

CONSIGLIO DI STATO

2728 – Consiglio di Stato, Sez. V; sentenza 15 marzo 2023; Pres. De Nictolis, Est. Quadri; D.S. s.r.l. c. Agenzia delle entrate-Riscossione e altri.
Conferma Tar Lazio, Sez. II-ter, 6 giugno 2022, n. 7324.

Processo amministrativo – Interesse a ricorrere – Procedure ad evidenza pubblica – Aggiudicatario – Concretezza ed attualità della lesione – Indizione di bandi per gare autonome aventi il medesimo oggetto – Sussiste.

C.p.a., artt. 7, 13, c. 4-bis, 31, c. 1, 35.

Processo amministrativo – Interesse a ricorrere – Indizione di gare autonome aventi il medesimo oggetto di gara Consip già aggiudicata – Comparazione finale dei costi delle diverse gare – Necessità – Esclusione.

C.g.a., artt. 7, 14, c. 4-bis, 31, c. 1, 35; l. 7 agosto 1990, n. 241, nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi, art. 1, c. 2; l. 23 dicembre 1999, n. 448, misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo, art. 26; l. 28 dicembre 2015, n. 208, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, art. 1, c. 510.

L'interesse a ricorrere avverso il bando di gare autonome aventi il medesimo oggetto di procedura Consip si configura, per l'aggiudicatario, con la mera indizione del bando, indipendentemente dall'adozione dell'atto conclusivo, in quanto espone l'aggiudicatario al rischio attuale e concreto di perdere la certezza giuridica dell'utilità già conseguita.

La comparazione finale dei prezzi tra una gara Consip e gare autonome non è obbligatoria per l'amministrazione, in ossequio al divieto di aggravio del procedimento amministrativo e del rispetto dell'esigenza di speditezza e celerità delle gare pubbliche, mentre è obbligatoria la comparazione ex ante l'indizione della gara. (1)

Diritto – Giunge in decisione l'appello proposto da D.S. s.r.l. contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 7324/2022 che ha dichiarato irricevibile il suo ricorso per l'annullamento del provvedimento del 3 gennaio 2022 con cui il direttore della direzione centrale logistica e approvvigionamenti dell'Agenzia delle entrate ha disposto l'aggiudicazione in favore della società cooperativa Formula Servizi del Lotto n. 1 (cig 79299902C4) dell'appalto specifico indetto dall'Agenzia delle entrate per “l'affidamento dei servizi di pulizia e igiene ambientale per le sedi degli uffici dell'Agenzia delle

entrate e dell'Agenzia delle entrate-Riscossione” – gara a cui D.S. ha partecipato classificandosi in posizione non utile –, e degli altri atti di indizione della gara.

La gara era suddivisa in 13 lotti territoriali, dei quali il Lotto 1 che viene in rilievo ai fini del presente ricorso – di importo pari ad euro 9.819.894,43 – riguardava gli uffici di Agenzia delle entrate e Agenzia delle entrate-Riscossione siti nelle regioni Valle d'Aosta e Piemonte. Agenzia delle entrate aveva indetto la gara sul presupposto secondo cui “non sono presenti convenzioni Consip idonee a soddisfare il fabbisogno in oggetto”.

In primo grado la ricorrente aveva lamentato, essenzialmente, la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1, c. 449, l. 27 dicembre 2006, n. 296; dell'art. 1, cc. 1 e 3, l. 7 agosto 2012, n. 135; dell'art. 1, c. 510, l. 28 dicembre 2015, n. 208, nonché l'eccesso di potere per sviamento, difetto dei presupposti, difetto di istruttoria, carenza di motivazione, illogicità e irragionevolezza. Infatti, la stessa era risultata aggiudicataria, tra l'altro, del Lotto ordinario n. 1 della gara Consip per “l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, nonché negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle istituzioni universitarie pubbliche ed agli enti ed istituti di ricerca”, il quale riguardava i territori della Regione Liguria, per le province di Genova e La Spezia, e della Regione Piemonte, per le province di Asti, Novara, Vercelli, Alessandria, Biella, Verbano-Cusio-Ossola.

Con l'atto di motivi aggiunti, invece, la ricorrente aveva lamentato l'invalidità e l'inutilizzabilità processuale degli atti impugnati in quanto privi di data, sottoscrizione e protocollo e, in subordine, aveva contestato le valutazioni economiche comparative compiute dall'Agenzia delle entrate, che sarebbero risultate fondate su una stima dei costi effettuata *ex ante* anziché *ex post*.

La sentenza appellata ha ritenuto tardiva l'impugnazione svolta, sulla base del presupposto secondo cui: - “alla data del 10 dicembre 2021 (data di stipula delle convenzione FM4 Lotto 1, n.d.r.) [...] la ricorrente ha preso a rivestire una posizione qualificata e differenziata rispetto a tutti gli altri operatori del settore che la legittimava all'impugnazione degli atti di indizione della gara oggetto del presente giudizio, che era stata bandita il 7 giugno 2019”; - “ciò, in quanto, all'evidenza, l'indizione e l'esecuzione dell'appalto oggi impugnato privano di rilevanza quello FM4 indetto da Consip per i territori per cui vi sia coincidenza, in quanto, per effetto del primo, non viene dato corso al secondo”.

L'appellante deduce *error in iudicando* in relazione alla tardività del ricorso. Ed invero, per D.S., l'azione di annullamento è subordinata alla coesistenza di due condizioni: da un lato, la legittimazione a ricorrere, ossia la titolarità della posizione giuridica da intendersi quale posizione sostanziale differenziata e

(1) Segue la nota di M. Spagnuolo, *La comparazione prezzi con la gara Consip va fatta ex ante al momento dell'indizione della gara autonoma e non ex post al momento dell'aggiudicazione.*

qualificata in rapporto all'esercizio del potere amministrativo; dall'altro, l'interesse a ricorrere, ovvero sia la concreta possibilità di perseguire un bene della vita in corrispondenza di una lesione diretta e attuale dell'interesse protetto. Nel caso di specie, contrariamente a quanto sostenuto dalla sentenza impugnata, al momento della stipula della convenzione Consip Fm4 relativa al Lotto 1, D.S. era, in tesi, titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata e, quindi, della c.d. legittimazione ad agire, ma era invece priva di quell'interesse – concreto e attuale – che consente di agire in giudizio, dal momento che non si sarebbe ancora realizzata una lesione definitiva della propria posizione giuridica soggettiva, che si sarebbe concretizzato solo con l'aggiudicazione della gara.

A sostegno di tale assunto l'appellante rileva come la scelta di indire una gara autonoma dipenda dalla valutazione discrezionale della stazione appaltante sull'opportunità di approvvigionarsi in autonomia. L'adesione alla convenzione, assume, infatti, carattere vincolante solo successivamente al confronto tra i prezzi della gara autonoma e quelli forniti da Consip: a mente della l. n. 135/2012, le amministrazioni obbligate ad aderire alle convenzioni quadro hanno facoltà di approvvigionarsi in autonomia di beni e servizi solo qualora siano in grado di stipulare un contratto a prezzi inferiori rispetto a quelli derivanti dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip. Ne conseguirebbe che soltanto a valle dell'espletamento di tale attività valutativa, l'atto d'indizione della procedura sarebbe stato capace di produrre effetti lesivi e solo allora sarebbe sorto l'interesse ad impugnare l'aggiudicazione della gara autonoma, in quanto atto in cui si concretizza la deroga alla gara Consip.

Oggetto del ricorso di primo grado non sarebbe, dunque, il procedimento di gara dell'Agenzia delle entrate in sé, ma il suo esito, ossia la mancata o comunque illegittima comparazione dei costi rivenienti dalla suddetta gara e quella invece gestita da Consip. Ed una simile valutazione, che deve necessariamente prendere le mosse dalla comparazione delle offerte ricevute dalle concorrenti poi divenute aggiudicatari, può essere compiuta solo a valle della procedura, ossia allorché ne sono conosciuti gli esiti. Di qui, ancora, l'esigenza di attendere l'aggiudicazione finale al fine di poter impugnare il risultato delle predette valutazioni comparative. D.S. ripropone, poi, le censure di primo grado assorbite dal Tar. Formula Servizi ripropone *ex art.* 101 c.p.a. le numerose eccezioni di inammissibilità già sollevate in primo grado, ed assume, altresì, l'infondatezza del ricorso, dei motivi aggiunti e dell'appello.

L'Operosa s.p.a. chiede il rigetto dell'appello, proponendo l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado (di cui D.S. eccepisce la tardività) e assumendone l'infondatezza, unitamente ai motivi aggiunti. L'appello è infondato nel merito, e il collegio può pertanto prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate dalle controparti. Ed invero, la

lesione dell'interesse del ricorrente deve essere connotata dai caratteri dell'immediatezza, della concretezza e dell'attualità, cosiddette condizioni dell'azione, tra cui spicca l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c. *sub specie* di interesse a ricorrere; pertanto, l'indizione della procedura ad evidenza pubblica renderà concreta ed attuale, dunque provocherà per la prima volta, la lesione.

Sulla consistenza dell'interesse al ricorso è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che ha affermato: *“Il codice del processo amministrativo fa più volte riferimento, direttamente o indirettamente, all'interesse a ricorrere: all'art. 35, c. 1, lett. b) e c), all'art. 34, c. 3, all'art. 13, c. 4-bis e, in modo più sfumato, all'art. 7, 31, c. 1, sembrando confermare, con l'accentuazione della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e l'arricchimento delle tecniche di tutela, la necessità di una verifica delle condizioni dell'azione (più) rigorosa. Verifica tuttavia da condurre pur sempre sulla base degli elementi desumibili dal ricorso, e al lume delle eventuali eccezioni di controparte o dei rilievi ex officio, prescindendo dall'accertamento effettivo della (sussistenza della situazione giuridica e della) lesione che il ricorrente afferma di aver subito. Nel senso che, come è stato osservato, va verificato che “la situazione giuridica soggettiva affermata possa aver subito una lesione” ma non anche che “abbia subito” una lesione, poiché questo secondo accertamento attiene al merito della lite”* (Cons. Stato, Ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22). Tanto premesso, mentre la convenzione Consip è stata stipulata il 10 dicembre 2021, la presupposta aggiudicazione (sempre della gara Consip) è avvenuta in data antecedente al 20 novembre 2020 (come ben si evince dalla nota dell'Agenzia delle entrate del 2 dicembre 2020). Data questa in cui D.S. informava l'Agenzia delle entrate della ridetta aggiudicazione dell'appalto Consip, invitandola ad aderire alla successiva convenzione.

L'Agenzia delle entrate, con la citata nota del successivo 2 dicembre 2020, affermava chiaramente che: a) intendeva proseguire con le proprie gare autonome per inidoneità dei lotti Consip a soddisfare le proprie esigenze; b) era stata informata anche la Corte di conti circa l'intenzione di derogare alle suddette convenzioni Consip. Ciò, anche sulla base di una comparazione di costi già sostanzialmente effettuata in occasione della determinazione a contrarre, ossia della autorizzazione a procedere in deroga rispetto alla convenzione Consip. Dunque, già a quella data (2 dicembre 2020) D.S. aveva ormai acquisito certezza circa il fatto che la convenzione che avrebbe poi stipulato con Consip per via della pregressa aggiudicazione non avrebbe comunque avuto alcun seguito, ossia un qualsivoglia effetto, con riguardo agli uffici dell'Agenzia delle entrate. La lesione si era radicata, quindi, ancor prima di quanto indicato dal Tar Lazio (10 dicembre 2021, data della stipula convenzione Consip), ossia nel momento in cui, pur a seguito dell'aggiudicazione della gara Consip, l'Agenzia delle entrate aveva ine-

quivocabilmente fatto presente, con nota del 2 dicembre 2020, che avrebbe applicato la deroga alla suddetta convenzione Consip proseguendo con le proprie gare autonome.

Dunque, se nel mese di giugno 2019, D.S. aveva avuto contezza della potenziale lesività del bando dell’Agenzia delle entrate, la lesività è poi divenuta concreta ed attuale allorché la stessa si è aggiudicata la gara Consip e, soprattutto, nel momento in cui ha avuto notizia da parte dell’Agenzia delle entrate che quest’ultima avrebbe proseguito con la propria gara autonoma in quanto ritenuta di maggior convenienza rispetto a quella Consip. Di qui la evidente tardività del ricorso di primo grado, presentato circa quattordici mesi dopo tale momento.

Una simile impostazione si rivela, tra l’altro, coerente con l’indirizzo secondo cui l’aggiudicazione di un appalto Consip è da ritenere sufficiente a radicare un interesse diretto ed attuale alla eliminazione di simili bandi autonomi. *“La semplice pendenza di un procedimento di evidenza pubblica avente ad oggetto – nella prospettazione della ricorrente – il medesimo bene della vita da essa conseguito a seguito di aggiudicazione della gara Consip, di cui la stessa ricorrente aveva una conoscenza qualificata in qualità di partecipante anche a tale procedimento, ha effetti direttamente lesivi sulla posizione dell’aggiudicataria, indipendentemente dall’adozione del provvedimento terminale di quel procedimento [...] La prospettazione dell’appellante sconta il vizio logico di applicare alla fattispecie in esame gli schemi propri della competizione all’interno della medesima gara.*

L’aggiudicazione in favore di una controinteressata fa scattare l’onere d’impugnazione in capo alle altre partecipanti alla medesima gara, perché rende attuale e concretizza l’effetto lesivo (consistente nella certezza di non potersela aggiudicare). Viceversa, ove un’impresa sia già titolare della posizione differenziata consistente nell’aggiudicazione in proprio favore di procedura selettiva relativa ad un determinato oggetto negoziale, la sola pendenza di altra procedura avente – in tesi – il medesimo oggetto si configura come lesiva, in concreto e nell’attualità, indipendentemente dall’adozione dell’atto conclusivo, perché la sola messa a gara di un servizio già aggiudicato, implicando la disposizione di un bene indisponibile (proprio perché già aggiudicato), espone l’aggiudicatario alla perdita della certezza giuridica propria dell’utilità provvedimento conseguita”.

In questi esatti termini: *“bandire la gara [...] aveva l’effetto giuridico (immediato) di sottrarre il bene oggetto della stessa ad altre forme di disponibilità giuridica”.* Pertanto: *“all’atto dell’aggiudicazione in proprio favore della gara Consip l’odierna appellante vantava un interesse personale, diretto ed attuale all’eliminazione del bando”* (quello relativo alla gara autonoma) (Cons. Stato, Sez. III, 29 ottobre 2021, n. 7248). La difesa di parte appellante afferma che l’interesse a ricorrere avverso tali gare autonome potrebbe concretizzarsi soltanto in esito alla compara-

zione finale dei costi della gara autonoma rispetto a quelli della gara Consip.

Un simile obbligo sarebbe rinvenibile nell’art. 1, c. 1, d.l. n. 95/2012, a norma del quale: *“i contratti stipulati in violazione dell’art. 26, c. 3, l. 23 dicembre 1999, n. 488 ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip s.p.a. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa”.* Al riguardo, osserva il collegio che nessuna norma impone alle stazioni appaltanti una simile comparazione finale o postuma dei prezzi (quelli della gara autonoma e quelli della gara Consip), neppure l’invocato art. 1 del d.l. n. 95/2012. Unica disposizione che postula una certa comparazione di prezzi è quella di cui all’art. 1, c. 510, l. n. 208/2015 (legge di stabilità 2016), a norma del quale: *“Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all’art. 26 della l. 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate da Consip s.p.a., ovvero dalle centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall’organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell’amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali”.*

Trattasi in questo caso, ad ogni modo, di valutazione comparativa dei costi *ex ante*, da compiere in vista dell’adozione del bando di gara autonoma. Dunque, in ossequio al divieto di aggravio del procedimento amministrativo (cfr. art. 1, c. 2, l. n. 241/1990), la stazione appaltante non avrebbe potuto introdurre un ulteriore passaggio istruttorio – si ripete non altrimenti previsto dalla normativa in tema di appalti, che pure si contraddistingue per la analiticità della procedura di aggiudicazione – che avrebbe sortito il non voluto effetto di ritardare ancor di più gli esiti della gara stessa (è nota invece l’esigenza di massima celerità e speditezza in tale peculiare settore).

Del resto, trattandosi di principio generale (quello relativo al divieto di aggravio del procedimento amministrativo ed alla connessa speditezza e celerità in materia di appalti) ogni eccezione rispetto ad esso deve costituire il frutto di una espressa ed inequivoca disposizione di legge. Disposizione nel caso di specie non altrimenti rinvenibile, come ampiamente anticipato, almeno per quanto attiene alla invocata comparazione finale, ossia *ex post*, dei prezzi.

Ciò, anche in linea con il principio di economicità dell’azione amministrativa (art. 1, c. 1, l. n. 241/1990) per cui si rivelerebbe del tutto illogico far bandire e soprattutto svolgere una pubblica gara (autonoma) per poi decidere di porla nel nulla in esito ad una valutazione comparativa dei prezzi soltanto finale, o *ex post* (e non piuttosto iniziale, ossia *ex ante*). Un tale *modus operandi* (svolgimento gara autonoma e valutazione comparativa prezzi solo finale) determinerebbe infatti

un inammissibile spreco di risorse e di attività amministrativa, il che finirebbe per denotare una frizione procedimentale ancor più evidente ove soltanto si consideri il settore in cui si opera (appalti pubblici, per l'appunto). Di qui, la logicità e la ragionevolezza di una valutazione soltanto *ex ante* dei prezzi (c. 510 cit.) e non anche *ex post*, pena la ridetta violazione di fondamentali principi di economicità dell'azione amministrativa e di divieto di aggravio del procedimento.

L'insieme delle disposizioni sostanziali e processuali dettate in materia di appalti pubblici esprime, d'altra parte, l'esigenza che ogni possibile questione sia decisa, anche in sede giurisdizionale, il prima possibile e senza ulteriori spendite di tempo, di risorse e di attività amministrativa, il tutto nella condivisibile ottica della massima speditezza e celerità.

Dalla dimostrata sussistenza di un onere comparativo soltanto *ex ante*, dunque da effettuare in vista della deliberazione a contrarre *ex art.* 32, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, discende l'applicazione degli orientamenti del Consiglio di Stato in Adunanza plenaria (cfr. 26 aprile 2018, n. 4) secondo cui l'indizione in sé della gara deve formare oggetto di immediata impugnazione a pena di inammissibilità del gravame.

In ogni caso, anche a voler ritenere che nel caso di specie la stazione appaltante della gara autonoma (Agenzia delle entrate) avesse imposto negli atti di gara (ed in particolare nel contratto allegato alla determina di indizione) una sorta di autovincolo circa la necessità di effettuare una valutazione comparativa dei prezzi sia *ex ante* (mediante delibera dei propri organi di direzione e successivo inoltre alla Corte dei conti) sia *ex post* (ossia all'esito della procedura di gara), occorre tuttavia rilevare che, come già anticipato, la valutazione *ex ante* effettuata in vista della gara e compendiata nella nota in data 2 dicembre 2020, in cui si richiamava anche la prescritta relazione alla Corte dei conti, esprimeva, in estrema sintesi, che i lotti Consip non sono in grado di coprire il fabbisogno nazionale dell'Agenzia delle entrate, ciò anche alla luce della diversa "aggregazione regionale" tra centri di costo dell'Agenzia delle entrate e lotti Consip (che avrebbe dato luogo alla necessità di indire diverse "gare ponte", nell'attesa di "ricucire" la distanza tra lotti Consip e strutture territoriali dell'Agenzia delle entrate, il tutto con inevitabili aggravii gestionali e finanziari) e che la gara autonoma si rivela economicamente più vantaggiosa delle convenzioni Consip, anche sotto profili diversi da quello delle pulizie (ad esempio facchinaggio).

Emerge, dunque, chiaramente, sin da questa fase, la volontà inequivoca dell'Agenzia delle entrate di fare ricorso al meccanismo derogatorio rispetto alla convenzione Consip, e ciò anche sulla base di una comparazione di costi in quel momento già effettivamente avvenuta. Ebbene, nella proposta di aggiudicazione del 30 dicembre 2021, in occasione della quale si fa riferimento ad una "*compiuta comparazione tra le opzioni, in termini quali/quantitativi e di copertura*", si assiste non ad un riesame delle posizioni già

assunte dai rispettivi comitati di gestione nel mese di febbraio 2019 (autorizzazione all'indizione in deroga di una gara autonoma), né ad una rivalutazione o rponderazione circa la legittimità ed opportunità della scelta già operata (nel senso di optare per la più conveniente gara autonoma), ma piuttosto alla mera cristallizzazione di quelle stesse valutazioni già effettuate, nel senso della maggiore convenienza delle gare autonome rispetto alle convenzioni Consip.

Nella ridetta proposta di aggiudicazione non si effettua, dunque, una "nuova istruttoria", ma si fornisce, semmai, ulteriore dimostrazione circa la bontà e la validità, attraverso ulteriori dati disponibili, delle valutazioni già espresse in sede di autorizzazione alla procedura in deroga (cfr. la citata nota del 2 dicembre 2020). In questa prospettiva, la ridetta proposta di aggiudicazione contiene, in parte *qua* (preferenza per la gara autonoma), una manifestazione di volontà non innovativa con cui la stazione appaltante si limita a ribadire una sua precedente determinazione, in questo caso ripetendone il contenuto mediante ulteriori dati quantitativi a disposizione.

Le valutazioni effettuate in sede di aggiudicazione (30 dicembre 2021) costituiscono, quindi, mera conferma di quanto già a suo tempo ritenuto in sede di determinazione a contrarre da parte dei competenti organi dell'agenzia. Da tanto consegue che l'onere di impugnazione doveva essere riferito alla nota del 2 dicembre 2020 e non alla proposta di aggiudicazione del 30 dicembre 2021 (atto al più di mera conferma di valutazioni già chiaramente espresse).

Dalle suesposte considerazioni discende la correttezza delle considerazioni espresse al riguardo dal giudice di primo grado (sebbene con motivazione parzialmente diversa, ossia con particolare riguardo al momento dell'aggiudicazione e non a quello della stipula della convenzione) e dunque la conferma della statuizione appellata di tardività del ricorso di primo grado.

Ad ogni buon conto, il gravame si rivelerebbe, peraltro, infondato anche nel merito.

Ed invero, non sussiste piena sovrapposizione tra le due procedure sul piano territoriale (nella invocata convenzione Consip manca tutta l'Emilia-Romagna nonché alcune importanti province della Liguria tra cui Imperia e Savona).

Onde far collimare in tal senso gare Consip e uffici regionali dell'Agenzia delle entrate sarebbe stato necessario fare ricorso a diverse "gare ponte" da parte dell'Agenzia delle entrate, onde attendere gli esiti delle stesse gare Consip, e ciò con inevitabile aggravio di tempi e spreco di risorse anche finanziarie.

Anche l'oggetto delle due gare non è sovrapponibile, come emerge dalla diversità di Cpv; ed invero, le gare autonome dell'Agenzia delle entrate riguardano soltanto i servizi di pulizia, quelli effettivamente necessari alla stazione appaltante, mentre la gara Consip contempla anche la manutenzione degli immobili, i servizi di facchinaggio e quelli di reception (*facility management* o *facility management light*).

Ed anche in quest'ultima fattispecie (Fml), i servizi di pulizia non erano opzionabili da soli, ma esclusivamente insieme ad altri servizi. Anzi, nel Fml i servizi di pulizia erano di regola esclusi, e per ottenerli, sempre comunque in un pacchetto con altri, bisognava proporre una specifica domanda.

Nei suddetti termini, l'affermazione del giudice di primo grado secondo cui “*non è ... in discussione che la commessa dell’Agenzia delle entrate oggi impugnata abbia sostituito quella a suo tempo indetta da Consip ed aggiudicata a D.S.*” non si rivela tra l'altro idonea a formare statuizione di merito soggetta a passare in giudicato (poiché non espressamente impugnata, con appello incidentale, dalle altre parti del giudizio) e ciò in quanto in quel momento lo stesso giudice di primo grado, nel rilevare la tardività e dunque la irricevibilità del gravame, si era già spogliato di ogni *potestas iudicandi* sul merito della causa.

Sul piano della comparazione dei costi, l’Agenzia delle entrate ha ipotizzato un risparmio di quasi tre milioni di euro rispetto alla convenzione Consip (cfr. proposta di aggiudicazione del 30 dicembre 2021) senza che sul punto la difesa di parte appellante abbia evidenziato profili di inattendibilità delle operazioni effettuate dall’Agenzia delle entrate per manifesta illogicità dei criteri utilizzati o per palesi erroneità delle relative stime di calcolo, avendo effettuato, in proposito, solo generiche affermazioni, od essendosi limitata a sovrapporre il proprio giudizio rispetto a quello – connotato da discrezionalità tecnica – espresso dalla commissione di gara.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza appellata di irricevibilità del ricorso di primo grado.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.q.m., il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. V, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata di irricevibilità del ricorso di primo grado.

La comparazione prezzi con la gara Consip va fatta ex ante al momento dell'indizione della gara autonoma e non ex post al momento dell'aggiudicazione

Sommario: 1. *La fattispecie all'esame.* – 2. *I caratteri dell'interesse al ricorso e il rilievo nell'ipotesi de quo.* – 3. *Il rapporto tra la gara Consip e quella autonomamente indetta dall'ente.*

1. La fattispecie all'esame

Il direttore della Direzione centrale logistica e approvvigionamenti dell’Agenzia delle entrate ha disposto l’aggiudicazione in favore della società cooperativa Formula Servizi del Lotto n. 1 dell’appalto specifico indetto dall’Agenzia delle entrate per “*l’affidamento dei servizi di pulizia e igiene ambienta-*

le per le sedi degli uffici dell’Agenzia delle entrate e dell’Agenzia delle entrate-Riscossione” gara a cui D.S. ha partecipato classificandosi in posizione non utile.

La gara era suddivisa in 13 lotti territoriali, dei quali il Lotto 1 – di importo pari ad euro 9.819.894,43 – riguardava gli uffici dell’Agenzia delle entrate e dell’Agenzia delle entrate-Riscossione siti nelle regioni Valle d’Aosta e Piemonte. L’Agenzia delle entrate aveva indetto la gara sul presupposto secondo cui “non sono presenti convenzioni Consip idonee a soddisfare il fabbisogno in oggetto”.

D.S. ha proposto azione di annullamento subordinata alla coesistenza di due condizioni:

- da un lato, la legittimazione a ricorrere, ossia la titolarità della posizione giuridica da intendersi quale posizione sostanziale differenziata e qualificata in rapporto all’esercizio del potere amministrativo;

- dall’altro, l’interesse a ricorrere, ovvero sia la concreta possibilità di perseguire un bene della vita in corrispondenza di una lesione diretta e attuale dell’interesse protetto.

Nel caso di specie, il ricorrente assume di essere titolare di una posizione giuridica qualificata e differenziata e, quindi, della c.d. legittimazione ad agire, ma di essere invece privo di quell’interesse – concreto e attuale – che consente di agire in giudizio, dal momento che non si sarebbe ancora realizzata una lesione definitiva della propria posizione giuridica soggettiva, che si sarebbe concretizzato solo con l’aggiudicazione della gara.

A sostegno di tale assunto l’appellante rileva come la scelta di indire una gara autonoma dipende dalla valutazione discrezionale della stazione appaltante sull’opportunità di approvvigionarsi in autonomia.

L’adesione alla convenzione, assume, infatti, carattere vincolante solo successivamente al confronto tra i prezzi della gara autonoma e quelli forniti da Consip: a mente della l. n. 135/2012, le amministrazioni obbligate ad aderire alle convenzioni quadro hanno facoltà di approvvigionarsi in autonomia di beni e servizi solo qualora siano in grado di stipulare un contratto a prezzi inferiori rispetto a quelli derivanti dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip.

Ne consegue che soltanto a valle dell’espletamento di tale attività valutativa, l’atto d’indizione della procedura sarebbe stato capace di produrre effetti lesivi e solo allora sarebbe sorto l’interesse ad impugnare l’aggiudicazione della gara autonoma, in quanto atto in cui si concretizza la deroga alla gara Consip (1).

(1) Oggetto del ricorso di primo grado non sarebbe, dunque, il procedimento di gara dell’Agenzia delle entrate in sé, ma il suo esito, ossia la mancata o comunque illegittima comparazione dei costi rivenienti dalla suddetta gara e quella invece gestita da Consip. E una simile valutazione, che deve necessariamente prendere le mosse dalla comparazione delle offerte ricevute dalle concorrenti poi divenute aggiudicatari, può es-

2. I caratteri dell'interesse al ricorso e il rilievo nell'ipotesi de quo

La lesione dell'interesse del ricorrente deve essere connotata dai caratteri dell'immediatezza, della concretezza e dell'attualità, cosiddette condizioni dell'azione, tra cui spicca l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c. *sub specie* di interesse a ricorrere.

Il codice del processo amministrativo fa più volte riferimento, direttamente o indirettamente, all'interesse a ricorrere:

- all'art. 35, c. 1, lett. b) e c);
- all'art. 34, c. 3;
- all'art. 13, c. 4-*bis*;

- e, in modo più sfumato, agli artt. 7 e 31, c. 1, sembrando confermare, con l'accentuazione della dimensione sostanziale dell'interesse legittimo e l'arricchimento delle tecniche di tutela, la necessità di una verifica delle condizioni dell'azione rigorosa. Verifica tuttavia da condurre pur sempre sulla base degli elementi desumibili dal ricorso, e al lume delle eventuali eccezioni di controparte o dei rilievi *ex officio*, prescindendo dall'accertamento effettivo della lesione che il ricorrente afferma di aver subito. Nel senso che, come è stato osservato, va verificato che *“la situazione giuridica soggettiva affermata possa aver subito una lesione” ma non anche che “abbia subito” una lesione, poiché questo secondo accertamento attiene al merito della lite*” (2).

Tanto premesso, mentre la convenzione Consip è stata stipulata il 10 dicembre 2021, la presupposta aggiudicazione (sempre della gara Consip) è avvenuta in data antecedente al 20 novembre 2020 (come ben si evince dalla nota dell'Agenzia delle entrate del 2 dicembre 2020). Data questa in cui D.S. informava l'Agenzia delle entrate della ridetta aggiudicazione dell'appalto Consip, invitandola ad aderire alla successiva convenzione.

L'Agenzia delle entrate, con la citata nota del successivo 2 dicembre 2020, affermava chiaramente che: a) intendeva proseguire con le proprie gare autonome per inidoneità dei lotti Consip a soddisfare le proprie esigenze; b) era stata informata anche la Corte di conti circa l'intenzione di derogare alle suddette convenzioni Consip. Ciò, anche sulla base di una comparazione di costi già sostanzialmente effettuata in occasione della determinazione a contrarre, ossia della autorizzazione a procedere in deroga rispetto alla convenzione Consip.

Dunque, già a quella data (2 dicembre 2020) D.S. aveva ormai acquisito certezza circa il fatto che la convenzione che avrebbe poi stipulato con Consip per via della pregressa aggiudicazione non avrebbe co-

sere compiuta solo a valle della procedura, ossia allorché ne sono conosciuti gli esiti. Di qui, ancora, l'esigenza di attendere l'aggiudicazione finale al fine di poter impugnare il risultato delle predette valutazioni comparative.

(2) Cons. Stato, Ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22.

munque avuto alcun seguito, ossia un qualsivoglia effetto, con riguardo agli uffici dell'Agenzia delle entrate.

La lesione si era radicata, quindi, nel momento in cui, pur a seguito dell'aggiudicazione della gara Consip, l'Agenzia delle entrate aveva inequivocabilmente fatto presente, con nota del 2 dicembre 2020, che avrebbe applicato la deroga alla suddetta convenzione Consip proseguendo con le proprie gare autonome.

Dunque, se nel mese di giugno 2019 D.S. aveva avuto contezza della potenziale lesività del bando dell'Agenzia delle entrate, la lesività è poi divenuta concreta e attuale allorché la stessa si è aggiudicata la gara Consip e, soprattutto, nel momento in cui ha avuto notizia da parte dell'Agenzia delle entrate che quest'ultima avrebbe proseguito con la propria gara autonoma in quanto ritenuta di maggior convenienza rispetto a quella Consip.

3. Il rapporto tra la gara Consip e quella autonomamente indetta dall'ente

L'aggiudicazione di un appalto Consip è da ritenere sufficiente a radicare un interesse diretto e attuale alla eliminazione dei bandi autonomi.

Infatti, la semplice pendenza di un procedimento di evidenza pubblica avente ad oggetto il medesimo bene della vita conseguito a seguito di aggiudicazione della gara Consip, di cui la stessa ricorrente aveva una conoscenza qualificata in qualità di partecipante anche a tale procedimento, ha effetti direttamente lesivi sulla posizione dell'aggiudicatario, indipendentemente dall'adozione del provvedimento terminale di quel procedimento.

L'aggiudicazione in favore di una controinteressata fa scattare l'onere d'impugnazione in capo alle altre partecipanti alla medesima gara, perché rende attuale e concretizza l'effetto lesivo (consistente nella certezza di non potersela aggiudicare).

Viceversa, ove un'impresa sia già titolare della posizione differenziata consistente nell'aggiudicazione in proprio favore di procedura selettiva relativa ad un determinato oggetto negoziale, la sola pendenza di altra procedura avente il medesimo oggetto si configura come lesiva, in concreto e nell'attualità, indipendentemente dall'adozione dell'atto conclusivo, perché la sola messa a gara di un servizio già aggiudicato, implicando la disposizione di un bene indisponibile (proprio perché già aggiudicato), espone l'aggiudicatario alla perdita della certezza giuridica propria dell'utilità provvedimento conseguita.

In questi esatti termini: *“bandire la gara [...] aveva l'effetto giuridico (immediato) di sottrarre il bene oggetto della stessa ad altre forme di disponibilità giuridica”*. Pertanto: *“all'atto dell'aggiudicazione in proprio favore della gara Consip l'odierna appellante vantava un interesse personale, diretto ed attuale all'eliminazione del bando”* (quello relativo alla gara autonoma) (3).

(3) Cons. Stato, Sez. III, 29 ottobre 2021, n. 7248.

Secondo alcuni, l'interesse a ricorrere avverso tali gare autonome potrebbe concretizzarsi soltanto in esito alla comparazione finale dei costi della gara autonoma rispetto a quelli della gara Consip.

Un simile obbligo sarebbe rinvenibile nell'art. 1, c. 1, d.l. n. 95/2012, a norma del quale: “*i contratti stipulati in violazione dell'art. 26, c. 3, l. 23 dicembre 1999, n. 488 ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip s.p.a. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa*”.

In realtà, nessuna norma impone alle stazioni appaltanti una simile comparazione finale o postuma dei prezzi (quelli della gara autonoma e quelli della gara Consip), neppure l'invocato art. 1 del d.l. n. 95/2012.

Unica disposizione che postula una certa comparazione di prezzi è quella di cui all'art. 1, c. 510, l. n. 208/2015 (legge di stabilità 2016), a norma del quale: “*Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'art. 26 della l. 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate da Consip s.p.a., ovvero dalle centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali*”.

Trattasi in questo caso, ad ogni modo, di valutazione comparativa dei costi *ex ante*, da compiere in vista dell'adozione del bando di gara autonoma.

Dunque, in ossequio al divieto di aggravio del procedimento amministrativo (4), la stazione appaltante non avrebbe potuto introdurre un ulteriore passaggio istruttorio (5) che avrebbe sortito il non voluto effetto di ritardare ancor di più gli esiti della gara stessa.

Del resto, trattandosi di principio generale (quello relativo al divieto di aggravio del procedimento amministrativo ed alla connessa speditezza e celerità in materia di appalti) ogni eccezione rispetto ad esso deve costituire il frutto di una espressa ed inequivoca disposizione di legge. Disposizione nel caso di specie non altrimenti rinvenibile, almeno per quanto attiene alla invocata comparazione finale, ossia *ex post*, dei prezzi.

Ciò, anche in linea con il principio di economicità dell'azione amministrativa (6) per cui si rivelerebbe del tutto illogico far bandire e soprattutto svolgere una pubblica gara autonoma per poi decidere di porla nel nulla in esito ad una valutazione comparativa dei

prezzi soltanto finale, o *ex post* (e non piuttosto iniziale, ossia *ex ante*).

Tale *modus operandi* (svolgimento gara autonoma e valutazione comparativa prezzi solo finale) determinerebbe infatti un inammissibile spreco di risorse e di attività amministrativa, il che finirebbe per denotare una frizione procedimentale ancor più evidente ove soltanto si consideri il settore in cui si opera, quello degli appalti pubblici appunto.

Di qui, la logicità e la ragionevolezza di una valutazione soltanto *ex ante* dei prezzi (c. 510 cit.) e non anche *ex post*, pena la ridetta violazione di fondamentali principi di economicità dell'azione amministrativa e di divieto di aggravio del procedimento.

L'insieme delle disposizioni sostanziali e processuali dettate in materia di appalti pubblici esprime, d'altra parte, l'esigenza che ogni possibile questione sia decisa, anche in sede giurisdizionale, il prima possibile e senza ulteriori spendite di tempo, di risorse e di attività amministrativa, il tutto nella condivisibile ottica della massima speditezza e celerità.

Dalla dimostrata sussistenza di un onere comparativo soltanto *ex ante*, dunque da effettuare in vista della deliberazione a contrarre *ex art.* 32, c. 2, d.lgs. n. 50/2016, discende l'applicazione degli orientamenti del Consiglio di Stato in Adunanza plenaria (7) secondo cui l'indizione in sé della gara deve formare oggetto di immediata impugnazione a pena di inammissibilità del gravame (8).

MASSIMILIANO SPAGNUOLO

(7) Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4.

(8) In ogni caso, anche a voler ritenere che nel caso di specie la stazione appaltante della gara autonoma (Agenzia delle entrate) avesse imposto negli atti di gara una sorta di autovincolo circa la necessità di effettuare una valutazione comparativa dei prezzi sia *ex ante* (mediante delibera dei propri organi di direzione e successivo inoltro alla Corte dei conti), sia *ex post* (ossia all'esito della procedura di gara), occorre tuttavia rilevare che, come già anticipato, la valutazione *ex ante* effettuata in vista della gara e compendiata nella nota in data 2 dicembre 2020, in cui si richiamava anche la prescritta relazione alla Corte dei conti, esprimeva, in estrema sintesi, che i lotti Consip non sono in grado di coprire il fabbisogno nazionale dell'Agenzia delle entrate, ciò anche alla luce della diversa “aggregazione regionale” tra centri di costo dell'Agenzia delle entrate e lotti Consip (che avrebbe dato luogo alla necessità di indire diverse “gare ponte”, nell'attesa di “ricucire” la distanza tra lotti Consip e strutture territoriali dell'Agenzia delle entrate, il tutto con inevitabili aggravii gestionali e finanziari) e che la gara autonoma si rivela economicamente più vantaggiosa delle convenzioni Consip, anche sotto profili diversi da quello delle pulizie (ad esempio facchinaggio). Emerge, dunque, chiaramente, sin da questa fase, la volontà inequivoca dell'Agenzia delle entrate di fare ricorso al meccanismo derogatorio rispetto alla convenzione Consip, e ciò anche sulla base di una comparazione di costi in quel momento già effettivamente avvenuta.

(4) Cfr. art. 1, c. 2, l. n. 241/1990.

(5) Tale passaggio non è previsto dalla normativa in tema di contratti pubblici, che pure si contraddistingue per la analiticità della procedura di aggiudicazione.

(6) Art. 1, c. 1, l. n. 241/1990.

4560 – Consiglio di Stato, Sez. V; sentenza 5 maggio 2023; Pres. Lotti, Est. Fasano; *Omissis* c. Roma Capitale e altri.

Conferma Tar Lazio, Sez. II, 19 gennaio 2021, n. 799.

Contratti pubblici – Concessione di costruzione e gestione – Inadempimento – Esonero del debitore da responsabilità – Configurabilità del *factum principis* – Limiti e condizioni.

D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce, artt. 93, c. 5, 96; d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 44.

Non è ravvisabile l'esimente del factum principis a favore del soggetto responsabile per l'inadempimento nei confronti di una pubblica amministrazione, allorché l'impossibilità sopravvenuta possa essere ricondotta all'azione colposa del soggetto obbligato, il quale è tenuto, secondo la comune diligenza, a prevedere, all'atto stesso dell'assunzione dell'obbligazione, l'eventuale provvedimento dell'autorità amministrativa che impedisca l'adempimento ed a sperimentare tutte le possibili soluzioni a disposizione per rimuovere tale impedimento. (1)

Diritto – (Omissis) 8. Con il primo mezzo, l'appellante denuncia che la ricostruzione del Giudice di prima istanza sul ruolo centrale assunto dalla nota del 14 luglio 2015, prot. 5490, sarebbe errata in punto di fatto perché il ragionamento si fonderebbe sulla premessa che l'opzione comandata alla concessionaria di presentare una nuova variante al progetto esecutivo in corso di validazione fosse un'opzione percorribile in termini progettuali e, dunque, fosse possibile da una parte mettere “in sicurezza l'area archeologica” e dall'altra predisporre una variante al progetto esecutivo che potesse qualificarsi “definitiva”, cioè non soggetta a nessuna altra modificazione, neppure ipotetica. Tale affermazione non sarebbe corretta in quanto non è possibile imporre una variante ad un progetto definitivo quando risulta ancora incerta la stessa estensione dell'area di (ri)progettazione e dunque la stessa individuazione delle aree libere che possono essere oggetto della progettazione.

Secondo l'esponente, quanto asserito dall'amministrazione, ossia la necessità di predisporre una variante al progetto esecutivo che si trovava in fase di approvazione non era perseguibile, in quanto il parere della Soprintendenza non dettava solo prescrizioni riguardanti cautele definitive, ma prevedeva la continuazione in generale degli scavi nelle trincee, con eventuale sovrapposizione dell'area di cantiere con l'area degli scavi, disponendo per la trincea 29 uno scavo estensivo volto ad individuare l'ambito e l'estensione della area interessata da una eventuale

necropoli, con incertezza dell'estensione dell'area archeologica sulle altre aree interessate dalla variante al progetto esecutivo, prevedendo, analogamente, per la trincea 31 l'ampliamento dello scavo e il suo completamento.

In punto di diritto, la Concessionaria contesta che il progetto esecutivo e l'opera stessa, in questo modo, verrebbero sottoposti ad un'alea insopportabile sotto il profilo economico, laddove invece si sarebbe semplicemente potuto ordinare il completamento degli scavi in continuità con la campagna archeologica appena terminata. In tale situazione, non sarebbe stato possibile presentare un unitario piano di manutenzione dell'opera e di tutte le sue parti, né un piano di sicurezza e coordinamento del cantiere, né un computo metrico estimativo definitivo o anche il cronogramma dei lavori, essendo necessaria la conclusione delle indagini archeologiche.

9. Con il secondo motivo, l'appellante ripropone il terzo motivo di impugnazione illustrato nel ricorso introduttivo relativo alla violazione dell'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, per non avere l'amministrazione valutato i contrapposti interessi pubblici e privati in relazione a quanto dichiarato e opposto dalla Concessionaria in sede di validazione, nonché la possibilità che tale provvedimento fosse anche inteso come implicita revoca della concessione, articolando espressa domanda di accertamento della portata e della natura del provvedimento impugnato e i suoi riflessi sulla concessione.

Con riferimento a tale specifica censura, il Tribunale amministrativo regionale avrebbe omesso di pronunciarsi. Secondo l'appellante, le carenze progettuali contestate e la conseguente archiviazione del progetto, ove tesa alla definitiva interruzione del rapporto di affidamento, integrerebbero una tipica ipotesi di *factum principis*, inopponibile in danno all'interessata, giacché il contegno asseritamente inadempiente di quest'ultima dipenderebbe solo dal suo dovere di attenersi alle prescrizioni imposte dalla pubblica autorità.

10. Con la terza critica, *Omissis* sostiene che il collegio di prima istanza in modo errato e precipitoso avrebbe dichiarato l'inammissibilità del secondo motivo, per non avere la ricorrente provveduto alla impugnazione del Bando. L'assunto sarebbe errato in quanto nella specie non sarebbero oggetto di scrutinio profili attinenti al Bando, ma l'esecuzione di obblighi specifici nascenti dalla legge e dai regolamenti citati nell'illustrazione del mezzo, che prescrivono la sequenza progettazione preliminare/definitiva ed esecutiva, prefigurando gli studi, i sondaggi e gli scavi archeologici come preliminari rispetto al progetto definitivo e, soprattutto, rispetto alla validazione del progetto esecutivo.

Con il secondo mezzo del ricorso introduttivo si era denunciato che la mancata realizzazione delle indagini archeologiche preventive non eseguita da Roma Capitale andava pur sempre fatta a norma di legge e, dunque, non si potevano postergare queste ultime

(1) Segue la nota di P. Cosa, *Il factum principis e l'impossibilità della prestazione.*

alla validazione del progetto, ma si sarebbero dovuto prima concludere, ex art. 96, cc. 1 e 2, d.lgs. n. 163/2006, le indagini archeologiche (inclusi scavi) e, sulla base della relazione definitiva della Soprintendenza, procedere alla redazione del progetto esecutivo.

11. I motivi di appello, in quanto inerenti alla medesima questione e logicamente connessi, vanno trattati congiuntamente.

12. Le doglianze non possono trovare accoglimento.

Nella vicenda in esame la cronologia degli eventi assume un rilievo determinante al fine individuare le contestate responsabilità della Concessionaria appellante; pertanto, la ricostruzione fattuale della vicenda giudiziaria viene effettuata da questo collegio tenendo conto delle deduzioni difensive di entrambe le parti e delle conclusioni raggiunte dal Giudice di prima istanza.

12.1. Orbene, risulta dai fatti di causa che, con determinazione dirigenziale n. 233 del 28 marzo 2007, viene affidata in concessione alla società *Omissis* l'area di mq 45.123 sita in località Bufalotta, per la realizzazione e successiva concessione della gestione di un impianto sportivo comunale. L'estensione dell'area è stata in seguito ridotta dall'amministrazione che, dopo l'affidamento, verifica che parte di quel sito non può essere impiegato in quanto oggetto di esproprio, pertanto, l'area originariamente di mq 45.000 passa a circa mq 34.000.

A causa del ridimensionamento delle aree a disposizione, il Dipartimento XX – III U.O. chiede al legale rappresentante della società *Omissis*, con nota prot. n. 13140 del 10 ottobre 2007, di manifestare la propria disponibilità a realizzare l'intervento sulla rimanente porzione di area corrispondente a 34.020,0 mq. I termini del procedimento relativamente alla consegna del progetto definitivo vengono sospesi, e l'amministrazione, con nota prot. n. 346 dell'8 gennaio 2008, comunica alla Concessionaria che la formale rettifica dell'area è stata effettuata in data 14 gennaio 2008, pertanto, da tale data decorrono i 90 giorni previsti per la consegna del progetto definitivo.

Va precisato, ai fini della valutazione della consapevolezza della Concessionaria della presenza sul sito di reperti archeologici, per la cui salvaguardia sarebbero stati necessari interventi che avrebbero potuto incidere sui tempi di realizzazione dell'opera, che di tale circostanza si dà atto nel verbale di consegna del 14 gennaio 2008.

In data 10 aprile 2008, il legale rappresentante della società *Omissis* presenta il progetto definitivo relativo alla realizzazione di un impianto sportivo polivalente.

In seguito, si svolge l'iter per la concessione di finanziamenti agevolati, per la procedura di Valutazione di impatto ambientale (Via) e, come risulta dal verbale della Conferenza dei servizi, di cui al prot. Dipartimento Sport n. 6570 del 25 ottobre 2011, il progetto

risulta approvabile da parte della Giunta Capitolina previa acquisizione dei pareri favorevoli delle amministrazioni competenti.

Con provvedimento n. 354 del 21 dicembre 2012, la Giunta Capitolina provvede alla approvazione del progetto definitivo relativo alla costruzione e successiva concessione della gestione dell'impianto sportivo polivalente alla *Omissis*.

12.2. In data 11 aprile 2013, la Concessionaria presenta una prima versione del progetto esecutivo, chiedendo una proroga per il relativo perfezionamento, che il Dipartimento Sport concede con nota prot. n. 2801 del 24 aprile 2013, comunicando alla società l'avvio dell'istruttoria del progetto esecutivo, rappresentando, con riferimento all'aspetto quantitativo, che la documentazione deve essere completata secondo quanto previsto dall'art. 34 d.p.r. n. 270/2010 e, per quanto riguarda l'aspetto qualitativo, che devono essere recepite le prescrizioni emerse in sede di Conferenza di servizi.

La Concessionaria, in data 31 luglio 2013, comunica al Ministero e dal Dipartimento Sport che sono state avviate le indagini archeologiche preventive, secondo le indicazioni della Soprintendenza.

12.3. Il Dipartimento Sport redige, in data 15 novembre 2013, un primo verbale di verifica del progetto esecutivo, ai sensi degli artt. 44 ss. del d.p.r. n. 207/2010, prot. n. 6963, da quale si evince che il progetto non è validabile, e richiede ulteriori integrazioni degli elaborati, riconvocando una nuova seduta di verifica del progetto esecutivo, in ragione della necessità di acquisire il nulla osta della Soprintendenza Archeologica.

Il Dipartimento Sport, in contraddittorio con i progettisti, provvede alla verifica del progetto esecutivo, ritenendolo ancora non validabile, come da verbale del 12 dicembre 2013, prot. 8005, per mancanza di elaborati progettuali, la cui produzione è subordinata all'acquisizione del Nulla Osta della Soprintendenza di Roma.

La società *Omissis*, con nota del 16 dicembre 2013, comunica al Ministero e al Dipartimento Sport l'ultimazione delle indagini archeologiche preventive e contestuale richiesta del parere di competenza.

Il Dipartimento Sport Sis, con nota prot. n. 2712 del 2 aprile 2014, sollecita alla Concessionaria la trasmissione del Nulla Osta della Soprintendenza al progetto esecutivo. Tale richiesta viene rinnovata con nota prot. n. 3950 del 20 maggio 2015.

La Soprintendenza archeologica di Roma, con nota prot. n. 17851 del 19 giugno 2015, trasmette alla Concessionaria il parere di propria competenza con alcune prescrizioni; segue l'invito del Dipartimento Sport in data 14 luglio 2015 a trasmettere entro 90 giorni gli elaborati progettuali esecutivi, che tengano conto delle prescrizioni disposte dalla Soprintendenza Archeologica di Roma.

Il collegio rileva che da questo momento la Concessionaria, diversamente da quanto dallo stesso alle-

gato nell'atto di appello e nelle memorie, ha assunto un comportamento contrario agli obblighi imposti dall'amministrazione e alle prescrizioni disposte dalla Soprintendenza Archeologica di Roma.

Ciò in quanto, a seguito della scadenza dei termini indicati con la nota prot. 5490 del 14 luglio 2015, l'amministrazione aveva provveduto a convocare il progettista e la Concessionaria presso la Direzione Sport e Qualità della Vita per procedere alla conclusione delle attività di verifica della documentazione progettuale del progetto esecutivo presentato.

A tale scopo, il progettista e la Concessionaria erano stati invitati a far pervenire la documentazione progettuale richiesta a completamento di quella presentata, che tenesse conto di quanto disposto dalla Soprintendenza con nota prot. n. 17851/15, precisando che, qualora tale documentazione non fosse pervenuta o fosse ritenuta inadeguata, la verifica avrebbe avuto esito negativo.

Le prescrizioni impartite dalla Soprintendenza con la suddetta nota erano rivolte ad approfondire alcuni aspetti di dettaglio relativamente al completamento degli accertamenti archeologici già effettuati, formulando indicazioni puntuali relativamente alle modifiche progettuali da eseguire al fine di rendere coerente il progetto con le risultanze degli scavi già eseguiti.

In data 10 dicembre 2015, si è proceduto alla verifica del progetto esecutivo e, con verbale prot. n. 8688 del 10 dicembre 2015, si è accertato che il progetto non risulta verificato.

Pertanto, con la nota prot. n. 8754 del 15 dicembre 2015, il Dipartimento Sport ha espresso un giudizio di non validazione del progetto esecutivo ai sensi dell'art. 55 del d.p.r. n. 207/2010 ed ha comunicato, con nota prot. n. 8878 del 18 dicembre 2015, ai sensi dell'art. 10-bis della l. n. 241/1990, la conclusione del procedimento con esito negativo, con invito al concessionario a far pervenire entro 10 giorni eventuali osservazioni, riferendo che in difetto, o in presenza di osservazioni insufficienti, il progetto non sarebbe stato approvato e sarebbe stato archiviato.

Ai fini della valutazione della condotta della Concessionaria, assume rilievo il fatto che decorsi i termini temporali indicati nel preavviso di diniego e, preso atto della mancanza di osservazioni o altra documentazione idonea al superamento delle criticità rilevate nel corso dell'istruttoria, il Dipartimento Sport, con nota prot. 324 del 22 gennaio 2016, ha dovuto comunicare alla Concessionaria che l'istanza relativa all'approvazione del progetto esecutivo non era stata accolta e che il procedimento si era concluso con l'archiviazione.

In sostanza, la Concessionaria, benché resa edotta con la nota del 14 luglio 2015, prot. 5490, del fatto che l'amministrazione non avrebbe potuto approvare il progetto in mancanza della sistemazione dell'area in cui erano stati rinvenuti i reperti archeologici nel rispetto delle prescrizioni contenute nel parere obbligatorio, di natura vincolante, della Soprintendenza, non ha ottemperato nei termini richiesti, né si è premurata

di fornire adeguate giustificazioni, mediante osservazioni, o documentazione idonea a contestare le rilevate criticità. Le criticità non hanno riguardato solo l'omessa ottemperanza alle prescrizioni della Soprintendenza, ma anche la mancanza del piano di manutenzione dell'opera, del piano di sicurezza e di coordinamento, del quadro di incidenza della manodopera, del computo metrico, del quadro economico, del cronogramma e dell'elenco prezzi.

Come ha precisato il collegio di prima istanza, *«la ricorrente tuttavia non ha inteso dare seguito alle indicazioni dell'amministrazione procedente [...] e [...] non ha presentato la "variante" richiesta, né ha evidenziato ragioni ostative alla presentazione del documento progettuale, neppure dopo aver ricevuto la successiva nota comunale del 18 dicembre 2015, prot. 8878. Con la propria condotta il concessionario ha quindi volontariamente scelto di non rispettare le prescrizioni obbligatorie e vincolanti contenute nel parere della Soprintendenza del 2015. È dunque evidente come il concessionario non ha posto in essere le modifiche progettuali finalizzate a realizzare le opere di mantenimento e di messa in sicurezza di reperti archeologici ritenute indispensabili per poter realizzare l'impianto sportivo dall'autorità competente in materia di tutela di beni archeologici-paesaggistici»*.

Appare generica e poco convincente la tesi argomentativa sostenuta dall'appellante che assume, anche con memoria, l'impossibilità di presentare un progetto esecutivo conforme alle disposizioni normative in materia di opere pubbliche, in ragione di due provvedimenti dell'amministrazione, il primo, quello della Soprintendenza, che, nel dare parere positivo, ha ordinato ulteriori scavi, e il secondo, quello di Roma Capitale che avrebbe dovuto consentire il rinvio della redazione e validazione del progetto esecutivo al termine della campagna di scavi.

Tali asserzioni non sono adeguatamente supportate sotto il profilo probatorio, non risultando comprensibile per quale ragione il progetto esecutivo dovesse essere presentato all'esito della campagna di scavi, oltre al fatto che è emerso dai fatti di causa che la Concessionaria non ha ottemperato alle prescrizioni impartite dalla Soprintendenza, vincolanti ai fini dell'efficacia del parere favorevole reso. La valutazione dell'amministrazione è, invece, ispirata a criteri di ragionevolezza, atteso che la presenza nel sito di scavi archeologici avrebbe in itinere condizionato l'esecuzione delle opere da realizzare, proprio in ragione della necessità di garantire adeguate tutele, sicché il parere della Soprintendenza non poteva non contenere la conclusione finale: *“in caso di ulteriori ritrovamenti archeologici, soggetti alla normativa vigente, potrebbe determinarsi la necessità di apportare parziali modifiche al progetto esecutivo”*.

Ne consegue che non appare comprensibile in che modo si sarebbe potuto procedere al completamento della campagna di scavi senza ottemperare al parere della Soprintendenza Archeologica che indica chiaramente, e in modo specifico, le modalità di esecuzione

degli scavi della necropoli al fine di individuarne l'estensione, posto che il progetto esecutivo deve tenere conto di tale necessario adempimento. Ne consegue che eventuali doglianze finalizzate anche ad evidenziare l'indeterminatezza delle prescrizioni fornite dalla Soprintendenza Archeologica non colgono nel segno.

Roma Capitale in memoria ha evidenziato, altresì, che dai verbali di verifica del progetto e di validazione si rileva che non risultano pervenuti gli aggiornamenti progettuali conseguenti alle disposizioni impartite dalla Soprintendenza e contenute nella nota prot. 17851 del 19 giugno 2015, pertanto, non avere ottemperato a tali prescrizioni e ai conseguenti adeguamenti progettuali ha determinato l'impossibilità di procedere all'approvazione del progetto.

Omissis argomenta in memoria che gli scavi interessavano i due corpi principali e un'area parcheggio, ed il fatto che fossero "limitati" non avrebbe alcun rilievo tenuto conto del grave rischio di incertezza sulla loro estensione e sul loro impatto relativamente ai suddetti corpi di fabbrica principali e al relativo parcheggio, ma omette di considerare che tale obiezione viene superata dalla circostanza di fatto, rimasta incontestata, che l'obbligo di eseguire il completamento degli scavi archeologici era in capo al soggetto attuatore dell'intervento e, come si è evidenziato nella ricostruzione temporale dei fatti, era stato in gran parte assolto dal medesimo, senza iniziale opposizione. Solo successivamente non si è provveduto a dare seguito alle indicazioni della Soprintendenza, che in modo puntuale aveva suggerito modifiche, senza le quali l'amministrazione non ha potuto provvedere alla validazione del progetto.

12.4. Quanto alla tesi, sostenuta dall'appellante con il secondo mezzo, secondo cui l'avviso per l'affidamento, mediante concessione di costruzione e gestione, delle aree comunali avrebbe dovuto prevedere preventivamente la valutazione di idoneità ad ospitare gli impianti indicati nell'avviso anzidetto, va ribadito che la critica è inammissibile in difetto di impugnazione del Bando, rilievo che è stato correttamente evidenziato dal Giudice di prima istanza.

Con la rituale impugnazione del Bando, la Concessionaria avrebbe potuto contestare che le indagini archeologiche dovevano essere fatte preventivamente e prima della redazione del progetto esecutivo, illustrando le motivazioni che, invece, ha ritenuto di introdurre tardivamente in questo giudizio.

Va evidenziato, a tale riguardo, che la Concessionaria si è assunta l'obbligo di eseguire il completamento degli scavi e si è, ovviamente assunto il rischio della realizzazione del progetto, che non ha opposto alcun rilievo al riguardo.

Tale circostanza emerge chiaramente dal verbale di consegna del 21 maggio 2007 in cui testualmente si legge: "Il rappresentante della Società *Omissis* prende atto di quanto dichiarato dal rappresentante di Porta di Roma in ordine alla mancata esecuzione delle prospezioni archeologiche facendo presente che unitamente all'Amministrazione comunale dovrà esse-

re valutata l'esecuzione di questi scavi e dovrà essere rivisto il quadro economico e la tempistica dell'intervento".

12.5. Il collegio ritiene infondate anche le censure illustrate con il terzo mezzo, con cui si contesta l'omessa applicazione del principio del *factum principis* derivante dai ritrovamenti archeologici, e si denuncia l'omessa valutazione dei contrapposti interessi pubblici e privati in relazione a quanto dichiarato ed opposto dalla Concessionaria in sede di validazione.

Nella specie, invero, non è ravvisabile l'esimente del *factum principis*, ossia un fatto totalmente estraneo alla volontà dell'obbligato e ad ogni suo obbligo di ordinaria diligenza determinato da un comportamento dell'amministrazione.

Va rammentato che, ai sensi degli artt. 1218 e 1256 c.c., il debitore è responsabile per l'inadempimento dell'obbligazione fino al limite della possibilità della prestazione, presumendosi, fino a prova contraria, che l'impossibilità sopravvenuta, temporanea o definitiva, della prestazione stessa gli sia imputabile per colpa. L'impossibilità sopravvenuta che libera dall'obbligazione deve essere obiettiva, assoluta e riferibile a contratto o alla prestazione ivi contemplata e deve consistere non in una mera difficoltà, ma in un impedimento, del pari obiettivo e assoluto, tale da non potere essere rimosso, a nulla rilevando comportamenti di soggetti terzi rispetto al rapporto.

Nell'ipotesi di c.d. *factum principis* (espressione con la quale si indica una causa di impossibilità oggettiva ad effettuare la prestazione, derivante da un sopravvenuto atto della pubblica autorità) deve ritenersi sussistente la responsabilità del debitore laddove il medesimo vi abbia colposamente dato causa (v. Cass. n. 21973/2007).

Ciò in quanto il *factum principis* non basta, di per sé solo, a giustificare l'inadempimento ed a liberare l'obbligato inadempiente da ogni responsabilità. Perché tale effetto estintivo si produca è necessario che l'ordine o il divieto dell'autorità sia configurabile come un fatto totalmente estraneo alla volontà dell'obbligato e ad ogni suo obbligo di ordinaria diligenza, il che vuol dire che, di fronte all'intervento dell'autorità, il debitore non deve restare inerte, né porsi in condizione di soggiacervi senza rimedio, ma deve, nei limiti segnati dal criterio dell'ordinaria diligenza, sperimentare ed esaurire tutte le possibilità che gli si offrono per vincere e rimuovere la resistenza o il rifiuto della pubblica autorità.

Secondo l'indirizzo condiviso della giurisprudenza di legittimità, nel caso in cui il debitore non abbia adempiuto la propria obbligazione nei termini contrattualmente stabiliti, egli non può invocare l'impossibilità della prestazione con riferimento ad un provvedimento dell'autorità amministrativa sopravvenuto, che fosse ragionevolmente prevedibile secondo la comune diligenza (Cass. n. 2059/2000) all'atto dell'assunzione dell'obbligazione (Cass. nn. 14915 e 12093/1998).

Nella fattispecie in esame, la ricorrente era consapevole, come risulta già dal verbale di consegna del 21 maggio 2007, della presenza di siti archeologici nell'area oggetto di intervento, e del fatto che sarebbero stati necessari interventi per la salvaguardia dei reperti che avrebbero potuto incidere anche sui tempi di realizzazione dell'opera, sicché l'intervento dell'Autorità preposta alla tutela non poteva ritenersi un evento imprevedibile secondo l'ordinaria diligenza. Inoltre, dalle emergenze processuali risulta che la ricorrente non ha ottemperato alle prescrizioni contenute nel parere obbligatorio della Soprintendenza, e non ha provveduto a redigere il progetto esecutivo mediante la predisposizione di una "variante" così come indicato dall'amministrazione per consentire la sistemazione dell'area in cui erano stati rinvenuti i reperti archeologici.

La Concessionaria non ha neppure provveduto ad evidenziare ragioni ostative alla presentazione del documento progettuale, neppure dopo avere ricevuto la successiva nota comunale del 18 dicembre 2015, prot. n. 8878.

Ne consegue che non può trovare applicazione l'invocato *factum principis*, né può essere predicata una omessa valutazione degli interessi in conflitto, avendo il Concessionario "volontariamente scelto di non rispettare le prescrizioni obbligatorie e vincolanti contenute nel parere della Soprintendenza del 2015", con la conseguenza che l'amministrazione, a fronte di tale evidente inadempienza, non poteva che determinarsi nell'archiviazione del progetto, "giustificato proprio sul presupposto della mancata ottemperanza alle prescrizioni contenute nel parere della Soprintendenza". Va, pertanto, condiviso, quanto asserito dal collegio di prima istanza che ha ritenuto corretto l'operato dell'amministrazione, la quale "ha fondato la propria decisione sulla evidente carenza progettuale dell'iniziativa proposta dall'interessato, né essa poteva assumere una diversa decisione attesa la natura vincolante del parere obbligatorio della Soprintendenza".

Quanto alla richiesta di accertamento da parte di questo collegio se, nella specie, si sia verificata una implicita revoca della Concessione, va rammentato che il giudice amministrativo ha il compito di esaminare esclusivamente l'atto oggetto di impugnazione sulla base delle allegazioni delle parti, non essendo consentito sostituirsi all'amministrazione in ordine alle valutazioni riferibili all'intero rapporto concessorio e con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, c. 2, primo periodo c.p.a.).

13. In definitiva, l'appello va respinto ed ogni altra questione deve ritenersi assorbita.

14. La complessità anche fattuale della vicenda processuale giustifica la compensazione integrale tra le parti delle spese di lite del grado.

P.q.m., il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. V, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Il *factum principis* e l'impossibilità della prestazione

La pronuncia in commento interviene a confermare un indirizzo consolidato, soprattutto in ambito civilistico (cfr., *ex multis*, Cass., Sez. III, 25 maggio 2017, n. 13142; 8 giugno 2018, n. 14915) in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione ex art. 1256 c.c. e di ricorso all'esimente del *factum principis* da parte del soggetto inadempiente. Lo fa, però, con riferimento ad una fattispecie di grande interesse, quale quella della realizzazione di interventi infrastrutturali nella specie di tipo sportivo e, soprattutto, al di fuori della casistica che tanto ha impegnato negli ultimi tempi il giudice ordinario e quello amministrativo nel corso dell'epidemia da Covid-19, in ragione dei provvedimenti che si sono susseguiti per assicurare le misure emergenziali di distanziamento sociale e prevenzione della diffusione del contagio. Provvedimenti che hanno avuto evidentemente importanti ricadute sulla vita sociale e soprattutto sui rapporti negoziali e commerciali.

Come noto, per *factum principis* deve intendersi un atto della pubblica autorità che renda impossibile l'adempimento della prestazione da parte del debitore nei confronti del creditore riconducibile all'ambito applicativo dell'art. 1256 c.c. in materia di impossibilità sopravvenuta. Esso può consistere, come altrettanto noto, in un provvedimento amministrativo oppure in una sopravvenienza normativa. Il suo intervento non comporta di per sé la liberazione del debitore dall'onere dell'esatto adempimento, come nell'ipotesi di impossibilità sopravvenuta totale, contemplata dalla citata disposizione. Quest'ultima, infatti, prevede una serie di circostanze che intervengono, successivamente al sorgere del vincolo negoziale, rendendo impossibile la prestazione, in tutto, con conseguente liberazione dal vincolo del debitore, o parzialmente, con il permanere in capo allo stesso di un obbligo di adempimento parziale, sempre nei limiti dell'interesse del creditore. L'impossibilità può scaturire da caso fortuito (evento imprevedibile come un terremoto o un'alluvione) ovvero da forza maggiore (evento al quale non può essere opposta resistenza) ed essere definitiva, liberando, anche in tale ipotesi, il debitore, ovvero temporanea, nel qual caso l'obbligazione non si estingue ma il debitore non potrà essere chiamato a rispondere del danno causato eventualmente per il ritardo nell'adempimento. L'impossibilità del corretto e puntuale adempimento deve essere debitamente provata dal soggetto inadempiente, ai sensi dell'art. 1218 c.c., che impone alle parti una condotta ispirata ai principi di correttezza e buona fede. La presunzione di colpa nei suoi confronti è superabile, in quanto *iuris tantum*, mediante la dimostrazione dell'esistenza dell'elemento oggettivo dell'impossibilità ad adempiere e di quello soggettivo dell'assenza di colpa riguardo alla determinazione dell'evento che ha reso impossibile la prestazione. Proprio per il rispetto dei cennati principi di correttezza e buona fede ispirati al valore della solidarietà che deve permeare la condotta

negoziale, la presunzione di colpa che connota l'inadempimento può essere superata, in quanto *iuris tantum*, mediante la dimostrazione della ricorrenza di un elemento oggettivo, consistente nell'impossibilità di eseguire correttamente la prestazione, e di un elemento soggettivo, da rinvenire nell'assenza di colpa da parte del debitore riguardo al determinarsi dell'evento che ha reso impossibile la prestazione (per causa non imputabile al debitore).

Come accennato sopra, l'intervento del *factum principis* non comporta l'esonero automatico dalla responsabilità del debitore, in quanto, a tal fine, è necessaria la valutazione dell'effettiva imprevedibilità dell'atto amministrativo o della sopravvenienza normativa al momento in cui è stata assunta l'obbligazione negoziale, nonché della concreta possibilità di contrasto di tale sopravvenienza, al momento dell'adempimento della prestazione contrattuale.

La giurisprudenza civilistica, sul punto, ha escluso in più occasioni la ricorrenza dell'esimente dell'impossibilità sopravvenuta *per factum principis*, fra l'altro in ipotesi di preliminare di compravendita, qualora il procedimento di esproprio da parte dell'amministrazione fosse già in corso al momento della stipula del contratto e nel caso in cui gli effetti del provvedimento potessero essere contestati con mezzi non sproporzionati.

La liberazione del debitore dall'onere dell'obbligazione negoziale per impossibilità della prestazione dovuta può verificarsi, dunque, solo qualora concorra l'elemento oggettivo dell'impossibilità con quello soggettivo dell'assenza di colpa. Il che si traduce, con riferimento specifico al *factum principis*, nella dimostrazione da parte del debitore inadempiente che il provvedimento dell'autorità amministrativa non fosse in alcun modo prevedibile con la normale diligenza richiesta nelle attività negoziali, al momento dell'assunzione dell'obbligazione, e che, al momento dell'esecuzione, non potesse essere contrastato con gli strumenti a disposizione.

Nel caso oggetto della pronuncia commentata non vi è dubbio che la ricorrente avesse piena consapevolezza della presenza di siti archeologici nell'area di realizzazione dell'intervento, consistente nella costruzione di un impianto polisportivo comunale. Infatti, essa stessa ne aveva dato atto nel verbale di consegna dell'area di proprietà di Roma Capitale, affidatale in forza di apposito provvedimento di concessione di costruzione e gestione.

Pertanto, l'intervento dell'autorità preposta alla tutela dei beni e delle aree archeologiche, ovvero la Soprintendenza speciale per il Colosseo, era assolutamente prevedibile ed anzi, per meglio dire, previsto dalla vigente disciplina, che subordina la validazione del progetto esecutivo al rilascio del parere obbligatorio e vincolante della stessa. Altrettanto presumibile da parte di un soggetto dotato di normale diligenza era la necessità di interventi per la salvaguardia dei beni e reperti presenti nella zona interessata. A ciò deve aggiungersi che, a fronte del parere favorevole della So-

printendenza, ma con una serie di *caveat*, ai quali il concessionario avrebbe dovuto dare seguito, non sono state poste in essere condotte adeguate e neppure il concessionario ha fornito riscontro alle richieste formulate dall'amministrazione comunale, la quale ha perciò concluso il procedimento di validazione con esito negativo e conseguente archiviazione del progetto.

Il giudice di prime cure ha riconosciuto la correttezza dell'azione dell'amministrazione comunale, che non avrebbe potuto assumere decisione diversa da quella scaturente dal parere vincolante della Soprintendenza e dall'inattività della ricorrente, la quale non ha neanche ritualmente impugnato l'avviso pubblico. Il Consiglio di Stato ha confermato, sulla base delle stesse argomentazioni, l'avviso del Tar Lazio, affermando la necessità di archiviazione da parte dell'amministrazione comunale della procedura relativa alla realizzazione del centro polisportivo e rigettando il gravame proposto dalla ricorrente.

PAOLA COSA

* * *