

N. 02935/2012 REG.PROV.COLL.  
N. 08928/2011 REG.RIC.  
N. 08933/2011 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 Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8928 del 2011, proposto da:  
Soc. Essebi a r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentata e difesa dagli avv.ti Alfredo Retico e Fausto Corti, con  
domicilio eletto presso l'avv. Angelo Maleddu in Roma, via del  
Tempio, 1;

***contro***

Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Protezione  
Civile, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi  
ex lege dall'Avvocatura Generale dello Stato e presso la stessa  
domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

sul ricorso numero di registro generale 8933 del 2011, proposto da:  
Soc. Essebi a r.l., come sopra rappresentata e difesa;

***contro***

Commissario Delegato Ricostruzione Territori Colpiti Dal Sisma del 06.04.2009, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti di***

Azienda Per il Diritto Allo Studio dell'Aquila, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Rampini, con domicilio eletto presso Ufficio Servizi Paralegali in Roma, via del Peperino,17;

Soc. Slem a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Marrone e Giacomo Pallotta, con domicilio eletto presso Tar Lazio Segreteria Tar Lazio in Roma, via Flaminia, 189;

Soc. Pap a r.l., non costituita;

***quanto al ricorso n. 8928 del 2011:***

per la condanna

della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Protezione civile al risarcimento danno per impossibilita' di svolgimento del servizio di mensa dal settembre 2009 al dicembre 2009, affidato dal dipartimento della protezione civile al Consorzio Orgoglio Aquilano, con conseguente mancato affidamento di ulteriori tre servizi mensa disposti in favore di quest'ultimo senza gara.

quanto al ricorso n. 8933 del 2011:

per l'annullamento

dell'accordo provvedimentale del 24.5.2011 con cui il Commissario delegato per la ricostruzione ha affidato all' A.d.s.u. la fornitura di pasti e di colazioni alla popolazione ospitata presso la Scuola Ispettori e Sovrintendenti della Guardia di Finanza e presso la Caserma Campomizzi di L'Aquila fino al 31 dicembre 2011 mediante estensione del contratto in essere tra l'A.d.s.u. e la ditta Slem s.r.l. per i pasti e la ditta P.A.P. s.r.l. per le colazioni;

per la dichiarazione

dell'inefficacia della convenzione ivi contenuta;

e per la condanna

del Commissario delegato al risarcimento del danno da liquidarsi in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Protezione Civile e del Commissario Delegato Ricostruzione Territori Colpiti dal Sisma del 06.04.2009 nonché dell' Azienda per il Diritto Allo Studio dell'Aquila e della Soc. Slem a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2012 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti i difensori come specificato nel

verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con il ricorso n. 8928/11, la Società istante, esponeva la complessa e lunga vicenda che ha avuto origine dall'avvio della procedura di gara per l'affidamento dei servizi di ristorazione e gestione della mensa e della sala bar della Scuola Ispettori e Sovrintendenti della Guardia di Finanza e dei servizi di ristorazione e gestione della mensa della Caserma Campomizzi de L'Aquila in cui erano ospitate le persone rimaste prive di alloggio a seguito del terremoto del 6 aprile 2009, al fine di veder riconosciuta la responsabilità della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Protezione civile del danno causato dalla mancata gestione del servizio e dell'annesso bar per il periodo dal settembre 2009 al momento in cui è cessato il servizio da parte dell'affidataria, con conseguente condanna al risarcimento dei danni oltre agli accessori di legge.

Ad esito di un precedente ricorso il TAR del Lazio, con sentenza n. 11593 del 2009 (confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 2073 del 2011) aveva, infatti, annullato l'aggiudicazione disposta con affidamento dall'11 settembre 2009 a favore del Consorzio Orgoglio Aquilano per il periodo di cui al bando ovvero sino al 31 dicembre 2009. In quella sede, il Tribunale aveva accolto la censura con cui la ricorrente aveva dedotto che la Commissione avrebbe dovuto escludere il Consorzio controinteressato dalla gara, atteso che

L'offerta di questo prevedeva l'importo di euro 0,01 quale prezzo unitario per la prima colazione, chiaramente inidoneo a consentire la prestazione del servizio completo, in violazione della prescrizione della lettera di invito, prevista a pena di esclusione, in forza della quale la busta "C" avrebbe dovuto contenere una dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente o suo procuratore, recante, in cifre e lettere, tra gli altri, il prezzo unitario comprensivo di ogni onere necessario per fornire il servizio completo a regola d'arte, senza prevedere la possibilità di operare compensazioni tra i vari prezzi unitari offerti.

Dall'esame dei verbali della Commissione si evinceva che l'offerta di Essebi, attuale ricorrente, era inferiore rispetto a quella dell'allora controinteressata, Orgoglio Aquilano di 0,88 euro, poiché:

- nella valutazione delle offerte tecniche Essebi conseguiva 44 punti e Orgoglio Aquilano 48;
- nella valutazione delle offerte economiche la Essebi ne otteneva 30,006 ed Orgoglio Aquilano 30,957.

Tuttavia, la differenza apparentemente favorevole alla controinteressata derivava con evidenza dal fatto che essa aveva offerta per la colazione il costo 0,01, mentre in relazione agli altri elementi dell'offerta, risultava economicamente più vantaggiosa l'offerta di Essebi.

Infatti, a fronte della proposta di Orgoglio Aquilano che si componeva dei seguenti prezzi unitari:

colazione 0,01,  
pranzo 6,49,  
cena 6,48,  
per un totale di 12,98,  
canone mensile 500,00 euro,  
con ribasso sul listino del 45%;  
quella di Essebi era così articolata:

colazione 1,50,  
pranzo 5,30,  
cena 5,30,  
per un totale di 12,10,  
canone mensile 20.000,00 euro,  
con ribasso sul listino del 450%;

Peraltro, nella classifica finale delle quattro concorrenti ammesse alla gara la ricorrente si collocava al secondo posto secondo la seguente graduatoria:

Orgoglio Aquilano 78,957,  
Essebi 74,06,  
Abruzzo Immobiliare 70,867,  
Euromense 50,55.

Tuttavia, nella menzionata pronunzia, il Tribunale riteneva, in termini di giurisdizione, di non potersi pronunziare sull'inefficacia del contratto, pur precisando l'effetto della portata conformativa della sentenza.

