

N. 00128/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01069/2010 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1069 del 2010, proposto da:
Casa di Cura e di Riposo S. Luca S.p.A., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vittorio
Barosio, Fabio Dell'Anna, con domicilio eletto presso l'avv.to Vittorio
Barosio in Torino, corso G. Ferraris, 120;

contro

Opera Pia Lotteri, I.P.A.B., in persona del Commissario straordinario,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Matteo Rossomando, Claudio Vivani,
Simone Abellonio, Blerina Pogace, con domicilio eletto presso il loro
studio in Torino, c.so Duca degli Abruzzi, 15;

nei confronti di

Villa Maria Pia Hospital S.r.l., GVM Gruppo Villa Maria Pia, in persona
del legale rappresentante pro tempore, non costituita;

per l'annullamento

della deliberazione del Commissario Straordinario del 22.7.2010, n. 32, con cui l'Opera Pia Lotteri ha individuato Villa Maria Pia Hospital srl quale miglior proponente;

della nota del 26.7.2010, prot. n. 502, pervenuta alla ricorrente il 29.7.2010, con cui il Commissario Straordinario dell'Opera Pia Lotteri ha comunicato alla Casa di cura S. Luca che Villa Maria Pia Hospital srl è stata individuata quale miglior offerente per l'affidamento in concessione della gestione completa dei presidi socio-sanitari ubicati in Torino, via Villa della Regina 21;

di ogni altro atto antecedente, preparatorio, presupposto, consequenziale e comunque connesso con quello impugnato, ivi compresi: - il verbale della seduta riservata di gara dell'8.7.2010; - la nota del 28.6.2010, prot. 480; - la lettera di invito che l'Opera Pia Lotteri ha spedito a taluni soggetti operanti nel settore della gestione dei presidi socio-sanitari al fine di avviare la negoziazione relativa all'affidamento in concessione della gestione dei presidi siti in Torino, via Villa della Regina 21; - la deliberazione del Commissario Straordinario dell'Opera Pia Lotteri del 24.11.2009, n. 38; - la deliberazione del Commissario Straordinario dell'Opera Pia Lotteri dell'8.7.2010, n. 31; - la deliberazione del 28.7.2010, n. 33; tutti i verbali della Commissione di gara e/o della Stazione appaltante riguardanti le negoziazioni indette il 24.11.2009 e l'8.7.2010, nonché tutti gli atti e/o le comunicazioni della stessa Commissione e/o della Stazione appaltante riguardanti le medesime suddette procedure;

nonché per la condanna al risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Opera Pia Lotteri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2011 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori. Compagno per parte ricorrente gli avv.ti Barosio e Dell'Anna, e per l'Opera Pia Lotteri gli avv.ti Vivani e Abellonio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR impugnando i provvedimenti in epigrafe e deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1) Violazione di legge con riferimento all'art. 97 della Costituzione, nonché agli artt. 11, 30, 67 del d.lgs. 163/2006 e ai principi della *par condicio*, di trasparenza, di pubblicità, di buon andamento, di non discriminazione, di imparzialità dell'amministrazione, di segretezza dell'offerta. Eccesso di potere per irragionevolezza. Deduce parte ricorrente di essere stata invitata in data 28.6.2010 alla negoziazione condotta dal Commissario straordinario dell'Opera Pia Lotteri finalizzata ad individuare un potenziale acquirente/gestore della struttura ex IPAB e a scongiurare la pendente esecuzione forzata sul solo patrimonio immobiliare; lamenta tuttavia che le offerte rispettivamente della ricorrente e della controinteressata sono pervenute in data 5.7.2010 e 6.7.2010 mentre la negoziazione è stata formalmente indetta in data 8.7.2010, con deliberazione 31/2010. Illegittima sarebbe pertanto l'inversione dell'ordinata scansione del procedimento, l'assegnazione alla ricorrente di un brevissimo termine (cinque giorni) per la formulazione dell'offerta, la mancanza di un previo invito ai concorrenti che fissasse in termini identici e non discriminatori il

contenuto, i tempi e gli obiettivi della negoziazione. A ciò aggiungasi che l'offerta della ricorrente è stata conosciuta dall'amministrazione prima che si riunisse la commissione per valutarla; anche l'offerta della controinteressata, pervenuta via fax il 6.7, era conosciuta e conoscibile dall'amministrazione prima del confronto.

2) Violazione di legge, con particolare riferimento all'art. 30 del d.lgs. 163/2006, nonché con riferimento ai principi di imparzialità, trasparenza, pubblicità, *par condicio* e buon andamento della P.A.. Risulta che, nella seduta dell'8.7.2010, la Commissione ha aperto e valutato la documentazione amministrativa della ricorrente; per contro non risulta né è dato comprendere quale documentazione e quando sia stata presentata dalla controinteressata.

3) Violazione di legge con riferimento all'art. 30 del d.lgs. 163/2006 nonché ai principi di buon andamento, trasparenza, pubblicità, imparzialità, immutabilità dell'offerta, di collegialità nella valutazione. Incompetenza e difetto di attribuzioni.

Durante la seduta di gara dell'8.7.2010 la Commissione ha preferito l'offerta di Villa Maria Pia; tale offerta tuttavia è stata modificata dopo l'aggiudicazione, una prima volta in data 19.7.2010 e una seconda in data 23.7.2010; l'offerta effettivamente considerata dall'amministrazione ai fini del perfezionamento della concessione è quella da ultimo modificata, e contiene condizioni significativamente peggiorative rispetto a quelle dell'offerta valutata dalla commissione.

4) Eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea valutazione e travisamento dei fatti. Contraddittorietà. Violazione di legge, con particolare riferimento agli artt. 30-67 del d.lgs. 163/2006 e al principio di parità di trattamento: contesta nella sostanza la ricorrente la correttezza

della valutazione dell'apposita commissione, che ha ritenuto più favorevole per l'amministrazione l'offerta dell'aggiudicataria.

5) Violazione di legge, con particolare riferimento all'art. 30 del d.lgs. 163/2006, nonché con riferimento al principio di trasparenza e all'art. 1337 c.c.. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Difetto di motivazione.

Nella procedura negoziata l'amministrazione aveva instaurato un dialogo costruttivo esclusivamente con un concorrente, villa Maria Pia. Alla ricorrente, per contro, veniva assegnato un tempo brevissimo per la formulazione dell'unica offerta e, benché la medesima avesse formulato la propria proposta precisando di essere disponibile ad integrarla e migliorarla, mai veniva sollecitata a migliorare con la trattativa.

6) Violazione di legge con riferimento agli artt. 30-67 del d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per irrazionalità. Ricostruendo gli eventi nel senso di ritenere che l'amministrazione avesse di fatto instaurato un'unica procedura negoziata sussisterebbe una disparità di trattamento in ragione del maggior lasso di tempo concesso a villa Maria Pia per arrivare a formulare una proposta definitiva rispetto a quanto concesso alla controinteressata.

7) Violazione di legge, con particolare riferimento all'art. 30 del d.lgs. 163/2006, nonché ai principi di trasparenza e pubblicità. Eccesso di potere per disparità di trattamento. La ricorrente non ha mai ricevuto la lettera di invito datata 24.11.2009, indirizzata ai soggetti originariamente invitati a partecipare alla procedura negoziata, oltre ad essere intervenuta nella procedura successivamente, così da risultare discriminata.

8) Violazione di legge con particolare riferimento all'art. 30 del d.lgs. 163/2006 nonché con riferimento ai principi di buon andamento e trasparenza dell'azione amministrativa e all'art. 1337 c.c.. Eccesso di potere per disparità di trattamento e per irragionevolezza. Contraddittorietà e

difetto di motivazione. La ricorrente ha avuto un termine di soli 5 giorni per formulare l'offerta; né si può imputarle di non aver "manifestato interesse" alla procedura ancora prima che la medesima venisse bandita. Il criterio apparentemente seguito dall'amministrazione, di invitare alla procedura negoziata solo i soggetti che già nel corso della procedura aperta avevano manifestato il loro interesse a partecipare, non appare condivisibile là dove le condizioni della procedura aperta e di quella negoziata sono state sensibilmente diverse, sicché diversa poteva essere la platea degli interessati.

Chiede pertanto parte ricorrente annullarsi gli atti impugnati, con eventuale declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato nonché tutela in forma specifica con aggiudicazione a proprio favore della procedura negoziata; in subordine chiede il risarcimento del danno per equivalente.

Con memoria integrativa depositata in data 5.10.2010 parte ricorrente ha ribadito le contestazioni circa il proprio mancato invito alla procedura negoziata indetta in data 24.11.2009; ha contestato inoltre che l'aggiudicataria abbia effettivamente offerto di "gestire" la struttura data in concessione.

Si è costituita l'amministrazione resistente preliminarmente eccependo l'inammissibilità del ricorso avverso per violazione e falsa applicazione dell'art. 245 del d.lgs. 163/2006, come modificato dal d.lgs. 53/2010, nonché violazione e falsa applicazione degli artt. 119 e 120 del d.lgs. 104/2010. Contesta inoltre l'amministrazione l'inammissibilità del ricorso, e di taluni dei motivi in specifico, per carenza di interesse nonché l'inammissibilità dell'offerta, in quanto condizionata ed inefficace.

Contesta infine le censure nel merito.

Con successiva memoria per l'udienza pubblica le parti hanno ribadito le

rispettive posizioni.

DIRITTO

Deve essere respinta la prima eccezione in rito mossa dall'amministrazione resistente.

E' pacifico che la ricorrente abbia notificato all'IPAB un primo ricorso, mai depositato, e quindi il presente ricorso ritualmente depositato. Dichiarata la stessa parte resistente che il primo ricorso le è stato notificato in data 10.9.2010; poiché l'intera ricostruzione normativa proposta da parte resistente, e finalizzata ad individuare il *dies a quo* della litispendenza, si fonda su una interpretazione sistematica della disciplina posta dal d.lgs.104/2010, entrato in vigore il 16.9.2010, essa non è retroattivamente applicabile in relazione ad una notificazione perfezionatasi il 10.9.2010.

La tesi pare in ogni caso non condivisibile in diritto. Sostiene parte resistente che, alla luce del nuovo codice del processo amministrativo, deve ritenersi che la litispendenza si realizzi nel momento in cui il ricorso viene notificato alle controparti e non nel momento in cui viene depositato; conseguentemente sin dalla notificazione sussiste l'ulteriore obbligo, proprio del rito speciale, di proporre ogni successiva impugnativa con motivi aggiunti.

Benchè il nuovo codice del processo amministrativo abbia individuato il momento del perfezionamento della notificazione dell'atto introduttivo quale termine di decorrenza di svariati termini endoprocessuali (termine per la costituzione dell'amministrazione resistente e dei controinteressati, termine per la proposizione del ricorso incidentale e della domanda riconvenzionale), la scelta non si ritiene incidere sul momento della litispendenza qualora il ricorso notificato non venga mai depositato. Benchè infatti parte della dottrina si sia espressa nel senso che, oggi, il

momento della pendenza della lite si individuerrebbe con la notificazione del ricorso, la tesi non pare potersi che così intendere: la litispendenza potrebbe essere fissata al momento della notificazione del ricorso alla sola condizione che la fattispecie complessa dell'incardinamento della lite (data dalla notificazione alle controparti e dal deposito dell'atto introduttivo presso l'ufficio) sia perfezionata in tutti i suoi elementi. Diversamente opinando si verificherebbe l'assurdo che una lite, che ancora si incardina secondo un meccanismo di *vocatio iudicis* e non di *vocatio in iudicium*, possa dirsi pendente senza che l'ufficio, primo destinatario della domanda di giustizia, ne conosca l'esistenza e conseguentemente senza che nessuna attività processuale, a partire dalla fissazione d'udienza, possa e debba essere svolta. La retrodatazione della litispendenza al momento della sola notificazione crea ulteriori difficoltà: la notificazione ha almeno due destinatari fisiologici, l'amministrazione resistente e il controinteressato, e facilmente accadrà che i due procedimenti notificatori si perfezionino in momenti diversi, sicchè ambigua diverrebbe la scelta di quale dei due momenti di perfezionamento dei procedimenti notificatori individuare per la litispendenza. Scegliendo quello cronologicamente precedente si arriverebbe all'ulteriore effetto di considerare pendente una lite per definizione mancante di una parte necessaria; scegliendo quello cronologicamente successivo non si risolverebbe una delle principali perplessità indicate a suffragio della tesi per cui la litispendenza decorrerebbe dalla notificazione del ricorso, ossia il fatto che uno dei momenti rilevanti per il decorso di taluni termini endoprocessuali resterebbe inevitabilmente esterno al momento di pendenza della lite. Al più potrebbe sostenersi che, solo con il deposito del ricorso, la litispendenza retroagisca al momento della prima notificazione ma ciò

sempre e solo sul presupposto che il complesso *iter* di introduzione del giudizio si sia interamente perfezionato. Deve essere quindi respinta l'eccezione preliminare mossa da parte resistente.

Nel merito pare opportuno distinguere le censure in due gruppi: quelle tendenti a dimostrare la preferibilità dell'offerta della ricorrente (quarto motivo di ricorso) e quelle formali concernenti lo sviluppo della procedura. Per la rilevanza sostanziale delle questioni si ritiene di procedere dalle censure volte a dimostrare che l'offerta della ricorrente era preferibile e che la diversa opzione è viziata (quarto motivo).

E' palese dai documenti in atti che l'amministrazione non ha mai ritenuto di poter significativamente negoziare la clausola concernente l'accollo certo di un importo debitorio il più vicino possibile alle passività dell'ente, stimate ai fini delle trattative, fino ad € 14.500.000,00.

E' pacifico che le trattative si sono interrotte al momento in cui la controinteressata ha offerto di accollarsi, senza sindacato, e salvo ristrutturazione del debito con i creditori, l'importo complessivo di € 14.000.000,00. La ricorrente aveva per contro offerto, in termini certi, la somma di € 9.730.636,00, oltre la somma di € 500.000,00 a titolo di avviamento, e così complessivamente la somma di € 10.230.636,00. Argomenta lungamente la ricorrente di avere in realtà offerto di più, essendosi anche accollata il disavanzo successivo all'1.1.2010 (da sommarsi alla cifra indicata) "previa verifica di stretta inerenza di dette posizioni ad una gestione ordinaria e caratteristica delle RSA per 110 posti letto, con facoltà di esclusione di tutto quanto non rientri nell'anzidetto criterio e fatta salva la verifica dell'effettiva debenza delle stesse". L'offerta è letteralmente e chiaramente subordinata ad una condizione sospensiva per di più sostanzialmente potestativa, cioè presenta esattamente le

caratteristiche che già avevano più volte portato la preposta commissione a ritenere inidonee offerte di altri concorrenti. Il criterio "dell'inerenza dei debiti alla gestione" è solo apparentemente oggettivo e si presta alle più disparate concrete applicazioni. La strutturale inidoneità di siffatta formulazione delle offerte nel contesto per cui è causa (che risulta condizionato nei tempi e nei contenuti dalla pendenza di una parallela procedura esecutiva, sicchè il fallimento della procedura non significherebbe solo la mancata aggiudicazione di una concessione ma, per l'amministrazione, verosimilmente la liquidazione della struttura con vendita all'incanto dell'ingente patrimonio immobiliare, partendo da una base d'asta ben inferiore agli importi offerti dall'aggiudicataria) non è stata solo evidenziata dagli organi della procedura di evidenza pubblica ma è coerente con il contenuto dell'ordinanza del giudice dell'esecuzione in data 22.6.2010 (acquisita in atti), documento proveniente da soggetto indiscutibilmente terzo: si legge nell'ordinanza che si riteneva necessario restituire gli atti al Notaio per la prosecuzione della vendita forzata, poiché le proposte in quel momento pervenute "non determinerebbero automaticamente la sostituzione dell'attuale debitore con un soggetto solvibile, atteso che gli offerenti si limitano a ventilare la possibilità di rinegoziare il debito con i creditori (diversi dagli istituti di credito...) in luogo di obbligarsi al suo integrale accollo". La circostanza della palese differenza economica delle due proposte è quindi pacifica e tutte le ulteriori "ricostruzioni" circa potenziali miglioramenti dell'offerta della ricorrente non elidono il sostanziale divario tra l'accollo di un importo certo e determinato e una proposta condizionata ad un sindacato di merito del debito.

A fronte di tale evidente dato l'ulteriore minuzioso sindacato mosso da

parte ricorrente sulle singole condizioni delle offerte (quanto ad esempio alla gestione dei lavoratori) sconfinata nelle prerogative dell'organo amministrativo, senza evidenziare obiettive irrazionalità della finale valutazione effettuata dalla commissione giudicatrice a favore dell'offerta della controinteressata. E' ad esempio vero che la garanzia bancaria offerta dalla ricorrente è in astratto migliore della garanzia prestata all'aggiudicataria dalla sua stessa capogruppo, tant'è che nel selezionare l'offerta migliore la preposta commissione ha invitato il commissario a tentare ulteriori progressi sul punto; resta tuttavia ovvio che la clausola non può prescindere dal complessivo contesto dell'accordo, né sul punto è dato sovrapporsi al giudizio della commissione, tanto più ove si consideri che tutto l'accordo presuppone una ristrutturazione dei debiti con i creditori e la chiusura della parallela procedura esecutiva, circostanza che ovviamente ed inevitabilmente comporterà un ulteriore sindacato sulla tenuta della soluzione proposta.

Sostiene poi ancor più radicalmente la ricorrente (in particolare nella memoria depositata il 5.10.2010), sempre per dimostrare la preferibilità della propria offerta, che l'aggiudicataria avrebbe in realtà omesso di offrire quello che era il "cuore" dell'intera trattativa, ossia la gestione; la tesi è infondata e frutto di una distorta benché abile ricostruzione della trattativa negoziale.

Per confutare l'assunto diviene necessaria una complessiva ricostruzione in fatto della vicenda contrattuale, alla luce di quanto riscontrabile dagli atti del giudizio.

E' pacifico che l'amministrazione ha dapprima indetto, in data 9.1.2009 (cfr. doc. 4 parte resistente), una procedura aperta per l'affidamento in concessione di pubblico servizio avente per oggetto la gestione dei presidi

sanitari dell'Opera Pia Lottieri. Tale procedura è andata descritta; conseguentemente, con deliberazione n. 17 del 26 marzo 2009 (doc. 6 di parte resistente), è stata indetta una procedura negoziata avente la medesima finalità, in relazione alla quale è pervenuta un'unica offerta ritenuta dall'amministrazione non ammissibile (cfr. doc. 7 di parte resistente).

Con deliberazione n. 38 del 24.11.2009 (in atti sub. doc. 16 di parte resistente), seguita da conformi lettere di invito (in atti sub. doc. 17 di parte resistente), l'Opera Pia ha indetto una nuova procedura negoziata. Deduce l'amministrazione, e la circostanza è documentata in atti (cfr. docc. da 8 a 15 di parte resistente), di aver individuato i soggetti da invitare a tale seconda procedura negoziata, in coloro che, prima dell'indizione della seconda procedura negoziata, avevano manifestato interesse all'acquisizione della concessione; il riferimento alle acquisite manifestazioni di interesse si rinviene espressamente nella deliberazione n. 38/2009 e tutte quelle prodotte in atti sono state protocollate in data antecedente suddetta deliberazione; tra queste figura quella di Villa Maria Pia.

Pacificamente tra gli invitati alla seconda procedura negoziata non figurava invece originariamente la ricorrente, così come pacificamente la medesima non risultava avere manifestato interesse antecedentemente il 24.11.2009.

La ricorrente lamenta di avere chiesto formalmente di essere invitata alla procedura, come risultante dal fax sub. doc. 18 di parte resistente, datato 8.1.2010; in detto documento si fanno chiari riferimenti ad un interesse per la parallela procedura esecutiva, tuttavia si legge nel testo: "vorrà cortesemente tenermi tempestivamente informata degli sviluppi tutti nessuno escluso ed eccettuato relativi alla procedura esecutiva immobiliare

e all'eventuale negoziazione in affidamento della gestione." Pare al collegio che il documento contenga una manifestazione di interesse, anche se è indiscutibile che esso sia pervenuto all'amministrazione dopo il 24.11.2010. D'altro canto è anche documentato in atti che la ricorrente era pienamente informata dell'esistenza di una procedura negoziata per la concessione della gestione e dei suoi termini di scadenza; nel doc. 4 di parte ricorrente, missiva inviata dalla Casa di cura s. Luca all'amministrazione successivamente al sopra ricordato fax, si legge: "nell'incontro del 7 gennaio le avevo preannunciato l'intenzione della nostra società di partecipare all'asta immobiliare fissata per il 19 gennaio ed ero stata contestualmente da lei informata della negoziazione in corso per l'affidamento della gestione del presidio socio sanitario, con scadenza fissata per l'11 gennaio; in proposito a sua richiesta avevo formalizzato il tutto via fax l'8 gennaio u.s., senza aver ricevuto riscontro".

Dal combinato tenore dei due documenti si evince dunque che: la ricorrente era a conoscenza della procedura e della scadenza dell'11 gennaio e aveva inviato un fax che faceva espresso riferimento ad un interesse alla gestione della struttura (in termini non molto dissimili dalle restanti manifestazioni di interesse prodotte in giudizio) ma l'amministrazione ha ritenuto in quella fase di non invitarla formalmente alla procedura; la ricorrente stessa, pur conscia dell'imminenza della scadenza, non ha formulato, a ridosso della medesima, alcuna ulteriore contestazione.

Ciò desta tanto maggiore perplessità se si considera che la medesima ricorrente, circa due mesi dopo, ha contestato di non essere stata invitata in esito al fax dell'8 gennaio; per di più la stessa Casa di Cura S. Luca ben altro contegno ha tenuto nel mese di giugno

quando, ritenendo nuovamente di essere stata pretermessa dalle trattative, ha direttamente inoltrato una articolata proposta.

A fronte delle ripercorse circostanze di fatto pare tuttavia al collegio, in punto legittimità della procedura nonché interesse ad agire della ricorrente, che la questione dell'originario mancato invito (ottavo e nono motivo di ricorso) resti superata per la semplice ragione che, come eccepito dall'amministrazione, la ricorrente è stata ammessa alla negoziazione nella sua ultima fase e che tutte le trattative condotte in sua assenza a nulla hanno portato, sicchè dall'originaria pretermissione in quanto tale non è derivato in capo alla Casa di Cura S. Luca alcun danno. La circostanza è persino ammessa da parte ricorrente là dove, a fronte della contestazione di inammissibilità del ricorso per non aver impugnato la (poi superata) determinazione (in atti sub. doc. 8 di parte ricorrente) dell'amministrazione che ricusava la sua offerta del 23.6.2010 in quanto tardiva, riconosce che a tale impugnativa non avrebbe avuto interesse per avere di fatto preso parte alla trattativa finale (cfr. p. 3-4 della memoria di replica depositata in data 31.12.2010).

Successivamente all'indizione della procedura negoziata questa si è dapprima svolta attraverso progressivo confronto delle offerte delle concorrenti invitate. Di tali trattative vi è documentazione nei verbali della Commissione di gara del 13.1.2010, 18.1.2010, 27.4.2010, 9.6.2010, 14.6.2010 (docc. da 20 a 25 di parte resistente). Occorre porre in evidenza alcuni specifici passaggi delle condizioni progressivamente negoziate nel corso della procedura per comprendere il significato della proposta da ultimo formulata dall'aggiudicataria, cui la ricorrente addebita di essere carente e di essere stata modificata dopo l'aggiudicazione.

In allegato al verbale del 9.6.2010 della Commissione di gara per la

valutazione comparativa delle offerte pervenute (fra le quali all'epoca non vi era quella della ricorrente ma vi era quella della controinteressata) si legge che, a fronte dell'incertezza delle proposte sino a quel momento ricevute, la commissione decideva di formulare una controproposta per indurre i concorrenti ad una chiara risposta su esigenze imprescindibili. Nell'allegato al verbale, si legge che condizioni "NON MODIFICABILI" proposte ai concorrenti e sulle quali si chiedeva ai medesimi una risposta erano le seguenti:

- 1) Ala Nasi viene concessa in diritto di superficie per 90 anni, con mantenimento del vincolo di destinazione socio-assistenziale, socio-sanitario o sanitario, a fronte del pagamento di un canone annuo (di entità da specificare dal proponente);
- 2) viene concessa la gestione dell'Ala storica per 30/40 anni (durata da specificare dal proponente);
- 3) assunzione delle passività esistenti da parte del concessionario, con possibilità per il medesimo di rinegoziare i debiti con i creditori;
- 4) il personale dell'O.P.L. rimane alle dipendenze della medesima a spese del concessionario. L'eventuale riassorbimento da parte degli enti pubblici è condizionato dalle disposizioni di legge e sarà oggetto di accordi sindacali con il tavolo tecnico costituito da Regione, Provincia e Comune;
- 5) la sottoscrizione dell'accordo relativo ai precedenti punti sarà accompagnata da adeguata garanzia fideiussoria." (cfr. doc. 24 di parte resistente "ULTIMA PROPOSTA")

Si evince dal verbale della successiva seduta del 14.6.2010 che l'amministrazione ha riassunto in apposito prospetto allegato le proprie condizioni raffrontandole con le offerte nel frattempo pervenute dai due concorrenti allora in gara (A.T.I. Social Coop e Villa Maria Pia Hospital,

odierna contro interessata). Le concorrenti avevano controproposto le seguenti condizioni:

- per A.T.I. social coop: "1. Disponibilità ad acquisire attraverso propri consorzi e/o società veicolo da nominarsi: - la struttura dell'Ala Nasi con un diritto di superficie trasferibile a terzi della durata di 90 anni. Per il canone vedi il punto 3. 2. La gestione e la struttura dell'Ala storica con diritto di superficie trasferibile a terzi della durata di anni 40. 3. L'offerta di cui ai punti 1 e 2 a fronte del riconoscimento di un canone concessorio globale e anticipato massimo pari ad € 13.000.000,00 complessivo per le due strutture da erogarsi alla stipula dell'atto di concessione ed in via subordinata ad appositi affidamenti e/o accordi creditizi, da ripartire tra le due strutture in parti da riferirsi, con le seguenti modalità4. Distacco temporaneo del personale O.P.L. (compatibile con la pianta organica e la mansione) presso il concessionario, con accollo dei costi relativi da parte dello stesso, con impegno del concedente e degli altri enti pubblici al graduale riassorbimento presso gli stessi, come da apposito accordo sindacale".

- per Villa Maria Pia: "1. Su Ala Nasi: proposta di concessione in uso gratuito per il diritto di superficie e di utilizzo degli immobili per 90 anni ed impegno a mantenere l'attuale destinazione socio sanitaria o sanitaria senza dare atto ad alcuna speculazione edilizia. E' impegno altresì del proponente la fattiva ristrutturazione e manutenzione alla regola d'arte, del fabbricato da destinarsi ad uso sanitario. 2. Su Ala storica: proposta di concessione in uso gratuito per la concessione per 40 anni, a stessa destinazione d'uso. Gestione dell'assistenza dei 110 posti letto di RSA RAI attualmente autorizzata. 3. Sulla situazione debitoria: impegno ad accollarsi le passività presenti al momento della prima proposta presentata

con possibilità di rinegoziazione del debito con i creditori. 4. Sul personale si propone la definizione della quota di personale che ad oggi presenta i requisiti professionali atti a prestare la specifica assistenza socio sanitaria presso l'O.P.L.. Impegno del concessionario a mantenere esclusivamente il personale avente i suddetti requisiti, facendosi carico solo per un determinato periodo di tempo dell'intero organigramma e mantenendo le figure con profilo adeguato allo svolgimento delle attività socio sanitarie attualmente svolte."

Recepite queste controproposte (dalle quali risulta che, nell'evolversi della trattativa, i concorrenti hanno "acquisito" la disponibilità dell'amministrazione a concedere il diritto di superficie per 90 anni sull'Ala Nasi, obbligandosi a mantenerne la destinazione e a ristrutturarla, accettato di assumere la gestione dell'ala storica con l'attività in essa svolta per 40 anni, offerto, anzicchè un "canone" per la concessione, l'accollo di una determinata quota delle passività gravanti sull'opera Pia Lottieri, con differenti modalità) nel verbale della seduta del 14.6.2010 l'amministrazione ha formulato le proprie osservazioni evidenziando le criticità di ogni offerta e contro-proponendo nuovamente.

In particolare all'ATI social coop si richiedeva: - di impegnarsi espressamente alla ristrutturazione dell'Ala Nasi; - per l'ala storica di commutare il diritto di superficie in "concessione quarantennale gratuita", e di impegnarsi formalmente alla ristrutturazione; - per l'assunzione dei debiti l'accollo delle passività stimate esistenti alla data del rogito in 14.500.000,00 € (identica proposta veniva indirizzata anche a Villa Maria Pia); - per il personale di farsene carico fino all'effettivo riassorbimento presso enti e pubbliche amministrazioni (identica condizione veniva prospettata a Villa Maria Pia); - infine idonea garanzia fideiussoria (identica

condizione veniva prospettata a Villa Maria Pia).

A Villa Maria Pia, oltre alle condizioni già ricordate ed identiche a quelle proposte all'ATI social coop., alla luce della diversa modulazione della proposta di origine, si richiedeva: - di impegnarsi specificatamente a sostenere i lavori di manutenzione dell'Ala storica.

Si assegnava quindi alle parti termine sino al 17.6.2010 per formulare ulteriore controproposta. (cfr. doc. 25 di parte resistente). Nella successiva seduta del 17.6.2010 (cfr. doc. 29 di parte resistente) si prendeva atto che l'ATI social coop aveva ommesso ulteriori controproposte e quindi abbandonato la trattativa; si prendeva atto di alcuni miglioramenti della proposta di Villa Maria Pia. Dal verbale si deduce che la "controproposta dell'amministrazione" era stata inoltrata a Villa Maria Pia con mail del 15.6.2010; quest'ultima aveva risposto con un documento che si dice allegato al verbale ma non è stato prodotto in giudizio in allegato al doc. 29. Ad ogni buon conto si evince dal tenore del verbale che Villa Maria Pia era arrivata ad offrire "l'importo massimo di € 12.648.000,00 dal quale doveva essere dedotto il costo del personale sostenuto fino all'attuazione del piano di riassorbimento" (cfr. p. 3 del verbale). Infine, sempre in detto verbale, si evidenziava come l'unica proposta rimasta in gara presentasse ancora delle criticità e si rimettevano gli atti al Commissario.

Del procedere delle trattative vi è coerente riscontro nei verbali acquisiti dalla procedura esecutiva.

La complessiva ricostruzione dell'iter delle trattative porta a confutare alcuni assunti in fatto presupposti dalle argomentazioni difensive di parte ricorrente che, tra l'altro, addebita alla controinteressata di non avere, nella propria ultima offerta del 6.7.2010 oggetto di aggiudicazione, accettato la gestione dell'ala storica. Da una lettura dell'offerta di Villa Maria Pia del

6.7.2010 (doc. 11 di parte ricorrente) si evince chiaramente che trattasi di "risposta" alla richiesta di miglioramento e approfondimento delle condizioni inviata a Villa Maria Pia il 15.6. Pertanto, preso atto che la controinteressata aveva già offerto la gestione dell'ala storica, erano state richieste altre puntualizzazioni, quali ad esempio la ristrutturazione dell'ala storica stessa. L'offerta del 6.7.2010 non può quindi che essere letta quale ultima sequenza delle trattative in precedenza svolte sicchè non vi è dubbio che l'accordo finale raggiunto le completi includendo la gestione dell'ala storica.

Ulteriore grave profilo di dubbio parte ricorrente getta sulla procedura denunciando che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta sulle sole condizioni della proposta del 6.7.2010 e successivamente vi sarebbero state significative modifiche peggiorative dell'accordo (terzo motivo di ricorso). In particolare si ipotizza l'inopinata comparsa di un diritto di superficie novantennale sull'Ala Nasi, in significativo peggioramento rispetto all'offerta 6.7 che tale diritto di superficie non contemplava espressamente. La proposta del 6.7. non menziona proprio l'Ala Nasi per il semplice fatto che quello specifico punto delle pregresse trattative contrattuali non era stato oggetto di alcuna richiesta di miglioramento da parte della commissione a Villa Maria Pia. I documenti che integrano la sequenza contrattuale debbono tuttavia venire in considerazione nella loro globalità, sicchè non può che concludersi che non vi è peggioramento né anomalia nel fatto che, nel riassumere il tenore complessivo della trattativa in esito all'aggiudicazione in data 19.7.2010, la controinteressata abbia puntualizzato, dando la circostanza per acquisita, come in effetti era sin dal 14.6.2010: "ferma restando per l'ala Nasi la concessione in uso gratuito per il diritto di superficie e di utilizzo degli immobili per 90 anni e l'impegno a

mantenere l'attuale destinazione socio-sanitaria o sanitaria senza dare atto ad alcuna speculazione edilizia. E' impegno altresì del proponente la fattiva ristrutturazione e manutenzione, alla regola dell'arte, del fabbricato Ala Nasi da destinarsi ad uso sanitario" La condizione ripropone in termini anche letteralmente identici quella verbalizzata in allegato al verbale del 14.6.2010 e già accettata dall'amministrazione. Non è quindi fondata in fatto prima che in diritto la tesi per cui l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe stata peggiorata dopo l'aggiudicazione; una reale modifica si riscontra solo in relazione al trattamento del personale ma essa era stata sollecitata dalla commissione di valutazione all'atto dell'aggiudicazione e muove in senso più favorevole all'amministrazione.

La ricostruzione della sequenza contrattuale porta quindi al rigetto di tutte le contestazioni circa il contenuto della proposta della controinteressata.

Le restanti censure denunziano vizi procedurali.

Dal punto di vista procedurale deve premettersi che la procedura contestata è una aggiudicazione di affidamento in concessione in esito a trattativa negoziata. E' pacifico pertanto che trovino applicazione i soli principi del codice dei contratti e dell'evidenza pubblica; inoltre si condivide la ricostruzione di parte resistente secondo cui, all'originaria procedura aperta, sono seguite due (e non tre) trattative negoziate: la prima, indetta il 26.3.2009, conclusasi con un'unica offerta inammissibile e la seconda, indetta il 24.11.2009, conclusasi con l'aggiudicazione a favore della controinteressata. La ricorrente si è inserita nella fase finale di questa seconda trattativa negoziata; a fronte di un esito della trattativa che si stava palesando nuovamente negativo il commissario liquidatore, ricevuta il 5 luglio la proposta della ricorrente e il 6 luglio la nuova proposta dell'aggiudicataria, ha disposto che la commissione ultimativamente

valutasse queste due offerte. Non hanno pregio quindi i primi due motivi di ricorso là dove lamentano una inversione procedimentale perchè la negoziazione sarebbe stata indetta con deliberazione n. 31 dell'8.7.2010, successiva alla ricezione delle offerte; la valutazione svolta l'8 luglio altro non è, infatti, che la finale valutazione degli esiti della trattativa privata indetta il 29.11 e nella quale la ricorrente si è inserita in data 26.3.2010. D'altro canto nella deliberazione n. 31 dell'8.7.2010 del Commissario straordinario (cfr. doc. 35 di parte ricorrente) non si legge che veniva indetta una nuova procedura ma più semplicemente che veniva riconvocata la commissione per la rivalutazione delle due offerte pervenute; la composizione della commissione risulta identica a quella di cui al verbale del 17.6.2010, cui si richiama (a rigore nella deliberazione dell'8 luglio il commissario pare individuare una commissione ristretta in cui non figura il dott. Sergio Di Giacomo, che però risulta presente a verbale della riunione in pari data; in ogni caso la composizione della commissione per questo profilo non è stata oggetto di censura).

Così ricostruita la sequenza procedimentale cadono le censure che specificamente presuppongono la sussistenza di tre separate negoziazioni; inoltre già si è detto, nella ricostruzione in fatto, che parte ricorrente non può lamentare ex se di non essere stata invitata sino al giugno 2010, là dove pacificamente sino a quel momento non si è conclusa utilmente alcuna trattativa. Né vi è interesse della ricorrente a dolersi della mancata ricezione della lettera di invito del 29.11.2009 (quinto e nuovamente settimo motivo di ricorso); è fin troppo ovvio come nessuna utilità poteva derivare, nel giugno 2010, alla ricorrente dall'invio di una lettera di invito le cui condizioni erano ampiamente state superate nel corso delle trattative mentre risulta per contro che, nell'esatto punto di quelle trattative, la

ricorrente si sia perfettamente inserita.

La ricostruzione della sequenza contrattuale porta infatti ad una ulteriore rilevante conclusione in fatto: sostiene la ricorrente che la presunta addizione alla proposta della controinteressata del diritto di superficie novantennale (del quale si è ampiamente chiarita l'origine) darebbe adito al dubbio che la controinteressata abbia formulato la propria ultima offerta calibrandola su quella della ricorrente del 5.7, appunto perché in tale ultima offerta era menzionato il diritto novantennale di superficie. La tesi presuppone una ricostruzione della sequenza contrattuale in termini inversi alla realtà. Infatti si riscontra in atti la sostanziale continuità nelle proposte e controproposte tra amministrazione controinteressata Villa Maria Pia, e ciò a partire da ben prima del documentato inserimento nella trattativa della ricorrente; dall'altra, se mai, ciò che desta perplessità è la puntuale capacità della ricorrente di inserirsi correttamente nelle trattative che asserisce di aver sino a quel punto ignorato. Seguendo infatti l'impostazione del ricorso la ricorrente sarebbe stata tenuta allo scuro dei contenuti delle pendenti trattative, e quindi pregiudicata nella propria possibilità di formulare offerte competitive; seguendo questa tesi resterebbe tuttavia non comprensibile come la ricorrente sia riuscita a formulare spontaneamente una proposta (in data 23.6.2010, doc. 32 di parte resistente) che colloca al primo punto "la concessione in uso gratuito del diritto di superficie e di utilizzo degli immobili dell'Ala Nasi per 90 anni, con impegno a non mutare l'attuale destinazione socio-sanitaria e non attuare speculazioni edilizie, oltre che a provvedere alla manutenzione e ristrutturazione a regola d'arte del fabbricato". Essa riprende in termini pressochè identici il primo punto dell'offerta di Villa Maria Pia dell'11.6.2010 e risponde in maniera puntuale e pertinente a tutti e cinque i

punti posti dall'amministrazione come "condizioni non modificabili" in allegato al verbale della commissione del 9.6.2010 (gestione dell'ala storica, accollo delle passività esistenti con possibilità di rinegoziazione con i creditori, offerta concernente il personale e idonea fideiussione).

Ne deriva che non vi è alcuna "trasposizione" di condizioni dell'offerta della ricorrente nell'ultima offerta di villa Maria Pia ma al limite il fenomeno inverso; in ogni caso e, per quanto qui rileva, emerge che la ricorrente non solo si è inserita nelle trattative prima della loro effettiva conclusione ma vi si è di fatto inserita in termini "utili" e "paritetici" rispetto all'altra concorrente rimasta in gara, rispondendo puntualmente alle condizioni contrattuali in quella fase prospettate dall'amministrazione all'altra concorrente. Cade quindi in fatto l'assunto (quinto e settimo motivo) per cui la ricorrente non sarebbe stata posta in condizione di trattare su basi omogenee e divengono inammissibili, per carenza di interesse, alla luce dell'intervenuta concreta formulazione di una proposta allineata a quella dell'altra concorrente e rispondente alle condizioni omogenee poste dalla commissione nel giugno 2010, le censure che paventano un pregiudizio per aver avuto un minore periodo di trattativa, pregiudizio documentalmente smentito. E' infatti evidente che, sebbene formalmente la ricorrente si sia inserita nella trattativa il 23.6, la consapevolezza con cui lo ha fatto dimostra che si trovava allineata con gli altri concorrenti e i successivi maggiori o minori avanzamenti non possono essere stati determinati da lacune pregresse, da cui il tenore dell'offerta 23.6.2010 dimostra ex se di non essere afflitto.

La ricorrente adduce inoltre (ottavo motivo di ricorso) che sarebbe stata lesa dal breve termine migliorativo dell'offerta concessole pari a 5 giorni (in verità 7, dal 28.6 al 5.7), termine non giustificato dall'incombenza della

procedura esecutiva. Risulta dalla documentazione acquisita dagli atti del processo esecutivo che, in data 22.6.2010-23.6.2010, quindi a ridosso dell'ultima fase della trattativa, il giudice dell'esecuzione, sciogliendo specifica riserva sul punto, aveva stabilito di restituire gli atti al Notaio per la prosecuzione delle attività di vendita, a fronte degli insufficienti esiti delle negoziazioni. Era quindi corretto che la procedura negoziata non avesse ampi margini di tempo (poiché era noto che si sarebbe riattivata la procedura esecutiva, pur non essendo noti i tempi esatti della vendita, in quanto a quel momento delegati al notaio); è quindi dimostrata l'urgenza della procedura, tanto più nota nei suoi esatti termini alla ricorrente che era pacificamente contestualmente interessata all'incanto.

Inoltre, come evincibile dal documento 9 di parte resistente, il 28.6.2010 commissario prospettava alla ricorrente (alla luce ed in replica alle condizioni dalla medesima offerte il 23.6.2010) gli ulteriori necessari miglioramenti e ciò in termini assolutamente simmetrici a quanto prospettato alle altre due concorrenti su sollecitazione della commissione valutativa; veniva in particolare richiesto specifico impegno alla gestione dell'Ala storica per 40 anni a fronte, a differenza dell'Ala Nasi, di una mera concessione in uso, e non di un diritto di superficie come originariamente offerto dalla ricorrente, e venivano sollecitate condizioni economiche di accollo di debiti identiche a quelle prospettate alle altre concorrenti. La ricorrente replicava in termini consoni. Nella sostanza, quindi, la ricorrente, pur non avendo partecipato alla seconda procedura negoziata sin dal suo inizio, vi si è inserita il 23 giugno e da quel momento ed è stata trattata e si è comportata come la restante concorrente rimasta in gara, ossia come un soggetto avente una trattativa in corso giunta all'esatto punto in cui erano pervenuti gli altri concorrenti. Anche alla ricorrente è stato poi formulato

invito a migliorare le condizioni offerte il 23 giugno richiedendo le stesse migliorie chieste a Villa Maria Pia.

Sempre sotto il profilo procedurale la ricorrente lamenta tuttavia di avere avuto a disposizione documentazione inidonea e insufficiente (settimo motivo) ad una consapevole formulazione dell'offerta; al di là di quanto già evidenziato al punto precedente si osserva: l'intera procedura è stata preceduta da una procedura aperta, con debita pubblicazione di atti e connessi allegati, rammentati alla ricorrente anche dal presidente della Commissione di valutazione nel fax inviatole il 23.6.2010 (in atti sub. doc. 31 di parte resistente); tale documentazione era l'ovvio presupposto di tutte le successive procedure ristrette. Nella propria offerta del 5 di luglio la ricorrente (che pure ha ampiamente contestato l'amministrazione già nel corso della procedura) non ha in alcun modo contestato (come invece fa in giudizio) di non avere "compreso" la situazione debitoria sino al 31.12.2009 tanto che, rispetto ai debiti sino a quella data, proprio il 5.7 ha formulato una ben precisa offerta economica. In detta offerta la ricorrente ha mosso riserve e posto condizioni connesse alla conoscenza "della situazione analitica dei debiti e crediti, completa di ogni posizione, fino al 30 giugno scorso", circostanza che certamente non era stata comunicata alla ricorrente ma neppure poteva essere disponibile in data 5.7.2010 né poteva essere comunicata a qualsivoglia concorrente.

Anche le cesure di carenze informative non trovano quindi riscontro di concreta lesione nei documenti e nelle trattative in atti.

Contesta infine parte ricorrente che, per accedere alla negoziazione, le sarebbero stati richiesti requisiti più severi di quanto preteso dagli altri concorrenti. Posto che pacificamente non è in discussione l'esclusione della ricorrente, tanto meno per carenza di requisiti, ma in definitiva l'inidoneità

della sua offerta; al limite si riscontra una anomalia (a vantaggio della ricorrente) nel complessivo modo in cui essa si è inserita nella trattativa, anomalia che non può tradursi in annullamento dell'altrui aggiudicazione a suo favore. Né per altro, contrariamente a quanto allegato, è corretto che sussista una disparità ad esempio nella circostanza che in origine era stato chiesto ai concorrenti di assumere la gestione della struttura per 30 anni mentre la trattativa con la ricorrente è stata condotta sulla base di una gestione quarantennale: la ricorrente si è inserita a trattativa avanzata quando i concorrenti rimasti in gara avevano già accettato una gestione quarantennale sicchè, proprio perché la sua offerta fosse competitiva, da quella durata delle gestione doveva muovere.

Infine, ricondotta la fase procedurale in contestazione al momento finale della negoziazione indetta a partire dal 29.11 restano anche ridimensionate le censure concernenti la segretezza dell'offerta della ricorrente (primo motivo di ricorso). E' certo che, ove vi fosse anche solo un principio di prova dell'avvenuta comunicazione dell'offerta della ricorrente alla controinteressata e dell'adeguamento indebito di quest'ultima alla prima, quest'unico profilo di doglianza integrerebbe una chiara illegittimità (oltre che una turbativa della gara), essendo precluso all'amministrazione, anche in pendenza di una negoziazione con trattativa privata, e quindi dopo che le reciproche posizioni con i singoli concorrenti sono necessariamente divenute note, comunicare ad un concorrente l'offerta altrui affinché vi adegui la propria anzichè sollecitarlo a miglioramenti su condizioni prospettate in modo identico e neutro a tutti. Di tale circostanza manca tuttavia in atti qualsivoglia principio di prova, essendo stato ampiamente spiegato come l'ultima offerta di villa Maria Pia si inserisca nella sequenza contrattuale propria di quella concorrente e la presunta riproposizione di

condizioni proposte dalla ricorrente nell'offerta di Villa Maria Pia sia frutto di una ricostruzione in fatto suggestiva ma infondata.

Contesta comunque parte ricorrente la lesione del principio di segretezza dell'offerta, poiché la proposta del 5 di luglio sarebbe stata conosciuta dall'amministrazione in pari data e valutata dalla commissione solo l'8 luglio. La censura è fragile già se la si considera alla luce la condotta della ricorrente stessa, la quale ha dimostrato chiaramente, al momento in cui ha partecipato alla procedura, di non aver ritenuto di dover rendere segreta la propria offerta in quella fase. Ciò è coerente con la tesi per cui la ricorrente si è inserita in una fase di "trattative" già in essere, in cui la sequenza di proposte e controproposte rendeva fisiologica la circostanza che l'amministrazione conoscesse di volta in volta le controproposte avanzate e ne sollecitasse miglioramenti, salvo il già evidenziato obbligo di tenere ognuna delle trattative separata dalle altre. Così la stessa ricorrente ha inoltrato la propria iniziale proposta del 23 giugno via fax, evidentemente non ritenendosi lesa dal fatto che in tal modo essa sarebbe stata conoscibile dalla propria controparte contrattuale.

Quanto poi alle specifiche modalità di presentazione dell'offerta finale entrambe le parti hanno fornito ricostruzioni non del tutto lineari; parte ricorrente ha prodotto in giudizio un testo della propria proposta finale recante nella prima pagina la data in timbro "5.7.2010" apposta dall'amministrazione con una sottoscrizione per ricezione (la circostanza non è contestata dalla controparte); ciò dimostrerebbe che il contenuto della proposta era noto sin da quel momento. La circostanza è possibile, se non che non si comprende perché la stessa ricorrente avrebbe deliberatamente consentito la conoscenza dell'offerta presentando per la ricevuta un documento aperto; d'altronde l'apposizione del timbro sulla

prima pagina contenente una "premessa" riassuntiva di fatti noti non implica necessariamente l'integrale cognizione dell'offerta, se non ovviamente su consenso dell'interessata che all'operazione di ricezione ha necessariamente assistito. Inoltre il timbro apposto sulla copia dell'offerta prodotta sub. doc. 10 di parte ricorrente presenta le caratteristiche di una mera attestazione di ricezione e non di una formale protocollazione, che implica certamente la presa di cognizione del documento (basti confrontare il timbro di cui al doc. 10 con quelli, recanti il protocollo, di cui ai docc. da 8 a 15 di parte resistente); infine la stessa controinteressata ha presentato l'offerta del 6.7 via fax, e quindi necessariamente aperta. Alla luce della ricostruzione del procedimento non può che osservarsi che ragionevolmente entrambe le concorrenti in quella fase si sono comportate come se si trovassero nel corso della negoziazione; certamente non vi può quindi essere violazione di un principio di segretezza (sempre e solo nei confronti dell'amministrazione) in quella fase.

Ricevute le due ultime offerte la commissione ha ritenuto preferibile l'offerta dell'aggiudicataria.

Resta la doglianza residua della ricorrente di avere avuto termine solo fino al 5 luglio per formulare l'ultima offerta mentre è stata accettata un'offerta della controinteressata pervenuta il 6.7 e ciò benché la ricorrente avesse, nell'offerta del 5 luglio, dichiarato ampia disponibilità a migliorare la proposta. La doglianza potrebbe avere rilievo se diverse fossero le conclusioni di cui al ricorso.

Da un lato, infatti, è evidente come ben più lineare sarebbe stata la conclusione della procedura là dove fosse stato chiaramente concesso alle due concorrenti di presentare un'offerta ultimativa entro identico termine di scadenza ed in busta chiusa; ciò detto di questa finale violazione (che

comporterebbe la riapertura della procedura solo a partire da detto momento con concessione di un unico termine per l'offerta finale) pare al collegio che la ricorrente avrebbe interesse a dolersi nel caso in cui avesse azionato la disponibilità a subentrare nell'accordo quantomeno alle condizioni già proposte dalla controinteressata o comunque a condizioni migliorate rispetto alla propria ultima offerta.

Non basta infatti l'allegazione, per questo unico segmento procedimentale, di un teorico interesse alla possibilità di un ulteriore rilancio.

Parte ricorrente ha concluso chiedendo innanzitutto tutela in forma specifica, e quindi una pronuncia di aggiudicazione in proprio favore, senza però chiedere di subentrare nell'aggiudicazione alle medesime condizioni offerte dalla controinteressata bensì ritenendo di poter ottenere direttamente ed *ope iudicis* l'aggiudicazione alle proprie condizioni. A fronte della contestazione mossa da parte resistente, la ricorrente ha eccepito che non poteva chiedere di subentrare in contratto allo stato inesistente; l'obiezione è formalistica là dove la parte contemporaneamente chiede la (fisiologicamente più logica) tutela in forma specifica, consistente nell'aggiudicazione a proprio favore, e poi puntualizza che non vi è un contratto in essere, pur essendovi una miglior offerta cristallizzata dall'aggiudicazione. Né nel caso specifico la domanda può essere accolta come se si trattasse di una procedura di appalto con una graduatoria di concorrenti che possa scorrere. E' pacifico che si è trattato di procedura negoziata e che al suo esito vi era ampio margine per l'amministrazione nell'individuare, conducendo trattative parallele, il miglior offerente, ovvero nel non individuarne nessuno, qualora le proprie pretese ritenute imprescindibili non fossero state soddisfatte da alcuno. L'amministrazione ha ragionevolmente scelto la controinteressata e ritenuto non idonea

l'offerta della ricorrente; né quest'ultima si colloca in una qualsivoglia graduatoria. Pare quindi evidente che, a prescindere dalla fondatezza dei motivi di ricorso, la ricorrente non può aspirare all'aggiudicazione alle proprie condizioni, avendo presentato un'offerta che è stata valutata inidonea, né a qualsivoglia risarcimento in forma specifica o per equivalente *sub specie* di conseguimento del contratto alle proprie condizioni. La ricorrente non ha invece per deliberata scelta proposto alcuna domanda di subentro alle condizioni dell'aggiudicataria, limitandosi a chiedere una riapertura della procedura in vista di un possibile miglioramento e quindi di un interesse ipotetico. Né sul punto soccorre la teorica dell'interesse strumentale alla riedizione di una gara: un conto è infatti l'interesse alla ripetizione di tutta o di alcune fasi di una gara pubblica il cui esito non dipende esclusivamente dall'interessato, e che quindi riapre per l'interessato una chance di aggiudicazione; diverso è il caso, qui invocato, di riapertura di un termine finale di una trattativa privata per consentire alla ricorrente una controproposta (di sua esclusiva pertinenza) in assenza anche solo di allegazione di esistenza concreta di tale controproposta.

La domanda non può pertanto trovare accoglimento.

Stante la complessità della vertenza sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2011
con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/02/2011

IL SEGRETARIO

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