



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

sul ricorso numero di registro generale 2516 del 2024, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati E. L., M. P. e L. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati D. T. M. e A. P., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) della Deliberazione del Consiglio Comunale del Comune di (...) n. 12 del 12.06.2024 (in pubblicazione dal 07.08.2024);

b) della determinazione n. 405 del 20.12.2023 (della quale non si ha conoscenza) e dell'Avviso approvato;

c) per quanto occorre, dell'ordinanza sindacale n. 32 del 28.06.2024 e della nota comunale dell'8.08.2024;

d) delle deliberazioni: di G.C. n. 55 del 12.10.2021 e n. 73 del 26.10.2023; di C.C. n. 7 del 25.02.2021, nonché del provvedimento di determinazione n. 411 del 20.12.2022, atti tutti dei quali non si ha conoscenza;

e) una agli atti preordinati, connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2025 la dott.ssa Marilena Di Paolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. La ricorrente, (...), è una società che gestisce il servizio pubblico di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani in numerosi comuni, tra i quali il Comune di (...), in quanto aggiudicataria del contratto di appalto stipulato nel 2017 - rep. 4 Reg. serie 1T11490 del 20 aprile 2017, all'esito della procedura di evidenza pubblica che era stata avviata dal citato ente locale.

2. Con ordinanza n. 32 del 28 giugno 2024, il Comune di (...) ha disposto la proroga del servizio per sei mesi, ovvero fino a definizione dell'istruttoria per attivare il "Progetto *in house*"

3. Con l'odierno ricorso, notificato il 28 settembre 2024 e ritualmente depositato il 4 ottobre 2024, (...) espone:

- di aver appreso dall'indicata ordinanza che il Comune ha dato inizio ad un procedimento preordinato all'affidamento *in house* del servizio svolto dalla stessa società ricorrente e che con la delibera consiliare n. 12 del 12 giugno 2024 è stato affidato l'incarico per il compimento di tutti gli approfondimenti necessari all'eventuale approvazione da parte del Consiglio comunale del "Progetto *in house*";

- di aver presentato istanza di accesso agli atti al fine di prendere conoscenza ed avere copia della citata delibera n. 12/2024 e degli atti presupposti e che con nota comunale dell'8 agosto 2024 gli è stato comunicato che tale delibera era in pubblicazione mentre gli atti richiamati non erano ostensibili;

- dopo la pubblicazione, dalla delibera n. 12/2024 è emerso che con determinazione n. 405 del 20 dicembre 2023 è stato approvato l'“Avviso pubblico finalizzato ad una indagine di mercato per l'acquisizione di manifestazione di interesse per affidamento in concessione del servizio di raccolta trasporto e smaltimento centralizzato dei rifiuti” e che tale avviso è andato deserto, in quanto nessun operatore economico si è reso disponibile a formulare un'offerta rispondente ai requisiti tecnici e qualitativi richiesti dall'ente.

4. La società ricorrente si duole di non aver potuto partecipare all'indagine di mercato a causa delle inidonee, irregolari ed illegittime modalità osservate nella pubblicazione dell'avviso, nella pubblicità data all'avviso o, comunque, nell'attivare ed espletare l'indagine, modalità che hanno determinato la mancata tempestiva conoscenza di tale procedimento.

5. Pertanto, (...) ha domandato l'annullamento degli atti in epigrafe asseritamente illegittimi per i seguenti motivi:

*I) VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 97 DELLA COSTITUZIONE; DELL'ART. 3 L. 07.08.1990 N. 241; DEGLI ARTT 1 E SS., 77 E 78 D.LGS N. 36/2023; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS. DIFETTO DI MOTIVAZIONE. DIFETTO DI ISTRUTTORIA. CONTRADDITTORIETA':* la società ricorrente sostiene che la mancata acquisizione delle manifestazioni d'interesse sarebbe da imputare al Comune di (...), il quale, violando il codice degli appalti pubblici, che prevede una pubblicità comunitaria e nazionale per le gare pubbliche ad oggetto affidamenti della rilevanza di quello in esame, avrebbe pubblicato l'avviso non solo per un periodo estremamente breve “(forse 15 giorni, non si conosce la data di inizio della pubblicazione ma l'avviso stato approvato il 20 dicembre 2023; il termine finale previsto, comprensivo della presentazione della manifestazione d'interesse, sono le ore 13,00 del 08/01/2024)” ma, soprattutto, nel periodo delle festività natalizie, con una illegittima pubblicità dell'avviso in quanto territorialmente limitata;

*II) VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 97 DELLA COSTITUZIONE; DELL'ART. 3 L. 07.08.1990 N. 241; DEGLI ARTT 1 E SS., 77 E 78 D.LGS N. 36/2023; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS. DIFETTO DI MOTIVAZIONE. DIFETTO DI ISTRUTTORIA. CONTRADDITTORIETA':* la società ricorrente, oltre a lamentare di non essere stata informata dell'avviso, sostiene che il Comune non potrebbe valutare il Progetto *in house* in assenza di quegli elementi che lo stesso ente locale aveva ritenuto necessario acquisire a mezzo della disposta indagine di mercato e di doverne tener conto nella fase di determinazione delle modalità di scelta della procedura per l'affidamento del servizio;

*III) VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 97 DELLA COSTITUZIONE; DELL'ART. 3 L. 07.08.1990 N. 241; DEGLI ARTT 1 E SS., 77 E 78 D.LGS N. 36/2023; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL FAVOR PARTECIPATIONIS. DIFETTO DI MOTIVAZIONE. DIFETTO DI ISTRUTTORIA;* la società ricorrente deduce infine l'illegittimità dell'operato dell'ente locale ai sensi degli artt. 77 e 78 D. Lgs. n. 36/2023, in ragione della omessa acquisizione del risultato dell'indagine di mercato (locale e non nazionale e comunitario), elemento che costituirebbe la premessa necessaria per derogare al principio della massima concorrenzialità nell'affidamento dei contratti pubblici.

6. Infine, con l'odierno ricorso, la società ricorrente ha formulato istanza istruttoria ai fini del deposito in giudizio degli atti oggetto della precedente istanza di accesso rivolta dalla società ricorrente al Comune di (...).

7. Si è costituito in giudizio il Comune di (...) per resistere al ricorso depositando documenti e memoria e sollevando eccezioni di inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse e per carenza di legittimazione attiva della ricorrente società.

8. Con atto depositato il 5 novembre 24, (...) ha insistito «*nell'istanza istruttoria proposta in ricorso, anche alla luce della violazione da parte del Comune resistente dell'obbligo ex art. 46, comma secondo, c.p.a. di produrre i provvedimenti impugnati – completi degli allegati – nonché tutti gli atti del procedimento preordinati alla loro adozione*».

9. Alla camera di consiglio del 6 novembre 2024 la società ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare.

10. In prossimità dell'udienza di merito il Comune resistente ha depositato ulteriori memorie, mentre la società ricorrente ha depositato repliche. Infine, il Comune ha depositato il 13 gennaio 2025 note di udienza con le quali ha eccepito la tardività della memoria di replica della (...) del 23 dicembre 2024

poiché si tratterebbe di atto non qualificabile quale "memoria di replica", dunque depositato oltre il termine di legge.

11. Successivamente, all'udienza pubblica del 15 gennaio 2025, la causa è passata in decisione.

12. Preliminarmente, va accolta, perché fondata, l'eccezione di tardività del deposito della memoria di replica.

12.1. L'art. 73, comma 1, c.p.a., per il quale "*le parti possono [...] presentare repliche, ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell'udienza, fino a venti giorni liberi*", ammette chiaramente repliche soltanto alle memorie depositate dalle controparti per l'udienza di discussione, nel senso che l'oggetto della replica debba restare contenuto nei limiti della funzione di contrasto alle difese svolte nella memoria conclusionale avversaria, onde evitare che il deposito della memoria di replica si traduca in un mezzo per eludere il termine di legge per il deposito delle memorie conclusionali (Consiglio di Stato, sez. II, n. 6534 del 2019).

12.2. Si è osservato che "*[l]a giurisprudenza del giudice amministrativo ha chiarito che ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a., [...] le repliche sono ammissibili solo ove conseguenti ad atti della controparte ulteriori rispetto a quelli di risposta alle iniziative processuali della parte stessa (ricorso, motivi aggiunti, memorie, documenti, ecc.), atteso che la ratio legis si individua nell'impedire la proliferazione degli atti difensivi, nel garantire la par condicio delle parti, nell'evitare elusioni dei termini per la presentazione delle memorie e, soprattutto, nel contrastare l'espedito processuale della concentrazione delle difese nelle memorie di replica con la conseguente impossibilità per l'avversario di controdedurre per iscritto (Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5676). Né la memoria di replica può essere considerata prima memoria se depositata, come nel caso all'esame del Collegio, oltre il termine di trenta giorni previsto dall'art. 73 c.p.a. (Cons. St., sez. III, 28 gennaio 2015, n. 390; 4 giugno 2014, n. 2861)" (Consiglio di Stato, sez. III, 2 maggio 2019, n. 2855)" (Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2025, n. 116). Ciò, naturalmente, fatta salva la possibilità di replicare alla produzione di nuovi documenti, come parimenti previsto dall'art. 73, comma 1.*

12.3. È del tutto evidente che nel caso di specie la (come qualificata dalla società ricorrente) memoria di replica introduce, per la prima volta, le difese in relazione agli argomenti spesi e alle eccezioni sollevate dal Comune con la memoria difensiva depositata il 31 ottobre 2024, integrando una condotta processuale non sincronizzabile con la logica, la ratio e la complessiva disciplina dei termini dettata dall'art. 73, comma 1, c.p.a.

12.4. Detta memoria va, pertanto, espunta dal giudizio.

13. Si può invece prescindere dall'esame delle eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dal Comune resistente dal momento che il ricorso è infondato nel merito.

14. Il Collegio ritiene di esaminare congiuntamente i motivi di ricorso in quanto ripetitivi e sovrapponibili.

15. La società ricorrente, in sintesi, sostiene che le consultazioni preliminari di mercato costituirebbero la premessa necessaria della scelta operata dal Comune di gestire il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti secondo il modello *in house*, in deroga al principio della massima concorrenzialità nell'affidamento dei contratti pubblici.

15.1. Per meglio illustrare le questioni oggetto dell'odierno ricorso, si riassumono i tratti principali degli istituti richiamati.

15.2. Come noto, il quadro normativo di riferimento prende le mosse dalla Direttiva 2014/24/UE che all'art 40 disciplina le "Consultazioni preliminari di mercato" e prevede che: "*Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi. A tal fine, le amministrazioni aggiudicatrici possono ad esempio sollecitare o accettare consulenze da parte di esperti o autorità indipendenti o di partecipanti al mercato. Tali consulenze possono essere utilizzate nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbiano l'effetto di falsare la concorrenza e non comportino una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza*".

15.3. Il legislatore nazionale ha recepito la direttiva - con una disciplina sostanzialmente riproduttiva delle corrispondenti previsioni - con gli artt. 66 e 67 del D. Lgs. 50/2016 (oggi artt. 77 e 78 del D. Lgs. 36/2023).

15.4. L'art. 77 del nuovo codice dei contratti pubblici così dispone: "*Consultazioni preliminari di mercato 1. Le stazioni appaltanti possono svolgere consultazioni di mercato per predisporre gli atti di gara, ivi compresa la scelta delle procedure di gara, e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei relativi requisiti richiesti.*

2. *Per le finalità di cui al comma 1 le stazioni appaltanti possono acquisire informazioni, consulenze, relazioni e ogni altra documentazione idonea, anche di natura tecnica, da parte di esperti, operatori di mercato, autorità indipendenti o altri soggetti idonei. Tale documentazione può essere utilizzata anche nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza*".

15.5. La giurisprudenza, sulle consultazioni preliminari di mercato, ricorda innanzi tutto che l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto; di norma il soggetto che partecipa alle consultazioni non è titolare di una posizione differenziata in relazione alla successiva eventuale fase di gara, proprio in ragione dell'autonomia delle due fasi, e la partecipazione ad essa non costituisce condizione di accesso alla successiva gara, anzi, in alcuni casi, può risolversi nella successiva incapacità a contrarre con l'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi del successivo art. 77 del D. Lgs. 36/2023 (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 4 settembre 2024, n.2965; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 25 giugno 2024, n.3956; Consiglio di Stato sez. V, 10 luglio 2024, n.6191).

15.6. Il Consiglio di Stato, nel parere reso sulle Linee guida A.n.a.c. recanti "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato" del 14 febbraio 2019, n. 445, sezione atti normativi, ha precisato come la consultazione preliminare di mercato per la procedura negoziata senza pubblicazione del bando costituisce uno strumento per le stazioni appaltanti con il quale è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori di settore per acquisire le informazioni ritenute necessarie al successivo svolgimento di una procedura di gara; ha aggiunto che essa ben può costituire lo strumento attraverso il quale accertare l'eventuale infungibilità dei beni, prestazioni e servizi, ed assumere, su tale presupposto, scelte limitative del confronto concorrenziale.

15.7. In sostanza, le consultazioni preliminari di mercato costituiscono uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato al quale si rivolge l'appalto prima dell'indizione di una procedura di affidamento, così individuando le soluzioni tecniche in grado di soddisfare al meglio i fabbisogni della stazione appaltante (Consiglio di Stato sez. V, 20 novembre 2020, n.7239; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 29 marzo 2024, n.962; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11 giugno 2018, n.340).

15.8. Le stesse Linee guida A.n.a.c. del 14 settembre 2022, n. 417 prevedono che "*L'istituto delle consultazioni di mercato è preliminare, facoltativo e non decisivo. Le stazioni appaltanti esercitano discrezionalmente la facoltà di svolgere procedure di consultazione e non sono tenute allo svolgimento delle stesse. Si tratta di un istituto volto a ridurre le asimmetrie informative esistenti tra stazioni appaltanti e operatori di mercato, mediante il quale si consente alle prime l'acquisizione di informazioni di mercato per una scelta più consapevole e a tutte le parti l'acquisizione di informazioni rilevanti circa l'appalto in via di definizione*"; in tale delibera, invero, si ribadisce il carattere preliminare e non decisivo delle consultazioni e la finalità di acquisire informazioni per l'appalto da espletare, evidenziandosi pertanto l'estraneità di questa fase procedimentale rispetto alla successiva fase di gara, con la conseguenza che non sono prospettabili le incompatibilità invocate da parte ricorrente circa una presunta impossibilità per il soggetto che abbia partecipato alla consultazione preliminare di divenire successivamente aggiudicatario all'esito di una procedura di gara ovvero di un affidamento diretto".

16. Emerge da quanto detto che le consultazioni preliminari di mercato sono una pre-fase eventuale e facoltativa di una procedura ad evidenza pubblica, che non ricorre nel caso di specie, atteso che il Comune di (...) ha manifestato una chiara volontà di definire l'iter istruttorio per la scelta di un nuovo modello gestorio del servizio, alternativo al ricorso al mercato, mediante il modello dell'*in house providing*.

16.1. Come noto, l'*in house providing*, o affidamento diretto, consiste nell'autoproduzione di beni, servizi e lavori da parte della pubblica amministrazione. Si realizza, in questo modo, la cosiddetta internalizzazione, con la quale la pubblica amministrazione si serve della società *in house* come ente strumentale, sotto il suo controllo, anziché rivolgersi ad imprese o società private (*outsourcing* o *contracting out*, ossia esternalizzazione). A partire dalla sentenza *Teckal* pronunciata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) nel 1999, è ormai assodato che l'affidamento diretto sia ammissibile in quanto esprime il principio di auto-organizzazione della pubblica amministrazione: perché, di fatto, quando viene affidato un appalto o una concessione ad una società *in house* è l'amministrazione stessa a produrre un bene o fornire un servizio, dato che quella società è una sua articolazione interna, con cui intercorre rapporto

organico. Non viene stipulato, quindi, un contratto pubblico con la società *in house*: ecco perché non si applica la disciplina dell'evidenza pubblica, come ribadito dalla CGUE con la sentenza *Stadt Halle* del 2005.

16.2. Per l'ammissibilità dell'internalizzazione, comunque, devono sussistere i requisiti oggi codificati all'interno del D. Lgs. 175/2016, c.d. Testo unico delle società a partecipazione pubblica, all'art. 16: l'influenza determinante; l'attività prevalentemente svolta a favore dell'ente aggiudicatore (almeno l'80% del fatturato delle società *in house* sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci); la sottoposizione al controllo analogo.

16.3. Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, stante l'abrogazione referendaria dell'art. 23bis D.L. n. 112 del 2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 D.L. n. 138 del 2011 è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; mentre, con l'art. 34 D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, sono venute meno le ulteriori limitazioni all'affidamento *in house*, contenute nell'art. 4, comma 8 del predetto D.L. n. 238 del 2011. L'affidamento *in house* non solo ha natura ordinaria e non eccezionale, ricorrendone i presupposti, ma la relativa decisione dell'amministrazione, ove motivata, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l'ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta. Ciò trova conferma anche nel quinto "considerando" della direttiva 2014/24/UE, laddove si ricorda che "nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva" (Consiglio di Stato sez. III, 24 ottobre 2017, n.4902; Consiglio di Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; id. sez. V, 18 luglio 2017, n. 3554).

16.4. Per quanto riguarda i servizi pubblici locali di rilevanza economica, tra i quali rientra il servizio di igiene urbana oggetto dell'odierno contenzioso, il D. Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, che ha riordinato la disciplina di tali servizi, all'art. 17 comma 1, prevede che "Gli enti locali e gli altri enti competenti possono affidare i servizi di interesse economico generale di livello locale a società *in house*, nei limiti e secondo le modalità di cui alla disciplina in materia di contratti pubblici e di cui al decreto legislativo n. 175 del 2016" e al successivo comma 2 fissa le condizioni dell'affidamento *in house*, stabilendo che "Nel caso di affidamenti *in house* di importo superiore alle soglie di rilevanza europea in materia di contratti pubblici, fatto salvo il divieto di artificioso frazionamento delle prestazioni, gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la deliberazione di affidamento del servizio sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando, anche sulla base degli atti e degli indicatori di cui agli articoli 7, 8 e 9, i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house*, tenendo conto dei dati e delle informazioni risultanti dalle verifiche periodiche di cui all'articolo 30", cioè tenendo conto della ricognizione periodica della situazione gestionale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica nei rispettivi territori.

16.5. Ebbene, è evidente che le consultazioni preliminari di mercato non costituiscono una pre-fase dell'affidamento *in house*, il quale si sottrae alla disciplina dell'evidenza pubblica.

16.6. Si osserva, inoltre, conformemente all'orientamento formatosi in questa Sezione, che la scelta per il modello *in house* è sindacabile da un'impresa del settore solo nel momento in cui la società *in house* è posta in grado di operare sul mercato con l'atto di affidamento del servizio, in quanto solo in quel momento si crea quel danno concorrenziale che comporta la lesività degli atti per gli altri operatori del settore (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 25 giugno 2024, n.1973), cosa che non è avvenuta nel caso di specie, dal momento che il Comune di (...) non ha ancora provveduto in tal senso.

16.7. Nel caso in esame, l'"Avviso pubblico finalizzato ad una indagine di mercato per l'acquisizione di manifestazione di interesse per affidamento in concessione del servizio di raccolta trasporto e smaltimento centralizzato dei rifiuti", approvato con determinazione n. 405 del 20 dicembre 2023, evidenzia che "La presente indagine di mercato viene avviata (nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità) a scopo esclusivamente esplorativo e, pertanto, non vincola in alcun modo il Comune di (...), non trattandosi di avviso di gara o procedura di gara. Gli operatori economici, quindi, per il solo fatto della partecipazione alla presente indagine, non potranno vantare alcun titolo, pretesa, preferenza o priorità in ordine all'affidamento delle prestazioni nell'eventuale successiva procedura di gara ad

*evidenza pubblica per la scelta del contraente. La Stazione Appaltante si riserva, infatti, di non procedere all'indizione di successiva procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento delle prestazioni ai sensi del D. Lgs. n. 36 del 2023". Si tratta, quindi, di una consultazione preliminare avviata a scopo esplorativo e non finalizzata ad una determinata procedura di gara.*

17. Quanto alla pubblicità dell'avviso, non possono essere condivise le censure mosse dalla società ricorrente sulle modalità e sui termini. L'avviso è stato pubblicato sul sito istituzionale del Comune di (...) albo pretorio *on line*, Sezione Amministrazione Trasparente – Sottosezione Bandi di gara e contratti (profilo del committente) e sulla piattaforma regionale SINTEL, idonei a fungere da strumenti di conoscenza legale delle delibere comunali.

17.1. Come correttamente rilevato dall'Amministrazione, il nuovo codice dei contratti pubblici riserva la "pubblicità comunitaria e nazionale" solo per «I bandi, gli avvisi di pre-informazione e gli avvisi relativi agli appalti aggiudicati di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 14» (artt. 84 e 85 del d.lg. n. 36/23) e non per gli affidamenti *in house*.

17.2. Inoltre, con la memoria depositata il 31 ottobre 2024 (pag.22) il Comune di (...) ha precisato che il periodo di pubblicazione dell'Avviso "*(i.e. 20/12/23 – 8/1/24, per un totale di ben 19 giorni)* è noto a tutti, essendo (tuttora) reperibile (come sopra riportato per immagine) sulla pertinente pagina della sezione «Amministrazione trasparente» del sito web del Comune di (...)", periodo che, in assenza di espressi termini normativi, può considerarsi congruo, anche considerando il carattere meramente esplorativo, discrezionale e facoltativo dell'avviso di cui si è già detto.

17.3. Il Collegio condivide, infatti, quanto osservato dall'Amministrazione resistente, la quale ricorda che l'art. 2, comma 2, Allegato II.1 al D.Lg. n. 36/23, recependo le Linee guida A.n.a.c. n. 4/2019, prevede una durata della pubblicazione di minimo di 15 giorni per le consultazioni preliminari di mercato con riferimento alle indagini di mercato che "devono" essere svolte per individuare gli operatori economici da invitare alle procedure negoziate senza bando di cui all'art. 50 del D. Lg. n. 36/23 per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea. La citata norma offre quindi un solido parametro temporale di congruità della pubblicità dell'avviso, che nel caso di specie si è protratta per 19 giorni.

18. Va infine respinta l'istanza istruttoria formulata dalla società ricorrente, atteso che essa è rivolta ad ottenere, in parte documenti oggetto del diniego di accesso agli atti dell'8 agosto 2024, in parte documenti già prodotti o già pubblicati dal Comune resistente.

18.1. Come evidenziato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4 del 2023, il codice del processo amministrativo ha disciplinato distintamente la fase dell'istruttoria e l'istanza di accesso in corso del giudizio, con la conseguenza che non si possono sovrapporre gli istituti in esame.

18.2. Ne consegue che l'unica forma di tutela concessa al soggetto istante è la presentazione di un ricorso *ex art. 116 c.p.a.*, anche *sub specie* di impugnativa in corso di causa, ai sensi del comma 2, non potendo eludere l'onere di immediata impugnativa del provvedimento reiettivo, con la presentazione di un'istanza istruttoria.

19. Concludendo, per quanto sopra esposto, il ricorso è infondato e pertanto va respinto.

20. Le spese di lite seguono il principio della soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite a favore del Comune di (...), che liquida in € 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere

Marilena Di Paolo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Marilena Di Paolo

IL PRESIDENTE

Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO