

Publicato il 23/06/2023

N. 06208/2023REG.PROV.COLL.
N. 09357/2022 REG.RIC.
N. 09900/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui seguenti ricorsi in appello:

1) numero di registro generale 9357 del 2022, proposto dalla Regione Liguria, in persona del Presidente della G.R. *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

la Società Policlinico di Monza S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Russo e Francesco Dal Piaz, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Dal Piaz in Roma, via Luigi Ceci, n. 21;

2) numero di registro generale 9900 del 2022, proposto dalla Società Policlinico di Monza S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Russo e Francesco Dal Piaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

la Regione Liguria, in persona del Presidente della G.R. pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma,

per quanto di rispettivo interesse, della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 746/2022, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Società Policlinico di Monza S.p.a. e della Regione Liguria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2023, il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con deliberazione n. 1231 del 28 dicembre 2017, avente ad oggetto *“Affidamento in regime di concessione della gestione ospedali St. Charles di Bordighera (ASL 1), S. Maria della Misericordia e S. Giuseppe di Cairo Montenotte (ASL 2). Conferimento ad A.Li.Sa. di incarico per predisposiz. documentazione di gara”*, la Giunta Regionale della Regione Liguria ha conferito ad A.Li.Sa. l'incarico per la predisposizione della documentazione di gara funzionale all'affidamento in regime di concessione della gestione ospedali St. Charles di Bordighera (ASL 1), S. Maria della Misericordia e S. Giuseppe di Cairo Montenotte (ASL 2).

1.1. Con la successiva deliberazione n. 67 dell'8 febbraio 2018, avente ad oggetto *“DGR n 1231/17. Conferimento ad A.Li.Sa. di incarico predisposizione documentazione di gara. Ulteriori provvedimenti conseguenti”*, la medesima Giunta Regionale ha dato mandato ad A.Li.Sa. - ad

avvenuto espletamento dell'incarico conferito con la menzionata D.G.R. n. 1231/2017 - di provvedere alla trasmissione alla Stazione Unica Appaltante Regionale (S.U.A.R.) della documentazione necessaria all'avvio della procedura di gara, da espletarsi in collaborazione con A.Li.Sa. e gli Enti interessati del sistema sanitario regionale.

1.2. Con il decreto dirigenziale n. 754 del 20 febbraio 2018, avente ad oggetto *“Indizione procedura di gara per l'affidamento in concessione di tre Presidi ospedalieri nel ponente ligure. Codici CIG Lotto 1 7392820C0C Lotto 2 739284832A”*, il Dirigente del Settore Affari generali della Regione Liguria ha indetto, per conto dell'Azienda ASL 1 Imperiese (lotto 1) e dell'Azienda ASL 2 Savonese (lotto 2), una gara europea a procedura aperta per l'affidamento in regime di concessione, ai sensi degli artt. 164 ss d.lvo n. 50/2016, dei presidi ospedalieri Ospedale S. Charles – Bordighera (IM) (afferente al lotto 1), Ospedale S. Maria della Misericordia – Albenga (SV) ed Ospedale S. Giuseppe – Cairo Montenotte (SV) (afferenti al lotto 2).

1.3. Con il decreto dirigenziale n. 732 del 18 febbraio 2019, il medesimo Dirigente del Settore Affari generali ha aggiudicato il lotto 1 al costituendo RTI Maria Cecilia Hospital mentre, con il decreto dirigenziale n. 793 del 21 febbraio 2019, ha aggiudicato il lotto 2 alla Società Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a..

2. Il Policlinico di Monza, con il ricorso di cui al R.G. n. 214/2019 proposto dinanzi al T.A.R. per la Liguria, ha impugnato gli atti di gara relativamente al lotto 2, sostenendo l'illegittimità della valutazione di anomalia dell'offerta presentata dalla aggiudicataria Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a., ed il T.A.R. adito, con la sentenza n. 688 del 13 agosto 2019 – passata in cosa giudicata – ha accolto la relativa domanda di annullamento.

2.1. A seguito delle rinnovate valutazioni svolte dalla Commissione di gara, il lotto 2, con il decreto dirigenziale n. 27 del 7 gennaio 2020, è stato nuovamente aggiudicato alla Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a..

2.2. Anche il nuovo provvedimento di aggiudicazione è stato impugnato dalla Policlinico di Monza S.p.a., sempre per profili attinenti alla congruità ed alla sostenibilità dell'offerta della aggiudicataria, con il ricorso di cui al R.G. n. 143/2020, accolto dal T.A.R. per la Liguria con la sentenza n. 371 del 13 giugno 2020.

2.3. La sentenza è stata impugnata in appello sia dalla Regione Liguria che dalla Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a., ed il Consiglio di Stato ha disposto incumbenti istruttori, nelle forme della C.T.U..

3. Nelle more del giudizio di appello, la Giunta Regionale della Liguria ha adottato la deliberazione n. 852 del 28 settembre 2021, avente ad oggetto *“Procedura aperta per l'affidamento, in regime di concessione, della gestione delle strutture ospedaliere Ospedale S. Maria della Misericordia - Albenga (SV), Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte (SV) (Lotto 2). Indicazioni relative alla riprogrammazione dell'offerta sanitaria e mandato al Settore Stazione unica appaltante regionale di avvio del procedimento di revoca”*.

3.1. Con la citata deliberazione, la Regione ha preliminarmente evidenziato che l'emergenza sanitaria causata dall'evento pandemico da SARS-CoV2 ha determinato la necessità di riprogrammazione dell'attività di cura ed assistenza, attraverso l'individuazione di nuove priorità e la revisione dell'intera rete di offerta delle prestazioni, al fine di adeguare l'offerta sanitaria ai nuovi bisogni di salute espressi dalla popolazione.

3.2. Essa ha inoltre rilevato che il PNRR - Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), presentato dall'Italia alla Commissione europea il 30 aprile 2021 e definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione Europea del 13 luglio 2021, nel quadro del programma di finanziamento straordinario europeo *“Next Generation EU”*, prevede tre specifici interventi finalizzati a dare attuazione al nuovo modello di assistenza territoriale e di prossimità, ovvero:

- l'implementazione delle Case della Comunità;

- la previsione della casa come primo luogo di cura, assistenza domiciliare e telemedicina;
- il rafforzamento dell'assistenza sanitaria intermedia e delle sue strutture (in particolare gli Ospedali di Comunità).

3.3. La Regione Liguria quindi, ai fini attuativi delle indicazioni programmatiche nazionali, ha dato atto della necessità di attivare:

1. la Casa di Comunità, la quale si configura come una struttura sanitaria, promotrice di un modello di intervento multidisciplinare e luogo privilegiato per la progettazione di interventi di carattere sociale e di integrazione sociosanitaria, attraverso la quale coordinare tutti i servizi offerti sul territorio, in particolare ai malati cronici anche tramite le Centrali Operative Territoriali;
2. l'Ospedale di Comunità, il quale si presenta come il principale strumento per il rafforzamento dell'assistenza intermedia, essendo una struttura sanitaria della rete territoriale a ricovero breve e destinata a pazienti che necessitano di interventi sanitari a media/bassa intensità clinica e per degenze di breve durata, a gestione prevalentemente infermieristica.

3.4. Evidenzia inoltre la deliberazione suindicata che le indicazioni contenute nel P.N.R.R. hanno trovato ulteriore sviluppo, con particolare riferimento alla realtà sanitaria regionale, attraverso il *“Programma Restart Sanità - Piano di Risposta al fabbisogno sanitario: domanda, criticità e principali azioni nel breve-medio periodo (2021/2022)”*, il quale ha individuato le azioni di potenziamento dell'offerta e le relative risorse a disposizione, al fine di permettere la ripresa e l'implementazione delle attività sanitarie non COVID-19 correlate, in attuazione degli indirizzi e delle indicazioni del P.N.R.R. e, conseguentemente:

- recuperare nel breve termine le liste d'attesa generate dalla domanda arretrata latente accumulatasi a seguito della contrazione dell'offerta di prestazioni sanitarie non COVID-19, verificatasi nel corso del 2020 e nei primi mesi del 2021;
- recuperare la mobilità passiva.

3.5. Tra le altre, in particolare, il “*Programma Restart*” ha individuato le seguenti “*Azioni di sistema*” per contrastare gli effetti della pandemia e attuare la ripartenza dei servizi sanitari:

- ridefinire l’offerta identificando competenze e *mission* per alcune strutture, perseguendo la specializzazione e le economie di scala, cliniche ed economiche;
- prevedere un nuovo ruolo dei MMG all’interno del *network* territoriale “*Case della Comunità*”, “*Ospedali di Comunità*”, “*Centrali Operative Territoriali*” prefigurato dal P.N.R.R.;
- potenziare l’offerta per le prestazioni che presentano indicatori di mobilità più critici, attraverso l’azione combinata di rafforzamento della rete territoriale e l’adozione di modelli erogativi innovativi.

3.6. Sulla scorta delle indicazioni nazionali contenute nel P.N.R.R. e nell’ambito del quadro programmatico delineato nel “*Programma Restart*”, la Regione Liguria, con la delibera suindicata, ha quindi ravvisato la necessità di implementare l’offerta territoriale, “*mediante un’azione di conversione di strutture preesistenti, al fine di rendere l’assistenza di prossimità più diffusa sul territorio regionale, per garantire cure primarie e intermedie soprattutto alle categorie più fragili, perseguendo così il potenziamento del network territoriale “Case della Comunità”, “Ospedali di Comunità”, “Centrali Operative Territoriali”, anche con ripercussioni positive sulla riduzione dello stress nei reparti di degenza per acuti*”.

3.7. La deliberazione *de qua* richiama quindi la nota di A.Li.Sa. prot. n. 26492 del 10 settembre 2021, con la quale si rappresenta che:

- il *pattern* demografico ed epidemiologico che caratterizza la Regione Liguria determina la necessità di percorsi di presa in carico più complessi rivolti al paziente con multicronicità ed elevata fragilità, e, quindi, di un’offerta che garantisca:

1) il potenziamento dell'offerta territoriale *in primis* con Case di Comunità in grado di offrire Servizi diagnostici e ambulatoriali potenziati e introdurre servizi di prossimità;

2) strutture per l'assistenza riabilitativa post-acuti in grado di accompagnare la domiciliarizzazione del paziente in continuità fisica e funzionale con gli Ospedali di Comunità;

- la strategia regionale prevede il potenziamento dell'offerta territoriale nelle valli interne, più distanti dai presidi ospedalieri e caratterizzate da un accentuato *pattern* di invecchiamento e fragilità, la quale comprenda: Case della Comunità, Ospedali di Comunità con posti letto di media intensità e post-acuti di tipo riabilitativo, potenziati servizi di radiologia e specialistica ambulatoriale, continuità assistenziale.

Tra le aree da implementare all'uopo individuate vi è la Val Bormida - ASL2, nella quale insiste il presidio di Cairo Montenotte, il quale garantisce la continuità strutturale e funzionale degli strumenti del modello di offerta, presentando, per dimensioni, localizzazione e interventi necessari per la riconversione della funzione, caratteristiche ideali al fine di garantire l'offerta territoriale sopradescritta.

Esso – rileva la nota citata - perderebbe la configurazione di presidio ospedaliero per assumere la connotazione di centro per l'assistenza intermedia e offerta territoriale, assumendo la seguente configurazione:

- Ospedale di Comunità (20 posti letto);
- Reparto di riabilitazione post-acuti (40 posti letto);
- Casa di Comunità che comprenda Servizi di cure primarie erogati attraverso équipe

multidisciplinari (MMG, PLS, SAI, ecc.), Punto Unico di Accesso, Servizio di assistenza domiciliare, Servizi di specialistica ambulatoriale per le patologie ad elevata prevalenza, Servizi infermieristici, Sistema integrato di prenotazione collegato al CUP aziendale, Programmi di screening, Servizi diagnostici con potenziamento dell'offerta radiologica, Continuità Assistenziale, Punto

prelievi, Servizi Sociali Servizi per la salute mentale, le dipendenze patologiche e la neuropsichiatria infantile e dell'adolescenza, Attività Consultoriali, Vaccinazioni.

La suddetta nota di A.Li.Sa. così conclude: *“Alla luce di quanto sopraesposto ed in considerazione dell’attuale layout dello stabilimento di San Giuseppe a Cairo Montenotte è difficilmente compatibile la contestuale presenza delle funzioni ospedaliera, così come definita dal lotto 2 del disciplinare di gara, e territoriale così come prevista dalla programmazione regionale in corso sulla base di quanto previsto dal PNRR”*.

3.8. La G.R. rileva quindi che *“il progetto originario di affidamento in regime di concessione della gestione dei presidi ospedalieri Ospedale S. Maria della Misericordia – Albenga, Ospedale S. Giuseppe – Cairo Montenotte, come delineato negli atti di gara, prevede che la produzione dello stabilimento oggetto di concessione ricompreda:*

- *la funzione di Pronto Soccorso;*
- *l’attività di medicina interna e recupero rieducazione funzionale in regime di ricovero ordinario e di day hospital;*
- *l’attività di day surgery multidisciplinare in ambito di chirurgia generale e ortopedia;*
- *la specialistica ambulatoriale di Oculistica, ORL, dialisi e dermatologia (Allegato C del disciplinare)”*.

Essa evidenzia che *“pertanto, il progetto non risulta più rispondente alle mutate esigenze assistenziali attualmente espresse dalla collettività, non soddisfacendo gli attuali bisogni di salute cui la programmazione regionale deve far fronte”* e che *“alla luce delle esigenze assistenziali sopra esposte, appare necessaria – sulla base delle indicazioni tecniche di A.Li.Sa. - la conversione della struttura ospedaliera di Cairo Montenotte, che costituisce l’unica sede idonea ad assumere la connotazione di centro per l’assistenza intermedia e per l’offerta territoriale”*.

3.9. La G.R. ravvisa quindi la necessità di *“formulare indirizzi affinché si provveda alla revoca della procedura di affidamento in regime di concessione della gestione dei suddetti presidi ospedalieri in ragione dei sopravvenuti motivi di pubblico interesse e del mutamento dei presupposti che avevano determinato l’esperimento della procedura di gara”*, all’uopo anche richiamando l’art. 23 del Disciplinare di gara, ai sensi della quale *“L’Amministrazione si riserva, mediante adeguata motivazione, di annullare e/o revocare la presente procedura di scelta del contraente nonché di non addivenire ad aggiudicare ovvero di non stipulare il contratto, senza incorrere in richiesta di danni, indennità o compensi da parte dei concorrenti e/o dell’aggiudicatario, nemmeno ai sensi degli articoli 1337 – 1338 del codice civile”*.

3.10. Essa dà conseguentemente mandato:

1) al Settore Stazione unica appaltante regionale di avviare il procedimento di revoca; 2) al Dipartimento Salute e Servizi Sociali e ad A.Li.Sa. per quanto di rispettiva competenza e nell’ambito del coordinamento garantito dalla Struttura di Missione per la Sanità di cui all’art. 6 della L.R. n. 2/2021, di ridefinire i ruoli delle strutture ospedaliere di S. Maria della Misericordia di Albenga e S. Giuseppe di Cairo Montenotte.

4. La predetta deliberazione di G.R. n. 852/2021 costituisce oggetto del ricorso (rubricato con il n. 1/2022 del R.G.) proposto dinanzi al T.A.R. per la Liguria dalla Società Policlinico di Monza S.p.A., la quale ha anche richiesto, in via subordinata, la condanna dell’Amministrazione al risarcimento del danno da mancata aggiudicazione o, in ulteriore subordine, del danno da illecito precontrattuale.

4.1. Nelle more del giudizio incardinato con il ricorso suindicato, è stato adottato il decreto del Dirigente del Settore S.U.A.R. n. 8071 del 29 dicembre 2021, avente ad oggetto *“Revoca ex art. 21 quinquies della legge n. 241/1990 della procedura di affidamento della gestione delle strutture ospedaliere Ospedale S. Maria della Misericordia - Albenga (SV), Ospedale S. Giuseppe -*

Cairo Montenotte (SV) ex art. 164 e ss. D.Lgs. n. 50/2016 (lotto 2)”, con il quale, a conclusione del procedimento avviato con decreto n. 7499 del 7 dicembre 2021 ed in esecuzione della sopracitata Deliberazione di Giunta Regionale n. 852/2021, è stata disposta la “revoca ex art. 21 quinquies della legge n. 241/1990 della procedura di affidamento della gestione delle strutture ospedaliere Ospedale S. Maria della Misericordia - Albenga (SV), Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte (SV) ex art. 164 e ss. D.Lgs. n. 50/2016 -739284832A (Lotto 2) per le motivazioni, che si intendono quiivi integralmente richiamate, riportate nella Deliberazione di Giunta Regionale n. 852 del 28/09/2021, allegata al presente provvedimento quale parte integrante e sostanziale”.

4.2. Il Decreto suindicato è stato impugnato dalla Società Policlinico di Monza S.p.a. con i motivi aggiunti depositati nell’ambito del predetto giudizio, complessivamente definito dal T.A.R. con la sentenza n. 746 del 22 luglio 2022.

4.3. Con tale pronuncia il T.A.R., respinte le eccezioni di inammissibilità del ricorso formulate dall’Amministrazione resistente, ha preliminarmente respinto la domanda di annullamento formulata dalla parte ricorrente, ritenendo che l’impugnato provvedimento di ritiro trovasse idoneo fondamento nella sopravvenuta necessità di riorganizzare la rete delle prestazioni sanitarie in ragione della diffusione del virus Sars-CoV-2 e dei conseguenti nuovi bisogni di salute della popolazione, attraverso il potenziamento della c.d. assistenza di prossimità, secondo le indicazioni del programma regionale “Restart” approvato con la D.G.R. n. 717 del 6 agosto 2021 e della “Missione 6 Salute” del Piano nazionale di ripresa e resilienza (che ha stanziato fondi per la realizzazione di “ospedali di comunità” e di “case di comunità”), e la conseguente riconversione del nosocomio di Cairo Montenotte in relazione alle suindicate nuove funzioni, come da progetto definitivamente approvato con la D.G.R. n. 1057 del 19 novembre 2021:

siffatte ragioni giustificative dello *ius poenitendi* dell'Amministrazione sono state quindi ritenute dal T.A.R. non “*manifestamente illogiche o irrazionali, né viziate da travisamento dei fatti*”.

4.4. Il T.A.R. ha invece ravvisato la fondatezza della domanda subordinata di risarcimento del danno derivante dalla mancata aggiudicazione della gara oggetto di revoca.

4.4.1. Premesso che, con la sentenza del medesimo T.A.R. n. 688 del 13 agosto 2019, era stato disposto, in accoglimento del ricorso proposto dalla Società Policlinico di Monza S.p.a., l'annullamento del provvedimento del 21 febbraio 2019 (con il quale, avendo avuto esito positivo il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla prima classificata Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a., la gara era stata aggiudicata in via definitiva alla suddetta concorrente), evidenziato altresì che, con la sentenza n. 371 del 13 giugno 2020, lo stesso T.A.R. aveva statuito l'annullamento del decreto n. 21 del 7 gennaio 2020 (con il quale, all'esito della rinnovata verifica di anomalia, era stata disposta nuovamente l'aggiudicazione della gara a favore della Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a.) e rilevato infine che, con la sentenza n. 6820 dell'11 ottobre 2021, il Consiglio di Stato aveva respinto – previa riunione - gli appelli della Regione e della controinteressata avverso la sentenza suindicata, attesa l'inattendibilità – acclarata dal nominato C.T.U. - del piano economico dell'aggiudicataria e l'anomalia della relativa offerta, ha evidenziato il giudice di primo grado, con la sentenza n. 746/2022, che “*se la stazione appaltante avesse operato legittimamente, nel febbraio 2019 o, al più tardi, nel gennaio 2020 (dopo la rinnovata verifica dell'anomalia dell'offerta), Istituto Ortopedico Galeazzi s.p.a. sarebbe stata estromessa dalla procedura e la gara sarebbe stata aggiudicata a Policlinico di Monza s.p.a., in quanto seconda classificata in graduatoria*”.

4.4.2. Il T.A.R. ha altresì ritenuto che fosse “*parimenti palese la colpa della resistente per aver emanato gli atti illegittimi annullati in via giurisdizionale. Infatti, tutti gli errori del R.U.P. e della Commissione*

appaiono rimproverabili e non scusabili: sia quelli commessi anteriormente alla prima pronunzia del Tribunale, per la superficialità dell'istruttoria condotta dal solo R.U.P. in spregio alla legge di gara; sia quelli compiuti nel rieditato sub-procedimento di verifica, apparendo indubbiamente stigmatizzabile il mancato rilievo della spiccata inattendibilità dei dati e delle prospettazioni posti alla base del piano economico-finanziario e rilevanti sul piano dell'anomalia dell'offerta".

4.4.3. Il T.A.R. ha quindi evidenziato che *“poiché oggi la ricorrente non può più ottenere l'affidamento, avendo l'Amministrazione revocato la gara, essa ha tuttavia diritto di essere risarcita per il danno derivante dagli atti di aggiudicazione illegittimi reiteratamente emanati dalla stazione appaltante in seno alla procedura competitiva ed annullati da questo T.A.R.”.*

4.4.4. Ha inoltre osservato il T.A.R. che *“nella specie è indubitabile che la mancata tempestiva aggiudicazione della concessione del servizio di gestione degli ospedali abbia precluso a Policlinico il conseguimento di un lucro. Se avesse ottenuto l'affidamento a tempo debito, infatti, anche nell'ipotesi di cessazione anticipata del rapporto concessorio (che la Regione avrebbe pur sempre potuto disporre per far fronte alla pandemia, ai sensi dell'art. 176, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016), la ricorrente avrebbe comunque gestito i nosocomi almeno fino al dicembre 2021 e, per il periodo successivo, avrebbe ricevuto l'indennizzo di legge (perché la revoca avrebbe inciso su un contratto di concessione già siglato ed in corso di esecuzione)”.*

4.4.5. Ai fini quantificatori, quindi, il T.A.R., premesso, con particolare riguardo al mancato guadagno, che l'art. 124, comma 1, c.p.a. statuisce che il danno riparabile per equivalente deve essere *“subito e provato”* dal ricorrente e che *“il profitto perduto non può farsi coincidere automaticamente con gli utili preventivati nel piano economico-finanziario”*, atteso che, da un lato, *“le stime di fatturato, costi e utili contenute nel p.e.f., seppur in sé attendibili, scontano il margine di rischio fisiologico che caratterizza i rapporti*

concessori e, nella specie, avrebbero verosimilmente subito variazioni rilevanti in ragione dell'emergenza pandemica da covid-19 (che ha portato all'incremento degli oneri per la sicurezza, alla contrazione dei ricoveri di elezione ed alla limitazione degli accessi alle strutture sanitarie)", dall'altro lato, "non può escludersi che le mutate pregnanti esigenze del contesto sanitario avrebbero comunque indotto la Regione a revocare il rapporto concessorio per motivi di pubblico interesse, ai sensi dell'art. 176, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, riconoscendo alla concessionaria l'indennizzo contemplato dalla lett. c) della medesima disposizione", evidenziato altresì che "anche tale importo non risulta determinabile con esattezza, perché la norma fa riferimento al "10 per cento...del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico-finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione", per cui "in base ai principi della matematica finanziaria, i ricavi appostati nel p.e.f. avrebbero dovuto essere diminuiti mediante l'applicazione di fattori di attualizzazione tarati sul tempo e sugli scostamenti dalle previsioni del business plan concretamente verificatisi", ha ritenuto che il guadagno che l'impresa avrebbe potuto conseguire fosse quantificabile in via equitativa, ai sensi degli artt. 1226 e 2056 cod. civ., riconoscendo alla ricorrente la somma di € 314.887,95, "pari al 15% dei guadagni ipotizzati nel piano economico-finanziario elaborato ante pandemia per il settennio iniziale (€ 2.099.253,00), tenuto conto dei seguenti elementi:

- il periodo di durata del rapporto concessorio va considerato solo per sette anni, e non per dodici, perché la proroga di un lustro era meramente facoltativa e rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione (cfr. art. 4.1 del disciplinare di gara, sub doc. 5 produzioni 3.1.2022 della ricorrente);
- per la prima fase di gestione dei nosocomi la Società Policlinico di Monza S.p.A. non avrebbe ritratto utili, perché i costi sarebbero stati superiori al fatturato, come si desume dallo stesso piano economico presentato

dall'impresa, secondo cui i guadagni sarebbero iniziati solo negli ultimi mesi del terzo anno di concessione (cfr. doc. 4 produzioni 3.1.2022 della ricorrente);

- se nel dicembre 2021 fosse intervenuto il provvedimento di revoca del negozio concessorio, per gli anni restanti la società concessionaria avrebbe ottenuto solamente l'indennizzo ex art. 176, comma 4, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016;

- il risarcimento deve essere diminuito in ragione dell'aliunde perceptum vel percipiendum, non avendo la ricorrente dimostrato di avere rinunciato ad altre commesse in vista della possibile vittoria della gara”.

4.4.6. Ha altresì precisato il T.A.R. che *“l'importo riconosciuto non va aumentato della rivalutazione e degli interessi legali anteriormente al deposito della sentenza, perché la somma – che surroga il mancato profitto – viene liquidata per intero prima del momento in cui il rapporto si sarebbe dovuto concludere, dando luogo perciò, almeno in parte, ad un vantaggio per l'impresa, che vale nel complesso a bilanciare il pregiudizio per il ritardo nella ricezione del quantum corrispondente ai primi (virtuali) utili (cfr. Cons. St., sez. V, 19 maggio 2021, n. 3892)”*, mentre ha statuito che *“sulla somma liquidata sono dovuti, invece, gli interessi di natura corrispettiva al tasso legale ex art. 1282 cod. civ., con decorrenza dalla pubblicazione della sentenza e fino all'effettivo soddisfo”*.

4.4.7. Con riferimento, invece, al c.d. danno curriculare, il T.A.R. ha respinto la relativa domanda risarcitoria, non avendo la società ricorrente dimostrato, *“nemmeno mediante presunzioni, il pregiudizio che asserisce di aver subito sotto il profilo in esame, non fornendo alcun indizio delle lamentate ricadute negative, in termini di minore capacità competitiva e redditività, sulle sue credenziali tecniche e commerciali”*.

4.5. Infine, il T.A.R. si è pronunciato sulla domanda risarcitoria per responsabilità precontrattuale della Regione, avanzata dalla ricorrente in via

ulteriormente subordinata, statuendone la reiezione sul rilievo che “*nel caso in esame non è possibile predicare la colpa della resistente per avere deciso di dare corso al procedimento di revoca della gara nel settembre 2021 e non in data anteriore. Infatti, come emerge dalle D.G.R. n. 400 del 7 maggio 2021, n. 541 del 22 giugno 2021 e n. 717 del 6 agosto 2021 (docc. 19-20-21 resistente), solo nell’anno 2021 la Regione Liguria ha ridefinito l’offerta sanitaria alla luce dei bisogni di salute emersi con la pandemia e dei finanziamenti stanziati con il Piano nazionale di ripresa e resilienza, approvato dal Consiglio U.E. in data 13 luglio 2021. Va, quindi, disattesa la tesi ricorsuale secondo cui il comportamento dell’Amministrazione dovrebbe qualificarsi scorretto, secondo i canoni civilistici, per il fatto che l’ente ha difeso in giudizio l’aggiudicazione operata in favore della controinteressata fino al 15 settembre 2021, ossia fino alla data in cui ha manifestato l’intendimento di ritirare in autotutela la procedura di affidamento (doc. 15 resistente) e, per il tramite del proprio difensore, ha chiesto il rinvio dell’udienza di discussione fissata avanti al Consiglio di Stato per il 23 settembre 2021 (doc. 14 resistente). Invero, l’indubbiamente curiosa coincidenza cronologica tra il deposito della C.T.U. in data 30 luglio 2021 e la (di poco successiva) decisione di modificare il presidio ospedaliero di Cairo Montenotte non consente di ritenere che l’Amministrazione avesse l’onere di rideterminarsi in epoca antecedente, perché, come si è visto, la riprogrammazione sanitaria regionale è avvenuta proprio nel corso del 2021, anche in concomitanza con l’approvazione del P.N.R.R. da parte dell’Unione europea”.*

5. La sentenza n. 746/2021, di cui sono stati tratteggiati i principali profili motivazionali e dispositivi, costituisce oggetto della domanda di riforma proposta, sulla scorta dei motivi di seguito analizzati, dalla Regione Liguria con l’appello n. 9357/2022 e dalla Società Policlinico di Monza S.p.a. con l’appello n. 9900/2022, dei quali deve preliminarmente disporsi la riunione,

oltre che per evidenti ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva, ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a..

5.1. Si sono costituite nei giudizi originariamente separati, per resistere agli appelli in relazione ai quali sono parti resistenti, rispettivamente, la società Policlinico di Monza S.p.a. e la Regione Liguria.

6. Assume carattere preliminare l'esame dell'appello proposto dalla Società Policlinico di Monza S.p.a., in quanto diretto, in via principale, ad ottenere la riforma della sentenza appellata nella parte in cui ha respinto la domanda di annullamento del provvedimento (decreto dirigenziale n. 8071 del 29 dicembre 2021) con il quale la SUAR ha disposto la revoca della gara per l'affidamento in concessione degli Ospedali S. Maria della Misericordia e S. Giuseppe di Cairo Montenotte (lotto 2) e della presupposta delibera di G.R. n. 852 del 28 settembre 2021.

7. Deve premettersi che il T.A.R., al fine di respingere le corrispondenti censure della parte ricorrente, ha fatto leva sugli argomenti di seguito schematizzati:

- la motivazione del provvedimento di ritiro è incentrata sulla sopravvenuta necessità di riorganizzare la rete delle prestazioni sanitarie in ragione della diffusione del virus Sars-CoV-2 e dei conseguenti nuovi bisogni di salute della popolazione, al fine di potenziare la c.d. assistenza di prossimità, secondo le indicazioni del programma regionale "*Restart*" approvato con la D.G.R. n. 717 del 6 agosto 2021 e della "*Missione 6 Salute*" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza;

- funzionale al rafforzamento della medicina di prossimità è appunto la decisione di riconvertire il nosocomio di Cairo Montenotte in una struttura atta a garantire l'assistenza intermedia e primaria, insediandovi un "*ospedale di comunità*" (con 20 posti letto) per pazienti che necessitano di interventi sanitari a media/bassa intensità clinica, un "*reparto di riabilitazione post-acute*" (con 40 posti letto) ed una "*casa di comunità*" (per servizi di cure primarie, continuità assistenziale, assistenza domiciliare, specialistica

- ambulatoriale, prestazioni infermieristiche, programmi di screening, punto prelievi, vaccinazioni e attività consultoriali);
- il suddetto progetto è stato definitivamente approvato con la D.G.R. n. 1057 del 19 novembre 2021 e il nuovo “*ospedale di comunità*” è entrato in funzione il 30 giugno 2022;
 - l’esercizio dello *jus poenitendi*, conformemente all’art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990, è appunto giustificato da una sopraggiunta situazione di fatto (la pandemia da Sars-CoV-2), che ha mutato il quadro degli interessi e che non era prevedibile al momento dell’indizione della gara (risalente al febbraio 2018);
 - il fatto che la decisione di revoca sia stata assunta subito dopo che l’Amministrazione ha appreso l’esito a sé sfavorevole della C.T.U. espletata nel giudizio d’appello avente ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione della gara a favore della Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a. “*non è sufficiente ad inficiare il provvedimento avverso, perché le ragioni sottese alla revoca non appaiono manifestamente illogiche o irrazionali, né viziate da travisamento dei fatti, uniche ipotesi in cui il giudice amministrativo può sindacare la determinazione della stazione appaltante di non proseguire la gara*”;
 - “*sconfinano nel merito dell’azione amministrativa e, quindi, si appalesano inammissibili i rilievi mossi dalla deducente alla scelta di ridefinire i servizi sanitari e, segnatamente, di trasformare il presidio di Cairo Montenotte in struttura per le cure di prossimità, senza mantenere la funzione ospedaliera con il pronto soccorso e gli altri reparti previsti nel progetto a base di gara*” (...). Invero, dall’istruttoria condotta dall’Azienda Ligure Sanitaria (doc. 2 produzioni 3.1.2022 della ricorrente), i cui esiti sono stati versati nell’atto di revoca, è emerso che i residenti delle valli interne, tra cui la Val Bormida (ove è ubicata la cittadina di Cairo Montenotte), presentano un’elevata età media e, dunque, abbisognano con maggiore probabilità di percorsi di presa in carico dedicati ai pazienti con multicronicità ed elevata fragilità. Ne

discende che, in base al quadro demografico ed epidemiologico della popolazione della zona, la scelta di riconvertire l'ospedale cairese non risulta manifestamente illogica o irrazionale. Per contro, la ricorrente non ha dimostrato, sulla base di dati e/o fatti concreti, la necessità di un nosocomio tradizionale, attrezzato per la medicina d'urgenza. Analogamente, anche se, come segnalato da Policlinico (v. pag. 7 memoria di replica 11.7.2022), il programma regionale "Restart" contempla forme di partnership con i privati convenzionati ed un'allocazione di risorse nell'area dell'ortopedia (specialità prevista nel progetto di affidamento degli ospedali di Albenga e Cairo), questo giudice non può sostituirsi all'Amministrazione nella scelta delle azioni più opportune da assumere presso le strutture di cui si tratta (peraltro, nel presidio cairese è stato inserito un reparto di riabilitazione, che riguarda anche pazienti ortopedici)'.

8. Ciò premesso, deduce in primo luogo la società appellante che l'Amministrazione regionale ha instaurato il giudizio d'appello – conclusosi con la sentenza n. 6820/2021 - sempre insistendo per aggiudicare la gara, rendendo necessario l'espletamento di una istruttoria tecnica inerente all'anomalia dell'offerta presentata in gara dalla Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a., disposta all'esito dell'udienza pubblica del 10 dicembre 2020, allorché risultava già prorogato lo stato di emergenza pandemico sino al 31 dicembre 2020 a seguito della Deliberazione del Consiglio dei Ministri del 7 ottobre 2020, poi nuovamente prorogato fino al 30 aprile 2021 con la Deliberazione del Consiglio dei Ministri del 13 gennaio 2021.

Pertanto, deduce la parte appellante, l'esigenza di riorganizzare l'intera rete ospedaliera, al fine di efficientare le prestazioni sanitarie, da un lato per contrastare la pandemia, dall'altro lato per garantire la "normale" assistenza sanitaria, non è maturata affatto nel corso dell'anno 2021, ma era già ben nota all'Amministrazione regionale da prima che fosse avviata la fase istruttoria del giudizio d'appello, risultandone a suo avviso inficiata la tesi, recepita dal T.A.R., secondo la quale la Regione Liguria avrebbe motivatamente revocato

la gara *de qua* in virtù di una sopraggiunta ed imprevedibile situazione di fatto e di una nuova valutazione degli interessi pubblici coinvolti.

Deduce inoltre la parte appellante che la Regione ha sostenuto in primo grado di aver dato attuazione “... *alle previsioni del P.N.R.R. tramite le Delibere della Giunta regionale n. 400 del 7 maggio 2021 (doc. n. 19), n. 541 del 22 giugno 2021 (doc. n. 20) e n. 717 del 6 agosto 2021 (doc. n. 21). Segnatamente, con la Delibera n. 717 del 6 agosto 2021 (doc. n. 21) la Regione Liguria ha approvato il documento “Programma Restart Sanità – Risposta al fabbisogno sanitario: domanda, criticità e principali azioni nel breve-medio periodo (2021/2022)”*, nel quale, in relazione alle diverse prestazioni in cui si articola l’offerta sanitaria regionale, viene sottolineata la necessità di “*ridefinire il governo del percorso di presa in carico e gestione del paziente da parte dei M.M.G. e integrarlo nell’offerta di assistenza sanitaria prevista dalle Case della Comunità ed Ospedali di Comunità*””.

Allega quindi la parte appellante che secondo la ricostruzione dell’Amministrazione regionale, erroneamente accolta dal T.A.R., la riorganizzazione del sistema sanitario regionale sarebbe stata addirittura imposta dagli obiettivi del P.N.R.R., contestualizzati nel Piano “*Restart*”, di cui alle D.G.R. n. 1055/2021 e n. 1057/2021, laddove, per contro, il P.N.R.R. è stato definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio Europeo, il quale ha recepito la proposta della Commissione europea, in data 13 luglio 2021: pertanto, la necessità di dover adottare, a livello regionale, le misure attuative del suddetto Piano Nazionale era circostanza nota all’Amministrazione ben prima del deposito in giudizio della relazione del CTU.

La parte appellante sottolinea inoltre la contraddittorietà dell’argomentazione regionale, non rilevata dal T.A.R., secondo cui con le D.G.R. del “*7 maggio 2021*” e del “*22 giugno 2021*” sarebbe stata data attuazione al P.N.R.R. il quale, però, è stato approvato “*nel Luglio 2021*”.

Aggiunge la parte appellante che i provvedimenti riguardanti direttamente il presidio ospedaliero di Cairo Montenotte (e di Albenga), compresi quelli impugnati in primo grado, sono tutti successivi al deposito della relazione del CTU e, quindi, alla conclusione del giudizio in appello che ha visto la soccombenza della Regione; in data 13 luglio 2021, inoltre, la Regione Liguria ha depositato nel giudizio di appello le osservazioni alla relazione del CTU, contestando le conclusioni della medesima e continuando a perorare la legittimità della procedura e l'intenzione di aggiudicare la gara in favore della Istituto Terapeutico Galeazzi S.p.a..

Ne consegue, evidenzia la parte appellante, che nel luglio del 2021, allorquando aveva già adottato le Deliberazioni della Giunta Regionale n. 400 del 7 maggio 2021 e n. 541 del 22 giugno 2021 (in asserita attuazione dell'approvando P.N.R.R.) e stava programmando l'adozione delle Deliberazioni n. 717 del 6 agosto 2021 e n. 852 del 28 settembre 2021, la Regione Liguria ha sostenuto innanzi al Consiglio di Stato che la volontà di attivare la concessione era rimasta invariata, così come gli obiettivi originari sottesi all'indizione della procedura di gara.

8.1. Espone ancora la parte appellante, quanto al "*Piano Restart*", presentato nel mese di agosto 2021, che tra i suoi obiettivi principali figurano sia lo sviluppo della rete territoriale come indicato dal P.N.R.R., sia lo sviluppo della rete ospedaliera con coinvolgimento dei privati per il recupero della mobilità passiva e delle liste di attesa: dunque, l'obiettivo del Piano di riorganizzazione sanitaria regionale è duplice e prevede espressamente il coinvolgimento dei soggetti privati – come previsto nell'ambito della concessione revocata – tant'è che, rispetto ai 24 milioni di euro di stanziamento a sostegno degli sviluppi a breve e medio termine, ben € 8,8 milioni (37%) sono stati assegnati all'ortopedia, specialità alla base dell'affidamento in concessione degli Ospedali di Albenga e di Cairo Montenotte.

Deduce ancora la parte appellante che l'Ospedale di Cairo Montenotte, per la sua strutturazione, non rappresenta un centro nevralgico per la sanità ligure o

un sito particolarmente importante per rispondere alle esigenze della collettività: infatti, l'affidamento della concessione aveva proprio la finalità di rivalutare il presidio ospedaliero *de quo*, posto che il progetto originario comprendeva anche la funzione di Pronto Soccorso, del tutto assente nel territorio di riferimento.

8.2. Allega inoltre la parte appellante che la Regione, nel corso del giudizio innanzi al T.A.R., ha affermato che *“la scelta ... di revocare la procedura di gara in questione ... non [ricadeva] nell'ambito applicativo dell'art. 21-quinquies della L. n. 241/1990”* e, conseguentemente, che *“non [richiedeva] una comparazione tra l'interesse pubblico e l'interesse privato dei partecipanti alla gara”*, nonostante la citata norma sia stata espressamente richiamata nei provvedimenti impugnati in primo grado: quindi, la stessa Amministrazione resistente ha pacificamente confermato di non aver disposto la revoca a seguito della valutazione di un superiore e sopravvenuto interesse pubblico, in quanto ritenuta non necessaria.

8.3. Deduce altresì la parte appellante che, dando eccessiva rilevanza all'istruttoria dell'Azienda Ligure Sanitaria (A.Li.Sa.), comunque compiuta dopo il deposito delle predette risultanze della CTU, il T.A.R. non ha nemmeno riconosciuto la manifesta illogicità sottesa ai provvedimenti impugnati in primo grado, i quali sono del tutto immotivati, oltre che sproporzionati in relazione ai fini perseguiti e non rispondenti all'interesse pubblico ed alle effettive esigenze della collettività, impedendo l'attivazione di un – necessario – Pronto Soccorso presso il sito (*“che perderebbe la configurazione di presidio ospedaliero”*), per realizzare solamente un *“centro per l'assistenza intermedia”*.

9. Alla luce della esposizione che precede dei motivi di appello, deve premettersi che la parte appellante si prefigge di dimostrare che la scelta di revocare la gara non è dipesa dall'esigenza di adeguare l'offerta di prestazioni sanitarie erogabili presso l'Ospedale Cairo Montenotte alle mutate esigenze

assistenziali rilevate in sede programmatica, connesse alla vicenda pandemica, alle conseguenti indicazioni programmatiche di matrice europea, così come trasfuse nel P.N.R.R., ed ai nuovi bisogni di cura manifestati dalla popolazione ligure (attraverso, essenzialmente, la dismissione delle funzioni proprie dei presidi ospedalieri tradizionali, sul modello dei quali era stato previsto l'affidamento in concessione della relativa gestione, e l'assunzione del ruolo di Centro per l'assistenza intermedia e per l'offerta territoriale, funzionale alla erogazione di servizi di prossimità e di assistenza riabilitativa post-acuti preordinati alla domiciliarietà del paziente, destinati essenzialmente ai pazienti con multicronicità ed elevata fragilità), ma dalla volontà di “sterilizzare” l'esito vittorioso per la Società Policlinico di Monza S.p.a. del giudizio da questa instaurato avverso il (rinnovato) provvedimento di aggiudicazione della concessione a favore della Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a., quale si profilava sulla scorta della CTU disposta da questa Sezione al fine di verificare l'effettiva sussistenza dei denunciati profili di anomalia nell'offerta della aggiudicataria.

10. Le censure della parte appellante si inseriscono quindi, complessivamente considerate, nel solco della denuncia del vizio di sviamento a carico della contestata scelta revocatoria, il quale tipicamente si manifesta allorché l'esercizio del potere sia piegato al perseguimento di una finalità estranea a quella caratterizzante la sua causa tipica, divenendo strumentale al soddisfacimento di interessi esulanti dal quadro teleologico in vista del quale il medesimo potere è attribuito all'Amministrazione, se non addirittura dal novero di quelli da essa legittimamente perseguibili con gli strumenti previsti dall'ordinamento.

E' altresì noto che il vizio di eccesso di potere non deve costituire oggetto di una prova piena da parte del ricorrente, il quale sovente non dispone dei mezzi probatori necessari ad offrirne una rappresentazione plastica ed inconfutabile, purché la sua deduzione in giudizio sia accompagnata dalla allegazione di significativi elementi sintomatici, atti ad offrire una attendibile

dimostrazione, anche solo di carattere presuntivo, dello sviamento della funzione pubblica dai suoi obiettivi istituzionali e legittimamente perseguibili. Trattasi di un vizio che, pur attenendo alla fattispecie sostanziale di invalidità del provvedimento impugnato, è destinato tipicamente ad emergere e delinearsi sul piano processuale, intersecando profili di carattere squisitamente probatorio e costituendo il punto di confluenza finale degli apporti istruttori delle parti e della valutazione conclusiva che ne opera il giudice.

11. Ciò premesso, ritiene il Collegio che le circostanze allegate dalla parte appellante non raggiungano la soglia di perspicuità e congruenza necessaria a configurare gli estremi del vizio allegato.

11.1. In primo luogo, deve osservarsi che la parte appellante si prefigge di desumere la strumentalità della scelta revocatoria dal comportamento processuale della Regione Liguria nel giudizio di appello dalla stessa proposto avverso la sentenza (n. 371 del 13 giugno 2020) del T.A.R. per la Liguria, con la quale era stato disposto l'annullamento del Decreto Dirigenziale n. 27 del 7 gennaio 2020, recante l'aggiudicazione a favore della Società Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a. della gara per l'affidamento in concessione degli Ospedali S. Maria della Misericordia – Albenga e S. Giuseppe - Cairo Montenotte, avendo la stessa insistito per l'accoglimento dell'appello nonostante fosse già stata – *recte*, avrebbe già dovuto essere – rilevata l'esigenza di riorganizzazione della rete di offerta delle prestazioni sanitarie che, come si è visto, è stata posta a fondamento del successivo provvedimento di revoca degli atti di gara.

Ebbene, l'impostazione della parte appellante è, già in radice, intrinsecamente minata nella sua persuasività esplicativa delle effettive ragioni della determinazione impugnata dalla diversità tra il soggetto deputato al compimento delle scelte difensive nell'ambito di un giudizio in corso di svolgimento – identificabile nel titolare del relativo ministero difensivo – e l'organo/gli organi di amministrazione attiva preposto/i al perseguimento degli interessi pubblici affidati all'Amministrazione ed alla adozione dei

provvedimenti consequenziali alla loro sovente mutevole percezione, sulla scorta dei cambiamenti verificatisi nella realtà – amplificati, nella fattispecie in esame, dalla rapida evoluzione del contesto pandemico e delle misure adottate anche a livello sovranazionale al fine di contenerne gli effetti devastanti sul piano economico e sociale - e delle ricadute degli stessi sulla selezione e graduazione degli obiettivi da realizzare: diversità cui si correla quella dei piani sui quali si svolgono le relative valutazioni e delle finalità rispettivamente perseguite, con le connesse implicazioni in termini di responsabilità soggettiva ed istituzionale, siccome relative, nel primo caso, alla difesa in giudizio della legittimità del provvedimento originariamente impugnato, laddove (e finché) non emergano circostanze (o siano adottati i conseguenti provvedimenti) oggettivamente dimostrative della sua non più attuale rispondenza alle nuove esigenze dell'Amministrazione, così come apprezzate dagli organi competenti della stessa, nel secondo, come si è detto, all'adeguamento dinamico dell'assetto provvedimentale alle mutevoli valutazioni circa la sua aderenza al quadro dei fatti e degli interessi rilevanti venuto di volta in volta a determinarsi nella realtà socio-economica e più in particolare, come nella specie, sanitaria.

11.2. Da questo punto di vista, se si vuole operare una ricostruzione della fattispecie in esame aderente alla realtà amministrativa, non può attribuirsi soverchia importanza alla unitarietà soggettiva dell'Amministrazione cui sono imputabili, in ultima analisi, sia le scelte difensive che quelle sostanziali, una volta che, alla luce dei rilievi che precedono, sia chiaro che le prime si caratterizzano per la loro intrinseca staticità/storicità, essendo come si è detto preordinate alla dimostrazione della piena legittimità del provvedimento impugnato ed alla preservazione della sua integrità giuridico-effettuale, mentre le seconde sono connotate da ineliminabile dinamicità, in quanto bisognevoli di continuo aggiornamento in parallelo con i *nova* verificatisi nella realtà e nell'apprezzamento degli interessi che questa è idonea ad esprimere.

In tale (realistico) contesto ricostruttivo, è evidente che, così come il dovere del giudice di pronunciarsi nel merito della *res iudicanda* – ergo, sulla legittimità del provvedimento *in iudicio deducto* – cessa solo in presenza di atti e/o fatti univocamente indicativi del venir meno dell'interesse del ricorrente all'ottenimento di una siffatta decisione, quale può desumersi, emblematicamente, dalla sopravvenienza di un assetto provvedimentale incompatibile con quello oggetto di giudizio e tale da determinarne il radicale superamento, allo stesso modo, il mandato conferito al difensore dell'Amministrazione di sostenere le ragioni di quest'ultima, e quindi la legittimità del provvedimento impugnato, recede – in mancanza di diverse indicazioni dei competenti organi di amministrazione attiva - solo quando siano stati adottati provvedimenti tali da rendere sostanzialmente indifferente per la medesima Amministrazione l'esito della controversia.

11.3. Calando tali coordinate interpretative nella fattispecie in esame, deve osservarsi che è solo con l'adozione del provvedimento revocatorio (n. 8071 del 29 dicembre 2021) da parte del competente organo dirigenziale regionale, preceduto dalla delibera “*di indirizzo*” della G.R. (n. 852 del 28 settembre 2021), che si è reso palese e tangibile alla difesa regionale nel giudizio avente ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione a favore della Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a. il venir meno dell'interesse dell'Amministrazione patrocinata a confutare le deduzioni dell'originaria ricorrente Policlinico di Monza S.p.a. (recepite dal T.A.R. con la sentenza n. 371/2020) avverso il provvedimento suindicato ed a proteggerlo dalla scure della caducazione giurisdizionale (che sullo stesso ormai, mercé la sentenza di primo grado, già si era abbattuta).

Consegue, dalle considerazioni che precedono, che la persistente linea difensiva regionale, pur in costanza dei provvedimenti (sovrnazionali, nazionali e regionali) richiamati a fondamento della decisione revocatoria e sintomatici della progressiva maturazione di un orientamento inteso alla revisione del quadro programmatico all'interno del quale era stato disposto

l'avvio della procedura di gara per l'affidamento in concessione della gestione dell'Ospedale S. Giuseppe – Cairo Montenotte, non può essere assunta a prova, dotata dei necessari requisiti di precisione e concordanza, dello sviamento inficiante la deliberazione n. 852/2021 ed il conseguente provvedimento dirigenziale n. 8071/2021: ciò quantomeno laddove non si dimostri (ma su tale aspetto si dirà meglio *infra*) che la scelta revocatoria non costituisca lo sbocco coerente di quella concatenazione e successione provvedimentale che ne ha preceduto l'espressione finale.

11.4. Deve inoltre rilevarsi che, sebbene la revoca degli atti della gara potesse ritenersi in germe nei provvedimenti che l'hanno preceduta, essa è comunque espressiva di valutazioni ed acquisizioni istruttorie che non consentivano, finché non è stata perfezionata, di attribuire carattere ineluttabile e scontato alla riconfigurazione della *mission* dell'Ospedale di Cairo Montenotte, tale da renderla incompatibile con il modello di affidamento in concessione posto a base della gara.

In quest'ottica, è in primo luogo insufficiente a costituire un sintomo concreto di sviamento il fatto che, con le Delibere del Consiglio dei Ministri innanzi richiamate, alla data (28 dicembre 2020, come da ordinanza n. 8445) in cui è stata disposta l'istruttoria da parte di questa Sezione, fosse già stato (dichiarato e) prorogato lo stato di emergenza connesso alla pandemia da SARS-CoV-2.

Basti osservare che, già sul piano delle scelte di carattere sostanziale (e quindi, *a fortiori*, nell'ottica delle scelte processuali dell'Amministrazione, che per quanto detto alle prime tengono dietro, non potendo né indirizzarle né tantomeno precederle), la mera dichiarazione dello stato di emergenza non poteva ritenersi indicativa delle conseguenti ricadute che lo stesso avrebbe avuto sulla programmazione sanitaria e, quindi, sulla ri-definizione della funzione delle strutture sanitarie nel complessivo panorama dell'offerta assistenziale, tanto più se connesse, come accaduto nella fattispecie in esame, a decisioni *in fieri*, maturate all'esito di un complesso percorso istruttorio e

decisione tesa a verificare l'incidenza della pandemia sui bisogni di salute della popolazione interessata e ad individuare le concrete misure correttive finalizzate ad aggiornare l'offerta assistenziale alle esigenze sopravvenute.

Deve infatti ribadirsi che la decisione di riconvertire la struttura di Cairo Montenotte da Ospedale a struttura integrata con funzione di Ospedale di Comunità, Reparto di riabilitazione post-acuti e Casa di Comunità, tale, cioè, da rendere incompatibile il relativo nuovo ruolo assistenziale in campo sanitario e socio-sanitario con quello avuto presente allorché era stato stabilito di affidarne la gestione in concessione, è scaturita da un complesso *iter* procedimentale scandito dai seguenti provvedimenti:

- il P.N.R.R. - Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, presentato dall'Italia alla Commissione europea il 30 aprile 2021 e definitivamente approvato con Decisione di esecuzione del Consiglio dell'Unione Europea del 13 luglio 2021, nel quadro del programma di finanziamento straordinario europeo “*Next Generation EU*”, laddove prevede tre specifici interventi finalizzati a dare attuazione al nuovo modello di assistenza territoriale e di prossimità, ovvero:

- 1) l'implementazione delle Case della Comunità;
- 2) la previsione della casa come primo luogo di cura, assistenza domiciliare e telemedicina;
- 3) il rafforzamento dell'assistenza sanitaria intermedia e delle sue strutture (in particolare gli Ospedali di Comunità);

- il “*Programma Restart Sanità - Piano di Risposta al fabbisogno sanitario: domanda, criticità e principali azioni nel breve-medio periodo (2021/2022)*”, approvato con deliberazione della G.R. della Liguria n. 717 del 6 agosto 2021, recante le azioni e relative risorse finalizzate a permettere la ripresa e l'implementazione delle attività sanitarie non COVID-19 correlate, in attuazione degli indirizzi e delle indicazioni del P.N.R.R.;

- la nota di A.Li.Sa. prot. n. 26492 del 10 settembre 2021, con la quale si rappresenta, sulla scorta del *pattern* demografico ed epidemiologico della

Regione Liguria, la necessità di percorsi di presa in carico più complessi rivolti al paziente con multicronicità ed elevata fragilità, attraverso il potenziamento dell'offerta territoriale con Case di Comunità, in grado di offrire Servizi diagnostici e ambulatoriali potenziati e introdurre servizi di prossimità, e strutture per l'assistenza riabilitativa post-acuti in grado di accompagnare la domiciliarizzazione del paziente in continuità fisica e funzionale con gli Ospedali di Comunità. La medesima nota inoltre, come si è visto, indica le aree del territorio regionale per le quali, alla luce delle relative caratteristiche demografiche ed epidemiologiche, si prevede il potenziamento dell'offerta territoriale nel senso innanzi prefigurato, ovvero la Val Bormida - ASL2, la Valle Scrivia - ASL3 e la Val di Vara - ASL5, precisandosi, per quanto riguarda la prima, nella quale insiste il presidio di Cairo Montenotte, che questo garantisce la continuità strutturale e funzionale degli strumenti del modello di offerta, presentando, per dimensioni, localizzazione e interventi necessari per la riconversione della funzione, caratteristiche ideali al fine di garantire l'offerta territoriale sopradescritta;

- la stessa deliberazione di G.R. n. 852/2021, la quale porta a compimento il percorso suindicato, dando atto che l'attuale configurazione dello stabilimento di San Giuseppe a Cairo Montenotte, che *“costituisce l'unica sede idonea ad assumere la connotazione di centro per l'assistenza intermedia e per l'offerta territoriale”*, è *“difficilmente compatibile”* con la contestuale presenza delle funzioni ospedaliera e, quindi, con il progetto originario di affidamento in regime di concessione della relativa gestione.

11.5. Dalla ricostruzione che precede discende quindi che è solo con la deliberazione n. 852/2021 che, sulla scorta della presupposta nota di A.Li.Sa., i nuovi indirizzi strategici regionali approdano alla individuazione dell'Ospedale S. Giuseppe di Cairo Montenotte quale sito idoneo a realizzare le nuove funzioni assistenziali atte a soddisfare le esigenze di cura della popolazione appartenente al relativo bacino di utenza e, nel contempo, alla presa d'atto del venir meno dell'interesse pubblico all'affidamento in

concessione della relativa gestione sulla base della configurazione ospedaliera originaria: con la conseguenza che, fino a tale momento, la scelta difensiva di insistere per l'accoglimento dell'appello proposto dalla Regione Liguria avverso la sentenza n. 746/2022 deve considerarsi coerente con il parallelo evolvere del rapporto sostanziale, che non era culminato ancora nell'adozione di atti univocamente indicativi della sopravvenuta carenza dell'interesse della parte appellante alla riforma della statuizione appellata.

11.6. Quanto poi alla deduzione della parte appellante, intesa ad evidenziare che la Regione, nel corso del giudizio innanzi al T.A.R., ha affermato che *“la scelta ... di revocare la procedura di gara in questione ... non [ricadeva] nell'ambito applicativo dell'art. 21-quinquies della L. n. 241/1990”* e, conseguentemente, che *“non [richiedeva] una comparazione tra l'interesse pubblico e l'interesse privato dei partecipanti alla gara”*, desumendone che la stessa Amministrazione resistente avrebbe ammesso di non aver disposto la revoca a seguito della valutazione di un superiore e sopravvenuto interesse pubblico, è sufficiente osservare che essa è smentita dal chiaro tenore testuale dei provvedimenti impugnati, che a quella disposizione – ed alla *ratio* del potere di revoca da essa contemplano – fanno riferimento.

12. Inidonei, infine, a dimostrare l'irragionevolezza del provvedimento impugnato, come correttamente rilevato dal T.A.R., sono i rilievi attorei intesi ad evidenziare che il menzionato *“Programma Restart”* contemplava anche il potenziamento delle funzioni assistenziali ospedaliere, come quella ortopedica, ed il ricorso a forme di partenariato pubblico – privato ai fini del loro svolgimento, dal momento che la scelta tra più obiettivi strategici, tutti ugualmente validi da un punto di vista astratto, non può che appartenere all'area del merito amministrativo, senza che la preferenza manifestata a favore di uno di essi, laddove non se ne deduca né dimostri l'inidoneità a realizzare efficacemente l'interesse pubblico perseguito in concreto, sia idonea a disvelare profili di illogicità della scelta compiuta.

Quanto invece all'assunto secondo cui l'Ospedale di Cairo Montenotte non avrebbe avuto rilevanza strategica nel complessivo assetto sanitario ligure e che la prevista istituzione presso lo stesso del Pronto Soccorso aveva appunto la finalità di rivalutarlo, deve osservarsi che la deduzione, lungi dal dimostrarne l'illogicità, rafforza la scelta revocatoria (e quella presupposta di riconvertire il predetto nosocomio), atteso che proprio la sua non essenzialità come Ospedale ne giustificava la funzionalizzazione ad una nuova *mission* assistenziale, coerente con gli specifici bisogni di salute della popolazione di riferimento.

Lo stesso dicasi per la deduzione di parte appellante secondo cui sarebbe illogica la scelta di privare il territorio interessato del presidio di Pronto Soccorso, impingendo nelle valutazioni di merito dell'Amministrazione in ordine alla scelta degli obiettivi assistenziali da privilegiare.

13. L'avvenuto esame dell'appello proposto dalla Società Policlinico di Monza S.p.a., relativamente alla domanda di riforma della sentenza appellata nella parte in cui ha respinto quella di annullamento dei provvedimenti impugnati formulata con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado (ed i successivi motivi aggiunti), può a questo punto cedere il passo, prima di analizzare le censure concernenti la domanda risarcitoria (con le quali si lamenta il carattere non pienamente soddisfacente della sentenza appellata, che pur l'ha parzialmente accolta), al concorrente appello proposto dalla Regione Liguria, in quanto rivolto a contestare lo stesso *an* della pretesa risarcitoria della suddetta società.

14. Con il primo motivo di appello, l'appellante Regione Liguria contesta la sentenza appellata nella parte in cui ha respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio da essa formulata in primo grado – così come, di riflesso, quella di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dei motivi aggiunti – sulla scorta della dedotta tardiva impugnazione, da parte della società ricorrente, della delibera n. 852 del 28 settembre 2021, con la quale la Giunta regionale, come si è visto, ha dato “*mandato al Settore*

Stazione unica appaltante regionale di avviare il procedimento di revoca” della procedura di affidamento in regime di concessione della gestione dei presidi ospedalieri Ospedale S. Maria della Misericordia di Albenga e Ospedale S. Giuseppe – Cairo Montenotte (Lotto 2), in ragione dei sopravvenuti motivi di pubblico interesse connessi alla conversione dell’Ospedale S. Giuseppe di Cairo Montenotte in un Centro per l’assistenza intermedia e per l’offerta territoriale.

14.1. Premesso che la suddetta eccezione è stata respinta dal T.A.R. sul rilievo che la deliberazione suindicata *“costituisce un atto interno privo di effetti immediatamente lesivi, che si colloca in posizione speculare alla determina a contrarre e, segnatamente, alla D.G.R. n. 67 dell’8 febbraio 2018, con cui il medesimo organo regionale aveva conferito mandato ad A.Li.Sa. di trasmettere al Settore S.U.A.R. la documentazione necessaria all’avvio della gara”*, la Regione appellante deduce il carattere meramente esecutivo del decreto dirigenziale n. 8071 del 29 dicembre 2021 rispetto alla decisione della Giunta regionale (esternata con la delibera suindicata) di revocare la procedura di gara, quale *contrarius actus* rispetto alla decisione, assunta dalla medesima Giunta regionale (ed in concreto manifestata con le delibere n. 26 del 20 gennaio 2017, n. 1231 del 28 dicembre 2017 e n. 67 dell’8 febbraio 2018) di indire la gara medesima: carattere che costituirebbe il riflesso, secondo la prospettazione della parte appellante, del rapporto di natura organizzativa esistente tra la Regione e la S.U.A.R., che della prima costituirebbe una mera articolazione interna.

14.2. Il motivo è inammissibile.

Deve infatti osservarsi che, sebbene abbia dichiarato l’ammissibilità dell’impugnazione avente ad oggetto i provvedimenti suindicati, respingendo le correlative eccezioni della Regione resistente, il giudice di primo grado ha statuito la reiezione della relativa domanda di annullamento: la domanda risarcitoria della parte ricorrente è stata infatti accolta – non quale conseguenza dell’annullamento dei menzionati provvedimenti revocatori, ma

- relativamente ai danni conseguenti ai provvedimenti di aggiudicazione illegittimamente adottati (e per questo annullati con pregresse sentenze passate in giudicato) a favore della Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a..

Nessun concreto interesse può quindi predicarsi in capo alla parte appellante in ordine all'accoglimento delle suindicate eccezioni di inammissibilità (quanto al ricorso introduttivo del giudizio)/improcedibilità (quanto ai motivi aggiunti), essendo i provvedimenti impugnati (ed in particolare la delibera di Giunta regionale n. 852 del 28 settembre 2021, che la ricorrente avrebbe tardivamente impugnato secondo la prospettazione regionale) estranei alla serie causale che ha condotto alla produzione del danno di cui il T.A.R. ha riconosciuto il risarcimento a favore della ricorrente società Policlinico di Monza S.p.a. (avente appunto, nella ricostruzione della fattispecie risarcitoria operata dal giudice di primo grado e dalla quale questo ha fatto derivare l'appellata statuizione di condanna, il suo perno determinante nei precedenti provvedimenti di aggiudicazione della gara a favore dell'altra concorrente).

14.3. Il motivo, peraltro, è anche infondato.

Deve invero osservarsi che, mediante la citata deliberazione n. 852/2021, la Giunta regionale, coerentemente con la funzione di indirizzo politico-amministrativo dell'organo, si è limitata a *“formulare indirizzi affinché si provveda alla revoca della procedura di affidamento in regime di concessione della gestione dei suddetti presidi ospedalieri in ragione dei sopravvenuti motivi di pubblico interesse e del mutamento dei presupposti che avevano determinato l'esperimento della procedura di gara”*, disponendo, come si è visto, di *“dare mandato al Settore Stazione unica appaltante regionale di avviare il procedimento di revoca”*.

Quindi, pur non potendo condividersi l'assunto della parte resistente, secondo cui la delibera n. 852/2021 non sarebbe parte della sequenza procedimentale il cui approdo finale è rappresentato dal decreto dirigenziale n. 8071/2021, la Giunta regionale, con la delibera suindicata, non ha *“prescritto”* al Settore S.U.A.R. di provvedere alla revoca della procedura di

affidamento, ma si è limitata, coerentemente con la sua posizione nel complessivo assetto organizzativo-istituzionale regionale e con la correlata natura delle sue funzioni, a dare impulso al relativo procedimento, solo all'esito del quale, anche alla luce del contraddittorio instaurato (sebbene di fatto, in ragione della contingente volontà non partecipativa delle concorrenti, non realizzatosi), è stata valutata (dal competente organo dirigenziale) la sussistenza dei presupposti, di segno squisitamente discrezionale, per procedere alla revoca.

Sebbene, infatti, la delibera n. 852/2021 ponga in evidenza la necessità – alla luce del mutato quadro programmatico regionale – di procedere alla revoca, è solo con il decreto dirigenziale suindicato che essa, sebbene richiamando le ragioni addotte con la delibera suindicata, è stata finalmente disposta, sulla scorta della rilevata necessità di adeguare le funzioni assistenziali svolte dal presidio di S. Giuseppe di Cairo Montenotte alle nuove esigenze di cura imposte dalla pandemia e dal programma di ripresa della ordinaria attività sanitaria (ritenuta implicitamente prevalente sull'interesse privato - facente capo ai due soggetti concorrenti all'affidamento della concessione ma ormai, per effetto della sentenza del Consiglio di Stato n. 6820 dell'11 ottobre 2021 e del definitivo accertamento, da questa recato, della insostenibilità dell'offerta economica della Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a., imputabile alla sola Policlinico di Monza S.p.a. - all'aggiudicazione ed alla esecuzione della concessione).

Ne consegue che il decreto dirigenziale n. 8071 del 29 dicembre 2021, lungi dall'atteggiarsi a conseguenza ineluttabile della deliberazione di G.R. n. 852/2021, costituisce lo sbocco affatto vincolato di un autonomo procedimento di autotutela gestito dalla competente S.U.A.R. (sebbene, come si è detto, esso abbia sostanzialmente mutuato, anche in conseguenza del mancato apporto procedimentale dei soggetti interessati, le motivazioni emergenti dalla delibera presupposta).

15. Con il successivo motivo di appello, la Regione appellante lamenta che il T.A.R. ha omesso di considerare che, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante proceda legittimamente – come avvenuto nella specie, secondo la stessa sentenza appellata - alla revoca della procedura di gara, e non sussistano i presupposti previsti dall'art. 1337 c.c., il concorrente aggiudicatario ha diritto esclusivamente ad ottenere l'indennizzo previsto dall'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990: la revoca della procedura di gara, infatti, produce l'effetto di interrompere il nesso di causalità tra il provvedimento di aggiudicazione, ritenuto illegittimo dal giudice amministrativo, ed il danno derivante alla ricorrente in conseguenza della mancata aggiudicazione della gara medesima. Deduce inoltre la parte appellante che il giudice di prime cure non ha tenuto conto delle seguenti circostanze: *a)* nemmeno l'aggiudicataria Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a. ha mai effettivamente gestito gli Ospedali Santa Maria della Misericordia di Albenga e San Giuseppe di Cairo Montenotte, stante la prassi della stazione appaltante di non stipulare alcun contratto in pendenza di contenzioso; *b)* la stessa Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a. ha impugnato la sentenza del T.A.R. Liguria n. 371 del 13 giugno 2020, con la quale è stato annullato il Decreto dirigenziale n. 27 del 7 gennaio 2020, di talché il contenzioso si sarebbe protratto, comunque, fino all'ottobre 2021 (cfr. sentenza del Consiglio di Stato n. 6820 dell'11 ottobre 2021), ossia fino ad epoca successiva rispetto all'adozione dei provvedimenti di revoca; *c)* anche l'offerta della società Policlinico di Monza S.p.a. avrebbe dovuto essere sottoposta alla verifica di anomalia.

Di conseguenza, conclude la parte appellante, non risulta né “*praticamente certo*”, né “*indubitabile*” che la mancata aggiudicazione alla società Policlinico di Monza S.p.a. - nel febbraio 2019 ovvero nel gennaio 2020, come ipotizzato dal TAR - le abbia cagionato un danno.

15.1. Il motivo è meritevole di accoglimento.

15.2. Occorre premettere che il T.A.R., al fine di respingere la corrispondente allegazione difensiva regionale, e quindi escludere che l'atto di revoca

costituisca *“un fattore sopravvenuto idoneo ad interrompere il rapporto eziologico tra i provvedimenti viziati annullati dal T.A.R. e l’evento lesivo, consistito nell’omessa aggiudicazione della gara a Policlinico in un momento anteriore alla decisione regionale di mutare la configurazione dell’ospedale cairese per via della sopravvenuta situazione sanitaria”*, ha evidenziato che *“è praticamente certo che, se l’Amministrazione non avesse illegittimamente aggiudicato – per ben due volte – la procedura alla controinteressata, Policlinico di Monza s.p.a. sarebbe divenuta affidataria della concessione nel febbraio 2019 o, al massimo, nel gennaio 2020”*, altresì osservando, quanto alla (necessaria) correlazione causale tra fatto lesivo e danni-conseguenza, che, secondo il criterio della c.d. causalità adeguata, *“nella specie è indubitabile che la mancata tempestiva aggiudicazione della concessione del servizio di gestione degli ospedali abbia precluso a Policlinico il conseguimento di un lucro. Se avesse ottenuto l’affidamento a tempo debito, infatti, anche nell’ipotesi di cessazione anticipata del rapporto concessorio (che la Regione avrebbe pur sempre potuto disporre per far fronte alla pandemia, ai sensi dell’art. 176, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016), la ricorrente avrebbe comunque gestito i nosocomi almeno fino al dicembre 2021 e, per il periodo successivo, avrebbe ricevuto l’indennizzo di legge (perché la revoca avrebbe inciso su un contratto di concessione già siglato ed in corso di esecuzione)”*.

15.2. Ebbene, deve in primo luogo osservarsi che l’interesse giuridico della ricorrente che la sentenza appellata ha inteso tutelare sul piano risarcitorio, così come le conseguenze pregiudizievoli che il T.A.R., accertata l’ingiusta lesione da parte dell’Amministrazione di quell’interesse e l’impossibilità di soddisfacimento in forma specifica dello stesso, ha inteso ristorare è inquadrabile – ed è stato di fatto inquadrato dal T.A.R., come si è detto – come interesse, di matrice pretensiva, al conseguimento del bene della vita, rappresentato nella specie dalla concessione *de qua*, che l’Amministrazione,

mediante i provvedimenti di aggiudicazione della stessa a favore della Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a., ha illegittimamente sacrificato.

L'interesse in discorso, con i profili di danno che ne costituiscono il corredo sul piano risarcitorio, si iscrive quindi, nella *summa divisio* che gli interpreti sono soliti operare ai fini della ricostruzione del sistema risarcitorio coinvolgente la responsabilità della P.A., nella categoria dell'interesse legittimo pretensivo all'ottenimento dell'aggiudicazione e la lesione che esso tipicamente subisce è quella derivante dall'adozione da parte dell'Amministrazione di un illegittimo provvedimento di aggiudicazione a favore di terzi: ad esso fa da contraltare, per l'ipotesi in cui l'Amministrazione abbia invece ritenuto di non dare corso all'aggiudicazione e quindi determinare l'arresto del procedimento di gara, quello, foriero di riflessi risarcitori di segno "negativo", all'esercizio da parte della stessa del suo *jus poenitendi* conformemente ai canoni di buona fede e correttezza che devono ispirare lo svolgimento della relazione pre-contrattuale, anche quando si sviluppi entro l'alveo procedimentale governato dalle norme di azione.

Alla diversità della posizione giuridica azionata – nell'un caso, come si è detto, classificabile come interesse legittimo al corretto esercizio da parte dell'Amministrazione del suo potere di selezione dell'impresa aggiudicataria, nell'altro caso, come diritto soggettivo del concorrente a non essere coinvolto in trattative inutili o dannose – si associa quella delle conseguenze pregiudizievoli suscettibili di risarcimento, comprensive nel primo della perdita, *sub specie* di mancato guadagno, dei vantaggi connessi al conseguimento dell'aggiudicazione e limitate nel secondo alle spese sostenute per partecipare alla gara ed alle occasioni di guadagno che la frustranea partecipazione ha impedito di cogliere.

15.3. Deve altresì rilevarsi che l'accertamento della posizione giuridica tutelabile spetta al giudice adito in sede risarcitoria, il quale la identifica sulla scorta delle allegazioni della parte ricorrente e dei fatti acquisiti in giudizio, in correlazione con le pertinenti coordinate giuridiche.

Uno dei criteri cui il giudice deve attenersi, nel compimento di siffatta opera ricostruttiva, è quello della unitarietà della situazione giuridica tutelabile sul piano risarcitorio, quale si delinea sulla scorta ed a conclusione del complessivo sviluppo procedimentale concernente il medesimo episodio di gara: ciò anche tenuto conto che l'interesse concretamente leso costituisce il presupposto soggettivo della fattispecie risarcitoria, atto ad illuminare anche quello oggettivo dell'ingiustizia dell'evento dannoso, e che esso deve quindi costituire, nella sua attualità, oggetto di accertamento nell'ambito del giudizio risarcitorio.

Da tale impostazione discende il ruolo centrale che l'esito dell'azione di annullamento riveste anche ai fini della definizione del giudizio risarcitorio e la sostanziale ancillarità di quest'ultimo rispetto alla prima: ciò non nel senso del carattere marginale e secondario del rimedio risarcitorio rispetto a quello costitutivo (assumendo essi la medesima dignità di concorrenti strumenti di difesa del cittadino nei confronti dei provvedimenti illegittimi della P.A.), ma dal punto di vista del necessario concorso dell'esito dell'azione di annullamento alla ricostruzione dei presupposti giuridici della fattispecie risarcitoria.

Invero, al carattere autoritativo dell'azione amministrativa, nel senso proprio della sua idoneità a conformare le situazioni giuridiche dei cittadini (salvo, appunto, l'intervento correttivo del G.A. adito con azione di annullamento), consegue che, ai fini dell'accertamento dei presupposti della fattispecie risarcitoria, e quindi in primo luogo della situazione giuridica tutelabile con tale rimedio, non possa prescindersi dagli effetti costitutivi/modificativi/estintivi dei provvedimenti adottati: sì che, laddove, come nella specie, l'interesse giuridico pretensivo al conseguimento dell'aggiudicazione risulti paralizzato per effetto del provvedimento di autotutela che abbia vanificato lo stesso procedimento di gara e questo sia passato indenne al vaglio di legittimità del giudice amministrativo, esso non potrà più essere addotto a fondamento di una azione risarcitoria ai fini del

ristoro dei danni conseguenti al suo mancato soddisfacimento *in rerum natura*.

E' vero che le peculiari modalità di svolgimento del procedimento di gara possono dare luogo all'intersecarsi di fattispecie provvedimentali diverse e che, a seconda della prospettiva (anche temporale) adottata, in modo altrettanto diverso si atteggino le situazioni giuridiche di cui le imprese concorrenti sono titolari e gli strumenti di tutela di cui le stesse possono avvalersi: così, con riferimento alla vicenda in esame, non può negarsi che l'interesse giuridico della Policlinico di Monza S.p.a. si configuri, nel tratto procedimentale antecedente all'adozione del provvedimento di revoca della gara, come "positivamente" rivolto al conseguimento dell'aggiudicazione.

Tuttavia, se ciò può valere sul piano squisitamente descrittivo, laddove l'attenzione dell'interprete si sposti sul piano ricostruttivo dei profili risarcitori della vicenda, è necessario fare affidamento sul criterio unificante della situazione giuridica soggettiva tutelabile ai suddetti fini, il quale impone, come si è detto, di avere riguardo alla conformazione finale che essa abbia ricevuto per effetto dei plurimi e consecutivi provvedimenti dell'Amministrazione, così come si staglia sul proscenio giurisdizionale.

Invero, solo lo smarrimento di tale criterio può indurre ad attribuire soverchio risalto ai danni-conseguenza, a discapito del preliminare accertamento del danno-evento, il quale funge da parametro selettivo delle conseguenze pregiudizievoli meritevoli di tutela risarcitoria, secondo il binomio in precedenza delineato.

15.4. Con riferimento alla fattispecie in esame, quindi, solo in chiave fittiziamente retrospettiva potrebbe sostenersi che la società Policlinico di Monza S.p.a. è titolare – e fa quindi valere in giudizio in chiave risarcitoria – dell'interesse al conseguimento dell'aggiudicazione, con i vantaggi che ad essa si connettono (ed i riflessi risarcitori conseguenti alla definitiva perdita degli stessi), mentre, avendo riguardo alla vicenda complessiva così come si presenta all'osservazione del giudicante, quell'interesse è ormai fossilizzato dal

sopravvenuto (e definitivo) provvedimento di revoca, che ha fatto sorgere, sulle ceneri dello stesso, l'interesse al rispetto da parte della P.A. delle regole di correttezza che essa deve osservare *in contrahendo* (le quali, tuttavia, non hanno rilievo nel presente grado di giudizio, non avendo la Policlinico di Monza S.p.a. impugnato la sentenza n. 746/2022 nella parte in cui ha respinto la domanda di risarcimento da responsabilità pre-contrattuale dalla stessa proposta).

Risulta pertanto condivisibile – pur nella sinteticità della formula – la critica che la Regione Liguria ha mosso alla sentenza appellata, imputandole di non aver considerato l'effetto interruttivo del nesso causale tra gli illegittimi provvedimenti di aggiudicazione ed i danni (positivi) lamentati, conseguente al provvedimento di revoca degli atti di gara da essa adottato: è infatti evidente che, nella accennata prospettiva unitaria in cui deve essere collocata la vicenda complessiva ai fini della emersione della fattispecie risarcitoria, la perdita dei guadagni connessi all'aggiudicazione della concessione da parte della Policlinico di Monza S.p.a. non è derivata, se non, appunto, in un'ottica parziale di carattere storicizzato ed inattuale, dai provvedimenti di aggiudicazione adottati a favore della Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a., ma dalla revoca degli atti di gara successivamente disposta dalla Regione Liguria, la quale ha determinato il travolgimento della situazione giuridica pretensiva al conseguimento dell'aggiudicazione e, con essa, dei danni-conseguenza (da mancato guadagno) ad essa riconducibili.

16. L'accoglimento del suindicato motivo dell'appello proposto dalla Regione Liguria consente di prescindere dagli altri dalla stessa formulati: sia di quelli intesi a contestare, sotto diversi profili, la fondatezza della domanda risarcitoria, sia, *a fortiori*, di quelli inerenti al *quantum* del danno liquidato dal T.A.R..

17. Allo stesso modo, divengono improcedibili i motivi dell'appello proposti dalla Policlinico di Monza S.p.a., essenzialmente diretti alla contestazione del *quantum* liquidato ed al riconoscimento di voci di danno (come quella

curriculare ed all'immagine), il cui ristoro potrebbe avvenire esclusivamente nell'ottica della tutela dell'interesse (positivo) all'aggiudicazione della gara.

18. La peculiare complessità, oltre ai tratti originali, della controversia giustificano la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sugli appelli n. 9357/2022 e n. 9900/2022, previa riunione degli stessi, accoglie il primo, respinge il secondo e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, respinge integralmente il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Paolo Carpentieri, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO