

Pubblicato il 07/03/2022

N. 01621/2022REG.PROV.COLL.  
N. 02798/2021 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2798 del 2021, proposto da -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi, Claudio Zanetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Alberico II, n. 33;

*contro*

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppina Incorvaia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppina Maria Vincenza Incorvaia in Milano, corso Magenta n. 63;

*nei confronti*

Comune di Bergamo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Vito Gritti, Gabriele Pafundi, Silvia Mangili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gabriele Pafundi in Roma, via Tagliamento n. 14;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente APPALTI PUBBLICI DI LAVORI - COSTRUZIONE PARCHEGGIO PUBBLICO – AGGIUDICAZIONE - REVOCA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Bergamo e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2022 il Cons. Diana Caminiti e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositate in atti da parte degli Avvocati Manzi, Zanetti, Incorvaia, Gritti, Pafundi e Mangili;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I. -OMISSIS- -OMISSIS-, odierna appellante, era risultata terza graduata nella gara bandita dalla -OMISSIS-. (società partecipata da -OMISSIS--OMISSIS-, socio di maggioranza e -OMISSIS--OMISSIS-, costituita proprio allo scopo di costruire e gestire l'opera pubblica in questione) per l'affidamento dei lavori di un parcheggio interrato nel sedime del Parco della Rocca nella Città Alta di Bergamo, nell'area denominata "Parco della Rocca – Ex Faunistico".

Dopo l'aggiudicazione della stessa a favore -OMISSIS--OMISSIS- – -OMISSIS-, la risoluzione consensuale del contratto a seguito di ciò stipulato nel 2017 e l'accertamento di assenza di interesse della seconda classificata al subentro, -OMISSIS-. aveva chiesto all'odierna appellante se fosse ancora interessata alla sottoscrizione del contratto per il proseguimento dei lavori, alle stesse condizioni già proposte dall'-OMISSIS-, ottenendo una risposta positiva che aveva indotto la -OMISSIS- a deliberare di procedere alla stipula

di un nuovo contratto di appalto con l'impresa -OMISSIS- ai sensi dell'art. 110, commi 1 e 2 del d. lgs. 50/2016.

Infatti il contratto sottoscritto nel 2017 con l'-OMISSIS- era stato risolto anticipatamente e consensualmente nel 2019. Dovendo individuare un nuovo appaltatore, -OMISSIS- s.p.a. aveva ritenuto di poter fare applicazione all'istituto dell'interpello, ex art. 110 del d.lgs. 50/2016, in ragione del quale aveva prima ottenuto, scorrendo la graduatoria, la rinuncia del soggetto secondo classificato e, quindi, la disponibilità al subentro nell'esecuzione dei lavori da parte del terzo e cioè l'odierna appellante. Si era, quindi, addivenuti all'aggiudicazione definitiva in favore di quest'ultima in data 23 luglio 2020

Peraltro dopo la verifica dei requisiti e le interlocuzioni per la predisposizione del nuovo contratto, la cui sottoscrizione era prevista per il 22 settembre 2020, l'appuntamento era stato annullato, essendo pendente sin dal 2018 un procedimento di vigilanza innanzi all' ANAC in relazione alla concessione per la costruzione del parcheggio, nel corso del quale si era richiesto un parere all'Autorità anche sull'applicabilità dell'istituto dell'interpello ex art. 110 cit. alla fattispecie de qua, in considerazione del fatto che il Comune di Bergamo era di contrario avviso; pertanto, sopravvenuta la delibera ANAC n. 737 del 9 settembre 2020, che aveva ritenuto non applicabile l'art. 110 del codice dei contratti pubblici al caso in questione, -OMISSIS- aveva, in data 14 settembre 2020, informato la -OMISSIS- della circostanza, rappresentando che *“in attesa dei necessari approfondimenti e delle determinazioni in proposito da parte degli organi societari, sentito il nostro legale ed il RUP, si valuta prudente sospendere ogni attività di approvvigionamento finalizzata all'Appalto in oggetto”*.

Il 20 ottobre 2020, il Comune di Bergamo aveva quindi, all'esito della ricezione del parere, comunicato ad ANAC e, per conoscenza, a -OMISSIS-., che *“Il riappalto dei lavori da parte del concessionario, nel pieno rispetto della normativa pubblicistica, secondo quanto confermato da ANAC, costituisce elemento imprescindibile per la prosecuzione del rapporto concessorio”*.

Tutto ciò aveva pertanto indotto la -OMISSIS--OMISSIS- alla revoca dell'aggiudicazione, deliberata dal suo Consiglio di Amministrazione nella successiva seduta del 21 ottobre 2020 e comunicata dal RUP con nota del 22 ottobre 2020.

II. Avverso tale nota l'-OMISSIS- s.p.a. ha proposto ricorso innanzi al T.A.R. Lombardia- sez. distaccata di Brescia, formulando le seguenti censure:

1.Eccesso di potere per sviamento dell'interesse pubblico, assenza di interesse pubblico, sviamento della causa tipica, violazione di legge ed in particolare violazione degli articoli 1 e 3 della legge 241 del 1990 – violazione dell'art. 24 della Costituzione.

La revoca, ad avviso di parte ricorrente, sarebbe stata motivata con esclusivo riferimento ad una diversa interpretazione della norma applicabile alla fattispecie suggerita dall'ANAC e fatta propria dal Comune di Bergamo che l'avrebbe imposta a -OMISSIS-. quale concessionario del Comune stesso. Essa non conterrebbe pertanto alcun riferimento alle ragioni di ordine pubblico che legittimerebbero l'atto di secondo grado.

2.Violazione degli articoli 1 e 3 della legge 241 del 1990 – eccesso di potere per difetto di motivazione anche con riferimento all'interpretazione inespressa dell'art. 110 commi 1 e 2 del D.Lgs 50/2016.

Secondo la ricorrente, avuto riguardo al rilievo che il parere dell'Anac non sarebbe vincolante, l'inserimento del richiamo all'interpretazione dell'articolo 110 del codice appalti operata dall'Autorità non solo sarebbe irrilevante, ma anche fuorviante e comunque non potrebbe rappresentare un'adeguata motivazione.

3.Violazione degli articoli 1326 e 1372 del Cod. Civ., violazione del d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 - eccesso di potere – Violazione della legge 241/1990 ed in specie del suo art.1.

Nella prospettiva attorea il contratto doveva già intendersi concluso in forza dell'intervenuta aggiudicazione definitiva in quanto, mentre per gli enti pubblici la forma scritta del contratto sarebbe prevista *ad substantiam* e,

dunque, sarebbe essenziale, ciò non potrebbe dirsi per il contratto di appalto fra parti private, come nel caso in esame.

4. Violazione degli articoli 7 e seguenti della legge 241 del 1990, per la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento diretto alla revoca dell'affidamento.

La ricorrente formulava inoltre domanda risarcitoria, riferita anche genericamente al danno da legittimo affidamento, in termini di danno emergente e lucro cessante, fra cui il danno curriculare e da perdita di *chance*, senza però procedere a nessuna quantificazione, limitandosi a chiederne la determinazione mediante C.T.U. *“ove non si ritenga già sufficiente quanto prodotto documentalmente e quanto rilevato anche in atti per la quantificazione del danno stesso”* senza peraltro depositare alcuna documentazione.

Nel costituirsi innanzi al T.A.R. -OMISSIS-. eccepiva preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione della delibera del suo consiglio di amministrazione del 21.10.2020, contenente la decisione di revoca, insistendo nel merito per la reiezione del gravame, avuto riguardo al rilievo che *“la revoca censurata, intervenuta prima della sottoscrizione del contratto con l'odierna ricorrente, sarebbe atto dovuto in seguito alla deliberazione ANAC n. 737 del 9.9.2020 e alla posizione conseguentemente assunta con la nota del 16.10.2020 dal Comune di Bergamo che è Amministrazione concedente e proprietaria della realizzanda opera pubblica.”*. Il Comune di Bergamo dal canto suo eccepiva l'inammissibilità del ricorso per mancata evocazione in giudizio dell'ANAC, a suo dire vero soggetto controinteressato, con conseguente sua carenza di legittimazione passiva.

III. Con sentenza n. 222/2021 il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) ha in primo luogo evidenziato l'inammissibilità della tardiva produzione documentale e dell'altrettanto fuori termine deposito della memoria difensiva da parte della società ricorrente, così come delle note d'udienza di -OMISSIS-. , anch'esse integranti un esercizio del diritto di difesa contrastante con le regole del

contraddittorio. Ha inoltre accolto le formulate eccezioni di inammissibilità del gravame, per omessa impugnazione della delibera del consiglio di amministrazione di -OMISSIS-. del 21.10.2020, contenente il provvedimento di revoca, della cui adozione la ricorrente era stata resa edotta nella comunicazione del 22 ottobre 2020 oggetto di impugnativa, nonché per omessa impugnazione della delibera dell'ANAC, che aveva costituito il presupposto per il ricorso all'autotutela e che, in quanto recepita nel provvedimento di revoca, aveva assunto carattere di lesività.

IV. -OMISSIS- -OMISSIS- ha quindi proposto l'odierno appello, articolando avverso la sentenza impugnata i seguenti motivi:

1) ERRORE NELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA IMPUGNATA – In particolare per la motivazione che viene attribuita alla revoca della aggiudicazione della gara – erronea, illogica, contraddittoria interpretazione degli atti di causa.

Ad avviso dell'appellante la sentenza sarebbe erronea nella parte in cui aveva evidenziato che -OMISSIS-. aveva ritenuto cautelativo inserire nella bozza del Contratto d'Appalto trasmessole il 24.04.2020, una “clausola di salvaguardia”, qualora il contratto d'appalto fosse divenuto “inefficace per effetto di provvedimenti di Bergamo o di ANAC, rientrando tali provvedimenti assunti dall'Amministrazione Comunale nella categoria della causa di forza maggiore”; ciò in quanto alla bozza di contratto indicata in sentenza aveva fatto seguito un'altra bozza inviata da -OMISSIS-. , non contenete più alcun riferimento all'art. 110 D.lgs. 50/2016.

Deduce inoltre il difetto di motivazione della revoca dell'aggiudicazione; né il richiamo *per relationem* contenuto nel provvedimento impugnato alla delibera dell'ANAC varrebbe come idonea motivazione, essendo per contro il medesimo, come evidenziato nei motivi di ricorso in primo grado, sostenuto dalla sola volontà di non porsi in contrasto con il Comune concedente.

2) ERRORE DELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA IMPUGNATA relativamente all'inammissibilità del ricorso per l'omessa

impugnazione della Delibera del C.d.A. di -OMISSIS- del 21.10.2010 – illogicità e travisamento.

La società appellante assume che erroneamente la sentenza avrebbe ravvisato l'atto di revoca, necessitante di autonoma impugnativa a pena di inammissibilità, nella delibera del Consiglio di Amministrazione che, in quanto mero atto collegiale di gestione, concretizzerebbe una manifestazione di volontà interna alla società, per cui sarebbe necessario che tale manifestazione venga esternata da chi ne ha i poteri, ovvero dal Presidente o dal Consigliere Delegato (tale peraltro non sarebbe a dire dell'appellante neanche il RUP, che pure aveva proceduto alla comunicazione).

3) ERRORE NELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA IMPUGNATA – relativamente alla inammissibilità per “mancata impugnazione del parere ANAC”

A dire della società appellante il parere dell'ANAC, diversamente da quanto ritenuto in sentenza, non doveva essere oggetto di impugnativa; in primo luogo in quanto reso in un procedimento di vigilanza - cui essa era rimasta estranea - che aveva riguardato anche molte altre questioni e non si era tradotto in una raccomandazione, ma in un mero parere di carattere interlocutorio, rivolto al solo Comune di Bergamo e non anche a -OMISSIS-, ed in secondo luogo in quanto quest'ultima non lo aveva ritenuto condivisibile e cionostante aveva preferito procedere alla revoca dell'aggiudicazione per non affrontare il contenzioso, profilo questo meramente privatistico e non pubblicistico.

4) ERRORE NEL CAPO DELLA SENTENZA IMPUGNATA nella parte in cui aveva ritenuto tardiva la memoria e la documentazione depositata dalla ricorrente in giudizio.

A dire della società appellante erroneamente il T.A.R. aveva ritenuto tardivi i documenti e la memoria difensiva da essa prodotti, essendo la necessità del loro deposito sorta in conseguenze del deposito delle memorie dirette ex art. 73 comma 1 c.p.a. delle controparti, costituite con mera memoria formale.

In particolare il deposito di documenti era sorto dalla necessità di replicare all'eccezione di -OMISSIS-. circa il carattere esplorativo della richiesta C.T.U.. La società ricorrente ha quindi insistito per l'accoglimento delle censure formulate in *prime cure* nonché della relativa richiesta risarcitoria, come meglio precisata nella memoria e nella documentazione depositata nell'imminenza dell'udienza di discussione, richiedendo all'uopo anche l'esperimento di C.T.U..

V. Si sono costituiti in resistenza il Comune di Bergamo e -OMISSIS-., con deposito di documenti e di memorie difensive ex art. 73 comma 1 c.p.a., insistendo per la reiezione dell'appello, avuto riguardo anche alle (ulteriori) eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado già sollevate e non deliberate nella sentenza ed evidenziando in ogni caso l'improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse, avuto riguardo all'intervenuto riappalto dei lavori mediante nuova procedura di gara ed alla stipula del consequenziale contratto.

Il Comune di Bergamo inoltre con memoria depositata in data 13 gennaio 2022 ha richiesto la cancellazione delle scritte, a suo giudizio ritenute offensive, contenute a pagina 20 della memoria di parte appellante, depositata in data 10 gennaio 2022. Parimenti -OMISSIS- ha richiesto la cancellazione delle medesime scritte nonché di altre contenute a pagine 16 della medesima memoria.

VI. Il ricorso in appello è stato introitato in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 27 gennaio 2022, sulla base dei soli scritti difensivi, come da concorde dichiarazioni delle parti.

## DIRITTO

VII. In via preliminare il collegio evidenzia come non ricorrano i presupposti per procedere alla richiesta cancellazione delle scritte ritenute offensive formulata dal Comune di Bergamo e da -OMISSIS-. e alla condanna al pagamento della somma di denaro, ai sensi del combinato disposto art. 89 comma 2 c.p.c. e 39 c.p.a., avuto riguardo alla circostanza che la società



appellante, pur nella genericità dei riferimenti e nell'enfasi della difesa ha preso in considerazione le circostanze fattuali puntualmente riportate nella delibera ANAC n. 737 del 2020, ove si fa riferimento anche ad un procedimento penale a carico di un socio operativo della (originaria) società di progetto/concessionaria per frode nelle pubbliche forniture che aveva comportato il blocco dei lavori per consentire l'istruttoria penale; non rileva pertanto l'asserita estraneità di quanto affermato – relativo comunque all'andamento del rapporto concessorio - con l'oggetto della causa, avuto riguardo alla circostanza che difetta in ogni caso il carattere offensivo e calunnioso; ciò anche in considerazione delle precisazioni della società appellante contenute nella note di udienza ove si rappresenta inoltre che “episodi con caratteristiche di reato (...) sono antecedenti alla costituzione di -OMISSIS-. Le vicende sono note e ad esse fa riferimento anche ANAC nella propria determinazione n. 737...”.

Sempre in via preliminare il Collegio ritiene di potere prescindere dalle questioni di inammissibilità dell'originario ricorso di primo grado non deliberate in sentenza, nonché di improcedibilità dell'odierno appello, per avere nelle more -OMISSIS-. provveduto a bandire la nuova gara ed a stipulare il contratto con la seconda graduata, dopo la rinuncia della prima, dovendo privilegiarsi, quale ragioni più liquida, avuto riguardo anche all'istanza risarcitoria proposta in primo grado e riproposta in questa sede - la quale dovrebbe comunque comportare un accertamento nel merito, ex art. 34 comma 3 c.p.a., della fondatezza del proposto appello nonché del ricorso di *prime cure* - la disamina nel merito del ricorso di primo grado, stante la sua infondatezza.

Ed invero, come evidenziato dalla Corte di Cassazione (ord. 20 marzo 2015 n. 5724), la ragione più liquida è quella “che non segue l'ordine logico-giuridico delle questioni, ma quello per così dire "economico" del risparmio di energie processuali, cioè dell'uso della ratio decidendi già pronta e di per sé sufficiente (sulla tecnica dell'assorbimento c.d. improprio in virtù dell'uso del criterio

della ragione più liquida cfr., ex aliis, Cass. n. 17219/12; Cass. n. 7663/12; Cass. n. 11356/06; Cass., 30/3/2001, n. 4773; anche la dottrina è concorde sull'ammissibilità dell'applicazione della ragione più liquida e sul fatto che essa non importa formazione di giudicato implicito sulle questioni non esaminate e che non ne costituiscano indispensabile presupposto logico-giuridico)".

VIII. Ciò posto, va evidenziata l'assoluta inammissibilità per carenza di interesse del primo motivo di appello, avuto riguardo al rilievo che il riferimento nella sentenza impugnata alla bozza del contratto d'appalto trasmesso alla società appellante il 24.04.2020, a suo dire superata dalla bozza successiva, è riportato nella parte fattuale della sentenza, laddove per contro la parte motivazionale è incentrata sul (solo) profilo di inammissibilità del ricorso, per i due rilievi eccepiti dalle controparti.

La seconda parte del motivo di appello, con cui si evidenzia l'irrilevanza del parere dell'ANAC in ordine all'intervenuta revoca dell'aggiudicazione, in quanto strettamente connesso con la disamina dei motivi del ricorso di *prime cure*, verrà esaminata unitamente ai medesimi, trattandosi di profilo di merito relativo alla legittimità dell'intervenuta revoca, che non potrà che essere deliberato una volta superata la questione dell'ammissibilità del ricorso di *prime cure*, involgente la pregiudiziale disamina del secondo e terzo motivo di appello.

IX. Fondato deve ritenersi, nel senso di seguito specificato, il secondo motivo di appello, con il quale si censura la sentenza oggetto di gravame in relazione a quella parte motivazionale con cui si era ritenuto inammissibile il ricorso di primo grado per mancata impugnativa della Delibera del C.d.A. di -OMISSIS-. del 21.10.2010.

Ed invero si deve ritenere che la delibera del Consiglio di amministrazione richiamata nella comunicazione del RUP oggetto di impugnativa in primo grado, seppure rilevante in ordine alla formazione della *voluntas* in senso privatistico della -OMISSIS-, intanto abbia assunto rilevanza in senso lesivo per la ricorrente in quanto recepita e comunicata dal RUP, organo a ciò

deputato in relazione alla procedura di affidamento dell'appalto de quo, ex art. 31 comma 3 d.lgs. 50/2016, secondo cui il RUP "ai sensi della l. 241/90 svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice che non siano specificatamente attribuite ad altri organo o ad altri soggetti", da cui deve pertanto desumersi che lo stesso sia investito dei poteri di tipo pubblicistico di cui al cennato d.lgs. 50/2016.

Ciò senza mancare di rilevare che l'impugnativa, in quanto fondata, nella prospettazione attorea, sull'assenza dei presupposti per addivenire alla revoca dell'aggiudicazione e sul difetto di motivazione, non può che intendersi riferita, in senso sostanzialistico, all'intervenuta revoca, comunque recepita e comunicata dal RUP.

Per contro alcuna rilevanza hanno le censure di parte appellante, peraltro prospettate solo nel presente grado, in violazione del divieto dei "nova" di cui all'art. 104 c.p.a. secondo cui alcuna revoca dovrebbe intendersi intervenuta, non avendo rilievo la *voluntas* meramente interna del consiglio di amministrazione e non essendo il RUP, in quanto non consigliere delegato, abilitato ad esprimere all'esterno detta *voluntas*.

X. Parimenti fondato, nel senso di seguito precisato, è il terzo motivo, con cui l'appellante lamenta che la delibera n. 737/2020 con la quale l'ANAC - nell'ambito del procedimento di vigilanza ex art. 213 d.lgs. 50/2016, nell'affrontare diverse questioni relativamente al rapporto concessorio relativo alla costruzione del parcheggio di cui è causa - aveva, su richiesta del solo Comune, reso un parere relativamente all'inapplicabilità dell'art. 110 d.lgs. 50/2016 alla fattispecie de qua non necessitasse di autonoma impugnazione; da ciò l'erroneità della sentenza gravata, che aveva per contro rinvenuto un ulteriore profilo di inammissibilità del ricorso di *prime cure* nell'omessa impugnazione.

Va al riguardo in primo luogo evidenziato che ultroneo appare il richiamo contenuto nella sentenza oggetto di gravame all'art. 22 del regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, laddove,

nel riferirsi alle raccomandazioni rese dall'Autorità alle stazioni appaltanti nell'esercizio dell'attività di vigilanza, precisa che in relazione alle stesse vi è un obbligo di adeguamento; ciò in quanto, come evincibile dalla parte dispositiva della deliberazione dell'ANAC n. 737 del 2020, la raccomandazione non era specificatamente riferita all'applicabilità dell'art. 110 d.lgs. 50/2016, pure inserita nella motivazione della medesima delibera, ma con carattere di parere interlocutorio.

Venendo in rilievo un parere di carattere interlocutorio, reso nell'ambito di un procedimento di vigilanza, su richiesta del Comune di Bergamo, pertanto per analogia si deve ritenere applicabile la disciplina dei pareri non vincolanti di cui all'art. 211 del D.Lgs. n. 50 del 2011.

Ed invero tale disposto normativo, rubricato "Pareri di precontenzioso dell'ANAC", dispone, al comma 1 che "Su iniziativa della stazione appaltante o di una delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito. Il parere vincolante è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo".

Dal tenore della richiamata norma emerge che, in sede di precontenzioso, l'ANAC può esprimere pareri vincolanti – qualora le parti si siano obbligate e pareri non vincolanti.

Pertanto il parere reso dall'ANAC ai sensi dell'art. 211 del D.Lgs. n. 50 del 2016 non è vincolante per le parti che non abbiano previamente acconsentito ad attenersi a quanto da esso stabilito, come avvenuto nell'ipotesi di specie, laddove solo il Comune di Bergamo aveva previamente manifestato la volontà di volere aderire al parere dell'ANAC. Secondo la condivisibile giurisprudenza, la impugnabilità del parere vincolante è conseguenza naturale, sul piano costituzionale (art. 113 Cost.), del carattere decisorio e autoritativo

della determinazione dell'Autorità: si tratta di atto che, per quanto a conseguenze sostanziali preaccettate dagli interessati, incide comunque su posizioni di interesse legittimo perché essi hanno comunque interesse all'esercizio legittimo di quel particolare potere amministrativo (cfr. Consiglio di Stato, V, 25.7.2018, n. 4529; T.A.R. Lazio Roma Sez. II, Sent., 16.02.2021, n. 1888). In tale prospettiva pertanto il parere può senza dubbio essere impugnato dalla parte che si sia previamente obbligata alla sua osservanza, per la quale il parere assume pertanto portata vincolante, pure se l'altra parte per contro non si sia impegnata (in tal senso Consiglio di Stato, V, 25.7.2018, n. 4529).

Il parere vincolante, obbligando le parti ad attenervisi, è pertanto atto immediatamente lesivo, condizione questa che ne consente - giusta anche quanto espressamente previsto dalla norma- l'autonoma impugnabilità.

Il parere non vincolante, invece, avendo carattere di manifestazione di giudizio, non presenta aspetti di autonoma lesività e non è, dunque, autonomamente impugnabile.

Peraltro, come ritenuto da questo Consiglio (Sez. VI, Sent., 11-03-2019, n. 1622) l'impugnabilità del parere non vincolante dell'ANAC non è da escludersi in assoluto "Esso, invero, assume connotazione lesiva tutte le volte in cui, riferendosi ad una fattispecie concreta, sia fatto proprio dalla stazione appaltante, la quale, sulla base di esso, abbia assunto la relativa determinazione provvedimento".

Ne consegue che l'impugnazione del parere facoltativo è consentita unitamente al provvedimento conclusivo della Stazione appaltante che ne abbia fatto applicazione".

La giurisprudenza (cfr., ex multis, TAR Lazio, sez. II, 2-3-2018 n. 2394) ritiene che l'atto non provvedimento adottato dall'ANAC, pur non essendo idoneo ex se ad arrecare un vulnus diretto ed immediato nella sfera del destinatario, lo diviene se e nella misura in cui integri la motivazione del provvedimento finale.

Invero, la sua concreta lesività si manifesta solo nell'ipotesi in cui esso sia trasposto o richiamato nell'atto conclusivo del procedimento, potendo la sua incidenza sulla fattispecie essere valutata solo in relazione alla capacità di integrare la motivazione del provvedimento adottato dalla Stazione appaltante.

Pertanto, nelle dette ipotesi di suddetta incidenza nella fattispecie concreta, esso è impugnabile unitamente al provvedimento finale che lo recepisce e del quale diviene presupposto o laddove esso diventi segmento procedimentale.

Questo stessa sezione (cfr. sent., 17/9/2018, n. 5424) ha affermato che la lesività del parere si manifesta solo se sia trasposto o richiamato nell'atto conclusivo del procedimento che dispone in senso negativo per il destinatario. Lo stesso non è quindi, in linea di principio, sottratto al sindacato giurisdizionale, che, però, è differito al momento in cui si dà luogo alla lesione della posizione giuridico-soggettiva dell'interessato da parte dell'organo istituzionale competente ad intervenire sulla situazione concreta (cfr. Consiglio di Stato, 3.5.2010, n. 2503).

Peraltro la ritenuta impugnabilità del parere non vincolante, in uno all'atto applicativo che lo abbia recepito, non comporta *ex se*, ad avviso del collegio, che la mancata impugnazione dello stesso si riverberi in termini negativi nel senso di inammissibilità dell'impugnativa dell'atto applicativo, potendo semmai, avuto riguardo alla possibile eterointegrazione per *relationem* della motivazione del provvedimento applicativo che lo abbia anche in parte fatto proprio, riflettersi sul prospettato difetto di motivazione, non potendo eventualmente ritenersi adeguatamente censurata la parte motivazionale del provvedimento applicativo.

XI. Infondato per contro è il quarto motivo di appello, con cui si deduce che erroneamente la sentenza aveva ritenuto tardiva la documentazione e la memoria prodotta dalla ricorrente ex art. 73 comma 1 c.p.a., trattandosi, nella prospettazione attorea, di atti prodotti in replica alle deduzioni delle controparti.

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 replica soltanto alle memorie depositate dalle controparti per l'udienza di discussione.

La previsione è dirimente e consente di trarre il corollario 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 (ex multis Consiglio di Stato, sez. III, n. 6697/18 secondo cui "perché questo stesso principio non si traduca in un esercizio del diritto di difesa contrastante con le regole del contraddittorio, è necessario che la replica si limiti a sviluppare considerazioni di risposta alle deduzioni contenute nella memoria conclusionale avversaria").

Secondo questo Consiglio, infatti, "nel processo amministrativo la facoltà di replica discende in via diretta dall'esercizio della correlata facoltà di controparte di depositare memoria difensiva nel termine di trenta giorni prima dell'udienza di merito" – quindici giorni nel rito ex art. 120 c.p.a. - con la conseguenza che ove quest'ultima facoltà non sia stata esercitata, non può consentirsi la produzione di memoria definitiva di replica dilatando il relativo termine di produzione (pari a trenta giorni e non a quello di venti giorni prima dell'udienza, riservato dal menzionato art. 73 appunto alle repliche)" (C.d.S. sez. IV, 7 settembre 2018, n. 5277; sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5676).

Ancora di recente si è affermato da parte di questo Consiglio che "*la giurisprudenza del giudice amministrativo ha chiarito che ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a., nel testo introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. q), D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195 (c.d. primo correttivo al Codice), 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)" (C.d.S., sez. III, 2 maggio 2019, n. 2855).*

Tali ultimi e significativi rilievi vanno pertanto coordinati con i noti principi in materia di prova ex art. 2697 c.c. - tanto più vevoli in ipotesi di richiesta di risarcimento danni in cui si verte in tema di diritti soggettivi – secondo cui *“Chi vuol far valere in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”*.

A ciò consegue che la parte ricorrente ed odierna appellante era onerata dall'allegare in primo grado i documenti relativi alla prova del danno al più tardi nel termine di venti giorni prima dell'udienza, corrispondente al termine dimezzato di cui al combinato disposto dell'art. 73 comma 1 e 119 c.p.a (richiamato dall'art. 120 comma 3 c.p.a.), a nulla rilevando la circostanza che - OMISSIS-. con la memoria prodotta (nei termini di rito) in data 15 febbraio 2021 avesse evidenziato l'assoluta mancanza di prova relativamente alla richiesta di risarcimento dei danni e l'inammissibilità della c.t.u. in quanto esplorativa; ciò poiché quanto dedotto al riguardo da -OMISSIS- non appartiene al novero delle eccezioni o delle difese in punto di fatto rilevabili dalla sola parte – cui poteva replicare la ricorrente con la produzione di memoria e di documenti in replica - ma mirava solamente ad evidenziare principi di diritto applicabili dal giudice, a prescindere dal loro rilievo di parte. Pertanto anche nell'ipotesi in cui -OMISSIS- non avesse evidenziato l'assoluta genericità della domanda risarcitoria e la correlativa assenza di prova, con la conseguente non esperibilità della c.t.u. in quanto meramente esplorativa, il rilievo avrebbe dovuto comunque essere evidenziato in sentenza, trattandosi di applicare consolidati principi di diritto.



Ed invero come noto “Il principio generale dell'onere della prova previsto dall'art. 2697 c.c. si applica anche all'azione di risarcimento per danni proposta dinanzi al Giudice amministrativo. Spetta dunque al danneggiato fornire in giudizio la prova di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria, e quindi, in particolare, quella della presenza di un nesso causale che colleghi la condotta commissiva o omissiva della Pubblica Amministrazione all'evento dannoso, e quella dell'effettività del danno di cui si invoca il ristoro, con la conseguenza che, ove la domanda di risarcimento manchi di tale necessaria prova, essa non può che essere respinta” (ex multis Cons. Stato Sez. II, 01/09/2021, n. 6169; Cons. Stato Sez. II, 01/09/2021, n. 6163; Cons. Stato Sez. II, 27/08/2021, n. 6058).

Ed infatti per giurisprudenza costante l'azione risarcitoria innanzi al giudice amministrativo non è soggetta alla regola del principio dispositivo con metodo acquisitivo, tipica del processo impugnatorio, bensì al principio generale dell'onere della prova (artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c.), per cui sulla parte ricorrente grava l'onere di dimostrare la sussistenza di tutti i presupposti per il riconoscimento di una responsabilità dell'amministrazione intimata, nonché la esistenza e la consistenza di un danno risarcibile (cfr. Cons. St., sez. IV, 21/4/2009, n. 2435; sez. V, 6/4/2009, 2143; sez. VI, 23/3/2009, 1716).

Inoltre la consulenza tecnica non può ritenersi come una *relevatio ad onus probandi*, essendo unicamente mezzo di ausilio del giudice per la valutazione della prova, il cui onere ricade sulle parti, ex art. 64 c.p.a. (ex multis, T.A.R. Lombardia - Milano, sez. II, 16/11/2017, n. 2183, secondo cui “E' inammissibile la richiesta di CTU preordinata ad una finalità meramente esplorativa, vale a dire alla ricerca di fatti, circostanze o elementi non provati dalla parte che li allega”; Cassazione civile, sez. VI, 15/12/2017, n. 30218, secondo cui “La consulenza tecnica d'ufficio non è mezzo istruttorio in senso proprio, avendo la finalità di coadiuvare il giudice nella valutazione di elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che necessitino di specifiche conoscenze. Ne consegue che il suddetto mezzo di indagine non può essere

utilizzato al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume, ed è quindi legittimamente negata qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prova, ovvero di compiere una indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati”; T.A.R. Campania - Napoli, sez. VII, 8 aprile 2011, n. 2000, secondo cui "La consulenza tecnica d'ufficio, in quanto mezzo di indagine finalizzato ad aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che comportino specifiche conoscenze, non può essere disposta al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume ed è quindi legittimamente negata dal giudice qualora la parte tenda con essa a supplire alle deficienze delle proprie allegazioni od offerte di prova ovvero a compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi di fatto o circostanze non provati").

A ciò consegue, con queste precisazioni, la correttezza in parte qua della sentenza appellata, laddove ha evidenziato la tardività tanto della memoria quanto della documentazione prodotta dalla parte ricorrente; ciò in quanto venivano in rilievo documenti probatori ed allegazioni relative al risarcimento del danno che la medesima ricorrente avrebbe dovuto produrre nel termine perentorio di venti giorni prima dell'udienza di discussione – quanto ai documenti - e di quindici giorni - quanto alla memoria – a nulla rilevando sul punto la circostanza che -OMISSIS-. avesse esplicitato le proprie difese solo con la memoria del 15 febbraio 2021 (ciò senza mancare di rilevare che la memoria prodotto dalla ricorrente ed odierna appellante non recava neanche nel *nomen iuris* l'indicazione di memoria di replica, né alcun esplicito riferimento alla memoria della -OMISSIS- del 15 febbraio 2021). Come innanzi precisato infatti la giurisprudenza ha chiarito che 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.

XII- Avuto riguardo alla fondatezza del secondo e terzo motivo di appello, relativi all'erroneità della sentenza appellata per avere dichiarato l'inammissibilità del ricorso di *prime cure*, vanno esaminate nel merito le censure avverso la revoca del provvedimento di aggiudicazione formulate con detto ricorso e riproposte in questa sede.

Le stesse peraltro, come anticipato, sono infondate.

XIII- Ed invero, quanto ai primi due motivi di ricorso, con i quali la parte fa valere il difetto di presupposti ed il difetto di motivazione della revoca dell'aggiudicazione, nonché al correlativo sviamento di potere, vi è da evidenziare che, sebbene -OMISSIS-. non si fosse previamente vincolata al rispetto dell'adottando parere dell'ANAC, la stessa, avendo riscontrato che il Comune di Bergamo – che per contro si era previamente vincolato – aveva posto l'ottemperanza a quanto ritenuto dall'ANAC come *condicio sine qua non* per la prosecuzione del rapporto concessorio, l'ha in definitiva recepito, sulla base del rilievo con la cessazione del rapporto concessorio sarebbe stata impedita la stessa realizzazione dei lavori di cui all'odierno appalto, con conseguente inutilità pertanto dell'affidamento oggetto di revoca; appaiono pertanto evidenti, alla luce della motivazione dell'atto di revoca, le ragioni di interesse pubblico a base del medesimo, rispetto alle quali non occorre alcuna valutazione in ordine ai contrapposti interessi dell'aggiudicataria, atteso che la cessazione del rapporto di concessione con il Comune di Bergamo, non avrebbe che potuto comportare, a cascata, anche il travolgimento dell'affidamento in favore dell'odierna appellante, trattandosi di un rapporto derivato rispetto al rapporto concessorio.

La revoca è pertanto correttamente motivata in riferimento alle circostanze di fatto e di diritto e alle motivazioni di interesse pubblico, ovvero alla necessità

di consentire quanto prima la realizzazione dei lavori oggetto della concessione da parte del Comune di Bergamo.

A fondamento della revoca, -OMISSIS-. ha infatti richiamato la sopravvenuta delibera ANAC e la successiva posizione assunta dal Comune di Bergamo, con la nota del 16.10.2020. Nel provvedimento di revoca -OMISSIS-. ha dato conto di come, alla luce delle circostanze di fatto sopravvenute, l'interesse pubblico al sollecito completamento dei lavori di realizzazione del parcheggio, opera strategica per la Città di Bergamo e attesa da lungo tempo, potesse essere assicurato solo mediante l'indizione di una nuova gara pubblica; diversamente, l'affidamento a -OMISSIS- ex art. 110 avrebbe comportato la risoluzione della concessione da parte del Comune e originato un sicuro contenzioso, che avrebbe vanificato l'interesse pubblico al sollecito completamento dell'opera (oltre che, in via consequenziale, l'interesse privato della -OMISSIS- all'esecuzione dei lavori).

La motivazione della revoca non è stata pertanto circoscritta al profilo del contenzioso, ma ha riguardato, in primis, il perseguimento dell'interesse pubblico al sollecito completamento dei lavori, che inizialmente -OMISSIS-. aveva ipotizzato di poter perseguire mediante ricorso all'istituto dell'interpello e che successivamente ha valutato di dover perseguire in modo differente, alla luce dei fatti sopravvenuti ed in particolare del parere dell'ANAC, al cui rispetto il Comune di Bergamo si era previamente vincolato.

Né al riguardo può ritenersi illegittima la condotta del Comune di Bergamo che, sottoposto ad un procedimento di vigilanza da parte dell'ANAC proprio in riferimento all'andamento della concessione de qua ed ai ritardi nella realizzazione dei lavori, aveva previamente deciso di vincolarsi a tutto quanto ritenuto corretto dall'Autorità di vigilanza, al fine di sottrarre la concessione da ogni (ulteriore) paventato profilo di illegittimità.

Ciò senza mancare di rilevare *ad abundantiam* l'assoluta legittimità e condivisibilità del parere dell'ANAC – peraltro non gravato da parte appellante – al quale il Comune di Bergamo si era previamente autovincolato

ed in definitiva fatto proprio, sia pure *ex post*, da -OMISSIS-. per le ragioni innanzi indicate, come peraltro evincibile dalla circostanza che, immediatamente dopo la delibera dell' ANAC, la stessa -OMISSIS- S.p.a. aveva annullato unilateralmente l'appuntamento con la società ricorrente fissato per la stipulazione del contratto d'appalto.

Ed invero l'ANAC, dopo un'articolata disamina delle vicende e dei pareri proposti dalla concessionaria, in ordine alla specifica questione dell'applicabilità o meno dell'istituto dell'interpello, ha condiviso sostanzialmente la posizione prospettata dall'Amministrazione comunale, scegliendo l'opzione ermeneutica a parere del collegio più corretta in ordine alla portata dell'art. 110 d.lgs. 50/2016.

Particolarmente significativa al riguardo è la motivazione della delibera ANAC nella parte in cui specifica “(...) *la prospettata soluzione si pone in contrasto con l'art. 110 che è norma di stretta interpretazione, non applicabile al di fuori dei casi espressamente previsti fra i quali non rientra la risoluzione consensuale. In tal senso, e a beneficio delle parti, vale la pena ribadire la chiara ratio della norma: ove si ammettesse uno scorrimento della graduatoria in presenza di ogni risoluzione consensuale, si potrebbe facilmente eludere l'esito della gara, delineandosi un'ipotesi di cessione del contratto di appalto pubblico; circostanza questa contraria al principio generale di immutabilità soggettiva dell'appaltatore pubblico. Infatti, se così non fosse, si potrebbe teoricamente verificare che la possibilità di scorrere – di risoluzione in risoluzione – la graduatoria fino a giungere all'operatore economico “gradito” con il quale dare esecuzione al contratto di appalto”* (pag. 14 delibera).

Detto parere, pertanto, a prescindere dalla sua vincolatività o meno per la stazione appaltante, assume comunque rilevanza ai fini della ricostruzione della legittimità dell'intervento in autotutela oggetto di scrutinio (ex multis, Cons. Stato, IV, 14 maggio 2015, n. 2455; V, 9 novembre 2018 n. 6323).

A ciò consegue la piena legittimità della revoca dell'aggiudicazione, essendo la giurisprudenza consolidata nel ritenere che la stazione appaltante, anche se sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva, conservi pur sempre il potere di non

procedere alla stipulazione del contratto, in ragione di valide e motivate ragioni di interesse pubblico (in tal senso, ex multis, Consiglio di Stato, Sezione V, n. 3154/2016 e T.A.R. Lazio, Roma, Sezione II, n. 12400/2015), motivazioni che ad avviso del collegio sono adeguatamente esposte nell'atto di revoca di cui è causa.

La potestà di autotutela consente infatti alla stazione appaltante di porre nel nulla l'intera procedura di gara qualora una siffatta scelta si renda necessaria o anche solo opportuna a salvaguardia del superiore interesse pubblico, a fronte del quale le aspettative del concorrente - ancorché già aggiudicatario e, quindi, titolare di una qualificata posizione - devono essere considerate recessive, specie laddove, come nella fattispecie de qua, non sussistevano i presupposti per addivenire all'aggiudicazione ( stante l'illegittimità del ricorso all'istituto dell'interpello).

In particolare, si è affermato come la pubblica amministrazione mantenga, anche in relazione ai procedimenti di gara per la scelta del contraente, il potere di annullare in via di autotutela sia il bando che le singole operazioni di gara, tenendo conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse, trovando l'autotutela fondamento negli stessi principi predicati dall'art. 97 della Costituzione, a cui deve sempre ispirarsi l'azione amministrativa, non ostando all'esercizio di un siffatto potere neppure il provvedimento di aggiudicazione definitiva (in tal senso, ex multis, Consiglio di Stato, Sezione III, n. 769/2014 e Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5681/2012).

XIV- Parimenti infondato è il terzo motivo del ricorso di *prime cure*, con cui si prospetta l'intervenuta conclusione del contratto, da intendersi coincidente con il provvedimento di aggiudicazione definitiva, sulla base del rilievo dell'inapplicabilità degli istituti dell'evidenza pubblica alla -OMISSIS-, in quanto società di diritto privato.

Ed invero il d.lgs. 50/2016 assoggetta il concessionario privato, qual è - OMISSIS-, al rispetto della normativa pubblicistica ogniqualvolta debba

affidare a terzi l'esecuzione di opere pubbliche, come chiaramente evincibile dall'art. 1, comma 2, lett. c), e dall'art. 164, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016.

Di conseguenza, non può intendersi intervenuta alcuna implicita stipula del contratto di appalto per effetto della mera aggiudicazione, trattandosi di due atti ben distinti e riconducibili a due diverse fasi procedimentali, ex art. 32 del d.lgs. n. 50/2016.

Ciò senza mancare di evidenziare che gli atti della gara ad evidenza pubblica bandita dalla concessionaria, con espressi richiami alle previsioni del D. Lgs. 50/2016 prevedevano, come autovincolo, la fase della stipula del contratto come costitutiva del rapporto con l'aggiudicatario.

E' al riguardo pacifica la natura del bando di gara quale *lex specialis* della procedura che regola e vincola non solo le imprese partecipanti ma anche la stazione appaltante, che non vi si può sottrarre.

XV- Parimenti destituito di fondamento è il quarto ed ultimo motivo del ricorso di *prime cure* con cui si lamenta la mancata comunicazione di avvio del procedimento di revoca, con conseguente pretermissione del contraddittorio procedimentale.

Ed invero è la stessa ricorrente ed odierna appellante a rappresentare di avere ricevuto la comunicazione con cui -OMISSIS- la informava che, stante la sopravvenuta delibera di ANAC, veniva sospesa "ogni attività di approvvigionamento finalizzato all'Appalto in oggetto" e veniva pertanto annullato l'appuntamento previsto avanti al notaio per la stipula del contratto. Tale comunicazione risulta pertanto certamente idonea ad assolvere all'obbligo comunicativo previsto dall'art. 7 l. 241/90; ciò senza mancare di evidenziare in ogni caso l'infondatezza della censura, atteso che la giurisprudenza è ferma nell'adottare un approccio sostanzialistico in materia, ritenendo irrilevante l'eventuale mancata comunicazione di avvio del procedimento ogni qual volta il privato abbia avuto comunque modo di parteciparvi (cfr. ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 17.8.2017, n. 4027, e i numerosi precedenti ivi richiamati), orientamento questo senza dubbio

applicabile alla fattispecie de qua, in considerazione della circostanza che la stessa ricorrente precisa di avere tenuto incontri con il Rup e di avere trasmesso un'apposita diffida, poi riscontrata da -OMISSIS-. con il provvedimento gravato.

XVI- In considerazione dell'infondatezza nel merito del ricorso di prime cure non può esservi alcuno spazio per una richiesta risarcitoria fondata sulla spettanza del bene della vita.

In ogni caso giammai potrebbe trovare accoglimento, in mancanza di idonea specifica allegazione sul punto e del correlativo supporto probatorio, una domanda di risarcimento del danno precontrattuale – che come noto non potrebbe che essere limitato all'interesse negativo (spese inutilmente sostenute in previsione della conclusione del contratto e perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali: Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6), mentre, come innanzi precisato, non sarebbe risarcibile il mancato utile relativo alla specifica gara d'appalto revocata, invece da considerare in caso di revoca illegittima – avuto riguardo all'intempestività delle allegazioni e delle prove del ricorso di *prime cure* sul punto, stante l'irrilevanza della tardiva produzione della parte, avvenuta solo dopo lo spirare dei termini di rito ex art. 73 comma 1 c.p.a. previsti per il deposito dei documenti, con la conseguente irrilevanza delle correlative deduzioni nell'odierna sede, in quanto violative del divieto dei *nova* ex art. 104 commi 1 e 2 c.p.a..

XVII. In conclusione il ricorso in appello va accolto limitatamente a quanto innanzi indicato, per avere dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado che peraltro va rigettato nel merito.

XVIII. Le questioni esaminate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati presi in considerazione tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante: fra le tante, per



le affermazioni più risalenti, Cass. civ. sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass. civ. sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663).

XIX. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo all'accoglimento dell'appello nel senso innanzai indicato, per compensare le spese di lite del presente grado, ferme restando le spese di lite già liquidate nella sentenza appellata in ragione dell'infondatezza nel merito del ricorso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente, nel senso di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado.

Le spese del presente grado sono compensate, ferme rimanendo le spese liquidate in primo grado.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità della parte appellata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Diana Caminiti**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

## IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.