Nelle more della pronuncia del Consiglio di Stato, il 30 dicembre 2009 (allegato 7 al ricorso) il Dipartimento della protezione civile disponeva l'affidamento in favore del Consorzio Orgoglio Aquilano dal 1° gennaio 2010 al 31 gennaio 2010 al fine di garantire la copertura del servizio.

Con successivo atto, del 3 febbraio 2010, del Commissario delegato per la ricostruzione era disposta la proroga sino al 31 marzo 2010 (cfr. allegato 8 al ricorso).

Ed ancora, in data 30 marzo 2010 (allegato 9) la proroga era estesa alle medesime condizioni al fine dell'espletamento della procedura concorsuale, a tempo indeterminato.

Tale ultima proroga era annullata con sentenza n. 36093 del 2010, poiché assunta senza una specifica motivazione sull'urgenza e senza la fissazione di un termine, rendendo dunque stabile una situazione che poteva giustificarsi solo a causa della necessità di gestire il servizio nelle more della definizione della procedura di gara sub iudice. Tuttavia, in quella sede, il Tribunale precisava l'assenza dei vizi denunciati con riferimento al primo affidamento assunto dal Dipartimento, poiché motivato in ragione dell'emergenza, nonché con riguardo al secondo atto di proroga adottato dal Commissario nel momento di transizione della titolarità della competenza e dunque anch'esso giustificato dall'urgenza, e significativamente nella stessa data in cui il Consiglio di Stato in sede cautelare sospendeva gli effetti della prima sentenza di annullamento della gara ordinanza n.

584 del 2010).

Anche siffatta decisione era confermata dal Consiglio di Stato in sede di appello con sentenza n. 2980 del 16 maggio 2011.

Sulla base di tali circostanze, il ricorrente argomentava il diritto al risarcimento del danno patito in ragione della mancata aggiudicazione della gara.

Per quanto concerne il presupposto soggettivo, l'istante evidenziava che la stessa sentenza di appello n. 2073 del 2011, nel respingere le argomentazioni delle Amministrazioni, aveva precisato che l'offerta della controinteressata "prima facie manifestatamente e capziosamente irrisoria" avrebbe dovuto impedire all'amministrazione di considerarla, rilevandosi un' "intenzionale violazione" da parte del Consorzio della *lex specialis*.

Pertanto, la ricorrente chiedeva, in primo luogo, il risarcimento del danno per la sottrazione del diritto di svolgere una proficua attività economica il cui valore stimato era di euro 2.482,389,00, secondo quanto assunto ad impegno sull'esercizio finanziario 2009, gravante sul capitolo 702 del Centro di responsabilità n. 13 "Protezione civile del bilancio autonomo della Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'art. 2 del decreto di approvazione della lettera di commessa dell'11 settembre 2009 per l'affidamento al Consorzio Orgoglio Aquilano dei servizi per cui è causa. Chiedeva che la condanna delle resistenti fosse parametrata all'utile effettivo che la stessa avrebbe conseguito.

La ricorrente chiedeva, altresì, il risarcimento in relazione alla mancata gestione del bar annesso alla mensa della Guardia di Finanza, costituente elemento accessorio della prestazione oggetto di gara. In ordine a tale parte della domanda, l'istante precisava che il bando non prescriveva l'indicazione del costo della prestazione né l'utile presuntivo, ma unicamente il canone che l'impresa era disposta a pagare.

Sicché, l'impresa invocava il criterio equitativo del 10% del fatturato ai fini della determinazione della misura del risarcimento.

L'Amministrazione si costituiva con memoria di rito.

Con il secondo ricorso n. 8933 del 2011, l'istante chiedeva l'annullamento dell'accordo provvedimentale del 24 maggio 2011, con cui il Commissario delegato per la ricostruzione aveva affidato all'Azienda per il diritto allo studio dell'Aquila la fornitura di pasti e della colazione alla popolazione ospitata presso la scuola Ispettori e Sovrintendenti della Guardia di finanza e presso la Caserma Camponizzi fino al dicembre 2011 per il periodo dal 28 maggio al 31 dicembre del 2011.

Con siffatto gravame l'istante rilevava l'illegittimità dell'affidamento in assenza di una procedura ad evidenza pubblica deducendo la violazione dell'art. 23 bis, d.l. 25 giugno 2008 n. 112, nonché del principio di trasparenza, economicità, efficacia e non discriminazione, difetto di motivazione ed irrazionalità manifesta.

La ricorrente, infatti, contestava anche la maggior onerosità della

scelta effettuata in relazione al costo del servizio previsto dalla convenzione ed alla modalità di pagamento.

Infatti, a fronte della richiamata offerta della ricorrente medesima nella gara originariamente svolta, l'accordo prevedeva un prezzo fisso di 2 euro per le singole colazioni (preventivate in n. di 240) e di 6,30 euro per i singoli pasti – pranzo e cena (preventivati in numero di 480), con l'avvertenza che le variazioni dovranno essere comunicate almeno sette giorni prima e che, ai fini del pagamento del corrispettivo “non si terrà conto di diminuzioni superiori al suddetto 20%” .

Chiedeva, pertanto, il risarcimento del danno derivante dalla preclusione di partecipazione alla gara ed, in considerazione della mancanza di un dato ai fini della determinazione dell'utile, prospettava come criterio di quantificazione del danno patito quello del 10% del fatturato, decurtato in rapporto al numero dei concorrenti potenzialmente interessati al servizio (da stabilirsi con riferimento agli originari quattro ammessi all'unica gara espletata).

Determinava, dunque, la misura del danno nel 2,5% del fatturato conseguito dall'ADSU.

In via alternativa chiedeva l'esplicarsi di una consulenza tecnica d'ufficio al fine della determinazione dell'utile conseguito dall'A.d.s.u..

Si costituiva il Commissario delegato affermando la legittimità dell'affidamento all'A.d.s.u. in quanto ente strumentale della Regione

ed evidenziando il risparmio rispetto a quanto corrisposto in precedenza al Consorzio Orgoglio Aquilano.

L'A.d.s.u. si costituiva unicamente al fine di sentir dichiarare la nullità della notifica per l'errore nella indicazione della denominazione di "Azienda per il diritto allo studio" anziché "Azienda per il Diritto agli Studi Universitari" che avrebbe comportato incertezza sul controinteressato, impedendo un corretto instaurarsi del contraddittorio.

Con memoria di costituzione, la SLEM s.r.l., alla quale è affidato il servizio di ristorazione mense universitarie dall'A.d.s.u., evidenziava che tale affidamento era avvenuto a seguito di gara ad evidenza pubblica, sottolineando dunque, la legittimità del successivo accordo intercorso tra l'A.d.s.u. medesima ed il Commissario delegato.

In via preliminare, eccepiva la tardività del ricorso poiché l'istante era a conoscenza che nel mese di maggio il Commissario delegato aveva cessato il rapporto con il Consorzio Orgoglio Aquilano e l'incompetenza territoriale del TAR del Lazio, per essere competente il Tribunale de L'Aquila, poiché l'atto impugnato promanava dal Commissario delegato alla ricostruzione, identificato nel Presidente della Regione Abruzzo.

Con ordinanza resa in sede cautelare ai sensi dell'art. 55 comma 10 c.p.a. era fissata l'udienza di merito.

Con memoria di replica l'istante insisteva nella propria domanda, controdeducendo alle eccezioni avversarie.

All'udienza di discussione del 21 marzo 2012 le cause erano trattate in decisione

## DIRITTO

1 – In via del tutto preliminare osserva il Collegio che le cause debbono essere riunite per evidenti profili di connessione oggettiva e parzialmente soggettiva e per motivi di economia processuale.

2 – Ai fini di individuare correttamente l'ambito del presente contenzioso, appare opportuno in via prioritaria esaminare le eccezioni proposte nel ricorso n. 8933 del 2011 dalle controinteressate.

In primo luogo deve affermarsi la competenza di questo Tribunale. Infatti, con il predetto gravame è impugnato l'accordo provvedimentale intercorso tra il Commissario delegato per la ricostruzione – Struttura per la gestione dell'Emergenza (SGE) e l'Azienda per il diritto allo studio de L'Aquila. Come appare chiaramente anche nelle premesse dell'Accordo impugnato, con Ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 dicembre 2009 l'attività svolta dalla Direzione di comando e controllo (DICOMAC) di cui alla precedente Ordinanza n. 3753 del 6 aprile 2009, era assegnata al Presidente della Regione Abruzzo nella qualità di Commissario delegato per la ricostruzione dei territori colpiti dal sisma del 6 aprile 2009. Ai sensi del d.l. n. 195 del 2009, il Commissario delegato opera con i poteri e le deroghe di cui alle Ordinanze del Presidente del Consiglio dei Ministri adottate per

superare il contesto emergenziale.

Ne consegue che il provvedimento impugnato è quindi riconducibile alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, a nulla rilevando che il Commissario sia stato individuato nella persona fisica del Presidente della Regione Abruzzo, che, per l'effetto, aggiunge alle funzioni proprie della sua carica quelle derivanti dalla diversa qualità di Commissario delegato.

E', pertanto, evidente che il Commissario delegato, nell'esercizio delle funzioni straordinarie ad esso assegnate non agisce come organo della Regione bensì dello Stato – e, in particolare, della Presidenza del Consiglio dei Ministri – con la conseguenza che il ricorso proposto avverso una delibera dallo stesso adottata si radica presso il TAR Lazio, al quale appartiene la competenza funzionale inderogabile ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 14 e 135 c.p.a. e 5 comma 1, l. 24 febbraio 1992, n. 225.

3 – Altresì, priva di pregio si appalesa l'eccezione di irricevibilità del ricorso. Infatti, a nulla può rilevare il fatto che la parte ricorrente abbia avuto sin dai primi di maggio conoscenza della cessazione dell'affidamento del servizio alla originaria controinteressata Consorzio Orgoglio Aquilano.

Infatti, solo a seguito dell'accesso agli atti, in forza dell'istanza del 22 giugno 2011 (all. 11 al ricorso) e della presa visione della documentazione richiesta avvenuta solo in data 3 ottobre 2011, la parte ricorrente ha ottenuto la piena conoscenza dell'atto lesivo.

Peraltro, come dimostra la nota dello stesso Commissario delegato del 16 maggio 2011 (prodotta agli atti il 21 novembre 2011) ed indirizzata al Consorzio Orgoglio Aquilano, nulla della decisione relativa alla cessazione del servizio di quest'ultimo poteva far presumere la successiva assegnazione del servizio ad altri. Addirittura, l'avvenuta cessazione era motivata, infatti, dal Commissario sulla base del venir meno delle esigenze da parte dell'Amministrazione.

4 – Infine, non trova riscontro la dedotta nullità del ricorso, laddove anzi la costituzione dell'A.d.s.u. dimostra chiaramente che la notifica alla stessa ha raggiunto pienamente lo scopo, consentendo la possibilità all'Azienda di prospettare le proprie difese e, pertanto, non incidendo in alcun modo sull'integrità del contraddittorio. In ossequio al principio generale di conservazione degli atti processuali, a nulla può rilevare, dunque, la formale non corretta indicazione del nome dell'Azienda come "Azienda per il diritto allo studio" anziché "Azienda per il diritto agli studi universitari", ove non sussista – come nel caso di specie - alcuna incertezza sul soggetto cui è indirizzata la notifica.

5 – Passando ora all'esame del merito della controversia, osserva il Collegio che la pretesa azionata nel primo ricorso deve essere analiticamente scomposta con riferimento, da un lato, ai due elementi costituenti l'oggetto del bando originario e, dall'altro, in relazione ai periodi di riferimento.

Infatti, nel primo gravame, in relazione all'arco temporale di riferimento, la Società istante aziona la pretesa risarcitoria sia per quanto concerne il danno derivante dalla mancata aggiudicazione, sia con riguardo al pregiudizio causato dai successivi affidamenti senza gara.

Orbene, a proposito va rilevato che a fronte dell'unitaria domanda risarcitoria, essa in realtà si compone di due diversi titoli.

Come si è visto nella narrazione in fatto, l'aggiudicazione dell'originaria ed unica gara è stata dichiarata illegittima, poiché la concorrente aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per la mancata allegazione di un elemento previsto a pena di esclusione nell'offerta tecnica.

Si è altresì verificato che l'odierna ricorrente assumeva la posizione di seconda classificata nella procedura d'interesse. Sicchè, in caso di esclusione della prima classificata – erroneamente a seguito dell'anomala presentazione dell'offerta per la colazione a 0,01 di costo – la Essebi s.r.l. avrebbe dovuto divenire aggiudicataria del servizio in gara.

Tuttavia, è noto – come ricordato nella sentenza di questo Tribunale n. 11593 del 24 novembre 2009 - che all'epoca del primo contenzioso, ovvero antecedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante l'approvazione del Codice del processo amministrativo, secondo l'allora consolidato indirizzo giurisprudenziale, il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto

segnava “il momento terminale dell'esercizio della fase pubblicistica” devoluta dal legislatore alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre la fase successiva, che ha inizio con la stipulazione del contratto restava attribuita alla giurisdizione del giudice ordinario (Cass. Sez. Un., 18 luglio 2008, n. 19805).

Sicchè, rientravano nella giurisdizione ordinaria le controversie concernenti l'interpretazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, nonché quelle rivolte ad accertarne le condizioni di validità e di efficacia e ad ottenerne la declaratoria di nullità o inefficacia, ovvero l'annullamento, posto che anch'esse avevano ad oggetto non già i provvedimenti riguardanti la scelta dell'altro contraente, ma il rapporto privatistico discendente dal negozio; con la ulteriore conseguenza che gli eventuali vizi di questo potevano essere esaminati esclusivamente dal giudice ordinario competente a conoscerne l'intera disciplina (Cons. Stato, Sez. VI, n. 4956 del 2007; in terminis, anche, Adunanza generale, 10 giugno 1999, n. 9/99).

Ne deriva che la pretesa fatta valere nel primo ricorso è innanzitutto tesa a ottenere il ristoro del danno provocato dall'illegittima aggiudicazione della gara, che ha sottratto alla ricorrente il diritto di svolgere la proficua attività economica che avrebbe conseguito ove alla stessa fosse stata aggiudicata la gara.

L'azione risarcitoria risulta proposta nel termine previsto dall'art. 30, comma 5, c.p.a..

La domanda rientra nell'ambito di applicazione di cui all'art. 124

c.p.a., laddove è disciplinato che ove il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, dispone il risarcimento per equivalente.

Nella specie, peraltro, la domanda relativa al risarcimento da mancata aggiudicazione riguarda palesemente una fattispecie già esaurita, poiché l'originaria gara aveva ad oggetto il periodo 11 settembre 2009- 31 dicembre 2009.

6 – Secondo quanto enunciato dalla costante giurisprudenza il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale, richiedendo la positiva verifica, oltre che della lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento, della sussistenza della colpa o del dolo dell'Amministrazione e del nesso causale tra l'illecito e il danno subito.

Infatti “la domanda di risarcimento dei danni è regolata dal principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., sicché grava sul danneggiato l'onere di provare, ai sensi del citato articolo, tutti gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito (danno, nesso causale e colpa)” (C.d.S sez. V, 08 febbraio 2011, n. 854).

Tuttavia, siffatti presupposti debbono essere interpretati alla luce dei principi fissati in sede comunitaria. A riguardo giovano i criteri enucleati dalla Corte di Giustizia CE che ha affermato (19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich e Bonifaci c. Italia e 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du

Pecheur e Factorame) che le condizioni necessarie per configurare la responsabilità e concedere il risarcimento debbono identificarsi nella necessità che la norma violata attribuisca diritti, che la violazione sia manifesta e grave nel caso in cui lo Stato eserciti un potere discrezionale, che vi sia un nesso causale tra l'obbligo gravante sullo Stato ed il danno subito dal soggetto. Sostanzialmente, la Corte pur espungendo la colpa in senso soggettivo dalle condizioni necessarie ai fini della responsabilità della pubblica amministrazione, ha tuttavia individuato alcuni elementi indiziari ai fini della gravità della violazione che risultano coincidenti con quelli elaborati dalla giurisprudenza nazionale ai fini dell'individuazione della colpa, quali il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che una siffatta norma riserva alle Autorità, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione o del danno, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la presenza di prassi contrastanti.

7 – Svolte siffatte premesse, nel caso in esame, pare nessun dubbio possa essere addotto in ordine al danno patito, derivante dalla mancata aggiudicazione e ad essa connesso da evidente derivazione causale. Sicchè è necessario soffermarsi sulla condotta dell'Amministrazione sia che essa rilevi sotto il profilo della colpa (Cons. Stato n.854 del 2011) sia che si voglia ragionare in termini di gravità alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010, causa C-314/2009, come

da ultimo richiamata dal TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, 5 aprile 2011, n. 97).

Nessun dubbio può sussistere per quanto riguarda la responsabilità relativa alla illegittima aggiudicazione annullata dal Tribunale con la sentenza n. 11593 più volte citata e confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 2073 del 2011.

Sul punto giova ribadire che a riguardo il TAR si pronunziava con sentenza semplificata rilevando la manifesta fondatezza del gravame, poiché appariva evidente – come esplicitato in fatto – che la Commissione avrebbe dovuto escludere la controinteressata atteso che il prezzo unitario offerto per la prima colazione si appalesava inidoneo a consentire la prestazione del servizio. Il Consiglio di Stato in sede di appello evidenziava, poi, che “è proprio la intenzionale violazione da parte del Consorzio, della norma contenente l’obbligo di cui al ricordato art. 3 Busta C, che avrebbe dovuto impedire alla stazione appaltante di considerare il prezzo di € 0,01 ai fini dell’attribuzione del punteggio al Consorzio ad un’offerta sul punto “prima facie” manifestazione e capziosamente irrisoria” ed ancora che “proprio la considerazione unitaria” dell’offerta, secondo la pretesa dell’allora appellante “fa anzi emergere in tutta la sua plastica evidenza proprio la singolarità, e l’illegittimità sostanziale dell’aggiudicazione al Consorzio”.

Infatti, proprio in ragione dell’anomalia contenuta nell’offerta dell’originaria controinteressata, sostanzialmente sul piano

economico, del tutto erroneamente era considerata maggiormente conveniente la formulazione del Consorzio.

Da tutto quanto sin qui rilevato, trovano riscontro, nella fattispecie in esame, quel grado di negligenza dell'amministrazione e l'univocità della lex specialis che escludono la configurabilità di un errore scusabile (Cons. Stato, Sez. IV, n. 4325/2009; n. 5012/2004; Sez. V n. 1346/2007, Sez. VI n. 3144/2009; sez. V, n. 550/2011) ed, al contrario, risultano idonei ad integrare la responsabilità della pubblica amministrazione per il danno causato alla parte ricorrente in ragione dell'illegittima aggiudicazione al Consorzio.

8 – La parte ricorrente lamentava, altresì, il danno patito a seguito dei successivi affidamenti al Consorzio Orgoglio Aquilano per i periodi 1 gennaio-31 gennaio 2010 (allegato 7 al ricorso); febbraio-31 marzo 2010 (provvedimento del 3 febbraio 2010 (allegato 8 al ricorso); sine die, fino all'espletamento delle procedure concorsuali per la scelta del nuovo contraente (provvedimento del 31 marzo 2010, allegato 9 al ricorso). Di questi, come ricordato nella parte in fatto, solo l'ultimo era annullato con sentenza di questo Tribunale n. 36093 del 13 dicembre 2010 (anch'essa confermata dal Consiglio di Stato con sentenza del 16 maggio 2011).

Da quanto prodotto nel secondo giudizio, è noto che il terzo affidamento è cessato in data 27 maggio 2011.

Ai fini della corretta individuazione della pretesa, non può non evincersi dalla formulazione della stessa, che il pregiudizio fatto

valere a riguardo trova la propria genesi ed il conseguente nesso causale non solo nella illegittima stabilizzazione del regime di affidamento senza gara, che è stato annullato in sede giurisdizionale, ma anche nella illegittimità del prima aggiudicazione.

Infatti, l'originario bando per l'affidamento dei servizi (allegato 1 al ricorso) prevedeva nell'oggetto della gara (art. 1) "la facoltà di prorogare il servizio in relazione al permanere dell'esigenza".

Sicché appare ragionevole ipotizzare un giudizio prognostico in forza del quale, nel caso in cui la gara fosse stata correttamente aggiudicata alla parte ricorrente, alla stessa sarebbe stato prorogato l'affidamento dei servizi per lo meno per il tempo utile allo svolgimento di una nuova procedura concorsuale.

Il dato storico rappresentato nei ricorsi attesta, infatti, il permanere dell'esigenza per cui era stata svolta l'originaria competizione, secondo le medesime modalità, almeno sino al maggio 2011, data alla quale risale la successiva regolamentazione della gestione tramite l'accordo provvedimentale ulteriormente impugnato.

Si tratta, dunque, nella specie di una pretesa di risarcimento di un danno da perdita di "chance", ovvero della possibilità, per un determinato arco temporale – come di seguito di specificherà - di conseguire l'utile derivante dal successivo estendersi della durata temporale dell'affidamento originario.

Alla luce della giurisprudenza sul punto, la perdita di "chance" diversamente dal danno futuro, che riguarda un pregiudizio di là da

venire soggetto a ristoro purché certo e altamente probabile e fondato su una causa efficiente già in atto, costituisce un danno attuale che non si identifica con la perdita di un risultato utile bensì con la perdita della possibilità di conseguirlo e richiede, a tal fine, che siano stati posti in essere concreti presupposti per il realizzarsi del risultato sperato, ossia una probabilità di successo maggiore del cinquanta per cento statisticamente valutabile con giudizio prognostico ex ante sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato” (Cons. Stato, Sez. V, 15 settembre 2010, n. 6797).

La perdita di "chance", dunque, per poter assumere rilievo risarcitorio secondo il ricordato criterio probabilistico che, in quanto tale, deve correlarsi a dati reali senza i quali il calcolo percentuale di possibilità sarebbe impossibile, deve consistere in una concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene; essa, pertanto, non può risolversi in una mera aspettativa di fatto ed in generiche ed astratte aspirazioni di lucro, ma rappresenta un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione (Cass., sez. un., 26 gennaio 2009, n. 1850; Cass., 20 giugno 2008, n. 16877, 28 gennaio 2005, n. 1752, Cons. Stato, Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8253).

Da quanto allegato in ricorso e dallo svolgimento storico dei fatti, sussistono elementi idonei per ritenere che al termine del periodo costituente oggetto della gara, anche ove l'Amministrazione correttamente avesse voluto ripetere la stessa ai fini della nuova

individuazione del contraente ed al fine di diversamente precisare le esigenze sopravvenute, avrebbe impiegato non meno del tempo originariamente utilizzato per lo svolgimento della prima selezione. Sicchè, poiché la lettera di invito è datata 9 agosto 2009 ed il bando prevedeva la decorrenza del servizio dall'11 settembre successivo, è ragionevole ipotizzare che l'Amministrazione avrebbe prorogato il servizio almeno per il primo periodo di affidamento al legittimo aggiudicatario. Ancora, risulta altamente probabile che un ulteriore provvedimento di tal contenuto sarebbe stato adottato dal Commissario delegato nell'imminenza della sua nomina.

Secondo gli elementi in fatto contenuti in ricorso è dato, dunque, modo di formulare un giudizio presuntivo sul fatto che, ove la società ricorrente avesse conseguito l'aggiudicazione, la stessa avrebbe continuato la gestione dei servizi per il periodo dal 1° gennaio al 31 marzo 2010.

Ne consegue che, nell'ambito dell'espletato giudizio di probabilità, emerge come il danno lamentato dalla parte anche relativamente al periodo immediatamente successivo al termine del periodo per cui era stata espletata la gara risulta conseguenza immediatamente e direttamente collegabile all'illegittimità della prima aggiudicazione.

Non rileva, dunque, ai fini della fondatezza della domanda il fatto che i due primi affidamenti non siano stati annullati dal Tribunale.

9 – Diversamente deve concludersi per quanto riguarda il periodo successivo ed oggetto del terzo affidamento del 30 marzo 2010,

annullato, come già precisato, da questo TAR.

Infatti, a riguardo è ipotizzabile ritenere che l'Amministrazione avrebbe dovuto per tale periodo (che inizia dall'aprile 2010 e termina con la nota del Commissario delegato del 16 maggio 2011, in data 27 maggio 2011) avrebbe dovuto espletare una nuova procedura.

Ne deriva che il danno che la parte vanta assume una diversa qualificazione, essendo connesso in rapporto causale non con il primo atto illegittimo, ma con il successivo atto annullato, consistente nel terzo affidamento a tempo indeterminato, che come rilevato dal TAR con sentenza n. 36093 del 2010 ha di fatto reso "stabile" l'affidamento senza gara e non ha fatto menzione nella motivazione all'urgenza.

Anche con riferimento a tale illegittimo affidamento non possono non ravvisarsi gli estremi necessari ad identificare la responsabilità dell'Amministrazione, poiché emerge chiaramente che essa ha usato impropriamente – come evidenziato nella citata sentenza – lo strumento della proroga in assenza dei presupposti, ledendo, dunque, la posizione giuridica dell'istante a partecipare alla gara per l'affidamento dei servizi di mensa e bar al fine del conseguente ottenimento dell'utile economico.

Orbene, a riguardo, questo Tribunale non ignora che la giurisprudenza consolidata in ordine al danno da perdita di "chance" con riferimento al caso della mancata indizione di una gara e, dunque, di un illegittimo affidamento diretto, sia nel senso di

negare l'accoglimento della domanda giudiziale di risarcimento dei danni per equivalente (ex multis, T.A.R. Lazio, sez. II-ter, n. 3397 del 6 maggio 2005, TAR Brescia, sez. I, n. 1440 del 27 ottobre 2008; TAR Lecce, sez. III, n. 2626 del 9 novembre 2010). Tuttavia, tale soluzione trae la propria ratio nel fatto che alla sentenza di annullamento consegua un effetto conformativo in ordine all'ulteriore attività dell'Amministrazione, con la conseguenza che l'indizione della gara da parte della p.a. costituisce essa stessa un tipo di risarcimento in forma specifica.

Nella specie, con riferimento al periodo in esame, appare, tuttavia, palese che non sia più possibile un risarcimento in tal forma, essendo ormai concluso il periodo di riferimento, nonchè terminate le stesse esigenze poste a fondamento dell'atto annullato.

In vero, sul punto va, sin d'ora, rilevato che non risulta una perfetta coincidenza tra l'oggetto del bando del 2009 relativo alla fornitura dei servizi di ristorazione e gestione della mensa e della sala bar e l'oggetto della successiva convenzione stipulata in data 24 maggio 2011 tra la SGE ed A.d.s.u. riguardante la fornitura di pasti e colazioni.

Ne deriva che al fine di assicurare l'effettività della tutela, proprio ai sensi dell'art. 124 c.p.a. che prevede il risarcimento per equivalente laddove il giudice non addivenga alla dichiarazione di inefficacia del contratto, si impone di riconoscere, nella fattispecie, apposita tutela alla posizione del ricorrente tramite il risarcimento per equivalente. A

tale fine allo stesso spetta, dunque, il ristoro per il pregiudizio subito a causa della preclusione alla partecipazione alla legittima competizione per lo svolgimento degli indicati servizi, a seguito.

Del resto, come ricordato, è ammesso il risarcimento del danno rappresentato dalla c.d. perdita di "chance" (valida opportunità), da intendersi non come mera aspettativa di fatto, ma come entità patrimoniale a sé stante, che si risolve nella possibilità di conseguire un vantaggio futuro (Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2010 , n. 7593).

La stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione precisa, ancora, che il danno patrimoniale da perdita di "chance" consiste non nella perdita di un vantaggio economico, ma nella perdita della mera possibilità di conseguirlo, secondo una valutazione "ex ante" da ricondursi, diacronicamente, al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità in termini di conseguenza dannosa potenziale ( Cass., sez. III, 7 ottobre 2010 , n. 20808 ).

10 – Giungendo, dunque, all'esame della pretesa azionata nel secondo ricorso, si precisa che l'istante chiedeva in primo luogo l'annullamento dell'Accordo provvedimentale del 24 maggio 2011 ed il risarcimento dei danni patiti a causa del provvedimento impugnato. A sostegno della legittimità dell'atto, il Commissario delegato adduceva l'equiparabilità del predetto Accordo alla gestione diretta in economia, praticabile dagli enti locali ove si tratti di attività di modesto impegno finanziario.

Diversamente la SLEM s.r.l., cui risulta affidato lo svolgimento del

servizio da parte della A.d.s.u., affermava che la legittimazione al predetto Accordo deriva dalla l. reg. Abruzzo n. 91 del 94, che asseritamente prevede una deroga all'art. 23 bis d.l. n. 112 del 2008.

Osserva il Collegio che, in disparte l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 23 bis, come successivamente modificato, del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, che disciplina l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, il provvedimento appare viziato per difetto di istruttoria già nella individuazione del soggetto A.d.s.u.. Infatti, contrariamente a quanto sostenuto dalla SLEM s.r.l., la l. reg. Abruzzo menzionata, all'art. 23, prevede la possibilità di estensione del servizio di ristorazione dell'Azienda non a chiunque, ma particolari soggetti, comunque identificabili con riferimento all'ambito universitario (laureati iscritti ai corsi di specializzazione, di perfezionamento e dottorato, al personale delle Aziende, della Regione di altri Enti strumentali della Regione).

L'Accordo provvedimentale, inoltre, risulta del tutto privo di motivazione in ordine alla scelta organizzativa adottata ed alla mancata indizione della gara.

La giurisprudenza amministrativa ha precisato, anche, che l'amministrazione pubblica è tenuta al momento di scegliere la forma di gestione di un servizio pubblico, previa valutazione comparativa tra quelle previste dalla legge, a motivare la scelte che concretamente effettua e che, in particolare con riferimento al caso di affidamento "in house", "è sempre necessaria la motivazione della scelta

amministrativa: e infatti, se è vero che può pure rivelarsi non necessaria un'apposita ed approfondita motivazione della "scelta finale" in questo senso eseguita, è altrettanto vero che, nella fase precedente alla manifestazione della propria "scelta finale", la p.a. deve dimostrare non solo la sussistenza dei presupposti richiesti per l'autoproduzione, ma anche la convenienza rispetto all'affidamento della gestione del servizio a soggetti terzi, perché, in difetto, la scelta sarebbe del tutto immotivata e contraria al principio di buona amministrazione cui deve conformarsi l'operato della p.a." (Cons. Stato, Sez. V, 08 febbraio 2011 , n. 854)

Nella fattispecie in esame, non solo non è dato rinvenire nell'atto impugnato la motivazione della scelta operata, ma questa è fonte di perplessità con riferimento proprio ai principi di economicità e di buon andamento.

La parte ricorrente censura, a riguardo, la violazione dei principi di trasparenza, economicità ed efficacia dell'azione pubblica. Il motivo è fondato.

Risulta palese dalla comparazione del costo dei pasti di cui al predetto Accordo e di quanto previsto nell'offerta della ricorrente nell'originaria gara, che l'Amministrazione sta pagando 2,50 euro in più rispetto a quanto avrebbe pagato in caso di affidamento alla ricorrente del servizio.

Inoltre, dall'accordo si evince che la SGE ha assunto su di sé l'onere di allestimento e gestione della mensa interna alla Scuola della

Guardia di finanza.

Ulteriormente, l'accordo prevede che ai fini del pagamento del corrispettivo, non si tenga conto di una riduzione superiore del 20 %, a quanto originariamente stimato.

Ne consegue che il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto deve essere annullato l'Accordo provvedimentale impugnato ai sensi dell'art. 133 comma 1, n. 2 c.p.a, con l'ulteriore conseguenza che deve essere dichiarata l'inefficacia della convenzione approvata nell'Accordo provvedimentale intercorso tra il Commissario delegato per la ricostruzione – S.G.E. e l'Azienda per il diritto allo studio dell'Aquila con riferimento alle prestazioni eventualmente ancora da eseguire a far data dalla pubblicazione della presente sentenza.

11 – Con riferimento alla domanda risarcitoria, deve rilevarsi che non può non individuarsi una responsabilità dell'Amministrazione, a fronte di quanto sin qui esposto in fatto, nonché a seguito dell'annullamento del terzo affidamento diretto ad opera di questo Tribunale, con la sentenza n. 36093/2010 che ha evidenziato la necessità dello svolgimento di una regolare gara ai fini della gestione dei servizi di ristorazione, ponendo in evidenza l'illegittimità della stabilizzazione di un diverso sistema di affidamento.

Ne', come detto, la scelta operata trova la propria giustificazione in termini di economicità. Essa anzi, manifesta profili di contraddittorietà con quanto dichiarato dallo stesso Commissario

delegato nella nota del 18 maggio 2011, laddove questi evidenziava il venir meno delle esigenze che avevano indotto l'Amministrazione ad affidare i servizi di mensa e bar al Consorzio Orgoglio Aquilano, pur non rinvenendosi la perfetta corrispondenza dei servizi oggetto del successivo Accordo provvedimentale e della connessa convenzione.

Ne consegue che il Commissario delegato deve essere condannato al risarcimento del danno da perdita di "chance" che trova titolo nella lesione dell'interesse della ricorrente a poter partecipare ad una regolare procedura di selezione per l'affidamento del servizio.

12 – Ai fini della quantificazione del danno, deve, dunque, procedersi evidenziando la differenza tra i periodi relativi all'arco temporale previsto dalla gara originaria e alle prima due proroghe (11 settembre - 31 dicembre 2009 e 1 gennaio - 31 marzo 2010), che debbono essere assimilati in ragione della medesima genesi causale sopra evidenziata e i periodi relativi alla terza proroga ed alla successiva convenzione (dal 1° aprile 2010 – al 31 dicembre 2011 e 28) attinenti ai disposti affidamenti senza gara, per i quali deve essere riconosciuto il risarcimento del danno derivante dalla esclusione della possibilità di partecipazione ad una gara. Nell'ambito di siffatto ultimo periodo, tuttavia, va altresì distinto un primo arco temporale in cui i servizi affidati illegittimamente in via diretta comprendevano il servizio di ristorazione e di bar, analogamente a quanto previsto dall'originario bando ed un secondo periodo dal 28 maggio in poi relativo all'affidamento del solo servizio ristorazione.

13 – Innanzitutto, va precisato che in relazione al risarcimento per equivalente deve aversi riguardo al solo lucro cessante per mancata aggiudicazione in mancanza di indicazione di altri specifici danni.

Nel primo ricorso, la parte ricorrente ha fatto riferimento, ai fini della quantificazione del danno derivante dalla mancata aggiudicazione del servizio di fornitura dei pasti, alla più recente giurisprudenza sulla quantificazione del danno, che richiama il criterio dell'utile effettivo, precisando che nella specie tale dato non è desumibile dalla domanda di gara. Tuttavia, allegava una rielaborazione dell'offerta da cui si evince che l'utile giornaliero sarebbe stato di euro 3,77 per ogni pasto comprensivo delle tre portate, tenuto conto del corrispettivo offerto dalla ricorrente di euro 12,10, sicchè l'utile corrisponderebbe al 31,15% che, andrebbe ulteriormente ridotto del 50% in ragione della imprevedibilità della quantità dei pasti giornalieri che sarebbero stato erogati agli ospiti delle due strutture, con la conseguente quantificazione nel 15,60% dell'utile derivante dalla prestazione messa a gara a cui il ricorrente avrebbe potuto aspirare.

Altresì il ricorrente proponeva, tuttavia, non essendovi dati relativi al periodo originariamente messo a gara, di acquisire in via istruttoria ulteriori elementi inerenti alle prestazioni effettivamente rese dalla originaria controinteressata nei periodi successivi.

In relazione alla quantificazione del danno per mancata gestione del bar, invece la ricorrente, in via prioritaria richiama il criterio

elaborato dalla giurisprudenza del 10% del fatturato; in via gradata chiedeva l'esperienza dell'istruttoria per acquisire la documentazione relativa all'effettivo incasso ottenuto dal Consorzio contro interessato.

Osserva il Collegio che, per la quantificazione del danno subito da chi sia stato illegittimamente pretermesso nella aggiudicazione di una gara pubblica, la giurisprudenza ha oramai superato l'orientamento secondo il quale il danno doveva essere quantificato nel 10% forfettario del prezzo a base d'asta, sostenendo che tale criterio, se pure capace di individuare in via presuntiva l'utile che l'impresa può trarre dall'esecuzione di un appalto, non può essere oggetto di applicazione automatica e indifferenziata, risultando per l'imprenditore ben più favorevole dell'impiego del capitale. Secondo il più recente orientamento è necessario invece che l'impresa fornisca la prova rigorosa della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, con riferimento all'offerta economica presentata al seggio di gara (fra le tante: Cons. Stato, sez. VI, 9 dicembre 2010, n. 8646; Sez. V, 18 novembre 2010, n. 8091; Sez. IV, 7 settembre 2010 n. 6485; Sez. III, 12 maggio 2011 n. 2850).

Tale orientamento ha trovato conferma nell'espressa previsione contenuta nell'art. 124 del codice del processo amministrativo, secondo il quale "se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente subito", a

condizione tuttavia che lo stesso sia "provato".

Alla luce di siffatto orientamento, deve prendersi a fondamento del calcolo, da un lato, la previsione del bando originario dell'erogazione dal lunedì alla domenica di n. 1300 prime colazioni, 1300 pranzi e 1300 cene presso la Scuola Ispettori e sovrintendenti della Guardia di finanza e di n. 450 prime colazioni, 450 pranzi e 450 cene presso la Caserma Camponizzi di L'Aquila e, dall'altro, che la ricorrente ha dettagliatamente individuato l'utile nella misura del 15,60% di euro 12,10 corrispondenti a tre pasti, considerando anche l'abbattimento dovuto alla imprevedibilità dei pasti giornalieri che sarebbero stati erogati.

Tuttavia, la giurisprudenza ha, altresì, precisato che, onde evitare che a seguito del risarcimento il danneggiato possa trovarsi in una situazione addirittura migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovata in assenza dell'illecito, va detratto dall'importo dovuto a titolo risarcitorio quanto da lui percepito grazie allo svolgimento di diverse attività lucrative, nel periodo in cui avrebbe dovuto eseguire l'appalto in contestazione.

Nella specie il ricorrente nulla ha detto a riguardo.

Tuttavia, il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 11 ottobre 2006, n. 6059; 27 dicembre 2004, n. 8244; Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302; 24 ottobre 2002, n. 5860) ha avuto modo di precisare a riguardo l'onere di provare (l'assenza del) l'*aliunde perceptum grava* non sull'Amministrazione, ma sull'impresa.

Tale ripartizione dell'onere probatorio muove dalla presunzione, a sua volta fondata sull'id quod plerumque accidit, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria) - in quanto soggetto che esercita professionalmente una attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili - normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative che dalla cui esecuzione trae utili.

“Si è infatti affermato che, ai sensi dell'art. 1227 c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, con la conseguenza che l'impresa non aggiudicataria, ancorché proponga ricorso e possa ragionevolmente confidare di riuscire vittoriosa, non può immobilizzare i mezzi di impresa nelle more del giudizio (e nell'attesa dell'aggiudicazione in proprio favore), essendo invece ragionevole che, con l'ordinaria diligenza, si attivi per svolgere (o svolga) altre attività; con la conseguente ragionevolezza di una detrazione a tale titolo del risarcimento per il mancato utile (Cons. Stato, Sez. VI, 21 settembre 2010, n. 7004)” (Cons. Stato, sez. III, 12 maggio 2011 n. 2850)

La percentuale sopra determinata deve essere dunque ridotta di un importo proporzionale equitativamente determinato corrispondente all' "aliunde perceptum". Sicchè, con riferimento al periodo 11 settembre 2009-31 dicembre 2010, appare equo determinare la percentuale dovuta con riferimento al servizio mensa, ai sensi anche di quanto disposto dall'art. 30, comma 3, c.p.a. nel 10% del

corrispettivo offerto dalla ricorrente per la prestazione dei tre pasti giornalieri (euro12,10) moltiplicato per il numero di pasti previsti nel bando.

Per il periodo successivo corrispondente alle due proroghe non annullate 1 gennaio – 31 marzo 2010, in ragione di quanto sin qui esposto, tale valore così determinato va ridotto del 50%, spettando il risarcimento del danno per la perdita di “chance” al conseguimento all’utile che avrebbe potuto ottenere nel caso in cui, nella qualità di aggiudicatario, avrebbe ottenuto la proroga del servizio.

14 – Per il periodo successivo - dal 1° aprile 2010 al 27 maggio 2011 e dal 28 maggio 2011 al 31 dicembre 2011 spetterà, altresì, il risarcimento del danno da perdita di “chance” che può essere determinato sulla base dell’utile come sopra individuato, diviso quattro, che corrisponde al numero di imprese che avevano originariamente risposto alla lettera di invito.

15 – Con riferimento al risarcimento per il danno da mancata aggiudicazione della gestione del bar, con riguardo al primo periodo 11 settembre 2009 - 31 dicembre 2009 non può che farsi riferimento al criterio standard del 10% del fatturato, detraendo da tale percentuale un valore equitativamente determinato del 5% per quanto “aliunde perceptum”. Per quanto concerne la perdita di “chance” derivante dalla mancata possibilità di usufruire della proroga, nel periodo 1 gennaio 2010-31 marzo 2010, suddetto valore deve essere abbattuto del 50%.

16 - Spetta poi il 2,5% del fatturato per quanto concerne il risarcimento del danno da perdita di “chance” in relazione alla esclusione della possibilità di partecipazione alla gara in relazione al periodo successivo 1 aprile 2010 - 27 maggio 2011.

Alla luce di quanto sin qui disposto, non appare necessario procedere ad ulteriore attività istruttoria.

17 – La somma, come sopra individuata, trattandosi di debito di valore, va incrementata con la rivalutazione monetaria dal giorno in cui è stato stipulato il contratto con l'impresa illegittima aggiudicataria, sino alla pubblicazione della presente sentenza (a decorrere da tale momento, in conseguenza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta). Spettano, inoltre, gli interessi nella misura legale dalla data di pubblicazione delle presente decisione fino al soddisfo effettivo (Cons. Stato, Sez. VI, n. 3144/2009).

18 - Il Collegio ritiene di far applicazione del potere attribuito dall'art. 34 comma 4 del d.lgs. n. 104 del 2010, condannando le Amministrazioni resistenti, ciascuna per quanto di competenza, a fare alla Società ricorrente una proposta di una somma a titolo di risarcimento nel termine di sessanta giorni dalla notificazione della presente sentenza o dalla comunicazione se anteriore, tenendo conto dei criteri sopra esposti.

In considerazione del principio della soccombenza le Amministrazioni resistenti al pagamento delle spese di lite

determinate complessivamente in euro 10.000,00 (diecimila/00), da dividere egualmente tra le Amministrazioni e da liquidarsi a favore della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, li accoglie e, per l'effetto, così dispone:

- annulla l'accordo provvedimentale del 24 maggio 2011;
- dichiara, per l'effetto, l'inefficacia della convenzione ivi contenuta, per quanto eventualmente ancora in essere;
- condanna le Amministrazioni resistenti, ciascuna per quanto di competenza, ai sensi dell'art. 34 comma 4 del d.lgs. n.104 del 2010 a proporre alla Società ricorrente il pagamento di una somma determinata secondo i criteri di cui in motivazione.

Condanna le Amministrazioni al pagamento delle spese di lite determinate complessivamente in euro 10.000, 00 (diecimila/00), da dividere egualmente tra le Amministrazioni e da liquidarsi a favore della ricorrente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/03/2012

IL SEGRETARIO

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