

N. 01475/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00302/2023 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 302 del 2023, integrato da motivi aggiunti,
proposto da

- Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore,
rappresentata e difesa dagli Avv.ti Filippo Martinez e Davide Moscuza ed
elettivamente domiciliata presso lo studio degli stessi in Milano, Corso di Porta
Vittoria n. 28;

contro

- il Comune di Sondrio, in persona del legale rappresentante pro-tempore,
rappresentato e difeso dagli Avv.ti Angelo Ravizzoli e Rossana Colombo ed
elettivamente domiciliato presso lo studio degli stessi in Milano, Piazza Grandi n. 4;
- l'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC, in persona del legale rappresentante
pro-tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello
Stato e domiciliata presso la sede della stessa in Milano, Via Freguglia n. 1;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della determinazione dirigenziale n. 203 del 16 febbraio 2023, comunicata alla ricorrente in pari data, con la quale il Comune di Sondrio ha annullato la determinazione dirigenziale n. 1379 del 7 dicembre 2022 di affidamento in favore di Dussmann del rinnovo della concessione del servizio di refezione scolastica per il periodo 10 dicembre 2022/fine A.S. 2024/2025, in conformità al parere motivato reso dall'ANAC con delibera n. 27 del 25 gennaio 2023;
- della delibera ANAC n. 27 del 25 gennaio 2023, recante parere motivato ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter, del D. Lgs. n. 50 del 2016 sulla procedura di affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica per il periodo 10 dicembre 2022/fine A.S. 2024/2025 (CIG 95130755D5) da parte del Comune di Sondrio;
- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, preparatorio, connesso e/o consequenziale, ancorché ignoto, quale espressione della volontà del Comune di Sondrio di bandire una nuova gara per l'affidamento pluriennale del servizio di ristorazione scolastica, compresa la richiesta del 30 gennaio 2023 di trasmissione dei dati relativi al personale attualmente impiegato dalla ricorrente nell'esecuzione del servizio;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

- della determinazione dirigenziale del Comune di Sondrio n. 394 del 31 marzo 2023 di indizione della procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica per il periodo A.S. 2023/2024/A.S. 2028/2029 (CIG 9752145CA1) e di approvazione dei documenti di gara, integrati con determinazione n. 410 dello stesso 31 marzo 2023;

- del bando della procedura aperta bandita dal Comune di Sondrio per l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica per il periodo A.S. 2023/2024/A.S. 2028/2029 (CIG 9752145CA1);
- di tutti gli altri documenti di gara pubblicati sul sito della Stazione appaltante.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sondrio e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione;

Vista l'ordinanza n. 443/2023 con cui è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati con i ricorsi indicati in epigrafe e confermata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 31 maggio 2023, i difensori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso introduttivo notificato il 24 febbraio 2023 e depositato in pari data, la società ricorrente ha impugnato la determinazione dirigenziale n. 203 del 16 febbraio 2023, con la quale il Comune di Sondrio ha annullato la determinazione dirigenziale n. 1379 del 7 dicembre 2022 di affidamento in favore di essa ricorrente del rinnovo della concessione del servizio di refezione scolastica per il periodo 10 dicembre 2022/fine A.S. 2024/2025, in conformità al parere motivato reso

dall'ANAC con delibera n. 27 del 25 gennaio 2023, unitamente alla predetta presupposta delibera ANAC n. 27 del 25 gennaio 2023, recante parere motivato ai sensi dell'art. 211, comma 1-ter, del D. Lgs. n. 50 del 2016 sulla procedura di affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica per il periodo 10 dicembre 2022/fine A.S. 2024/2025 (CIG 95130755D5) da parte del Comune di Sondrio.

Nel 2014 il Comune di Sondrio ha indetto una procedura aperta, con un importo complessivo a base d'asta pari a € 4.588.982,40 oltre I.V.A., per l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica di durata sessennale per il periodo A.S. 2014/2015 – A.S. 2019/2020. Nella lex specialis è stato espressamente previsto che potesse darsi corso alla ripetizione di servizi analoghi per l'ulteriore periodo massimo di tre anni (*“il Comune di Sondrio si riserva di affidare, ai sensi dell'art. 57, comma 5, lettera b), d.lgs. 163/2006, tramite procedura negoziata diretta un servizio analogo o comunque conforme al progetto di base di cui al capitolato al medesimo aggiudicatario, per un ulteriore periodo massimo di tre anni scolastici”*: art. 6.2 del Bando e art. 4.2 del Capitolato). Dussmann si è aggiudicata la gara, come da determinazione dirigenziale n. 562 del 10 luglio 2014; tuttavia il contratto di appalto è stato sottoscritto soltanto in data 3 marzo 2017, ossia all'esito del contenzioso avviato dalla concorrente classificatasi al secondo posto, conclusosi favorevolmente per Dussmann. Quindi, considerata la durata del contratto (sei anni scolastici), lo stesso ha iniziato la propria decorrenza il 1° maggio 2016 e ha avuto termine il 30 aprile 2022 (scadenza poi prorogata al 9 dicembre 2022 a causa dell'emergenza pandemica). In prossimità della scadenza del contratto, con nota del 30 novembre 2022 il Comune di Sondrio ha segnalato a Dussmann di voler esercitare l'opzione della ripetizione del servizio per il triennio successivo, a partire dal 10 dicembre 2022 fino al termine dell'A.S. 2024/2025. Avendo Dussmann

riscontrato positivamente tale richiesta, con determinazione dirigenziale n. 1319 del 7 dicembre 2022 il Comune di Sondrio ha disposto l'affidamento del servizio in suo favore per il periodo sopra indicato. Tuttavia, il Comune, in data 28 dicembre 2022, ha segnalato alla ricorrente di aver ricevuto una richiesta istruttoria da parte dell'ANAC, attraverso la quale è stata chiesta una relazione *“sulla procedura in oggetto motivando, in particolare, sulle ragioni per cui, con determina n. 28 del 7.12.2022, sia stata disposta la ripetizione di servizi analoghi in favore del medesimo operatore economico decorsi oltre 3 anni dalla sottoscrizione del precedente contratto, in violazione dell'art. 63, comma 5, d.lgs. 50/2016, già art. 57, comma 5, lettera b, d.lgs. 163/2006”*. All'esito dell'istruttoria, ovvero in data 25 gennaio 2023, l'ANAC ha adottato la delibera n. 27 con cui è stata segnalata l'illegittimità dell'operato del Comune, il quale è stato conseguentemente invitato ad annullare la determinazione dirigenziale n. 1319 del 7 dicembre 2022 di riaffidamento della concessione in favore della ricorrente Dussmann. In data 16 febbraio 2023 il Comune di Sondrio ha adottato la determinazione dirigenziale n. 203 di annullamento d'ufficio della precedente determinazione n. 1379 del 7 dicembre 2022, conformandosi in tal modo alla delibera dell'ANAC. In pari data il Comune ha affidato il servizio di refezione scolastica a Dussmann sino al 31 marzo 2023, nelle more dell'espletamento della nuova procedura.

Assumendo l'illegittimità dei provvedimenti con cui è stato revocato il rinnovo dell'affidamento del servizio di refezione scolastica, la ricorrente ne ha chiesto l'annullamento per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57, comma 5, lett. b, del D. Lgs. n. 163 del 2006, per violazione dell'art. 30, comma 1, del D. Lgs. n. 163 del 2006 sulle norme applicabili alle concessioni di servizi e dell'art. 30, comma 3, del D. Lgs. n. 163 del 2006 sui principi che regolano l'affidamento delle concessioni,

per eccesso di potere per difetto di istruttoria e per violazione della libertà di iniziativa economica privata.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Sondrio e l'Autorità Nazionale Anticorruzione, che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

2. Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 19 aprile 2023 e depositato in pari data, la ricorrente ha altresì impugnato la determinazione dirigenziale del Comune di Sondrio n. 394 del 31 marzo 2023 di indizione della procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica per il periodo A.S. 2023/2024/A.S. 2028/2029 (CIG 9752145CA1) e di approvazione dei documenti di gara, integrati con determinazione n. 410 dello stesso 31 marzo 2023.

Avverso i predetti atti sono state reiterate le medesime censure già rivolte avverso gli atti impugnati attraverso il ricorso introduttivo, stante la consequenzialità dei primi rispetto a questi ultimi.

3. Con l'ordinanza n. 443/2023 è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati sia con il ricorso introduttivo che con il ricorso per motivi aggiunti ed è stata confermata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia.

In prossimità dell'udienza di merito, i difensori delle parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive posizioni; la difesa del Comune ha altresì eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, stante l'esclusiva proposizione di doglianze in via di illegittimità derivata rispetto a quelle contenute nel ricorso introduttivo, non accompagnate da autonome censure avverso gli atti di indizione della gara, ancora non aggiudicata e a cui la parte ricorrente non ha preso parte.

Alla pubblica udienza del 31 maggio 2023, il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto in decisione la controversia.

DIRITTO

1. Il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti proposti da Dussmann, da trattare contestualmente in ragione dell'identica doglianza contenuta negli stessi, sono infondati; ciò consente di prescindere dall'eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti formulata dalla difesa del Comune di Sondrio.

2. Con l'unico, identico motivo dei due ricorsi si assume l'inapplicabilità a una concessione di servizi disciplinata dall'art. 30 del D. Lgs. n. 163 del 2006 delle ulteriori disposizioni del Codice dei contratti pubblici, se non nei limiti in cui le stesse siano diretta espressione "*dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità*", menzionati nel comma 3 dello stesso art. 30; quindi le prescrizioni di cui all'art. 57, comma 5, lett. b, del medesimo Decreto n. 163 del 2006, pur a fronte di un espresso richiamo nella *lex specialis*, potrebbero essere applicate alle concessioni di servizi soltanto entro il richiamato perimetro e nei limiti di compatibilità con lo specifico contratto affidato, difformemente da quanto stabilito nel parere dell'ANAC del 25 gennaio 2023 e poi recepito nella determinazione del Comune di Sondrio di annullamento dell'affidamento della concessione del servizio di refezione scolastica per il periodo 10 dicembre 2022/fine A.S. 2024/2025.

2.1. La censura è infondata.

Deve premettersi che non è contestato tra le parti di causa che la disciplina applicabile alla fattispecie oggetto di giudizio sia quella recata dal D. Lgs. n. 163 del 2006, poiché l'affidamento di cui si discute è avvenuto nel vigore di tale normativa, essendo stata avviata la correlata procedura nel 2014 ed essendo stato aggiudicato

l'appalto con determinazione dirigenziale del Comune di Sondrio n. 562 del 10 luglio 2014; altrettanto incontestata è la circostanza che si è al cospetto di una concessione di servizi (di refezione scolastica) disciplinata dall'art. 30 del citato D. Lgs. n. 163 del 2006.

Il Comune di Sondrio, con determina del 7 dicembre 2022, n. 28, aveva deciso di procedere per un ulteriore triennio (per il periodo 10 dicembre 2022/fine A.S. 2024/2025) a un nuovo affidamento, in favore della ricorrente Dussmann, della concessione del servizio di refezione scolastica, in applicazione della espressa previsione della lex specialis, secondo la quale *“il Comune di Sondrio si riserva di affidare, ai sensi dell'art. 57, comma 5, lettera b), d.lgs. 163/2006, tramite procedura negoziata diretta un servizio analogo o comunque conforme al progetto di base di cui al capitolato al medesimo aggiudicatario, per un ulteriore periodo massimo di tre anni scolastici (ossia fino al 31 luglio 2023)”* (art. 6.2 del Bando; cfr. altresì art. 4.2 del Capitolato). Tuttavia l'ANAC, in sede di parere precontenzioso, ha rilevato che, essendosi autovincolata la Stazione appaltante al rispetto di tutte le prescrizioni normative contenute nel D. Lgs. n. 163 del 2006 e, in particolare, di quella riguardante la ripetizione di servizi analoghi ai sensi dell'art. 57, comma 5, lett. b, *“pur trattandosi di contratto escluso dall'ambito di applicazione del codice, il vincolo, autoimposto dalla stazione appaltante alla ripetizione dei servizi analoghi nel rispetto dell'art. 57, comma 5, lett. b) d.lgs. 163/2006, avrebbe dovuto indurre la stessa a conformarsi in toto a detta disciplina, tenendo conto del termine triennale entro il quale è possibile fare ricorso alla procedura in questione”*.

2.2. La parte ricorrente contesta, in primo luogo, l'applicabilità nella fattispecie oggetto di scrutinio dell'art. 57, comma 5, lett. b, del D. Lgs. n. 163 del 2006, essendo quest'ultima una disposizione che non si riferisce alle concessioni di servizi, stante la previsione derogatoria di cui al precedente art. 30.

Tuttavia essendo stato recepito un tale riferimento normativo nella lex specialis della procedura, deve farsi applicazione del principio secondo il quale allorché
“l’Amministrazione, nell’esercizio del proprio potere discrezionale decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all’osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell’autovincolo determina l’illegittimità delle successive determinazioni (Cons. St., sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502). L’autovincolo, com’è noto, costituisce un limite al successivo esercizio della discrezionalità, che l’amministrazione pone a se medesima in forza di una determinazione frutto dello stesso potere che si appresta ad esercitare, e che si traduce nell’individuazione anticipata di criteri e modalità, in guisa da evitare che la complessità e rilevanza degli interessi possa, in fase decisionale, complice l’ampia e impregiudicata discrezionalità, favorire in executivis l’utilizzo di criteri decisionali non imparziali. La garanzia dell’autovincolo, nelle procedure concorsuali, è fondamentalmente finalizzata alla par condicio ...” (Consiglio di Stato, III, 15 febbraio 2022, n. 1120; anche Consiglio di Stato, VI, 2 marzo 2021, n. 1788; sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1322; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 27 febbraio 2023, n. 494; ANAC, delibera 15 marzo 2023, n. 100).

Tale conclusione trova conforto nella giurisprudenza dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, secondo la quale *“legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina incompatibile [richiede] una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l’esclusione dell’impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento. In relazione a queste ultime statuizioni, si osserva che trattasi di conseguenze discendenti dall’applicazione di consolidati principi (espressi da questa Adunanza e che si confermano in toto, cfr. Cons. St., Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14; 24 maggio 2011, n. 9; 27 gennaio 2003, n. 1; 4 dicembre 1998, n. 1/ord.), secondo cui il bando: I) è un*

atto amministrativo generale, d'indole imperativa, recante il compendio delle regole (ed in particolare quelle afferenti alle cause di esclusione), cui devono attenersi sia i concorrenti che l'Amministrazione; II) è costitutivo di effetti eventualmente anche derogatori rispetto alla disciplina introdotta dalle fonti di rango primario o regolamentare e come tale non disapplicabile da parte dell'Amministrazione e del giudice amministrativo, potendo essere oggetto solo di specifica impugnativa; III) deve essere interpretato secondo il criterio formale (testuale ed oggettivo), con esclusione di letture ermeneutiche in chiave soggettiva ed integrativa, e con l'applicazione automatica e vincolata dell'esclusione laddove previsto dalla normativa di gara' (Consiglio di Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9; anche V, 1° dicembre 2014 n. 5915)

Ne discende che l'autolimita che si è dato il Comune di Sondrio non avrebbe potuto essere derogato in sede applicativa.

2.3. La parte ricorrente sostiene, poi, che l'art. 57, comma 5, lett. b, del D. Lgs. n. 163 del 2006, opererebbe nella fattispecie de qua soltanto ed esclusivamente nei limiti in cui lo stesso risulta diretta espressione "*dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità*", richiamati nell'art. 30, comma 3, e inoltre nei limiti di compatibilità con lo specifico contratto affidato.

In realtà, con riguardo a tali rilievi, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha specificato che, sebbene la regola generale, ricavabile dall'art. 30, comma 1, del D. Lgs. n. 163 del 2006, sia nel senso che alle concessioni di servizio pubblico non si applicano le disposizioni specifiche del codice dei contratti pubblici, deve altresì tenersi "*conto del fatto che in linea teorica tutte le norme di dettaglio del codice costituiscono una derivazione, più o meno diretta, di principi (o più semplicemente di esigenze) generali*" e che "*in senso proprio costituiscono principi generali applicabili alle concessioni di servizio, non solo i c.d. super principi o valori di sistema, di solito espressamente indicati nelle parti iniziali dei codici di*

settore (nella specie art. 2 codice dei contratti pubblici), ma anche quelli che si traggono da talune specifiche norme” (Consiglio di Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7).

Quindi la regola contenuta nell’art. 57, comma 5, lett. b, del D. Lgs. n. 163 del 2006, che pone dei rigorosi limiti alla possibilità di procedere a ripetizione, rinnovo o proroga, senza l’effettuazione di alcun confronto concorrenziale, di un affidamento in favore dello stesso operatore, risulta espressione del principio generale che richiede, in tutti i settori in cui l’Amministrazione si pone alla ricerca di un contraente, lo svolgimento di un confronto competitivo, che *«oltre ad essere imposto dal diritto dell’Unione, risulta coerente con l’evoluzione della normativa interna sull’evidenza pubblica, che individua in tale metodo non solo lo strumento più efficace per la scelta del miglior “contraente” (in tal caso, concessionario), cioè del miglior interlocutore della pubblica amministrazione, ma anche come mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere all’accesso»* (Consiglio di Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17; anche, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 2 marzo 2023, n. 538; IV, 26 ottobre 2022, n. 2344). Nessuna incompatibilità ontologica sussiste, dunque, tra i principi generali applicabili alle concessioni di servizi e il divieto di prolungare l’affidamento oltre un certo lasso temporale (ovvero oltre il triennio successivo alla stipulazione del contratto iniziale), anzi rispondendo tale ultima limitazione a una esigenza comune al settore dei contratti pubblici, direttamente legata alla tutela della concorrenza e della par condicio tra gli operatori del mercato.

2.4. A giudizio della ricorrente, inoltre, sarebbe stata sufficiente a legittimare la riassegnazione del servizio in capo a essa, originaria aggiudicataria, l’espressa previsione di tale *“rinnovo”* nella lex specialis, accompagnata dall’indicazione dell’importo complessivo del contratto, comprensivo anche del costo riguardante la

fase relativa alla successiva procedura negoziata, con ciò garantendosi il pieno rispetto sia dei principi di trasparenza che di adeguata pubblicità.

Tale prospettazione non può essere condivisa, poiché la *lex specialis* deve essere applicata nella sua interezza, non potendosene ammettere interpretazioni parzialmente abroganti, che si porrebbero in contrasto con le scelte effettuate dall'Amministrazione in sede di predisposizione della regolamentazione di gara, lasciando così all'interprete, o al soggetto di volta in volta interessato, l'individuazione della parte della disciplina da tenere in vita rispetto invece a quella da disapplicare, con violazione dei principi di par condicio e di stretta interpretazione delle clausole della *lex specialis*.

Oltretutto la clausola impeditiva del rinnovo (o ripetizione) dell'affidamento oltre il limite triennale non può essere ritenuta priva di effetti, diversamente ponendosi in essere una violazione del principio della c.d. interpretazione conservativa che, in ossequio al principio di conservazione degli atti giuridici, nel dubbio, impone di seguire l'interpretazione che consente di mantenere gli effetti di una previsione anziché quella che ne determini la privazione (Consiglio di Stato, III, 4 agosto 2021, n. 5744; V, 27 dicembre 2019, n. 8820; VI, 23 dicembre 2019, n. 8695; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 11 maggio 2023, n. 1109; IV, 27 febbraio 2023, n. 494; II, 10 marzo 2022, n. 573).

Peraltro, a fronte di una prescrizione che trova il proprio riferimento in una disposizione di rango legislativo, ossia l'art. 57, comma 5, lett. b, del D. Lgs. n. 163 del 2006, neppure è possibile per l'Amministrazione procedere a interpretazioni adeguatrici o di buon senso, in quanto verrebbero violati i principi di certezza del diritto, di par condicio competitorum e di concorrenza, che presidiano

inderogabilmente la materia degli appalti pubblici (cfr., T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 14 novembre 2022, n. 2518).

Del resto, deve essere garantito anche il rispetto del principio del favor participationis che connota le procedure concorsuali e impedisce limitazioni artificiose alla concorrenza, considerato che, laddove non ci si trovi al cospetto di clausole di portata chiara e inequivoca, si deve sempre procedere a una interpretazione che favorisca la massima partecipazione alle gare pubbliche a tutela del principio di concorrenza (cfr. Consiglio di Stato, III, 13 dicembre 2021, n. 8315; 7 agosto 2020, n. 4977; V, 24 gennaio 2020, n. 607; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 24 maggio 2021, n. 1269; 11 maggio 2021, n. 1171; T.A.R. Veneto, III, 5 maggio 2021, n. 602; T.A.R. Lazio, Roma, I bis, 4 gennaio 2021, n. 12). Più nello specifico, non può essere disposto il “*rinnovo*” di un servizio in favore di un operatore in base a una disposizione di non univoca interpretazione, visto che, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis, di cui una avente quale effetto di precludere l’effettuazione di un confronto competitivo e l’altra invece di realizzarlo, non può legittimamente aderirsi all’opzione che renderebbe recessivo l’esperimento di una procedura concorsuale (cfr. per il principio, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 28 marzo 2023, n. 770; IV, 27 maggio 2022, n. 1227; II, 24 maggio 2021, n. 1269).

