



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 1993 del 2007, proposto da:
Auto Guidovie Italiane S.p.A. (AGI), rappresentata e difesa dagli
avv. Vittorio Domenichelli, Riccardo Maria Zanchetta e Stefano
Bigolaro, elettivamente domiciliata presso il secondo in Milano, via
Francesco De Sanctis, 33

contro

Società Pubblica Trasporti S.p.A., rappresentata e difesa dagli
avvocati Marco Sica e Mario Roli ed elettivamente domiciliata presso
il primo in Milano, via della Guastalla, 2

nei confronti di

Fmn S.p.A. e S.A.B. Autoservizi S.r.l., S.P.T. Linea S.r.l., S.A.B.
Autoservizi S.r.l., rappresentate e difese dagli avvocati Danilo Tassan
Mazzocco e Stefano Bombelli; elettivamente domiciliate presso il

primo in Milano, via Amedei, 8;

per l'annullamento:

della deliberazione del consiglio di amministrazione della Società Pubblica Trasporti S.p.A. del 4 giugno 2007, con la quale sono stati approvati i verbali della commissione esaminatrice relativi alla gara per la vendita di una quota di minoranza del capitale sociale;

della deliberazione della assemblea della medesima società del 7 giugno 2007 nella parte in cui è stato individuato in via definitiva nel raggruppamento costituito dalle Società FNM S.p.A. e S.A.B. Autoservizi S.r.l. il nuovo socio della SPT Linea S.r.l.;

dei verbali della Commissione di gara del 30 maggio e 31 maggio 2007 e della nota della Commissione in data 5 giugno 2007, specificante il punteggio;

della nota del 15 giugno 2007 con la quale SPT S.p.A. ha comunicato di non aver accolto l'offerta presentata dalla ricorrente;

della normativa di gara nella parte in cui prevedeva la sottoscrizione di un accordo di riservatezza contenente una clausola di preventiva rinuncia a muovere qualsiasi contestazione contro la Stazione Appaltante in relazione alla procedura di scelta del socio di minoranza;

di ogni altro atto connesso e presupposto,

nonché per la conseguente condanna della Società Pubblica Trasporti alla reintegrazione in forma specifica e al risarcimento del danno subito dalla ricorrente per effetto degli atti sopra indicati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Pubblica Trasporti S.p.A. e di FMN S.p.A. e S.A.B. Autoservizi S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio proposto dalle controinteressate FNM S.p.A. e S.A.B. Autoservizi S.r.l.

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società Pubblica Trasporti S.r.l., partecipata al 99,91% da enti pubblici, ed affidataria del servizio di trasporto pubblico locale per conto della Provincia e del Comune di Como, in data 30/11/2006 pubblicava sul quotidiano Il Sole 24 Ore e sulla Gazzetta Ufficiale della Unione Europea, un invito a manifestare interesse all'acquisto di un pacchetto di quote sociali da essa stessa emesse mediante aumento di capitale senza diritto di opzione. L'acquirente avrebbe acquisito il ruolo di socio di minoranza con una partecipazione pari al 49% .

La Società Auto Guidovie Italiane S.p.A., previa manifestazione del proprio interesse, veniva invitata a presentare un'offerta vincolante per l'acquisto della predetta partecipazione.

La Commissione di gara, operando sempre in seduta riservata, procedeva alla apertura dei plichi ed alla attribuzione dei punteggi

relativi alle offerte tecniche ed economiche.

Al termine dei lavori la Commissione individuava l'ATI composta da S.A.B. Autoservizi S.r.l. (mandataria) e FNM S.p.A. (mandante) quale soggetto che aveva presentato l'offerta complessivamente migliore totalizzando 89,56 punti. Seguivano AGI S.p.A. con 87,50 punti e l'ATI formata da STIE S.p.A. e Autostrade S.r.l. con 69,65 punti.

Con verbale della assemblea ordinaria del 7/6/2007 l'ATI capeggiata dal S.A.B. S.p.A. veniva individuata come cessionaria del 49% del capitale sociale della SPT S.r.l.

Avverso tali atti ha proposto ricorso la S.p.A. Auto Guidovie Italiane sulla base dei seguenti

MOTIVI

1) Violazione dell'art. 116 TUEL e dell'art. 1 del D.P.R. n. 533 del 1996; violazione del principio di pubblicità nella fase di apertura delle buste.

La Commissione di gara ha operato sempre in seduta riservata. E' mancata, pertanto, la pubblicità della gara sia nella fase di apertura dei plichi sia nella fase di valutazione delle offerte economiche.

2) Eccesso di potere per difetto di motivazione travisamento dei fatti, errore nei presupposti, falsa rappresentazione della realtà, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria, sviamento.

La Commissione non avrebbe potuto svolgere un istruttoria adeguata alla complessità dei piani industriali presentati dai

concorrenti nell'esiguo lasso temporale in cui si sono svolte le sue operazioni.

La Commissione, inoltre, non ha motivato i punteggi assegnati (giustificandoli solo in parte dopo la loro assegnazione) e sarebbe incorsa in evidenti incongruenze nella loro attribuzione.

Si sono costituite SPT S.p.A. e la controinteressata S.A.B. S.p.A. per resistere al ricorso. Quest'ultima ha altresì proposto ricorso incidentale.

Con sentenza n. 2065 del 5 giugno 2008 questo Tribunale ha dichiarato inammissibile il ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

La sentenza è stata tuttavia annullata dal Consiglio di Stato con la decisione n. 8376/09 della Quinta Sezione, che ha nuovamente inviato l'esame della causa al TAR Lombardia.

All'udienza dell'8 febbraio 2012, fissata per la nuova discussione sul ricorso, sentiti gli avvocati delle parti come da separato verbale, relatore Dr. Raffaello Gisondi, il Collegio ha trattenuto la controversia in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio deve preliminarmente dare atto che, con la memoria depositata il 23 gennaio 2012, Auto Guidovie Italiane ha dichiarato di non avere più interesse alla reintegrazione in forma specifica, insistendo soltanto per il risarcimento per equivalente.

Tale dichiarazione equivale ad una rinuncia alla domanda di

annullamento degli atti impugnati in quanto, a seguito della entrata in vigore del codice del processo amministrativo, la pronuncia di risarcimento del danno per equivalente non presuppone più la previa caducazione dei provvedimenti lesivi. Ove la riedizione del potere amministrativo non sia più possibile o (come accade nel caso di specie) non sia più utile per il ricorrente, il giudice deve limitarsi ad una pronuncia di accertamento della legittimità del provvedimento impugnato ai fini di un contestuale o successivo giudizio risarcitorio (art. 34 c.p.a.).

Quanto sopra consente di superare tutte le eccezioni di inammissibilità e di difetto di giurisdizione del g.a. sulla domanda reintegratoria che sono state svolte nelle memorie della Società resistente, sul presupposto che il giudice amministrativo non avrebbe alcun potere di intervento nella fase successiva all'annullamento della deliberazione con cui è avvenuta la scelta del socio privato e che, comunque, non vi sarebbe la possibilità tecnica di porre nel nulla gli atti di diritto privato con cui l'ATI capeggiata da S.A.B. ha fatto ingresso nella compagine sociale di SPT Trasporti.

La rinuncia alla domanda di reintegrazione in forma specifica comporta altresì il venir meno dell'interesse alla pronuncia sul ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

2. Nelle sue memorie finali SPT ha, tuttavia, contestato anche l'ammissibilità della domanda di risarcimento per equivalente in quanto essa, genericamente enunciata nel ricorso introduttivo,

sarebbe stata precisata solo nella memoria conclusiva depositata in vista della udienza del pubblica del 8 febbraio 2011, memoria che, insieme ai documenti prodotti, dovrebbe, in ogni caso, essere considerata tardiva in quanto depositata successivamente ai termini previsti dall'art. 73 c.p.a., non rientrando la presente controversia fra quelle a cui si applica la dimidiazione dei termini prevista dall'art. 119 del medesimo codice.

Le predette eccezioni non sono meritevoli di accoglimento.

La domanda risarcitoria è stata, infatti, proposta nel ricorso introduttivo che ne individuava l'oggetto nelle spese sostenute per la partecipazione alla gara e nella perdita della chance di conseguire l'aggiudicazione della partecipazione societaria.

Tali elementi, essendo idonei ad individuare il petitum della domanda appaiono sufficienti per ritenerne rituale la proposizione, a ciò non ostando il fatto che essa sia stata successivamente specificata ed integrata.

Il processo amministrativo, infatti, diversamente da quello civile, non conosce una autonoma fase di trattazione nella quale devono essere esattamente precisati tutti i fatti posti dalle parti a sostegno delle proprie pretese ed eccezioni ed individuato il relativo corredo probatorio. Lo svolgimento delle menzionate attività può avvenire anche nella fase che precede la discussione del ricorso, essendo consentita alle parti l'allegazione di nuovi fatti e la produzione delle relative prove fino al deposito dei documenti e delle memorie finali

(art. 73 c.p.a.).

Sicchè, l'obbligo di notifica alle controparti riguarda esclusivamente gli atti con cui vengano introdotte vere e proprie domande nuove (art. 43 c.p.a.), ma non anche le memorie con cui le istanze precedentemente formulate vengano integrate e specificate.

Infondata è anche la tesi secondo cui alle controversie attinenti alle procedure di scelta del socio non sarebbe applicabile il rito abbreviato previsto dall'art. 119 del c.p.a.

Invero, a parte il fatto – messo in evidenza anche dalla sentenza del Consiglio di Stato che ha rimesso la vicenda a questo Tribunale - che nei casi in cui la scelta del socio privato sia finalizzata alla costituzione di un rapporto di partenariato, la relativa procedura è in toto assimilabile a quella di affidamento di un servizio pubblico (le cui controversie rientrano de plano nell'art. 120 del c.p.a.), occorre altresì osservare che in base alla lettera “c” del comma 1 dell'art. 119 c.p.a. il rito abbreviato è altresì applicabile ai giudizi vertenti su provvedimenti che abbiano ad oggetto la costituzione, la modificazione o la soppressione di società da parte degli enti locali, fra le quali rientrano anche quelle relative alla scelta del socio privato (come ha affermato Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2005, n. 2586 in relazione all'art. 23 bis della L. 1034 del 1971 di cui l'art. 119 del c.p.a. ha recepito i contenuti).

L'applicazione del rito abbreviato non può nemmeno escludersi in relazione alla domanda risarcitoria. Infatti, la giurisprudenza citata

dalla Società resistente ritiene che debba applicarsi il rito ordinario soltanto nei casi in cui l'azione risarcitoria venga proposta autonomamente, mentre, nella specie, la predetta domanda era stata originariamente proposta congiuntamente a quella di annullamento degli atti della gara. Sicchè il rito applicabile al giudizio non poteva essere che quello abbreviato.

3. Del tutto infondata è poi l'eccezione di inammissibilità della domanda risarcitoria per il fatto che Auto Guidovie nell'accordo sulla riservatezza sottoscritto prima della gara avrebbe rinunciato a sollevare qualsiasi contestazione nei confronti di SPT. S.p.A.

E' pacifico, infatti che nessuna acquiescenza o rinuncia preventiva alla tutela giurisdizionale (anche risarcitoria) dell'interesse legittimo, quando lo strumento di tutela non è ancora azionabile per mancanza dell'attualità della lesione (Cons. di Stato, VI, 5583 del 2009; V n. 6678 del 2006; V, n. 901 del 2008).

4. Venendo all'esame del merito del ricorso il Collegio deve rilevare la fondatezza della prima censura con cui la ricorrente denuncia la violazione del principio di pubblicità delle operazioni di gara relative alla apertura dei plichi ed alla valutazione delle offerte economiche.

La Società resistente afferma che tale principio non potrebbe applicarsi al caso di specie in quanto la gara bandita da SPT sarebbe governata dalle specialissime norme di cui alla L. 474/94 che disciplinano la dismissione e la privatizzazione delle società controllate dallo Stato e dagli enti pubblici.

Il Collegio non condivide, tuttavia, tale impostazione.

La legge invocata dalla Società resistente si riferisce, infatti, alle privatizzazioni tipiche della fase in cui lo Stato ha inteso addivenire ad una dismissione dei propri assets societari, attraverso i quali era direttamente presente in vasti ambiti dell'economia nazionale (attinenti anche a servizi pubblici essenziali) assumendo, contestualmente, il ruolo di regolatore mediante apposite authorities.

Di tutt'altra natura è l'operazione compiuta nel caso di specie da SPT S.p.A., la quale non si esaurisce in una mera dismissione di quote societarie, ma è diretta a costituire una partnership fra gli enti pubblici titolari del servizio di trasporto pubblico locale e l'imprenditoria privata il cui apporto non è limitato al mero acquisto di quote del capitale sociale, ma è finalizzato alla gestione del servizio di trasporto, come dimostra il fatto che le offerte dei candidati sono state valutate anche in relazione al piano industriale che essi erano tenuti a presentare.

Trattandosi di una gara volta alla costituzione di un cd. "partenariato istituzionale" deve applicarsi ad essa il D.P.R. 533 del 1996 che, appunto, disciplina le procedure di gara per la scelta del socio privato nelle società miste, a nulla rilevando che, sotto il profilo privatistico, l'ingresso del socio industriale nella compagine sociale sia avvenuto mediante aumento di capitale senza diritto di opzione, anziché attraverso la cessione diretta di quote da parte degli enti pubblici controllanti. Infatti, ciò che importa, ai fini della individuazione della

disciplina applicabile alla gara, è la sostanza dell'operazione che si è inteso realizzare (partenariato) e non gli strumenti tecnici con cui essa è stata attuata.

Chiarito ciò è sufficiente osservare che, giusto il rinvio compiuto dall'art. 1 comma 4 del citato D.P.R. al D.Lgs 157 del 1995, alle gare per la scelta del socio privato devono applicarsi tutti i principi e le norme che riguardano gli appalti di servizi affidati da amministrazioni aggiudicatrici, fra cui, chiaramente, anche il principio di pubblicità delle operazioni di gara.

La Società resistente afferma, tuttavia, che la cogenza di tale principio non sussisterebbe per gli appalti di servizi rientranti, come quello di trasporto, nell'ambito del cd. "settori esclusi".

Il Collegio non ignora che tale tesi è accolta da un cospicuo orientamento giurisprudenziale fatto proprio anche dal Consiglio di Stato.

Tuttavia, di recente, il giudice amministrativo d'appello, ha mutato avviso affermando che "la circostanza per cui, nei settori speciali, l'art. 226, d.lg. n. 163 del 2006, il quale stabilisce i contenuti dell'invito a presentare offerte o a negoziare, non prevede alcuna forma di pubblicità delle sedute, non esclude il rispetto del principio di pubblicità, atteso che la ratio ispiratrice della pubblicità delle sedute di gara è comune in ogni procedura concorsuale di scelta del contraente relativa a qualsiasi contratto pubblico di lavori, servizi e forniture ed è rivolta a tutelare le esigenze di trasparenza e

imparzialità che devono guidare l'attività amministrativa e che caratterizzano tutta la disciplina dell'evidenza pubblica” (Consiglio di Stato sez. V, 5 ottobre 2011, n. 5454; Consiglio Stato sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).

Si tratta di affermazioni che il Collegio ritiene di far proprie anche alla luce della recente sentenza della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 2011, la quale ha ribadito la rilevanza generale della regola della pubblicità delle operazioni di gara ricollegandola al principio comunitario di trasparenza ed a quello di imparzialità delle pubbliche amministrazioni sancito dall'art. 97 Cost.

Sicchè, deve oramai affermarsi che l'esigenza di consentire ai rappresentanti delle ditte offerenti il controllo delle operazioni di gara nel momento della apertura delle buste (relative anche all'offerta tecnica) e dell'esame dell'offerta economica costituisca una regola base di ogni procedura di gara ad evidenza pubblica che non può più soffrire eccezioni di sorta.

4. Anche la terza censura con la quale la ricorrente lamenta l'insufficiente motivazione dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche è da ritenersi fondata (ciò comportando l'assorbimento del secondo motivo di ricorso).

Sul punto occorre ricordare che nella valutazione della componente tecnica dell'offerta economicamente più vantaggiosa da parte di una commissione di gara, l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica è consentita quando il numero delle sottovoci, con i relativi

punteggi, entro i quali ripartire i parametri di valutazione di cui alle singole voci, sia sufficientemente analitico da delimitare il giudizio della commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, rendendo così evidente l'iter logico seguito nel valutare i singoli progetti sotto il profilo tecnico, in applicazione di puntuali criteri predeterminati, essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione del punteggio attribuito (cfr., tra le più recenti, Cons. Stato, III, 11 marzo 2011, n. 1583; V, 3 dicembre 2010 n. 8410 e 29 dicembre 2009, n. 8833).

Nel caso di specie il disciplinare di gara assegnava alla valutazione della offerta tecnica un massimo di 40 punti di cui 10 attribuiti al business plan, 10 al piano organizzativo e 20 al progetto di riorganizzazione del servizio.

Per l'attribuzione dei predetti punteggi la legge di gara prevedeva criteri alquanto elastici, come le “politiche tariffarie che nel rispetto della legislazione vigente favoriscano l'espansione del trasporto locale”, le “strategie per favorire il progressivo incremento dei passeggeri”, “le strategie finalizzate allo sviluppo di attività complementari alla mobilità con particolare riferimento a quelle di valorizzazione commerciale”.

Il disciplinare prevedeva altresì alcuni sottocriteri utili ad orientare il giudizio della Commissione sancendo, ad esempio, che in relazione al criterio delle politiche tariffarie due punti avrebbero dovuto essere preferenzialmente assegnati ai piani che privilegino l'uso

dell'abbonamento e delle tariffe integrate ed altri due punti avrebbero dovuto essere assegnati con preferenza per i piani che favoriscano la massima integrazione modale e tariffaria; per le strategie volte al favorire l'incremento di passeggeri due punti avrebbero dovuto essere preferenzialmente assegnati ai modelli che prevedono proposte di massima e linee guida per l'integrazione di più servizi di mobilità (car sharing, servizi a chiamata), e così via.

Tuttavia, come è facilmente constatabile, la traduzione dei predetti criteri e sottocriteri in punteggi non costituiva un'operazione automatica, richiedendo un preventivo esame dei progetti ed un apprezzamento delle rispettive caratteristiche in relazione a ciascun parametro e sottoparametro previsto dal disciplinare.

Dai verbali delle operazioni di gara nulla si evince in ordine alle modalità con cui tale istruttoria è stata svolta.

Nella seduta del 30/5/2007 la Commissione dopo aver premesso che “i punteggi previsti per le singole categorie presuppongono la valutazione in un ambito di discrezionalità contenuto entro i limiti della cifra massima espressa, “senza automatismi”, si è limitata ad attribuire un punteggio numerico per ognuno dei tre elaborati di cui si componeva l'offerta tecnica, senza nemmeno applicare i sottocriteri stabiliti dal disciplinare né, tantomeno, indicare gli elementi progettuali presi in considerazione nella formulazione dei suoi giudizi.

Soltanto più tardi i commissari, resisi, evidentemente, conto della

estrema sinteticità di tale valutazione, hanno predisposto delle griglie attribuendo, questa volta, singoli sub punteggi per ciascun sottocriterio previsto dal disciplinare, e, evidenziando, altresì gli elementi presi in considerazione per l'attribuzione di "alcuni" di essi. Tutto ciò è, però, avvenuto dopo la chiusura delle operazioni di gara in occasione dell'assemblea con cui SPT ha definitivamente individuato nel raggruppamento capeggiato da S.A.B. S.p.A. il socio di minoranza.

Sicché, ancorchè le dichiarazioni rese in quella sede dai commissari siano state poi riportate in calce ai verbali di gara, quasi a volerne rappresentare una ideale prosecuzione, in realtà esse devono ritenersi del tutto estranee alla procedura di evidenza pubblica.

Infatti, anche a voler ammettere che la Commissione potesse specificare la motivazione dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica dopo la definitiva chiusura delle operazioni (in senso contrario T.A.R. Pescara Abruzzo Sez. I, 19 marzo 2009, n. 172; T.A.R. Lazio, Sez. Latina, 10 gennaio 2008, n. 28), per fare ciò essa avrebbe dovuto nuovamente riunirsi in seduta riservata, riaprendo i verbali di gara e non certo partecipare all'assemblea dei soci dell'Amministrazione aggiudicatrice.

Ma anche ove si voglia sorvolare sui predetti rilievi (di per sé decisivi), rimane comunque il fatto che la avvenuta specificazione dei punteggi da parte dei commissari in sede di assemblea della SPT non vale comunque a chiarire l'iter logico da essi seguito nella valutazione

degli elaborati progettuali.

Solo in alcuni casi, infatti, sono stati evidenziati gli elementi progettuali valorizzati al fine della attribuzione dei sotto punteggi, e, nella maggior parte delle volte, la giustificazione è stata data attraverso espressioni ellittiche costituenti mere parafrasi dei sottocriteri già indicati nel disciplinare.

Sicché anche dalla lettura delle dichiarazioni rese dai commissari nel corso dell'assemblea della Società non è possibile comprendere le ragioni per le quali il progetto di S.A.B. sia stato preferito a quello di AGI.

5. Venendo all'esame della domanda risarcitoria, il Collegio deve innanzitutto rilevare che la sussistenza del requisito della colpa non può essere messo in dubbio, atteso che nel corso delle operazioni di gara sono state violate elementari regole di trasparenza e pubblicità che sicuramente valgono a connotare come colposa la condotta di SPT; e ciò soprattutto con riguardo alla mancata applicazione dei sottocriteri previsti dalla *lex specialis* in sede di attribuzione dei punteggi.

Sotto il profilo oggettivo occorre dare atto che le rilevate illegittimità dei provvedimenti impugnati, avendo carattere formale, non sono sufficienti a configurare la lesione di un bene della vita risarcibile.

In base agli orientamenti giurisprudenziali più accreditati, infatti, nelle ipotesi in cui le illegittimità riscontrate avrebbero comportato la ripetizione della procedura, non è risarcibile per equivalente il

semplice interesse strumentale posto alla base della domanda di annullamento, occorrendo, invece che l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa abbia impedito al privato di conseguire il bene finale a cui esso aspirava o quantomeno lo abbia privato di una significativa probabilità di ottenerlo.

In quest'ultimo caso ad essere risarcita è la cd. perdita della chance quale bene patrimoniale distinto dal bene finale che si ritiene comunemente suscettibile di autonoma valutazione sotto il profilo giuridico ed economico.

La prova della perdita della chance non è, peraltro, ancorata alla dimostrazione di una percentuale di probabilità di successo, essendo sufficiente che il danneggiato dimostri, anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegare, che, qualora la selezione fra i concorrenti si fosse svolta in modo corretto, vi sarebbe stata una ragionevole probabilità di successo e provi, conseguentemente, la realizzazione in concreto almeno di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita della quale il danno risarcibile deve essere conseguenza immediata e diretta (fra le tante Cons. Stato Sez. VI, 3 novembre 2010. n. 7744).

La giurisprudenza ha talvolta individuato come indice della sussistenza di una concreta chance di successo il fatto che il ricorrente si sia classificato al secondo posto conseguendo un punteggio assai prossimo a quello attribuito all'impresa

aggiudicataria, oppure la circostanza che alla gara abbiano partecipato un numero ristretto di imprese (riconoscendo in tal caso al concorrente leso una percentuale di successo proporzionale al numero dei concorrenti ammessi).

Tali metodi di prova della chance sono, tuttavia, di recente stati censurati dalla Corte di Cassazione la quale ha stabilito che il giudice, a tal fine, non può accontentarsi di un dato meramente statistico che parifichi astrattamente le posizioni di tutti i candidati, ma deve apprezzare in concreto ogni elemento di valutazione e di prova dei titoli da essi posseduti al fine di verificare quali fossero, in concreto, le probabilità che ciascuno aveva di conseguire la vittoria (Cassazione civile sez. lav. 3 marzo 2010 n. 5119; in termini analoghi Cons. Stato, VI, 7744/2010 cit.; in senso meno rigoroso si veda, tuttavia, Cons. Stato Sez. VI, 16/9/2011 n. 5168).

Il Collegio, condividendo tale orientamento, ritiene, tuttavia, che gli elementi offerti dalla ricorrente nel terzo motivo di ricorso (anche) al fine di dimostrare la sussistenza di una concreta probabilità di una più favorevole valutazione della propria offerta tecnica richiedano il previo esperimento di una CTU che, alla luce di un esame delle offerte tecniche presentate da S.A.B. ed AGI, accerti se, alla luce dei criteri e sotto criteri stabiliti dal disciplinare di gara, il progetto della società ricorrente possedesse caratteristiche tali da poter essere equiparato a quello presentato dalla Società vincitrice ed avesse, quindi, astrattamente, le medesime probabilità di essere

prescelto.

Il ricorso deve essere, quindi, accolto con sentenza non definitiva per quanto riguarda la declaratoria di illegittimità degli atti impugnati, mentre la pronuncia definitiva sulla domanda risarcitoria e sulla condanna alle spese di lite è rinviata all'esperimento della CTU che verrà disposto con separata ordinanza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione I di Milano, non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara la illegittimità degli atti impugnati per le ragioni di cui in motivazione. Rinvia la pronuncia sulle spese alla sentenza definitiva.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario, Estensore

Alberto Di Mario, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/02/2012

IL SEGRETARIO

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