

Publicato il 07/06/2021

N. 00468/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00413/2020 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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 413 del 2020, proposto da Ing. < > e Bluengineering S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Nico Moravia, Marco Giustiniani, Antonello Frasca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Nico Moravia, in Roma, via Bocca di Leone, n. 78;

contro

Università Politecnica delle Marche, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale Ancona, domiciliata presso la sede della stessa, in Ancona, corso Mazzini, 55;

per la condanna

dell'Università Politecnica delle Marche al risarcimento del danno derivante dall'illegittima mancata aggiudicazione della "Procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b) del D. Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di progettazione definitiva relativo alla realizzazione di nuove aule presso il Polo Murri della Facoltà di Medicina e Chirurgia - località Torrette -

Ancona” (Numero di gara 7730950 – CIG: 8262647800), indetta dalla stessa Università Politecnica delle Marche.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Università Politecnica delle Marche;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2021 il dott. Tommaso Capitanio e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del D.L. n. 137/2020, convertito in L. n. 176/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'ing. < > e la società Bluengineering S.r.l., nella rispettiva veste di mandatario e di mandante di un costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti, agisce in questa sede per ottenere la condanna dell'Università Politecnica delle Marche al risarcimento dei danni derivanti dall'illegittima mancata aggiudicazione al r.t.p. della “*Procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b) del D. Lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di progettazione definitiva relativo alla realizzazione di nuove aule presso il Polo Murri della Facoltà di Medicina e Chirurgia - località Torrette - Ancona*”, indetta dall'Ateneo con decreto del direttore generale n. 146 del 1° aprile 2020 e aggiudicata in favore del r.t.p. composto dalla mandataria Polo Progetti e dai mandanti arch. < > e ing. < >.

2. In punto di fatto i ricorrenti espongono quanto segue.

2.1. Con richiesta d'offerta del 1° aprile 2020, l'Università ha invitato alla gara cinque professionisti, dei quali hanno presentato offerta l'ing. < > (che, in qualità di mandante, ha aggregato a sé in costituendo raggruppamento la società Bluengineering) e l'arch. < > (il quale pure si è proposto in r.t.p., unitamente alla società Polo Progetti e all'ing. < >, assumendo però il ruolo di mandante).

Con decreto del direttore generale n. 164 del 22 aprile 2020, l'Università ha approvato la proposta di aggiudicazione in favore del costituendo r.t.p. Polo Progetti - che ha ottenuto un punteggio complessivo di 100,00 ed ha offerto un ribasso sulla base d'asta del 30,50% - mentre il r.t.p. odierno ricorrente si è classificato al secondo posto - con un punteggio pari a 88,21 e un ribasso sulla base d'asta pari al 25,20%.

Il provvedimento di aggiudicazione è stato pubblicato lo stesso giorno della sua adozione.

2.2. Dopo aver preso atto dell'aggiudicazione a favore del r.t.p. Polo Progetti, il r.t.p. capeggiato dall'ing. < > ha immediatamente presentato un'istanza di annullamento d'ufficio del provvedimento, evidenziandone l'illegittimità per il fatto che, in violazione dell'art. 48, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016, l'arch. < >, invitato individualmente alla procedura negoziata, aveva presentato l'offerta in qualità di mandante, anziché di mandatario, all'interno del costituendo r.t.p. capeggiato da Polo Progetti. Nel contempo, il r.t.p. dell'ing. < > ha chiesto lo scorrimento della graduatoria in proprio favore, con avvertimento che in caso di mancato adempimento avrebbe inoltrato all'ANAC istanza di parere di precontenzioso *ex art.* 211, comma 1, del D.Lgs. 50/2016, riservandosi altresì di proporre ricorso in sede giurisdizionale.

L'istanza di autotutela è stata respinta con nota del RUP datata 27 aprile 2020.

2.3. Preso atto di ciò, in data 29 aprile 2020 il r.t.p. capeggiato dall'ing. < > ha inoltrato all'ANAC, ai sensi dell'art. 211, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, una richiesta di parere di precontenzioso al fine di contestare la legittimità dell'aggiudicazione. Nell'ambito del procedimento, tanto l'Università quanto il r.t.p. < > hanno presentato memorie difensive.

Con delibera n. 569 del 1° luglio 2020, l'ANAC ha ritenuto fondate le censure del r.t.p. capeggiato dall'ing. < >, rilevando che:

- la gara era stata impostata dall'Università come procedura negoziata semplificata, pur richiamando le previsioni dell'art. 36, comma 2, let. b), del

Codice degli appalti, norma che disciplina l'affidamento diretto;

- la previsione dell'art. 48, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016 era applicabile alla gara e, pertanto, i soggetti invitati potevano partecipare alla procedura anche in raggruppamento con altri operatori solo a condizione che svolgessero il ruolo di mandatarî.

L'ANAC, con comunicazione del 9 luglio 2020, ha trasmesso alle parti la delibera, invitandole a comunicare entro 60 giorni le proprie determinazioni.

2.4. Con lettera del proprio legale in data 17 luglio 2020, il r.t.p. capeggiato dall'ing. < > ha richiesto all'Università di provvedere, in esecuzione della delibera ANAC, all'annullamento dell'aggiudicazione a favore del r.t.p. Polo Progetti, alla conseguente risoluzione del contratto *medio tempore* eventualmente stipulato e all'affidamento in proprio favore dell'appalto.

L'Università, con nota dell'8 settembre 2020, ha dichiarato che non vi erano i presupposti per precedere all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione, visto che nelle more del procedimento di precontenzioso il contratto era stato già stipulato e integralmente eseguito. L'Ateneo, inoltre, non ha prospettato alcuna forma di risarcimento a favore del r.t.p. capeggiato dall'ing. < >, privando in tal modo di qualsiasi effetto utile il deliberato dell'ANAC.

2.5. In tale contesto, sempre a mezzo dei suoi legali, il r.t.p. capeggiato dall'ing. < > ha inviato all'Università una formale richiesta di risarcimento dei danni, evidenziando:

- di essersi immediatamente e tempestivamente attivato per segnalare all'Università l'errore che stava commettendo nell'aggiudicazione della procedura;

- che la scelta di adire il procedimento di precontenzioso davanti all'ANAC era stata dettata dall'esigenza, anche nell'interesse dell'Università, di utilizzare una procedura stragiudiziale che potesse concludersi in tempi estremamente celeri (come effettivamente è stato) e di non gravare le parti di inutili costi legali;

- che il comportamento dell'Università non è stato corretto, visto che si è proceduto alla stipula del contratto senza scientemente considerare gli effetti pregiudizievoli che tale decisione era idonea a produrre nei confronti del r.t.p. < >.

Poiché l'Università non ha dato alcun riscontro alla richiesta di risarcimento dei danni, i ricorrenti si vedono costretti a proporre il presente ricorso giurisdizionale.

3. In punto di diritto, l'ing. < > e Bluengineering espongono quanto segue.

3.1. Con riferimento all'elemento oggettivo dell'illecito civile, nella specie l'aggiudicazione è illegittima per violazione dell'art. 48, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016. Infatti, all'interno del r.t.p. aggiudicatario l'arch. < >, che era stato invitato individualmente come operatore singolo, ha assunto il ruolo di mandante anziché quello di mandatario. Ciò è stato del resto confermato anche dall'ANAC con la citata delibera n. 569/2020.

L'art. 48, comma 11, del D.Lgs. 50/2016 dispone che *“in caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti”*.

3.1.1. Nella presente gara, pertanto, la partecipazione dell'arch. < > come mandante del r.t.p. composto dalla società Polo Progetti (mandataria) e dall'ing. < > (altra mandante) viola pacificamente l'art. 48, comma 11.

Ne consegue che il raggruppamento avrebbe dovuto essere escluso.

3.1.2. In sede di procedimento di precontenzioso di fronte all'ANAC, l'Università ha cercato di difendere il suo operato sostenendo che la procedura bandita consisterebbe in un affidamento diretto in virtù del riferimento operato nella *lex specialis* all'art. 36, comma 2, let. b), del D.Lgs. 50/2016. Di conseguenza, non troverebbe applicazione la limitazione di cui all'art. 48, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016, che riguarda unicamente le procedure ristrette o negoziate e il dialogo

Tale prospettazione è però errata, visto che:

- indipendentemente dalle semplificazioni che sono consentite dalla nuova formulazione dell'art. 36, comma 2, let. b), la procedura applicata nel caso di specie è, sul piano formale e sostanziale, una procedura negoziata. Sul piano formale, la lettera d'invito e gli atti di gara che l'Università ha redatto qualificano espressamente la procedura in esame come "procedura negoziata". Sul piano sostanziale, inoltre, la lettera d'invito e gli atti di gara stabiliscono modalità di svolgimento della procedura e criteri di aggiudicazione che identificano l'esistenza di una tipica procedura negoziata. In effetti, l'esame della *lex specialis* evidenzia che, al di là del formale richiamo all'art. 36, comma 2, let. b), l'Università ha indetto e svolto una procedura negoziata a tutti gli effetti, il che è del resto corretto, visto che per gli appalti sotto-soglia l'art. 36 non obbliga le stazioni appaltanti a bandire procedure semplificate, essendo sempre consentito utilizzare quelle ordinarie (aperte, ristrette o negoziate). Pertanto, ove un operatore fosse stato invitato individualmente, esso avrebbe potuto presentare l'offerta anche in costituendo r.t.p. con altri operatori, ma avrebbe dovuto assumere il ruolo di mandatario;

- il discorso non muta nemmeno se si ritenesse che nella specie sia stata bandita la procedura semplificata prevista dall'art. 36, comma 2. Questo per due ragioni. Da un lato, infatti, al di là della terminologia utilizzata, l'ipotesi contemplata all'art. 36, comma 2, let. b), rappresenta sempre e comunque una procedura negoziata con forme semplificate. È vero che l'art. 36, comma 2, let. b), parla di "affidamento diretto" previa acquisizione di un determinato numero di preventivi, ma il fatto stesso di dover acquisire una pluralità di offerte e di doverle confrontare tra loro senza una preventiva pubblicazione di un bando rappresenta sempre e comunque un confronto concorrenziale tra una pluralità di concorrenti e cioè una procedura negoziata. In altri termini, anche se l'art. 36, comma 2, let. b), consente lo svolgimento di un confronto concorrenziale in forme semplificate (che peraltro non sono state applicate

nel caso di specie), in ogni caso tale confronto è sempre l'espressione di una procedura negoziata. Dall'altro lato, se è vero che l'art. 48, comma 11, non fa espresso riferimento agli affidamenti diretti previa acquisizione di una pluralità di preventivi di cui all'art. 36, comma 2, let. b), è anche vero che, per le considerazioni appena espresse, questi stessi affidamenti diretti rappresentano una modalità particolare di procedura negoziata. Inoltre, *in parte qua* l'art. 48, comma 11, esprime un principio generale secondo cui, nelle procedure dove un operatore è invitato individualmente alla presentazione di un'offerta, egli può partecipare anche in r.t.i, ma deve sempre assumere il ruolo di mandatario e non quello di mandante.

Pertanto, anche volendo seguire il ragionamento formale dell'Università che esclude l'applicazione dell'art. 48, comma 11, agli affidamenti diretti di cui all'art. 36, comma 2, let. b), questo ragionamento appare in ogni caso sbagliato. Infatti, questi affidamenti diretti altro non sono che procedure negoziate semplificate e, comunque, l'art. 48, comma 11 si applica ogni qualvolta un operatore invitato individualmente voglia presentare un'offerta in r.t.p. con altri operatori.

3.1.3. Del resto, tali considerazioni sono state condivise anche dall'ANAC, la quale ha rilevato che:

- *“nel caso di specie, risulta che la stazione appaltante abbia impostato la propria procedura di gara come una negoziata, pur richiamando le previsioni dell'art. 36, comma 2, lettera b) d.lgs. 50/2016 e s.m.i. che invece descrive un affidamento diretto mediato da un confronto competitivo informale”;*
- *“la procedura bandita nel caso di specie, ancorché semplificata, mantiene quindi le regole della procedura negoziata, tant'è che negli atti di gara predisposti si fa riferimento alle tipiche modalità di svolgimento di una procedura negoziata”;*
- *“la previsione dell'art. 48, comma 11 d.lgs. 50/2016 e s.m.i. trovi applicazione anche al caso in esame in quanto espressione e garanzia di concorrenza e favor participationis per le piccole e medie imprese”.*

3.2. Quanto all'elemento soggettivo dell'illecito, il r.t.p. ricorrente evidenzia che nella specie la colpa in capo alla stazione appaltante è del tutto pacifica, anche perché, come è noto, in materia di appalti pubblici, in base ai principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria, è da escludere che il risarcimento dei danni sia subordinato al riconoscimento di una colpa, comprovata o presunta, nell'emanazione di atti illegittimi da parte della stazione appaltante, ovvero al difetto di una causa di esonero della responsabilità.

Nella specie il comportamento complessivo dell'Università si è comunque connotato per negligenza ed imperizia, visto che:

- il r.t.p. capeggiato dall'ing. < > aveva segnalato prontamente il vizio che affliggeva l'aggiudicazione, consentendo in tal modo alla stazione appaltante di correggere il proprio operato;
- nelle more dello svolgimento del procedimento precontenzioso l'Università ha deciso a suo rischio e pericolo di stipulare il contratto e di farlo eseguire integralmente, precludendosi in tal modo la possibilità, nel caso in cui ANAC si fosse espressa in senso favorevole al r.t.p. < >, di poter reintegrare in forma specifica l'interesse dello stesso r.t.p.

3.3. Anche il nesso di causalità è pacificamente sussistente, visto che alla gara hanno preso parte solo due r.t.p., per cui l'esclusione di quello capeggiato da Polo Progetti avrebbe automaticamente implicato l'aggiudicazione della gara in favore degli odierni ricorrenti.

3.4. I ricorrenti hanno altresì posto in essere, in modo tempestivo, le iniziative stragiudiziali propedeutiche alla liquidazione in loro favore del risarcimento dei danni.

3.5. Il danno risarcibile va quantificato in € 34.714,68 (oltre oneri previdenziali ed IVA) a favore dell'ing. < > e in € 27.353,32 (oltre oneri previdenziali ed IVA) a favore di Bluengineering, importi che sono commisurati al profitto che mandatario e mandante avrebbero ricavato dall'esecuzione del contratto.

3.5.1. Al riguardo i ricorrenti ricordano che per consolidata giurisprudenza il danno da mancata aggiudicazione va calcolato come segue:

- il mancato profitto deve essere determinato tenendo conto del corrispettivo che sarebbe stato pagato dalla stazione appaltante in ragione del ribasso offerto dal concorrente illegittimamente pretermesso;
- tale somma deve essere decurtata di tutte le spese necessarie per l'esecuzione dell'appalto. Nel caso in cui l'ammontare delle spese non sia ricavabile dall'offerta presentata in gara, l'amministrazione potrà valutare l'opportunità di acquisire dal concorrente i necessari dati, informazioni e chiarimenti, con conseguente sospensione del termine che sarà assegnato dal momento della richiesta fino a quello in cui tali elementi saranno resi disponibili;
- la somma così determinata deve essere maggiorata di rivalutazione monetaria secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'ISTAT, che attualizza il danno al momento della sua liquidazione monetaria e gli interessi fino alla data del soddisfo, nella misura del tasso legale.

3.5.2. Nella specie:

- il r.t.p. capeggiato dall'ing. < > ha offerto un ribasso del 25,20% sulla base d'asta di € 91.000,00 (oltre oneri previdenziali e IVA), per cui l'offerta economica era pari a € 68.068,00 (oltre oneri previdenziali ed IVA);
- l'ing. < >, che è il mandatario del r.t.p. e che nell'offerta aveva dichiarato di eseguire il 51% della prestazione, avrebbe dunque percepito € 34.714,68 (oltre oneri previdenziali ed IVA);
- Bluengineering, che aveva dichiarato di eseguire il restante 49% delle prestazioni contrattuali, avrebbe invece percepito € 33.353,32 (oltre oneri previdenziali ed IVA).

3.5.3. I ricorrenti aggiungono che, nel caso di specie, i suddetti importi rappresentano ed identificano anche il mancato profitto che l'ing. < > e Bluengineering hanno subito in conseguenza dell'illegittima mancata aggiudicazione. Infatti, le prestazioni contrattuali che essi avrebbero dovuto svolgere sono prestazione di progettazione e dunque di natura puramente

intellettuale e, come si evince anche dall'offerta tecnica, sarebbero state svolte in proprio dal medesimo ing. < > e da Bluengineering. Questo significa che mandataria e mandante non avrebbero dovuto sostenere costi specifici per l'esecuzione della prestazione, fatto salvo, per Bluengineering, il costo per le prestazioni di un collaboratore esterno (costo che, come emerge dal contratto di collaborazione allegato al ricorso, ammonta a 6.000,00 €). Pertanto, l'importo spettante alla mandante del r.t.p. a titolo di risarcimento del danno è pari 27.353,32 (oltre oneri previdenziali ed IVA).

3.6. In via subordinata i ricorrenti chiedono al Tribunale di stabilire i criteri in base ai quali l'Università Politecnica dovrà formulare la proposta risarcitoria.

3.7. Da ultimo, i ricorrenti evidenziano che il risarcimento del danno è un debito di valore, soggetto pertanto a rivalutazione, oltre all'applicazione degli interessi sul capitale via via rivalutato.

4. Si è costituita in giudizio l'Università Politecnica delle Marche, chiedendo in via principale il rigetto integrale della domanda risarcitoria e contestando comunque, in via subordinata, il *quantum* richiesto dai ricorrenti.

La causa è passata in decisione alla pubblica udienza del 26 maggio 2021.

5. Il ricorso è infondato e va dunque respinto, il che esonera il Collegio dall'onere di ordinare ai ricorrenti, ai sensi dell'art. 41, comma 2, ultimo periodo, c.p.a., l'integrazione del contraddittorio nei riguardi del r.t.p. capeggiato da Polo Progetti.

6. Il rigetto della domanda risarcitoria discende dalle seguenti considerazioni.

6.1. Allorquando il Codice dei contratti pubblici consente alla stazione appaltante di scegliere la procedura da utilizzare per la individuazione del contraente privato, si possono aprire i seguenti scenari patologici:

a) alla luce delle pertinenti disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016, l'amministrazione aggiudicatrice non poteva legittimamente utilizzare in quel determinato caso la procedura che ha invece ritenuto di applicare. In presenza di uno scenario di questo tipo la procedura di gara è illegittima e va dunque annullata;

b) pur essendo la procedura prescelta utilizzabile nel caso di specie, l'amministrazione aggiudicatrice l'ha di fatto "ibridata" applicando norme relative ad una o più delle altre procedure disciplinate dal Codice dei contratti. In questo caso, come si vedrà meglio *infra*, non esiste una soluzione univoca, dovendosi verificare caso per caso se le disposizioni che si assumono violate rivestono una valenza dirimente ai fini della qualificazione della procedura realmente utilizzata. E, fra l'altro, il problema si pone il più delle volte quando la stazione appaltante, "ibridando" la procedura, riduce il grado di trasparenza della gara e non quando, come nella specie, ai concorrenti, anche al fine di elevare il grado di trasparenza della competizione, vengono imposte formalità ulteriori rispetto a quelle previste per la specifica procedura bandita.

Questo è un aspetto dirimente, poiché non si può *ex post* ritenere illegittima una procedura di gara per il fatto che la stazione appaltante non ha applicato disposizioni del D.Lgs. n. 50/2016 che *ab initio* ed espressamente ha ritenuto (legittimamente) di non dover applicare.

E' vero che, tanto in ambito civilistico quanto in ambito pubblicistico, l'interprete è autorizzato a desumere la reale volontà della parte dal contesto complessivo dell'atto ed a prescindere dai *nomina iuris* utilizzati dal dichiarante o dai dichiaranti, ma, rimanendo al versante pubblicistico, questo vale solo se non esistono a monte delle norme che contemplano discipline specifiche a seconda della procedura che l'amministrazione intende utilizzare.

Nella specie non si è verificato il primo dei suddetti scenari patologici, tanto che i ricorrenti non sollevano alcuna censura al riguardo.

Si deve dunque passare ad esaminare la disciplina dell'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016, come incisivamente modificata dal D.L. n. 32/2019, convertito in L. n. 55/2019, verificando successivamente il rapporto che intercorre fra lo stesso art. 36 e il successivo l'art. 48, comma 11, del Codice dei contratti pubblici.

6.2. Ora, si può certamente sostenere (ed è stato autorevolmente sostenuto) che il legislatore del 2019 abbia utilizzato una tecnica redazionale che ha pochi

precedenti nella storia (si pensi, per tutte, al vero e proprio “guazzabuglio” legato al meccanismo di progressiva entrata in vigore della novella - let. gg) dell’art. 1 della L. n. 55/2019), ma con specifico riguardo alla novella dell’art. 36 tale giudizio riferito alla tecnica redazionale è immeritato, visto che:

- la norma, alle lett. a) e b), distingue due tipi di affidamenti diretto, l’uno che potrebbe essere definito “puro” (nel quale la stazione appaltante è abilitata a scegliere direttamente l’appaltatore) e l’altro che potrebbe essere definito “temperato” (nel senso che deve essere preceduto da un confronto informale, che per i servizi e le forniture deve coinvolgere almeno cinque potenziali concorrenti, ai quali vengono richiesti preventivi). Quello che rileva, però, è il fatto che tanto alla let. a) quanto alla let. b), il legislatore parla sempre di “affidamento diretto” e mai come in questo caso vale il detto “le parole sono pietre” (visto che ogni disposizione del Codice dei contratti pubblici è foriera di contenzioso e va dunque letta ed interpretata in modo tendenzialmente rigoroso). Infatti, la procedura negoziata di cui si parla nelle successive let. c) e c-*bis*) dell’art. 36 è quella di cui all’art. 63. Fra l’altro, il fatto che nell’ambito della stessa norma si parli in un caso di “affidamento diretto” e nell’altro caso di “procedura negoziata” non può non implicare che il legislatore fosse ben consapevole di riferirsi a due istituti diversi;

- a conferma di quanto detto al precedente alinea, si osserva che, nella versione previgente alla novella del 2019, l’art. 36, let. a), prevedeva i casi in cui era possibile procedere con l’affidamento diretto, mentre alle lett. b) e c) prevedeva due diverse fattispecie in cui era possibile utilizzare la procedura negoziata. A seguito della novella la prima di tali due fattispecie è stata ricondotta alla nozione di affidamento diretto (“temperato”, come si è detto);

- alle procedure sotto soglia, ai sensi dell’art. 36, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 si applicano solo gli artt. 30, comma 1, 34 e 42 (nonché, come meglio si dirà *infra*, le disposizioni, ancorché non richiamate in tali norme, che costituiscono il precipitato diretto della normativa comunitaria).

In realtà, come è noto, il legislatore del 2019, pur muovendo dalla dichiarata volontà di semplificare le procedure di affidamento degli appalti di valore minimo, è stato troppo timido e non ha avuto dunque il coraggio di stabilire un'unica soglia - differenziata ovviamente per lavori e servizi e forniture - sotto la quale è possibile procedere con gli affidamenti diretti, scegliendo invece di prevedere al riguardo due sub-soglie e una distinta procedura per ciascuna soglia. Tali procedure, al netto dei *nomina* utilizzati e dell'obbligo di pubblicazione degli esiti della procedure sub b), sono in sostanza identiche, con la sola differenza che per appalti di importo inferiore a 40.000,00 € si può prescindere dall'acquisizione di almeno due preventivi.

6.3. A fronte di tale chiarissimo dettato normativo, non si può condividere il ragionamento attraverso cui l'ANAC ha ritenuto che nella specie l'Università avesse bandito una procedura negoziata.

Come si è visto al precedente § 3.1.3., tre sono i profili valorizzati al riguardo dall'Autorità:

- a) il fatto che nell'avviso di gara si parli di "procedura negoziata";
- b) la circostanza per cui la gara è stata nella sostanza strutturata come una procedura comparativa;
- c) l'art. 48, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. trova applicazione anche al caso in esame "*...in quanto espressione e garanzia di concorrenza e favor participationis per le piccole e medie imprese...*".

Nessuno di questi tre argomenti è persuasivo.

6.3.1. Quello *sub a)* non lo è sia in ragione di quanto detto al precedente § 6.2., sia perché la stessa ANAC riconosce che l'Università, pur parlando di procedura negoziata, ha fatto espresso riferimento all'art. 36, comma 2, let. b), *ergo* aveva ben chiaro quale tipo di procedura stesse indicando (e al riguardo non si può non considerare l'affidamento maturato legittimamente dai concorrenti circa il fatto che, trattandosi di affidamento diretto, non si applicava la limitazione di cui all'art. 48, comma 11).

6.3.2. L'argomento sub b), che pure possiede un certo pregio giuridico, non è però utilmente richiamabile nella specie.

Infatti, come si è visto in precedenza, la circostanza per cui la stazione appaltante, pur bandendo una procedura semplificata, abbia introdotto elementi procedurali tipici delle gare formali, non determina *ex se* l'applicazione integrale delle regole previste per la procedura aperta, per la procedura ristretta o per la procedura negoziata vera e propria, fatte salve quelle che esprimono valori di fondo che permeano di sé l'ordinamento di settore.

Questo è tanto vero che la giurisprudenza ha avuto modo di affermare ad esempio che, laddove l'amministrazione intenda far precedere un affidamento diretto dall'acquisizione di preventivi da parte di più operatori e dalla loro valutazione, i preventivi possono essere inviati anche a mezzo di posta elettronica certificata, non sussistendo le medesime ragioni di tutela della segretezza delle offerte che connotano invece le gare formali (in tale senso, TAR Sardegna, n. 101/2020).

In realtà, laddove l'amministrazione introduce adempimenti ulteriori rispetto a quelli previsti per la procedura prescelta, non si applica di necessità l'intero compendio di norme dedicate alla procedura "superiore", ma solo quelle selettivamente richiamate, salvo che - ma questo renderebbe il più delle volte illegittima l'intera procedura - il "ritaglio" non sia, anche surretiziamente, finalizzato ad eludere determinate norme o principi che informano di sé l'intera procedura (si pensi, ad esempio, ad una gara organizzata in modo tale da eludere l'obbligo di pubblicazione del bando). Ma al riguardo occorre ovviamente che i concorrenti indebitamente pretermessi deducano specifici motivi di ricorso in cui siano indicati i concreti elementi da cui si possa desumere lo sviamento di potere (cosa che nella specie non è avvenuta, né nel procedimento di precontenzioso né in questa sede).

6.3.3. Il profilo sub c) è invece quello centrale e merita dunque un approfondimento.

In premessa va osservato che, mentre è senz'altro da condividere l'assunto dell'ANAC secondo cui le disposizioni sui raggruppamenti temporanei si applicano anche alla procedura per cui è causa (e ciò in quanto, come detto, il principio per cui un operatore economico può sempre decidere di partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica associandosi ad altri operatori è un principio fondamentale del settore), non altrettanto può dirsi con riguardo alla ragione posta a base dell'assunto. Non è infatti vero, come si chiarirà subito appresso, che l'art. 48, comma 11, del D.Lgs. n. 50/2016 è “...*espressione e garanzia di concorrenza e favor participationis per le piccole e medie imprese...*” e, comunque, il richiamo a tali principi va limitato solo alla parte della norma che prevede la partecipazione in r.t.i. e non anche alla parte in cui è imposto al concorrente invitato individualmente dalla stazione appaltante e che ritenga di partecipare in forma associata l'onere di assumere la veste di capogruppo mandatario

Ciò detto, e venendo *in medias res*, l'art. 48, comma 11, del Codice fa riferimento a “...*procedure ristrette o negoziate...*”, le quali, ai sensi dell'art. 36, lett. a), b), c), c-bis), dell'art. 61 e dell'art. 63, sono cosa diversa dall'affidamento diretto. Si potrebbe sostenere allora, rifacendosi proprio al criterio teleologico, che in realtà il valore giuridico presidiato dall'art. 48, comma 11 (nella parte in cui impone al concorrente invitato individualmente di assumere la veste di mandatario laddove intenda partecipare in r.t.p.) - consistente nella esigenza di assicurare che il candidato prescelto dall'amministrazione (e del quale è stato dunque accertato *ex ante* il possesso di una capacità tecnico-finanziaria adeguata all'oggetto e all'importo dell'appalto) risponda in prima persona della corretta esecuzione del contratto e che, per tale ragione, egli debba assumere necessariamente il ruolo di capogruppo mandatario del costituendo r.t.i. - venga in rilievo anche nel caso di affidamento diretto “temperato” *ex art.* 36, comma 2, let. b).

A tale rilievo è agevole replicare che:

- la stessa ANAC e gli stessi odierni ricorrenti nulla avrebbero potuto obiettare se l'Università resistente avesse proceduto con un affidamento diretto "puro", ai sensi dell'art. 36, comma 2, let. a), e questo nemmeno se l'affidamento fosse stato preceduto dalla consultazione informale di più potenziali contraenti (consultazione che è permessa dalla norma);
- ma anche (e anzi *a fortiori*) nel caso di un affidamento diretto "puro" esiste l'esigenza di garantire che l'appaltatore individuato *intuitu personae* risponda della corretta esecuzione del contratto;
- eppure in questo caso, non essendo vietato costituire un'a.t.i. (visto che l'associazione temporanea è un istituto di derivazione comunitaria applicabile ad ogni procedura, sia pure con i limiti che di volta in volta il legislatore nazionale è abilitato ad introdurre), l'operatore individuato in via diretta dalla stazione appaltante potrebbe legittimamente assumere la veste di mandante dell'associazione temporanea, visto che il divieto di cui al comma 11 dell'art. 48 non opererebbe.

Sul punto, e riprendendo quanto accennato in precedenza, va aggiunto che:

- l'art. 48, comma 11, è per un verso una disposizione in contrasto con il divieto di *goldplating*, visto che essa ribadisce una regola che è già *in nuce* nell'ordinamento di settore (ossia la regola per la quale gli operatori economici sono legittimati a partecipare in a.t.i. alle procedure ad evidenza pubblica, fatti salvi i limiti specifici legittimamente introdotti dal legislatore nazionale);
- l'obbligo posto a carico dell'operatore economico invitato individualmente ad una procedura negoziata di assumere la veste di capogruppo mandataria dell'a.t.i. è una limitazione legittima dal punto di vista comunitario, ma non può che operare nei ristretti limiti voluti dal legislatore nazionale. D'altro canto, se avesse voluto esprimere il concetto valorizzato dall'ANAC il legislatore avrebbe dovuto formulare la norma nei seguenti (o in analoghi) termini "...ogni qualvolta un operatore economico sia invitato individualmente ad una procedura di gara, egli ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti...".

Ma, d'altro canto, e con specifico riguardo al caso di specie, non si vede quale particolare difficoltà avrebbe avuto l'Università - se davvero avesse voluto bandire una procedura negoziata vera e propria - a prevedere nella *lex specialis* l'obbligo di cui sopra a carico dei professionisti invitati individualmente e nemmeno quale problema avrebbe avuto l'arch. < > ad assumere formalmente la veste di mandatario del r.t.p. Infatti, nel caso di specie non viene in rilievo alcuna questione di insufficienza in capo al predetto professionista dei requisiti tecnici richiesti per l'esecuzione del contratto (anche perché nulla sul punto è emerso, né nel procedimento di precontenzioso né nel presente giudizio).

Ne consegue che, sotto questo profilo, il r.t.p. capeggiato dall'ing. < > ha dato vita ad una vera e propria "caccia all'errore", visto che non è stato né allegato né tantomeno provato sotto quale profilo la circostanza per cui l'arch. < > abbia assunto la veste di mandante del r.t.p. con Polo Progetti e l'ing. < > - anziché di mandatario - abbia leso la *par condicio* fra i concorrenti, alterando gli esiti della gara.

Al riguardo va ricordato che sono rilevanti ai fini dell'annullamento di una procedura ad evidenza pubblica solo le violazioni di norme di legge o della *lex specialis* o di principi fondamentali che abbiano leso o si possa fondatamente supporre che abbiano leso uno o più dei valori fondanti del settore degli appalti pubblici (senza pretesa di completezza, si possono citare il principio di segretezza delle offerte; il divieto di discriminazione fra i concorrenti, dovuta ad esempio alla previsione di requisiti di partecipazione sovrabbondanti rispetto all'oggetto dell'appalto; l'interesse della stazione appaltante di poter verificare ex ante la capacità tecnico-finanziaria dei concorrenti; e così via).

6.4. Nella specie, come si è detto più volte, per un verso l'Università ha bandito una procedura rispetto alla quale, per espressa previsione di legge, non trovava applicazione la limitazione invocata dai ricorrenti, per altro verso non è stato provato sotto quale profilo, ed a prescindere dal formale ossequio

alla norma, l'operato della stazione appaltante abbia leso uno o più dei principi generali che presidiano il settore.

7. La domanda risarcitoria va dunque respinta, essendo risultata legittima l'aggiudicazione della presente gara.

Ciò esonera il Collegio dall'esame:

- delle ragioni esposte dall'Avvocatura erariale a giustificazione dell'operato dell'Università;
- delle problematiche, sollevate sempre dall'Avvocatura dello Stato, relative alla mancata impugnazione dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale;
- delle questioni relative alla quantificazione del danno di cui si chiede il ristoro.

Le spese del giudizio si possono però compensare, visto che il presente ricorso è stato indotto dal pronunciamento dell'ANAC.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2021 con l'intervento dei sottoindicati magistrati (collegati da remoto):

Sergio Conti, Presidente

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

Simona De Mattia, Consigliere

L'ESTENSORE
Tommaso Capitano

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO