

Pubblicato il 07/12/2020

**N. 00864/2020 REG.PROV.COLL.**  
**N. 00653/2020 REG.RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 653 del 2020, proposto da

Viola S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Ajello, Annalisa Di Ruzza e Edoardo Ferrero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Bagnolo Mella, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Bezzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Brescia, via Diaz 13/C;

*nei confronti*

Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato e domiciliata ex lege in Brescia, via S. Caterina, 6;

Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti S.p.A. e Silvia Baldis Restauri Impresa Individuale, non costituiti in giudizio;

I.M.E. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e

difesa dagli avvocati Andrea Corinaldesi, Alberto Mischi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- della determinazione n. 556 del 19 ottobre 2020, con cui il Comune di Bagnolo Mella ha disposto la revoca in autotutela, ai sensi art. 21 *quinquies* della legge 241/1990, della determinazione a contrattare e della determinazione di approvazione dei soggetti da invitare per l'esecuzione dei lavori di "restauro e risanamento conservativo scuole elementari via XXVI Aprile";
- della nota del 19 ottobre 2020 inviata tramite pec da Sintel comunicante la chiusura della procedura;
- dell'Avviso Pubblico prot. n. 16969 del 20 ottobre 2020 del Comune di Bagnolo Mella "per l'espletamento di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di importo pari o superiore a 350.000,00 Euro ed inferiore a 1.000.000,00 Euro per l'affidamento dei lavori di restauro e risanamento conservativo scuole elementari di via XXVI Aprile";
- della nota rif. n. 17235 del 28 ottobre 2020 del Comune di Bagnolo Mella di revoca della procedura negoziata senza bando per lavori di "Restauro e risanamento conservativo delle scuole elementari di via XXVI Aprile";
- dell'aggiudicazione disposta a favore del costituendo raggruppamento tra I.ME. S.r.l.- Silvia Baldis Restauri con Determinazione n. 648 del 11 novembre 2020, comunicata il 13 novembre 2020, nonché di tutti gli atti connessi alla procedura, ivi compresi la lettera d'invito prot. n. 17891 del 02 novembre 2020, il connesso disciplinare gara, il "Report della Procedura Restauro e risanamento conservativo delle scuole elementari di via XXVI Aprile n. 130734618 effettuata da Comune di Bagnolo Mella" e la graduatoria rinvenuti sulla piattaforma Sintel e l'Avviso di aggiudicazione protocollo assegnato dal sistema Cat. 6 Cl. 5 Fasc. 36 del Comune di Bagnolo Mella;
- nonché di ogni altro atto, anche non noto, presupposto, conseguente e comunque connesso con quelli impugnati, compresa la nota ANAC fasc. n.

4385bis/2020 avente ad oggetto “Avvio procedimento istruttorio”;  
nonché per la declaratoria  
d’inefficacia del contratto d’appalto, ove stipulato nelle more del presente  
giudizio con l’aggiudicatario della procedura di cui all’Avviso Pubblico prot.  
n. 16969 del 20/10/2020;  
e per l’accertamento del diritto  
del RTI ricorrente ad essere dichiarato aggiudicatario dell’appalto di cui è  
causa e del conseguente diritto a subentrare nel contratto eventualmente  
stipulato nelle more del giudizio;  
nonché, in via subordinata, per la condanna  
del Comune di Bagnolo Mella al pagamento dell’indennizzo ex art. 21  
*quinquies* della L. 241/1990 e/o al risarcimento per equivalente monetario del  
danno in favore del costituendo RTI ricorrente quale conseguenza della  
gravata e illegittima revoca e della successiva illegittima aggiudicazione al  
costituendo RTI I.M.E.–Silvia Baldis Resutauri, avuto riguardo al danno  
emergente ed al lucro cessante, nonché al mancato utile che le sarebbe  
derivato, ed in ogni caso nella misura di legge e di diritto, da determinare  
anche in via equitativa, in misura non inferiore al 10% del valore dell’appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bagnolo Mella,  
dell’Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione e della società I.M.E. S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020 la dott.ssa Mara  
Bertagnolli e uditi, ai sensi del combinato disposto dell’art. 25 del d.l.  
137/2020 e dell’art. 4 del d.l. 28/2020 ivi richiamato, i difensori delle parti  
come specificato nel verbale;

Precisato che il combinato disposto del secondo comma dell’art. 25 del d.l.  
137/2020 e dell’art. 4 del d.l. 28/2020, ivi richiamato, riconosce  
espressamente la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell’articolo 60  
del codice del processo amministrativo;

Ravvisati i presupposti previsti da tale norma per l'adozione di una sentenza in forma semplificata;

Con il ricorso in esame, parte ricorrente impugna, contestualmente, il provvedimento con cui, il 19 ottobre 2020, il Comune di Bagnolo Mella ha revocato la prima procedura bandita per l'aggiudicazione dei lavori di "restauro e risanamento conservativo scuole elementari via XXVI Aprile", e l'esito della nuova gara indetta per l'individuazione del contraente dopo aver modificato i criteri per la selezione degli operatori da invitare a partecipare alla gara.

Alla prima procedura di gara erano stati invitati a partecipare quindici operatori scelti sulla base di criteri rispetto al cui utilizzo l'ANAC - nell'avviso di avvio del procedimento trasmesso al Comune dopo la conclusione della procedura telematica sulla piattaforma Sintel che vedeva prima graduata l'odierna ricorrente, ma prima dell'approvazione degli atti di gara e dell'individuazione dell'aggiudicatario da parte del Comune stesso - ha rilevato talune criticità.

L'Amministrazione aggiudicatrice ha, quindi, ritenuto opportuno, in considerazione dei tempi strettissimi imposti dall'imminente scadenza del termine per l'inizio dei lavori che avrebbe comportato la perdita del contributo, evitare ogni possibile ritardo determinato da potenziali controversie sul punto, revocando il primo bando e dando corso a una nuova procedura di selezione del contraente individuando le dieci (e non più quindici) imprese da invitare mediante l'utilizzo del criterio oggettivo dell'estrazione a sorte. Di esso ha beneficiato anche l'odierna ricorrente, che è stata invitata anche alla seconda gara, ma classificandosi, questa volta, al terzo posto.

Ritenendo tale *modus operandi* del Comune illegittimo, la società Viola ha notificato il ricorso in esame, le prime tre doglianze del quale sono rivolte contro gli atti con cui il Comune ha disposto la revoca della prima procedura indetta. Con esse si deduce:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 21 *quinques* della Legge n. 241/199, in quanto nella fattispecie non ricorrerebbe la condizione legittimante la revoca e cioè il fatto che siano “*sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento*”. Il Comune, infatti, pur dichiarando di non condividere i rilievi mossi da ANAC, ha preferito un atteggiamento prudentiale incidendo pesantemente sulla situazione giuridica soggettiva del raggruppamento ricorrente ritirando l'aggiudicazione già intervenuta. Secondo parte ricorrente, infatti, la comunicazione della piattaforma Sintel, in esito alla valutazione delle offerte presentate dalle ditte invitate, equivarrebbe all'aggiudicazione e, quindi, ne risulterebbe leso il legittimo affidamento da essa ingenerato. Inoltre la revoca, nel momento in cui è intervenuta, e cioè prima che la Regione prorogasse il termine per l'inizio dei lavori, non avrebbe consentito di rispettare la condizione apposta per la concessione del contributo (e cioè l'inizio lavori entro il 31 ottobre 2020);

2. Violazione degli articoli 1, 3, 7 e ss. della Legge n. 241/1990. Violazione e falsa applicazione degli articoli 211 e 213 del D.Lgs. n. 50/2016 e del relativo regolamento, per aver, il Comune, recepito acriticamente le diciotto considerazioni svolte da ANAC nella propria comunicazione di avvio del procedimento istruttorio, senza attenderne la conclusione e senza svolgere esso stesso un'istruttoria per accertare la fondatezza dei rilievi mossi;

3. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 1 del D.L. n. 76/2020, convertito con Legge n. 120/2020 e degli articoli 30, 34, 36, 95 e 100 del D.Lgs. n. 50/2016. Non sarebbero fondati i rilievi mossi da ANAC al fine di contestare la legittimità dei tre parametri assunti per individuare le ditte da invitare rappresentati da “Dimensione aziendale”, “Territorio e ambiente” e “Occupazione e personale”. In realtà, gli effetti restrittivi della concorrenza ravvisati da ANAC sarebbero stati contemperati dalla possibilità di partecipare alla gara in forma plurisoggettiva e di avvalersi dell'avvalimento per soddisfare i requisiti e del subappalto per l'esecuzione di talune

prestazioni. In particolare la Dimensione aziendale, lungi dal richiedere una duplicazione del requisito dimostrato dalla SOA, avrebbe consentito al Comune di valutare l'affidabilità dell'impresa sotto il profilo della capacità economica e finanziaria attraverso il parametro essenziale a tal fine e cioè il fatturato. Il criterio "Territorio e Ambiente" dell'Avviso Pubblico, inoltre, sarebbe diverso dal "requisito territoriale" ritenuto lesivo della concorrenza da parte della giurisprudenza, in quanto avente effetto escludente degli operatori non residenti: esso, infatti si limitava ad attribuire un punteggio progressivo, che in ogni caso doveva essere ponderato con gli altri quattro criteri e avrebbe rappresentato un'applicazione dei principi dello sviluppo sostenibile e di integrazione delle considerazioni ambientali nell'esercizio dell'azione amministrativa, nonché una garanzia per una più celere esecuzione dell'opera. Infine, il criterio "Occupazione e personale" prevedeva l'attribuzione del punteggio maggiore all'impresa edile con il rapporto tra il numero totale dei dipendenti operai e quelli iscritti alla Cassa Edile di Brescia pari al 100%, rispondendo alle stesse esigenze di rispetto del principio di sviluppo sostenibile e di garanzia di una pronta esecuzione dei lavori, che avrebbe potuto trovare ostacolo nella provenienza da fuori provincia dei lavoratori ai tempi delle restrizioni dovuti alla lotta contro la diffusione del Coronavirus Covid 19.

Con specifico riferimento agli atti della seconda procedura, parte ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e seguenti del D.Lgs. n. 50/2016, nonché il conseguente eccesso di potere per violazione dei principi di trasparenza, imparzialità, non aggravamento, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa. Poiché la revoca è intervenuta dopo l'apertura delle offerte economiche presentate nel corso del primo procedimento, le concorrenti nella seconda procedura, sarebbero state indotte a formulare un ribasso superiore a quello già indicato dal vincitore della precedente, falsando il mercato. Inoltre il Comune avrebbe illegittimamente previsto che "Ai sensi dell'art. 32, comma 10, lettera b) del D.Lgs. n. 50/2016

il termine dilatorio di cui al comma 9 non verrà applicato trattandosi di affidamento effettuato ai sensi dell'art. 36 comma 2 lettera b) del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i.", eliminando lo *stand still* in relazione all'affidamento di un contratto del valore di 500.614,33 euro.

Si è costituita in giudizio la controinteressata - che non era stata invitata alla prima procedura e, dunque, non ne ha conosciuto gli atti, né gli esiti -, rappresentando come anche nella denegata ipotesi che almeno uno dei primi 3 motivi di ricorso fosse accolto, ciò non determinerebbe il diritto del ricorrente a diventare aggiudicatario della seconda procedura negoziata, diversa e autonoma.

In ogni caso le censure sarebbero infondate.

Si è costituita in giudizio anche l'ANAC, chiedendo la declaratoria di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse ad agire, correlata alla natura di atto endoprocedimentale, non lesivo, della nota recante la comunicazione dell'avvio del procedimento istruttorio dell'Autorità in relazione alla dubbia legittimità di alcuni criteri di selezione delle ditte partecipanti adottati dal Comune.

L'eccezione può essere accolta, ancorchè con riferimento esclusivamente alla parte di esso preordinata all'impugnazione della nota ANAC fasc. n. 4385bis/2020 avente ad oggetto "Avvio procedimento istruttorio". Tale atto è privo di autonoma lesività e l'affermazione di parte ricorrente secondo cui se esso fosse annullato la revoca sarebbe automaticamente annullata è destituita di fondamento. La motivazione della revoca disposta dal Comune, infatti, non è rappresentata dal ricevimento della comunicazione di avvio del procedimento di ANAC, ma dal fatto che esso ha evidenziato delle criticità in ordine alla sostenibilità della scelta di specifici criteri per l'individuazione delle imprese da invitare alla gara che hanno indotto l'amministrazione aggiudicatrice a ritenere più opportuno evitare la possibilità di un contenzioso che avrebbe potuto ritardare l'inizio dei lavori.

Ciò premesso, il ricorso, vista anche la difesa dispiegata dal Comune resistente, non può trovare positivo apprezzamento.

In primo luogo risulta essere determinante il fatto che nella prima procedura di gara non è mai stato assunto il provvedimento di aggiudicazione definitiva, dal momento che la graduatoria pubblicata sulla piattaforma SINTEL costituiva solo la proposta di aggiudicazione, mentre l'aggiudicazione vera e propria, che compete solo all'amministrazione appaltante, la quale la deve disporre mediante apposita determinazione, previa approvazione dei verbali di gara, nella fattispecie non è mai intervenuta.

Ciò chiarito, nella fattispecie il Collegio non ravvisa ragione di discostarsi dal principio affermato dalla giurisprudenza, secondo cui «Nelle gare pubbliche, la decisione della Pubblica amministrazione di procedere alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria non è da classificare come attività di secondo grado (diversamente dal ritiro dell'aggiudicazione definitiva), atteso che, nei confronti di tale determinazione, l'aggiudicatario provvisorio vanta solo un'aspettativa non qualificata o di mero fatto alla conclusione del procedimento: pertanto, l'assenza di una posizione di affidamento in capo all'aggiudicatario provvisorio, meritevole di tutela qualificata, attenua l'onere motivazionale facente carico alla Pubblica amministrazione, in occasione del ritiro dell'aggiudicazione provvisoria, anche con riferimento alla indicazione dell'interesse pubblico giustificativo dell'atto di ritiro.» (Cons. Stato Sez. III, 6/8/2019, n. 5597; idem in Cons. Stato Sez. V, 11/10/2018, n. 5863; T.A.R. Lazio Roma Sez. III quater, 11/3/2020, n. 3142).

Nella fattispecie la motivazione della revoca è da individuarsi nella volontà del Comune di evitare ogni possibile contenzioso in relazione all'applicazione dei criteri scelti per l'individuazione delle gare da invitare. A tale proposito si deve precisare che, sebbene il Comune non abbia integralmente condiviso i rilievi mossi da ANAC, come è ragionevole attendersi dall'amministrazione che li ha scelti, l'utilizzo di criteri di selezione delle imprese da invitare come quelli adottati nel caso in esame è oggetto di un ampio, diffuso e acceso dibattito sia



dottrinale che giurisprudenziale. Ciò giustifica, a fronte dei tempi strettissimi per l'affidamento dei lavori, l'atteggiamento prudentiale del Comune che, anziché compiere la complessa istruttoria che avrebbe richiesto il controbattere alle osservazioni di ANAC e rischiare comunque il fermo dovuto alla proposizione di un ricorso, ha preferito optare per pubblicare un nuovo avviso affidando la scelta degli operatori da invitare al caso (ovvero individuandoli mediante estrazione).

Soluzione che non ha comunque precluso alla ricorrente di partecipare alla gara, peraltro in posizione più favorevole, perché in concorrenza con altri nove concorrenti, in luogo di quattordici.

Quanto sin qui rappresentato rende superfluo l'entrare nel merito delle censure di cui alla terza doglianza, che tendono a confutare i rilievi di ANAC, essendo sufficiente a giustificare la scelta del Comune la volontà di evitare di lasciare spazio a possibili contenziosi su profili particolarmente controversi quali quelli su cui ANAC ha richiamato l'attenzione della stazione appaltante. Il provvedimento risulta, dunque, sufficientemente motivato, mentre non può essere ravvisata alcuna carenza istruttoria, anche in considerazione del fatto che “la revoca della proposta di aggiudicazione non è soggetta ad un particolare aggravio motivazionale rispetto al contenuto minimo prescritto dall'art. 3 della L. n. 241 del 1990 ed all'obbligo di comparazione tra l'interesse pubblico e quello privato per difetto di una situazione di affidamento degna di tutela, non trovando applicazione, quindi, la disciplina dettata dagli art. 21-quinquies e 21-nonies della L. n. 241 del 1990” (T.A.R. Abruzzo L'Aquila Sez. I, 21/9/2020, n. 320) .

Quanto ai profili partecipativi, il Collegio ritiene che il Comune abbia legittimamente provveduto alla revoca senza alcuna comunicazione all'odierna ricorrente, in conformità all'orientamento giurisprudenziale secondo cui “ai fini del ritiro della proposta di aggiudicazione, non vi è obbligo di avviso di avvio del procedimento” (T.A.R. Abruzzo n. 320/2020).

Tanto più che lo stesso avviso di gara prevedeva, nel caso in esame, che ciascun concorrente dichiarasse espressamente «di essere a conoscenza che la presente richiesta, non costituisce proposta contrattuale e non vincola in alcun modo la Stazione Appaltante che sarà libera di seguire anche altre procedure e che la stessa Stazione Appaltante si riserva di interrompere in qualsiasi momento, per ragioni di sua esclusiva competenza, il procedimento avviato, senza che i soggetti richiedenti possano vantare alcuna pretesa» (pagine 5 e 7 doc. 1 del ricorrente).

Così respinte le censure rivolte avverso il provvedimento di revoca della prima gara, deve essere ravvisata l'infondatezza anche del quarto motivo di censura, incentrato sulla illegittimità della nuova aggiudicazione perché condizionata dal fatto che erano già note le offerte formulate nella prima e, quindi, gli operatori avrebbero proposto in ragione di ciò un maggiore ribasso. Tale circostanza è smentita *per tabulas* in considerazione del fatto che, come già anticipato, l'aggiudicataria non ha mai partecipato alla prima gara e, dunque, non ha potuto avere conoscenza delle offerte presentate in quel procedimento, così come anche le altre otto imprese, essendo la ricorrente l'unica ad essere stata invitata ad entrambe.

Quanto all'asserita illegittimità derivante dalla mancata applicazione dello *stand still*, l'accertamento della contrarietà all'ordinamento della clausola che ha previsto di procedere alla sottoscrizione del contratto senza attendere lo scadere del termine dilatorio di cui all'art. 32 del codice degli appalti non comporterebbe comunque l'illegittimità degli atti impugnati, ma potrebbe, al più, produrre l'effetto di caducazione del contratto stipulato in ragione di essa. Posto, dunque, che il legislatore ha inteso temperare le conseguenze derivanti dalla mera violazione del divieto temporaneo di stipula, nell'ottica – conforme alla *ratio* dell'istituto – di collocare tale divieto in posizione “servente” della tutela giurisdizionale e delle esigenze di effettività della stessa, al di fuori di tali ipotesi di tutela, la violazione del predetto divieto non giustifica l'annullamento dell'aggiudicazione medesima o la dichiarazione di

inefficacia del contratto stipulato. In altre parole, la violazione del principio dello *stand still*, di per sé considerata, e cioè senza che vi concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, e semprechè non abbia influito negativamente sulla possibilità del soggetto titolare del relativo interesse di ottenere l'affidamento, vale a dire il "bene della vita" cui quella posizione soggettiva risultava correlata, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione medesima o l'inefficacia del contratto (in tali termini Consiglio di Stato, sentenza n. 775/2017, da cui il Collegio non ravvisa ragione di discostarsi).

Nella fattispecie in esame, dunque, non essendo stata preclusa la possibilità per la ricorrente di ottenere il bene della vita cui non poteva comunque aspirare per le ragioni già più sopra evidenziate, il mancato rispetto dello *stand still* non risulta avere avuto alcuna autonoma lesività legittimante il preteso annullamento degli atti impugnati.

Deve essere, infine, respinta la domanda volta ad ottenere la condanna del Comune al pagamento dell'indennizzo *ex art. 21 quinquies* della legge n. 241/90, atteso che esso non spetta in caso di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali, ma solo in caso di revoca di atti definitivi (T.A.R. Lazio, Roma, n. 11098/2015). Più in particolare, per quanto attiene allo specifico ambito della gara d'appalto, il Collegio ritiene di poter aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo cui, essendo stato interrotto il procedimento nella fase di proposta di aggiudicazione, e quindi prima dell'aggiudicazione, non spetta al ricorrente l'indennizzo *ex art. 21 quinquies* della L. n. 2412/1990 poiché "nelle gare pubbliche, nel caso di mancata conferma dell'aggiudicazione provvisoria, non spetta all'interessato l'indennizzo, di cui all'art. 21 *quinquies* L. n. 241/1990, che riguarda solo ai danni provocati dalla revoca di provvedimenti ad efficacia durevole, tra i quali non rientra l'aggiudicazione provvisoria" (così si legge nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 4 settembre 2013, n. 4433, richiamata nella sentenza TAR Campania, Napoli, Sez. III, 2 marzo 2018, n. 1350 e, a sua volta, nella sentenza del TAR Parma n. 304/2018).

Tanto più che nella fattispecie in esame le imprese partecipanti alla gara hanno accettato la possibilità che l'Amministrazione procedesse alla revoca della gara, rinunciando a ogni pretesa, come già più sopra ricordato.

Così respinto il ricorso, le spese del giudizio seguono l'ordinaria regola della soccombenza e sono liquidate nella misura in dispositivo indicata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo dichiara inammissibile limitatamente alla parte in cui è rivolto avverso l'impugnazione della nota ANAC fasc. n. 4385bis/2020;
- lo respinge nella parte restante;
- respinge anche la domanda volta ad ottenere l'indennizzo *ex art. 21 nonies* della legge n- 241/90;
- condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida, a favore delle parti resistenti, in euro 2.000,00 (duemila/00) ciascuna, per un totale di euro 6.000 (seimila/00), oltre ad accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso nella camera di consiglio svoltasi con collegamento da remoto ai sensi del comma 2 dell'art. 25 del d. l. 137/2020 nel giorno 2 dicembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Mara Bertagnolli**

**IL PRESIDENTE**  
**Bernardo Massari**

## IL SEGRETARIO