

N. 00559/2016REG.PROV.COLL.

N. 08651/2015 REG.RIC.

N. 08652/2015 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 8651 del 2015, proposto da:
Sogesi Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Zanetti, con domicilio
eletto presso Andrea Zanetti in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale,
rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Toscano, con domicilio eletto
presso Giuseppe Toscano in Roma, corso Vittorio Emanuele II 18; Estav
Nord Ovest - Ente Per i Servizi Tecnico Amministrativi di Area Vasta;
Asl 6 - Livorno, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Stolzi, con
domicilio eletto presso Umberto Richiello in Roma, Via Carlo Mirabello,
18;

nei confronti di

Servizi Ospedalieri Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Enza Maria
Accarino, Gaetano Di Giacomo, con domicilio eletto presso Enza Maria
Accarino in Roma, Via Cicerone N. 49;

sul ricorso numero di registro generale 8652 del 2015, proposto da:
Sogesi S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Zanetti, con
domicilio eletto presso Andrea Zanetti in Roma, corso Vittorio Emanuele
II, 18;

contro

Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale,
rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Toscano, con domicilio eletto
presso Giuseppe Toscano in Roma, corso Vittorio Emanuele II 18; Asl 6 -
Livorno, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Stolzi, con domicilio eletto
presso Umberto Richiello in Roma, Via Carlo Mirabello, 18; Estav Nord
Ovest - Ente di Supporto Tecnico Amministrativi di Area Vasta;

nei confronti di

Servizi Ospedalieri Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gaetano Di
Giacomo, Enza Maria Accarino, con domicilio eletto presso Enza Maria
Accarino in Roma, Via Cicerone N. 49;

per la riforma

quanto al ricorso n. 8651 del 2015:

della sentenza del T.a.r. Toscana - Firenze: Sezione I n. 01340/2015, resa tra le parti, concernente affidamento in estensione del servizio di sterilizzazione dello strumentario chirurgico per l'azienda u.s.l. 6 Livorno - ris. danni;

quanto al ricorso n. 8652 del 2015:

della sentenza del T.a.r. Toscana - Firenze: Sezione I n. 01217/2015, resa tra le parti, concernente affidamento in estensione del servizio di sterilizzazione dello strumentario chirurgico per l'azienda u.s.l. 6 Livorno - ris. danni;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e di Asl 6 - Livorno e di Servizi Ospedalieri Spa e di Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e di Asl 6 - Livorno e di Servizi Ospedalieri Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2016 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Andrea Zanetti, Ferdinando Pinto su delega di Giuseppe Toscano e Jaus Richiello Maria Luisa su delega di Paolo Stolzi Andrea Zanetti, Ferdinando Pinto su delega di Giuseppe Toscano e Maria Luisa Jaus Richiello su delega di Paolo Stolzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con le sentenze impugnate con i due ricorsi indicati in epigrafe il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana respingeva i ricorsi proposti dalla SO.GE.SI. S.p.A. avverso le determinazioni (rispettivamente, in data 10 marzo 2014 e 27 giugno 2014) con cui l'Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale (d'ora innanzi ESTAR) aveva disposto l'affidamento diretto del servizio di sterilizzazione dello strumentario chirurgico in favore della Azienda USL 6 di Livorno (d'ora innanzi Azienda), rispettivamente per i periodi dal 1° gennaio al 31 marzo 2014 e dal 1° aprile al 31 ottobre 2014, alla Servizi Ospedalieri S.p.A., già affidataria, a seguito di pubblica gara, del servizio di lavanolo in favore della medesima Azienda.

Avverso le predette decisioni reiettive proponeva appello, con due distinti ricorsi, la SO.GE.SI., contestando la correttezza delle statuizioni reiettive gravate e domandandone la riforma, con conseguente condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni.

Resistevano, in entrambi i ricorsi, l'ESTAR, l'Azienda e la Servizi Ospedalieri S.p.A., che contestavano la fondatezza degli appelli, domandandone la reiezione, con conseguente conferma delle sentenze impugnate.

I ricorsi venivano trattenuti in decisione alla pubblica udienza del 28 gennaio 2016.

DIRITTO

1.- Occorre preliminarmente disporre la riunione dei ricorsi indicati in epigrafe, ai sensi dell'art.70 c.p.a., siccome legati da vincoli di connessione soggettiva (le parti sono le medesime) ed oggettiva (la

vicenda amministrativa dedotta come lesiva nei due ricorsi è identica) che ne consigliano la trattazione congiunta.

2.- Ai fini di una compiuta comprensione dei termini della controversia, occorre premettere, in fatto, che l'ESTAR aveva disposto, fin dal 24 novembre 2011, l'affidamento diretto del servizio di sterilizzazione dello strumentario chirurgico, in favore della Azienda Sanitaria di Livorno, alla Servizi Ospedalieri, in quanto già affidataria, a seguito di pubblica gara, del servizio di lavanolo in favore della medesima Azienda, nelle more della definizione della procedura di affidamento del predetto servizio, già bandita (ed alla quale aveva domandato di partecipare la ricorrente SO.GE.SI.); che la predetta procedura era stata successivamente revocata; che l'ESTAR aveva, poi, deciso di internalizzare il servizio e che, tuttavia, lo stesso veniva, con diverse determinazioni, prorogato, fino al 31 ottobre 2014, alla suddetta società.

3.- Con due distinti ricorsi proposti dinanzi al T.A.R. per la Toscana la SO.GE.SI. lamentava l'ingiustizia dei due ultimi affidamenti diretti, in proroga rispetto a quelli precedenti, e rivendicava il risarcimento del pregiudizio patrimoniale patito per effetto della sottrazione al mercato del servizio illegittimamente affidato alla Servizi Ospedalieri e, quindi, della violazione del suo diritto ad ottenere, in esito ad una procedura concorrenziale, l'aggiudicazione del relativo contratto.

Il Tribunale di prima istanza ha disatteso la predetta pretesa risarcitoria, giudicando, nella sentenza n.1340 del 2014 (impugnata con il ricorso RG n.8651 del 2015), insussistente il danno del quale veniva chiesto il risarcimento, e, nella sentenza n.1217 del 2015 (impugnata con il ricorso RG n.8652 del 2015), legittimo l'affidamento diretto ivi censurato.

4.- Gli appelli sono infondati, alla stregua delle considerazioni di seguito esposte, e vanno respinti nel merito (restando assorbite le eccezioni pregiudiziali riproposte dalle parti appellate).

4.1- Occorre premettere che l'efficacia temporale degli affidamenti diretti contestati è ormai esaurita (essendo scaduto, il 31 ottobre 2014, il termine finale del secondo), che il servizio risulta attualmente gestito internamente dall'Azienda Sanitaria e che, quindi, l'unico interesse concreto e attuale che sorregge le azioni proposte dalla SO.GE.SI. è quello connesso al risarcimento per equivalente (non potendo più ottenere, per effetto della decisione di internalizzare il servizio, l'effetto conformativo dell'obbligo di indire una pubblica gara per l'affidamento dell'appalto).

4.2- Così decifrata la domanda sostanzialmente azionata dalla ricorrente, si deve rilevare che la configurabilità della responsabilità della pubblica amministrazione per i danni provocati dall'azione amministrativa esige l'adozione di un provvedimento illegittimo, la dimostrazione del dolo o della colpa, da valersi quale elemento costitutivo del diritto al risarcimento, dell'autorità che lo ha emanato, non essendo sufficiente il solo annullamento dell'atto lesivo (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 11 marzo 2015, n.1272), e la prova che dalla colpevole condotta amministrativa sia derivato, nella sfera patrimoniale del presunto danneggiato, un pregiudizio economico direttamente riferibile all'assunzione od all'esecuzione della determinazione illegittima (cfr ex multis Cons. St., sez. VI, 8 luglio 2015, n.3400).

Orbene, nella fattispecie controversa ricorrono sicuramente i primi due elementi costitutivi dell'illecito (l'illegittimità degli atti dedotti come dannosi e la sussistenza della colpa dell'Amministrazione), ma non il terzo (l'esistenza di un danno patrimoniale direttamente ricollegabile all'adozione del provvedimento illegittimo).

4.3- In merito ai prime due elementi, è sufficiente, in estrema sintesi, osservare che gli affidamenti diretti controversi non possono in alcun modo reputarsi legittimati dall'applicazione dell'art.57, comma 2, lett. c), d.lgs. n.163 del 2006 (da valersi quale disposizione invocata dalla stessa Amministrazione per giustificarli), sia perché l'estrema urgenza che impedisce l'aggiudicazione dell'appalto in esito ad una procedura indetta con la pubblicazione di un bando di gara (e, cioè, la condizione che autorizza la procedura contestata) risulta, nella specie, provocata dalla stessa Amministrazione e, quindi, del tutto prevedibile, siccome ascrivibile al ritardo con il quale è stata organizzata ed attivata l'internalizzazione del servizio (contrariamente a quanto espressamente postulato dalla disposizione citata per la legittimità dell'affidamento ivi previsto), sia, ancora, perché, in ogni caso, il servizio di sterilizzazione dello strumentario chirurgico non può in alcun modo ritenersi complementare a quello di lavanolo (del tutto sconnesso dal primo) già svolto dalla Servizi Ospedalieri presso l'Azienda.

4.3.1- Una violazione così palese e ripetuta nel tempo di una disposizione tanto chiara e univoca nella sua portata precettiva (là dove, per quanto qui rileva, autorizza la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando nelle sole, eccezionali, e, nella specie, del tutto inesistenti, situazioni di urgenza) non può, inoltre, che integrare gli estremi della configurabilità, in capo all'Amministrazione, dell'elemento psicologico della colpa, tanto più che la SO.GE.SI. aveva più volte rappresentato all'Azienda l'illegittimità delle reiterate proroghe del servizio.

4.4- Difetta, invece, l'elemento del pregiudizio risarcibile.

4.4.1- La ricorrente allega, come voce, nella specie rivendicata, del danno provocato dagli illegittimi affidamenti diretti del servizio in questione, il lucro cessante, nella peculiare declinazione della c.d. perdita di chance, e, cioè, nel pregiudizio sofferto per aver perduto, quale conseguenza dell'adozione dei predetti atti illegittimi, l'occasione di conseguire il bene della vita (l'aggiudicazione dell'appalto) che avrebbe potuto ottenere se l'Amministrazione si fosse comportata correttamente (e, cioè, se avesse bandito una procedura aperta, anziché procedere ad una illegittima procedura negoziata senza pubblicazione del bando).

4.4.2- La disamina della fondatezza di tale pretesa risarcitoria postula una sintetica ricognizione dei principi e delle regole che presidiano lo scrutinio della spettanza del relativo diritto.

La risarcibilità del danno da perdita di chance è stata riconosciuta nelle sole ipotesi in cui l'illegittimità dell'atto ha provocato, in via diretta, una lesione della concreta occasione di conseguire un determinato bene e quest'ultima presenti un rilevante grado di probabilità (se non di certezza) di ottenere l'utilità sperata (Cons. St., sez. V, 1° ottobre 2015, n.4592).

E' stato, inoltre, chiarito, che, nelle pubbliche gare, il predetto diritto risarcitorio spetta solo se l'impresa illegittimamente pretermessa dall'aggiudicazione illegittima riesca a dimostrare, con il dovuto rigore, che la sua offerta sarebbe stata selezionata come la migliore e che, quindi,

l'appalto sarebbe stato ad essa aggiudicato, con un elevato grado di probabilità (Cons. St., sez. V, 22 settembre 2015, n.4431).

Il danneggiato risulta, perciò, gravato dell'onere di provare l'esistenza di un nesso causale tra l'adozione o l'esecuzione del provvedimento amministrativo illegittimo e la perdita dell'occasione concreta di conseguire un determinato bene della vita (Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2015, n.4115), con la conseguenza che il danno in questione può essere risarcito solo quando sia collegato alla dimostrazione della probabilità del conseguimento del vantaggio sperato, e non anche quando le chance di ottenere l'utilità perduta restano nel novero della mera possibilità (Cons. St., sez. IV, 23 giugno 2015, n.3147).

Mentre, infatti, nel primo caso (probabilità di conseguimento del bene della vita) appare ravvisabile un nesso causale, da valersi quale indefettibile elemento costitutivo dell'illecito aquiliano, tra condotta antigiusuridica e danno risarcibile, nella seconda ipotesi (mera possibilità di conseguimento del vantaggio perduto) risulta interrotta proprio la sequenza causale tra l'atto illegittimo e la perdita patrimoniale rivendicata dal danneggiato.

Nel caso, in cui, quest'ultimo non riesca a dimostrare che, senza l'adozione dell'atto illegittimo, avrebbe certamente (o molto probabilmente) conseguito il vantaggio che, invece, l'attività provvedimentale lesiva gli ha impedito di ottenere, non appare ravvisabile alcuna perdita patrimoniale eziologicamente riconducibile all'atto invalido, nelle forme del lucro cessante e, cioè, nella perdita di un'occasione concreta e molto probabile di accrescimento del patrimonio del danneggiato.

4.4.3- Così precisati i parametri alla cui stregua dev'essere giudicata la spettanza della voce di danno nella specie reclamata, occorre rilevare che, nella fattispecie scrutinata, difetta proprio la dimostrazione dell'elevato grado di probabilità del conseguimento dell'appalto da parte della ricorrente e, quindi, in altri termini, del requisito del nesso causale tra le determinazioni illegittime di affidamento del servizio in questione e la perdita patrimoniale allegata a fondamento della pretesa risarcitoria. Nelle controversie aventi ad oggetto le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici la perdita di chance può, infatti, essere risarcita solo quando vengono giudicate illegittime l'esclusione di un'impresa da una gara o l'aggiudicazione della stessa a un'altra impresa e quella invalidamente pretermessa dall'affidamento dell'appalto riesce a dimostrare che, se la procedura fosse stata amministrata correttamente, la sua offerta avrebbe avuto concrete probabilità di essere selezionata come la migliore, risultando provato, in questo caso, il nesso causale diretto tra la violazione accertata e la perdita patrimoniale (nella forma del lucro cessante) patita dalla concorrente alla quale è stata invalidamente sottratta l'occasione di conseguire l'aggiudicazione.

Quando, invece, viene giudicato illegittimo l'affidamento diretto di un appalto (e, quindi, la gara non è stata proprio indetta), l'impresa che, come operatrice del settore, lo ha impugnato, lamentando la sottrazione al mercato di quel contratto, riceve, in via generale, una tutela risarcitoria integralmente soddisfattiva per mezzo dell'effetto conformativo che impone all'Amministrazione di bandire una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto (ed alla quale potrà partecipare, conservando, perciò, integre

le possibilità di aggiudicazione del contratto, l'impresa che ha ottenuto, in via giudiziaria, l'annullamento dell'affidamento diretto).

Nelle ipotesi, tuttavia, in cui tale forma di tutela (in forma specifica) non è più possibile perché, come nel caso di specie, l'Amministrazione ha deciso di gestire direttamente il servizio, internalizzandone l'esercizio, quella risarcitoria per equivalente da perdita di chance resta, in ogni caso, preclusa dall'assorbente rilievo che l'impresa asseritamente danneggiata non può certo dimostrare, per il solo fatto di operare nel settore dell'appalto illegittimamente sottratto al mercato, di aver perduto, quale diretta conseguenza dell'invalida assegnazione del contratto ad altra impresa, una occasione concreta di aggiudicarsi quell'appalto o, in altri termini che, se l'Amministrazione lo avesse messo a gara, se lo sarebbe con elevata probabilità) aggiudicato.

Nella situazione appena descritta, infatti, le possibilità che l'impresa che ha denunciato l'illegittimità dell'affidamento diretto (ottenendone l'annullamento) si sarebbe aggiudicata l'appalto, se l'Amministrazione lo avesse messo a gara, sono pari a quelle di qualsiasi altro operatore del settore legittimato a partecipare alla procedura, sicché resta preclusa qualsivoglia analisi delle concrete possibilità di esito favorevole della selezione per l'impresa asseritamente danneggiata, che non può che fondarsi, come sopra rilevato, sulla verifica della competitività della sua offerta (che, tuttavia, nella situazione esaminata non è stata proprio presentata, con la conseguenza dell'impossibilità materiale dello scrutinio del grado di probabilità di successo della ricorrente).

4.4.4- Né vale, di contro, obiettare che la ricorrente aveva presentato domanda di partecipazione, insieme alla Servizi Ospedalieri, alla gara inizialmente bandita (e poi revocata) per l'affidamento del servizio in questione, posto che la mera dimostrazione della manifestazione di un interesse all'appalto in oggetto non vale, di per sé, ad attestare, con il dovuto rigore, che l'impresa asseritamente danneggiata avrebbe conseguito l'aggiudicazione del contratto, se l'Amministrazione lo avesse correttamente messo a gara, anche tenuto conto che l'indizione di una nuova procedura avrebbe probabilmente registrato la partecipazione anche di altri operatori, sicché resta del tutto indimostrato il grado di probabilità (che, si ripete, deve ricorrere in misura rilevante ai fini del riconoscimento del danno da perdita di chance) che la ricorrente avrebbe conseguito l'utilità sperata (in mancanza della violazione accertata).

4.5- La pretesa risarcitoria azionata dalla SO.GE.SI. dev'essere, in definitiva, respinta per la mancanza dell'infettibile condizione dell'esistenza del nesso causale tra il danno lamentato e l'attività provvedimento illegittima dedotta come dannosa.

5.- Alle considerazioni che precedono conseguono la reiezione dei ricorsi, riuniti, e la conferma delle statuizioni reietive impugnate, seppur, quanto alla sentenza n.1217 del 2015, con diversa motivazione.

6.- L'accertamento incidentale dell'illegittimità dei provvedimenti dedotti come produttivi dei danni rivendicati dalla ricorrente giustifica la compensazione tra tutte le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, li respinge e compensa tra tutte le parti le spese processuali.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio

2016 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Salvatore Cacace, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2016

IL SEGRETARIO