

Publicato il 11/10/2021

N. 06820/2021REG.PROV.COLL.
N. 05359/2020 REG.RIC.
N. 06055/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5359 del 2020, proposto da Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Pacciani, Marco Salina, Lorenzo Gentiloni Silveri, con domicilio eletto presso lo studio Studio Legale Associato Legance in Roma, via San Nicola Da Tolentino 67;

contro

Policlinico di Monza S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Borioni, Francesco Dal Piaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Paolo Borioni in Roma, via Luigi Ceci, n.21;

nei confronti

Regione Liguria, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

A.S.L. n. 2 Savonese, Ospedale San Giuseppe - Presidio Ospedaliero di Savona, Ospedale S. Maria della Misericordia - Presidio Ospedaliero di

Albenga/Pietra Ligure, Regione Liguria - Stazione Unica Appaltante Regionale (Suar), Regione Liguria - Direzione Centrale Organizzazione - Settore Affari Generali, non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 6055 del 2020, proposto da Regione Liguria, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Policlinico di Monza S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Borioni, Francesco Dal Piaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Paolo Borioni in Roma, via Luigi Ceci n. 21;

nei confronti

Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.A., Azienda Sociosanitaria Ligure n. 2, non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto a entrambi i ricorsi:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 371/2020, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Policlinico di Monza S.p.A. e della Regione Liguria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2021 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Policlinico di Monza spa ha impugnato in primo grado gli atti con cui la Regione Liguria ha rinnovato (a seguito di sentenza sempre del Tar Liguria) la verifica di anomalia della gara per *“l’affidamento in regime di concessione della gestione dei presidi ospedalieri Ospedale S. Charles - Bordighera, Ospedale S. Maria della Misericordia – Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte”* ed in particolare del *“Lotto 2 Ospedale S. Maria della Misericordia - Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte”*, e ha aggiudicato nuovamente la concessione all’istituto ortopedico Galeazzi s.p.a. (di seguito anche IOG)

1.1. La ricorrente ha censurato le analisi condotte dalla Commissione sulla sostenibilità economica dell’offerta dell’aggiudicataria, con specifico riferimento, per quanto interessa in questa sede, a due temi: i) le previsioni di ricavo associate alla mobilità attiva e ii) le previsioni di ricavo rivenienti dalle attività in solvenza anche in relazione alla percentuale di occupazione dei posti letto.

2. Il TAR Liguria, superata la questione preliminare relativa all’eccezione tardività del ricorso, ha accolto il ricorso.

Riconosciute le differenze del giudizio di congruità oggetto di causa (in cui viene in rilievo uno strumento di partnership pubblico privata con rischio della gestione a carico del privato) rispetto alla verifica di anomalia negli appalti pubblici, ha sostenuto tuttavia che la riconosciuta differenza *“non può risolversi in una mera professione di fede nei confronti del piano economico finanziario della affidataria, pena il rischio di successive interruzioni o malfunzionamenti del servizio. Tutto ciò a maggior ragione nel caso, come quello che occupa il Collegio, di affidamento in concessione di presidi sanitari, la cui essenzialità e delicatezza impone una verifica di anomalia rigorosa. Di queste considerazioni era ben consapevole la stazione appaltante nel momento in cui ha previsto che la verifica di anomalia dovesse indagare la “congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte” (22, comma 1, del disciplinare di gara).....”*.

2.1. Ciò premesso, il primo giudice ha ritenuto che *“Il business plan formulato dalla controinteressata si fonda su una serie di previsioni la cui attendibilità non risulta*

dimostrata. Per quanto attiene alla attività resa in favore di pazienti residenti fuori regione Liguria la controinteressata stima di conseguire ricavi pari al 25% del budget assegnato per i pazienti liguri, ed in particolare € 47.936.000 per il primo periodo di concessione, con un importo annuo pari a € 4.937.000 per il 2019, e che si attesterebbe poi nell'ordine di € 7.200.000 negli anni successivi.

La controinteressata afferma di potere convogliare parte del bacino di utenza che insiste sul polo milanese delle strutture su quelle liguri. A tal riguardo, la controinteressata ha evidenziato come la totalità dei ricavi da pazienti extraregionali delle strutture milanesi dell'Istituto Galeazzi sia pari ad euro 53.500.000,00 di cui € 51.800.000,00 circa per attività di ricovero. E' stato, inoltre, evidenziato come dal Piemonte, nell' anno 2017, siano migrati verso le strutture milanesi della controinteressata circa 1368 pazienti per un totale di €. 7.372.201 di cui 569 dal basso Piemonte, per un totale di ricavi dalle prestazioni erogate per €. 3.177.653.

Orbene alla luce di questi dati, che sono quelli offerti dalla stessa controinteressata, ci si avvede della insostenibilità della previsione contenuta nel business plan della aggiudicataria relativa alla attività extraregionale.

L'aggiudicataria stima di conseguire nel primo anno ricavi da pazienti extraregionali per €. 4.937.000 a fronte di ricavi da pazienti provenienti dal basso Piemonte per € 3.177.653. Orbene ciò presupporrebbe non solo l'integrale trasferimento dei pazienti provenienti dal basso Piemonte alle strutture di Cairo Montenotte e Albenga ma anche l'aumento dei ricavi provenienti dai pazienti piemontesi per oltre €. 1.500.000. Negli anni successivi al primo, poi, il dato inserito nel business plan eguaglierebbe i ricavi provenienti dalla totalità dei pazienti piemontesi.

Si tratta di previsioni all'evidenza sovrastimate, in assenza di elementi tali da lasciare supporre tale relevantissimo incremento.

E' notorio infatti che le comunicazioni tra Basso Piemonte e Liguria, in particolare dalle Province di Alessandria e Asti, siano meno facili che tra quest'ultimo e Milano; metropoli che offre peraltro, evidentemente, migliori attrattive anche in favore di eventuali parenti e visitatori. Per quanto riguarda poi i pazienti provenienti dal resto del Piemonte, è sufficiente

notare come esistano collegamenti rapidissimi, via treno, tra Torino e in generale il Piemonte settentrionale e Milano.

Da ultimo il polo milanese può contare su expertise, strutture e personale incomparabilmente più attrattivi di quelle liguri. A tal riguardo non si può omettere di considerare, da un lato, la circostanza che l'aggiudicataria dovrà assumere il personale in forza ai presidi e che, dall'altro, dovrà utilizzare le strutture materiali e mediche degli stessi. Orbene non si comprende quale tipo di incentivo potrà "dirottare" i pazienti da una struttura di lunga e collaudata esperienza facilmente raggiungibile e ubicata in una metropoli di livello europeo a strutture periferiche di difficile accessibilità e dotate di strutture inevitabilmente maggiormente datate.

.....La controinteressata sostiene che potrebbe "dirottare" sulle strutture ospedaliere di cui si discute parte dei suoi pazienti extraregionali provenienti da altre regioni diverse dal Piemonte. Tale affermazione, peraltro del tutto indimostrata, è inattendibile sol che si consideri l'ubicazione delle strutture liguri in discorso, notevolmente decentrate e poste lontano da aeroporti importanti. La possibilità che un numero consistente di pazienti provenienti da regioni diverse dal Piemonte, ed in particolare meridionali, possa preferire i poli liguri a quelli milanesi risulta dunque, secondo la comune esperienza, completamente priva di attendibilità".

2.2. Quanto al secondo ordine di censure concernente la sopravvalutazione dei proventi da attività solvente, il TAR così motiva: *"La aggiudicataria ha esposto nel piano un valore pari a € 23.731.000.*

La ricorrente sostiene che la aggiudicataria per giustificare i dati relativi all'attività solvente riguardo i ricoveri ha indicato le tariffe giornaliere in valori compresi tra € 500 / 700 per l'attività non ortopedica ed in valori compresi tra € 800 / 1.500 per l'attività ortopedica. Tali dati sarebbero del tutto imparagonabili alla propensione di spesa risultate dai dati statistici che in Liguria sarebbe intorno agli € 35 per le attività di ricovero ed € 62 per l'attività Ambulatoriale.

La controinteressata replica sul punto e sostiene che tali dati sarebbero fuorvianti in quanto non terrebbero conto della cd spesa intermediata, cioè delle prestazioni erogate e finanziate dalle compagnie di assicurazione. Da altro punto di vista, l'aggiudicataria sostiene i valori

di riferimento per i ricavi solventi indicati in Offerta ammontano, relativamente all'attività di ricovero a € 16.111.000 e non già a € 23.731.000 (valore citato dal ricorrente). Tale ultimo valore, infatti, comprenderebbe sia ricavi da attività di ricovero che da attività ambulatoriale quest'ultima quantificata in 7.620.000, come riportato ai par. 3.2.1 e 3.2.2 della risposta alla prima richiesta di chiarimenti.

Orbene, anche tenendo conto delle osservazioni della controinteressata e conseguentemente tenendo conto della "spesa intermediata" e riducendo l'importo totale da € 23.731.000 a 16.111.000 l'offerta risulta insostenibile per questa voce.

Se, infatti, ai dati relativi alla spesa indicati dalla ricorrente, che si badi non sono stati contestati nella loro intrinseca attendibilità, si sommano i dati relativi alle somme medie erogate dalla Compagnie di assicurazione si arriva ad un valore pari a € 359 al giorno (€ 35 + 324). A tale computo si arriva sommando i valori delle rette di degenza esposti in ricorso

(pari a 291/475 euro per le degenze ordinarie e 180/350 euro per le degenze in day hospital) e dividendo il risultato per 4. Se si moltiplica il dato ottenuto (359) per il numero dei giorni e per il numero dei letti, indicati in offerta come dieci, si arriva al valore 9.172.450 che resta ben al di sotto di quello indicato in offerta pari a € 16.111.000.....

La aggiudicataria ritiene di potere incrementare notevolmente la percentuale di occupazione dei posti letto passando da una percentuale di occupazione del 88% a quella del 95% per l'attività di degenza ordinaria e dal 52% a quella del 70% per le attività in day hospital. Il dato, tuttavia, contrasta con la percentuale di occupazione dello stesso Istituto Galeazzi, che risulta pari al 50,9 %.

Orbene, la giustificazione offerte dalla controinteressata, secondo cui le situazioni sarebbero imparagonabili non persuade. E' evidente, infatti, che se nella propria struttura la aggiudicataria supera appena la percentuale del 50% di copertura dei posti letto, non si vede per quale ragione in una struttura di nuova acquisizione, dove inevitabilmente esisteranno resistenze e prassi consolidate, dovrebbero potersi conseguire i risultati di gran lunga migliori esposti nel piano economico finanziario".

3. L'Istituto ortopedico Galeazzi s.p.a. ha proposto appello. Deduce l'appellante che:

3.1. Il TAR avrebbe del tutto omesso di considerare i giustificativi inviati da IOG in sede di verifica dell'anomalia (il riferimento è, in particolare, alla relazione a supporto della richiesta di chiarimenti e documentazione prot. n. PG 2019/263718 del 17 settembre 2019), che la Commissione ha condiviso e recepito nel proprio giudizio conclusivo, come si evincerebbe, in particolare, dal verbale della seduta riservata n. 8. In tale verbale, infatti, la Commissione, alla luce delle ampie delucidazioni offerte da IOG avrebbe concluso il suo esame rilevando l'attendibilità delle relative stime per due ragioni:

- il valore della produzione complessiva per i pazienti fuori regione ipotizzata dal Galeazzi, rispetto al valore della produzione per cittadini liguri, si attesta su *“un rapporto percentuale pari a circa il 20,9%, inferiore al 25% previsto come tetto”*. In altre parole, rispetto alle assunzioni su cui è costruita la procedura di gara - che assegna ai pazienti extra-regionali il 25% del budget destinato ai pazienti liguri - la stima di Galeazzi (20,9%) sarebbe da ritenere ragionevole in quanto significativamente inferiore al *budget* stanziato dalla Regione per finanziare la mobilità attiva prevista;

- inoltre, le stime di introito *“sembrano adeguatamente supportate dai dati forniti con i chiarimenti richiesti. In particolare, si fa riferimento ai ricavi registrati nel 2017 dal Galeazzi per i pazienti extra-regione che, come risulta dal loro Bilancio 2017, ammontano a complessivi 53,5 mln. La stima effettuata si propone di produrre prestazioni per extra-regionali per un totale di 6,848 mln/annui, di cui 3,2 mln/annui sono effettivamente riferibili ai soli pazienti del basso Piemonte, che il Galeazzi ritiene di poter “trasferire” sulle Strutture liguri oggetto di concessione. Tale previsione può quindi ritenersi coerente, anche alla luce dei predetti incrementi di produttività (connessi ad es. al miglior utilizzo delle sale operatorie, ecc)”*.

Si tratta di una motivazione che – a dire dell'appellante – la sentenza *“letteralmente ignora, per sovrapporre ad essa una spiegazione tutta sua, basata su presupposti in buona parte erronei già sul piano piano fattuale”*.

Un primo errore risiederebbe nella quantificazione della stima dei ricavi da prestazioni a favore dei pazienti fuori regione: essa non sarebbe pari al 25% del *budget* destinato ai pazienti liguri (percentuale che attiene allo stanziamento regionale posto a base di gara), ma al 20,9%.

Un secondo errore sarebbe quello di aver considerato il flusso potenzialmente proveniente dal bacino del basso Piemonte come limitato a quello già consolidato dalle strutture milanesi del Galeazzi, non accorgendosi che, quello del basso Piemonte è un bacino molto vasto, non interamente assorbito dagli ospedali lombardi, men che meno dal solo Galeazzi.

Il giudice di prime cure, inoltre, non si sarebbe accorto che, per raggiungere la stima di ricavi indicata da IOG a regime, pari a € 7.200.000 all'anno, sarebbe sufficiente una quota residuale (meno dell'8%) dei ricavi da pazienti fuori regione già oggi diretti alle strutture milanesi del Galeazzi (complessivi € 53.500.000), obiettivo raggiungibile ove si consideri le dimensioni del fenomeno della mobilità interregionale (nel 2012 il valore della mobilità interregionale ammontava a 3 miliardi di Euro; cifra che sale ad oltre 5 miliardi nel 2017 ed è destinata a salire nel tempo interessando, in misura significativa, anche i flussi tra regioni non confinanti). In questa chiave di lettura sarebbe la reputazione (il brand per dirla commercialmente) l'elemento chiave da valorizzare – secondo l'appellante – piuttosto che gli aspetti logistici indicati dal TAR.

Non convincente sarebbe poi l'argomento usato dal Tar per giustificare l'asserito scarso *appeal* delle strutture liguri, posto che esso oblitera che la gara è stata pensata proprio per rendere i presidi liguri più efficienti ed attrattivi (e infatti il Galeazzi ha previsto un investimento per € 18.241.000 nei primi 7 anni). Inoltre, la circostanza che Galeazzi si sia impegnato ad assumere il personale oggi in forza presso le due strutture, non neutralizzerebbe – come invece ventilato dal TAR - la sua capacità di innovazione, ampiamente provata dalle modifiche organizzative offerte rispetto all'attuale assetto degli ospedali, e dal cospicuo livello degli investimenti previsti.

In ogni caso, secondo l'appellante, pur nell'opinabilità delle valutazioni, è inaccettabile che il TAR abbia esercitato un sindacato sostitutivo rispetto alle valutazioni espresse da una Commissione di esperti circa la ragionevolezza della stima di ricavi in parola, senza disporre alcuna consulenza tecnico-economica.

Vieppiù alla luce degli arresti giurisprudenziale che hanno puntualizzato che quando la gara ha ad oggetto l'affidamento di una concessione, cioè di un contratto strutturalmente connotato dall'assunzione del rischio imprenditoriale da parte dell'affidatario, il giudizio di congruità deve avere un carattere prognostico, vertendo sulla plausibilità di una ipotesi di conto economico, che è quella racchiusa nel PEF.

3.2. Il TAR avrebbe altresì errato nell'accogliere il secondo motivo di ricorso con cui il Policlinico aveva censurato il giudizio della Commissione di gara per asserita sopravvalutazione dei proventi da attività solvente, dichiarati da IOG per complessivi € 23.731.000 per i 7 anni di durata della concessione.

A differenza di quanto sostenuto dal primo giudice, IOG avrebbe specificato in giudizio che i valori medi delle rette giornaliere di degenza in solvenza erano: *€/die 700 per i ricoveri in DO [degenza ordinaria] (escluso il reparto di Ortopedia); €/die 500 per i ricoveri in DH [Day Hospital] (escluso il reparto di Ortopedia); €/die 1.500 per i ricoveri DO per il reparto di Ortopedia; €/die 800 per i ricoveri DH per il reparto di Ortopedia*”, e non già quelli forniti dal Policlinico.

3.3. Con riguardo alla statuizione del TAR che ha ritenuto inattendibile la percentuale di occupazione dei posti letto indicata da IOG (*pari al 95%*) perché in contrasto con *“la percentuale di occupazione dello stesso Istituto Galeazzi, che risulta pari al 50,9 %”*, l'appellante evidenzia di aver contestato il calcolo che porterebbe a ritenere la saturazione del Galeazzi pari al 50,9% (il calcolo per un verso avrebbe considerato i posti letto pari a n. 364, che è il totale dei posti letto accreditati, inclusi i posti letto solventi... salvo poi, per calcolare la saturazione, omettere di considerare le attività in solvenza).

In ogni caso l'attendibilità del dato relativo al tasso di saturazione della degenza ordinaria prospettato dal Galeazzi per le strutture liguri (95%) sarebbe comprovato dal fatto che le stesse specialità registrano oggi in Liguria tassi di occupazione superiori al 100%.

3.4. La pronuncia del TAR sarebbe in netta antitesi rispetto alla giurisprudenza consolidata (da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 maggio 2020, n. 2885) la quale afferma che la valutazione relativa alla congruità dell'offerta deve avere ad oggetto l'offerta nella sua interezza e la relativa complessiva attendibilità in relazione alla corretta esecuzione del contratto. Deve quindi essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente sulle singole voci espresse.

3.5. Prima che infondato, il ricorso avrebbe dovuto essere ritenuto inammissibile, in quanto impingente valutazioni tecnico discrezionali di esclusiva pertinenza dell'amministrazione.

3.6. Il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato tardivo. Il Tar ha respinto l'eccezione sostenendo che lo strumento della testimonianza non sarebbe ammesso per provare la circostanza della consegna dei verbali all'avv. Dal Piaz, presente alla seduta della Commissione, in veste di rappresentante del Policlinico, ma così facendo avrebbe introdotto – secondo l'appellante - un limite all'impiego del mezzo istruttorio, di cui la legge processuale non parla.

3.7. Il ricorso avrebbe dovuto essere altresì dichiarato tardivo poiché proposto oltre trenta giorni dall'aggiudicazione.

4. Nel giudizio si è costituita la Policlinico di Monza s.p.a.. La medesima eccepisce l'inammissibilità del gravame in quanto costituente una mera ripetizione del contenuto dei verbali della Commissione, a loro volta acriticamente riepilogativi dei giustificativi dell'appellante. Nel merito essa controdeduce, punto per punto, alle argomentazioni dell'appellante, sottolineando l'oggettività dei dati forniti e, per converso, l'opinabilità delle stime elaborate dall'appellante.

Si è costituita anche la regione Liguria e ha argomentatamente concluso per l'accoglimento del gravame.

5. La regione Liguria ha proposto anche autonomo appello.

5.1. In tale gravame esordisce stigmatizzando la sentenza di prime cure in quanto avrebbe introdotto un'illegittima gerarchia degli strumenti probatori, non presente all'interno dell'ordinamento, in base alla quale la prova per testimoni non avrebbe il medesimo valore della prova documentale. Nel merito, formula motivi d'appello che ricalcano, in grandi linee, le censure già sopra illustrate in relazione all'appello dell'Istituto Galeazzi e che di evita di ripetere per non appesantire la narrazione.

6. In questo secondo giudizio si è costituito la Policlinico di Monza e ha chiesto la reiezione del gravame.

7. Entrambe le cause sono stata dapprima chiamate all'udienza camerale del 30 luglio 2020, e in quell'occasione rinviate per una sollecita discussione del merito, poi avvenuta all'udienza pubblica del 10 dicembre 2020.

8. All'esito di tale udienza, a scioglimento della riserva il Collegio ha disposto l'assunzione CTU, formulando specifici quesiti.

9. Il Consulente incaricato, prof. Carmelo Marisca, ha depositato relazione peritale.

10. Le parti, hanno formulato osservazioni e considerazioni critiche in vista dell'udienza di discussione, insistendo sulle richieste già formulate.

11. Da ultimo la Regione Liguria ha formulato, per entrambi i giudizi, istanza di rinvio della discussione, annunciando di avere avviato un procedimento amministrativo volto alla revoca della procedura di affidamento in concessione degli Ospedali Santa Maria della Misericordia di Albenga e San Giuseppe di Cairo Montenotte (Lotto n. 2), in modo da poter rideterminare la tipologia di prestazioni offerte da dette strutture sanitarie in conformità con la riprogrammazione regionale resa necessaria dall'adozione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

L'IOG ha aderito alla richiesta di rinvio. Si è invece fermamente opposta al rinvio la Policlinico di Monza spa (opposizione formulata in sede di discussione orale)

12. Entrambe le cause sono state discusse all'udienza del 23 settembre 2021 e all'esito trattenute in decisione.

DIRITTO

1. Trattandosi di autonomi appelli avverso la medesima sentenza, si impone la loro trattazione congiunta, previa riunione, ai sensi dell'art. 96 comma 1 c.p.a.

2. Non può darsi seguito alla richiesta di rinvio della decisione formulata dagli appellanti. La circostanza del semplice "avvio" del procedimento di revoca della gara per cui è causa non è infatti idonea a determinare alcun mutamento sul piano degli interessi rilevanti ai fini della procedibilità del giudizio, né a ben vedere lo sarebbe stata la revoca stessa della gara, ove ritualmente e tempestivamente contestata. I principi di efficienza economicità e ragionevole durata del processo impediscono, del resto, di correlare la gestione di quest'ultimo alle evoluzioni - sempre possibili in ragione dell'inesauribilità del potere amministrativo - dell'azione amministrativa.

Può dunque procedersi alla valutazione dei gravami.

3. Privata di pregio è l'eccezione di inammissibilità dei motivi formulata dall'IOG. Non v'è dubbio che gli stessi, avuto riguardo alla formulazione e alle argomentazioni giuridiche spese, siano del tutto sufficienti a sostanziare quelle "*specifiche censure contro i capi della sentenza gravata*" citate dall'art. 101 c.p.a.

4. Tanto premesso, devono innanzitutto respingersi le censure, proposte unicamente dalla Regione Liguria, avverso il capo della sentenza relativo all'acclarata tempestività del ricorso introduttivo del primo grado. Secondo la Regione Liguria, il TAR, avendo disatteso l'istanza istruttoria di prova per testi sul tema dell'avvenuta consegna informale dei verbali delle sedute riservate del procedimento di verifica di anomalia dell'offerta al difensore della ricorrente ben prima della comunicazione formale del provvedimento di aggiudicazione a IOG, avrebbe introdotto un'illegittima gerarchia degli

strumenti probatori, non presente all'interno dell'ordinamento, in base alla quale la prova per testimoni non avrebbe il medesimo valore della prova documentale.

4.1. A tale critiche si può replicare con le stesse considerazioni del giudice di prime cure, le quali mettono correttamente in luce il carattere rigoroso della prova della tardività del ricorso, escludendo che essa possa basarsi su mere supposizioni ovvero su deduzioni, pur sorrette da apprezzabili argomentazioni logiche (Cons. St., sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2974; id. 27 marzo 2013, n. 1740; id., sez. V, 7 maggio 2013, n. 2462; id., sez. IV, 3 ottobre 2014, n. 4962; id. 29 ottobre 2015, n. 4945, id., sez. V, 11 maggio 2018, n. 2834).

4.2. Nel caso di specie, discorrendosi della (presunta) consegna di un verbale (e non già di fatti documentati nel verbale), l'unica prova idonea a soddisfare il rigore richiesto dalla giurisprudenza, avuto riguardo al rilievo costituzionale e alla pregnanza del diritto di agire il giudice per la difesa delle proprie posizione giuridiche soggettive, sarebbe potuta essere quella della formale ricevuta di consegna, e non già la prova orale, insuscettibile, come tale, di far presumere, oltre ogni ragionevole dubbio, quella piena conoscenza della lesività in data antecedente all'effettiva e formale comunicazione del provvedimento finale.

Può dunque passarsi all'esame delle questioni di merito.

5. Le parti appellanti stigmatizzano la sentenza in quanto asseritamente frutto di un sindacato sostanzialmente sostitutivo del giudizio di anomalia condotto dalla commissione di esperti, sulla base di giudizi a forte valenza tecnico economica, finanche condotti senza l'ausilio di un consulente.

5.1. Sul punto deve immediatamente chiarirsi che gli apprezzamenti tecnici compiuti dalle commissioni giudicatrici non si sottraggano al controllo di legittimità e ragionevolezza, salvo che per il ristretto nucleo delle opzioni valutative parimenti opinabili.

E' pur vero, tuttavia, che per comprendere se vi sia e quale sia il range dell'opinabilità tecnica occorre un approfondimento dei fatti, se del caso condotto con l'ausilio di un consulente ove tali fatti siano connotati da un elevato tasso di tecnicità. Partendo da tale considerazione il Collegio ha quindi deciso di assumere, accogliendo le richieste delle appellanti, una consulenza tecnica avente ad oggetto le due questioni che hanno indotto il giudice di prime cure a ritenere illegittimo l'operato dell'amministrazione in sede di accertamento della "non" anomalia dell'offerta presentata da IOG: 1) l'attendibilità del valore della produzione complessiva per i pazienti fuori regione ipotizzata dal Galeazzi (20,9% e non 25% come erroneamente indicato in prime cure) rispetto al valore della produzione per cittadini liguri; 2) l'attendibilità dell'ipotesi dei proventi da attività solvente ipotizzati dal Galeazzi (previsti in complessivi € 23.731.000 per i 7 anni di durata della concessione).

5.2. La consulenza è stata assunta per il tramite della formulazione di specifici quesiti, e segnatamente:

1) se il trend della mobilità interregionale dei pazienti (tra il Piemonte e la Liguria, ma anche, in generale, tra regioni del centro e del sud, e regioni del nord), unitamente alla leva che l'istituto Galeazzi potrebbe verosimilmente operare sui pazienti provenienti dal basso Piemonte è già gestiti dalla sede milanese del Galeazzi, letti alla luce dell'investimento tecnologico che quest'ultimo dichiara di voler fare presso le sedi ospedaliere liguri, oggetto di causa, al brand di cui esso gode nel sistema sanitario nazionale e nel mercato della sanità privata, e agli altri eventuali aspetti logistici rilevanti, consentano di ritenere verosimile (secondo un giudizio probabilistico tipico delle scienze economiche) la prognosi di una produzione complessiva per i pazienti fuori regione del 20,9% in rapporto al valore della produzione per cittadini liguri. Nel caso di non verosimiglianza, quale sia, alla luce delle variabili indicate, una prognosi prudenziale ragionevole.

2) con riguardo alla cd attività solvente:

2.1.) se corrisponde al vero che i valori medi delle rette giornaliere di degenza in solvenza praticati dall'Istituto Galeazzi sono: €/die 700 per i ricoveri in DO [degenza ordinaria]

(escluso il reparto di Ortopedia); €/die 500 per i ricoveri in DH [Day Hospital] (escluso il reparto di Ortopedia); €/die 1.500 per i ricoveri DO per il reparto di Ortopedia; €/die 800 per i ricoveri DH per il reparto di Ortopedia ”;

2.2.) se il tasso di saturazione della degenza ordinaria prospettato dal Galeazzi per le strutture liguri (95%) costituisca prognosi attendibile avuto riguardo ai tassi di occupazione che si registrano oggi in Liguria e alla percentuale di occupazione della sede attuale dello stesso Istituto Galeazzi, calcolata con criteri oggettivi e coerenti,

2.3.) se, in ragione dei fattori sopra elencati, risulti attendibile la stima fatta dal Galeazzi in sede di business plan, in ordine ai proventi da attività solvente (complessivi € 23.731.000 per i 7 anni di durata della concessione)

2.4.) quale sia alla luce della congrua valorizzazione delle variabili indicate, una prognosi prudentiale ragionevole dei proventi da attività solvente.

3) se la prognosi ragionevole del valore della produzione complessiva per i pazienti fuori regione e dell'attività solvente, così come individuata alla luce delle risposte ai quesiti sub 1) e 2) determini l'inattendibilità dell'intero business plan e delle previste condizioni di equilibrio, avuto riguardo ai costi e agli oneri dichiarati in sede di offerta”.

6. Il prof. Carmelo Marisca, consulente tecnico nominato dal Collegio, ha risposto ai suddetti quesiti all'esito di un'analitica ricostruzione dei fatti e di un elaborato iter argomentativo dipanatosi nel pieno contraddittorio delle parti. Queste le risposte:

Quesito 1 - Alla luce delle analisi condotte in relazione al trend della mobilità interregionale dei pazienti, tenuto conto della leva che l'IOG potrebbe verosimilmente operare sulla base degli investimenti, del brand e degli altri aspetti logistici rilevanti, lo scrivente non ritiene verosimile la prognosi di una produzione complessiva per i pazienti fuori regione pari al 20,9% del budget previsto per i pazienti liguri.

Il valore della produzione per i pazienti fuori regione è rideterminato complessivamente in Euro 38.295.139, rappresentato da Euro 8.100.659 per attività ambulatoriale ed Euro 30.194.480 per attività di ricovero.

Quesito 2.1 - Il CTU ritiene che i valori medi per giornata di degenza indicati nel quesito siano verosimilmente gli stessi che l'IOG applica presso i propri presidi milanesi.

Quesito 2.2 - *Il CTU evidenzia che il tasso di saturazione (occupazione) del 95% è stato indicato dall'IOG nella propria Offerta economica con riguardo all'attività convenzionata, in regime di ricovero ordinario, per le specialità non ortopediche. Da un punto di vista puramente matematico, applicando i valori delle giornate di degenza indicati nel quesito 2.1, sono sufficienti tassi di occupazione inferiori all'80% per addivenire al valore dei ricavi da attività di ricovero solvente indicato dall'IOG.*

Quesiti 2.3 e 2.4 - *Il CTU ritiene di poter individuare una congrua valorizzazione dei ricavi da attività solvente in Euro 27.067.779. In merito, precisa che l'effetto sul margine complessivo derivante da detta valorizzazione è pari ad una riduzione di Euro 1.385.771.*

Quesito n. 3 - *Sulla base delle analisi condotte dal CTU non è possibile considerare l'Offerta economica in una condizione di equilibrio e, pertanto, il piano economico, nel suo complesso, non può considerarsi attendibile. Il margine operativo ricalcolato dal CTU è pari a circa – 12 Milioni di Euro.*

7. Le risposte appena riportate depongono per la sostanziale conferma delle conclusioni cui è giunto il giudice di prime cure.

8. L'IOG rimane di contrario avviso, posto che il ricalcolo del margine operativo, traducendosi nell'accertamento di una sovrastima dei ricavi del 5,4%, sarebbe affetto da un errore metodologico grave, ossia l'aver il CTU ipotizzato un minor volume di attività senza calcolare la correlata minor incidenza dei costi.

8.1. In ogni caso – aggiungono sia IOG che la Regione Liguria – uno scostamento in diminuzione di poco più del 5% rispetto ai valori pronosticati dall'affidatario è certamente coerente con il connotato margine di rischio che caratterizza la concessione. Le appellanti muovono, in particolare, dalla considerazione che il concessionario assume il rischio della gestione economica del medesimo servizio, e di conseguenza, egli non può che essere ritenuto libero di formulare l'offerta sulla base della propria previsione di ricavi. Laddove tale previsione dovesse rivelarsi infondata, il concessionario subisce le conseguenze economiche dell'errore, ma ciò sarebbe l'effetto, nella

tesi degli appellanti, del trasferimento al privato del rischio di gestione dei servizi.

9. Il Collegio non nega che la tesi abbia qualche elemento di fondamento. Tuttavia essa si scontra con un dato lasciato sullo sfondo dall'impostazione difensiva, tutt'altro che irrilevante ad avviso del Collegio per la composizione della controversia: l'inserimento del contratto di concessione in una fattispecie di evidenza pubblica in cui le parti offrono servizi e impegni, e sulla base di questi sono comparativamente vagliati dalla commissione aggiudicatrice. La verifica di non anomalia non ha infatti avuto a oggetto la ponderazione del rischio del concessionario connesso alla dinamica della domanda nel tempo, quanto, piuttosto, la verosimiglianza e sostenibilità degli impegni che l'offerente ha dichiarato di voler assumere nei confronti dell'amministrazione e per il quale è stato preferito al controinteressato.

9.1. Ciò che è venuto in rilievo, in altri termini, è la ragionevolezza delle assunzioni del business plan circa l'entità della domanda aggiunta generata dalla nuova iniziativa del concessionario. Trattasi di una valutazione necessaria e non ultronea. Se mancasse una verifica siffatta, e lo scenario della domanda fosse considerato una variabile irrilevante per il sol fatto di ricadere nella sfera del concessionario, si legittimerebbero offerte del tutto scollate dai principi della sana gestione, foriere di inadempimenti e disservizi, ineluttabilmente collegati all'esigenza del concessionario di recuperare margini operativi non fisiologicamente connessi all'intrapresa nella sua primigenia descrizione cartolare e contrattuale.

9.2. Non è secondario rilevare che, nel caso di specie, come ben sintetizzato dalla difesa del Policlinico di Monza, l'offerta tecnica dell'IOG - poi risultata aggiudicataria in quanto esente da anomalia - ha conseguito 60,15 punti, di cui ben 10 riconosciuti a fronte dell'impegno di utilizzo del 100% del personale già dipendente. La Policlinico di Monza ha invece ottenuto il minor punteggio di 53,39 a cagione del conseguimento di soli 0,5 punti per l'assunzione di un

impegno all'utilizzo di una percentuale limitata all'80,5% del personale già dipendente.

E' evidente che l'assunzione di un impegno (per il personale, ma lo stesso potrebbe dirsi ad es. per gli investimenti programmati), può essere considerato sostenibile nell'ambito di una gara se il business plan è oggettivamente in equilibrio alla luce di dati e stime del volume di affari che, al momento dell'offerta, siano verificabili o comunque non manifestamente inverosimili. Diversamente, la logica della competizione su base cartolare, unita alla lunga dimensione temporale che connota i rapporti concessori, condurrebbe gli offerenti ad uno strumentale quanto incauto ottimismo, dannoso per il concedente in termini di certezza e qualità del servizio, nonché per lo stesso concessionario, esposto alle conseguenze economiche (non già del negativo evolversi della domanda, ma) dell'erronea stima fatta *ex ante*.

10. Tanto chiarito, il Collegio ritiene che le obiezioni di merito delle appellanti in ordine alle conclusioni cui è giunto il CTU sul primo quesito siano superabili.

11. Dagli atti del processo e dalla relazione peritale emerge, in estrema sintesi, che i calcoli effettuati da IOG in ordine ai ricavi si sono essenzialmente basati sulla stima della "capacità produttiva" delle strutture Albenga e Cairo Montenotte, anche in forza degli investimenti programmati e ai budget previsti per tali strutture.

La stima della capacità produttiva, tuttavia, non implica una automatica stima dei ricavi generabili, così come i budget non possono essere considerati un target, essendo piuttosto un vincolo superiore ai ricavi.

L'art. 2 del capitolato di gara infatti ha previsto che *"L'aggiudicatario potrà erogare le suddette prestazioni oltre che a pazienti liguri, anche a pazienti residenti fuori regione, con oneri a carico della regione di provenienza: i relativi compensi, che non potranno superare la misura del 25% del budget assegnato per i pazienti liguri, saranno devoluti all'aggiudicatario nella misura effettivamente riconosciuta alla Regione Liguria in sede di compensazione interregionale, dedotto il 5%"*.

11.1. Ciò posto, in assenza di una determinazione analitica dei ricavi ricavabile dal business plan, il CTU ha ritenuto di procedere alla stima degli stessi attraverso un procedimento analitico, basato su scenari verosimili alla luce delle informazioni disponibili e relative al mercato di riferimento e agli altri aspetti rilevanti, circa: i) la potenziale domanda di servizi sanitari (ricoveri) erogabili a pazienti fuori regione, intercettabile dalle strutture liguri di Albenga e Cairo Montenotte a seguito della gestione da parte dell'IOG; e ii) la potenziale domanda di servizi sanitari (prestazioni ambulatoriali) erogabili a pazienti fuori regione, intercettabile dalle strutture liguri di Albenga e Cairo Montenotte a seguito della gestione da parte dell'IOG.

11.2. Alla luce delle analisi condotte in relazione al trend della mobilità interregionale dei pazienti, tenuto conto della leva che l'IOG potrebbe verosimilmente operare sulla base degli investimenti, del brand e degli altri aspetti logistici rilevanti, il CTU ha ritenuto NON verosimile la prognosi di una produzione complessiva per i pazienti fuori regione di €59.494.000 (pari al 20,9% del budget previsto per i pazienti liguri di €284.516.000), ritenendo congruo invece uno scenario che porta a una produzione di €. 37.175.957 (scenario che tiene comunque conto della indubbia capacità attrattiva del Galeazzi e che è sensibilmente più gratificante rispetto all'ipotesi pessimistica del cd worst scenario).

11.3. Il ragionamento seguito dal CTU per giungere a questa conclusione appare frutto di uno sforzo analitico apprezzabile e condivisibile nei suoi esiti, non viziato da manifesti errori o vizi logici. Gli scenari sono stati sviluppati dallo CTU sulla base di dati ed evidenze empiriche e di ipotesi costruite al fine di rispondere ai quesiti in modo puntuale. L'analisi di scenario prevede l'identificazione di due scenari base, uno cautelativo (chiamato worst scenario) e uno migliorativo (denominato best scenario) e di almeno uno scenario intermedio ritenuto verosimile, contenuto all'interno dell'intervallo identificato tra quello cautelativo e quello migliorativo. Il CTU ha costruito ulteriori n.3 scenari intermedi verosimili, basati su ipotesi prudenziali e

ragionevoli in base alle indicazioni del quesito n.1, all'analisi della documentazione prodotta da entrambe le parti nel corso del procedimento, e ai dati e alle informazioni acquisite. La stima del mercato operata dal CTU per l'elaborazione di tutti gli scenari sviluppati ha considerato le categorie di prestazioni che l'IOG ha dichiarato di voler erogare presso le strutture oggetto di gara e la capacità di attrazione dell'IOG, la quale tiene conto del brand e degli investimenti, ecc.

In sostanza l'approfondimento istruttorio conferma la correttezza di quelle che in prime cure sembravano semplici intuizioni logiche.

12. Quanto all'altro tema rilevante – quello dell'attività solvente - Il CTU, pur ritenendo che le valutazioni svolte da IOG fossero plausibili per quanto concerne i valori medi per giornata di degenza applicati da IOG per la stima dei ricavi da ricoveri solventi, oltre che per il necessario tasso di saturazione dei posti letto per il raggiungimento dei suddetti valori, ha ricalcolato i ricavi da ricoveri solventi in euro 26.993.705, con un ribasso di euro 1.428.700 rispetto alla stima IOG.

Il CTU ha ritenuto verosimile che l'IOG possa attrarre pazienti solventi, oltre che dal territorio ligure, solo dal territorio "prossimo" alla Liguria occidentale (e non dai territori che si trovano geograficamente più vicini a Milano).

Anche in questo caso le assunzioni del CTU appaiono confortate da una logica dell'iter argomentativo che, pur portando alla sostanziale validazione di molte delle previsioni dell'IOG essenzialmente basate sulla capacità attrattiva del brand, ne correggono quantitativamente la portata alla luce di considerazioni tecnicamente ragionevoli e di un criterio di prudenzialità.

13. Venendo alle ripercussioni che le troppo ottimistiche prognosi fatte nel business provocano sull'equilibrio del piano economico, il CTU ha ritenuto che *“non è possibile considerare l'Offerta economica in una condizione di equilibrio e, pertanto, il piano economico, nel suo complesso, non può considerarsi attendibile. Il margine operativo ricalcolato dal CTU è pari a circa – 12 Milioni di Euro”*.

13.1. La conclusione è netta e significativa in termini economici. Essa disvela l'anomalia dell'offerta così come accertata in prime cure.

14. Secondo gli appellanti il CTU, nello sviluppare il proprio iter argomentativo che lo ha poi portato a ritenere il business plan non in equilibrio, avrebbe trascurato di considerare il legame tra costi e ricavi. Tuttavia essi non quantificano né fanno considerazioni analitiche su quale sarebbe la dinamica dei costi fissi e variabili in rapporto al prospettato decremento dei ricavi. In ogni caso – osserva il Collegio - il margine negativo individuato dal CTU è così marcato da rendere l'argomento degli appellanti non decisivo.

15. Su tale ultimo profilo è utile soffermarsi, atteso che per gli appellanti lo scostamento accertato in termini di ricavi non sarebbe affatto eclatante e anzi del tutto compatibile con il fisiologico margine di rischio di un rapporto concessorio.

15.1. Riprendendo quanto già sopra accennato deve replicarsi che la quantificazione di minor ricavi per il 5,4% non rappresenta l'esplicitazione del margine di rischio della concessione, quanto, piuttosto il frutto dell'errore sulle assunzioni poste a base del piano economico finanziario e rilevanti sul piano dell'anomalia dell'offerta, fermo e impregiudicato il margine di rischio fisiologico che caratterizza in genere i rapporti concessori. In altri termini, non è affatto scontato che persino ciò che anche il CTU ha ritenuto verosimile in forza dell'attrattività e dei valori d'eccellenza che l'IOG innegabilmente incarna, non possa, nel corso del rapporto e in ragione di variabili endogene o esogene non prevedibili, attinenti alla domanda o scenari di contesto legati alla localizzazione o alle specializzazioni delle strutture, subire nel tempo flessioni quantitative. L'assunzione del rischio di gestione sta proprio a significare che le dinamiche della domanda restano a carico del concessionario. Il rischio, correlato al fattore tempo e alla variabilità della domanda, è tuttavia, come si confida d'aver chiarito, cosa diversa

dall'anomalia legata all'erronea assunzione, alla base del business plan, di dati e prospettazioni non attendibili.

16. Da tutto quanto si qui osservato discende, in conclusione, la reiezione di entrambi gli appelli.

17. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando su entrambi gli appelli, previa loro riunione, li respinge.

Condanna la Regione Liguria e l'Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.A., in solido, al pagamento delle spese di lite sostenute dalla Policlinico di Monza s.p.a. per il presente grado, forfettariamente liquidate in complessivi €. 5.000, oltre oneri di legge. Pone a carico delle medesime il compenso spettante al consulente tecnico d'ufficio, da liquidare con separato decreto.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO

