

Pubblicato il 13/06/2020

N. 00371/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00143/2020 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 la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 143 del 2020, proposto da Policlinico di Monza S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Russo e Francesco Dal Piaz, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Liguria, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro Piciocchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Pacciani, Ada Esposito e Lorenzo Gentiloni Silveri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Daniela Anselmi in Genova, via Corsica,

19/10;

A.S.L. n. 2 Savonese, Ospedale San Giuseppe;
Ospedale S. Maria della Misericordia;
non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

di tutti gli atti, provvedimenti, documenti e verbali di gara, per quanto di interesse ed in parte qua, anche se non conosciuti, relativi alla “GARA EUROPEA A PROCEDURA APERTA PER L’AFFIDAMENTO IN REGIME DI CONCESSIONE DELLA GESTIONE DEI PRESIDI OSPEDALIERI Ospedale S. Charles - Bordighera, Ospedale S. Maria della Misericordia – Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte” ed in particolare al “Lotto 2 Ospedale S. Maria della Misericordia - Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte CIG 739284832A (codice NUTS ITC3)” ivi espressamente inclusi a titolo meramente riepilogativo e non esaustivo:

- del decreto dirigenziale n. 27 del 07.01.2020, recante l’aggiudicazione del Lotto n. 2 in favore dell’ISTITUTO ORTOPEDICO GALEAZZI S.p.A.;
- del verbale di gara in data 24.12.2019 recante conclusione del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta e proposta di aggiudicazione del Lotto n. 2 in favore dell’ISTITUTO ORTOPEDICO GALEAZZI S.p.A.;
- di tutti gli atti, provvedimenti, documenti e verbali presupposti, connessi e/o consequenziali, ivi richiamati ed anche se non conosciuti, ivi compresi, ove occorra e per quanto di interesse in parte qua, gli atti di indizione della procedura, i verbali delle operazioni di gara, le determinazioni di approvazione dei verbali di gara (o gli atti di approvazione comunque denominati), i verbali relativi alla verifica dei requisiti, gli atti ed i provvedimenti relativi alla verifica di anomalia dell’offerta e le giustificazioni fornite, le determinazioni e gli atti di aggiudicazione comunque denominati, la comunicazione di aggiudicazione, nonché di tutti gli allegati ai medesimi;

– ove occorra e per quanto di interesse, della lex specialis della gara e di tutti gli atti, gli elaborati ed i documenti costituenti la medesima, ove pregiudizievoli; nonché per la dichiarazione di subentro del POLICLINICO DI MONZA S.p.A. nel medesimo contratto, ove medio tempore stipulato; per l'accertamento e la condanna al risarcimento dei danni patiti e patienti dal POLICLINICO DI MONZA S.p.A. in conseguenza dei provvedimenti impugnati e comunque ad essi connessi, da quantificarsi, eventualmente in via equitativa, anche in corso di causa; in via subordinata, ove necessario per l'annullamento integrale, e conseguente rinnovo, della procedura di gara in parte qua, e per ogni consequenziale provvedimento di legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Liguria e dell'Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 20 maggio 2020, tenutasi ai sensi dell'art. 84, comma 5, del D.L. n. 18/2020, il dott. Luca Morbelli;

Visto il dispositivo depositato in data

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 13 febbraio 2020 alla Regione Liguria ed alla controinteressata e depositato in data 2 marzo 2020, la società Policlinico di Monza S.p.A, ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, i provvedimenti in epigrafe, e con cui è stata aggiudicata, previa rinnovazione della fase di verifica di anomalia della offerta a seguito della

pronuncia TAR Liguria 13 agosto 2018 n. 688, la gara per l'affidamento in regime di concessione della gestione dei presidi ospedalieri Ospedale S. Charles - Bordighera, Ospedale S. Maria della Misericordia – Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte” ed in particolare il “Lotto 2 Ospedale S. Maria della Misericordia - Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte CIG 739284832A (codice NUTS ITC3)”.

La ricorrente ha esposto di avere partecipato alla gara *de qua*, classificandosi al secondo posto della graduatoria finale.

Impugnati gli esiti della competizione, il TAR Liguria, con sentenza 13 agosto 2018 n. 688, ha annullato la fase di verifica di anomalia dell'offerta in quanto svolta soltanto dal RUP senza l'ausilio della Commissione, come prescritto dalla *lex specialis* di gara, accertando, altresì, il difetto di istruttoria in cui era incorso il RUP per non avere verificato, mediante la produzione di idonea documentazione, la “*congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte*”, come previsto dall'art. 22, comma 1, del disciplinare di gara.

Rinnovata la fase di valutazione di anomalia dell'offerta, in ossequio al vincolo conformativo imposto dalla sentenza, la stazione appaltante ha nuovamente concluso per l'esclusione dell'anomalia dell'offerta della controinteressata e le ha nuovamente aggiudicato la gara.

Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente ha dedotto, con unico articolato motivo, violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, dei relativi allegati e della normativa ivi richiamata, violazione e falsa applicazione D.Lgs. n. 50/2016 e ss. mm. ii. anche in relazione alla normativa eurocomunitaria in materia di appalti pubblici, violazione e falsa applicazione delle Linee Guida ANAC ed atti attuativi, violazione e falsa applicazione L. n. 241/1990, violazione e falsa applicazione D.P.R. n. 445/2000, violazione e falsa applicazione artt. 3, 24 e 97 Cost., eccesso di potere sotto il profilo della violazione di legge, difetto di istruttoria, difetto di

motivazione, erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, perplessità, disparità di trattamento, irragionevolezza, travisamento, ingiustizia grave e manifesta.

La ricorrente ha evidenziato la insostenibilità dell'offerta della controinteressata, sotto i seguenti profili:

- 1) proventi da attività extraregionale, che sarebbero stimati per eccesso in assenza di idonea documentazione;
- 2) attività solvente che, parimenti, sarebbe stata sovrastimata in contrasto con le risultanze statistiche sulla spesa pro capite per prestazioni sanitarie;
- 3) percentuale di occupazione posti letto e tariffe medie applicate: entrambi i valori sarebbero sovrastimati;
- 4) strutturazione dei costi, che rimarrebbero inattendibilmente invariati;
- 5) attività esercitate, che sarebbero state sovrastimate dalla controinteressata.

La ricorrente ha concluso per l'accoglimento del ricorso e l'annullamento dei provvedimenti impugnati, con vittoria delle spese di giudizio.

Si sono costituiti in giudizio la Regione Liguria e la controinteressata.

In data 20 maggio 2020 il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è rivolto avverso gli atti con cui la Regione Liguria ha rinnovato la verifica di anomalia della gara per l'affidamento in regime di concessione della gestione dei presidi ospedalieri Ospedale S. Charles - Bordighera, Ospedale S. Maria della Misericordia – Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte” ed in particolare del “Lotto 2 Ospedale S. Maria della Misericordia - Albenga, Ospedale S. Giuseppe - Cairo Montenotte CIG 739284832A (codice NUTS ITC3)” e ha aggiudicato nuovamente la concessione alla controinteressata.

Il ricorso è fondato.

Deve essere disattesa l'eccezione preliminare di irricevibilità del ricorso per tardività sollevata dalle resistenti.

In particolare dalle resistenti si evidenzia che: 1) con nota 30 dicembre prot. n. PG/2019/383431 la Policlinico di Monza S.p.a. ha inviato alla Regione Liguria istanza di accesso agli atti concernenti la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalla Istituto Ortopedico Galeazzi S.p.a.; 2) con nota 7 gennaio 2020 prot. n. PG/2020/4115 è stato trasmesso alla Policlinico di Monza S.p.a. il provvedimento di aggiudicazione di cui al decreto dirigenziale 7 gennaio 2020 n. 27; 3) con nota 13 gennaio 2020 prot. n. PG/2020/10248 gli atti richiesti con la istanza di accesso sono stati trasmessi alla ricorrente.

Le resistenti evidenziano, inoltre, che i verbali del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta sarebbero stati già consegnati informalmente all'Avv. Francesco Dal Piaz, rappresentante della ricorrente, al termine della quarta seduta pubblica in data 24 dicembre 2019.

Pertanto il ricorso, notificato in data 13 febbraio 2020, sarebbe tardivo, in quanto presentato ben oltre il termine perentorio di trenta giorni decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 76 del D. Lgs. n. 50/2016 e scadente il 6 febbraio 2020.

In sostanza, si eccepisce la tardività della notificazione del ricorso atteso che il termine non potrebbe comunque essere posticipato, rispetto alla sua naturale decorrenza, per effetto della richiesta di accesso ai documenti amministrativi.

L'eccezione è stata ulteriormente articolata dalla controinteressata, sostenendo che i verbali delle sedute riservate sarebbero stati consegnati informalmente all'avvocato della ricorrente successivamente alla chiusura della seduta pubblica del 24 dicembre 2019.

La stessa controinteressata ha chiesto che tale circostanza potesse essere provata per testi, indicando come tali il RUP e i due testimoni alla gara. La ricorrente si è

opposta, rilevando come tale richiesta si ponga in contrasto con le risultanze del verbale della seduta del 24 dicembre 2019.

Le eccezioni sono infondate.

Deve, in primo luogo, essere disattesa l'istanza istruttoria di prova per testi relativa alla circostanza della avvenuta consegna informale dei verbali delle sedute riservate del procedimento di verifica di anomalia dell'offerta al difensore della ricorrente.

Tale conclusione non si impone per il lamentato contrasto della prova testimoniale invocata con le risultanze del verbale della seduta pubblica come controdedotto dalla ricorrente. Deve, infatti, rilevarsi come, nella prospettazione della controinteressata, tale consegna sia avvenuta successivamente alla chiusura della seduta pubblica del 24 dicembre 2019, onde la sostanziale irrilevanza della mancata menzione della circostanza dell'avvenuta nel verbale della seduta.

Tale conclusione si impone, tuttavia, per effetto dell'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo il quale la prova della tardività del ricorso è rigorosa ed incombe a chi la eccepisce.

L'onere della prova della precedente conoscenza dell'atto lesivo da parte del ricorrente, ai fini di individuare la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso giurisdizionale, incombe su chi eccepisce la tardività, secondo i generali criteri di riparto del relativo onere, e deve essere assistita da rigorosi e univoci riscontri oggettivi, dai quali possa arguirsi con assoluta certezza il momento della piena conoscenza dell'atto o del fatto; a tale riguardo la verifica della "piena conoscenza", deve essere estremamente cauta e rigorosa, non potendo basarsi su mere supposizioni ovvero su deduzioni, pur sorrette da apprezzabili argomentazioni logiche (C.S. II 18 novembre 2019 n. 7857, Cons. St., sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2974; id. 27 marzo 2013, n. 1740; id., sez. V, 7 maggio 2013, n. 2462; id., sez. IV, 3 ottobre 2014, n. 4962; id. 29 ottobre 2015, n. 4945, id., sez. V, 11 maggio 2018, n. 2834).

Ne consegue che non è invocabile una prova testimoniale per dimostrare un fatto, l'avvenuta consegna dei verbali, che poteva essere oggetto di agevole dimostrazione documentale mediante la predisposizione da parte della stazione appaltante di una distinta dei documenti consegnati e la sottoscrizione da parte del destinatario della relativa ricevuta.

L'omissione di tale essenziale ed agevole formalità da parte della stazione appaltante non può essere sopperita da una prova testimoniale che, essendo di esito inevitabilmente incerto, non consente di raggiungere quella univocità in ordine alla tardività che la giurisprudenza richiede.

L'eccezione, peraltro, deve essere scrutinata anche a prescindere dalla consegna informale dei verbali al difensore, dal momento che comunque un cospicuo filone giurisprudenziale ricollega il decorso del termine di impugnazione alla ricezione della comunicazione di cui all'art. 76 d.lgs. 50/16 a prescindere dalla conoscenza integrale degli atti, conoscenza che legittimerà la parte alla deduzione di altri e ulteriori vizi che potranno essere fatti valere con lo strumento dei motivi aggiunti (C.S. V 28 ottobre 2019 7389).

Tale orientamento sembra porsi in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, che ha affermato, anche di recente, il principio secondo cui il termine di decadenza debba iniziare a decorrere solo dal momento in cui i vizi della procedura sono conosciuti o conoscibili dal concorrente.

(CG UE 14 febbraio 2019 C- 54/18)

Il Collegio, pur ritenendo in linea di massima condivisibile l'orientamento più restrittivo espresso dalla giurisprudenza italiana, reputa indispensabile lo svolgimento di una precisazione che appare decisiva nel caso di specie.

La sostenibilità della posizione della giurisprudenza italiana dipende infatti dalla possibilità di esperire, nel singolo caso concreto, un ricorso non completamente al buio.

In altre parole dalla comunicazione del provvedimento finale deve derivare la possibilità di dedurre una impugnazione sulla base di motivi che abbiano una loro plausibile fondatezza alla luce degli atti fino a quel momento conosciuti.

A queste condizioni deve essere accolto l'orientamento secondo il quale la successiva conoscenza degli atti non legittima la proposizione di un ricorso autonomo, che sarebbe tardivo, ma solo la proposizione di motivi aggiunti.

La prassi del ricorso al buio, infatti, pur se largamente ammessa in passato, non appare più ammissibile alla luce dei principi nazionali e comunitari.

La parte, infatti, non può essere costretta ad impugnare un provvedimento con un ricorso che fin dall'inizio sa essere infondato, solo al fine di non decadere dalla possibilità di impugnare con motivi aggiunti lo stesso provvedimento, quando gli eventuali vizi saranno effettivamente conosciuti.

In materia di gare pubbliche simile conclusione è in contrasto con il principio di parità delle parti e di effettività della tutela e con la disciplina prevista dalla normativa in materia di contributo unificato.

Come è noto, in materia di appalti il contributo unificato ammonta a valori elevati (art. 13 d.p.r. 30 maggio 2002 n. 115).

Richiedere il pagamento del contributo unificato a fronte di un ricorso all'inizio sicuramente infondato, come quello "al buio", significherebbe rendere eccessivamente difficile l'accesso alla tutela giurisdizionale e introdurre una imposta sul diritto di accesso che è contraria a tutta la disciplina di materia. L'art. 25, comma 1, l. 241/90, infatti, stabilisce che: *"L'esame dei documenti è gratuito. Il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura"*

In conclusione qualora dal provvedimento comunicato, secondo una valutazione oggettiva che deve essere riservata al giudice al fine di evitare strumentalizzazioni

della parte, non siano evincibili vizi il termine dovrà essere differito, diversamente il termine decorrerà dalla comunicazione del provvedimento.

Applicando tali principi alla fattispecie, il Collegio rileva come il provvedimento di aggiudicazione, essendo intervenuto a seguito di una pronuncia di annullamento del giudice amministrativo, si fondi esclusivamente sulla verifica di anomalia dell'offerta i cui esiti, trasfusi nei verbali di seduta riservata nn. 1 – 10, sono stati espressamente richiamati *per relationem*.

Ne consegue che tali verbali erano essenziali per comprendere la sussistenza di eventuali profili di illegittimità

Deve, pertanto, ritenersi che il termine per la proposizione del ricorso dovesse decorrere dalla conoscenza dei verbali stessa realizzata in data 14 gennaio 2020 ad esito dell'accesso.

Ne consegue la tempestività del ricorso notificato in data 13 febbraio 2020.

Nel merito il ricorso è fondato.

