



REPUBBLICA ITALIANA

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 439 del 2012, proposto da:

Locanda Botticelli di Cassano Giuseppe & C. S.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Annunziato Filieri, Cinzia Anna Rizzo, con domicilio eletto presso l'avv.to Annunziato Filieri in Torino, corso Ferrucci, 46;

***contro***

Fondazione Cascina Roccafranca, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv.to Emiliano Riba, con domicilio eletto presso l'avv.to Emiliano Riba in Torino, via Pietro Micca, 9;

***nei confronti di***

Borgomanero Guido, titolare della Ditta La Piola, rappresentato e difeso dall'avv.to Gianluca Garaffo, con domicilio eletto presso T.A.R. Piemonte Segreteria in Torino, corso Stati Uniti, 45;

***per l'annullamento***

del provvedimento della Fondazione Cascina Roccafranca di cui alla lettera del 7.3.2012, comunicata successivamente, di aggiudicazione definitiva della gestione del punto di ristorazione all'interno della cascina Roccafranca di Torino, alla ditta La Piola di Guido Borgomanero;

per l'annullamento

dei verbali della commissione giudicatrice nella parte in cui la ditta La Piola viene ammessa alla gara e viene attribuito un punteggio;

nonchè

di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali alla procedura in oggetto;

nonchè

per il risarcimento dei danno

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Cascina Roccafranca e della ditta La Piola di Borgomanero Guido;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2012 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Parte ricorrente ha impugnato gli atti in epigrafe deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1)Violazione del principio di affidamento al corretto svolgimento della selezione. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione e dell'art. 4 del capitolato speciale. Contesta parte ricorrente che, al momento di scadenza del termine utile per presentare l'offerta (27.2.2012), il controinteressato non avrebbe potuto partecipare alla selezione, perché privo del requisito prescritto dall'art. 4 del capitolato ("essere ditta individuale o persona giuridica").

2)Eccesso di potere nelle figure sintomatiche della discriminazione tra i candidati ed ingiustizia manifesta; violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione ed art. 4 lett. j) del capitolato speciale. Contesta parte ricorrente la mancanza dei requisiti curriculari in capo al controinteressato.

3)Violazione art. 4 del capitolato speciale. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta ed illogicità dell'azione amministrativa. Contesta parte ricorrente la commistione di ruoli svolti dal controinteressato nell'ambito della vecchia e della nuova gestione dei locali oggetto del contestato affidamento.

4)Eccesso di potere nelle figure sintomatiche della discriminazione tra i concorrenti alla selezione ed ingiustizia manifesta; violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione e art. 4 del capitolato speciale. Contesta parte ricorrente che le prescrizioni di cui all'art. 4 busta A lett. j) creino una discriminazione tra concorrenti.

Si è costituita la Fondazione resistente preliminarmente eccependo il difetto di giurisdizione del GA, nonché la tardività del ricorso. Nel merito la Fondazione ha contestato che sia individuabile un discrimine tra "ditta individuale" e "persona fisica" del suo titolare, rilevando che, comunque, a tal fine non sarebbe dirimente l'iscrizione nel registro delle imprese; ha contestato altresì la rilevanza di eventuali legami tra l'aggiudicatario e la società che, in precedenza, ha gestito il locale. Si è costituito il controinteressato, spiegando analoghe eccezioni preliminari e ulteriormente contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso.

Alla camera di consiglio del 17.5.2012 l'istanza cautelare è stata accolta.

Con separate ordinanze n. 3208/12 e 3125/12 del 9.8.2012 la sezione VI del Consiglio di Stato ha respinto gli appelli proposti avverso il provvedimento cautelare rispettivamente dalla Fondazione Cascina Roccafranca e dal controinteressato.

All'udienza del 4.10.2011 la causa è stata discussa e decisa nel merito.

#### DIRITTO

Deve essere respinta la preliminare eccezione di difetto di giurisdizione del GA mossa dalle parti resistente e controinteressata.

L'eccezione, già espressamente disattesa anche dal giudice d'appello, si fonda sull'assunto che la Fondazione Cascina Roccafranca non sarebbe soggetta, nella scelta dei propri contraenti, a seguire canoni e procedure di evidenza pubblica. Solo per ragioni di opportunità e trasparenza e del tutto "spontaneamente", la Fondazione avrebbe nel concreto utilizzato la contestata procedura di selezione; tanto comporterebbe la natura "privatistica" della scelta, con connessa giurisdizione del GO.

La Fondazione, in particolare, sarebbe priva del requisito della personalità giuridica, prescritto ai fini dell'inquadramento dell'istituzione resistente quale "organismo di diritto pubblico" ai sensi del diritto nazionale e dell'Unione Europea.

Al fine di replicare all'eccezione pare al collegio necessaria una breve premessa di inquadramento in relazione alla natura giuridica della Fondazione resistente.

Come si evince dallo Statuto della Fondazione, quest'ultima è una "fondazione di partecipazione", ossia uno dei quei soggetti di diritto privato disciplinati dal libro I del codice civile ed inquadrati dalla dottrina e della giurisprudenza, ai sensi dell'abrogato art. 12 c.c., quali "altri istituti di diritto privato". Questa tipologia di istituzione si presenta particolarmente idonea a realizzare forme di partenariato pubblico privato istituzionale (PPI) nell'ambito di attività principalmente sociali e culturali, strutturalmente estranee alle finalità commerciali in senso stretto proprie delle società, ancorchè necessitanti finanziamenti, o comunque suscettibili di essere agevolate dall'apporto, sia creativo che finanziario, di privati. La fondazione di partecipazione, benché strutturalmente atipica, presenta di norma alcune caratteristiche proprie della fondazione in senso tradizionale (in particolare la dotazione di un elemento patrimoniale iniziale), combinate con alcune caratteristiche delle associazioni (in particolare la dinamicità dell'elemento personale, in quanto aperta all'adesione di nuovi soggetti pubblici o del cosiddetto "terzo settore", di tempo in tempo interessati a parteciparvi per contribuire allo sviluppo del fine attribuito statutariamente). Ne discende che il perseguimento di finalità non industriali né commerciali, caratteristico dell'organismo di diritto pubblico, emerge dallo stesso DNA della fondazione di partecipazione. Queste caratteristiche trovano tutte riscontro nello statuto della Fondazione resistente: si vedano in particolare l'art. 2 dello statuto per la finalità di promozione sociale senza scopo di lucro, l'art. 3 dello statuto per la dotazione patrimoniale iniziale, l'art. 8 dello statuto per la possibilità di successiva adesione di nuovi partecipanti

Contesta tuttavia parte resistente di essere priva di personalità giuridica in senso stretto; in quanto fondazione atipica, e non avendo richiesto il riconoscimento giuridico, essa mancherebbe di uno dei requisiti prescritto dall'ordinamento per la soggezione all'obbligo di evidenza pubblica.

L'eccezione risulta destituita di fondamento per una duplice ragione.

Innanzitutto il concetto di "personalità giuridica" prescritto dal diritto comunitario, e recepito dal nostro ordinamento nel particolare settore dei contratti pubblici, integra un requisito di "soggettività", intesa come autonoma capacità di essere centro di imputazione giuridica di rapporti, e non equivale al rigoroso concetto di "personalità giuridica" sotteso all'eccezione formulata, che evidentemente lo interpreta quale "possesso di autonomia patrimoniale perfetta", propria di alcune forme di personalità giuridica previste dal nostro ordinamento. Occorre infatti ricordare che i principi comunitari devono trovare applicazione in una pluralità di ordinamenti nazionali, che scontano forme di disciplina varie della soggettività giuridica di diritto privato e che il diritto dell'unione europea ha subito una evoluzione dell'inquadramento dei soggetti tenuti ad obblighi di evidenza pubblica, dapprima elencati tipologicamente e quindi, proprio per scongiurare inadeguati recepimenti della disciplina comunitaria o vuoti normativi, definiti nei loro fini e nelle loro caratteristiche sostanziali, prescindendo da puntuali inquadramenti formali (dunque secondo criteri funzionali e non tipologici). Al proposito la Corte di Giustizia ha più volte chiarito che: "alla luce del duplice scopo di promozione della concorrenza e della trasparenza perseguito dalle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, alla nozione di «organismo di diritto pubblico» deve essere data un'interpretazione funzionale (v., in particolare, sentenze I o febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, punti 41-43, e 12 dicembre 2002, causa C-470/99, Universale Bau e a., punti 51-53). La Corte ha anche precisato che, rispetto a tale duplice scopo, la nozione di «organismo di diritto pubblico» deve essere interpretata estensivamente (sentenza 27 febbraio 2003, causa C-373/00, Adolf Truley, punto 43)." Ancora la Corte ha ribadito che: "seguendo una giurisprudenza costante, si è limitata a verificare se tali organismi soddisfacessero le tre condizioni cumulative di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, delle direttive

92/50, 93/36 e 93/37, ritenendo indifferente a tal fine la forma di costituzione degli organismi interessati” (Corte di giustizia 15.5.2003 in causa C-214/00).

Sulla “soggettività giuridica” della resistente in senso lato e funzionalmente intesa *nulla quaestio*; tanto risulterebbe sufficiente a ritenerla soggetta ad obblighi di evidenza pubblica.

Inoltre, nel caso di specie, parte resistente sconta una anomalia giuridica, frutto di una irregolarità dalla medesima indotta, irregolarità che la fondazione pretenderebbe in questa sede di invocare per sottrarsi ad ulteriori obblighi di legge. E’ pacifico in giurisprudenza e dottrina che la “fondazione di partecipazione” sia dotata di personalità giuridica in senso stretto; per altro lo statuto della Fondazione resistente all’art. 20 prodotto in atti (doc. 2 di parte controinteressata) imponeva specificatamente quanto segue: “il Presidente richiederà il riconoscimento della Fondazione ex art. 1 D.P.R. 361 del 2000. Per quanto non previsto dal presente Statuto si applicano le norme del codice civile e le disposizioni di legge dettata in tema di fondazioni private riconosciute”. Conformemente al tipo di istituzione prescelto, pertanto, risulta statutariamente prevista l’applicazione della disciplina delle fondazioni riconosciute e la formale richiesta di riconoscimento è indicata, sempre nello statuto, come doverosa. Anche la disposizione statutaria, pertanto, ulteriormente suffraga l’assunto che la Fondazione fosse tenuta all’evidenza pubblica. In fatto la formale richiesta di riconoscimento è un adempimento che, per stessa ammissione della Fondazione, è stato irregolarmente omissso, circostanza tanto più grave se si considera che l’omesso riconoscimento potrebbe indurre, nei rapporti patrimoniali con i terzi, il tentativo di qualificare l’ente come ente di fatto (a prescindere dall’ulteriore questione, controversa in dottrina, se e in che forma sia configurabile una “fondazione di fatto”), privo di autonomia patrimoniale perfetta (e non certo di soggettività), con potenziale rischio di rivendicazioni economiche direttamente in capo ai Fondatori e Partecipanti che hanno di volta in volta operato in nome e per conto della medesima, tra i quali soggetti pubblici quale il Comune di Torino.

Non vi è allora dubbio che, per scoraggiare pratiche elusive idonee anche a ingenerare una responsabilità a livello comunitario, innanzitutto “il requisito della personalità giuridica, è ravvisabile alla luce dell’interpretazione estensiva fornita, in conformità al principio dell’effetto utile, dalla giurisprudenza comunitaria che valorizza all’uopo la sussistenza di una soggettività giuridica in senso lato, anche di matrice privatistica.” (Cons. St. sez. V 7393/2010) e in ogni caso irregolarità gestionali causate dalla stessa istituzione non possono incidere sul regime giuridico applicabile ai suoi affidamenti contrattuali.

Sempre dallo Statuto si ricavano infine precise prerogative di controllo e indirizzo sulla Fondazione in capo al Partecipante pubblico, oltre ad un precipuo finanziamento pubblico (in buona parte di provenienza da fondi comunitari), sicchè non è neppure contestata la sussistenza del requisito della prevalente influenza pubblica.

L’eccezione di difetto di giurisdizione deve quindi essere disattesa, poiché la Fondazione resistente presenta tutti i crismi dell’organismo di diritto pubblico, ed era quindi tenuta ad obblighi di evidenza pubblica; né ha a tal fine rilievo alcuno lo specifico settore di operatività oggetto della concessione (ristorazione) che non esclude *tout court* la pervasività dei principi comunitari di evidenza pubblica (*in primis*, evidentemente, l’obbligo di indire una gara) ma al limite attenua l’applicabilità di singole disposizioni del codice dei contratti pubblici.

Sempre preliminarmente parte resistente ha eccepito la tardività del ricorso, deducendo che, poiché un rappresentante della ricorrente ha presenziato alla seduta del 2.3.2012 (cfr. doc. 4 di parte resistente), seduta in cui è stato provvisoriamente individuato come affidatario il controinteressato, i termini di impugnazione devono farsi decorrere per la ricorrente da quel momento, con conseguente tardività del ricorso. L’eccezione è pretestuosa considerato che, a prescindere dal ruolo e dai poteri del rappresentante della ricorrente in quella sede, nella seduta indicata, pur essendo stato individuato il vincitore, non è neppure stato formato un provvedimento di aggiudicazione definitiva, avendo la Commissione giudicatrice per di più precisato a verbale che “gli interessati

potranno richiedere l'accesso agli atti della procedura a seguito dell'approvazione del provvedimento di affidamento da parte del Consiglio direttivo"; è seguito infatti il provvedimento impugnato, datato 7.3.2012, e prodotto sub. doc. 1 di parte resistente, nel quale nuovamente si è esplicitato che "la presente costituisce comunicazione conclusiva del procedimento nei vostri confronti".

In conclusione parte resistente pretenderebbe di far decorrere i termini di impugnativa da un momento precedente la formazione del provvedimento definitivo impugnabile.

In subordine la tardività del ricorso viene eccepita sull'assunto che, in data 8.3.2012, il provvedimento conclusivo del 7.3.2012, anticipato a mezzo posta elettronica non certificata, sarebbe stato letto dalla ricorrente. Sul punto non può che evidenziarsi che è preciso onere della parte che eccepisce la tardività provare il *dies a quo* della piena conoscenza dal quale intende far decorrere i termini di impugnativa e, sul punto, non vi è alcuna prova in atti prodotta da parte resistente che attesti suddetta piena conoscenza in data 8.3.2012; la circostanza resta quindi mera allegazione della memoria difensiva. Per altro risulta altresì corretta l'ulteriore replica di parte ricorrente che ha evidenziato che, anche a voler fissare il *dies a quo* dell'impugnativa in data 8.3.2012, il termine per impugnare sarebbe venuto a scadere nei giorni festivi di Pasqua, con connessa proroga al primo giorno successivo non festivo, coincidente con il 10.4, data, appunto, di richiesta di notificazione del ricorso.

Le eccezioni preliminari devono quindi essere complessivamente respinte.

Nel merito il fulcro della vicenda ruota intorno alla sussistenza o meno in capo al controinteressato affidatario dei requisiti di qualificazione prescritti dalla legge di gara.

Preliminarmente occorre precisare che non ha alcun rilievo, neppure ai fini del merito, la già menzionata riconducibilità del servizio per cui è causa ai cosiddetti servizi esclusi poiché, nel caso di specie, non si contesta la violazione di singole disposizioni del codice dei contratti ma, in tesi, della stessa legge di gara che la Fondazione si è data. E' infatti ovvio che, fermo il già analizzato obbligo di evidenza pubblica in termini generali, l'affidante, dopo aver dettato le regole di gara, non può disattenderle in ragione dei principi di imparzialità e trasparenza.

Si legge inequivocabilmente nel capitolato speciale di gara, al punto 4, che la selezione è aperta a "ditte individuali o persone giuridiche (società di persone, cooperative, associazioni con attività commerciale; società di capitali), singolarmente o raggruppate" e, sempre al punto 4, nella parte in cui si descrive il contenuto della lettera B, destinata a contenere l'offerta tecnica, si prescrive che quest'ultima dovrà essere corredata dei seguenti documenti "curriculum dettagliato "della ditta" con particolare attenzione alle attività di gestione di esercizi di somministrazione di alimenti e bevande ed alle eventuali attività collaterali svolte nell'ultimo biennio, il curriculum del personale impiegato...".

Contesta parte ricorrente che la ditta controinteressata fosse in radice priva delle caratteristiche di impresa (in forma individuale o societaria) prescritte ai fini della partecipazione alla gara, evidenziando che la ditta "la Piola di Guido Borgomanero", risultata aggiudicataria, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (27.2.2012), non era neppure esistente, essendo stata iscritta alla camera di commercio di Torino, per altro come ditta "inattiva", solo in data 8.3.2012, cioè successivamente all'affidamento, e previa individuazione della sede legale nei locali della cascina Roccafranca, cioè nei locali concessi in gestione dalla Fondazione.

La circostanza è documentale, cfr. doc. 7 parte ricorrente.

Né, come contestato in ricorso, vi è prova in atti della sussistenza in capo all'affidatario di qualsivoglia esercizio di attività di impresa antecedente l'affidamento della concessione per cui è causa. Replicano le controparti che l'iscrizione alla camera di commercio non ha alcuna valenza costitutiva ai fini della sussistenza di una attività di impresa; l'affermazione è giuridicamente corretta ma non elide il problematico dato di fatto che una "ditta" resta pur sempre una attività di impresa, esercitata in forma individuale, non omologabile a prestazioni, sempre

individuali, di potenziale tutt'altra natura (basti pensare al lavoro subordinato o alla collaborazione "a progetto"), perché prive del caratteristico rischio di impresa. Di tale contestato esercizio di attività di impresa da parte della ditta aggiudicataria non vi è alcun elemento di prova in atti, se non successivamente all'aggiudicazione. Parte resistente e controinteressata, infatti non hanno prodotto e ancor prima allegato alcun elemento a prova di un esercizio di attività di impresa da parte della ditta La Piola di Borgomanero Guido in epoche pregresse o in sede diversa da quella della cascina Roccafranca. Si legge negli atti che Borgomanero Guido, come individuo, già in precedenza esercitava la propria attività di cuoco presso i medesimi locali, senza che in alcun punto delle memorie difensive sia mai attribuita una qualificazione giuridica di qualsivoglia natura a tale esercizio di attività. E' però ovvio che, ai sensi della legge di gara, attività individuali difformi da quella di impresa, richiesta anche nella forma di "ditta" (per definizione nome commerciale dell'imprenditore), non potevano essere utilmente spese ai fini della partecipazione; ove ciò non fosse di per sé evidente dall'invito a partecipare di "ditte" si evince, dallo stesso punto 4 del capitolato speciale, che, a fini curriculari, occorreva esibire un *curriculum* della "ditta", chiaramente distinto dal *curriculum* del personale addetto. Gli unici elementi in atti che consentirebbero di ascrivere alla controinteressata un esercizio di attività di impresa sono appunto l'iscrizione alla camera di commercio, di cui già si è detto, e l'attribuzione della partita IVA, avvenuta a fine 2011, circostanza che di per sé non dimostra un effettivo esercizio di attività imprenditoriale e, per contro, suffraga la tesi di parte ricorrente secondo cui, in ogni caso, la ditta aggiudicataria non avrebbe potuto spendere un *curriculum* biennale di attività, posto che, al più, l'attribuzione della partita IVA risale a pochi mesi prima della partecipazione alla gara (cfr. doc. 10-11 di parte controinteressata). Nessun altro documento idoneo a comprovare una attività imprenditoriale è stato prodotto in giudizio (emissione di fatture, pagamento di imposte, contratti stipulati ecc.).

Ne consegue la fondatezza delle censure di cui al ricorso sia sotto il profilo della mancanza dei prescritti requisiti soggettivi di partecipazione (prima censura), sia sotto il profilo dell'assenza dei prescritti requisiti curriculari relativi ad un biennio di attività (seconda censura).

La domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati deve quindi essere accolta per le esposte assorbenti ragioni.

Parte ricorrente ha formulato anche domanda risarcitoria, con particolare insistenza in relazione all'interesse a conseguire l'aggiudicazione.

All'udienza di discussione le parti resistenti e controinteressata hanno dato genericamente atto dell'intervenuta stipulazione del contratto "nell'imminenza dell'aggiudicazione". Di tale stipulazione non vi è documentazione in atti e non è dunque dato comprendere neppure la sua esatta tempistica, ai fini di stabilire se si verta in una delle fattispecie di cui all'art. 121 (violazione dello *stand still*) o 122 (altre violazioni) del codice del processo amministrativo. Anche ammettendo che sia applicabile la meno severa delle due disposizioni ritiene tuttavia il collegio che, nel caso di specie, ricorrano tutti i presupposti per una declaratoria di inefficacia del contratto *ex tunc*. L'amministrazione è stata edotta, ai sensi dell'art. 243 bis del d.lgs. n. 163/2006, delle puntuali contestazioni circa la legittimazione a partecipare alla gara da parte del controinteressato; il ricorso è stato tempestivamente proposto e l'istanza cautelare in primo grado accolta. In seguito due differenti pronunce del Consiglio di Stato hanno confermato la statuizione di primo grado nel senso di ritenere illegittimo l'affidamento; infine il tipo di servizio affidato (gestione di un ristorante) non presentava alcun carattere di essenzialità o ineludibili esigenze di indifferibilità che non consentissero una minima prudente attesa, ai fini dell'individuazione di un contraente legittimato, tanto più a fronte di tre pronunciamenti negativi del giudice amministrativo.

L'inefficacia del contratto non può dunque che essere pronunciata *ex tunc*, stante il perseverare deliberato e non necessitato da parte della Fondazione resistente in scelte contrastanti con le regole dell'evidenza pubblica.

Ai fini di una sostanziale tutela dei propri interessi parte ricorrente ha evidenziato che solo il conseguimento effettivo del contratto può soddisfare le sue ragioni.

In termini generali il vigente sistema di giustizia amministrativa ha subito una significativa evoluzione nel senso di garantire, nei rapporti con la parte pubblica, una tutela sostanziale degli interessi protetti; è ormai acquisito in giurisprudenza che il sistema delle azioni amministrative codificato dal codice del processo amministrativo esplicita nuove frontiere di tutela sia là dove l'art. 30 c.p.a. prevede l'azione di "condanna", non ulteriormente qualificata, sia ove l'art. 34 co. 1 lett. c) stabilisce che, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice, nei limiti della domanda, può adottare "misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio". Ne risultano traslate nell'unitaria previa sede del giudizio di cognizione/annullamento prerogative tradizionalmente proprie del successivo giudizio di ottemperanza, in ossequio ad esigenze di effettività e concentrazione delle tutele. L'ammissibilità della sentenza di condanna all'adozione di un provvedimento, al di fuori dei casi tipici di "condanna pubblicistica" in materia di silenzio, ed in coerenza con i sovrariportati dati normativi, è stata riconosciuta sin dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 2011 ed ancor più analiticamente nella pronuncia della medesima Adunanza Plenaria n. 15 del 2011. La cosiddetta "condanna pubblicistica" ha poi trovato esplicito avallo legislativo nel d.lgs. n. 160/2012 che ha inserito, all'art. 34 co. 1 lett. c) il seguente periodo: "L'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'art. 31 co. 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o dell'azione avverso il silenzio"; la norma colloca la "condanna provvedimentoale" o "pubblicistica" che dir si voglia nel *genus* delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

Infine l'art. 124 c.p.a., nella specifica materia delle procedure di evidenza pubblica, crea una sorta di gerarchia tra rimedi, nel senso che, quantomeno in presenza di tutte le alternative domande di parte, come accade nel presente giudizio, il risarcimento del danno può essere disposto solo ove non sia dichiarata l'inefficacia del contratto e non sia disposto il subentro.

Facendo applicazione dei principi ora riportati alla presente vertenza si osserva: l'illegittimità riscontrata (mancata legittimazione dell'aggiudicatario a partecipare alla procedura) avrebbe dovuto comportare l'esclusione. L'offerta della ricorrente (economicamente equivalente a quella dell'aggiudicatario ma rimasta soccombente per alcuni punti in relazione all'offerta tecnica) è risultata la seconda classificata, senza che la commissione giudicatrice ne abbia rilevato strutturali inadeguatezze o cause di esclusione/inammissibilità in corso di procedura. Escludendo, come doveroso, il concorrente non legittimato la Fondazione, che ha certamente inequivocabilmente dimostrato sia di voler procedere all'affidamento (tanto da farlo in verosimile violazione dello *stand still*), sia di ritenere comunque utilmente classificata la ricorrente, formando la relativa graduatoria (nella quale compare anche un terzo concorrente), non può che essere condannata a pronunciare l'aggiudicazione in favore della ricorrente, trattandosi in questa fase di atto dovuto finale della procedura, senza alcuna invasione, come prescritto dall'art. 31 co. 3 del c.p.a., delle prerogative dell'amministrazione.

Pronunciato il provvedimento di aggiudicazione non potranno che seguire i necessari adempimenti ai fini del perfezionamento del rapporto contrattuale da parte dei due contraenti.

Residua infine un ulteriore margine di danno in capo alla ricorrente; infatti la disposta specifica tutela delle sue prerogative contrattuali non elide il dato che la concessione-gestione sia già illegittimamente iniziata in capo ad un diverso soggetto e che, per tale periodo, la ricorrente non sia più ristorabile, se non per equivalente, in relazione al danno patito per i mancati introiti relativi al periodo della gestione irrimediabilmente perso e compreso tra il momento di illegittima stipulazione del contratto con la controinteressata e il momento in cui, perfezionata la nuova fase contrattuale, la ricorrente potrà finalmente iniziare l'attività.

Sul punto parte ricorrente suggerisce di quantificare il danno alla luce dei possibili incassi (desunti dal costo dei pasti moltiplicato per verosimile numero di clienti) percepiti nelle more dalla controinteressata. Il criterio non pare condivisibile, sia perché gli incassi rappresentano un utile lordo (dal quale non possono che dedursi i costi di impresa per identificare l'effettivo guadagno perso), sia perché gli esiti di una gestione altrui non sono automaticamente "ribaltabili" in capo alla ricorrente. Pare quindi al collegio di poter più ragionevolmente fissare, quale criterio risarcitorio individuato ai sensi dell'art. 34 co. 4 c.p.a., l'importo dell'utile che la medesima ricorrente ha, in corso di gara, attestato di attendere dalla gestione. La proposta risarcitoria dell'amministrazione verrà quindi formulata sulla scorta dei seguenti parametri: importo dell'utile atteso così come evincibile dal "*business plan*" presentato dalla ricorrente nel corso della procedura, alla luce del periodo di mancato affidamento (dal momento di affidamento alla controinteressata sino alla stipulazione del contratto con la ricorrente), oltre interessi dal 4.10.2012 (data dell'udienza di discussione e del deposito del dispositivo) al saldo.

La proposta verrà formulata entro venti giorni dal deposito della presente sentenza.

Le spese, liquidate come in dispositivo, sono poste, in solido, a carico delle parti resistente e controinteressata soccombenti.

Alla luce delle riscontrate irregolarità costitutive della Fondazione resistente, nonché dei pacifici ampi finanziamenti comunitari di cui il progetto gode ed in relazione al complessivo esito del giudizio, si ritiene infine opportuna la trasmissione di copia della presente sentenza alla Procura Regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei Conti, per quanto di eventuale competenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei sensi e nei limiti di cui in motivazione;

dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra la Fondazione Cascina Roccafranca e la ditta La Piola di Borgomanero Guido dalla data di stipulazione del medesimo;

condanna la Fondazione Cascina Roccafranca a pronunciare a favore della ricorrente l'aggiudicazione della gestione del punto di ristorazione all'interno della Cascina Roccafranca di Torino;

condanna la Fondazione Cascina Roccafranca a risarcire a parte ricorrente il danno in relazione al quale parte resistente, ai sensi dell'art. 34 co. 4, c.p.a. , proporrà, entro 20 giorni dal deposito della presente sentenza, il pagamento di una somma così determinata:

importo dell'utile atteso così come evincibile dal "*business plan*" presentato dalla ricorrente nel corso della procedura, alla luce del periodo di mancato affidamento (dal momento di affidamento alla controinteressata sino alla stipulazione del contratto con la ricorrente), oltre interessi dalla data odierna al saldo;

condanna parte resistente e controinteressata in solido a rifondere a parte ricorrente le spese di lite complessivamente liquidate in € 5000,00 oltre IVA, CPA, rimborso forfettario e contributo unificato;

manda alla segreteria di trasmettere copia del presente dispositivo e successiva motivazione alla Procura Regionale presso la sezione giurisdizionale della Corte dei Conti del Piemonte per quanto di eventuale competenza;

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore



**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/11/2012

IL SEGRETARIO

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