

Pubblicato il 08/04/2021

**N. 00373/2021 REG.PROV.COLL.**

**N. 00975/2020 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 il Piemonte**  
**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 975 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da Sport Pellerina S.S.D. A.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Cavallo Perin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**contro**

Comune di Torino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mariamichaela Li Volti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Torino, via Corte D'Appello 16;

**nei confronti**

Associazione Esperia Tennis Academy Asd non costituito in giudizio;

**e con l'intervento di**

ad opponendum:

Nord Tennis Sport Club S.S.D.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandra Mollo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Torino, via Morghen 28;

**per l'annullamento**

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

1. della Determinazione Dirigenziale del Comune di Torino, Divisione Patrimonio, Partecipate, Facility e Sport, Area Sport e Tempo libero, Servizio Gestione Sport, atto n. DD 4263 del 16 novembre 2020, notificata a mezzo PEC con nota prot. 00002913/2020 del 17 novembre 2020, con la quale è stata approvata l'esclusione dalla gara del Raggruppamento Temporaneo di Concorrenti composto da Sport Pellerina s.s.d.r.l., Opes – Organizzazione per l'Educazione allo Sport, Associazione Sport4Friends asd, nonché è stata approvata l'aggiudicazione definitiva della gara alla Associazione Esperia Tennis Academy asd;
2. dei verbali delle sedute della Commissione giudicatrice in data 14.7.2020; in data 15.7.2020; in data 1.9.2020; in data 3.9.2020; in data 29.10.2020; in data 12.11.2020;
3. del parere tecnico negativo espresso dalla Città di Torino – Divisione Ambiente Verde e Protezione Civile, prot. n. 2549 del 8 ottobre 2020;
4. del parere tecnico negativo espresso dalla Città di Torino – Divisione Urbanistica e Territorio prot. n. 2744 del 23 ottobre 2020;
5. nonché di ogni altro atto presupposto, preparatorio, connesso o consequenziale anche non conosciuto dalla ricorrente, comunque connesso a quelli impugnati.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti, depositati in data 3 febbraio 2021,  
per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale in data 31 dicembre 2020, DD n. 6235, comunicata via PEC con nota prot. n. 3366 in data 31 dicembre 2020, con la quale il Comune di Torino ha annullato in autotutela:

- a) le determinazioni dirigenziali n. 4263 del 16 novembre 2020 di approvazione delle esclusioni e dell'aggiudicazione definitiva impugnata con il presente ricorso e n. 4419 del 23 novembre 2020 di rettifica;
- b) la determina dirigenziale del 29 maggio 2020 n. 1616 con cui è stata approvata l'indizione della procedura di gara n. 28/2020, dando atto che - con separata determinazione dirigenziale - si provvederà ad indire una nuova procedura di gara per la concessione dell'impianto in argomento.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torino e l'atto di intervento *ad opponendum* di Nord Tennis Sport Club S.S.D.R.L.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 marzo 2021 il dott. Marcello Faviere e uditi per le parti i difensori mediante collegamento da remoto, ai sensi degli artt. 25, comma 1, del d.l. n. 137/2020 e 4, comma 1, del d.l. n. 28/2020, come specificato nel verbale;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Torino, con determinazione dirigenziale del 29 maggio 2020, n. DD 1616, approvava l'indizione della procedura aperta di gara, per la concessione in gestione sociale dell'impianto sportivo comunale sito in Torino, corso Appio Claudio 116 (area Parco Carrara), ai sensi degli artt. 60, 164 e seguenti del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto prezzo qualità.

Alla gara partecipava il Raggruppamento Temporaneo di Concorrenti composto dall'odierna ricorrente Sport Pellerina s.s.d.r.l., la Opes – Organizzazione per l'Educazione allo Sport, e la Associazione Sport4Friends asd.

La Commissione Giudicatrice, durante la seconda seduta riservata (in data 3 settembre 2020), esaminava i progetti tecnici presentati da ciascuno dei partecipanti e rilevava alcune criticità per due progetti tra cui quello presentato dal Raggruppamento citato. Riteneva pertanto di richiedere alla Divisione Ambiente Verde e Protezione Civile, nonché alla Divisione Urbanistica e Territorio, due pareri sulla fattibilità e compatibilità degli interventi offerti con la normativa tecnica di settore.

Nella terza seduta riservata del 29 ottobre 2020, la Commissione Giudicatrice esaminava i pareri pervenuti dalla Divisione Ambiente Verde e Protezione Civile (prot. n. 2549 del 8.10.2020) e dalla Divisione Urbanistica e Territorio (prot. n. 2744 del 23.10.2020).

La Commissione riteneva che il progetto presentato dal Raggruppamento, presentando delle criticità sul piano edilizio-urbanistico, risultasse non ammissibile (in considerazione di quanto espressamente previsto nel disciplinare di gara all'art. 7, punto 2.1 che prevedeva l'obbligo di presentare un *“progetto di massima e nuove opere ritenute utili per la ristrutturazione, l'ampliamento o altro in conformità con gli interventi previsti dalle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia e urbanistica per migliorare la gestione, la sicurezza e la funzionalità e polivalenza dell'impianto sportivo”*).

Con determinazione dirigenziale del Comune di Torino (D.D. n. 4263 del 16.11.2020, notificata alla ricorrente a mezzo PEC con nota prot. 00002913/2020 del 17.11.2020) veniva approvata l'esclusione dalla gara del Raggruppamento Temporaneo di Concorrenti nonché l'aggiudicazione definitiva della gara alla Associazione Esperia Tennis Academy a.s.d..

2. Il provvedimento, unitamente ai verbali ed ai pareri presupposti, è stato impugnato dalla Sport Pellerina s.s.d.r.l. con ricorso notificato il 10.12.2020 e ritualmente depositato avanti questo Tribunale il 17.12.2020. Il ricorso (munito di domanda risarcitoria ed istanza per la concessione di misure cautelari cui la parte ha rinunciato successivamente) si articola nei seguenti due motivi:

- violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 e conseguente nullità della sanzione espulsiva, violazione delle prescrizioni del capitolato di gara e del disciplinare di gara e, infine, eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà della motivazione e travisamento dei fatti;

- violazione dell'art. 19, comma 12, N.U.E.A. del Comune di Torino, difetto di motivazione, illogicità e manifesta irragionevolezza dei pareri tecnici espressi dalla Divisione Ambiente e dalla Divisione Urbanistica e, infine, eccesso di potere per contraddittorietà.

L'amministrazione comunale si è costituita in data 24.12.2020. Le parti hanno depositato memorie e documenti (il 8.01.2021).

Nel frattempo il Comune di Torino con DD n. 6235 del 31.12.2020 (comunicata alla ricorrente con PEC del 31.12.2020, prot. n. 3366) ha annullato in autotutela la determina dirigenziale del 29 maggio 2020 n. 1616 e tutti gli atti e documenti connessi alla procedura di gara oggetto del ricorso. Le ragioni di tale intervento risiedono nella riscontrata illegittimità degli atti di gara dovuti ad un errore procedurale commesso dalla Commissione (che, si legge nel provvedimento, *“in data 1 settembre 2020 ha proceduto, come suindicato, ad aprire in seduta riservata, anziché in seduta pubblica, le buste B contenenti le offerte tecniche dei tre concorrenti, contrariamente alle disposizioni della lex specialis costituita dal disciplinare di gara che all'art. 10, quarto capoverso, prevede “la Commissione di gara in seduta pubblica procederà poi all'apertura dei plichi contenenti il progetto tecnico, il progetto sociale e la relazione sulla composizione del team (busta B) e alla verifica dei documenti richiesti” e in contrasto con i principi sanciti dall'art. 1 della*

*Legge n. 241/90 e s.m.i. ed espressamente richiamati dall'art. 30 del D.Lgs n. 50/2016 e s.m.i.") in grado di inficiare l'intero procedimento amministrativo.*

Avverso il citato provvedimento in autotutela è insorta l'odierna ricorrente, che ha notificato ricorso per motivi aggiunti (il 28.01.2021) lamentando, in un unico motivo, violazione di legge ed eccesso di potere sotto plurimi profili ed instando per il riconoscimento di misure cautelari (successivamente rinunciate con dichiarazione depositata il 19.02.2021) nonché il risarcimento del danno.

Sono seguiti i depositi di memoria di parte resistente (il 19.02.2021), di un atto di intervento *ad opponendum* da parte della Nord Tennis Sport Club S.S.D.R.L. (il 10.03.2021) che eccepisce l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti e controdeduce nel merito. Infine la ricorrente ha depositato memoria (il 15.03.2021) seguita dalla memoria di replica di Nord Tennis Sport Club (il 18.03.2021).

All'udienza pubblica del 31.03.2021, uditi i difensori delle parti ai sensi dell'art. 25 del D.L. n. 137/2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

3. Il ricorso originario è improcedibile e quello per motivi aggiunti infondato.

4. Stante il rapporto di pregiudizialità che sussiste tra i due ricorsi il Collegio ritiene di dover esaminare preliminarmente quello per motivi aggiunti.

5. L'interveniente Società Nord Tennis Sport Club S.S.D.R.L. eccepisce preliminarmente l'inammissibilità dei motivi aggiunti a causa della mancata notificazione in proprio favore del ricorso, entro il termine decadenziale, in violazione dell'art.41, comma 2 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n.104. In altre parole la Società sostiene che il ricorso le doveva essere notificato in quanto la stessa risulta unica controinteressata facilmente individuabile in ragione delle indicazioni contenute nell'atto impugnato (mentre non dovrebbe più essere considerata quale controinteressata la originaria Associazione Esperia Tennis Academy, originaria aggiudicataria, che, nel contesto dei motivi aggiunti, assume al più la qualifica di cointeressata).

Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame di tale eccezione in considerazione dell'infondatezza nel merito del ricorso.

6. Con l'unico articolato motivo di doglianza la ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione del principio di conservazione degli atti giuridici, di cui agli artt. 1419 e segg. cod. civ.; violazione e falsa applicazione dell'art. 21 nonies e dell'art. 21 octies, della L. n. 241/90, del principio di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa; dell'art. 1 comma 1, con specifico riguardo ai contratti pubblici, dell'art. 41 CEDU e dell'art. 4, co. 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sulla ragionevole speditezza dei procedimenti.

In particolare la ricorrente censura:

- la mancata specifica motivazione circa le ragioni di interesse pubblico sottese all'intervento in autotutela;
- la mancata indicazione dei vizi inerenti gli atti (bando, capitolato e disciplinare) comunque annullati con correlata violazione dei principi di conservazione dell'effetto utile degli atti nonché del buon andamento;
- la scelta dell'amministrazione di rinnovare l'intera procedura invece del solo segmento che si assume viziato (ripartendo cioè dalla valutazione delle offerte tecniche); tale opzione, oltre a rispondere meglio agli interessi dei concorrenti e dell'amministrazione (in termini di risparmio dei tempi procedurali), non violerebbe il principio di parità di trattamento dei concorrenti ed anzi lo tutelerebbe maggiormente (come sancito anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sent. n. 30/2012). La rinnovazione dell'intera procedura, invece, rischierebbe da un lato di condizionare l'andamento della futura gara (con rischio di appiattimento delle offerte su quella dell'aggiudicataria oramai conosciuta) e, dall'altro, di falsare i valori stimati dall'amministrazione che sarebbe portata a valutare, quale riferimento per la definizione della base d'asta, la passata annualità che non rappresenta le condizioni di normale utilizzo degli impianti.

La ricostruzione e le argomentazioni della ricorrente non sono condivisibili.

Il provvedimento impugnato motiva l'annullamento in autotutela sulla base del fatto che le offerte tecniche sono state aperte in seduta riservata dalla Commissione giudicatrice e non in seduta pubblica come peraltro previsto nella *lex specialis* di gara.

Orbene, trattandosi di gara svoltasi in modalità cartacea, la mancata pubblicità della seduta rende invalida l'intera procedura di gara.

Questo Tribunale ha avuto modo di evidenziare che *"la giurisprudenza è costante nell'affermare che l'obbligo di apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica discende dal principio di trasparenza, espressamente richiamato dall'articolo 30 del d.lgs. 50/2016, secondo cui "nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice". L'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche risponde, invero, all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli*

*opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa. Alla luce dei principi dettati dall'Adunanza Plenaria n. 13 del 2011, viene, quindi, affermato che la mancata pubblicità delle sedute di gara costituisce non una mera mancanza formale, ma una violazione sostanziale, che invalida la procedura, senza che occorra la prova di un'effettiva manipolazione della documentazione prodotta e le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post, una volta rotti i sigilli e aperti i plichi. Ne discende che la rilevanza della violazione prescinde dalla prova concreta delle conseguenze negative derivanti dalla sua violazione, rappresentando un valore in sé, di cui la normativa nazionale e comunitaria predica la salvaguardia a tutela non solo degli interessi degli operatori, ma anche di quelli della stazione appaltante (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30/06/2017, n. 3188; T.A.R. , Torino , sez. I , 29/01/2018 , n. 124 T.A.R. , Genova , sez. II , 21/03/2018 , n. 235; T.A.R. , Brescia , sez. II , 14/10/2015 , n. 1325” (TAR Piemonte, sent. 30/04/2019, n. 531).*

Tali principi sono stati fatti propri dalla sentenza di questo tribunale n. 34/2021 (che ha definito un diverso ricorso, proposto dalla Società Nord Tennis Sport Club S.S.D.R.L. avente ad oggetto gli atti della medesima gara) riconoscendo, seppure a titolo di soccombenza virtuale, *“fondato il primo motivo di ricorso con cui è stata contestata la mancata apertura in seduta pubblica delle buste contenenti l'offerta tecnica dei concorrenti, per le ragioni affermate con la sentenza di questo Tar n.531 del 30 aprile 2019, alle cui motivazioni si rinvia, e come riconosciuto dalla stessa amministrazione comunale con la determinazione n.6235 del 31.12.2020”*.

Il vizio procedurale in commento non deve essere posto in relazione con il principio di parità di trattamento (come sostiene la ricorrente nel chiedere la ripresa del procedimento dal momento della valutazione delle offerte tecniche) ma con i contigui principi di trasparenza e pubblicità dei quali la seduta pubblica costituisce presidio e garanzia. Ciò è stato chiarito da consolidata giurisprudenza. *“L'obbligo di apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica discende dal principio di trasparenza, espressamente richiamato dall'articolo 30 del d.lgs. 50/2016, secondo cui “nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice”. Le Linee guida n. 5, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici”, espressamente poi dispongono al punto 8 relativo alle “modalità di svolgimento dei lavori da parte della commissione” che “In generale la commissione i) apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica dell'integrità e della presenza dei documenti richiesti nel bando di gara ovvero della lettera di invito”. L'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche, infatti, risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa. Alla luce dei principi dettati dall'Adunanza Plenaria n. 13 del 2011, la giurisprudenza ha affermato che la mancata pubblicità delle sedute di gara costituisce non una mera mancanza formale, ma una violazione sostanziale, che invalida la procedura, senza che occorra la prova di un'effettiva manipolazione della documentazione prodotta e le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post, una volta rotti i sigilli e aperti i plichi. Ne discende che la rilevanza della violazione prescinde - contrariamente da quanto controdedotto dalla controinteressata - dalla prova concreta delle conseguenze negative derivanti dalla sua violazione, rappresentando un valore in sé, di cui la normativa nazionale e comunitaria predica la salvaguardia a tutela non solo degli interessi degli operatori, ma anche di quelli della stazione appaltante. Diversamente da quanto affermato con riferimento a taluni passaggi per così dire formali (come specificato dall'Adunanza Plenaria n. 8 del 2014), relativamente ai quali in assenza di specifiche regole procedurali a livello di disciplina generale e da parte di atti generali delle singole Amministrazioni aggiudicatrici, non elevabili di per sé a vizio del procedimento, questo Consiglio (cfr. in terminis, 20 luglio 2016 , n. 3266) ha ribadito che la verifica dell'integrità dei plichi non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa” (Cons. Stato, Sez. III, 24/09/2018, sent. n. 5495).*

La mancata pubblicità delle sedute impedisce a monte il valido e sicuro ingresso delle offerte nel procedimento di gara. L'unica forma di autotutela possibile, pertanto, risulta l'annullamento di tutti gli atti della procedura, precedenti e successivi, nonché la rinnovazione di tutte le operazioni di presentazione delle offerte in modo da fornire ai partecipanti ed alla stazione appaltante le idonee garanzie sulla integrità, non manomissione e provenienza dei plichi stessi. In tali casi, infatti, non trova cittadinanza il principio di "conservazione dell'effetto utile degli atti", che in alcuni casi, consacrati anche dalla giurisprudenza, ha permesso alle stazioni appaltanti di salvare gli atti non viziati (e quindi non annullati), consentendo che la gara riprendesse con una nuova fase di valutazione da parte della Commissione. Nel caso di specie, però, difettano i presupposti affinché tale soluzione possa ritenersi validamente ed utilmente esperibile. A partire dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 30/2012, infatti, la giurisprudenza ha precisato come il rischio di violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento possa ritenersi superato solo in contesti che garantiscano, da un lato, l'integrità e la non manomissione delle offerte e, dall'altro, che il giudizio della Commissione non possa essere condizionato dalla conoscenza del loro contenuto. Orbene, come si è avuto modo di precisare, la mancata apertura delle buste in seduta pubblica non fornisce proprio la prima delle garanzie ritenute essenziali per l'operatività della conservazione dell'effetto utile e consentire l'annullamento parziale degli atti e la rinnovazione del solo segmento di gara ritenuto viziato. Per tali ordini di ragioni il motivo di ricorso non è condivisibile.

7. Il ricorso per motivi aggiunti, pertanto, non è fondato e dev'essere respinto. Di conseguenza il ricorso originario dev'essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, quanto ai profili caducatori.

8. Passando alla domanda risarcitoria la ricorrente chiede e quantifica le seguenti voci di danno:

a) danno emergente da responsabilità precontrattuale in senso cronologico o cd. "spuria", che ammonterebbe ad euro 10.271,66 (quale somma delle spese sostenute per le consulenze alla partecipazione, alla redazione del progetto preliminare, nonché per la predisposizione degli elaborati di gara);

b) danno da perdita di *chance*, inteso quale bene della vita ed entità patrimoniale a sé stante, e come danno concreto, attuale, certo, ricollegabile alla perdita di una prospettiva favorevole già presente nel patrimonio del soggetto (che ammonterebbe ad euro 975.412,33 pari ad un terzo del valore della gara, quale possibilità del concorrente di vedersi aggiudicato l'appalto in presenza di altri due concorrenti e nella impossibilità di una verifica probabilistica dell'ipotetico esito della gara a causa della mancata apertura dei plichi e della mancata comparazione tra le offerte).

7.1 La prima domanda, legata alla lamentata illegittimità della condotta amministrativa e dei relativi provvedimenti, si riferisce ad una forma di responsabilità generalmente qualificata dalla giurisprudenza come responsabilità precontrattuale c.d. "spuria" - che si configura in caso di illegittimità degli atti amministrativi di una procedura ad evidenza pubblica - secondo cui la fonte del danno cagionato al privato non risiederebbe nella violazione della regola della buona fede precontrattuale, ma nella violazione di specifiche regole pubblicistiche. La PA, secondo tale schema concettuale, è responsabile in base ad un provvedimento illegittimo, da cui scaturisce un illecito aquiliano, ex art. 2043 c.c., in quanto il provvedimento è concepito come un fatto illecito causativo di un danno ingiusto. Orbene la giurisprudenza non ha mancato di far notare come *"la responsabilità precontrattuale spuria resta una responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. da provvedimento illegittimo, mentre la responsabilità precontrattuale pura diventa una responsabilità da contatto sociale qualificato e, dunque, una responsabilità da inadempimento di un obbligo di protezione e di informazione, sussumibile nel regime di cui all'art. 1218 c.c.: pertanto il privato è sollevato dall'onere della prova dell'elemento soggettivo in base al regime proprio della responsabilità da inadempimento ex art. 1218 c.c."* (TAR Campania, 19.02.2020, sent. n. 790).

Come si è avuto modo di evidenziare, nel caso di specie non sussiste alcuna ipotesi di responsabilità da attività provvedimentale, in ragione della ritenuta legittimità dell'annullamento in autotutela degli atti di gara. Da tale conclusione discende, peraltro, l'inconsistenza, sul piano risarcitorio, della eventuale illegittimità del provvedimento di esclusione, oggetto del ricorso originario; quest'ultimo, infatti, risulta causalmente irrilevante, nella sequenza procedimentale, rispetto al mancato raggiungimento dell'utilità finale (vale a dire la possibile aggiudicazione), preclusa dal legittimo intervento in autotutela.

Né a tali scopi può essere invocata la illegittimità delle operazioni di gara (generata dal mancato rispetto del principio della pubblicità delle sedute di apertura delle offerte). In primo luogo perché tale vizio non è oggetto di specifica censura nel ricorso principale; in secondo luogo lo stesso non può rilevare esclusivamente nella sua dimensione "attuale" (e non "fattuale"), poiché tale profilo costituisce già oggetto specifico del rimedio dell'annullamento in autotutela, su cui si sono versate le pretese risarcitorie della ricorrente.

Non residua, peraltro, alcun ulteriore margine di indagine, sul piano ricostruttivo, considerato che la ricorrente non qualifica la propria domanda secondo i canoni della responsabilità precontrattuale pura, né dimostra la sussistenza dei relativi elementi, primo fra tutti l'illiceità dei comportamenti dell'amministrazione in violazione delle norme generali dell'ordinamento che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza (cfr. Cons. stato Ad. Plen. N. 5/2018).

La prima domanda, pertanto, non può essere accolta.

7.2 Quanto alla domanda per danno da perdita di *chance* la ricorrente prospetta una ricostruzione ontologica della stessa, ritenendo sufficiente dimostrare la mera possibilità di conseguire il bene della vita (l'aggiudicazione) e relegando la dimostrazione delle relative probabilità al profilo della quantificazione del danno. Sulla base di tale ricostruzione la *chance* violata sarebbe ancorata alla violazione degli obblighi di pubblicità ed alla mancata valutazione delle offerte della ricorrente illegittimamente esclusa.

Orbene questo Tribunale, pur consapevole del dibattito giurisprudenziale in corso circa la natura della *chance* da ammettere alla tutela risarcitoria, ha già avuto modo di evidenziare che la relativa perdita debba essere inquadrata in termini di probabilità di conseguimento del bene della vita. *“la pretesa risarcitoria della società ricorrente va correttamente inquadrata nella problematica del risarcimento per perdita di chance, ossia con riferimento alla “probabilità” (perduta, per effetto dell’illegittimità commessa dall’amministrazione) di ottenimento del bene della vita agognato. Deve ricordarsi, al riguardo che – secondo un orientamento fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 6960 del 2005; TAR Liguria, sez. II, n. 549 del 2008; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 1807 del 2008; TAR Veneto, sez. I, n. 770 del 2011; TAR Piemonte, questa II sez., sent. n. 1130 del 2012; da ultimo, Cons. Stato, sez. III, sent. n. 1228 del 2015) – la concretezza della probabilità deve essere statisticamente valutabile per mezzo di un giudizio sintetico il quale porti alla conclusione, con prognosi ex ante, secondo l’id quod plerumque accidit, e sulla base di elementi di fatto forniti dal danneggiato, che il pericolo di non verificazione dell’evento favorevole, indipendentemente dalla condotta illecita, sarebbe stato inferiore al 50%. Quest’ultimo, tuttavia, non costituisce un parametro assoluto, dovendosi il giudizio di probabilità determinarsi caso per caso, sulla base del concreto assetto della situazione esaminata (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 5323 del 2006; TAR Puglia, Bari, sez. I, n. 1192 del 2012)”* (TAR Piemonte, sez 2, 26/06/2015, 1075). Anche la giurisprudenza citata dalla ricorrente muove dalle stesse premesse. *“Va al riguardo confermato l’orientamento – da ultimo espresso da Cons. Stato, IV, 16 maggio 2018, n. 2907 – a mente del quale il riconoscimento del danno da perdita di chance presuppone “una rilevante probabilità del risultato utile” frustrata dall’agire illegittimo dell’amministrazione, non identificabile nella perdita della semplice possibilità di conseguire il risultato sperato, bensì nella perdita attuale di un esito favorevole, anche solo probabile, se non addirittura – secondo più restrittivi indirizzi – la prova certa di una probabilità di successo almeno pari al cinquanta per cento o quella che l’interessato si sarebbe effettivamente aggiudicato il bene della vita cui aspirava. Invero, in materia di responsabilità civile dell’amministrazione occorre distinguere fra probabilità di riuscita, che va considerata quale chance risarcibile e mera possibilità di conseguire l’utilità sperata, da ritenersi chance irrisarcibile; il risarcimento del danno da perdita di chance richiede dunque l’accertamento di indefettibili presupposti di certezza dello stesso danno, dovendo viceversa escludersi tale risarcimento nel caso in cui l’atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una mera ed ipotetica eventualità di conseguimento del bene della vita (ex multis, Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2740). Il risarcimento del danno da perdita di chance (ex multis, Cons. Stato, V, 26 aprile 2018, n. 2527) esprime uno schema di reintegrazione patrimoniale riguardo un bene della vita connesso ad una situazione soggettiva che, quando è sostitutiva di una reintegrazione in forma specifica come nei contratti pubblici, poggia sul fatto che un operatore economico che partecipa ammissibilmente a una procedura di evidenza pubblica, per ciò solo, è stimabile come portatore di un’astratta e potenziale chance di aggiudicarsi il contratto (così come chiunque, in generale, partecipi ad una procedura comparativa per la possibilità di conseguire il bene o l’utilità messi a concorso). La chance iniziale e virtuale, che muove dall’essere in potenza la medesima per tutti i concorrenti, varia poi nel concretizzarsi e diviene misurabile in termini: non trattandosi di competizione di azzardo ma di contesa professionale in cui occorre mostrare titoli e capacità, diviene effettiva e aumenta o diminuisce nel corso della procedura fino a concentrarsi nella dimensione più elevata in capo all’operatore primo classificato al momento della formulazione della graduatoria finale, sfumando progressivamente in capo agli altri.*

*Perciò se, nel corso della procedura, condotte illegittime dell'amministrazione contrastano la normale affermazione della chance di aggiudicazione, viene leso l'interesse legittimo dell'operatore economico e – se è precluso anche il bene della vita cui l'interesse è orientato – è lui dovuto il risarcimento del danno nella misura stimabile della sua chance perduta (altra cosa è la questione della concezione, ontologica o eziologica della chance, sulla quale di recente questa Sezione, con sentenza 11 gennaio 2018, n. 118, ha devoluto la questione all'Adunanza plenaria; ma sulla chance come entità patrimoniale a sé, v. Cons. Stato, VI, 21 luglio 2016, n. 3304; V, 22 settembre 2015, n. 4431; V, 30 giugno 2015, n. 3249; IV, 20 gennaio 2015, n. 131; V, 17 giugno 2014, n. 3082 e a partire da Cons. Stato, sez. VI, 7 febbraio 2002, n. 686). La tecnica risarcitoria della chance impone un ulteriore necessario passaggio: posto che l'illegittima condotta dell'amministrazione ha determinato un danno risarcibile nei termini indicati, per la sua quantificazione occorre definire la misura percentuale che nella situazione data presentava per l'interessato la probabilità di aggiudicazione – la chance appunto – tenendo conto della fase della procedura in cui è stato adottato l'atto illegittimo e come poi si sarebbe evoluta. Si tratta di passaggio necessario: per la giurisprudenza l'operatore può beneficiare del risarcimento per equivalente solo se la sua chance di aggiudicazione ha effettivamente raggiunto un'apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule "probabilità seria e concreta" o anche "significativa probabilità" di aggiudicazione del contratto. Al di sotto di tale livello, dove c'è la "mera possibilità" di aggiudicazione, vi è solo un ipotetico danno comunque non meritevole di reintegrazione, poiché in pratica nemmeno distinguibile dalla lesione di una mera aspettativa di fatto (cfr., in tema di pubblici concorsi, Cons. Stato, III, 27 novembre 2017, n. 5559, nonché Cass., lav., 25 agosto 2017, n. 20408; in tema di contratti pubblici, Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2740; VI, 4 settembre 2015, n. 4115; 5 marzo 2015, n. 1099; VI, 20 ottobre 2010, n. 7593).*

*In questa direzione, la quantificazione percentuale della figurata lesione della chance identifica la dimensione effettiva di un lucro cessante; del resto, l'operatore che partecipa alla gara non è titolare attuale di un elemento patrimoniale che viene leso dall'attività amministrativa, ma di una situazione soggettiva strumentale al conseguimento di un'utilità futura.*

*L'utilità futura – l'essere parte del contratto e il trarne il legittimo lucro - è il bene della vita che gli è negato dall'azione illegittima dell'amministrazione. La chance vi rapporta in termini probabilistici le circostanze concrete, allegare e provate, che rilevano per definire, nei limiti del presumibile, la reale probabilità che aveva l'operatore economico di essere prescelto e così di conseguire quell'utilità: in una ricostruzione "dinamica" dell'evolversi della vicenda e non "statica" (cfr. Cons. Stato, V, 8 ottobre 2014, n. 5008; 17 luglio 2014, n. 3774)" (Cons. Stato, 11.07.2018, sent. n. 4225)*

Nel caso di specie la ricorrente nel qualificare la perdita di *chance* valorizza la lesione della sola possibilità di partecipazione nonché, ai fini della determinazione dell'ammontare, una probabilità di aggiudicazione fondata su mere presunzioni calcolando la probabilità di aggiudicazione in base al solo numero dei partecipanti (tre) ed all'importo dell'appalto, come sopra evidenziato. Tale quantificazione non può ritenersi coerente con i presupposti della fattispecie sopra richiamati. Anche l'utilizzo dei coefficienti di riduzione, cui fa riferimento la giurisprudenza richiamata nel ricorso, necessita di un ancoraggio a parametri probabilistici concreti e, per quanto possibile, analitici che consentano quantomeno di ancorare il ristoro per equivalente a poste finanziarie ed economiche corrispondenti al mancato effetto utile (anche in termini probabilistici) e che non assommino, come nel caso di specie, poste attive e passive (entrate e spese, costi e ricavi) utilizzandole indiscriminatamente e convertendole tutte in mancato vantaggio conseguito.

Il collegio, inoltre, evidenzia che lo stesso provvedimento impugnato non fa alcun riferimento a possibili nuove valutazioni dell'interesse pubblico legato alla valorizzazione dell'area di intervento dei lavori oggetto di gara e il Comune manifesta chiaramente la volontà di indurre una nuova procedura di gara con ciò rendendo meno credibili le citate ricostruzioni possibilistiche e probabilistiche svolte dalla ricorrente.

In tale direzione porta, anche per questa parte della domanda, la considerazione già svolta circa l'inconsistenza, sul piano risarcitorio, della eventuale illegittimità del provvedimento di esclusione, oggetto del ricorso originario; quest'ultima, infatti, risulta causalmente irrilevante, nella sequenza procedimentale, rispetto al mancato raggiungimento dell'utilità finale (preclusa comunque dal legittimo intervento in autotutela), risultando pertanto impalpabile qualunque livello di probabilità di conseguirlo.

Per tali ordini di ragioni la domanda di risarcimento dei danni, contenuta in entrambi i ricorsi, è infondata e pertanto viene respinta.

8. Le spese di giudizio seguono la soccombenza, come precisato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciandosi sui ricorsi come in epigrafe proposti, dichiara improcedibile il ricorso originario; respinge il ricorso per motivi aggiunti e la domanda di risarcimento dei danni, contenuta in entrambi i ricorsi.

Condanna la Sport Pellerina S.S.D.R.L alla refusione delle spese di giudizio che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00) in favore del Comune di Torino, e in euro 3.000,00 (tremila(00) in favore della Nord Tennis Sport Club S.S.D.R.L., oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2021 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dall'art. 25, c.2, d.l. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Marcello Faviere, Referendario, Estensore

Valentina Caccamo, Referendario

**L'ESTENSORE**

**Marcello Faviere**

**IL PRESIDENTE**

**Carlo Testori**

**IL SEGRETARIO**