Nelle concessioni il *business plan* costituisce il fondamento dell'istituto, che si regge sui flussi di cassa che il bene o il servizio affidato in concessione è idoneo a garantire e sui quali si fonda la sostenibilità dell'operazione.

La verifica di anomalia dell'offerta nelle concessioni ha, pertanto, ad oggetto il *business plan* sotto il profilo della attendibilità e plausibilità delle previsioni nello stesso contenute. Nel caso, poi, che la concessione venga affidata per la prima volta, con assenza di dati relativi alla gestione pregressa, la valutazione sarà caratterizzata da un più accentuato carattere prognostico.

E' evidente che sussista una differenza rispetto alla verifica di anomalia negli appalti pubblici, differenza, tuttavia, che non può risolversi in una mera professione di fede nei confronti del piano economico finanziario della affidataria, pena il rischio di successive interruzioni o malfunzionamenti del servizio.

Tutto ciò a maggior ragione nel caso, come quello che occupa il Collegio, di affidamento in concessione di presidi sanitari, la cui essenzialità e delicatezza impone una verifica di anomalia rigorosa.

Di queste considerazioni era ben consapevole la stazione appaltante nel momento in cui ha previsto che la verifica di anomalia dovesse indagare la “*congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte*”(22, comma 1, del disciplinare di gara).

Il *business plan* formulato dalla controinteressata si fonda su una serie di previsioni la cui attendibilità non risulta dimostrata.

Per quanto attiene alla attività resa in favore di pazienti residenti fuori regione Liguria la controinteressata stima di conseguire ricavi pari al 25% del budget assegnato per i pazienti liguri, ed in particolare € 47.936.000 per il primo periodo di concessione, con un importo annuo pari a € 4.937.000 per il 2019, e che si attesterebbe poi nell'ordine di € 7.200.000 negli anni successivi.

La controinteressata afferma di potere convogliare parte del bacino di utenza che insiste sul polo milanese delle strutture su quelle liguri.

A tal riguardo, la controinteressata ha evidenziato come la totalità dei ricavi da pazienti extraregionali delle strutture milanesi dell'Istituto Galeazzi sia pari ad euro 53.500.000,00 di cui € 51.800.000,00 circa per attività di ricovero. E' stato, inoltre, evidenziato come dal Piemonte, nell' anno 2017, siano migrati verso le strutture milanesi della controinteressata circa 1368 pazienti per un totale di €. 7.372.201 di cui 569 dal basso Piemonte, per un totale di ricavi dalle prestazioni erogate per €. 3.177.653.

Orbene alla luce di questi dati, che sono quelli offerti dalla stessa controinteressata, ci si avvede della insostenibilità della previsione contenuta nel *business plan* della aggiudicataria relativa alla attività extraregionale.

L'aggiudicataria stima di conseguire nel primo anno ricavi da pazienti extraregionali per €. 4.937.000 a fronte di ricavi da pazienti provenienti dal basso Piemonte per € 3.177.653.

Orbene ciò presupporrebbe non solo l'integrale trasferimento dei pazienti provenienti dal basso Piemonte alle strutture di Cairo Montenotte e Albenga ma anche l'aumento dei ricavi provenienti dai pazienti piemontesi per oltre €. 1.500.000.

Negli anni successivi al primo, poi, il dato inserito nel *business plan* eguaglierebbe i ricavi provenienti dalla totalità dei pazienti piemontesi.

Si tratta di previsioni all'evidenza sovrastimate, in assenza di elementi tali da lasciare supporre tale rilevantisimo incremento.

E' notorio infatti che le comunicazioni tra Basso Piemonte e Liguria, in particolare dalle Province di Alessandria e Asti, siano meno facili che tra quest'ultimo e Milano; metropoli che offre peraltro, evidentemente, migliori attrattive anche in favore di eventuali parenti e visitatori. Per quanto riguarda poi i pazienti provenienti dal resto del Piemonte, è sufficiente notare come esistano collegamenti rapidissimi, via treno, tra Torino e in generale il Piemonte settentrionale e Milano.

Da ultimo il polo milanese può contare su *expertise*, strutture e personale incomparabilmente più attrattivi di quelle liguri. A tal riguardo non si può omettere di considerare, da un lato, la circostanza che l'aggiudicataria dovrà assumere il personale in forza ai presidi e che, dall'altro, dovrà utilizzare le strutture materiali e mediche degli stessi.

Orbene non si comprende quale tipo di incentivo potrà "dirottare" i pazienti da una struttura di lunga e collaudata esperienza facilmente raggiungibile e ubicata in una metropoli di livello europeo a strutture periferiche di difficile accessibilità e dotate di strutture inevitabilmente maggiormente datate.

Ne consegue che la previsione di conseguire gli introiti esposti è sbilanciata per eccesso, fondandosi sulla presunzione che fin dal primo anno tutti i pazienti del basso Piemonte che si recavano a Milano si recherebbero presso le due strutture e che, in seguito, i poli di Cairo Montenotte e Albenga assorbirebbero la totalità dei pazienti piemontesi. Tale ultima previsione appare completamente aleatoria.

Si sarebbe potuta considerare una previsione ottimistica, per cui tutti i pazienti basso piemontesi potrebbero nel tempo trasferirsi da Milano e che almeno la metà dei pazienti piemontesi avrebbero potuto scegliere i poli liguri. Ma tale previsione avrebbe comportato l'esposizione di numeri notevolmente più bassi nell'ordine dei 3.000.000 di euro il primo anno e di 4 milioni 4 milioni e mezzo in quelli successivi.

La controinteressata sostiene che potrebbe "dirottare" sulle strutture ospedaliere di cui si discute parte dei suoi pazienti extraregionali provenienti da altre regioni diverse dal Piemonte. Tale affermazione, peraltro del tutto indimostrata, è inattendibile sol che si consideri l'ubicazione delle strutture liguri in discorso notevolmente decentrate e poste lontano da aeroporti importanti. La possibilità che un numero consistente di pazienti provenienti da regioni diverse dal Piemonte, ed in particolare meridionali, possa preferire i poli liguri a quelli milanesi risulta dunque, secondo la comune esperienza, completamente priva di attendibilità.

In conclusione la prima censura deve ritenersi fondata.

Del pari fondata è anche la seconda censura, con la quale si lamenta la palese sopravvalutazione dei proventi da attività solvente. Anche in questo caso il Collegio non si limiterà alla considerazione dei dati forniti dalla ricorrente ma li confronterà con quelli della controinteressata per una migliore attendibilità.

La aggiudicataria ha esposto nel piano un valore pari a €. 23.731.000.

La ricorrente sostiene che la aggiudicataria per giustificare i dati relativi all'attività solvente riguardo i ricoveri ha indicato le tariffe giornaliere in valori compresi tra €

500 / 700 per l'attività non ortopedica ed in valori compresi tra € 800 / 1.500 per l'attività ortopedica.

Tali dati sarebbero del tutto imparagonabili alla propensione di spesa risultate dai dati statistici che in Liguria sarebbe intorno agli € 35 per le attività di ricovero ed € 62 per l'attività Ambulatoriale.

La controinteressata replica sul punto e sostiene che tali dati sarebbero fuorvianti in quanto non terrebbero conto della cd spesa intermediata, cioè delle prestazioni erogate e finanziate dalle compagnie di assicurazione.

Da altro punto di vista, l'aggiudicataria sostiene i valori di riferimento per i ricavi solventi indicati in Offerta ammontano, relativamente all'attività di ricovero a € 16.111.000 e non già a € 23.731.000 (valore citato dal ricorrente). Tale ultimo valore, infatti, comprenderebbe sia ricavi da attività di ricovero che da attività ambulatoriale quest'ultima quantificata in 7.620.000, come riportato ai par. 3.2.1 e 3.2.2 della risposta alla prima richiesta di chiarimenti.

Orbene, anche tenendo conto delle osservazioni della controinteressata e conseguentemente tenendo conto della "spesa intermediata" e riducendo l'importo totale da € 23.731.000 a 16.111.000 l'offerta risulta insostenibile per questa voce.

Se, infatti, ai dati relativi alla spesa indicati dalla ricorrente, che si badi non sono stati contestati nella loro intrinseca attendibilità, si sommano i dati relativi alle somme medie erogate dalla Compagnie di assicurazione si arriva ad un valore pari a € 359 al giorno (€ 35 + 324).

A tale computo si arriva sommando i valori delle rette di degenza esposti in ricorso (pari a 291/475 euro per le degenze ordinarie e 180/350 euro per le degenze in *day hospital*) e dividendo il risultato per 4.

Se si moltiplica il dato ottenuto (359) per il numero dei giorni e per il numero dei letti, indicati in offerta come dieci, si arriva al valore 9.172.450 che resta ben al di sotto di quello indicato in offerta pari a € 16.111.000.

Si sostiene che i posti letto solventi potrebbero essere in numero maggiore e che la percentuale di occupazione potrebbe superare il numero di uno per giorno cosicché il coefficiente dovrebbe essere aumentato corrispondentemente.

Entrambe le prospettazioni non sono persuasive.

Dal primo punto di vista, occorre riferirsi al numero di posti letto che sono stati indicati nell'offerta poiché è di questa che occorre valutare l'attendibilità.

Dal secondo punto di vista, occorre esaminare tale affermazione alla luce della terza censura relativa alla percentuale di occupazione dei posti letto.

A tal riguardo, la aggiudicataria ritiene di potere incrementare notevolmente la percentuale di occupazione dei posti letto passando da una percentuale di occupazione del 88% a quella del 95% per l'attività di degenza ordinaria e dal 52% a quella del 70% per le attività in *day hospital*.

Il dato, tuttavia, contrasta con la percentuale di occupazione dello stesso Istituto Galeazzi, che risulta pari al 50,9 %.

Orbene, la giustificazione offerte dalla controinteressata, secondo cui le situazioni sarebbero imparagonabili non persuade. E' evidente, infatti, che se nella propria struttura la aggiudicataria supera appena la percentuale del 50% di copertura dei posti letto, non si vede per quale ragione in una struttura di nuova acquisizione, dove inevitabilmente esisteranno resistenze e prassi consolidate, dovrebbero potersi conseguire i risultati di gran lunga migliori esposti nel piano economico finanziario.

In proposito, l'aggiudicataria, nella propria memoria, sembra sostenere che la percentuale di copertura dei posti letto nelle strutture milanesi dipenda da precise scelte aziendali.

La prospettiva non è persuasiva.

Non avrebbe senso, infatti, tenere a disposizione una così consistente porzione di letti inoccupati.

Quello che, tuttavia, preme evidenziare in questa sede è che non solo le previsioni di occupazione in percentuale dei posti letti appaiono inattendibili, ma come le percentuali di occupazione dei posti letto solventi, dove la aggiudicataria espone addirittura un fattore di occupazione di 1,5, siano completamente sfinite di qualsivoglia supporto probatorio anche di carattere indiziario.

Le assorbenti considerazioni fin qui svolte consentono al Collegio di escludere l'attendibilità delle giustificazioni fornite dalla aggiudicataria a prescindere dalle censure ulteriormente sviluppate dalla ricorrente in merito alla sostanziale staticità delle previsioni di spesa e delle attività esercitate.

Il ricorso in esame va quindi accolto, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

La domanda risarcitoria deve invece essere respinta, per difetto di prova del danno, non essendo stato stipulato il contratto e non avendo dedotto la ricorrente profili di danno da ritardo.

Le spese possono essere compensate stante la complessità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2020, tenutasi ai sensi dell'art. 84, comma 6, del D.L. n. 18/2020, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere, Estensore

Liliana Felletti, Referendario

L'ESTENSORE
Luca Morbelli

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO