

N. 00430/2012 REG.PROV.COLL.

N. 01096/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1096 del 2011, proposto da:
Gesta Spa A Socio Unico, rappresentato e difeso dall'avv. Sebastiano Guerzoni, con domicilio eletto presso Sebastiano Guerzoni in Genova, c/o Segreteria T.A.R. Liguria;

contro

Asl N.5 - Spezzino, rappresentato e difeso dall'avv. Mauro Casanova, con domicilio eletto presso Mauro Casanova in Genova, via XX Settembre 14/12;

nei confronti di

Manutencoop Facility Management Spa, Coopservice Soc. Coop P.A.;

per l'annullamento

parziale annullamento provvedimenti, datati rispettivamente 21\7\2011 (n. 628), 10\6\2009 (n. 567)30\12\2009 (n. 1289) e 16\12\2010 (n. 26922) concernente concessione proroga fino ad espletamento delle procedure concorsuali ed alla conseguente aggiudicazione del contratto avente ad oggetto i servizi integrati di manutenzione e gestione immobili, ristorazione, lavanolo, igiene ambientale, smaltimento rifiuti, logistico-alberghieri, gestione magazzini ed archivi, nonché per il risarcimento del danno subito dalla ricorrente per perdita di chances;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl N.5 – Spezzino;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

- considerato che sussistono i presupposti per l'adozione della sentenza ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 74 cod proc amm;
- rilevato che in via preliminare appare prima facie fondata l'eccezione di irricevibilità del gravame, nella parte in cui concerne l'impugnativa degli atti di proroga disposti negli anni 2009 e 2010;
- atteso che, al riguardo, assume rilievo dirimente la circostanza in base alla quale, a fronte della piena conoscenza degli atti all'epoca dell'accesso (17\5\2011), il ricorso risulta notificato unicamente in data 10\10\2011, con conseguente pacifico superamento del termine decadenziale, ancorchè non dimidiato (a fronte della necessità di sottoporre a stretta interpretazione la relativa regola eccezionale, in cui quindi non ricade l'atto di proroga in quanto non rientrante nella procedura di affidamento strictu sensu intesa);
- considerato che a diversa conclusione deve giungersi relativamente all'ultima proroga, datata 21\7\2011 ed oggetto di pubblicazione sino al giorno 6\8\2011;
- ritenuto che nel merito il gravame sia in astratto correttamente proposto sulla scorta di principi consolidati;
- rilevato che, in proposito, costituisce jus receptum (cfr. ad es. CdS 6194\2011) l'orientamento per cui il principio del divieto di rinnovo dei contratti di appalto scaduti, stabilito dall'art. 23, l. 18 aprile 2005 n. 62, ha valenza generale e preclusiva sulle altre e contrarie disposizioni dell'ordinamento;
- atteso che costituisce ancora principio consolidato che, anche laddove la possibilità di proroga sia prevista nella lex specialis, essa potrebbe, al limite, consentire una limitata deroga al principio del divieto di rinnovo, purché con puntuale motivazione l'Amministrazione dia conto degli elementi che conducono a disattendere il principio generale;
- rilevato che tale rapporto tra regola ed eccezione si riflette sul contenuto della motivazione, per cui se l'Amministrazione opta per l'indizione della gara, nessuna particolare motivazione è necessaria, non così invece se ci si avvale della possibilità di proroga prevista dal bando;
- atteso che detta ultima opzione deve essere analiticamente motivata, dovendo essere chiarite le ragioni per le quali si sia stabilito di discostarsi dal principio generale, anche in considerazione del fatto che il divieto di rinnovo tacito dei contratti della P.A., anche se posto dalla legge con espresso riferimento agli appalti di servizi, opere e forniture, esprime un principio generale, attuativo di un vincolo comunitario discendente dal Trattato Ce che, in quanto tale, opera per la generalità dei contratti pubblici ed è estensibile anche alle concessioni di servizi pubblici;

- considerato che nel caso de quo l'ultima delibera, l'unica tempestivamente impugnata, si limita a disporre incidentalmente la proroga per il periodo necessario all'espletamento della gara contestualmente indetta, disponendo anzi in via principale proprio l'avvio della gara auspicata dalla stessa odierna ricorrente;
- ritenuto che, pertanto, in capo a parte ricorrente non residui alcun concreto interesse all'annullamento dell'atto che in via principale persegue l'obiettivo della stessa ricorrente, l'indizione della gara;
- atteso che nessun concreto interesse può derivare poi dalla connessa domanda risarcitoria, stante la relativa pacifica infondatezza;
- considerato che a quest'ultimo proposito, quale che sia la qualificazione dei danni lamentati (perdita di chances, così come prospettata in ricorso, o danno da ritardo, secondo quanto contraddittoriamente aggiunto in sede di discussione), la relativa domanda contrasta con il consolidato orientamento a mente del quale il risarcimento del danno conseguente a lesione di interesse legittimo pretensivo, come nella specie non può che qualificarsi quello dell'impresa di settore che aspira ad ottenere l'aggiudicazione di un servizio, è subordinato, pur in presenza di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso), alla dimostrazione, secondo un giudizio di prognosi formulato ex ante, che l'aspirazione al provvedimento fosse destinata nel caso di specie ad esito favorevole, quindi alla dimostrazione, ancorché fondata con il ricorso a presunzioni, della spettanza definitiva del bene collegato a tale interesse, ma siffatto giudizio prognostico non può essere consentito allorché detta spettanza sia caratterizzata da consistenti margini di aleatorietà, come nel caso di specie in ordine al bene della vita cui poteva in astratto aspirare parte ricorrente, cioè la indizione della gara in luogo della proroga contestata, la relativa partecipazione alla gara seguita dalla relativa vittoria (cfr. ad es. Tar Liguria n. 225 del 2012);
- rilevato che, inoltre, nel caso di specie la stessa parte ricorrente limita le chances ad una percentuale (25 %, a fronte della asserita media di 4 partecipanti a gara, invero ridotta rispetto ad un mercato alquanto ampio) ben inferiore a quella qualificabile in termini di probabilità, individuata come soglia minima della risarcibilità di tale tipologia di danno dalla costante e condivisa giurisprudenza (cfr. ad es. Cassazione civile 20351\2010 e CdS 4628\2009);
- considerato che, in generale, la perdita di chance - diversamente dal danno futuro (non rilevante nella specie anche in considerazione della futura possibilità di concreta partecipazione), che riguarda un pregiudizio di là da venire soggetto a ristoro purchè certo ed altamente probabile e fondato su una causa efficiente già in atto - costituisce un danno attuale che non si identifica con la perdita di un risultato utile ma con la perdita della possibilità di conseguirlo e richiede, a tal fine, che siano posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato, ossia una probabilità di successo maggiore del 50% statisticamente valutabile con giudizio prognostico ex ante secondo l'id quod plerumque accidit sulla base di elementi forniti dal danneggiato (cfr. ad es. CdS 3340\2008);
- rilevato che, nella specie, nessuna concreta probabilità di successo è comunque invocabile nei termini predetti, a fronte di un'elevata aleatorietà del risultato utile auspicato, cioè la partecipazione alla gara e l'aggiudicazione della stessa in un settore caratterizzata dalla pluralità di imprese e, auspicabilmente secondo la ratio della normativa in tema di evidenza pubblica, sempre più aperto all'ampio confronto concorrenziale;
- considerato che le spese di lite, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: lo dichiara in parte irricevibile, in parte inammissibile ed in parte lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore di parte resistente, liquidate in complessivi euro 2.000,00 (duemila\00), oltre accessori dovuti per legge.

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

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

Enzo Di Sciascio, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/03/2012

IL SEGRETARIO

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