



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 400 del 2012, proposto da:

Pvb Solutions Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Silvio Bozzi, Franco Gaetano Scoca, Pietro Adami, con domicilio eletto presso Marco Solveni in Venezia, Castello, 5204;

contro

Azienda Ulss N. 6 Vicenza, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Bertolissi, Paolo Piva., Francesco Curato, con domicilio eletto presso Francesco Curato in Venezia, Piazzale Roma, 468/B; Azienda Ulss N. 3 Bassano del Grappa (Vi), rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Miniero, Erika Zanierato, con domicilio eletto presso Erika Zanierato in Mestre, Galleria Teatro Vecchio, 15; Azienda Ulss N. 4 Alto Vicentino, rappresentato e difeso dall'avv. Cesare Janna, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G; Azienda Ulss N. 5 Ovest Vicentino, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Testa, Pier Vettor Grimani, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G;

per l'annullamento

contratti - delibera riguardante gara d'appalto per affidamento servizio energia e calore per conduzione e gestione impianti delle strutture saniTARie e socio saniTARie

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ulss N. 6 Vicenza e di Azienda Ulss N. 3 Bassano del Grappa (Vi) e di Azienda Ulss N. 4 Alto Vicentino e di Azienda Ulss N. 5 Ovest Vicentino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 novembre 2012 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna domanda risarcitoria per il danno determinato da asserita «illegittima esclusione» dell'ATI ricorrente, già Energy Service s.r.l. (subita nell'ambito della procedura per l'affidamento in appalto del servizio "energia e calore" - Area vasta di Vicenza, pubblicata in data 5.7.2008), si inserisce nella medesima vicenda già esaminata dal

Consiglio di stato con la pronuncia della sez. V. n. 6540 del 2011 di parziale riforma della sentenza di questo TAR, sez. I, n. 1843 del 2010.

1.1. I passaggi in fatto della vicenda in questione, essenziali per l'odierno giudizio, possono essere riassunti nel modo che segue.

1.2. Scaduto il rapporto contrattuale instaurato nel 2003 dall'Unità Socio - Sanitaria n. 6 "Vicenza" (in prosieguo ASL 6), con la Siram s.p.a. – mandataria di apposito raggruppamento incaricato del servizio «energia e calore» nell'ambito di una convenzione stipulata nel 2002 ai sensi dell'art. 58, l. n. 388 del 2000 con la Consip s.p.a. – la suddetta ASL, nella qualità di capofila delle aziende sanitarie della c.d. Area Vasta (ovvero tutte quelle della provincia di Vicenza), indiceva una gara di appalto per il medesimo servizio «energia e calore» per un periodo di anni nove ed un importo a base d'asta di euro 225.013.450,00.

2. Alla gara partecipavano quattro raggruppamenti, fra cui quello capeggiato dall'odierna società ricorrente.

2.1. Tutti i raggruppamenti furono esclusi e la gara fu dichiarata definitivamente conclusa (cfr. delibera n. 396 del 18 agosto 2009).

2.2. Avverso il provvedimento di esclusione e la delibera n. 396 del 2009 l'a.t.i. Energy service proponeva ricorso, che veniva accolto da questo TAR, sez. I, con la sentenza n. 1843 del 2010.

2.3. Tale pronuncia ha affermato l'illegittimità della disposta esclusione sulla base delle seguenti considerazioni in fatto e in diritto:

a) «per quel che rileva nella fattispecie concreta all'esame, il n.6 dell'articolo 1.05.02 , relativo alla busta A - documentazione amministrativa - del disciplinare di gara regola la garanzia di cui all'articolo 75 del decreto legislativo 163/2006»;

b) «l'ultimo comma del n.6 prevede che “nel caso di offerta sottoscritta da più imprese, consorzi di cui all'articolo 34, comma 1 lettera e), del decreto legislativo 163 del 2006 o Geie, non ancora costituiti, la cauzione provvisoria deve essere intestata a tutte le imprese del costituendo raggruppamento o consorzio”»;

c) «il Collegio concorda con l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale (...), secondo cui, nel caso di partecipazione a una gara di appalto di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, è necessario non tanto che la polizza fidejussoria sia intestata a tutte le imprese che vi fanno parte, quanto piuttosto che la garanzia sia operativa nei confronti di tutti i partecipanti al raggruppamento»;

d) «l'esigenza da perseguire, infatti, è che la stazione appaltante sia garantita nei confronti di tutti i partecipanti all'ATI non ancora costituita non essendo rilevante il fatto che tutte le imprese abbiano o meno sottoscritto la polizza, né che la polizza sia intestata alla sola capogruppo, ma piuttosto che la garanzia sia operativa nei confronti di tutti i partecipanti al raggruppamento»;

e) sulla base di una analisi dei dati di fatto emergenti in via documentale, «seppure formalmente intestata solamente alla capogruppo mandataria, la polizza risulta sottoscritta anche dall'amministratore unico della mandante, sicché anche da parte di questa risulta la formale accettazione incondizionata di tutte le condizioni di garanzia previste, società mandante che è espressamente definita come tale anche nell'appendice allegata, che costituisce parte integrante della polizza, laddove invece viene esplicitato che la polizza è stipulata dalla mandataria anche in nome e per conto della mandante»;

e) «di conseguenza, risulta pacificamente rispettato il disciplinare di gara, laddove prevede come la cauzione debba essere intestata a tutte le imprese facenti parte del costituendo raggruppamento, anzitutto perché sottoscritta da entrambe le società, e quindi pienamente parti del contratto di garanzia, e a queste opponibile, inoltre perché l'appendice allegata espressamente riconosce che la polizza è stipulata dalla capogruppo anche in nome e per conto della mandante».

2.4. La citata sentenza di questo TAR, sez.I, n. 1843 del 2010 veniva impugnata dinanzi al Consiglio di stato il quale, considerato che nel frattempo, con delibera della ASL 6 n. 487 del 16 ottobre 2009 vi era stata adesione, con decorrenza 16 novembre 2009 e senza limiti di durata, alla nuova convenzione Consip – Lotto 3 per il medesimo servizio energia e calore in relazione agli stessi presidi sanitari, dichiarava l'improcedibilità del ricorso originario per sopravvenuta carenze di interesse.

2.4. In tale giudizio di appello, in mancanza di un'espressa richiesta di accertamento dell'illegittimità dell'esclusione dalla stessa subita ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, comma 3, c.p.a., è mancata una specifica statuizione sul punto.

2.4.1. Ad avviso della ricorrente, tuttavia, da detto difetto non potrebbe in alcun modo derivare alcun effetto preclusivo di un accertamento successivo.

2.5. Si evidenzia, al riguardo, che il Consiglio di stato, ancorché abbia affermato che anche l'azione di accertamento di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a. soggiace all'ordinario principio della domanda, ha al contempo osservato che, in base a tale assetto, la parte non «subisce pregiudizio alcuno, perché nel successivo giudizio potrà dimostrare la illegittimità del provvedimento quale presupposto del risarcimento del danno» (cfr. punto 7.3.3. della sentenza n. 6540 del 2011 del Consiglio di stato, sez. V).

3. Pertanto, alla luce di tale vicenda, la ricorrente chiede l'accertamento della illegittimità dell'esclusione ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, comma 3, c.p.a., nonché il ristoro per equivalente dei danni che si pretenderebbero patiti in dipendenza di essa, e segnatamente del:

a) danno emergente per i costi inutilmente sopportati dalle ricorrenti per la predisposizione dell'offerta e per la partecipazione alla gara da quantificarsi in 96.886,00 euro;

b) lucro cessante, derivante dalla perdita di chance, quantificato in 11.650.672,50 euro;

c) danno curriculare da quantificarsi in 5.625.336,25 euro.

4. Si sono costituite in giudizio tutte le Amministrazioni resistenti contestando la procedibilità, l'ammissibilità e comunque la fondatezza della pretesa risarcitoria avanzata dall'ATI ricorrente.

4.1. In particolare, le amministrazioni eccepiscono l'inammissibilità ed improcedibilità della presente domanda per omessa impugnazione, da un lato, degli atti successivi di affidamento del medesimo servizio, dall'altro, della delibera n. 522 del 5 luglio 2012 con la quale sono stati, infine, ritirati tutti gli atti relativi alla gara *de qua*.

4.2. In ogni caso, si evidenzia che nella specie non poteva non trovare applicazione il principio secondo cui «nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese, costituendo, la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti», poiché in mancanza verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante.

4.3. Inoltre si eccepisce in particolare l'insussistenza di alcuna *chance* risarcibile, posto che ricorrevano, nella specie, più di due legittimi partecipanti alla gara da cui l'ATI Energy Service (oggi PVB Solutions s.p.a.) era stata illegittimamente esclusa, con la conseguenza si sarebbe di fronte a una probabilità di riuscita inferiore al 50%, in quanto tale non risarcibile.

5. All'udienza del 15 novembre 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

6. L'odierna azione risarcitoria solleva due questioni fra loro logicamente subordinate: in primo luogo deve accertarsi se, nella vicenda sopra sintetizzata, ricorra o meno l'illegittimità dell'esclusione subita ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, comma 3, c.p.a.; in secondo luogo, e subordinatamente ad un esito positivo dell'accertamento suddetto, se ricorrano o meno gli estremi per il risarcimento del danno derivante dalla medesima illegittimità provvedi mentale.

6.1. Preliminarmente devono essere scrutinate le eccezioni di inammissibilità della odierna pretesa in ragione dell'omessa impugnazione, così come dell'ottenimento della relativa caducazione, degli atti concernenti l'affidamento ad altri soggetti della gestione del servizio in base a titoli diversi e successivi rispetto a quello originariamente oggetto della procedura di affidamento di area vasta indetta nel 2008.

6.2. Tali eccezioni non meritano accoglimento.

Gli affidamenti successivi, infatti, non costituiscono la prosecuzione della gara nell'ambito della quale si è verificata l'esclusione: l'indizione della gara del 2008 è infatti da ritenersi oggettivamente superata dalla decisione della ASL 6 di aderire alla nuova convenzione Consip Lotto 3 con la delibera n. 487 del 2009 che, dunque, ha inciso su elementi essenziali dell'appalto quali la durata e il numero degli immobili per i quali doveva essere prestato il servizio di «energia e calore».

6.3. Di qui l'irrelevanza, ai fini dell'ammissibilità dell'odierna pretesa risarcitoria, dell'impugnazione e/o dell'ottenimento della caducazione degli affidamenti operati successivamente e aventi ad oggetto servizi analoghi a quelli per i quali era stata originariamente indetta la procedura di affidamento per l'area vasta della Provincia di Vicenza.

6.4. Per le stesse ragioni deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità per l'omessa impugnazione della delibera n. 522 del 2012, poiché essa, a prescindere dall'esame dell'efficacia *ex nunc* ovvero *ex tunc* di detto atto, non ha inciso, eliminandolo, sul fatto, in tesi, generatore di responsabilità (*i.e.*: esclusione), ma solo sull'alveo procedimentale nell'ambito del quale esso si inserisce.

7. Passando all'esame del ricorso, posto che l'annullamento dell'esclusione già disposto con sentenza n. 1843 del 2010 di questo TAR non è più utile per l'a.t.i. ricorrente, deve accertarsi l'illegittimità dell'atto ai meri fini risarcitori che qui interessano, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a.

7.1. Sul punto giova ricordare che, nel caso di specie, l'esclusione era stata disposta poiché la Commissione aveva riscontrato che la cauzione provvisoria era sottoscritta sia dalla capogruppo che dalla mandataria Energy Service che dalla mandante CIDS, ma era intestata solamente ad "ATI Energy Service".

7.2. Quindi la Commissione, sulla base del disciplinare di gara che prevedeva che "in caso di offerta sottoscritta da più imprese, consorzi... non ancora costituiti, la cauzione deve essere intestata a tutte le imprese del costituendo raggruppamento o consorzio" e sulla base, altresì di precedenti giurisprudenziali in materia, decise di non ammettere alla gara la costituenda ATI Energy Service-CIDS in quanto la relativa cauzione provvisoria non risultava intestata a entrambe le ditte partecipanti al raggruppamento.

7.3. Orbene, come già rilevato da questo TAR, ancorché risultasse dall'intestazione che l'obbligato principale della garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria fosse ATI Energy Service srl, tuttavia, diversamente da quanto indicato nella parte descrittiva del modulo, nella parte relativa alla sottoscrizione del "contraente" la polizza riportava sia la firma di un procuratore con timbro di Energy Service srl, sia la firma dell'amministratore unico con timbro di CIDS Spa.

7.4. Inoltre l'allegata appendice, che formava parte integrante della suddetta polizza, risultava essere del pari sottoscritta nell'identica maniera alla voce "contraente", ove risultava testualmente affermato che "la presente polizza è stipulata dalla Energy Service srl in qualità di capogruppo mandataria anche in nome e per conto delle seguenti ditte: CIDS Centro Ingegneria dei Sistemi spa in qualità di mandante".

7.5. La ricostruzione in fatto della vicenda evidenzia, pertanto, la sussistenza di un'illegittimità provvedimento rispetto alla quale occorre verificare l'eventuale sussistenza di profili risarcitori ad essa ricollegabili, non derivando alcun ostacolo dalla pronuncia di improcedibilità intervenuta con la sentenza di appello sopra richiamata.

7.6. Infatti, l'adesione alla convenzione Consip ha 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, lasciando residuare, quale unica possibilità di tutela, quella del risarcimento per equivalente.

7.7. Peraltro, proprio tale evento impeditivo ha rilievo determinante nella perimetrazione dell'elemento oggettivo del danno in concreto patito, evidenziando che esso non concerne affatto quello conseguente alla mancata aggiudicazione della gara, ma la semplice illegittima esclusione da essa, in una fase in cui tutti i partecipanti versavano in una situazione pari ordinata.

7.8. Alla luce di tale considerazione, deve, rilevarsi che la posizione sostanziale della ricorrente non si differenzia da quella di eventuali altri concorrenti che abbiano in ipotesi subito un'identica lesione (per illegittima esclusione), trattandosi di situazioni soggettive, fra loro, autonome e, dunque, inidonee a incidere reciprocamente le une rispetto alle altre, diversamente da quanto accadrebbe nel caso di perdita di *chance* (quale oggettiva probabilità di ottenere il bene della vita anelato) per mancata aggiudicazione del servizio.

7.9. Come rilevato dal Consiglio di Stato nella citata sentenza n. 6540 del 2011, si tratta di uno scenario – procedimentale e processuale – assimilabile a quello che discenderebbe dalla mancata impugnativa dell'aggiudicazione definitiva da parte dell'impresa esclusa dalla gara cui essa accede, con l'unica differenza (che tipizza il caso di specie) che qui viene in rilievo un'aggiudicazione esterna all'originaria procedura di gara, che ha concluso un autonomo iter procedimentale di affidamento di appalti pubblici (cfr. punto 7 della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V n. 6540 del 2011).

8. Non può pertanto trovare riconoscimento il danno da lucro cessante, consistente nell'utile che sarebbe derivato dall'esecuzione del contratto, dato che, nel caso di specie, non solo non vi è stata alcuna esecuzione del contratto da parte di altro contraente, ma, in ogni caso – attese le diverse determinazioni dell'amministrazione –, l'a.t.i. ricorrente non avrebbe giammai potuto conseguire tale bene della vita.

8.1. Per le stesse ragioni non può inoltre trovare ingresso quello consistente nel cd. danno curriculare, in quanto anch'esso presupporrebbe un'illegittima mancata stipulazione ed esecuzione del contratto.

8.2. Conseguentemente, il danno risarcibile, contrariamente a quanto preteso dalla ricorrente, deve essere rapportato esclusivamente al cd. "interesse negativo", cioè all'interesse del soggetto a non essere leso nell'esercizio della propria libertà negoziale, durante la fase delle trattative instauratesi con la P.A. a seguito della partecipazione della gara

8.3. Tale lesione integra invero un'ipotesi di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione, quale *species* della responsabilità extracontrattuale (Cons. St., sez. V, 10 novembre 2008 n. 5574), 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".

8.4. Il Collegio, peraltro, non ignora quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la responsabilità precontrattuale della p.a. non sarebbe configurabile anteriormente alla scelta del contraente, trattandosi di fase in cui gli interessati sono solo meri partecipanti alla gara (Cons. St., sez. V, 28 maggio 2010 n. 3393; 8 settembre 2010 n. 6489).

8.5. Tuttavia, si è condivisibilmente sostenuto (Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2008 n. 6264) che non vi sono ragioni sistematiche per escludere la configurabilità di una responsabilità di carattere precontrattuale in capo all'Amministrazione in ipotesi in cui il mancato rispetto dei generali canoni di buona fede e correttezza *in contrahendo* si sia risolto, in concreto, in un'attività nel suo complesso illegittima.

8.5.1. Anche nel corso delle trattative che preludono all'aggiudicazione, infatti, grava comunque sul soggetto pubblico l'obbligo di comportarsi secondo buona fede, in ragione dell'affidamento ingenerato nei privati,

considerato meritevole di tutela dall'ordinamento.

9. Orbene, nel caso in esame, l'esclusione disposta, in quanto motivata sulla base di un'interpretazione concernente la formazione della polizza fideiussoria contrastante rispetto al dato sostanziale emergente dalla lettura integrale dell'atto, integra una lesione dell'affidamento nei termini sopra indicati.

9.1. Tale lesione, risulta inoltre imputabile a titolo di colpa all'amministrazione precedente, considerato che non appare riconducibile, per le ragioni anzidette, ad un contrasto giurisprudenziale in *subiecta materia*, ma alla stessa interpretazione della sostanza dell'impegno fideiussorio assunto, in concreto, con l'offerta, rispetto alla quale non risulta invero allegato alcuno specifico elemento idoneo a dimostrare la scusabilità dell'errore.

10. Così ricostruiti gli aspetti salienti della natura della responsabilità fatta valere con l'odierna pretesa, e passando alla concreta determinazione dell'entità del danno risarcibile, il Collegio rileva che, nel caso in esame, esso deve intendersi limitato alle spese inutilmente sopportate per partecipare alla procedura svolta in vista della selezione del contraente (danno emergente) nei limiti della prova, gravante sulla ricorrente, circa l'entità di essi e del relativo nesso (in termini di consequenzialità logica e oggettiva) rispetto alla partecipazione in concreto operata.

10.1. Sul punto tale prova è mancata.

10.2. Non può infatti trovare accoglimento la pretesa avanzata a tale titolo dall'a.t.i. ricorrente (quantificata in 96.886,00 euro) la quale ha ricostruito l'entità delle spese sostenute sulla base di atti di parte, dai quali non è possibile ricavare con sicurezza i costi realmente sostenuti in via esclusiva per la redazione dell'offerta in questione.

10.3. A ciò si aggiunge l'oggettiva difficoltà di quantificare il costo effettivo derivante dalla predisposizione dell'offerta *de qua*, relativo alle spese di progettazione, di sopralluogo, e di costi interni detratti tutti quelli eventualmente sostenuti anche in vista di essa, ma non di esclusiva pertinenza della medesima, attenendo piuttosto al soddisfacimento delle ordinarie esigenze della vita amministrativa e materiale di ciascun soggetto giuridico.

11. Conseguentemente tale risarcimento deve essere liquidato in via equitativa.

11.1. Nel caso di specie il Collegio stima equo riconoscere una somma pari a 35.000,00 (trentacinquemila) euro, per la predisposizione dell'offerta in questione in considerazione dell'oggettiva complessità dell'appalto, relativo ad una serie integrata di servizi di durata novennale, nonché per la necessità di calibrare l'offerta in relazione alle esigenze dei quattro distinti impianti, facenti capo alle aziende sanitarie resistenti.

11.2. Trattandosi di debito di valore, all'a.t.i. ricorrente spetta anche la rivalutazione monetaria dal giorno in cui è stata concretata l'illegittima esclusione sino alla pubblicazione della sentenza: a decorrere da tale momento, infatti, in conseguenza della liquidazione giudiziale il debito di valore si trasforma in debito di valuta.

11.3. Deve inoltre essere affermata la responsabilità solidale delle odierne amministrazioni resistenti posto che il fatto generatore del danno risulta loro imputabile, a titolo di colpa, in forza dell'attività amministrativa non abnorme, ancorché illegittima, disposta anche per loro conto e interesse sulla base di specifici atti di procura speciale conferiti dalle stesse all'ASL 6 precedente.

12. In considerazione della peculiarità e della complessità del contenzioso (già contraddistinto da due distinti giudizi con relativo grado di appello) in cui si inserisce l'odierna pretesa, caratterizzato da un legittimo mutamento dell'originario assetto degli interessi pubblici, esistente all'atto dell'indizione della gara in cui si è realizzata l'illegittimità generatrice di responsabilità, sussistono giusti motivi per compensare le spese fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto lo accoglie e, per l'effetto, condanna, in solido, l'Azienda Ulss N. 6 Vicenza, l'Azienda Ulss N. 3 Bassano del Grappa (Vi), l'Azienda Ulss N. 4 Alto Vicentino - Thiene e di Azienda e l'Azienda Ulss N. 5

Ovest Vicentino a risarcire alla ricorrente i danni specificati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

Enrico Mattei, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2013

IL SEGRETARIO

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