazione degli atti di adesione alla convenzione Consip, degli atti successivi di affidamento del medesimo servizio e della delibera n. 522 del 5 luglio 2012, con la quale sono stati, infine, ritirati tutti gli atti relativi alla gara *de qua* si palesano infondati e come tali da respingere.

Alla prima eccezione preliminare di inammissibilità deve essere opposta la contraria constatazione che la delibera di adesione alla convenzione Consip n. 487/2009 è stata ritualmente impugnata in un autonomo giudizio concluso con la sentenza n. 3461/2009 del medesimo T.A.R. per il Veneto, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 1072/2011.

15.1. Nella richiamata pronuncia vengono preliminarmente richiamati gli atti con i quali sono state disposte ulteriori proroghe a vantaggio della Siram: con deliberazione n. 451 del 22 settembre 2009 il direttore generale della Azienda U.L.S. n. 6, nelle more dell'espletamento della nuova gara, prorogava la convenzione in essere fino al 31 agosto 2010 quanto agli ospedali di Vicenza, Noventa Vicentina e Parco San Felice, e fino al 30 giugno 2010 per gli altri presidi; con la successiva deliberazione n. 487 del 16 ottobre 2009, il medesimo direttore generale limitava tuttavia la durata di tali affidamenti al 15 novembre 2009, avendo contestualmente disposto la ricordata adesione alla nuova convenzione Consip per lo stesso servizio.

«Ma nel contesto dell'affidamento unilaterale (e per sua intrinseca natura precario) disposto nei confronti della Siram nulla vietava (anzi, tutto consigliava) alla p.a. di rideterminarsi per un nuovo affidamento, ad essa indubbiamente consentito dalla legislazione vigente e che, perlomeno nel periodo di tempo previsto rispetto alla definizione del contenzioso in essere, le permettesse di realizzare un consistente risparmio di spesa (affidamento discendente da una convenzione Consip all'epoca in vigore, rispetto ad altra cessata nella sua normale vigenza e già reiteratamente prorogata dalla stessa Azienda nei riguardi della Siram)».

15.2. Riguardo alla seconda eccezione preliminare di inammissibilità, concernente la mancata impugnazione della delibera n. 522 del 5 luglio 2012, con la quale sono stati ritirati tutti gli atti relativi alla gara *de qua*, essa appare egualmente inconferente, stante che trattasi di un atto meramente consequenziale e, al momento in cui avviene, inutile e pleonastico rispetto ad effetti già determinati e consolidatisi sulla base della delibera di adesione alla convenzione Consip n. 487/2009, autonomamente impugnata, e, in base all'esito del relativo contenzioso, risultata insindacabilmente legittima.

16. Chiarito quanto sopra, può passarsi alla disamina delle contrapposte tesi circa la sussistenza di una fattispecie di danno risarcibile in ragione dell'avvenuta declaratoria di illegittimità

dell'esclusione dalla gara ovvero circa l'entità dello stesso, in ragione delle singole voci ritenute liquidabili.

17. Il Giudice di prime cure ha ritenuto di evocare il paradigma della responsabilità precontrattuale «che si fonda, ai sensi dell'art. 1337 cod.civ., sulla violazione dei principi di correttezza e buona fede cui è tenuto anche il soggetto pubblico "nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto"» (§ 9.6. della sentenza impugnata), quale cornice normativa pertinente a riconoscere e nel contempo circoscrivere il richiesto ristoro.

Le appellanti principali, dopo aver contestato il richiamo a ridetto modello, evocando quello della responsabilità aquiliana, anche allo scopo di attrarre nella sfera della responsabilità l'azienda aggiudicataria del servizio in forza dell'adesione al lotto Consip (la intimata A2A), nella memoria di replica da ultimo depositata in data 3 settembre 2019, invocano invece la più recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che in relazione a fattispecie simili a quella in esame ha riconosciuto la sussistenza della responsabilità precontrattuale dell'amministrazione (v. Cons. Stato, Adunanza plenaria del 4 maggio 2018, n. 5).

18. Al contrario, le appellanti incidentali lamentano la ritenuta sussistenza del nesso causale tra il danno da risarcire e l'esclusione dalla gara dichiarata illegittima dal Consiglio di Stato con la richiamata sentenza n.6541/2011, sostanzialmente negando qualsivoglia forma di responsabilità, anche precontrattuale, nella fase antecedente l'aggiudicazione del contratto.

Da ultimo, le Amministrazioni richiamano la decisione di questo Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748) con la quale è stata definita l'analoga vicenda conseguente al contenzioso intrapreso da un'altra delle a.t.i. escluse, ovvero quella facente capo alla Pvb Solution s.p.a. (già Energy Service s.r.l.): con essa è stata annullata, infatti, la sentenza del T.A.R. per il Veneto n. 85/2013, che aveva riconosciuto anche a tale raggruppamento l'identica somma di euro 35.000,00 per danno emergente corrispondente alle spese di istruttoria, in accoglimento degli appelli incidentali delle medesime AA.SS.LL. laddove sostengono l'avvenuta interruzione del nesso causale in ragione della sopravvenuta scelta adesiva a Consip.

19. La necessaria ricostruzione della complessa vicenda sottesa all'odierno contenzioso rende a questo punto opportuno, ritiene la Sezione, un riepilogo degli esiti dei precedenti giudizi, già richiamati nei paragrafi precedenti, per puntualizzarne sinteticamente l'incidenza sulla decisione.

A tal fine va dunque ricordato che:

- il T.A.R. per il Veneto, con la sentenza n. 1840 del 7 maggio 2010, confermata *in parte qua* ai soli fini risarcitori dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 6541/2011, ha statuito l'illegittimità del provvedimento di esclusione dell'a.t.i. facente capo alla Siram s.p.a.;
- nel richiamato giudizio presso il Consiglio di Stato, si è comunque dichiarata l'improcedibilità del ricorso in primo grado per sopravvenuta carenza di interesse sulla base del presupposto che non si era tenuto conto ai fini della decisione della delibera di adesione alla Consip;
- l'adesione alla nuova convenzione Consip è stata a sua volta riconosciuta legittima (oltre che opportuna, perché economica) dal Consiglio di Stato, che ha confermato quanto statuito al riguardo dal T.A.R. (sentenza n. 1072/2010, di reiezione dell'appello proposto avverso la sentenza n. 3461/2009);
- la domanda risarcitoria intentata da altra a.t.i., pure illegittimamente esclusa dalla procedura ad evidenza pubblica indetta dalla ASL 6, è stata respinta dal Consiglio di Stato (sentenza n. 3748/2015)

sull'esplicitato presupposto della non configurabilità prima dell'aggiudicazione di responsabilità precontrattuale; una volta venuta meno la possibilità di aggiudicazione, di qualsivoglia forma di responsabilità. Va tuttavia precisato, rileva ancora la Sezione, che nel caso di specie l'illegittimità del provvedimento di esclusione era stato affermato non nel procedimento instaurato allo scopo, ma unitamente alla richiesta di ristoro autonomamente avanzata al T.A.R. per il Veneto, poiché nel definire l'impugnativa dello stesso il Consiglio di Stato si era limitato a dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse, senza esprimersi nel merito, non essendogli stato espressamente richiesto di decidere ai sensi dell'art. 34 c.p.a.

Ne consegue che, diversamente da quanto accaduto nella vicenda che ora in esame, in tale fattispecie non preesisteva alcun giudicato sulla illegittimità della esclusione dalla gara della a.t.i. Pvb Solution s.p.a.

20. La legittimità dell'adesione alla Convenzione Consip non è posta in dubbio nemmeno nella sentenza del T.A.R. n. 84/2013, che al contrario basa su di essa la riconosciuta impossibilità di un risarcimento in forma specifica.

21. Occorre pertanto valutare quali siano le conseguenze dell'avvenuta opzione per tale diversa scelta gestionale sulla concatenazione dei fatti conseguiti all'avvenuto annullamento per illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara. In sintesi, occorre comprendere se essa abbia determinato, come sostenuto dalle Aziende appellanti incidentali e condiviso anche da questo Consiglio di Stato nella richiamata sentenza del 2015 (i cui presupposti, tuttavia, per quanto appena detto, risultavano diversi), uno iato tra la condotta scorretta dell'Amministrazione e oò danno, con ciò interrompendo il nesso di causalità.

21.1. Il Collegio ritiene che l'assunto, che trova fondamento nella negazione concettuale di una responsabilità precontrattuale antecedente la fase dell'aggiudicazione, a maggior ragione esclusa dalla concreta impossibilità di addivenire alla stessa essendosi interrotta la procedura originaria, non possa trovare accoglimento.

Una volta riconosciuta, infatti, in adesione ai recenti arresti di questa giurisprudenza amministrativa, la configurabilità di una responsabilità correlata alla violazione da parte della pubblica amministrazione, anche nell'esercizio di poteri autoritativi, dei principi di correttezza e buona fede costituzionalmente garantiti (nella fase procedimentale che precede la eventuale stipula del contratto), essa non può certo essere esclusa per la sola ragione che, anziché limitarsi a ritirare gli atti della procedura pregressa la stazione appaltante opti per una diversa soluzione gestionale, di fatto preclusiva del buon esito della precedente.

La vicenda, cioè, va scrutinata in concreto, alla ricerca di quel «*delicato punto di equilibrio tra la libertà contrattuale della stazione appaltante e la discrezionalità nell'esercizio delle sue prerogative pubblicistiche da una parte, rispetto del limite della correttezza e della buona fede, dall'altro*» (cfr. Ad. Plen., n. 5/2018, cit. *supra*).

22. Nel caso di specie, non è in contestazione la legittimità della scelta di cambiare radicalmente la propria pregressa strategia gestionale, evitando di emendare la procedura viziata ovvero semplicemente di rieditarla; ma la lesione dell'incolpevole affidamento riposto dalla parte nella definizione della procedura, piuttosto che nell'aggiudicazione, cristallizzata nella tipologia di vizio posto a base dell'avvenuta esclusione, ovvero conseguito alla sostanziale disapplicazione di una

clausola del bando, pur dopo averne esplicitato in senso inverso la lettura agli operatori che ne avevano fatto richiesta.

E d'altro canto il mero richiamo all'adesione alla Convenzione Consip, equivalente di fatto al ritiro degli atti di gara (come affermato anche nella sentenza n. 3748/2015, ove si parla di revoca) non può implicare l'interruzione di alcun nesso causale, bensì esclusivamente fondare la valutata impossibilità di un risarcimento in forma specifica, ovvero perimetrare l'assentibilità delle richieste di parte, come opportunamente affermato dal giudice di prime cure.

23. Correttamente dunque le appellanti principali considerano la richiamata adesione al lotto Consip conseguente alla conclusione senza esito della precedente gara e dunque di per sé idoneo presupposto per la richiesta di risarcimento del danno per equivalente, che ha proprio la funzione di ristorare il danneggiato cui non è più possibile conseguire direttamente il bene della vita.

24. Non è dunque revocabile in dubbio che la stessa indizione della gara del 2008 debba considerarsi oggettivamente superata dalla decisione della ASL 6 di aderire alla nuova convenzione Consip.

Ora, se ciò non può che collocarsi nel riconosciuto potere che l'Amministrazione ha ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990 di ripensare le proprie scelte per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, legittimando con ciò il provvedimento di revoca di una gara di appalto, disposta prima del consolidarsi delle posizioni delle parti e quando il contratto non è stato ancora concluso, motivato anche con riferimento al risparmio economico che deriverebbe dalla stessa (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. III, 30 luglio 2013, n. 4026); non ne consegue automaticamente il venir meno di qualsivoglia fattispecie di danno, laddove ne sussistano gli estremi, per il solo fatto che ci si è mossi nell'alveo della discrezionalità amministrativa legittimamente esercitata.

Nel caso di specie, dunque, una volta ravvisato il profilo di colpevolezza nella tipologia della scelta effettuata dall'Amministrazione con l'esclusione della a.t.i. dalla gara, cristallizzato in un precedente giudicato che ha chiaramente affermato l'avvenuta disapplicazione del bando, non una sua ipotetica erronea interpretazione, la decisione di non dare seguito alla procedura originaria per la ritenuta superiore convenienza dell'adesione ad offerta Consip, in una con la velocizzazione della scelta nelle more della definizione del contenzioso, superando la discutibile pregressa prassi della proroga, non può di per sé interrompere il nesso causale rispetto ad un evento dannoso che si è di fatto già prodotto, in quanto riconducibile alla lesione del diritto ad autodeterminarsi liberamente nella fase delle trattative negoziali contrattuali.

24.1. Per una situazione solo in apparenza accidentale e contingente, in quanto in realtà ascrivibile alla propria condotta, l'Amministrazione si è dunque avvalsa di una facilitazione procedurale (evitando una formale revoca della gara come avrebbe dovuto fare per ottenere lo stesso risultato ma a procedura ancora in corso), per compiere un atto sotto ogni aspetto lecito e motivato sotto il profilo del pubblico interesse, riservandosi peraltro espressamente la possibilità di ripensarla all'esito del contenzioso all'epoca ancora in corso.

25. Se per regola, dunque, laddove non vi è stata alcuna aggiudicazione, nessun ristoro spetta per le spese di partecipazione sostenute, rientrando esse nella normale alea di partecipazione a gare ad evidenza pubblica, per loro natura caratterizzate dall'esito incerto, compresa la possibilità che l'Amministrazione cambi motivatamente idea e prenda altra legittima strada in luogo di completare

la gara; ciò non può valere laddove si ritenga sussistente, come nel caso di specie, la responsabilità dell'amministrazione nel mancato buon esito della gara.

Ma a tale riguardo, l'adesione alla convenzione Consip si pone come unico, indipendente e "legittimo" fattore causale della sola mancata aggiudicazione; non ha al contrario alcun impatto sulla responsabilità riconducibile alla fase precedente, purché ovviamente se ne siano valutati sussistenti, come avvenuto nel caso di specie, tutti gli ulteriori elementi costitutivi (sul punto, v. ancora Cons. Stato, A.P. n. 5/2018).

26. Per tutto quanto sopra, gli appelli incidentali devono pertanto essere respinti anche in relazione ai motivi concernenti la affermata inesistenza del necessario nesso di causalità tra la ormai conclamata illegittimità dell'esclusione dalla gara e gli eventi per i quali si domanda il risarcimento del danno, avuto riguardo alla sopraggiunta decisione di non dare più seguito alla stessa.

27. Una volta, tuttavia, ricondotta al paradigma della responsabilità precontrattuale quella ascrivibile alla stazione appaltante che per sua colpa si è posta nella condizione di ricercare una – legittima- soluzione alternativa all'interruzione di una procedura di gara alla quale la parte ha partecipato, ne consegue automaticamente anche la corretta perimetrazione delle voci di danno attribuibili.

28. Le appellanti principali in primo luogo hanno chiesto il risarcimento del danno corrispondente al lucro cessante da mancata aggiudicazione, ritenendolo sostanzialmente provato dal peculiare esito del contenzioso avverso il provvedimento di esclusione: solo la a.t.i. facente capo alla Siram, cioè, si sarebbe vista riconoscere l'illegittimità dell'esclusione dalla gara, con ciò acquisendo una posizione diversificata dagli altri contendenti.

Quale alternativa, esse chiedono venga loro riconosciuto il danno da perdita di *chance*, inteso come valutazione della opportunità di fatto venuta meno in ragione della caducazione della procedura, di potersene aggiudicare l'oggetto.

29. La domanda è infondata, sotto entrambi i profili riproposta.

Come pure affermato dall'Adunanza plenaria nella richiamata pronuncia, ciò che il dovere di correttezza mira a tutelare «*non è, infatti, la conclusione del contratto, ma la libertà di autodeterminazione negoziale: tant'è che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il relativo danno risarcibile non è mai commisurato alle utilità che sarebbero derivate dal contratto sfumato, ma al c.d. interesse negativo (l'interesse appunto a non subire indebite interferenze nell'esercizio della libertà negoziale) o, eventualmente, in casi particolari, al c.d. interesse positivo virtuale (la differenza tra l'utilità economica ricavabile dal contratto effettivamente concluso e il diverso più e più vantaggioso contratto che sarebbe stato concluso in assenza dell'altrui scorrettezza)*».

A tal fine, va precisato che affinché nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose); egli dovrà anche provare «*sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate)*». Ed è evidente che nel caso di specie il ridetto "danno-conseguenza" avuto riguardo alle voci assertivamente invocate non risulta provato.

Una volta esclusa, peraltro, l'astratta possibilità di aggiudicazione della gara, essendo stata la stessa "superata" da una diversa scelta gestionale, neppure è ipotizzabile un danno da perdita di *chance*,

che peraltro si sarebbe dovuto calcolare avuto riguardo a tutte e quattro le aziende partecipanti: l'esito processuale favorevole alla ricorrente, infatti, non può non essere riguardato nel mutato contesto fattuale conseguito alla scelta di non dar seguito alla procedura originaria, di cui le altre a.t.i. partecipanti non possono che avere preso atto, senza che da ciò possa desumersi la loro implicita estromissione dalla procedura, ove la stessa non fosse stata abbandonata, ovvero addirittura se si fosse optato per la sua reiterazione.

29.1. Laddove, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha ammesso anche il ristoro della perdita di *chance* in caso di riconosciuta responsabilità precontrattuale (cfr. in tal senso – *inter alia* – Cons. Stato, Ad. Plen. , 5 settembre 2005, n. 6), esso è stato limitato alle sole occasioni di guadagno alternative cui l'operatore leso avrebbe potuto attingere in assenza del contegno dannoso dell'amministrazione.

«E' evidente al riguardo che, laddove si ammettesse (secondo le richieste dell'appellante) tale forma di ristoro della *chance* di guadagno, ne risulterebbe travolto il generale principio secondo cui, nelle ipotesi di responsabilità precontrattuale, non è ammesso il ristoro delle occasioni di guadagno connesse all'esecuzione del contratto mai stipulato (i.e.: il c.d. 'interesse positivo')» (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697).

30. Analoghe considerazioni vanno svolte in relazione all'invocato danno curricolare: chi si qualifica come creditore deve fornire una prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio *curriculum* professionale), quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somma liquidata a titolo di lucro cessante (Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803).

Nel caso di specie, invece, le appellanti - la cui capofila ha peraltro continuato a beneficiare, in via di proroga o di ulteriori affidamenti, di singole commesse nel settore - non ha fornito, e neppure affermato, qualsiasi principio di prova della lesione subita in conseguenza della mancata aggiudicazione, inserita peraltro in un contesto relazionale tutt'altro che sfavorevole alla ricorrente, tanto da dar adito alle riferite recriminazioni di altre imprese del settore di senso diametralmente opposto.

31. Il Collegio ritiene pertanto di poter confermare la statuizione del TAR secondo cui l'unica voce di ristoro risarcibile è quella connessa all'inutile partecipazione alla procedura, la cui esorbitante quantificazione di parte, pur nella misura parzialmente ridotta dalle due imprese residue appellanti, non trova alcun fondamento documentale a supporto.

L'invocato dispendio di risorse umane e professionali in ragione della -innegabile- complessità della gara, hanno opportunamente supportato la scelta equitativa adottata dal giudice di prime cure, che in questa sede si ritiene di condividere.

32. Resta infine da scrutinare un ultimo profilo di doglianza, avanzato dall'appellante incidentale Azienda U.L.S. n. 4 e concernente la contestata solidarietà della responsabilità ascritta alle quattro Aziende interessate, peraltro con estensioni e requisiti temporali diversi, alla fornitura del servizio messo a gara.

Il motivo è fondato.

Rileva infatti la Sezione come la scelta di un'Amministrazione di avvalersi di un modello organizzativo, ovvero di un accordo contrattuale con altra Amministrazione, allo scopo di ottimizzare le risorse, riducendo le spese, siccome da sempre auspicato per evitare la proliferazioni

delle stazioni appaltanti, non può implicare anche l'accollo della responsabilità per le condotte del soggetto delegato all'effettuazione della procedura.

Altro è, infatti, l'eventuale ripartizione degli oneri rivenienti (anche) da potenziali cause risarcitorie, oggetto presumibilmente di apposita regolamentazione di rapporti tra mandante e mandatario; altro l'osmosi della responsabilità, che si verrebbe a spalmare su tutti indistintamente, a prescindere da qualsivoglia profilo di colpevolezza nella relativa condotta.

33. In conclusione, quindi, il Collegio ritiene che l'appello principale debba essere respinto. Debbono essere altresì respinti gli appelli incidentali, ad eccezione del profilo di doglianza da ultimo scrutinato, di cui ai ricorsi delle Aziende USL n. 4 e 5, con ciò escludendosi la loro responsabilità solidale in relazione alla fattispecie precontrattuale di danno ritenuta sussistente, in quanto ascrivibile in esclusiva alla condotta della commissione di gara facente capo alla ASL n. 6.

Conseguentemente pertanto deve essere confermata la sentenza del T.A.R. per il Veneto n. 83/2013, salvo che per quanto sancito al § 11.3, che deve essere annullato, nei sensi e limiti di cui nella presente motivazione.

34. In ragione della complessità della vicenda e della reciproca soccombenza le spese tra le parti, devono essere compensate per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello principale e sull'appello incidentale della ASL 6, li respinge, e, per l'effetto, conferma la sentenza del T.A.R. per il Veneto n. 84/2013 per quanto riguarda i loro reciproci rapporti; accoglie in parte, nei sensi e limiti di cui in motivazione, gli appelli incidentali delle ASL n. 4 e 5, conseguentemente annullando il § 11.3 della richiamata sentenza n. 84/2013, come chiarito in motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere, Estensore