2.5. Nemmeno assume rilievo determinante la circostanza che non ci si trovi più in fase di gara, ma in quella di esecuzione contrattuale, rispetto alla quale, secondo la ricorrente, risulterebbero estranee le finalità di tutela della par condicio e della concorrenza e dove le questioni correlate alla durata del rapporto sarebbero di esclusivo interesse delle parti coinvolte, ossia dell’Amministrazione e dell’operatore beneficiario del prolungamento del contratto.

Come già rilevato in precedenza, l'Amministrazione è tenuta all'osservanza delle prescrizioni cui si è autovincolata, con la conseguenza che ne è impedita la successiva disapplicazione e la cui violazione determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Consiglio di Stato, III, 15 febbraio 2022, n. 1120; T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 10 ottobre 2022, n. 2218). Quindi, anche nella fase di esecuzione del contratto, devono essere rispettate le regole stabilite in sede di *lex specialis*, le quali sono di generale applicazione e hanno effetti *erga omnes*: siffatto autovincolo è finalizzato a tutelare anche i soggetti estranei al rapporto contrattuale in essere, visto che lo stesso è posto a presidio dei principi di concorrenza e par condicio non solo dei partecipanti alla gara, ma anche di coloro che, confidando nella stabilità delle relative previsioni, hanno ritenuto opportuno non prendere parte alla procedura (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 6 febbraio 2023, n. 311; altresì, T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, II, 21 ottobre 2022, n. 816). Sul punto la giurisprudenza ha sottolineato come non rilevi *“che la fase esecutiva del rapporto negoziale sia tendenzialmente disciplinata da disposizioni privatistiche, poiché anche e, si direbbe, soprattutto questa fase rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che anzi trova la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di realizzazione dell'opera o del servizio. (...) Esiste, in altri termini, una rilevanza pubblicistica (anche) della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla compresenza di fondamentali interessi pubblici, che comporta una disciplina autonoma e parallela rispetto alle disposizioni del codice civile – applicabili «per quanto non espressamente previsto dal presente codice e negli atti attuativi»: art. 30, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016) – e questa disciplina si traduce sia nella previsione di disposizioni speciali nel codice dei contratti pubblici (artt. 100-113-bis del d. lgs. n. 50 del 2016), sia in penetranti controlli da parte delle autorità preposte a prevenire e a sanzionare l'inefficienza, la corruzione o l'infiltrazione mafiosa manifestatasi nello*

svolgimento del rapporto negoziale. (...) È vero che il codice dei contratti pubblici, pur nell'esigenza che l'esecuzione dell'appalto garantisca la qualità delle prestazioni, menziona i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza solo in riferimento alla fase pubblicistica dell'affidamento di appalti e di concessioni, ma non vi è dubbio che la fase dell'esecuzione, se si eccettuano le varianti in corso d'opera ammesse dalla legge e le specifiche circostanze sopravvenute tali da incidere sullo svolgimento del rapporto contrattuale, deve rispecchiare e rispettare l'esito della gara condotto secondo le regole della trasparenza, della non discriminazione e della concorrenza. (...) L'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono dunque essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione?" (Consiglio di Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10).

2.6. Infine, non merita condivisione la prospettazione secondo cui, essendosi al cospetto di una concessione, i termini di durata della stessa dovrebbero essere molto più ampi di quelli di un ordinario affidamento, stanti i maggiori oneri connessi a una siffatta tipologia di appalto, i cui rischi economici sono a carico del concessionario che, quindi, si trova nella necessità di rientrare dell'investimento secondo la stima del piano economico. Anche sotto tale aspetto le pur legittime aspettative del contraente privato si scontrano con le prescrizioni contenute nella lex specialis che, come già ampiamente rilevato, non possono essere oggetto di deroga da parte della Stazione appaltante, pena la violazione dell'autolimita assunto e la conseguente illegittimità delle determinazioni che ne dovessero discendere.

2.7. Sulla scorta delle suesposte considerazioni, la censura contenuta sia nel ricorso introduttivo che nel ricorso per motivi aggiunti risulta infondata.

3. In conclusione, il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti devono essere respinti.

4. In relazione alle peculiarità della controversia, le spese di giudizio possono essere compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, respinge i ricorsi indicati in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 31 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

Katiuscia Papi, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Antonio De Vita

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO