



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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2729 del 2010, proposto da:
Siram S.p.A., in proprio e quale capogruppo dell'Ati con Carbotermo
S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. ti Bruno Becchi, Loredana
Grillo e Paolo Sansone, con domicilio eletto presso lo studio del
primo di essi in Milano, Via Serbelloni, 2

contro

Azienda Ospedaliera della Valtellina e della Valchiavenna, in persona
del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv.
Giuseppe Franco Ferrari, presso il cui studio ha eletto domicilio in
Milano, Via Larga, 23

nei confronti di

Olicar S.p.A., in proprio e quale capogruppo dell'Ati con Prima Vera
S.p.A. ed Evolve S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano

Nespor ed Erica Bianco, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Via Cadore, 36

per l'annullamento

-della deliberazione del Direttore Generale dell'A.O. Valtellina e Valchiavenna n. 965 del 20.10.2010, comunicata al ricorrente il 26.10.2010, di aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata dell'appalto "del servizio globale energia comprese le funzioni di terzo responsabile", nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ivi espressamente comprendendosi il provvedimento di aggiudicazione provvisoria adottato in esito alla seduta pubblica del 23.9.2010; i verbali della Commissione aggiudicatrice; la deliberazione D.G. n. 388 del 23.4.2010 di nomina della commissione aggiudicatrice; il disciplinare di gara quanto all'art. 14, recante i criteri di attribuzione del punteggio; la deliberazione n. 1581 del 10.12.2009, con la quale sono stati approvati gli atti di indizione della procedura di gara;

per l'annullamento ovvero per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto;

per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda Ospedaliera della Valtellina e della Valchiavenna e di Olicar S.p.A.;

Visto il ricorso incidentale di Olicar S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 1448/2010;

Visto il dispositivo di sentenza n. 797/2011;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2011 il dott. Hadrian Simonetti e uditi per le parti i difensori Loredana Grillo, Giorgia Inara Marin e Erica Bianco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara spedito il 15.1.2010 l'Azienda ospedaliera della Valtellina e della Valchiavenna ha indetto una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento "del servizio globale energia comprese le funzioni di terzo responsabile", presso i propri presidi di Sondrio, Sondalo e Chiavenna, per un periodo di nove anni, per un importo a base d'asta di € 55.800.000,00 oltre IVA.

Per quanto più rileva in questa sede, il bando attribuiva 60 punti per "qualità-caratteristiche tecnico-funzionali del servizio e qualità delle opere", suddivisi in tre voci o criteri principali, e 40 punti per "costo totale del servizio", da assegnarsi secondo il metodo del confronto a coppie.

La procedura, alla quale hanno partecipato quattro raggruppamenti, è stata aggiudicata in favore dell'Ati con capogruppo Olicar S.p.A., con 80,97 punti, seconda classificata è risultata l'Ati con capogruppo Siram S.p.A. con 68,01 punti.

Avverso l'aggiudicazione, impugnata unitamente ai verbali e agli atti di indizione della gara, ha proposto ricorso la seconda in graduatoria, deducendo sei articolate censure, per lo più preordinate all'annullamento dell'intera procedura ed alla sua riedizione.

In sintesi, con il primo motivo ha dedotto la violazione dell'art. 83 del D.lgs. 163/2006, nonché l'eccesso di potere sotto vari profili, in quanto la Commissione giudicatrice avrebbe, nella seduta riservata del 26.6.2010, introdotto (nuovi ed ulteriori) sub-criteri relativamente alla voce A.1) dell'offerta tecnica, a buste già aperte.

Con il secondo motivo, strettamente connesso al primo, ha dedotto l'illegittimità del bando e del disciplinare di gara, sul rilievo che non avrebbe previsto (tutti) i necessari sub-criteri di aggiudicazione, come confermato dall'attività integrativa posta in essere dalla Commissione nella ricordata seduta del 26.6.2010.

Con il successivo motivo ha dedotto la violazione dell'art. 10 della L.r. 14/1997, secondo cui all'elemento prezzo non può essere attribuito meno del 50% del punteggio globale se non sulla base di debita motivazione, sul rilievo che, invece, per la gara in contestazione, il bando ha riservato all'offerta economica soli 40 punti su un totale di 100.

Con il quarto motivo ha censurato specificamente, per contraddittorietà ed irragionevolezza, le modalità di attribuzione del punteggio previste dal disciplinare di gara al punto 14.II.).

Con il quinto motivo ha contestato, in punto di istruttoria e di

motivazione, i giudizi tecnici della Commissione, lamentando una sottovalutazione della propria offerta.

Con l'ultimo motivo ha egualmente contestato, infine, la composizione della Commissione giudicatrice, con particolare riferimento al componente esterno, in relazione all'art. 84, comma 8, del D.lgs. 163/2006.

Si è costituita l'Azienda ospedaliera, con articolata memoria difensiva depositata il 15.12.2010, replicando alle censure proposte.

In sintesi, quanto ai primi due motivi, ha escluso che nella seduta del 26.6.2010 la Commissione abbia introdotto nuovi sub-criteri, trattandosi solamente della motivazione dei punteggi numerici assegnati, precisando come il forte scarto tra la ricorrente e la controinteressata sia dovuto al fatto che la prima non avrebbe prodotto il cronoprogramma dei lavori relativi al Presidio di Sondalo, il che renderebbe le censure carenti persino di interesse.

Quanto al terzo motivo ne ha eccepito la tardività, sottolineando inoltre come il testo dell'art. 10 della L.r. 14/1997 sia stato sostituito dalla L.r. 7/2010, al fine di adeguare la normativa regionale a quella nazionale, di derivazione comunitaria.

Quanto al quarto ed al quinto motivo ne ha eccepito, per un verso, l'inammissibilità e, per altro verso, l'infondatezza.

Infine ha replicato al sesto motivo, sostenendo che la necessità di ricorrere ad un componente esterno sarebbe stata imposta dalle carenze in organico, avendo l'Ufficio tecnico due soli dirigenti, uno

dei quali neo assunto all'epoca dei fatti.

Si è costituita l'Ati aggiudicataria proponendo ricorso incidentale avverso la mancata esclusione dell'Ati Siram – Carbotermo, per violazione dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006, deducendo:

che non sarebbero state rese le dichiarazioni relative ad alcuni procuratori, tre ancora in carica e due cessati, investiti di poteri di rappresentanza;

che, con riferimento ai soggetti cessati nel triennio, le dichiarazioni non sarebbero state sottoscritte dagli interessati bensì dal legale rappresentante di Siram.

Nella camera di consiglio del 17.12.2010 la Sezione, sul rilievo che le ragioni cautelari prospettate dalla ricorrente principale potessero essere sufficientemente salvaguardate mediante una sollecita definizione della causa, ha fissato per il merito l'udienza del 23.3.2011 in vista della quale le difese hanno presentato ulteriori memorie.

All'udienza la causa è passata in decisione, senza essere discussa.

DIRITTO

1. Osserva il Collegio in via preliminare che, al cospetto della pluralità e della varietà dei motivi di ricorso proposti dalla ricorrente in via principale nonché dell'impugnazione incidentale presentata dalla controinteressata aggiudicataria della gara, si impone un chiarimento in ordine all'ordine logico da seguire nell'esame delle relative questioni.

Si rileva, al riguardo, che il ricorso incidentale proposto dalla Olicar, in quanto preordinato all'esclusione dell'Ati ricorrente principale e quindi alla declaratoria di inammissibilità (per difetto di legittimazione, secondo l'orientamento riaffermato da Cons. St., V, n. 5275/2007) ovvero (secondo una diversa prospettiva) di improcedibilità di quello principale, ha efficacia paralizzante e deve quindi, per giurisprudenza prevalente, essere esaminato prioritariamente (v. Cons. St., V, n. 2380/2008; TAR Liguria, II, n. 1150/2008 e 1132/2008; TAR Lazio Latina, I, n. 499/2008).

Il Collegio non ignora peraltro come, in termini generali, la tematica del rapporto tra il ricorso incidentale e quello principale – e dell'ordine da seguire nella loro trattazione - registri orientamenti differenti e sia di recente oggetto di un ripensamento ad opera di parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato: ne sono un esempio Cons. St., V, n. 5811/2007 e A.P. n. 2155/2010, favorevoli ad adottare, invece, il criterio logico-cronologico; Cons. St., V, n. 2669/2008, che ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione se il ricorso principale debba essere esaminato dopo quello incidentale paralizzante anche nell'ipotesi in cui le imprese ammesse alla gara siano solamente due; ed, infine, Ad. plenaria n. 11/2008, che ha risolto tale questione affermando, in presenza di soli due partecipanti alla gara, che il giudice “qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato (principale o incidentale), deve tenere conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della

gara e deve esaminare anche l'altro, quando la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per l'illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'amministrazione di indirne una ulteriore".

Neppure si ignora come, qualora invece, nell'esame dei motivi di ricorso, dovesse seguirsi il diverso criterio ispirato alla priorità dell'esame di quelle questioni che evidenziano, in astratto, una più radicale illegittimità della procedura di gara, dovrebbe darsi priorità logica, piuttosto, ai primi due motivi formulati da Siram nel suo ricorso introduttivo; motivi con i quali la parte lamenta l'indeterminatezza del bando ed il fatto che la Commissione di gara avrebbe introdotto nuovi sub criteri di aggiudicazione, a buste già aperte.

Tali censure, strettamente connesse, sono astrattamente idonee ove accolte ad inficiare l'intera gara, e sono state dedotte dalla ricorrente principale in via prioritaria ed assorbente le censure dedotte con i restanti motivi, terzo, quarto, quinto e sesto (v. ricorso introduttivo a p. 13).

La questione dell'ordine di priorità tra impugnazione principale ed impugnazione incidentale è, del resto, controversa anche nel processo civile, specie per quanto riguarda il ricorso per cassazione. Dove l'esame della giurisprudenza civile rivela l'esistenza di un contrasto di fondo se l'interesse all'impugnazione incidentale acquisisca il carattere dell'attualità solo al momento dell'accoglimento

o, anche, con la semplice proposizione dell'impugnazione principale (v., ad esempio, Cass. Sez. trib. n. 9598/2007).

2. Tanto premesso, sulla scorta dell'orientamento sin qui prevalente (da cui è sembrata invece allontanarsi l'Adunanza plenaria 11/2008, laddove, al § 13.2 ha ritenuto che manchino indicazioni normative sull'ordine di trattazione dei ricorsi, principale ed incidentale), reputa comunque il Collegio di non potere prescindere, nella soluzione dei problemi interpretativi sinora prospettati, dalla disposizione del codice di procedura civile racchiusa nell'art. 276, comma 2, cui ora fa espresso rinvio l'art. 76, comma 4, del codice del processo amministrativo.

Tale regola - secondo cui "il collegio, sotto la direzione del presidente, decide gradatamente le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa" - rispondente ad una logica di "diritto processuale comune" (cfr. altresì, quanto al processo penale, l'art. 527 c.p.p.), determina quindi l'esame prioritario del ricorso incidentale ad efficacia cosiddetta paralizzante in quanto volto a negare, ove accolto, la sussistenza delle condizioni dell'azione concernenti la legittimazione ad agire (o l'interesse al ricorso) della ricorrente principale (v. Cons. St., VI, n. 810/2010).

3. Sulla tale base, si deve quindi procedere all'esame del ricorso incidentale.

Entrambi i motivi dedotti con tale ricorso sono relativi all'art. 38 del

D.lgs. 163/2006 e concernono, in specie, l'esatta individuazione dei soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni in ordine ai requisiti di moralità e le modalità di tale adempimento.

3.1. Con il primo motivo, la controinteressata assume, infatti, la presenza di una serie di procuratori speciali della Siram (tre attualmente in carica: Gragnano, Motta e Zampieri; due cessati nell'ultimo triennio: Incorvaia e Sommacampagna) che sarebbero (o sarebbero stati, in passato) titolari di poteri di rappresentanza e, ciononostante, non avrebbero reso alcuna dichiarazione ex art. 38.

Ebbene , in disparte il noto contrasto giurisprudenziale sulla tassatività o meno delle figure soggettive contemplate nell'art. 38 comma 1 lett. c) (si pensi alla figura dell'istitutore ed agli opposti orientamenti sulla possibilità di un'interpretazione estensiva, se non addirittura analogica, della norma), è dirimente osservare come nel caso di specie, sulla scorta della documentazione societaria prodotta, sia revocabile in dubbio che detti soggetti fossero titolari di un effettivo ed autonomo potere decisionale e/o di rappresentanza di carattere generale e, quindi, anche a voler seguite la tesi più sostanzialistica, onerati a rendere la dichiarazione sui precedenti penali. Si aggiunga, inoltre, che la difesa di Siram ha comunque documentato in giudizio l'assenza di qualunque precedente penale a carico dei tre procuratori attualmente in carica, depositando i loro certificati del casellario giudiziale (v. produzione del 15.12.2010 doc. 23, 24 e 25), il che dimostra come la compagine sociale possedesse i

requisiti di moralità richiesti.

3.2. Con il secondo motivo la controinteressata censura la circostanza che, quanto ai procuratori cessati nel triennio, sia stata presentata una dichiarazione sostitutiva sola, a carattere riassuntivo ed a firma del legale rappresentante di Siram, anziché dei diretti interessati, sul presupposto della loro irreperibilità di fatto.

Ciò posto, la questione attiene alla possibilità che il dichiarante (il legale rappresentante) renda dichiarazioni sostitutive relative anche ad altri soggetti (quelli cessati dalla carica), a norma dell'art. 47 comma 2 del d.p.r. 445/2000. E' sufficiente sul punto richiamare il precedente del tutto conforme di questa Sezione (TAR Lombardia, sez. I, n. 5200/2009, in precedenza v. TAR Sicilia, Catania, sez. I, n. 1772/2008; v. altresì, di recente, AVCP, Determinazione n. 1 del 12.1.2010), nel senso dell'ammissibilità, in linea generale, di tale modalità di adempimento all'onere di rendere le dichiarazioni sostitutive.

Quanto alla formula da utilizzare per rendere la dichiarazione relativamente a soggetti terzi, deve osservarsi che l'art. 47 citato non tipizza l'uso di alcuna formula particolare e che, nel caso in esame, la formula impiegata è stata sufficientemente puntuale, anche tenuto conto dell'esplicito richiamo alle conseguenze penali di eventuali falsità (cfr. doc. 21).

Il ricorso incidentale va dunque respinto.

4. Passando ora all'esame del ricorso principale, con il primo motivo

si contesta il fatto che la Commissione di gara – a buste già aperte e prima dell’attribuzione dei punteggi – avrebbe introdotto nuovi sub criteri relativamente alla sottovoce “Soluzioni di riqualificazione e ottimizzazione energetica con ricorso a fonti alternative e/o rinnovabili”, per la quale il disciplinare prevedeva un massimo di 20 punti e per la quale l’aggiudicataria ha conseguito il massimo del punteggio e la ricorrente appena 2,67 punti.

Tale differenza di punteggio è rivelatrice di come la valutazione in merito alla sottovoce A.1 dell’offerta tecnica sia stata decisiva nel determinare l’esito finale della procedura e, quindi, vale a qualificare l’interesse della ricorrente. Privo di rilevanza a tali fini è, invece, l’errore che nelle memorie difensive l’Azienda ospedaliera e la controinteressata imputano alla ricorrente, in ordine alla progettazione e collocazione della centrale idroelettrica per il comprensorio di Sondalo. Ciò in quanto, per un verso, di tale errore non vi è traccia nella presunta motivazione che, secondo la tesi dell’Azienda ospedaliera, la Commissione avrebbe formulato relativamente alla sottovoce A.1, il che parrebbe contraddirne il supposto carattere essenziale e decisivo; e, per altro verso, non è stato oggetto di ricorso incidentale, né da parte della controinteressata né, come possibile a norma dell’art. 42 c.p.a., della parte resistente.

4.2. Tanto premesso, la censura dedotta con il primo motivo di ricorso principale ha ad oggetto essenzialmente il verbale della seduta

del 26.6.2010 (v. doc. 11 di parte ricorrente e doc. 10 di parte resistente), laddove si legge che Commissione “ritiene preferibili le soluzioni che, pur tenuto conto dei risparmi energetici conseguibili e della potenziale riduzione dei carichi inquinanti, diano maggiore garanzia alla AOVV, decorso il periodo contrattuale, di omogeneità e semplicità di approvvigionamento e stoccaggio per ragioni organizzative, di economicità di scala e semplificazione gestionale” relativamente alla ricordata sottovoce A.1. “Soluzioni di riqualificazione e ottimizzazione energetica con ricorso a fonti alternative e/o rinnovabili”.

Si tratta quindi di stabilire se tale formula contenga l'individuazione di nuovi (sub)criteri introdotti a buste già aperte, come sostiene la ricorrente, oppure costituisca la motivazione di punteggi numerici attribuiti contestualmente, come replica l'Azienda Ospedaliera.

Ciò posto, la tesi difensiva dell'Amministrazione non è persuasiva e non può essere accolta, sul rilievo che per nessuna altra voce la Commissione ha motivato l'attribuzione del punteggio numerico; che da un'attenta lettura del verbale sembrerebbe che prima siano stati enunciati i (sub)criteri e solamente dopo assegnati i punteggi; che, infine, la presunta motivazione manca del benché minimo riferimento alle singole offerte presentate dai concorrenti, il che ne conferma la valenza generale ed astratta di sub-criterio di aggiudicazione o, in alternativa, di criterio motivazionale.

In entrambi i casi - che si sia al cospetto di un nuovo sub criterio di

aggiudicazione o di criteri motivazionali comunque non indicati nel bando - ne consegue comunque l'illegittimità dell'operato della Commissione.

Osserva infatti il Collegio come, seppure in passato sia stata ritenuta la possibilità di interventi integrativi ad opera delle commissioni giudicatrici sui criteri di valutazione indicati dal bando di gara, attraverso la previsione di sotto voci o sub-criteri, purché ciò fosse avvenuto prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte (cfr., ad esempio, Cons. St., sez. V, n. 1791/2005); tale orientamento deve intendersi superato alla luce del chiaro disposto dell'art. 83 comma 4 del D.lgs. 163/2006 che, nel quadro di una progressiva limitazione della discrezionalità della commissione nella specificazione dei criteri, impone ora che "il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto preved(a), ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi" (v., per un'ampia e persuasiva disamina della questione, TAR Lazio, sez. II, n. 8328/2008).

Di questo indirizzo, volto a restringere il potere discrezionale della Commissione, costituisce un successivo sviluppo la successiva abrogazione (per effetto del D.lgs. 152/2008) del terzo periodo dell'art. 83, comma 4, che affidava alla commissione la definizione dei criteri motivazionali (v. TAR Abruzzo, sez. I, n. 532/2010); con la precisazione ulteriore che, anche in precedenza, gli stessi criteri comunque non potevano essere più formulati una volta che fossero state aperte le buste contenenti le offerte dei concorrenti, come è

avvenuto nel caso di specie.

Merita al riguardo ribadire come l'Ati ricorrente principale, risultata prima classificata quanto all'offerta economica (39,40 punti a fronte dei 37,27 conseguiti dall'odierna controinteressata), sia stata superata dall'Ati guidata da Olicar (complessivamente di 12,96 punti) essenzialmente in ragione del basso punteggio riportato per la sotto voce "soluzioni di riqualificazione e ottimizzazione energetica con ricorso a fonti alternative e/o rinnovabili" per la quale le sono stati riconosciuti solamente 2,67 punti, mentre l'aggiudicataria ha ottenuto il punteggio massimo di 20.

Si deve ancora sottolineare come l'obbligo di predeterminare a monte, nella legge di gara, i criteri e le modalità applicati per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa sia preordinato al rispetto del principio della parità di trattamento e valga ad assicurare la trasparenza necessaria al fine di consentire a qualsiasi offerente di essere preventivamente informato e, quindi, di determinarsi di conseguenza, calibrando la propria offerta in ragione dei punteggi massimi previsti (cfr. 46° considerando alla direttiva 18/2004/CE; TAR Lombardia, Milano, sez. I., n. 183/2009, nonché ancora di recente Cons. St., sez. V. n. 5844/2010).

Ne consegue, in conclusione, la fondatezza del primo motivo il cui accoglimento determina il travolgimento per illegittimità derivata dei successivi atti di gara impugnati con il ricorso, aggiudicazione compresa.

4.3. Quanto alla illegittimità del disciplinare di gara dedotta con il secondo motivo, per violazione sempre dell'art. 83, comma 4 del D.lgs. 163/2006, perché non sarebbero stati previsti i necessari sub criteri di valutazione relativi alla sottovoce A.1, proprio l'attività integratrice della Commissione, già censurata, avvalorata la tesi di parte ricorrente circa la necessità di specificare la voce dell'offerta tecnica alla quale la *lex specialis* attribuiva valore preponderante. Si consideri, del resto, che delle tre voci di cui si componeva l'offerta tecnica, mentre per quelle di cui alla lett. b) "Piano delle manutenzioni" ed alla lett. c) "Organizzazione dell'appaltatore" il disciplinare di gara ha previsto, all'art. 14, chiarimenti e/o criteri motivazionali; per la voce di cui alla lett. a) "interventi finalizzati al risparmio energetico e/o riqualificazione impiantistica", non sono state previste analoghe specificazioni, sebbene di trattasse della voce più rilevante (per un massimo di 48 punti complessivi).

Ne consegue l'illegittimità del disciplinare di gara, nella parte relativa ai criteri di attribuzione dei punteggi sub art. 14.

4.4. Ciò posto, sulla scorta delle priorità indicate dalla stessa ricorrente (a p. 13 del ricorso), si può prescindere dall'esame dei restanti motivi, dedotti in via subordinata e dal cui eventuale accoglimento la ricorrente comunque non trarrebbe nel caso di specie alcun ulteriore vantaggio (v. Cons. Stato, VI, n. 213/2008).

5. Restano da esaminare, invece, le domande concernenti l'efficacia del contratto, sottoscritto in data 28.12.2010, ed il risarcimento del

danno.

6. Quanto alla prima domanda, data in premessa la giurisdizione di questo giudice e l'immediata applicabilità dell'art. 122 del c.p.a. (sebbene il bando sia anteriore all'entrata in vigore del codice ed anche del D.lgs. 53/2010: v. Cons. St., sez. VI, n. 3759/2010), osserva il Collegio che a fronte della durata novennale del contratto la sua esecuzione è iniziata da meno di tre mesi e che le stesse parti contrattuali hanno dedotto l'ipotetico accoglimento del presente ricorso quale condizione risolutiva espressa (art. 15) del medesimo contratto. Al cospetto di tali elementi e di vizi della procedura di non secondaria importanza, reputa il Collegio che l'interesse prospettato dalla controinteressata sia recessivo e che comunque possa essere salvaguardato stabilendo che l'inefficacia del contratto decorra trascorsi tre mesi dalla pubblicazione del dispositivo della presente sentenza, facendo quindi salve sino ad allora le prestazioni già eseguite; e ciò sul presupposto che nello stesso termine di tre mesi l'Amministrazione possa utilmente rinnovare la procedura di gara, a partire dalla modifica del disciplinare sino all'aggiudicazione ed alla stipulazione di un nuovo contratto (cfr., per un precedente, Cons. St., sez. III, n. 1570/2011).

7. Quanto alla domanda risarcitoria, la riedizione della gara e la possibilità di parteciparvi con concrete possibilità di aggiudicazione, vale in larga parte ad elidere il danno lamentato dalla ricorrente, almeno per quanto attiene al lucro cessante. Residua il danno

emergente - il solo, del resto, per il quale la parte ha offerto elementi di prova, come era suo onere fare – causato dalle ingenti e documentate spese di partecipazione ad una gara inficiata da un grave errore imputabile alla stazione appaltante. Tali spese sono in questo caso risarcibili poiché quella in esame è assimilabile all'ipotesi in cui un'impresa sia stata coinvolta in trattative inutili (poiché l'intera gara è risultata viziata) e l'inutilità sia imputabile al comportamento non corretto dell'altro contraente (la stazione appaltante). Sul punto, la somma quantificata dalla ricorrente, pari ad € 122.929,80, deve peraltro essere sensibilmente ridotta, tenuto conto che, almeno in parte, quelle stesse spese potranno tornare utili al momento della riedizione della gara che verosimilmente presupporrà adempimenti simili se non addirittura identici, per i quali sarà sufficiente aggiornare e calibrare le offerte a suo tempo formulate. Sulla base di tale premesse, reputa il Collegio equo e proporzionato liquidare, a titolo di risarcimento del danno emergente, l'importo di € 30.000,00 già espresso in valori attuali, sul quale decorreranno gli interessi al saggio legale dalla pubblicazione della sentenza sino alla data del soddisfo.

7. Infine, le spese seguono la regola della soccombenza e sono poste a carico dell'Azienda ospedaliera per un importo di € 10.000,00 e a carico della controinteressata per un importo pari ad € 5.000,00, oltre in entrambi i casi al 12,5% per spese forfetariamente calcolate, ad IVA e CPA come per legge.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)
definitivamente pronunciando così provvede:

respinge il ricorso incidentale;

accoglie il ricorso principale ai sensi e con gli effetti di cui in
motivazione;

condanna l'Azienda ospedaliera e la Olicar S.p.A. a rifondere alla
ricorrente le spese e gli onorari di lite negli importi liquidati in
motivazione, oltre alla restituzione del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 marzo
2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Hadrian Simonetti, Referendario, Estensore

Mauro Gatti, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/04/2011

IL SEGRETARIO

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