



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale -OMISSIS- del 2022, proposto da Comune di Milano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Stefania Pagano e Sara Pagliosa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio n. 15;

contro

ANAC - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n.12;

nei confronti

-OMISSIS-, non costituita in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale -OMISSIS-, proposto da -OMISSIS- s.p.a. (già -OMISSIS-), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti e Alessandro Rosi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ANAC - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Comune di Milano, non costituito in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. -OMISSIS- del 2022:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente l'annullamento della Delibera n. -OMISSIS- dell'ANAC, depositata presso la Segreteria del Consiglio dell'Autorità in data 3 agosto 2017, conclusiva del procedimento di vigilanza avviato il 13 gennaio 2016 in ordine alle “varianti in corso di esecuzione dei lavori del c.d. Lotto Funzionale 1 B” della strada Zara-Expo a Milano.

quanto al ricorso n. -OMISSIS-:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente l'annullamento della Delibera n. -OMISSIS- dell'ANAC, depositata presso la Segreteria del Consiglio dell'Autorità in data 3 agosto 2017, conclusiva del procedimento di vigilanza avviato il 13 gennaio 2016 in ordine alle “varianti in corso di esecuzione dei lavori del c.d. Lotto Funzionale 1 B” della strada Zara-Expo a Milano (in seguito anche solo la “Delibera n. -OMISSIS-”), nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, connesso e/o consequenziale, con riserva di agire per la condanna della resistente al risarcimento dei danni patiti o patendi e per la condanna ad adottare il provvedimento richiesto.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ANAC - Autorita' Nazionale Anticorruzione;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2022 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati Pagano Mastroianni, su delega dell'avv. Perfetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Milano e la -OMISSIS-. (oggi -OMISSIS- s.p.a.) hanno impugnato, con separati appelli, la sentenza del T.A.R. per il Lazio n. -OMISSIS-, che ha dichiarato inammissibili i ricorsi introduttivi dagli stessi proposti per l'annullamento della Delibera n. -OMISSIS- dell'ANAC, conclusiva del procedimento di vigilanza relativo alle *'varianti in corso di esecuzione dei lavori del c.d. Lotto Funzionale 1 B'* della strada Zara – Expo a Milano e del successivo provvedimento ANAC n. -OMISSIS- del 26.10.2017 di rigetto dell'istanza di riesame ed annullamento in autotutela.

2. Il Comune di Milano riferisce di avere incaricato, tra il 2009 e il 2011, la -OMISSIS-. (in seguito -OMISSIS-) della progettazione preliminare e definitiva dell'intervento 'Strada di collegamento Zara – Expo', articolata in due lotti, il Lotto 1 di collegamento di via Eritrea con il sito Expo ed il Lotto 2 di collegamento di Viale Zara con Via Eritrea. In data 6.2.2014, il Provveditorato alle Opere Pubbliche di Lombardia e Liguria aveva approvato il progetto definitivo dell'opera e il progetto di bonifica. In data 13.1.2014, la -OMISSIS- aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento delle opere del Lotto 1B sulla base del progetto esecutivo, ponendo a base d'asta l'importo di euro 40.851.470,69, di cui euro 39.780,59 per lavori ed euro 1.070.522,10 per oneri di sicurezza, non suscettibili di ribasso. Il bando di gara prevedeva un appalto 'a corpo', da aggiudicare con procedura aperta secondo il criterio del prezzo più basso e, ricorrendo alla deroga prevista dall'art. 5, comma 2 ter, lett. c) del d.l. n. 43/2016, conv. con l. n. 71/2016, con esclusione automatica delle offerte anomale. La gara veniva aggiudicata al RTI composto dalle Società-OMISSIS-. (mandataria), -OMISSIS- (mandante) e-OMISSIS- (mandante), che aveva offerto uno sconto rispetto all'importo posto a base di gara pari al 28,93%.

Poiché nel corso dell'esecuzione dell'appalto era sorta la necessità di provvedere a delle varianti in corso d'opera, la stazione appaltante trasmetteva all' ANAC, ai sensi dell'art. 37 del d.l. 90/2014, convertito con l. 114/2014, le *'varianti in corso d'opera di cui all'art. 132, lett. b), c) e d) del d.lgs. 163/2006 di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto'*.

Con la delibera impugnata, l'ANAC concludeva il procedimento di vigilanza, ritenendo sussistenti 'gravi disfunzioni e irregolarità' nell'esecuzione dell'appalto in relazione a diversi aspetti, tra i quali la progettazione, la contabilizzazione, l'esecuzione dei lavori in variante, nonché l'individuazione del soggetto aggiudicatario, la sostituzione di una componente dell'-OMISSIS- l'ipotesi di accordo transattivo e il provvedimento di risoluzione contrattuale. L'Autorità, con la stessa delibera, invitava l'amministrazione municipale e la -OMISSIS- a comunicare *'le misure che intendono adottare alla luce dei rilievi dinanzi evidenziati'*, disponendo, altresì, la trasmissione dell'atto alla Procura regionale della Corte dei Conti e alla Procura della Repubblica di Milano.

Il Comune di Milano e la -OMISSIS-, rilevando nella delibera alcune carenze istruttorie, inviavano congiuntamente una motivata istanza di riesame e di annullamento in via di autotutela, rimasta senza riscontro.

3. Il Comune di Milano e la -OMISSIS- impugnavano, con separati ricorsi, la delibera n. -OMISSIS-. Il Tribunale adito, con sentenza n. -OMISSIS-, previa riunione, dichiarava inammissibili entrambi i ricorsi ed i motivi aggiunti, in accoglimento dell'eccezione sollevata dall'ANAC. Il Collegio riteneva che l'atto impugnato costituiva espressione delle funzioni di vigilanza, accertamento, nonché consultive e propositive attribuite inizialmente all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e, poi, all'ANAC. Secondo il giudicante, l'atto dell'Autorità non costituiva una manifestazione di volontà in grado di incidere sulla sfera giuridica del destinatario, ma era la mera rappresentazione di un giudizio, che poteva eventualmente essere accompagnato dall'invito alla stazione appaltante ad esercitare i propri poteri di autotutela. La circostanza che l'ANAC potesse anche disporre la trasmissione dell'atto in questione alle autorità competenti, ai fini dell'accertamento di eventuali profili di rilevanza erariale o penale, costituiva uno strumento volto a dare effettività all'esercizio del potere di vigilanza spettante all'Autorità, ma non determinava alcuna immediata conseguenza negativa, giuridicamente apprezzabile, nei confronti dei soggetti vigilati. In particolare, il Tribunale affermava che la delibera *"è priva di contenuti precettivi nei confronti dei soggetti vigilati, poiché l'Autorità, pur avendo evidenziato una serie di criticità emerse nella progettazione e nell'esecuzione dell'appalto, non ha assunto alcuna determinazione lesiva nei confronti degli enti ricorrenti, limitandosi a*

richiedere loro di comunicarle 'le misure che intendono adottare' a fronte dei rilievi esposti', inoltre, "l'atto impugnato, quindi, ha la medesima natura di un parere non vincolante, con il quale l'ANAC ha espresso delle valutazioni che possono eventualmente essere di impulso per l'esercizio da parte della stazione appaltante o di altre autorità dei propri poteri, ma che sono prive di autonoma consistenza lesiva".

4. Con distinti ricorsi in appello, notificati nei termini e nelle forme di rito, il Comune di Milano e la -OMISSIS- s.p.a. (già -OMISSIS-.) hanno impugnato la suddetta pronuncia, chiedendone l'integrale riforma.

4.1. Il Comune di Milano, con il ricorso R.G.N. -OMISSIS-/2022, denuncia: *"1. Erroneità, ingiustizia e contraddittorietà della sentenza del TAR Lazio, laddove ha ritenuto inammissibile il ricorso per carenza di interesse; 2. Sulle singole censure sollevata dal Comune di Milano in primo grado. Sulla carenza di istruttoria; sulle terre da scavo e sulla natura di appalto a corpo dell'appalto in discussione; sugli interventi richiesti da -OMISSIS-; sulla consegna frazionata delle aree; sui tempi di approvazione delle varianti; sulla sostituzione della mandante -OMISSIS- destinataria di interdittiva antimafia; sulla pretesa grave irregolarità nell'individuazione dell'aggiudicatario per mancato scorporo del costo del personale; sulla bozza di accordo transattivo e sulla risoluzione del contratto; sulle misure richieste da ANAC".*

4.2. Con il ricorso in appello R.G.N. -OMISSIS-, la -OMISSIS- s.p.a. lamenta: *"1. Omessa pronuncia, violazione dell'art. 34, comma 3, c.p.a., erroneità della motivazione; 2. Omessa pronuncia sulla domanda di condanna ad adottare il provvedimento di autotutela proposta da -OMISSIS- s.p.a.; 3. Riproposizione dei motivi di ricorso per l'annullamento dei provvedimenti impugnati ai successivi fini risarcitori: a) Improcedibilità del procedimento di vigilanza per decorso del termine, violazione del Regolamento, artt. 19 e 20. Incompetenza, violazione di legge per contrasto con l'art. 37 del d.l. 90/2014, eccesso di potere per sviamento. Violazione di legge per contrasto con l'art. 41 CEDU, violazione dell'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241, dell'art. 97 Cost., del principio di imparzialità; b) Violazione di legge per contrasto con l'art. 37 del d.l. 90/2014 sotto diverso profilo; c) Violazione di legge per contrasto con gli artt. 9 e seguenti della l. 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per carenza dell'istruttoria, travisamento*

dei fatti e sviamento; d) Violazione di legge per contrasto con l'art. 213 Codice Appalti, dell'art. 37 del d.l. 90/2014, dell'art. 3 l. 241/1990. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto d'istruttoria, carenza della motivazione, sviamento”.

5. Si è costituita in resistenza l'ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione, chiedendo il rigetto di entrambi gli appelli.

6. All'udienza pubblica del 6 ottobre 2022, le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

7. Il Collegio, preliminarmente, dispone la riunione dei procedimenti, ai sensi dell'art. 96 cod. proc. amm., atteso che entrambi hanno per oggetto l'impugnazione della sentenza n. 12902 del 2021.

8. Ciò premesso, quanto al procedimento R.G.N. -OMISSIS-/2022, il Comune di Milano, con il primo mezzo, ha denunciato l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto inammissibili i ricorsi proposti avverso la delibera n. -OMISSIS- dell' ANAC, riconducendo il provvedimento alle *‘funzioni di vigilanza, accertamento, nonché consultive e propositive dell’Autorità’* ed assimilandolo a *‘un parere non vincolante, con il quale ANAC ha espresso delle valutazioni che possono eventualmente essere di impulso per l'esercizio da parte della stazione appaltante o di altre autorità dei propri poteri, ma che sono prive di autonoma consistenza lesiva’*.

Secondo l'appellante, il provvedimento dell'ANAC avrebbe superato il limite oggettivo indicato dalla norma per l'attività di vigilanza, estendendo la propria valutazione a molti aspetti che nulla hanno a che vedere con le varianti, ossia la progettazione, la contabilizzazione, l'esecuzione dei lavori in variante, l'individuazione del soggetto aggiudicatario, la sostituzione di un componente dell'-OMISSIS- l'ipotesi di accordo transattivo e il provvedimento di risoluzione contrattuale. Inoltre, l'Autorità, superando i limiti temporali applicabili *ratione temporis*, avrebbe concluso il procedimento in oltre diciotto mesi, violando i principi fondamentali del procedimento amministrativo, esprimendo un giudizio negativo globale sulla gara e sull'appalto esaminato sulla base di un esame unilaterale, senza tutela del contraddittorio e dei soggetti coinvolti, le cui deduzioni sarebbero state completamente ignorate.

L'esponente lamenta, inoltre, che l'ANAC avrebbe rassegnato conclusioni che tradiscono la contraddittorietà del provvedimento stesso e l'eccesso di potere, non essendo stata in grado di indicare le misure che il Comune di Milano e la -OMISSIS- s.p.a. avrebbero dovuto assumere a fronte dei profili di illegittimità erroneamente rilevati, ma richiedendo ai soggetti vigilati di indicarli, a lavori pressochè conclusi, lasciando gli enti in un 'limbo' giuridico e amministrativo. Il provvedimento, contrariamente a quanto ritenuto dal T.A.R., non sarebbe riconducibile a 'funzioni di vigilanza, accertamento, nonché consultive e propositive', ma sarebbe, invece, un giudizio di merito, censorio ed illegittimo, che non potrebbe lasciare i soggetti coinvolti senza tutela, profilandosi altrimenti una questione di incompatibilità costituzionale con l'art. 24 Cost.

8.1. Con le ulteriori critiche il Comune ripropone nel merito i motivi di impugnazione non esaminati dal primo giudice, con i quali contesta, in estrema sintesi, che: a) con la delibera impugnata, l'ANAC ha omesso di esaminare le controdeduzioni e il documento allegato, trasmessi dalla -OMISSIS- s.p.a. in data 31.1.2017, tanto che non sono stati neppure citati nella premessa tra gli atti 'visti', mentre, invece, sono citate le controdeduzioni del RUP tramesse il 1 febbraio 2020, che non in ogni caso risultano essere state esaminate solo formalmente e parzialmente; b) anche in ordine alla quantificazione e qualificazione del materiale da scavo, la Delibera ignora le controdeduzioni della -OMISSIS- s.p.a. e perviene a conclusioni errate, contrarie alle risultanze documentali; c) quanto agli interventi richiesti da -OMISSIS-, la Delibera espone la propria dubitativa valutazione, e fornisce indicazioni all'Amministrazione per la corretta applicazione della normativa, senza tenere conto in alcun modo delle circostanze di estrema urgenza in cui si stavano svolgendo i lavori; d) quanto alla consegna frazionata delle aree, i rilievi contenuti nella Delibera sono privi di una concreta utilità; e) con riferimento ai tempi di approvazione delle varianti, i rilievi non hanno concreto riscontro, e sono stati espressi senza alcuna verifica in concreto; f) sulla sostituzione della mandante -OMISSIS-, destinataria di interdittiva antimafia, l'ANAC ha ignorato le indicazioni fornite precedentemente alla stazione appaltante, sostenendo che la stessa non avrebbe dovuto consentire la sostituzione della mandante colpita da interdittiva antimafia, ma proseguire i lavori con i soggetti rimanenti dell'-OMISSIS- ed in particolare con la mandante -OMISSIS-; g) la Delibera contesta, non correttamente, e non tenendo

conto delle controdeduzioni della -OMISSIS- s.p.a., la grave irregolarità nell'individuazione dell'aggiudicatario, in quanto non avrebbe scorporato il costo della manodopera dalle offerte, nella valutazione del ribasso, ai sensi dell'articolo 82, comma 3 bis del d.lgs. n. 163 del 2006; h) la Delibera evidenzia non correttamente un grave difetto di istruttoria, considerando che l'accordo transattivo sarebbe stato concluso, e giudicandolo illegittimo per la corresponsione del premio di accelerazione in modo disancorato dall'esecuzione e per la corresponsione di un ristoro per danni, senza avvedersi che lo stesso non è stato concluso.

L'appellante lamenta, inoltre, che nelle conclusioni rassegnate nella Deliberazione, l'ANAC invita il Comune di Milano e la -OMISSIS- s.p.a. a comunicare *'le misure che intendono adottare alla luce dei rilievi dinanzi evidenziati'*, risultando difficile comprendere a quali misure si riferisca, tenendo conto della fase di pressochè completa esecuzione dell'appalto. Secondo l'esponente, sarebbe generica ed incomprensibile la disposizione con la quale l'ANAC ha ritenuto di trasmettere gli atti alla Procura della Corte dei Conti ed alla Procura della Repubblica, non essendo state chiarite le ragioni di fatto e di diritto delle responsabilità ipotizzate, per trasparenza e a garanzia dei soggetti coinvolti, che hanno agito nell'esclusivo interesse pubblico, al fine di realizzare in tempi straordinariamente compressi un'opera indispensabile per l'evento Expo 2015.

9. Quanto al ricorso in appello R.G. -OMISSIS-, la -OMISSIS- s.p.a. contesta la sentenza impugnata denunciando, con il primo mezzo, omessa pronuncia atteso che la domanda di annullamento era stata fin dall'origine formulata nella prospettiva della successiva proposizione della domanda di risarcimento.

9.1. Con il secondo motivo, la -OMISSIS- s.p.a. lamenta omessa pronuncia con riferimento alla domanda di condanna dell'Autorità ad adottare il provvedimento di autotutela richiesto con apposita istanza.

9.2. Con la terza doglianza, l'appellante ripropone sostanzialmente i motivi di ricorso introdotti con il giudizio di primo grado, eccependo l'improcedibilità del procedimento di vigilanza per decorso del termine, atteso che il Regolamento dell'ANAC, con riferimento alla conclusione del procedimento, prevede un termine di sessanta giorni dal ricevimento del riscontro delle risultanze istruttorie, con la conseguenza che la Delibera sarebbe affetta

da carenza di potere in concreto. Si denuncia, inoltre, che la Delibera impugnata conterrebbe una serie di accertamenti erronei che non riguardano la variante oggetto del procedimento di vigilanza, ed in particolare: 1) le supposte ‘gravi irregolarità’ nella procedura di scelta del contraente (inesistenti e, comunque, irrilevanti – stante che se si fossero seguiti i criteri erroneamente indicati dall’ ANAC il vincitore sarebbe stato il medesimo; 2) la transazione delle reciproche pretese (mai intervenuta ma solo ipotizzata); 3) la sostituzione di una mandante (avvenuta, peraltro, nell’ambito di un procedimento che ha visto l’intervento di pareri della stessa ANAC); 4) la consegna frazionata delle opere; 5) il riconoscimento del premio di accelerazione (mai corrisposto); 6) il riconoscimento dell’equo compenso per le opere della categoria OG12 (peraltro mai intervenuto); 7) le supposte carenze progettuali. Tutti i suddetti profili sarebbero estranei alla competenza dell’ANAC, ad esclusione delle terre e rocce di scavo.

Si denuncia che l’Autorità, a seguito delle modifiche legislative, non avrebbe potuto emettere raccomandazioni dal contenuto vincolante; nonostante ciò, con la Delibera n. -OMISSIS-, trasbordando dall’oggetto del procedimento, è ugualmente giunta ai risultati della raccomandazione vincolante, attraverso il meccanismo della richiesta di comunicazione delle *‘misure che intendono adottare alla luce dei rilievi dinanzi evidenziati’*.

La ricorrente deduce, altresì, la violazione dell’art. 37 del d.l. 90/2014, sotto diverso profilo, in quanto la previsione di cui all’art. 37 cit. sarebbe stata abrogata prima dell’adozione della Delibera n. -OMISSIS-, con la conseguenza che il presupposto stesso del procedimento sarebbe venuto meno.

L’appellante argomenta anche che la Delibera sarebbe stata emessa in violazione di legge, per contrasto con gli artt. 9 e seguenti della l. n. 241 del 1990, essendo stati pretermessi degli atti di partecipazione procedimentale e, in particolare, la dettagliata memoria del 31 gennaio 2017, la quale non sarebbe stata neppure menzionata nella motivazione. L’atto impugnato sarebbe errato in fatto ed in diritto, sia perché non si sarebbe tenuto conto delle deduzioni procedurali della -OMISSIS- s.p.a., sia perché le varianti intervenute in corso d’opera ed i lavori aggiuntivi commissionati nell’ambito dell’appalto sono stati

conseguenti a circostanze imprevedute ed imprevedibili, come l'ANAC avrebbe ben potuto osservare, se avesse esaminato gli atti di partecipazione al procedimento.

Neppure vi sarebbe stata una erronea valutazione dei volumi di scavo o una inadeguata caratterizzazione dei terreni, né alcuna 'superficialità delle previsioni in ordine alla effettiva disponibilità delle aree', come al contrario sostenuto in Delibera; pertanto sarebbe evidente la carenza di istruttoria e il travisamento dei fatti, a causa della totale pretermissione degli apporti partecipativi della -OMISSIS- s.p.a.

L'esponente rileva l'infondatezza del supposto *'snaturamento di fatto del contratto a corpo attraverso il rinvio alla contabilizzazione a misura delle quantità di terreno da smaltire eccedenti il forfait, con violazione dell'art. 53, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006'*, atteso che se l'ANAC avesse condotto il procedimento conformemente a legge e, quindi, avesse eseguito una adeguata istruttoria e considerato il contenuto degli atti partecipazione procedimentale, si sarebbe potuta evitare la Deliberazione n.-OMISSIS- o, almeno, la stessa sarebbe stata adeguatamente motivata e il destinatario avrebbe potuto discutere dell'interpretazione data all'art. 53, comma IV, d.lgs. n. 163 del 2006.

10. L'esame delle questioni prospettate dalle parti impone preliminarmente la valutazione dell'ammissibilità dell'impugnazione proposta avverso la Deliberazione n. -OMISSIS- del 2017, resa dall'ANAC nell'ambito dell'esercizio dell'attività di vigilanza e controllo, ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. n. 50 del 2016.

11. Il Collegio ritiene di condividere le deduzioni difensive illustrate dal Comune di Milano con il primo mezzo e le critiche denunciate dalla -OMISSIS- s.p.a. con il terzo motivo - i quali vanno trattati congiuntamente per ragioni di connessione logica - per i principi di seguito enunciati.

11.1. L'ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione, nell'ambito dell'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo sui contratti pubblici attribuite dall'art. 213 del d.lgs. n. 50 del 2016, riguardante l'appalto relativo al lotto funzionale 1B, facente parte di un progetto diviso in due lotti per la realizzazione di una strada di collegamento tra la stazione di Zara e quella di pertinenza dell'evento EXPO, con Delibera n. -OMISSIS-, concludeva il procedimento di vigilanza, ritenendo sussistenti 'gravi disfunzioni e irregolarità' nell'esecuzione dell'appalto. Il Consiglio dell'Autorità rilevava che tali 'disfunzioni e

irregolarità' non trovavano giustificazione nelle deroghe per l'evento EXPO 2015, comportando notevoli incrementi di costo, in relazione a diversi aspetti, tra i quali la progettazione, la contabilizzazione e l'esecuzione dei lavori in variante, nonché l'individuazione del soggetto aggiudicatario, la sostituzione di un componente dell'OMISSIS- l'ipotesi di accordo transattivo e il provvedimento di risoluzione contrattuale.

Con la stessa Delibera, l'Autorità invitava l'amministrazione comunale e la -OMISSIS- s.p.a. a comunicarle *'le misure che intendono adottare alla luce dei rilievi dinanzi evidenziati'*, e disponeva la trasmissione alla Procura della Corte di Conti e alla Procura della Repubblica, per eventuali profili di rilevanza penale ed erariale.

Il T.A.R., con la sentenza impugnata, ha ritenuto l'inammissibilità dei ricorsi proposti avverso la suddetta Delibera, ritenendo che la stessa sarebbe priva di contenuti precettivi nei confronti dei soggetti vigilati, sicché l'atto impugnato avrebbe la medesima natura di un parere non vincolante, con il quale l'ANAC ha espresso delle valutazioni che potrebbero eventualmente essere di impulso per l'esercizio da parte della stazione appaltante o di altre autorità dei propri poteri, ma che sono prive di autonoma consistenza lesiva.

11.2. Tale approdo argomentativo non è condivisibile.

Ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. n. 50 del 2016, l'ANAC *"... garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto... nell'ambito dei poteri ad essa attribuiti, l'Autorità: a) vigila sui contratti pubblici, anche di interesse regionale, di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e nei settori speciali e sui contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera f- bis), della legge 6 novembre 2012, n. 190, nonché sui contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice; b) vigila affinché sia garantita l'economicità dell'esecuzione dei contratti pubblici e accerta che dalla stessa non derivi pregiudizio per il pubblico erario..."*.

Il Collegio ritiene che l'impugnabilità di una delibera non vincolante dell'ANAC non è da escludersi in senso assoluto, atteso che tale provvedimento potrebbe assumere connotazione lesiva tutte le volte in cui, riferendosi alla fattispecie concreta, di fatto incide sulla sfera giuridica dei destinatari, essendo idonea ad arrecare un *vulnus* diretto ed

immediato. Ne consegue che la sua 'lesività' non va valutata in astratto o sulla base dell'inquadramento dogmatico del provvedimento, dovendosi rilevare gli effetti conformativi che lo stesso produce, nell'immediato, nei confronti dei soggetti a cui è indirizzata.

11.3. E' noto al Collegio l'indirizzo sostenuto dalla giurisprudenza prevalente, secondo cui l'impugnabilità di un parere non vincolante dell'ANAC, a cui il giudice di prime cure ha sostanzialmente assimilato la Delibera n. -OMISSIS-, può essere ammissibile quando, riferendosi ad una fattispecie concreta, il parere sia fatto proprio dalla stazione appaltante, la quale, sulla base di esso, abbia assunto la relativa determinazione provvedimento. Ne consegue che, secondo questo indirizzo, l'impugnazione del provvedimento è consentita solo unitamente al provvedimento conclusivo della stazione appaltante, che ne abbia fatto applicazione (Cons. Stato, sez. VI, sent. 11.3.2019, n. 1622). Si ritiene, infatti, che la concreta lesività si manifesta solo nell'ipotesi in cui il parere non vincolante sia trasposto o richiamato nell'atto conclusivo del procedimento, potendo la sua incidenza sulla fattispecie essere valutata solo in relazione alla capacità di integrare la motivazione del provvedimento adottato dall'amministrazione. Pertanto, esso è impugnabile unitamente al provvedimento finale che lo recepisce e del quale diviene presupposto o laddove esso diventi segmento procedimentale.

In linea con questo indirizzo, si è, ad esempio, ritenuta l'inammissibilità dell'impugnazione di una segnalazione che assume valore solo prodromico ed endoprocedimentale, poiché essa non è dotata di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali vizi 'propri', unicamente in via derivata, impugnando il provvedimento finale dell'Autorità di vigilanza, unico atto avente natura provvedimento e carattere autoritativo (Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2017, n. 5331).

Il Collegio condivide le soluzioni argomentative di tale indirizzo, le quali vanno riprese proprio a sostegno del principio, che si intende ribadire, secondo cui, ai fini dell'impugnabilità di un provvedimento amministrativo, occorre valutare in concreto l'effetto che arreca nella sfera giuridica del destinatario e in che modo tale effetto possa arrecare pregiudizio alle posizioni giuridiche soggettive da quest'ultimo vantate.

Invero, va rammentato che è stata riconosciuta l'impugnabilità degli atti anche generali o regolamentari aventi portata immediatamente prescrittiva, ovvero che vincolino la successiva attività amministrativa, di guisa che il successivo atto si atteggi quale atto meramente dichiarativo o ricognitivo (Cons. Stato, 23 aprile 2019, n. 2572) dei suddetti provvedimenti. Ciò in quanto, come si è detto, ciò che rileva è la lesività, immediata e diretta, degli effetti dell'atto amministrativo.

Il principio è stato recentemente condiviso da questo Consiglio di Stato, che ha ritenuto ammissibile impugnabilità delle Linee – guida dell'ANAC.

Questa Sezione, con sentenza n. 5097/2020, ha ritenuto lesive, e quindi, impugnabili, le Linee Guida ANAC n. 11, previste dall'art. 177 del Codice di Contratti, per gli effetti conformativi che producono in concreto, e non in astratto, rimettendo poi alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale della suddetta disposizione, che è stata accolta dalla Consulta, con sentenza 23 novembre 2021, n. 218.

I recenti approdi giurisprudenziali conducono a ritenere che, a prescindere dall'inquadramento dogmatico (linee guida, parere, raccomandazione, aventi o meno natura vincolante), se le indicazioni dell'Autorità, nell'ambito del potere di vigilanza e controllo, assumono il ruolo di canoni oggettivi a cui conformarsi, determinando un effetto immediatamente lesivo nella sfera giuridica del destinatario, sono impugnabili.

11.4. In sostanza, quando le deliberazioni dell'ANAC contengono vincoli conformativi puntuali alla successiva attività dei soggetti vigilati, in capo ai quali non residuano facoltà di modulazione quanto al contenuto e all'estensione, rappresentano provvedimenti lesivi nei confronti dei quali va garantita la tutela del diritto di difesa del destinatario (art. 24 Cost.).

11.5. Nella specie, dalla piana lettura del contenuto della Delibera n. -OMISSIS- del 2017, resa ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. n. 50 del 2016, a prescindere dalla qualificazione giuridica che alla stessa si ritiene di attribuire, si rileva un evidente obbligo conformativo, che non necessita dell'intermediazione di ulteriori provvedimenti attuativi, sicchè deve prendersi atto della immediata lesività, nella misura in cui, come sottolineato dall'appellante, pone di fronte all'alternativa tra l'adeguarsi ai rilievi in essa contenuti o subirne le conseguenze a mezzo di successivi provvedimenti.

Con tale atto, l' ANAC ha reso una valutazione globale che ha investito l'intera procedura di gara, non limitandosi alla valutazione delle 'varianti', invitando il Comune di Milano e la -OMISSIS- s.p.a. a comunicare “*le misure che intendono adottare alla luce dei rilievi dinanzi evidenziati*”, sostanzialmente ‘suggerendo’ di conformarsi nella successiva attività alle modalità operative indicate, e contestualmente chiedendo di essere informata sulle azioni intraprese per l'allineamento con i rilievi espressi, sicchè, nella sostanza, rappresentando un vincolo alle scelte che la pubblica amministrazione avrebbe inteso operare.

In ragione di siffatti rilievi, si può concludere che è certamente ammissibile l'impugnazione della Delibera n. -OMISSIS- del 2017.

11.6. A seguito dell'accoglimento, sotto tale profilo, del primo motivo dell'appello proposto dal Comune di Milano, consegue l'accoglimento del primo mezzo spiegato con l'atto di appello dalla -OMISSIS- s.p.a., dovendosi concludere che, a seguito della dichiarazione di inammissibilità dei ricorsi, il giudice del merito ha ommesso di pronunciarsi sulla domanda di accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato.

12. Passando all'esame delle ulteriori censure prospettate dalle parti ricorrenti nei propri scritti difensivi, va accolto il terzo mezzo proposto dalla -OMISSIS- s.p.a., che va esaminato, come si è detto, in connessione logica con le altre critiche argomentate dal Comune di Milano nello sviluppo illustrativo del primo motivo.

12.1. Le appellanti eccepiscono la violazione dei termini di conclusione del procedimento che ha portato alla emanazione della Delibera impugnata, ed in particolare la -OMISSIS- s.p.a. eccepisce l'improcedibilità del procedimento di vigilanza per decorso del termine, in violazione degli artt. 19 e 20 del Regolamento dell'ANAC.

A fronte di tale obiezione, l'Autorità ha ritenuto irrilevante il superamento dei tempi del procedimento, assumendo che la durata dello stesso ha carattere ordinatorio. Secondo l'Autorità, al suo superamento, nel Regolamento, non è collegata l'archiviazione dell'istruttoria o l'acquiescenza, ammettendo che la Delibera è stata resa quando le opere erano state già eseguite e, quindi, un eventuale allineamento alle indicazioni dell'Autorità, benchè nel caso *de quo* non vincolanti, non sarebbe stato in ogni caso possibile.

Risulta dai fatti di causa che la Deliberazione n. -OMISSIS- assunta dal Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 27 luglio 2017 è conclusiva del procedimento di vigilanza avviato con nota prot. n. -OMISSIS-del 13 gennaio 2016, quindi è stata pubblicata oltre il termine previsto per la conclusione del procedimento.

12.2. Le deduzioni difensive dell'ANAC evidenziano una ineliminabile aporia.

La tardività del provvedimento, che non è in contestazione, stante la conclusione dell'esecuzione dell'appalto, non avrebbe consentito alle appellanti neppure di ottemperare alla richiesta di comunicare *“le misure che intendono adottare alla luce dei rilievi dinanzi evidenziati”*, e l'Autorità, per espressa ammissione, era consapevole di tale naturale evenienza, sicchè appare incomprensibile la scelta di pubblicare comunque la Delibera, in quanto, con riguardo alle specifiche finalità di vigilanza e controllo, *inutiliter data*. Oltre al fatto che va tenuto conto che i ricorrenti, in ragione tale prevedibile omissione, sono stati esposti anche al rischio di un successivo ed eventuale procedimento sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 213, comma 13 del Codice.

Va, quindi, evidenziato che, venuta meno la possibilità di indirizzare in concreto l'attività dei destinatari, in ragione della tardività del provvedimento - in quanto l'appalto era ormai quasi concluso- lo scopo della Delibera, nella sostanza, è stato esclusivamente quello di provvedere alla comunicazione alla Procura della Repubblica del Tribunale e alla Procura della Corte dei Conti le irregolarità riscontrate per i provvedimenti di competenza in ordine alla rilevanza penale e erariale delle condotte dei vigilati.

Appare pertanto evidente che l'atto deliberativo, oltre ad avere natura conformativa, in concreto (come si è detto) non attuabile per la violazione dei termini di conclusione del procedimento, ha di fatto manifestato ulteriori aspetti di lesività.

Ne consegue che la Delibera, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice di prima istanza, pur rientrando nel generale esercizio dei poteri di vigilanza attribuiti all'Autorità, a causa del ritardo nell'emissione, non ha in alcun modo reso concreto l'esercizio del potere di vigilanza e controllo spettante all'Autorità, ma ha certamente inciso in maniera significativa nella sfera giuridica dei destinatari vigilati, anche a mezzo della disposta trasmissione dell'atto in questione alla Procura della Repubblica e alla Corte dei Conti.

12.3. La peculiare natura giuridica dell'atto deliberativo imponeva, pertanto, la doverosità del rispetto dei termini di conclusione del procedimento.

Come si è detto, la natura lesiva di un provvedimento amministrativo deve essere desunta dagli effetti pregiudizievoli che lo stesso arreca nella sfera giuridica del destinatario, dovendosi avere riguardo alla natura di tali effetti, da valutarsi caso per caso.

La regola della natura ordinaria dei termini procedurali non espressamente qualificati come perentori non è applicabile ai procedimenti che conducono all'adozione di provvedimenti lesivi o sanzionatori, come si è chiaramente nella specie rilevato. Rispetto ai procedimenti che conducono a conseguenze pregiudizievoli, i termini sono sempre perentori, a prescindere da un'espressa qualificazione normativa dei relativi provvedimenti, essendo la perentorietà imposta dal principio di effettività del diritto di difesa e dal principio di certezza dei rapporti giuridici.

L'esercizio di una potestà amministrativa che ha conseguenze pregiudizievoli, di qualsiasi natura, ed a prescindere da una espressa qualificazione in tal senso nella legge o nel regolamento che la preveda, non può restare esposta *sine die* all'inerzia dell'autorità preposta, essendo assimilabile all'esercizio di una attività sanzionatoria, sicchè va condiviso l'indirizzo espresso da questa Sezione che ha ritenuto, in più occasioni, argomentando analogamente, la perentorietà del termine per la conclusione del procedimento di natura sostanzialmente sanzionatoria (Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2018, n. 4657; v. anche Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2022, n. 5189).

Va, inoltre, evidenziato che, nella fattispecie, il rispetto dei termini di conclusione del procedimento avrebbe consentito di dare effettività all'esercizio dei poteri di vigilanza spettanti all'Autorità, in quanto la Delibera n. -OMISSIS- era fortemente condizionata dal rispetto della tempistica procedimentale, sicchè, essendo intervenuta a lavori già terminati, non ha consentito neppure ai vigilati di tenere conto delle indicazioni e dei rilievi in essa contenuti, sicchè il notevole ritardo ha determinato il fallimento del suo principale obiettivo, ossia quello di indirizzare l'attività dell'amministrazione.

La tesi argomentativa illustrata dall' ANAC nelle memorie difensive non coglie nel segno, atteso che sostenere *sic e simpliciter* la non perentorietà del termine di conclusione del procedimento, significa violare non solo il principio di 'effettività'

dell'*agere* amministrativo, ma anche sminuire il ruolo dell'interprete, il quale è tenuto, sulla base dei principi che regolano l'attività amministrativa, in uno con la necessità di tutela del diritto di difesa (art. 24 Cost.), ad interpretare il contenuto degli atti provvedimenti, rilevandone in concreto gli effetti nella sfera giuridica dei destinatari, nel rispetto del dettato legislativo, che impone l'obbligo di osservare il principio di tempestività sia nella fase di avvio, che in quella di conclusione del procedimento.

Il superamento del termine di conclusione del provvedimento impugnato secondo i criteri temporali individuati dal Regolamento dell'ANAC, ha, pertanto, determinato l'illegittimità dello stesso, anche sotto tale profilo.

13. La lettura del contenuto della motivazione della Delibera n. -OMISSIS- rileva anche una evidente carenza di istruttoria, in quanto l'ANAC, omettendo di fare un qualche riferimento alle controdeduzioni trasmesse dalla stazione appaltante in data 31.1.2017 ed ai documenti allegati, in sostanza, incorre nella violazione dei diritti partecipativi dei vigilati. In data 31 gennaio 2017, con nota PG/4717 DG/25, la -OMISSIS- s.p.a. aveva provveduto a fornire, ai sensi dell'art. 15 del "*Regolamento in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi del 9 dicembre 2014*", le proprie controdeduzioni, al fine di chiarire e replicare ai rilievi mossi dall'Autorità direttamente all'operato della stazione appaltante e delle figure professionali designate nell'ambito dell'appalto *de quo*.

Invero, dal contenuto della Delibera impugnata non emerge alcun riferimento alle controdeduzioni della -OMISSIS- s.p.a. illustrate nella relazione PG/4717 DG 25, anche al solo fine di essere confutate, tanto che, come rileva l'appellante, la suddetta relazione non viene neppure menzionata nel preambolo del provvedimento stesso.

14. In definitiva, i predetti mezzi vanno accolti e conseguentemente vanno accolti gli appelli riuniti, restando assorbite tutte le altre censure, in relazione al cui esame non residua alcun interesse in capo alle parti appellanti, e con essi – in riforma dell'impugnata sentenza – vanno accolti i ricorsi originariamente proposti dal Comune di Milano e dalla -OMISSIS- s.p.a. (già -OMISSIS-).

15. La novità e la peculiarità della vicenda controversa giustificano l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li accoglie, e per l'effetto accogliendo, in riforma della sentenza impugnata, i ricorsi originariamente proposti dal Comune di Milano e dalla -OMISSIS- s.p.a. (già -OMISSIS-).

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO