

N. 03748/2015REG.PROV.COLL.

N. 02618/2013 REG.RIC.



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 2618 del 2013, proposto da:

PVB Solution Spa (Già Energy Service Srl) in proprio e quale Capogruppo Mandataria Ati, Ati-CIDS Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Pietro Adami, Silvio Bozzi, Franco Gaetano Scoca, con domicilio eletto presso Franco Gaetano Scoca in Roma, Via G. Paisiello, n. 55;

contro

Unità Locale Socio Sanitaria n. 6 "Vicenza", rappresentata e difesa dagli avv. Mario Bertolissi, Paolo Piva, Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri, 5; Unità Locale Socio Sanitaria n. 3-Regione Veneto, rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Manservisi, Vittorio Miniero, con domicilio eletto presso Roberto Manservisi in Roma, Via Antonio Bertoloni, n. 44; Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n.4 "Alto Vicentino", rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Manzi, Cesare Janna, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri, n. 5; Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 5 Ovest Vicentino, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Testa, Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri, n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 00085/2013, resa tra le parti, concernente risarcimento danni per esclusione dalla gara per l'affidamento servizio energia e calore per conduzione e gestione impianti delle strutture sanitarie e socio sanitarie.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Unità Locale Socio Sanitaria n. 6 "Vicenza" e di Unità Locale Socio Sanitaria n. 3-Regione Veneto e di Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 4 "Alto Vicentino" e di Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 5 Ovest Vicentino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2015 il Cons. Alessandro Palanza e uditi per le parti gli avvocati Adami, Manzi, Testa, Janna e De Vergottini su delega di Manservisi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Una volta 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. Alla gara partecipavano quattro raggruppamenti, compreso quello capeggiato dall'odierna società ricorrente. Tutti i raggruppamenti furono esclusi e la gara fu dichiarata definitivamente conclusa con delibera n. 396 del 18 agosto 2009.

L'a.t.i. Energy service ha proposto ricorso dinanzi al TAR Veneto avverso detta delibera n. 396 del 2009 di conclusione della gara nonché avverso il precedente provvedimento di esclusione adottato dalla Commissione sul presupposto che la cauzione provvisoria non risultava intestata a entrambe le ditte partecipanti al raggruppamento, ma fosse intestata solamente alla società capogruppo in palese contrasto con l'ultimo comma del n. 6 dell'articolo 1.05.02 del disciplinare di gara che prevedeva che "nel caso di offerta sottoscritta da più imprese, consorzi non ancora costituiti, la cauzione provvisoria deve essere intestata a tutte le imprese del costituendo raggruppamento o consorzio".

Con la sentenza n. 1843 del 2010, il TAR Veneto, sez. I, accoglieva il ricorso riconoscendo l'illegittimità della disposta esclusione.

La Quinta Sezione del Consiglio di Stato, nel giudizio di appello avverso detta sentenza del TAR Veneto n. 1843 del 2010, dichiarava, con la sentenza n. 6540 del 2011, l'improcedibilità del ricorso originario per sopravvenuta carenza di interesse, in quanto nel frattempo, con la delibera della ASL 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. Nella medesima sentenza, in mancanza di un'espressa richiesta di accertamento dell'illegittimità, ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, comma 3, c.p.a., dell'esclusione dalla stessa subita, è mancata una specifica statuizione sul punto ed è stato precisato 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».

2. - La società PVB Solutions S.p.a (già Energy Service s.r.l.), in proprio e in qualità di capogruppo mandataria dell'a.t.i. costituenda con la mandante CIDS S.p.a., ha quindi proposto dinanzi al TAR Veneto domanda di accertamento della illegittimità dell'esclusione della suddetta a.t.i. nell'ambito della procedura per l'affidamento in appalto del servizio "energia e calore" - Area vasta di Vicenza ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, comma 3, c.p.a., ai fini del ristoro per equivalente dei danni che si pretenderebbero patiti in dipendenza di essa.

3. - Con la sentenza n. 85 del 22 gennaio 2013 il TAR ha accolto in parte il ricorso sul presupposto che, come già rilevato dal medesimo TAR nella precedente sentenza n. 1843 del 2010, ancorché risultasse dall'intestazione che l'obbligato principale della garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria fosse a.t.i. Energy Service s.r.l., 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 s.r.l., sia la firma dell'amministratore unico con timbro di CIDS S.p.a.. 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 s.r.l. in qualità di capogruppo mandataria anche in nome e per conto delle seguenti ditte: CIDS Centro Ingegneria dei Sistemi S.p.a. in qualità di mandante".

Con riferimento ai profili risarcitori ricollegabili, la sentenza gravata ha statuito che 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. Secondo il TAR, tale evento impeditivo ha rilievo determinante anche nella perimetrazione dell'elemento oggettivo del danno in concreto patito, evidenziando che esso non concerne affatto quello conseguente alla mancata aggiudicazione della gara, ma alla semplice illegittima esclusione da essa, in una fase in cui tutti i partecipanti versavano in situazioni pariordinate. Pertanto, 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. Il TAR esclude, pertanto, il riconoscimento del 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.

Per le stesse ragioni il TAR esclude la risarcibilità del c.d. danno curriculare, in quanto anch'esso presupporrebbe un'illegittima mancata stipulazione ed esecuzione del contratto e parametra il danno risarcibile esclusivamente al c.d. "interesse negativo", riconoscendo la 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". Nel caso in esame si riconosce che l'esclusione era motivata sulla base di una interpretazione concernente la formazione della polizza fideiussoria contrastante rispetto al dato sostanziale emergente dalla lettura integrale dell'atto, integrando così una lesione dell'affidamento.

Secondo il TAR tale lesione risulta imputabile a titolo di colpa all'Amministrazione procedente, considerato che non appare riconducibile, per le ragioni anzidette, ad un contrasto giurisprudenziale in subjecta 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. Il TAR ha, inoltre, affermato la responsabilità solidale delle 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 procedente.

4. – La società PVB Solutions S.p.a (già Energy Service s.r.l.) ha impugnato la sentenza deducendo i vizi di violazione di norme e principi in materia di risarcimento per equivalente monetario, difetto e/o inadeguatezza e/o contraddittorietà della motivazione. PVB lamenta innanzitutto la erroneità della sentenza gravata nell'aver riconosciuto il solo risarcimento del danno da interesse negativo e nell'averlo quantificato, solo in via equitativa, nella misura di 35.000,00 euro (più rivalutazione monetaria dal giorno in cui è stata concretata l'illegittima esclusione sino alla pubblicazione della sentenza), a fronte della somma richiesta quantificata in 96.886,00 euro a titolo di danno emergente per i costi inutilmente sopportati dalle ricorrenti per la predisposizione dell'offerta e per la partecipazione alla gara. Lamenta, altresì, l'errore della affermazione per cui la ricorrente avrebbe 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".

L'appellante principale lamenta inoltre il mancato riconoscimento da parte della sentenza gravata del ristoro dell'interesse positivo quantificato nel ricorso principale nella somma di 11.650.672,50 euro a titolo di lucro cessante derivante dalla perdita di *chance* e di 5.625.336,25 euro a titolo di danno curriculare.

La sentenza impugnata è censurata per aver ritenuto l'adesione alla Convenzione Consip come causa escludente non solo il ristoro in forma specifica, ma anche il risarcimento per equivalente del mancato guadagno, ritenendo che, a causa di detta adesione, l'appellante non si sarebbe mai potuto aggiudicare la gara, mentre secondo l'appellante il risarcimento per equivalente ha proprio la funzione di ristorare il danneggiato cui non è più possibile conseguire direttamente il bene della vita. Il primo Giudice avrebbe dunque dovuto valutare se detta adesione fosse imputabile alla P.A. attenendosi ai principi in tema di responsabilità aquiliana. Quanto al nesso di causalità, sono richiamati i criteri della causalità adeguata e della causalità efficiente di cui agli artt. 40 e 41 del c.p., che dimostrerebbero la colpa dell'Amministrazione nell'aver reso impossibile procedere all'aggiudicazione in favore dell'appellante, avendo l'Amministrazione dichiarato, con deliberazione n. 396/2009, la gara conclusa, riservandosi di indirne una nuova per il medesimo appalto e avendo successivamente dovuto aderire alla Convenzione Consip come soluzione temporanea nelle more della definizione dei ricorsi presentati avverso i provvedimenti di esclusione. Tale adesione alla Convenzione Consip si innesterebbe in una serie causale già in atto che, partendo dalla illegittima chiusura della gara originaria, ha determinato il danno patrimoniale costituito dalla mancata aggiudicazione. Inoltre, visto che la stazione appaltante ha dichiarato di non avere più interesse alla prosecuzione della gara solo con la delibera n. 522/2012, prima di tale momento la mancata aggiudicazione della gara sarebbe stata determinata solo dalla illegittima esclusione di tutte le partecipanti e conseguente conclusione della gara stessa operata dalle ASL. La colpa della p.a. sarebbe anche desumibile dal non aver eseguito l'originaria sentenza del TAR Veneto n. 1843/2010, non adempiendo così all'obbligo di impedire l'evento lesivo costituito dalla lesione all'interesse dell'appellante alla prosecuzione della gara.

L'appellante principale lamenta inoltre che, non essendo stato interrotto il nesso causale dall'evento sopravvenuto costituito dalla adesione alla Convenzione Consip, ad essa spetterebbe anche il risarcimento del lucro cessante, comprendente il danno da perdita di *chances* rapportato all'utile di impresa che ne sarebbe conseguito. Infatti, l'appellante deduce che, essendo state dichiarate illegittime da parte del TAR Veneto, nella sentenza precedente a quella impugnata nel presente giudizio, solo la sua esclusione e l'esclusione della a.t.i. Siram S.p.a. (Cfr. sentenza TAR Veneto n. 1840/2010), ove la stazione appaltante avesse agito correttamente, avrebbe dovuto vagliare due sole offerte con la conseguenza che le sue *chances* di aggiudicazione erano pari ad almeno il 50%. Pertanto PVB quantifica il danno da perdita di *chances* che le spetta in 11.650.672,50 euro pari al 50% dell'utile di impresa a sua volta pari al 10% (ex art.

345 della legge n. 2248/1865 all. F. riprodotto nell'art. 122 del d.P.R. n. 554/1999 ed ora nell'art. 134 del d.lgs. n. 163/2006) della base d'asta.

Con riferimento alla prova del mancato percepimento di introiti alternativi, l'appellante principale ha depositato i bilanci da cui risultano i fatturati dell'anno precedente alla gara fino all'ultimo bilancio approvato, dai quali si evince che il fatturato è costante, anzi è leggermente diminuito in misura progressiva. Ciò esclude che l'impresa abbia percepito introiti alternativi al mancato svolgimento dell'appalto. Può al contrario dimostrarsi che a causa della esclusione dalla gara si è verificata una sostanziale estromissione dell'impresa da un certo territorio rilevante con conseguente perdita di credibilità della stessa. L'appellante insiste ancora per il riconoscimento del c.d. danno curriculare pari a 5.625.336,25 euro (2,5% del valore complessivo dell'appalto), dovuto in ragione del mancato incremento del requisito tecnico ed economico, dell'impossibilità di ammortizzare i costi fissi e le economie di scala, della perdita di peso imprenditoriale e di radicamento nel territorio.

5. - Si sono costituite in giudizio la Azienda U.L.S.S. n. 3, che ha depositato controricorso con il quale eccepisce la inammissibilità e infondatezza dell'appello e la Azienda U.L.S.S. n. 6, la Azienda U.L.S.S. n. 5, la Azienda U.L.S.S. n. 4, che hanno depositato anche appello incidentale.

5.1. – 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, eccepiscono la inammissibilità ed improcedibilità della domanda per omessa 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. Gli appelli incidentali lamentano quindi l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto irrilevante, ai fini dell'ammissibilità della pretesa risarcitoria, la mancanza dell'impugnazione 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. Inoltre deducono che il TAR ha avvalorato la fondatezza dell'eccezione sollevata allorquando ha ritenuto che: "Gli affidamenti successivi 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 Convenzione Consip".

Le appellanti incidentali eccepiscono la mancanza di 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 che si sarebbe di fronte a una probabilità di riuscita inferiore al 50%, in quanto tale non risarcibile. Nello specifico avevano partecipato quattro a.t.i. tutte escluse con provvedimenti impugnati dai rispettivi raggruppamenti in giudizi che si sono conclusi con dichiarazione di improcedibilità del ricorso di primo grado da parte del Consiglio di Stato.

Inoltre, le appellanti incidentali asseriscono che la sentenza sarebbe errata nella parte in cui riconosce sia l'illegittimità del provvedimento di esclusione di PVB adottato sulla base di una puntuale clausola del disciplinare di gara sia la colpa dell'Amministrazione in mancanza di qualsiasi allegazione e prova.

Le appellanti incidentali lamentano l'erroneità della sentenza nell'aver ritenuto che la delibera n. 522 del 2012, 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. Ribadiscono quindi l'eccezione di inammissibilità per l'omessa impugnazione della delibera n. 522 del 2012, con la quale sono stati ritirati tutti gli atti di indizione della gara ed è stato dichiarato che non sussistevano più i presupposti per avviare una nuova procedura. La sentenza è 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.

Con riferimento alle spese asseritamente sostenute dalla controparte per la partecipazione alla gara, le appellanti incidentali precisano che quelle documentate correttamente sono di ammontare complessivo pari a 6.030,00 euro. Al riguardo non è stata fornita la prova rigorosa della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria, essendosi limitata ad indicare la somma corrispondente all'utile sperato. Né è stata fornita la prova di non aver concorso ad aggravare il danno e neppure la prova di non aver potuto utilizzare altrimenti le maestranze che, al contrario, risultano esser state utilizzate in ragione dello svolgimento del servizio oggetto dell'appalto presso la U.L.S.S. n. 4 fino a giugno 2012, di cui si tratta al successivo sottoparagrafo 5.2.. Le appellanti incidentali segnalano inoltre che, nel Capitolo 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 il periodo certo di durata del contratto al quale solo può essere commisurata la valutazione dell'utile. Sostengono inoltre, che il danno curriculare sarebbe del tutto assente in quanto non provato ed escluso dalla posizione di assoluto rilievo che l'impresa riveste nel territorio de qua e dall'aver comunque fornito fino a giugno 2012 il servizio oggetto dell'appalto.

5.2. - La ASL 4 nel suo appello incidentale aggiunge, per quanto la concerne, considerazioni in ordine all'assenza di qualsiasi colpa in capo alla medesima, essendosi limitata a conferire la procura alla U.L.S.S. n. 6 "per procedere, nel rispetto della normativa vigente in materia, allo svolgimento della gara di appalto". La sentenza gravata è pertanto erronea nell'aver riconosciuto una responsabilità solidale tra le Amministrazioni resistenti, in quanto 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 della singola Azienda (in particolare, per la ASL 4 il servizio era previsto solamente per la durata di due anni). La stessa ASL 4 ripropone l'eccezione di difetto di legittimazione e rappresentanza in capo all'appellante per la domanda della mandante CIDS, in quanto in un raggruppamento non ancora costituito la capogruppo non è dotata di alcun potere di rappresentanza. Inoltre, la ASL 4 rammenta che, con deliberazione n. 584 del 4.7.2008 del Direttore Generale della U.L.S.S. n. 4, è stato prorogato, con riserva di ulteriore proroga, il servizio di energia e calore della stessa ASL 4 al r.t.i. di cui Siram s.p.a. è capogruppo e mandataria e Energy Service s.r.l. (ora odierna appellante principale PVB Solutions s.p.a.) mandante. Pertanto, la Energy Service s.r.l. (ora odierna appellante principale con il mutato nome di PVB Solutions s.p.a.), quale impresa facente parte il r.t.i., ha erogato detto servizio fino al maggio del 2012 percependo anche i relativi compensi (come risulta dai documenti allegati al fascicolo di primo grado), destinati ad aumentare dell'importo di euro 436.532,50 al lordo di IVA per il conguaglio della stagione 2011/2012. L'appellante principale era dunque a conoscenza del suddetto rapporto contrattuale e degli atti che lo hanno generato, ma non ha impugnato né detti atti né il contratto. Deve quindi dedursi che la stessa PVB aveva a suo tempo escluso la possibilità della rinnovazione della gara, avendo accettato di svolgere ed avendo in concreto svolto lo stesso servizio per il medesimo periodo previsto dalla gara (che doveva andare dall'1.1.2009 al 31.12.2010). In proposito invoca l'applicabilità del principio espresso dalla 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.

6. - Con memoria difensiva dell'8 gennaio 2011, PVB Solution contesta tutte le argomentazioni svolte negli appelli incidentali. In primo luogo, con riferimento alle questioni di inammissibilità e improcedibilità della domanda rammenta che la delibera n. 487/2009, di adesione alla Convenzione Consip, è stata ritualmente impugnata con i motivi aggiunti dinanzi al TAR, che ha accolto il primo ricorso con la sentenza 1843 del 2010; con riferimento alla mancata impugnazione degli atti successivi di affidamento del medesimo servizio e della delibera n. 522 del 5 luglio 2012, con la quale sono stati ritirati tutti gli atti relativi alla gara de qua, osserva che, correttamente, la sentenza del TAR ne ha ribadito la irrilevanza, in quanto gli atti medesimi non costituiscono la prosecuzione della gara che è stata dichiarata deserta. Sostiene che l'adesione alla Convenzione Consip ha precluso la prosecuzione della gara e ha comportato la inutilità dell'annullamento giudiziale del provvedimento di esclusione, ma ciò non impedisce affatto, ed anzi consente, la prosecuzione del giudizio per il riconoscimento e la quantificazione del danno, come affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 6540 del 2011. PVB Solution aggiunge che i fatti sopravvenuti possono impedire solo la soddisfazione in forma specifica dell'interesse del ricorrente e non anche quello per equivalente. Peraltro la sentenza n. 1843/2010 del TAR Veneto, immediatamente esecutiva, aveva dichiarato l'illegittimità della esclusione dell'a.t.i. Energy Service e le Amministrazioni avrebbero dovuto adeguarsi al *decisum* e proseguire la gara invece di appellare la citata sentenza aggravando il danno. In questo contesto, con riferimento alla citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 3/2011, PVB Solution precisa che il Giudice è chiamato a valutare non solo il comportamento del danneggiato, ma anche quello del danneggiante e che sarebbe assurdo consentire al danneggiante di aggravare il danno e di accusare il danneggiato di non averglielo impedito. L'appellante principale ricorda poi che sono solo due i partecipanti validi che hanno visto conclamata l'illegittimità della loro esclusione da una pronuncia del giudice amministrativo; dato che i ricorsi delle altre due partecipanti erano invece stati respinti dal TAR e poi dichiarati improcedibili dal Consiglio di Stato e non avendo esse proposto ulteriore impugnazione si deve ritenere che i provvedimenti di esclusione si siano consolidati. PVB sostiene l'illegittimità del provvedimento di esclusione e la colpa dell'amministrazione, stante il consolidato orientamento giurisprudenziale per cui la colpa della amministrazione, *in subiecta materia*, risiede in re ipsa nella illegittimità del provvedimento e sarebbe, oltretutto, manifesta nel caso in esame. Si confutano poi le eccezioni con cui le ASL 4 e 5 escludono la solidarietà e sostengono un difetto di legittimazione e rappresentanza in capo a PVB con riferimento alla mandante CIDS s.p.a.. Quanto alle spese di partecipazione alla gara, PVB Solution ribadisce che, a fronte di una illegittima esclusione dalla gara, spetta senza dubbio il riconoscimento delle spese di partecipazione. In ordine al quantum PVB contesta i calcoli della controparte in quanto collidono con le prove documentali fornite in primo grado. Osserva che il criterio del 10% della base d'asta si è ormai consolidato in giurisprudenza e che, contrariamente a quanto asserito dalle appellanti incidentali, ha depositato prova in ordine al c.d. *aliunde perceptum*. PVB contesta la teoria secondo la quale la valutazione dell'utile dovrebbe essere commisurata ai soli tre mesi di durata certa minima del contratto. PVB conclude 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.

7. - 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.

8 – In vista dell'udienza di merito, anche PVB Solution deposita memoria di replica con la quale presenta alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di risarcibilità del danno a seguito di violazione di interesse legittimo. In particolare afferma che la sentenza del Consiglio di Stato n. 6540/2011 costituisce un giudicato che ha già riconosciuto l'ammissibilità della richiesta di riconoscimento del diritto al risarcimento del danno nella controversia di cui si discute. Richiama la giurisprudenza sulla non necessità della pregiudiziale impugnativa del provvedimento amministrativo per ottenere il risarcimento del danno per affermare la irrilevanza della mancata impugnazione degli atti successivi sia sotto il profilo della ammissibilità della domanda risarcitoria sia sotto il profilo della valutazione del comportamento processuale delle parti. Afferma che il risarcimento del danno deve garantire in maniera completa il ristoro del pregiudizio, che l'Amministrazione non avrebbe dovuto aggravare il danno e che era tenuta al rispetto del dovere di correttezza ex art. 1227 c.c.. Ribadisce infine che la chance di vittoria deve essere calcolata in base alla presenza di due sole partecipanti e quindi il danno include il lucro cessante della mancata aggiudicazione dell'appalto e quello curricolare.

9. - La causa è stata discussa e trattenuta in decisione alla pubblica udienza dell'11 febbraio 2015.

10. - Il Collegio ritiene che, in base ai principi di economia processuale e di logicità, devono essere nel caso in esame prioritariamente esaminati gli appelli incidentali delle Amministrazioni resistenti, in quanto essi introducono questioni di inammissibilità del ricorso in primo grado; anche nel merito, essi impugnano prioritariamente aspetti della sentenza del TAR logicamente antecedenti, in quanto concernenti la stessa esistenza del danno come conseguenza della esclusione dalla gara, aspetti sui quali il giudice di primo grado si è pronunciato a favore dell'appellante principale. Infatti l'appello principale concerne la quantificazione del danno riconosciuto dalla sentenza del TAR con riferimento alle spese sostenute per la partecipazione alla gara e il mancato riconoscimento del danno da perdita di *chance*, di lucro cessante e di credibilità di impresa.

11. – Passando quindi ad esaminare per primi gli appelli incidentali, il Collegio respinge preliminarmente le questioni di inammissibilità e improcedibilità della domanda per omessa 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. Alla prima eccezione preliminare di inammissibilità deve essere opposta la contraria affermazione dell'appellante principale secondo la quale la delibera di adesione alla Convenzione Consip n. 487/2009 è stata ritualmente impugnata con motivi aggiunti nel giudizio concluso con la sentenza 1843/2010, non presi in considerazione dal TAR nella stessa sentenza che si è limitata a enunciare "visti i motivi aggiunti" e che non si pronuncia sulla legittimità della delibera di adesione n. 487/2009 (in ogni caso, la delibera n. 487 è stata impugnata anche da Energy Service nel giudizio concluso con la sentenza TAR Veneto n. 3461/2009 confermata dal Consiglio di Stato n. 1072/2011). Riguardo alla seconda eccezione preliminare di inammissibilità, 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, non è considerata da questo Collegio rilevante nel presente giudizio, per le ragioni risultanti dalla ricostruzione giuridica della vicenda articolata nei successivi punti da 12.5. a 12.8.. La delibera n. 522/2012 risulta essere 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, che è stata impugnata in precedenti giudizi e che, in base al loro esito, deve considerarsi insindacabilmente legittima (come dimostrato nei punti da 12.2. a 12.5.) e autonomamente produttiva di effetti (come dimostrato nei punti da 12.6. a 12.14.).

12. – A giudizio di questo Collegio, gli appelli incidentali sono in parte fondati, limitatamente alla mancanza di nesso casuale tra il danno da risarcire e l'esclusione dalla gara lamentata come illegittima dall'appellante principale, con conseguente impossibilità di accertare la illegittimità dell'esclusione ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, comma 3, c.p.a., e quindi con conseguente inammissibilità del ricorso in primo grado.

12.1. – Occorre quindi circoscrivere preliminarmente il limitato spazio che resta al presente giudizio con riferimento alla vicenda che ne è oggetto e alla pluralità di giudizi già intervenuti in ordine alla medesima.

A tal fine va considerato che:

- il TAR Veneto con la sentenza n. 1843 del 7 maggio 2010 aveva precedentemente concluso statuendo la illegittimità del provvedimento di esclusione dell'a.t.i. Energy Service S.r.l.;
- il successivo giudizio presso il Consiglio di Stato, derivante dalla impugnazione della sentenza del TAR appena citata, si conclude con la sentenza n. 6540 del 14 dicembre 2011, la quale, in riforma della sentenza appellata, ha dichiarato

improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso di primo grado sulla base del presupposto che nel frattempo era intervenuta la adesione alla nuova Convenzione Consip;

- ne consegue che, contrariamente a quanto affermato dall'appellante principale, la sentenza n. 6540 ha un contenuto meramente processuale e da essa non derivano effetti di giudicato, oltre quelli limitati alla affermazione di sopravvenuta carenza dell'interesse idoneo a sostenere quel giudizio.

- costituisce mero rinvio dell'intera questione ad altro eventuale giudizio l'affermazione, di cui alla stessa sentenza n. 6540, più volte rimarcata dall'appellante principale, secondo la quale la stessa parte, in quel giudizio appellata, non «subisce pregiudizio alcuno, perché nel successivo giudizio potrà dimostrare la illegittimità del provvedimento quale presupposto del risarcimento del danno»;

- quanto alla deliberazione n. 487 del 16 ottobre 2009 del Direttore Generale dell'U.L.S.S. n. 6 di Vicenza - quale amministrazione procedente in conto e per conto delle altre ASL - avente ad oggetto l'adesione alla nuova Convenzione Consip, dalla sopra richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 6540 può solo ricavarsi che le conclusioni in ordine alla improcedibilità del ricorso di primo grado presuppongono una valutazione in ordine alla legittimità di tale adesione sia pure nei limiti in cui la natura meramente processuale di detta sentenza consente di attribuire ulteriori implicazioni alla statuizione di sopravvenuta carenza di interesse;

- in ogni caso il giudicato che statuisce la legittimità della predetta delibera n. 487 si evince dagli esiti di altra e parallela causa, nella quale lo stesso TAR Veneto - con la sentenza n. 3461/2009 - ha respinto il ricorso presentato da diverse società tra cui l'odierna appellante, per l'annullamento dell'adesione della Convenzione in questione e ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla parte contro-interessata A2a Servizi e Calore Srl, Prima Vera Spa, Antas Spa avverso la precedente deliberazione n. 451, che provvisoriamente prorogava la gestione del servizio in capo alla stessa Siram. La sentenza del TAR riconosce quindi la legittimità di entrambe le delibere n. 451 e n. 487 del 2009 dell'ASL n. 6 (in nome e per conto delle altre ASL) e viene confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1072 pubblicata il 21 febbraio 2011.

12.2. - Per quanto riguarda il presente giudizio, la legittimità della adesione alla Convenzione Consip non è posta in dubbio nemmeno dalla sentenza del TAR n. 85/2013, che al contrario basa su di essa la impossibilità di un risarcimento in forma specifica. Anche l'appellante principale dal canto suo richiede, infatti, con la domanda iniziale il risarcimento per equivalente sul medesimo presupposto; ma censura questa parte della sentenza TAR, sostenendo che il nesso causale non è stato interrotto dall'evento sopravvenuto costituito dall'adesione alla Convenzione Consip, che si innesterebbe in una serie causale già in atto che, partendo dalla illegittima chiusura della gara originaria, ha determinato il danno da risarcire.

12.3. - Dall'insieme degli argomenti portati dalla difesa appellante su questo specifico aspetto, esposti al precedente punto 4, terzo capoverso, può dedursi che neppure l'appellante principale contesta nell'appello la legittimità della adesione alla Convenzione Consip, pur sostenendo che essa non interrompe il nesso di causalità. Ciò in quanto la considera conseguente alla conclusione senza esito della precedente gara ed è pertanto valido 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.

12.4. - Si può pertanto concludere sul punto della legittimità della adesione alla Convenzione Consip in questione, che tale aspetto non è più in discussione in questo giudizio, ma deve essere considerato un dato processuale già acquisito e non più ulteriormente sindacabile dal giudice in questo contesto.

12.5. - Secondo questo Collegio, la affermata e non più sindacabile legittimità della adesione alla Convenzione Consip presuppone necessariamente la esclusione di qualsiasi nesso causale con la conclusione della precedente gara, dal momento che altrimenti la illegittimità per violazione degli obblighi di buona fede e correttezza precontrattuale si sarebbe dovuta comunicare dalla illegittima conclusione della gara alla adesione alla Convenzione Consip se ritenuta conseguente, mentre invece la adesione alla Consip è stata considerata una fase del tutto autonoma e indipendente dalla precedente fase di gara, e quindi solo occasionata dalla conclusione della stessa.

12.6. - Deve infatti considerarsi che la scelta di adesione alla Convenzione Consip è stata considerata legittima dalla sentenza del TAR del cui appello si discute, in parti non espressamente appellate e, in ogni caso, deve considerarsi che sono intervenute nello stesso senso decisioni giudiziali passate in giudicato, richiamate al punto 12.1.: stante - per tutti i giudizi - il fatto che la stessa Amministrazione avesse in precedenza indetto autonoma gara per lo stesso oggetto e che gli esiti della stessa gara fossero oggetto di contestazione giudiziale negli stessi giudizi. Deve perciò dedursi che l'adesione alla Convenzione Consip è stata evidentemente considerata anche in tali giudizi - come nel presente giudizio - una scelta del tutto indipendente dalla precedente, essendo a ben vedere alternativa alla stessa indicazione e allo svolgimento di una gara autonoma da parte delle ASL interessate.

12.7. - E' pertanto la stessa indicazione della gara del 2008 che deve considerarsi oggettivamente superata dalla decisione della ASL 6 di aderire alla nuova Convenzione Consip, decisione che sarebbe potuta legittimamente intervenire in

qualsiasi momento, purché prima di una aggiudicazione efficace. L'adesione alla Convenzione Consip avrebbe infatti operato con gli stessi effetti sia che fosse intervenuta durante la gara (previa revoca), sia che intervenga – come è in effetti avvenuto - dopo una sua anche “apparente” conclusione per esclusione di tutti i partecipanti, che è tuttavia rimasta *sub iudice*.

12.8. – La adesione alla Convenzione Consip rappresenta non un seguito della gara appena conclusa, ma una soluzione del tutto alternativa ad essa. Una soluzione tanto radicalmente alternativa che sarebbe potuta intervenire in qualsiasi momento prima della aggiudicazione determinando la interruzione o la revoca della gara. Il fatto che invece sia intervenuta dopo l'esclusione di tutte le partecipanti e l'apparentemente “temporanea” – per il tenore di alcune accessorie motivazioni - conclusione della gara produce l'unico effetto di consentire all'Amministrazione di procedere all'adesione alla nuova Convenzione Consip senza ulteriori formalità e senza una formale revoca (che interviene solo molto più tardi con la delibera n. 522 del 5 luglio 2012, e che, per le ragioni già dette, è atto inutile e pleonastico, come già affermato al precedente punto 11.. La scelta compiuta dall'Amministrazione procedente è del tutto equivalente nei suoi effetti ad una revoca della gara nel corso del suo svolgimento per scegliere un'altra strada pienamente legittima.

12.9. - Si deve ricordare che l'Amministrazione è titolare del potere, riconosciuto dall'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990, di revocare per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, un proprio precedente provvedimento amministrativo e che, con riguardo ad una procedura di evidenza pubblica, deve ritenersi legittimo 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 revoca stessa, ciò in quanto la ricordata disposizione ammette un ripensamento da parte della Amministrazione (Consiglio di Stato, III sezione, n. 4026, 30 luglio 2013).

12.10. - Quanto ai presupposti per l'adesione alla Convenzione Consip nel caso in esame, va ricordato che, ai sensi dell'art. 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488, (“3. *Le amministrazioni centrali e periferiche dello Stato sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, salvo quanto previsto dall'articolo 27, comma 6. Le restanti pubbliche amministrazioni hanno facoltà di aderire alle convenzioni stesse, ovvero devono utilizzarne i parametri di qualità e di prezzo per l'acquisto di beni comparabili con quelli oggetto di convenzionamento*”), alla scadenza della precedente Convenzione Consip disimpegnata da Siram e dopo una sua prima (ed unica) proroga, l'Azienda U.L.S.S. poteva indire una nuova gara per l'affidamento del servizio, oppure aderire alla nuova Convenzione Consip nel frattempo entrata in vigore, risultando viceversa assodata l'impossibilità di ulteriori proroghe, stante – se non altro – la generale valenza del divieto di rinnovo (e, “*a fortiori*”, di proroga) dei contratti di appalto scaduti introdotto dall'art. 23 della legge 18 aprile 2005 n. 62: disciplina, questa, che assume portata preclusiva di qualsivoglia opzione ermeneutica che si risolve nell'elusione di fatto del divieto medesimo (cfr. sul punto, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 31 ottobre 2006 n. 6457; (sentenza del Consiglio di Stato n. 1072/2011).

12.11. – Nel caso in esame si procede senza bisogno di una formale revoca, in quanto l'adesione alla Convenzione Consip interviene dopo una almeno apparente conclusione della gara senza esiti, con l'esclusione di tutte le partecipanti ancora *sub iudice*. L'Amministrazione si è avvalsa - per una situazione accidentale e contingente e da presumere di perlomeno dubbia legittimità (alla stregua di ben due sentenze del TAR Veneto non confermate in appello per ragioni processuali) - di una facilitazione procedurale (quella di evitare una formale revoca della gara come sarebbe avvenuto se la gara fosse stata ancora in corso), per compiere un atto sotto ogni aspetto lecito e motivato sotto il profilo del pubblico interesse (Cfr. precedente paragrafo 12.10.), in grado quindi di determinare autonomamente l'effetto lamentato e di escludere ogni forma di risarcimento danni, compresa anche quella riconosciuta dal TAR nel limite delle sole spese di partecipazione alla gara.

12.12. - In un caso come quello in esame, in cui per le ragioni anzidette 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. Inoltre, risulta da affermazioni dell'appellante incidentale ASL 4, non contestate dall'appellante principale, che PVB Solutions s.p.a. abbia guadagnato dalla vicenda molto di più di quanto lamenta di aver perso con le spese di partecipazione, dato che la proroga della precedente gestione disposta nel 2008 per la ASL 4 si è prolungata fino al maggio 2012, consentendo a PVB di erogare il citato servizio fino alla medesima data e di percepire i relativi compensi (come risulta dai documenti allegati al fascicolo di primo grado), poi destinati ad aumentare dell'importo di euro 436.532,50 al lordo di IVA per il conguaglio della stagione 2011/2012. In questo contesto l'appellante principale non si è evidentemente opposto a proroghe a suo vantaggio che pure avevano nella esclusione delle partecipanti e conseguente conclusione della precedente gara il loro necessario presupposto.

12.13. – In conclusione l'esclusione dell'appellante principale (qualificata come illegittima dal TAR nella sentenza qui appellata) come l'intero svolgimento della precedente gara perde di qualsiasi rilevanza ai fini della risarcibilità del danno di fronte ad una scelta legittima e del tutto alternativa compiuta dall'Amministrazione con l'adesione alla Convenzione Consip, che è causa autonoma e sufficiente dell'evento lamentato come danno. Vale a dire che con l'adesione alla Convenzione Consip la gara - ancora in corso o comunque ancora senza esito – è *tamquam non esset*. La gara è interamente sostituita dalla diversa scelta compiuta dall'Amministrazione di aderire alla nuova Convenzione Consip.

Essa comporta non l'impossibilità della ripetizione, ma il venir meno della gara stessa ed è dunque la sola causa degli eventi lamentati come danno risarcibile dall'appellante. L'adesione alla Convenzione Consip si pone come unico, indipendente e "legittimo" fattore causale di tutte le diverse forme di danno fatte valere in questo giudizio dall'appellante principale ai fini del risarcimento, che dipendono tutte dalla mancata riapertura o ripetizione della gara a causa della predetta adesione.

12.14. - Alle stesse conclusioni conduce quindi il criterio - invocato dall'appellante principale per affermare la tesi opposta - della causalità adeguata e della causalità efficiente, di cui all'art. 41, secondo comma, primo periodo, del codice penale - secondo il quale: "*Le cause sopravvenute escludono il rapporto di causalità quando sono state da sole sufficienti a determinare l'evento*"; il che è per l'appunto quanto avviene nel caso in esame, come è stato nei punti precedenti dimostrato.

13. - In base alle considerazioni che precedono viene evidentemente meno l'interesse ad accertare la legittimità o meno della esclusione e della conclusione della gara senza esito. E' sufficiente affermare che il provvedimento di esclusione asseritamente illegittimo non ha determinato il danno ingiusto, in quanto il fatto sopravvenuto e legittimo è causa autonoma e sufficiente dell'evento lamentato. Non può pertanto riconoscersi alcuna forma di danno risarcibile in capo all'appellante principale in conseguenza di detta esclusione per mancanza del necessario nesso di causalità.

14. - Gli appelli incidentali devono essere accolti limitatamente ai motivi concernenti la inesistenza del necessario nesso di causalità tra gli atti asseritamente illegittimi e gli eventi per i quali si domanda il risarcimento del danno.

15. -. Quanto all'appello principale, che a seguito dell'accoglimento degli appelli incidentali è conseguentemente respinto, va rilevato che, a conclusioni coerenti con quelle individuate esaminando prioritariamente gli appelli incidentali, si giungerebbe anche esaminando i motivi proposti dal medesimo appello principale.

15.1. - In questa diversa prospettiva dovrebbe essere in primo luogo respinto il motivo di appello relativo alla richiesta di risarcimento danni per equivalente per perdita di *chance* e di credibilità in ragione della mancata aggiudicazione della gara. Il risarcimento del danno per equivalente e per danno curriculare deve essere escluso per mancanza della consistente possibilità di vittoria che la giurisprudenza richiede ai fini del riconoscimento del risarcimento del danno per equivalente. Difatti, il caso in esame si caratterizza per una totale assenza di *chance* risarcibile. Del resto, come noto, "nelle gare pubbliche indette per l'aggiudicazione di appalti la perdita di *chances* costituisce un danno attuale, che non si identifica con la perdita di un risultato utile, ma con quella della possibilità di conseguirlo e postula, a tal fine, la sussistenza di una situazione presupposta, concreta ed idonea a consentire la realizzazione del vantaggio sperato (da ultimo Consiglio di Stato sez. III, n. 1228 del 10 marzo 2015). Orbene, nel caso in esame non vi erano solo due partecipanti, per cui la probabilità di riuscita dell'appellante principale era inferiore al 50% e in quanto tale non risarcibile. Addirittura, nel caso di specie PVB Solution non può vantare nessuna *chance* apprezzabile, in quanto alla gara in questione avevano partecipato quattro a.t.i. tutte escluse con provvedimenti che sono stati impugnati dai rispettivi raggruppamenti in giudizi che si sono tutti conclusi con una dichiarazione di improcedibilità del ricorso di primo grado da parte del Consiglio di Stato. In questa circostanza, il fatto che solo due a.t.i. abbiano instaurato un altro giudizio per l'accertamento della illegittimità della esclusione e lo abbiano ottenuto non può certo valere come prova di una consistente probabilità di successo.

15.2. - L'appello principale sarebbe necessariamente respinto anche relativamente alla richiesta di risarcimento del danno per le spese di partecipazione alla gara anche quanto alla non spettanza di questa forma di risarcimento. La sentenza del TAR, secondo la ricostruzione giuridica della vicenda fatta propria da questo Collegio, è contraddittoria nell'affermare, da un lato, la legittimità dell'adesione alla Convenzione Consip (come statuito dal Consiglio di Stato) e dall'altra nel ritenere che tale adesione abbia determinato una violazione degli obblighi di buona fede e correttezza, condannando su questa base le amministrazioni a ristorare PVB Solution delle spese di partecipazione alla gara quantificate in via equitativa. Come noto, la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 1337 c.c. presuppone che tra le parti siano intercorse trattative per la sua conclusione (*ex multis*, Cass. Civ. sez. I, 18.6.2005, n. 13164). Secondo un consolidato orientamento, (Cass. Civ. Sez. I, 18.6.2005, n. 13164; Cons. St. A.P. 5.9.2005, n. 6 ; Sez. IV, 11.11.2008, n. 5633), essa non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, nella fase, cioè, in cui gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti, ma soltanto quella di partecipanti alla gara e vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri della pubblica amministrazione, mentre non sussiste una relazione specifica di svolgimento delle trattative (Cass. S.U. 26.5.1997, n. 4673). Pertanto, la violazione delle regole di correttezza che presiedono alla formazione del contratto può assumere rilevanza solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente effetti concretamente vantaggiosi, come quello dell'aggiudicazione, e solo dopo che tali effetti siano venuti meno, nonostante l'affidamento ormai conseguito dalla parte interessata (Cons. Stato, V, 8.9.2010 n. 6489).

15.3. - Nel caso di specie tale affidamento non poteva ritenersi concretamente formato, atteso che la ditta ricorrente non aveva mai conseguito l'aggiudicazione e non aveva mai assunto, quindi, la veste specifica di contraente. Inoltre se la gara può essere sempre annullata o revocata dalla stazione appaltante prima dell'aggiudicazione senza che ciò dia diritto ad indennizzo e tanto meno a risarcimento, è evidente che anche nel caso in esame 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, non solo riguardo all'aggiudicazione ma anche alla possibilità di un eventuale revoca in corso di gara.

16. - L'appello principale deve essere respinto a seguito dell'accoglimento degli appelli incidentali e della conseguente inammissibilità del ricorso in primo grado, essendo venuto meno *ab initio* l'interesse ad accertare la illegittimità dell'evento lamentato come danno nella presente situazione processuale quale risulta anche dall'esito dei precedenti giudizi sulla stessa vicenda.

17. – In ragione delle motivazioni eminentemente processuali dell'accoglimento degli appelli incidentali, del comportamento dell'Amministrazione nella gara e dell'alterno andamento del giudizio, le spese tra le parti devono essere compensate per entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello , come in epigrafe proposto, e sugli appelli incidentali,

accoglie gli appelli incidentali nei termini di cui in motivazione e respinge l'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara inammissibile il ricorso in primo grado.

Spese compensate per entrambi i gradi del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/07/2015

IL SEGRETARIO

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