

Pubblicato il 20/09/2024

N. 07699/2024REG.PROV.COLL.
N. 04265/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Settima)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4265 del 2024, proposto dal Comune (...), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato A. P., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

contro

il (...), rappresentato e difeso (...);

nei confronti

Comune di (...), Comune di (...) e Comune di (...), non costituiti in giudizio;

Comune di (...), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato A. P., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di (...), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato M. C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di (...), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati A. M. B. e G. L., con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato M. A. G., in Roma, (...);

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma (Sezione Terza), n. 5718/2024, concernente il ricorso per l'annullamento del giudizio di non ammissione alla graduatoria definitiva per l'ottenimento di fondi rientranti nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – Programma Operativo Nazionale per la scuola.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del (...), nonché del Comune di (...), del Comune di (...) e del Comune di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 settembre 2024 il Cons. Daniela Di Carlo e uditi per le parti l'avvocato A. L. su delega dell'avvocato P. A. e l'avvocato M. A. G. su delega scritta degli avvocati B. A. M. e L. G.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di (...) ha appellato la sentenza di cui in epigrafe, con cui il TAR del Lazio, sede di Roma, ha respinto (tuttavia compensando le spese del giudizio) il suo ricorso per l'annullamento degli atti relativi al giudizio di non ammissione alla graduatoria definitiva formata in data 18 luglio 2022 dal Ministero (...), nell'ambito del procedimento per l'assegnazione dei fondi rientranti nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza - Programma Operativo Nazionale "Per la scuola - Competenze ed ambienti per l'apprendimento" 2014-2020, - Asse II - Infrastrutture per l'Istruzione - Fondo Europeo di Sviluppo Regionale (FESR) - Obiettivo Specifico 10.7 - Azione 10.7.1 - "Interventi di riqualificazione degli edifici scolastici", ed in particolare di quelli concernenti la graduatoria definitiva di cui all'Allegato 3 - AVVISO 18786 del 28 giugno 2021 - Edilizia - Palestre, Aree di Gioco, Impianti Sportivi, Mense.

2. In particolare, il TAR adito ha respinto il ricorso con la motivazione che, legittimamente, il Ministero dell'Istruzione e del Merito avesse depennato il nominativo del Comune di (...) e dalla graduatoria definitiva, pur essendosi il suddetto ente collocato in posizione utile in quella provvisoria, a cagione del fatto che, al momento della verifica della sussistenza delle condizioni di partecipazione alla procedura selettiva, il medesimo ente non ha comprovato il possesso del requisito afferente alla necessaria, previa approvazione del progetto di fattibilità tecnico-economica da parte della Giunta comunale.

Più nel dettaglio, il Tar, per un verso, ha ritenuto che le determine n. 778 e n. 779 del 29 luglio 2021, concernenti gli istituti scolastici (...), fossero inidonee ad integrare il requisito richiesto, essendo state adottate dal Dirigente dell'ufficio tecnico comunale, e non dall'organo di indirizzo politico-amministrativo del medesimo ente, mentre, per un altro verso, ha escluso la possibilità di invocare, da parte del Comune, il soccorso istruttorio, trattandosi non di una mera integrazione di un elemento in qualche modo preesistente, ma della necessità di un nuovo fatto (approvazione dei progetti da parte della Giunta), da svolgersi successivamente al termine di presentazione delle domande.

3. Nell'appellare la sentenza, il Comune di (...) ripropone, nella sostanza, le medesime censure dedotte in primo grado, articolandole quali ragioni di critica specifica avverso le statuizioni con cui sono stati respinti tutti e tre i motivi di ricorso introduttivo.

Anzitutto, ritiene il Comune che il primo giudice abbia errato nel motivare che "*Nel caso di specie, non essendo i progetti presentati inseriti nel programma annuale e triennale delle OO.PP. dell'ente locale - atto programmatico d'indirizzo assunto dall'organo (politico) competente -, questi non potevano essere approvati con determinazioni del responsabile di settore.*", essendo al contrario comprovato in atti che gli interventi edilizi in questione sono stati specificatamente inseriti nella programmazione triennale dei LL.PP..

In secondo luogo, sostiene che il primo giudice non abbia riconosciuto il corretto valore alle determine dirigenziali nn. 778 e 779 del 29 luglio 2021, sia in quanto nessuna norma prescrive espressamente che il progetto di fattibilità tecnico-economica debba essere approvato dalla Giunta comunale, sia perché le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure concorsuali/competitive sono tassative e di stretta interpretazione, dovendo quindi interpretarsi, in caso di dubbio, in favore della concorrenza e della più ampia partecipazione.

Ritiene poi che i provvedimenti di non ammissibilità al finanziamento decretati dal Ministero sarebbero in ogni caso viziati da incompleta istruttoria e carenza di motivazione, oltre che da eccesso di potere, non essendo stato consentito il soccorso istruttorio.

Infine, il Comune ha reiterato la domanda risarcitoria per equivalente, da quantificarsi in un importo corrispondente a quello dello stesso contributo di cui si controverte, così come articolata nel ricorso di primo grado.

4. Si è costituito in resistenza il Ministero (...), instando per il rigetto del gravame.

5. Si sono pure costituiti, con separate memorie, i Comuni di (...), rimarcando anch'essi l'infondatezza della pretesa del Comune di (...) ad essere inserito nella graduatoria, in cui essi, invece, risultano utilmente collocati.

6. Le parti hanno ulteriormente insistito sulle rispettive tesi difensive, mediante il deposito di documenti, di memorie integrative e di memorie di replica.

7. Alla udienza pubblica del 17 settembre 2024, la causa è passata in decisione.

8. L'appello è infondato.

In fatto, la vicenda è chiara.

Il Comune di (...) si era utilmente collocato nella graduatoria provvisoria presentando due candidature per due diversi istituti scolastici ((...) e quello (...)), indubbiamente riportando un punteggio che denota qualità e apprezzabilità tecnico-economica della progettazione (segnatamente, su 243 posizioni disponibili per il finanziamento, il Comune si era collocato rispettivamente al 5° e al 25° posto).

Senonché, l'oggetto dell'odierno contenzioso e, al contempo, la ragione dell'esclusione delle candidature dalla graduatoria definitiva e, quindi, dal finanziamento pubblico, dipendono non dall'apprezzamento del merito dei progetti presentati, bensì dall'osservanza delle condizioni previste dalla *lex specialis* per la partecipazione alla procedura selettiva.

Condividendo sul punto il ragionamento logico-giuridico seguito dal TAR, ritiene il Collegio che il Comune di (...) non abbia prestato osservanza a quanto espressamente richiesto dall'art. 9, comma 4, dell'avviso pubblico, ovvero che *“L'ente locale che intende presentare la candidatura deve essere in possesso di almeno un progetto di fattibilità tecnico-economica, ai sensi dell'articolo 23 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Tale progetto deve essere stato approvato da parte dell'organo competente dell'ente prima della presentazione della candidatura e il relativo provvedimento di approvazione deve essere caricato a sistema al momento della presentazione della richiesta di finanziamento.”*.

In diritto, è fuor di dubbio che il primo giudice abbia aderito, e di conseguenza applicato, quello che rappresenta il consolidato e pacifico indirizzo esegetico seguito dalla giurisprudenza amministrativa circa l'interpretazione dell'art. 23, decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici), ovvero che il progetto preliminare e lo studio di fattibilità rientrano nella competenza della Giunta comunale in considerazione del fatto che tale livello di progettazione *“definisce il quadro delle esigenze da soddisfare”*, rientrando quindi a pieno titolo negli indirizzi politico-amministrativi che l'ente locale persegue, selezionandoli con un tasso di elevata discrezionalità, nell'interesse della collettività.

Va infatti soggiunto che ai sensi del prefato art. 23, la progettazione in materia di lavori pubblici si articola attraverso il succedersi di tre fasi scandite da differenti peculiarità, corrispondenti a differenti livelli di approfondimento (progettazione di fattibilità tecnica ed economica, progettazione definitiva e progettazione esecutiva), e che il comma 5 nello specifico prevede che *“Il progetto di fattibilità tecnica ed economica individua, tra più soluzioni, quella*

che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire”.

Deve ritenersi corretta, quindi, la conclusione alla quale è giunto il TAR, citando fra l'altro il parere del Consiglio di Stato n. 855 del 1° aprile 2026, secondo cui è necessaria l'approvazione da parte dell'organo politico, in quanto nel progetto di fattibilità tecnica ed economica debbono essere definite le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, oltre alla comparazione delle ragioni della scelta della soluzione prospettata, in base alle valutazioni delle diverse soluzioni possibili in termini di costi e benefici per la collettività.

Ciò significa, in definitiva, che è nel progetto di fattibilità che deve enuclearsi la prospettiva della “accettazione sociale dell'opera”, poiché in esso è trasfusa l'esigenza collettiva dell'opera stessa e il temperamento degli interessi dei cittadini, rispetto ad altre possibili iniziative.

Tale essendo la natura giuridica della scelta alla base della decisione amministrativa, non vi è dubbio alcuno che la stessa spetti alla Giunta comunale, quale sede naturale in cui vengono enucleati gli obiettivi e i programmi politico-amministrativi dell'ente locale.

Anche sulla base del riparto delle competenze delineate dagli artt. 42, 48 e 107 del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 (Testo unico degli enti locali), va infatti evidenziato che:

a) al Consiglio comunale spettano solo le tassative competenze enucleate dall'art. 42 e, per quanto qui di interesse, rileva la previsione contenuta nel comma 2, alla lett. b): sulla base degli atti processuali, risulta che il suddetto organo abbia esercitato le sue prerogative attraverso l'inserimento delle opere di riqualificazione edilizia degli istituti scolastici in questione nell'ambito del programma triennale delle opere pubbliche;

b) al dirigente competono, fra gli altri e per quanto ancora qui di interesse, “*tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108*”, ai sensi dell'espressa previsione recata dall'art. 107, comma 2: ciò significa che il dirigente avrebbe potuto dare esecuzione alla delibera giuntale di approvazione del progetto di fattibilità, adottando atti idonei ad impegnare l'ente verso l'esterno, ma non avrebbe giammai potuto sostituirsi al suddetto organo nella valutazione politico-amministrativa, ad alto tasso di discrezionalità, delle caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, del quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, oltre alla comparazione delle ragioni della scelta della soluzione prospettata, in base alle valutazioni delle diverse soluzioni possibili in termini di costi e benefici per la collettività.;

c) alla Giunta comunale è invece riconosciuta la competenza residuale: ai sensi dell'art. 48, comma 2, infatti, “*La giunta compie tutti gli atti rientranti ai sensi dell'articolo 107, commi 1 e 2, nelle funzioni degli organi di governo, che non siano riservati dalla legge al consiglio e che non ricadano nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del sindaco o del presidente della provincia o degli organi di decentramento; (...)*”.

Ritiene, quindi, il Collegio, che l'esclusione dalla graduatoria definitiva sia stata assunta in modo del tutto legittimo, non potendo ritenersi, come è stato invece prospettato dal Comune appellante, che la normativa non sia chiara nello stabilire quale sia l'organo per

legge deputato ad approvare il progetto di fattibilità tecnico-economica e che quindi le cause di esclusione debbano essere interpretate alla luce del *favor participationis*.

Va poi ritenuto infondato anche l'ulteriore argomento con cui il Comune sostiene, in subordine, che la mancata formale approvazione del progetto di fattibilità tecnico-economica da parte della Giunta comunale potrebbe essere colmata, in via interpretativa, con il riconoscimento della efficacia di atto equipollente alla delibera giuntale, questa sì formalmente adottata dalla Giunta, di approvazione della variante al programma triennale delle opere pubbliche, recante l'inserimento per l'appunto delle opere edilizie sugli istituti scolastici in questione.

Ostano, infatti, a tale ricostruzione esegetica:

i) sia la natura giuridica dell'atto e l'oggetto sul quale ricade, in quanto, all'evidenza, nell'atto di variante al piano triennale l'oggetto riguarda l'inserimento dei lavori edilizi tra i possibili interventi da realizzare nell'interesse della collettività (sia l'atto che la variante, hanno essenzialmente natura programmatica, quindi), mentre nell'atto di approvazione progettuale l'oggetto concerne proprio la scelta dello specifico progetto da realizzare, selezionato in concreto fra tutti quegli altri astrattamente possibili;

ii) sia il profilo temporale, perché l'approvazione giuntale della variante al piano triennale risale al 2018 (si tratta, nello specifico, della delibera n. 227 del 21 giugno 2018), mentre l'avviso pubblico di selezione è ben posteriore (28 giugno 2021), per cui è all'evidenza da escludere che possa ritenersi soddisfatta la previsione di cui al cit. art. 23, codice dei contratti, come richiamato dall'art. 4, comma 9, dell'avviso pubblico in questione, e cioè che il progetto sia stato approvato da parte dell'organo competente dell'ente prima della presentazione della candidatura, in quanto detta previsione poggia sul presupposto, implicito ma essenziale, che l'atto di approvazione sia comunque posteriore rispetto alla pubblicazione dell'avviso.

In questa prospettiva, è quindi corretta anche la parte di motivazione in cui il TAR ha affermato che *“Nel caso di specie, non essendo i progetti presentati inseriti nel programma annuale e triennale delle OO.PP. dell'ente locale – atto programmatico d'indirizzo assunto dall'organo (politico) competente –, questi non potevano essere approvati con determinazioni del responsabile di settore”*, avendo evidentemente voluto significare, il primo giudice, solamente che il dirigente poteva impegnare all'esterno la volontà dell'ente previa approvazione dei progetti con delibera giuntale, e non certo escludere a monte l'adozione del piano triennale delle opere pubbliche.

Infine, va rimarcata la correttezza della sentenza impugnata anche nella parte in cui ha escluso l'applicabilità del soccorso istruttorio, non trattandosi di mera integrazione di un presupposto già esistente, ma della formazione postuma di un atto inesistente.

Di conseguenza, va disattesa anche in questo grado di giudizio la connessa domanda risarcitoria, difettando a monte la pretesa illegittimità degli atti impugnati.

9. In definitiva, l'appello va respinto.

10. Le spese del giudizio possono compensarsi in considerazione della specificità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Marco Morgantini, Consigliere

L'ESTENSORE

Daniela Di Carlo

IL PRESIDENTE

Fabio Taormina

IL SEGRETARIO