



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Quarta)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1575 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da
- (Omissis), in persona del legale rappresentante pro-tempore, in qualità di capogruppo del costituendo Raggruppamento Temporanea di Imprese con la (Omissis), rappresentata e difesa dall'Avv. E. N. e domiciliata ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;

contro

- il Comune di (Omissis), in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. S. C. e domiciliato ai sensi dell'art. 25 cod. proc. amm.;
- i (Omissis), in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentati e difesi (Omissis);

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della determinazione del Responsabile Infrastrutture e Tutela del Territorio del Comune di (Omissis) n. 631 RG e 197 Reg. settore, pubblicata il 22 agosto 2022 e mai comunicata alla ricorrente, avente a oggetto "*Adeguamento ai fini antincendio strutture scolastiche - Scuola Armando Diaz presa d'atto gara senza esito e indizione nuova procedura*" di non aggiudicazione la gara di cui alla procedura SinTel n. 157380743, in quanto il solo operatore economico partecipante è stato escluso per vizio formale nella presentazione dell'offerta, e di indizione di nuova procedura per l'affidamento dei lavori, da espletarsi sulla piattaforma SinTel della Regione Lombardia, evidenziando che l'affidamento avverrà ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c, del D. Lgs. n. 50 del 2016, modificato dalla legge n. 120 del 2020 e che l'aggiudicazione verrà effettuata con il criterio del minor prezzo, da esprimersi mediante ribasso in percentuale sull'importo dei lavori posto a base d'asta;
- del medesimo provvedimento nella parte in cui dispone la non approvazione all'aggiudicazione dei lavori in favore della ditta unica offerente che ha presentato l'offerta corrispondente allo sconto del 1,00% nella procedura n. 157380743 per addivenire all'affidamento dei lavori di Adeguamento ai fini antincendio strutture scolastiche – Scuola Armando Diaz;
- del provvedimento denominato motivazione della chiusura della gara adeguamento ai fini antincendio strutture scolastiche – Scuola A. Diaz;
- del report della procedura SinTel 157380743 nella parte in cui prevede la soglia percentuale del 2% nella gara CIG 93327393DC;
- della lettera di invito alla nuova procedura di gara CIG937240475 erroneamente datata 22 luglio 2022;
- del report della procedura SinTel 158284574 nella parte in cui prevede la soglia percentuale del 1% nella gara CIG 9372404075;
- e per la conferma (i) della Determina a contrarre n. 166 registro settore, 562 Registro Generale del 26 luglio 2022 (indicazione errata nella determina n. 197 del 19 agosto 2022) con cui è stata indetta la procedura di gara n. 157380743 per addivenire all'affidamento dei lavori di Adeguamento ai fini antincendio strutture scolastiche – Scuola A. Diaz, (ii) della lettera di invito alla gara CIG 93327393DC e degli esiti della procedura di gara predetta di cui alle offerte pervenute entro le ore

23:59 del 7 agosto 2022, (iii) del diritto della ricorrente alla aggiudicazione definitiva dell'appalto n. 157380743 dei lavori di Adeguamento ai fini antincendio strutture scolastiche – Scuola A. Diaz CIG 93327393DC e (iv) dell'offerta della ricorrente nella gara CIG 93327393DC;

- per quanto occorrer possa, del bando lettera di invito e della determina a contrarre del 166 registro settore, 562 Registro Generale del 26 luglio 2022 (indicazione errata nella determina n. 197 del 19 agosto 2022) e la determinazione 19 agosto 2022 631 RG e 197 Reg. settore qui impugnata nella parte in cui possa essere interpretata nel senso che la introduzione della soglia di sbarramento possa essere introdotta sulla sola piattaforma SinTel;

- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali;

- e per il risarcimento del danno in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori; ovvero, in subordine, per il risarcimento dei danni in dipendenza dei provvedimenti impugnati, con la condanna dell'Ente al pagamento della somma pari all'utile di impresa nella misura del 5% del prezzo netto o di quella somma determinata dal Collegio, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., nonché del danno curriculare, alle spese tutte sostenute in relazione alla gara ed al procedimento;

quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:

- della determinazione del Responsabile Infrastrutture e Tutela del Territorio del Comune di (Omissis) n. 840 del 3 novembre 2022 e del certificato di pubblicazione, nella parte in cui ha annullato/revocato tutto il procedimento ivi elencato;

- e per il risarcimento del danno in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori o per equivalente monetario;

quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:

- del bando avente a oggetto la procedura negoziata, previa gara ufficiosa, indetta con determinazione a contrarre della Provincia di (Omissis) - Direzione Organizzativa III - Appalti e Contratti - Servizio (Omissis) n. 1343 del 13 dicembre 2022 relativa al Comune di (Omissis) per i *“Lavori di adeguamento ai fini antincendio Strutture scolastiche – Scuola Armando Diaz. Fondi PNRR - Next Generation EU. Gara 183/2022 – CIG: 95410091B4”*;

- della determinazione a contrarre della Provincia di (Omissis) - Direzione Organizzativa III - Appalti e Contratti - Servizio (Omissis) n. 1343 del 13 dicembre 2022, non presente sul sito dell'Ente né sul sito della S.U.A.;

- e per il risarcimento del danno in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori o per equivalente monetario.

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

Visto il decreto cautelare n. 979/2022 con cui è stata respinta, inaudita altera parte, la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo e fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di (Omissis);

Vista l'ordinanza n. 1151/2022 con cui è stata accolta nei sensi specificati in motivazione la domanda di sospensione cautelare formulata con il ricorso introduttivo e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito del ricorso;

Visto il decreto cautelare n. 1303/2022 con cui è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il primo ricorso per motivi aggiunti e fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dei Ministeri (Omissis);

Vista l'ordinanza n. 1356/2022 con cui è stata confermata la data di fissazione dell'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Visto il decreto cautelare n. 1512/2022 con cui è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il secondo ricorso per motivi aggiunti e fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica, svoltasi contestualmente alla camera di consiglio, del 18 gennaio 2023, i difensori delle parti, come specificato nel verbale;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso introduttivo notificato il 3 settembre 2022 e depositato in pari data, la società ricorrente, in qualità di capogruppo di un costituendo R.T.I., ha impugnato la determinazione del Responsabile Infrastrutture e Tutela del Territorio del Comune di (Omissis) n. 631 RG e 197 Reg. settore, pubblicata il 22 agosto 2022 e mai comunicata, avente a oggetto "*Adeguamento ai fini antincendio strutture scolastiche - Scuola Armando Diaz presa d'atto gara senza esito e indizione nuova procedura*", recante la non aggiudicazione la gara di cui alla procedura SinTel n. 157380743, in quanto il solo operatore economico partecipante, ossia la predetta ricorrente, è stato escluso per vizio formale nella presentazione dell'offerta, e l'indizione di nuova procedura per l'affidamento dei lavori, da espletarsi sulla piattaforma SinTel della Regione Lombardia, evidenziando che l'affidamento avverrà ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c, del D. Lgs. n. 50 del 2016, modificato dalla legge n. 120 del 2020 e che l'aggiudicazione verrà effettuata con il criterio del minor prezzo, da esprimersi mediante ribasso in percentuale sull'importo dei lavori posto a base d'asta; è stato chiesto altresì il risarcimento del danno in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori o per equivalente monetario.

Con Determina a contrarre del 26 luglio 2022, il Comune di (Omissis) ha indetto una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di adeguamento ai fini antincendio della Scuola A. Diaz, da svolgersi per mezzo della piattaforma SinTel, previa richiesta di offerta a sette imprese, selezionate tra gli operatori iscritti alla predetta piattaforma telematica. Il criterio di aggiudicazione è stato individuato nel minor prezzo, senza previsione di alcuna soglia minima, per un importo complessivo pari a € 179.161,95. Nel termine stabilito, soltanto il R.T.I. ricorrente ha presentato un'offerta, con un ribasso dell'1%. Tuttavia la Stazione appaltante, sul presupposto della non ammissibilità dell'unica offerta presentata, in quanto inferiore alla soglia minima di sconto del 2% inserita nella piattaforma telematica, ha deciso di non procedere all'aggiudicazione della gara e di indire una nuova procedura. La ricorrente ha tempestivamente segnalato alla Stazione appaltante le proprie riserve sulla legittimità della richiamata determinazione di non aggiudicazione della gara, poiché nella *lex specialis* non era stata indicata alcuna percentuale minima di ribasso e l'inserimento di quest'ultima soltanto nella piattaforma telematica, a suo dire, rappresentava una palese violazione del principio di immodificabilità degli atti di gara. Pertanto, è stato proposto ricorso nella presente sede, a sostegno del quale sono stati dedotti la violazione dell'art. 36, comma 2, lett. c, e dell'art. 79 del D. Lgs. n. 50 del 2016 e del Considerando n. 81 della Direttiva 2014/24/UE, la violazione e falsa applicazione della lettera di invito e della determinazione a contrarre, dell'art. 97 Cost., l'eccesso di potere per contraddittorietà nell'agire amministrativo, la violazione e la falsa applicazione degli artt. 3 e 7 della legge n. 241 del 1990, la motivazione inesistente, la violazione del principio di buona fede e correttezza, lo sviamento di potere per violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare, la violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare e la violazione del principio del «*contrarius actus*».

Con decreto cautelare n. 979/2022 è stata respinta, inaudita altera parte, la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il ricorso introduttivo ed è stata fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare.

Si è costituito in giudizio il Comune di (Omissis), che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con l'ordinanza n. 1151/2022 è stata accolta nei sensi specificati in motivazione la domanda di sospensione cautelare formulata con il ricorso introduttivo ed è stata fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito del ricorso.

2. Con il primo ricorso per motivi aggiunti notificato il 5 novembre 2022 e depositato in pari data, la società ricorrente ha altresì impugnato la determinazione del Responsabile Infrastrutture e Tutela del Territorio del Comune di (Omissis) n. 840 del 3 novembre 2022 e il certificato di pubblicazione,

nella parte in cui hanno annullato/revocato tutto il procedimento ivi elencato; è stato chiesto altresì il risarcimento del danno in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori o per equivalente monetario.

In seguito alla pronuncia cautelare n. 1151/2022, il Comune di (Omissis) ha annullato in autotutela gli atti relativi alla gara oggetto di contenzioso, evidenziando che i lavori di adeguamento della Scuola sono finanziati con contributi statali che, come stabilito dal Ministero dell'Interno, sono confluiti nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R. M2 C4-2.2) e per l'espletamento delle procedure connesse al predetto Piano, nei Comuni beneficiari non capoluoghi di Provincia, è necessario ricorrere a una Centrale unica di committenza o a un soggetto aggregatore; non essendo il Comune di (Omissis) capoluogo di Provincia, lo stesso avrebbe proceduto all'esternalizzazione delle procedure di affidamento ricorrendo a un soggetto aggregatore, ossia il S.U.A. (Stazione unica appaltante) della Provincia di (Omissis).

Assumendo l'illegittimità del predetto provvedimento, la parte ricorrente ne ha chiesto l'annullamento per violazione dell'art. 36, comma 2, lett. c, e dell'art. 79 del D. Lgs. n. 50 del 2016, del decreto legge n. 85 del 2022, del Considerando n. 81 della Direttiva 2014/24/UE e dell'art. 97 Cost., per eccesso di potere per contraddittorietà nell'agire amministrativo, per violazione e la falsa applicazione degli artt. 3, 7, 10 bis e 21 nonies della legge n. 241 del 1990, per motivazione inesistente, per violazione del principio di buona fede e correttezza, per sviamento di potere, per violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare e per violazione del principio del «*contrarius actus*».

Con il decreto cautelare n. 1303/2022 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il primo ricorso per motivi aggiunti ed è stata fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare.

Si sono costituiti in giudizio i Ministeri (Omissis), che hanno chiesto il rigetto dei ricorsi.

Con l'ordinanza n. 1356/2022 è stata confermata la data di fissazione dell'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia.

3. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti notificato il 24 dicembre 2022 e depositato in pari data, la parte ricorrente ha altresì impugnato il bando avente a oggetto la procedura negoziata, previa gara ufficiosa, indetta con determinazione a contrarre della Provincia di (Omissis) - Direzione Organizzativa III - Appalti e Contratti - Servizio (Omissis) n. 1343 del 13 dicembre 2022 relativa al Comune di (Omissis) per i "Lavori di adeguamento ai fini antincendio Strutture scolastiche – Scuola Armando Diaz. Fondi PNRR - Next Generation EU. Gara 183/2022 – CIG: 95410091B4"; è stato chiesto altresì il risarcimento del danno in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori o per equivalente monetario.

Assumendo l'illegittimità per invalidità derivata rispetto agli atti impugnati con il ricorso introduttivo e i primi motivi aggiunti anche della determinazione del S.U.A. della Provincia di (Omissis) del 13 dicembre 2022, la parte ricorrente ne ha chiesto l'annullamento ribadendo gli stessi vizi già dedotti con il primo ricorso per motivi aggiunti.

Con decreto cautelare n. 1512/2022 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con il secondo ricorso per motivi aggiunti ed è stata fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare.

4. In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni.

In data 18 gennaio 2023 è stata fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito del ricorso introduttivo e del primo ricorso per motivi aggiunti; nella stessa data è stata fissata la camera di consiglio per la trattazione della domanda cautelare proposta con il secondo ricorso per motivi aggiunti. Avuto riguardo alla completezza del contraddittorio e alla sussistenza dei presupposti indicati dalla legge, il Collegio ha ritenuto di poter definire l'intera controversia nel merito, dando specifico avviso in tal senso ai difensori presenti all'udienza, svolta contemporaneamente sia nella forma camerale che pubblica.

DIRITTO

1. Prima di affrontare il merito delle questioni proposte con il ricorso introduttivo e con i ricorsi per motivi aggiunti, risulta necessario modificare l'ordine di trattazione dei richiamati gravami, atteso che le contestazioni relative alla conclusione della procedura di gara per l'affidamento dei lavori di adeguamento ai fini antincendio della Scuola A. Diaz, proposte con il ricorso introduttivo, possono essere scrutinate soltanto laddove fosse accolto il primo ricorso per motivi aggiunti, rivolto avverso il provvedimento comunale di autotutela del 3 novembre 2022; difatti, ove fosse accertata la legittimità dell'annullamento in autotutela della citata procedura di gara, nessun interesse permarrebbe in capo alla parte ricorrente che, a tal punto, non potrebbe utilmente aspirare al conseguimento dell'aggiudicazione di una procedura non più in essere (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 7 marzo 2022, n. 529). Deve perciò scrutinarsi, in via prioritaria, il primo ricorso per motivi aggiunti.

2. Il primo ricorso per motivi aggiunti non è meritevole di accoglimento.

3. Con l'unico complesso motivo di ricorso si assume l'illegittimità dell'atto di annullamento in autotutela della gara avviata nel mese di luglio 2022, in quanto, da una parte, il Comune non avrebbe rappresentato alla parte ricorrente che la procedura riguardava interventi finanziati con le risorse previste dal P.N.R.R. e, dall'altra, che il predetto atto di autotutela si porrebbe in contrasto con la pronuncia cautelare n. 1151/2022, non avendo l'Amministrazione fornito una plausibile motivazione ostativa all'aggiudicazione della gara all'unico concorrente partecipante, non potendosi reiterare indefinitamente i dinieghi del provvedimento favorevole nei confronti della parte privata, in violazione dei principi del "*one shot temperato*" e di buona fede e di affidamento e senza nemmeno rispettare i rigorosi requisiti richiesti per l'esercizio dell'autotutela dall'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990 e dal precedente art. 10 bis, nelle versioni attualmente vigenti.

3.1. La doglianza è infondata.

In prima battuta, va rilevato come la violazione del comma 3 dell'art. 12-bis del decreto legge n. 68 del 2022, convertito con modificazioni dalla legge n. 108 del 2022 – a mente del quale "*le pubbliche amministrazioni sono tenute a rappresentare che il ricorso ha ad oggetto una procedura amministrativa che riguarda interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR*" –, non determina l'illegittimità della procedura ma si pone alla stregua di una irregolarità, non invalidante l'attività amministrativa posta in essere. Difatti, con riguardo ai provvedimenti amministrativi deve distinguersi tra la fase di esistenza e di legittimità, che dipende dalla sussistenza degli elementi essenziali soggettivi e oggettivi e dei relativi requisiti di validità, e la fase integrativa dell'efficacia (pubblicazioni, notificazioni, comunicazioni; controlli ove previsti, ecc.), che non attiene né alla perfezione dell'atto, e neppure alla sua validità, ma che incide esclusivamente sulla sua efficacia o su aspetti estrinseci al provvedimento (cfr. Consiglio di Stato, IV, 17 maggio 2012, n. 2849); ne deriva che la mancata segnalazione in ordine alla riferibilità del presente giudizio a interventi finanziati con risorse stanziare nel P.N.R.R. non determina alcuna illegittimità della predetta procedura, potendo tale evenienza al limite rappresentare una mera irregolarità sotto il profilo processuale, certamente non invalidante l'attività amministrativa posta in essere (cfr. T.A.R. Valle d'Aosta, 31 dicembre 2020, n. 69) e regolarizzabile con l'applicazione del comma 4 del citato art. 12-bis.

Peraltro, la difesa della ricorrente ha provveduto, correttamente, a notificare il ricorso per motivi aggiunti anche alle Amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel P.N.R.R., come stabilito dall'art. 12-bis, comma 4, del decreto legge n. 68 del 2022, convertito con modificazioni dalla legge n. 108 del 2022 (ovvero, i Ministeri dell'Interno, dell'Istruzione e dell'Economia e delle Finanze e la Presidenza del Consiglio dei Ministri), garantendo in tal modo l'integrità del contraddittorio.

3.2. Passando all'esame del merito della doglianza, va rilevato come il provvedimento di autotutela adottato in data 3 novembre 2022, con cui sono state annullate le procedure relative alle gare SINTEL n. 158284874 e n. 157380743, risulta motivato con il mancato allineamento delle predette procedure rispetto alle indicazioni derivanti dal Comunicato del Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno del 17 dicembre 2021, che ha precisato che i lavori oggetto della gara

avviata (anche) dal Comune di (Omissis), relativi alla messa in sicurezza degli edifici, sono stati finanziati con contributi che sono confluiti nel Piano Nazionale Ripresa e Resilienza (PNRR M2 C4-2.2): più nel dettaglio, i lavori di adeguamento della Scuola sono stati finanziati con i contributi di cui art. 1, comma 139-bis, della legge n. 145 del 2018 che sono confluiti nella Missione del P.N.R.R. affidata al Ministero dell'Interno (Missione 2: Rivoluzione Verde e Transizione Ecologica; Componente C4: Tutela del territorio e della risorsa idrica; Investimento 2.2: Interventi per la resilienza, la valorizzazione del territorio e l'efficienza energetica dei comuni), come precisato con il Comunicato del 6 settembre 2021 del Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno [*“..... si segnala che tutte le assegnazioni di contributi relative alla graduatoria del 2021, pari a 3.600 milioni di euro (risorse anno 2021 e risorse anno 2022), sono confluite nel piano nazionale di ripresa e resilienza e pertanto, non appena saranno formalizzate le norme abilitanti e le relative linee guida verranno fornite agli utili tutte le indicazioni necessarie circa il corretto utilizzo delle risorse in termine di gestione, monitoraggio e rendicontazione così come richiesto dall'Unione Europea”*].

Con il richiamato successivo Comunicato del 17 dicembre 2021, il Ministero dell'Interno ha segnalato che *«in ragione del passaggio delle risorse sopra rappresentate sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, i Comuni beneficiari che hanno avviato procedure di affidamento successivamente alla data di pubblicazione in G.U. del Decreto Ministeriale del 24 settembre 2021, sono tenuti al rispetto della normativa in tema di appalti pubblici disciplinata dal Decreto-Legge n. 77/2021, derogatoria del D. Lgs 50/2016. Tra le altre, particolare importanza riveste l'art. 52, comma 1.2, del D.L. n. 77/2021, convertito dalla Legge n. 108/2021, che nell'ottica di favorire l'accentramento delle procedure di gara, ha disposto che “nelle more di una disciplina diretta ad assicurare la riduzione, il rafforzamento e la qualificazione delle stazioni appaltanti, per le procedure afferenti alle opere PNRR e PNC, i comuni non capoluogo di provincia procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori, oltre che secondo le modalità indicate dal citato articolo 37, comma 4, attraverso le unioni di comuni, le province, le città metropolitane e i comuni capoluogo di provincia”. Per le procedure afferenti alle opere a valere sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, viene dunque annullata la sospensione degli obblighi di aggregazione di cui al co. 4 art. 37, che era stata prevista dall'art. 1 comma 1 lett. a) del D.L. n 32/2019, ed inserita la possibilità di procedere all'acquisizione di forniture servizi e lavori, oltre che con le modalità già previste dall'articolo 37 comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., anche tramite unioni di Comuni, Province, Città Metropolitane o Comuni capoluogo di provincia. Segnatamente, per le opere afferenti al PNRR, in applicazione dell'art. 37 comma 4 e dell'art. 52, co. 1.2, la stazione appaltante, qualora sia Comune non capoluogo di provincia, dovrà procedere secondo una delle modalità indicate di seguito: ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati; (Si ricorda, a tal proposito, che non essendo stato ancora emanato il DPCM sulla qualificazione delle stazioni uniche appaltanti, CUC e Soggetti Aggregatori di cui all'articolo 38 del Codice degli Appalti, il Comune non capoluogo di provincia potrà ricorrere anche a CUC e Soggetti Aggregatori non qualificati). mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza o stazioni uniche appaltanti nelle forme previste dall'ordinamento; ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane ovvero gli enti di area vasta; ricorrendo ad Unioni di Comuni, Province, Città metropolitane o Comuni capoluogo di provincia anche non qualificati; ricorrendo ai soggetti aggregatori qualificati di diritto ex articolo 38 co. 1 del D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii.»*.

Dal sussesposto quadro normativo – in particolare dall'art. 52, comma 1.2, del decreto legge n. 77 del 2021, convertito con legge n. 108 del 2021 – emerge che per gli appalti superiori alle soglie di cui all'art. 37, commi 1 e 2, del D. Lgs. n. 50 del 2016 – come è per l'appalto oggetto del presente giudizio, avente un valore pari a € 179.161,95 – banditi da Comuni non capoluogo di Provincia, al

cui novero appartiene anche il Comune di (Omissis), è necessario ricorrere a una centrale di committenza, a una stazione unica appaltante, o a strutture simili, non potendo tali Enti procedere in autonomia alla celebrazione della gara. Tale regime deve applicarsi ai Comuni beneficiari che hanno avviato procedure di affidamento successivamente alla data di pubblicazione in G.U. del Decreto Ministeriale del 24 settembre 2021 (cfr. il citato Comunicato ministeriale del 17 dicembre 2021).

Ne discende che le gare indette dal Comune di (Omissis) in data 26 luglio e 19 agosto 2022 sono state avviate allorquando non risultava più possibile per il predetto Comune bandire in autonomia le richiamate procedure, essendo cogente l'obbligo di rivolgersi a una Centrale di committenza o a un soggetto idoneo, secondo la normativa in precedenza indicata.

Alla luce delle suesposte premesse risulta corretta la determinazione del Comune di (Omissis) di annullare in autotutela le procedure bandite in proprio, essendo le stesse palesemente illegittime per contrasto con norme di legge e comportando il rischio della perdita dei finanziamenti (cfr. all. 14 e 15 del Comune, che si riferiscono ai controlli della Corte dei conti sulla procedura in oggetto; sulla legittimità della revoca di una precedente gara di appalto al fine di rinnovare la procedura per fruire dei fondi P.N.R.R., cfr. T.A.R. Campania, Napoli, I, 1° dicembre 2022, n. 7512).

L'intervento in autotutela ha peraltro avuto a oggetto delle procedure concorsuali non ancora aggiudicate in via definitiva, con la conseguenza che nessuna posizione di affidamento qualificato sussisteva in capo alla parte ricorrente e nessun obbligo di comunicare l'avvio del procedimento di annullamento incombeva sull'Amministrazione procedente (cfr. Consiglio di Stato, V, 11 gennaio 2022, n. 202; T.A.R. Calabria, Catanzaro, I, 25 maggio 2021, n.1085; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, I, 21 settembre 2020, n. 320; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 30 luglio 2018, n. 1868). Infatti, *“nelle gare pubbliche, la decisione della Pubblica amministrazione di procedere alla revoca [o all'annullamento] dell'aggiudicazione provvisoria non è da classificare come attività di secondo grado (diversamente dal ritiro dell'aggiudicazione definitiva), atteso che, nei confronti di tale determinazione, l'aggiudicatario provvisorio vanta solo un'aspettativa non qualificata o di mero fatto alla conclusione del procedimento: pertanto, l'assenza di una posizione di affidamento in capo all'aggiudicatario provvisorio, meritevole di tutela qualificata, attenua l'onere motivazionale facente carico alla Pubblica amministrazione, in occasione del ritiro dell'aggiudicazione provvisoria, anche con riferimento alla indicazione dell'interesse pubblico giustificativo dell'atto di ritiro”* (Consiglio di Stato, III, 6 agosto 2019, n. 5597; anche, V, 11 ottobre 2018, n. 5863; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 7 marzo 2022, n. 529; T.A.R. Lazio, Roma, III quater, 11 marzo 2020, n. 3142). Del resto, la procedura di gara si conclude solo con l'aggiudicazione definitiva e, pur restando ancora salva la facoltà per la Stazione appaltante di manifestare il proprio ripensamento – in questo caso secondo le forme proprie dell'autotutela decisoria – per contro, prima di questo momento, l'Amministrazione resta libera di intervenire sugli atti di gara con manifestazioni di volontà di segno opposto a quello precedentemente espresso senza dovere sottostare a dette forme (cfr. Consiglio di Stato, V, 4 gennaio 2019, n. 107). Ad abundantiam, va altresì rilevato che sussiste per l'Amministrazione la possibilità di intervenire in autotutela perfino dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto (cfr. Consiglio di Stato, V, 27 gennaio 2022 n. 590).

Quanto alla idoneità della motivazione e alla congruità dell'istruttoria, va segnalato che l'assenza di una posizione di affidamento qualificato in capo alla parte ricorrente rende meno stringente l'obbligo motivazionale imposto all'Amministrazione, che nella fattispecie oggetto di scrutinio comunque risulta essere stato assolto, come rilevato in precedenza, adeguatamente (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 7 marzo 2022, n. 529).

3.3. All'infondatezza della scrutinata censura, segue il rigetto del primo ricorso per motivi aggiunti.

4. La reiezione del primo ricorso per motivi aggiunti determina il rigetto anche del secondo ricorso per motivi aggiunti, contenendo quest'ultimo soltanto censure di illegittimità derivata rispetto agli atti impugnati con il pregresso primo ricorso per motivi aggiunti; nessun rilievo assume la dedotta mancata pubblicazione sul sito del S.U.A. della Provincia di (Omissis) della determinazione n. 1343 del 13 dicembre 2022, quale atto presupposto rispetto alla lettera di invito del 19 dicembre 2022 inviata dal S.U.A. alla ricorrente (allegato al secondo ricorso per motivi aggiunti), non essendo un

requisito di validità della predetta procedura la previa pubblicazione della determina a contrarre e comunque non sussistendo alcun interesse specifico in capo alla ricorrente (anche avuto riguardo alla circostanza che il suddetto procedimento non si è ancora concluso in senso a essa sfavorevole).

5. Come già anticipato al precedente punto 1, il rigetto del primo ricorso per motivi aggiunti, cristallizzando definitivamente il contenuto del provvedimento di annullamento in autotutela della procedura oggetto del presente contenzioso, rende improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'esame del merito del ricorso introduttivo, non potendo arrecare la sua eventuale fondatezza alcuna pratica e obiettiva utilità alla parte ricorrente, visto che la gara bandita originariamente dal Comune non può essere riattivata e conclusa secondo quanto auspicato dalla ricorrente.

6. Devono a questo punto essere esaminate le domande risarcitorie formulate sia nel ricorso introduttivo che nei ricorsi per motivi aggiunti.

6.1. Le predette domande sono complessivamente infondate.

Quanto alla responsabilità amministrativa per lesione di interessi legittimi, la stessa deve essere esclusa, tenuto conto che è stata dimostrata la legittimità dell'attività amministrativa complessivamente intesa, da cui è emerso la non spettanza del bene della vita alla società ricorrente.

6.2. Quanto alla responsabilità precontrattuale, la giurisprudenza, in plurime occasioni, ha *“affermato che anche nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare non soltanto le norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), ma anche le norme generali dell'ordinamento civile 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., fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2013, n. 633; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Cons. Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., sez. un. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250). Da qui l'ordinaria possibilità che una responsabilità da comportamento scorretto sussista nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento”* (Consiglio di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

In altri termini, anche in caso di legittimo esercizio della potestà di autotutela e di revirement dell'Amministrazione, può sussistere in capo a quest'ultima una responsabilità precontrattuale, ove l'impresa abbia ragionevolmente confidato di addivenire alla stipula del contratto, sperando nella logica esecuzione degli atti della procedura ad evidenza pubblica culminati nell'aggiudicazione definitiva in suo favore e in seguito rimossi (Consiglio di Stato, Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21; T.A.R. Campania, Napoli, V, 4 ottobre 2022, n. 6154).

È stato poi precisato che, *“mentre i danni da mancata aggiudicazione sono parametrati al c.d. interesse positivo e consistono nell'utile netto ritraibile dal contratto, oltre che nei pregiudizi di tipo curriculare e all'immagine commerciale della società, ingiustamente privata di una commessa pubblica, nel caso di responsabilità precontrattuale i danni sono limitati al solo interesse negativo, ravvisabile nel caso delle procedure ad evidenza pubblica nelle spese inutilmente sopportate per parteciparvi e nella perdita di occasioni di guadagno alternative”* (cfr. Consiglio di Stato, III, 2 aprile 2019, n. 2181), non potendosi risarcire il mancato guadagno connesso all'esecuzione del contratto non stipulato (c.d. interesse positivo: cfr. Consiglio di Stato, V, 12 luglio 2021, n. 5274; V, 28 gennaio 2019, n. 697). Inoltre, *“nell'ambito della responsabilità precontrattuale, il c.d. danno curriculare non è risarcibile, perché non attiene all'interesse negativo, ma, più propriamente, all'interesse positivo, derivando proprio dalla mancata esecuzione dell'appalto, non dall'inutilità della trattativa”* (Consiglio di Stato, V, 26 aprile 2021, n. 3303; VI, 1° febbraio 2013, n. 633).

Anche in questa materia rileva il principio dell'onere della prova, essendo compito del privato dimostrare sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), che il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate),

unitamente al nesso di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'Amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

Quindi, a prescindere dall'accertata sussistenza di una responsabilità di natura precontrattuale in capo al Comune di (Omissis), nella specie non risulta essere stata fornita la dimostrazione né delle spese sostenute per la partecipazione alla gara né delle occasioni di guadagno alternative perse, con conseguente reiezione della connessa domanda risarcitoria (cfr. Consiglio di Stato, V, 26 aprile 2021, n. 3303).

6.3. Da ciò discende il rigetto della domanda risarcimento del danno anche a titolo di responsabilità precontrattuale.

7. In conclusione, il ricorso introduttivo deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza, mentre il primo e il secondo ricorso per motivi aggiunti devono essere respinti; le domande risarcitorie, anche a titolo di responsabilità precontrattuale, devono essere respinte.

8. Avuto riguardo al complessivo andamento della controversia, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti di causa; deve tuttavia essere disposta la rifusione del contributo unificato relativo al solo ricorso introduttivo in favore della parte ricorrente e a carico del Comune di (Omissis), avuto riguardo alla fondatezza del citato ricorso introduttivo, come evidenziato in sede di ordinanza cautelare n. 1151/2022.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando:

- dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso introduttivo;
- respinge sia il primo che il secondo ricorso per motivi aggiunti;
- respinge le domande di risarcimento del danno.

Spese compensate, fatta salva la rifusione del contributo unificato relativo al solo ricorso introduttivo in favore della parte ricorrente e a carico del Comune di (Omissis).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 18 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonio De Vita

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO