

Teatro alla Scala, organismi di diritto pubblico e autotutela nelle gare: quando il sipario cala prima dell'aggiudicazione definitiva

di Alessia Piscopo

Data di pubblicazione: 20-6-2026

La Fondazione Teatro alla Scala di Milano costituisce organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016, in quanto dotata di personalità giuridica, istituita per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e soggetta a influenza pubblica dominante attraverso la designazione pubblica maggioritaria dei componenti degli organi direttivi. Il ritiro della procedura di gara prima dell'aggiudicazione definitiva non costituisce esercizio del potere di autotutela ai sensi degli artt. 21-quinquies e 21-nonies della l. n. 241/1990, bensì mero atto di ritiro endoprocedimentale, con onere motivazionale attenuato, che esclude la configurabilità di un affidamento tutelabile e, conseguentemente, ogni responsabilità precontrattuale dell'amministrazione.

Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta due questioni di sicuro rilievo sistematico nel diritto dei contratti pubblici: da un lato, la **natura giuridica della Fondazione Teatro alla Scala di Milano quale organismo di diritto pubblico soggetto alle procedure di evidenza pubblica**; dall'altro, la **corretta qualificazione dell'atto con cui la stazione appaltante ritira la procedura di gara prima dell'aggiudicazione definitiva**, con le **correlate conseguenze in punto di responsabilità precontrattuale**.

La vicenda processuale origina da una procedura aperta indetta dalla Fondazione Teatro alla Scala nel 2021 per l'affidamento biennale del servizio di facchinaggio. Il Consorzio Nazionale Servizi (CNS), classificatosi al primo posto in graduatoria, si era visto comunicare il ritiro dell'intera procedura, motivato dalla sopravvenuta necessità di unificare il servizio di facchinaggio con quello dei trasporti interni, così da realizzare maggiore efficienza organizzativa e gestionale. CNS aveva quindi impugnato il provvedimento, chiedendone l'annullamento e, in via subordinata, il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale.

Il primo nodo che il TAR Lombardia si trova a sciogliere è quello, tutt'altro che secondario, della natura giuridica della Fondazione. La resistente aveva sostenuto di non essere un organismo di diritto pubblico e di applicare volontariamente le procedure del codice dei contratti, senza esservi tenuta. A sostegno della propria tesi, la Fondazione aveva richiamato la **sentenza delle Sezioni Riunite della Corte dei conti n. 1/2020**, che aveva **escluso il requisito del "controllo pubblico" ai fini dell'inserimento nell'elenco ISTAT delle**

amministrazioni pubbliche. Il Collegio rigetta tale difesa, chiarendo che la pronuncia contabile verteva su tutt'altra materia – l'assoggettamento agli obblighi di finanza pubblica derivanti dall'art. 1 della legge n. 196/2009 – e che la **nozione di "controllo pubblico" ai fini del SEC 2010 non è sovrapponibile a quella di "influenza pubblica dominante"**, rilevante ai fini della qualificazione come organismo di diritto pubblico.

Il ragionamento del TAR procede dunque lungo i **tre binari tracciati dalla giurisprudenza europea** sin dalla nota **sentenza Mannesmann (Corte di Giustizia UE, 15 gennaio 1998, n. 44)** e recepiti dall'**art. 3, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016**: il **requisito teleologico**, quello personalistico e quello della dominanza pubblica. Sotto il primo profilo, la Fondazione è indubbiamente istituita per soddisfare bisogni di interesse generale privi di carattere industriale o commerciale, consistenti nella promozione dell'arte musicale, della formazione professionale dei quadri artistici e dell'educazione musicale della collettività, né tale connotazione è scalfita dalla circostanza che lo statuto preveda la possibilità di svolgere attività commerciali accessorie. La **personalità giuridica di diritto privato** soddisfa il secondo requisito. Quanto alla **dominanza pubblica**, la sentenza pone in risalto il pervasivo sistema di controlli pubblici che caratterizza la *governance* della Fondazione: la presidenza affidata al Sindaco di Milano, la presenza obbligatoria di rappresentanti del Ministero della Cultura, della Regione, della Città Metropolitana e della Camera di Commercio nel Consiglio di Amministrazione, la nomina ministeriale del Collegio dei Revisori, il controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria e la sottoposizione alla vigilanza del Ministero della Cultura con obbligo di rendiconto. Non ultimo, in caso di insolvenza, è prevista la liquidazione coatta amministrativa anziché il fallimento, ultimo baluardo della natura sostanzialmente pubblica dell'ente.

La sentenza si segnala anche per un **argomento di coerenza sistematica**: in numerosi precedenti giudizi svoltisi dinanzi allo stesso TAR Lombardia – in materia di appalti e di accesso agli atti – la stessa Fondazione, quando convenuta in qualità di stazione appaltante, non aveva mai contestato la propria qualità di amministrazione aggiudicatrice. Un simile comportamento processuale, lungi dall'essere irrilevante, costituisce eloquente riprova della effettiva natura pubblicistica dell'ente.

Risolto il tema della giurisdizione, il TAR affronta il cuore del contenzioso: la **legittimità del provvedimento di ritiro della gara**. Il consorzio ricorrente aveva qualificato l'atto come "revoca" ai sensi dell'art. 21-quinquies I. n. 241/1990, contestandone la carenza dei presupposti e la scarsa motivazione. Il Collegio compie un'operazione ermeneutica di notevole interesse, riqualficando d'ufficio l'atto – in applicazione del noto principio secondo cui **la qualificazione giuridica spetta al giudice e si effettua in base al contenuto dispositivo e alla causa giuridica** – come "**mero atto di ritiro endoprocedimentale**", distinto tanto dalla revoca quanto dall'annullamento d'ufficio.

La distinzione è di importanza pratica non trascurabile. La **revoca**, disciplinata dall'**art. 21-quinquies**, **postula l'esercizio di un potere discrezionale su un atto già adottato e ad efficacia durevole**, richiedendo una **ponderazione degli interessi in gioco e un'articolata motivazione**. L'**annullamento d'ufficio**, ai sensi dell'**art. 21-nonies**, **presuppone invece un vizio di legittimità originaria e deve intervenire entro un termine ragionevole**.

Entrambi sono “provvedimenti di secondo grado” con cui l’amministrazione riesamina quanto già deciso. Diversamente, **il ritiro di un atto endoprocedimentale, qual è l’aggiudicazione provvisoria, non equivale ad autotutela in senso tecnico, perché l’aggiudicatario provvisorio vanta solo un’aspettativa di mero fatto – non già una posizione qualificata – alla conclusione favorevole del procedimento.** Di conseguenza, **l’onere motivazionale gravante sulla stazione appaltante risulta significativamente attenuato: è sufficiente che le ragioni addotte non siano manifestamente illogiche o irragionevoli.** Nel caso di specie, la prospettata efficienza organizzativa derivante dall’unificazione dei servizi di facchinaggio e di trasporto interno soddisfa ampiamente tale soglia.

Il terzo fronte della pronuncia riguarda la **domanda risarcitoria per responsabilità precontrattuale**, che il Collegio respinge richiamando i consolidati principi dell’Adunanza Plenaria (nn. 5/2018 e 21/2021): **perché sorga responsabilità precontrattuale, è necessario che l’operatore economico provi, tra gli altri elementi, la buona fede soggettiva e la lesione di un affidamento incolpevole.** Nel caso di specie entrambi i presupposti difettano. Da un lato, la procedura non era approdata all’aggiudicazione definitiva, e la possibilità che ciò non avvenga è evento del tutto fisiologico nel diritto degli appalti. Dall’altro, sin dall’inizio della procedura erano emerse serissime perplessità sul contratto collettivo che il consorzio intendeva applicare ai lavoratori, con numerose richieste di chiarimenti rimaste prive di risposta esaustiva: uno scenario che precludeva oggettivamente al ricorrente di maturare quell’affidamento legittimo e incolpevole che costituisce il presupposto indefettibile della tutela precontrattuale.

La sentenza in commento offre quindi diversi spunti operativi agli avvocati che si occupano di contrattualistica pubblica. Anzitutto, conferma che **la natura formalmente privata di un soggetto non è di per sé ostativa alla sua qualificazione come organismo di diritto pubblico**, dovendo **guardarsi alla sostanza dei tre requisiti di derivazione eurounitaria.** In secondo luogo, ribadisce con chiarezza che **il “sipario” del codice dei contratti cala sull’aggiudicazione provvisoria in modo del tutto diverso rispetto a quello definitivo: il ritiro prima dell’aggiudicazione definitiva non è autotutela**, e le relative regole – garanzie procedurali, obbligo di contraddittorio rafforzato, valutazione comparativa degli interessi – non trovano applicazione. Infine, e forse è il punto di maggiore rilevanza pratica, la pronuncia ricorda che **partecipare a una gara non fa sorgere automaticamente un affidamento giuridicamente tutelabile: occorre che la procedura sia giunta almeno all’aggiudicazione definitiva e che non siano emersi, in corso di gara, elementi obiettivamente incompatibili con una ragionevole aspettativa di esito favorevole.**

Rimane aperta, sullo sfondo, una questione di più ampio respiro: **fino a che punto la “fisiologicità” del ritiro endoprocedimentale e l’attenuazione dell’onere motivazionale siano compatibili con le esigenze di tutela degli operatori economici che abbiano investito risorse significative nella partecipazione alla gara?** La risposta del diritto positivo – e della giurisprudenza che ne fa applicazione – è oggi netta nel senso della prevalenza delle esigenze di flessibilità della stazione appaltante. Ma il tema è destinato a riemergere, soprattutto quando – come avviene con crescente frequenza – il ritiro intervenga a gara ormai avanzata, con l’operatore economico ormai primo classificato e la stipulazione del contratto a portata di mano.

Publicato il 11/05/2026

N. 02271/2026 REG.PROV.COLL.

N. 00665/2022 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 665 del 2022, proposto dal Consorzio Nazionale Servizi- CNS soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 88550255CB, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Gentile, Carlo Malinconico e Maria Lucia Civello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Fondazione Teatro alla Scala di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Matteo Masoni e Manuela Cundari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento del Sovrintendente, Prot. ID 77 del 31 gennaio 2022, di revoca della procedura aperta per l'affidamento biennale del servizio di facchinaggio presso le sedi di svolgimento della propria attività istituzionale;

- della relazione del RUP, comunicata con pec trasmessa in data 1° aprile 2022, con la quale si è ritenuto di non procedere all'aggiudicazione;

- della nota della Direzione Allestimento Scenico del 28 gennaio 2022, richiamata nella nota del RUP;

- della nota 1° aprile 2022, con la quale la Fondazione ha riscontrato l'istanza di accesso inoltrata da CNS in data 24 marzo 2022;

- di tutti gli ulteriori atti dell'istruttoria prodromica alla determinazione di revocare la gara, sconosciuti nei termini e nel contenuto;

nonché per la condanna

della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 30 c.p.a., alla conclusione della procedura di gara con approvazione dell'aggiudicazione e reintegrazione in forma specifica mediante affidamento del servizio alla ricorrente o, in via subordinata, al risarcimento danni per responsabilità precontrattuale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fondazione Teatro alla Scala di Milano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2026 la dott.ssa Marilena Di Paolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in data 11 agosto 2021, la Fondazione Teatro alla Scala di Milano aveva indetto una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, per l'affidamento biennale del servizio di facchinaggio presso il teatro, per un importo a base d'asta di € 2.901.288,00 comprensivo di eventuale rinnovo (docc. 6 e 7 fasc. CNS).

2. Il Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. (d'ora in poi solo CNS), che aveva partecipato alla gara indicando quale consorziata esecutrice Domina S.c.a.r.l., si era classificato al primo posto in graduatoria su dieci concorrenti, con un punteggio complessivo di 83,56 punti, come da verbale della seduta pubblica del 7 ottobre 2021 (doc. 9).

3. Con nota del 14 ottobre 2021, la stazione appaltante aveva chiesto chiarimenti al consorzio CNS in quanto il contratto di lavoro indicato nell'offerta del consorzio risultava essere quello dei CCNL Portieri e non quello di settore, vale a dire il CCNL Multiservizi (All. 5, doc. 10.1. ricorrente).

4. Con nota del 15 ottobre 2021, il consorzio CNS, in sintesi, aveva comunicato che *“La cooperativa Domina, non essendo iscritta a nessuna associazione di categoria stipulante un contratto collettivo nazionale di lavoro, è libera di applicare ai propri soci lavoratori la disciplina contrattuale ritenuta più opportuna, con l'unico limite di assicurare loro una retribuzione*

adeguata, così come previsto dall'art. 3 della Legge n. 142 del 2001 e dall'art. 36 Cost." (All. 6, doc. 10.2 ric.).

5. Con nota del 25 ottobre 2021, la stazione appaltante aveva riscontrato la citata nota, rappresentando di non condividere le motivazioni poste alla base del chiarimento, indicandone nel dettaglio le ragioni (All. 7, doc. 10.3 ric.).

6. Con nota del 28 ottobre 2021, *"al fine di procedere alla definizione dell'esito della procedura di assegnazione dell'appalto"*, CNS, per conto della propria consorziata esecutrice Domina Scarl, si impegnavo ad applicare il CCNL Multiservizi e la clausola sociale (All. 8, doc. 10.4 ric.).

7. Seguiva la nota del 3 novembre 2021, con la quale la stazione appaltante comunicava di non ritenere esaustivo il citato riscontro, e richiedeva ulteriori chiarimenti in merito all'armonizzazione della clausola sociale con l'organizzazione aziendale e all'esplicito impegno ad applicare il CCNL Multiservizi al personale riassorbito e all'eventuale nuovo personale (All. 9, doc. 10.5 ric.).

8. Con note del 4 e 5 novembre 2021, il consorzio CNS, dopo aver precisato che secondo le Linee Guida Anac n. 13 *"l'applicazione della clausola sociale non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario"*, dichiarava che al personale che sarebbe stato assorbito avrebbe applicato il CCNL Multiservizi (All. 10 e 11, docc. 10.6 e 10.7).

9. Con pec del 31 gennaio 2022, il consorzio CNS chiedeva alla stazione appaltante informazioni relativamente all'aggiudicazione della procedura in esame (All. 12, doc. 11 ric.), richiesta riscontrata con pec del 4 febbraio 2022, con la quale la stazione appaltante rappresentava che avrebbe comunicato e pubblicato a breve le proprie determinazioni (All. 13, doc. 12 ric.).

10. Con successiva pec del 9 marzo 2022 la stazione appaltante trasmetteva al consorzio CNS la determina del Sovrintendente datata 31 gennaio 2021 (evidentemente 2022), con la quale si comunicava che la gara era stata "annullata" in autotutela a seguito di rivalutazione dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento (All.1, doc. 1 ric.), atteso che *"nelle more dello svolgimento della gara, si è manifestata - per motivi organizzativi interni alla Fondazione, non conosciuti in precedenza e sopravvenuti - la necessità di rivedere l'oggetto del servizio di facchinaggio evidenziata all'articolo 2 del Capitolato di gara, in quanto lo stesso non è più in linea con il fabbisogno della Stazione appaltante; in particolare, è sopravvenuta la necessità di includere nel servizio di cui trattasi anche l'esecuzione dei trasporti interni (prima non previsti e non prevedibili); a tale proposito la Fondazione ha verificato che l'unificazione dei servizi per l'attività di facchinaggio e per quella dei trasporti interni in capo ad un unico soggetto organizzativo determinerebbe una maggiore efficienza sia a livello organizzativo che gestionale, cui conseguirebbe una rilevante economicità per la Stazione appaltante derivante dall'efficientamento del servizio"*.

11. Con istanza del 24 marzo 2022, il consorzio CNS (doc. 5 ric.) , pertanto richiedeva l'accesso agli atti, per acquisire copia del programma biennale degli acquisti di forniture e servizi per gli anni 2021-2022 e 2022-2023, con i relativi aggiornamenti annuali, e gli atti di gara.

12. Tale istanza di accesso veniva riscontrata dal RUP con nota del 1° aprile 2022, con la quale si precisava che *“La Fondazione Teatro alla Scala applica le procedure di cui al D. Lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei Contratti Pubblici) solo per motivi di trasparenza, ma non rientra tra le “amministrazioni aggiudicatrici” di cui all'art. 3, comma 1, lett. a) del suddetto decreto, vale a dire “le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti”. Si è pertanto ritenuto che la Fondazione non sarebbe “tenuta ad adottare né il programma biennale degli acquisti di beni e servizi, né il programma triennale dei lavori pubblici” (doc. 4)*.

13. Con ricorso notificato l'8 aprile 2022 e ritualmente depositato, la società ricorrente ha quindi impugnato, per l'annullamento, previa sospensione, il provvedimento del Sovrintendente.

14. In particolare, il consorzio ricorrente, dopo aver qualificato la Fondazione Teatro alla Scala di Milano come organismo di diritto pubblico, con conseguente obbligo della stessa di applicare le procedure di evidenza pubblica, ha censurato l'esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante, asseritamente illegittimo sotto diversi profili, domandando infine il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale derivante dalla lesione del c.d. interesse negativo, vale a dire: (a) il danno relativo alle spese inutilmente sostenute ai fini della partecipazione (qualificabile in termini di danno emergente); (b) nonché quello relativo alla perdita di altre occasioni di guadagno alternative (qualificabile in termini di perdita di chance).

15. Si è costituita in giudizio la Fondazione Teatro alla Scala di Milano per resistere al ricorso, depositando documenti e memoria, con la quale ha preliminarmente contestato la propria natura di organismo di diritto pubblico. A suo dire, la gara sarebbe estranea all'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, sebbene per volontaria scelta della Fondazione stessa fosse previsto che la procedura si sarebbe svolta con le modalità di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 (applicabile *ratione temporis*).

16. Alla camera di consiglio del 21 aprile 2022, con ordinanza n. 461, questo T.A.R. ha respinto la domanda cautelare ritenendo insussistenti i presupposti per l'accoglimento, considerato che:

- *“la qualificazione della Fondazione come organismo di diritto pubblico – questione rilevante ai fini della decisione della controversia – implica approfondimenti non compatibili con la fase cautelare;*

- *la sospensione del provvedimento impugnato non potrebbe comportare l'aggiudicazione al ricorrente della gara, considerato che la procedura oggetto della revoca gravata era giunta*

soltanto fino alla formazione della graduatoria e dunque la stazione appaltante non aveva ancora assunto i relativi atti conclusivi della procedura medesima;

- sussistono dubbi in ordine alla possibilità di configurare una tutela in forma specifica in capo al ricorrente, quale mero primo graduato, ma non aggiudicatario del servizio;

- il pregiudizio lamentato ha connotati patrimoniali in termini di responsabilità precontrattuale, dunque sempre reintegrabile”.

17. In prossimità dell'udienza di merito il consorzio ha dichiarato di aver interesse alla decisione e, pertanto, ha depositato ex art. 73 c.p.a. ulteriori documenti e memoria.

18. All'udienza pubblica del 29 aprile 2026, avendo le parti chiesto il passaggio in decisione senza discussione, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, si impone l'esame sulla natura giuridica della Fondazione Teatro alla Scala di Milano, al fine di verificare se essa rientri, ai sensi dell'art. 3, comma 1, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (applicabile *“ratione temporis”* alla controversia), tra le «amministrazioni aggiudicatrici», nella veste di “organismo di diritto pubblico”, tenuto come tale al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte dall'ordinamento europeo, con la conseguente devoluzione della causa alla giurisdizione del giudice amministrativo.

2. Il Teatro alla Scala di Milano nasce come ente autonomo lirico (Ente Autonomo Teatro alla Scala).

Gli enti lirici sono stati disciplinati per la prima volta dalla Legge 14 agosto 1967, n. 800 (Nuovo ordinamento degli enti lirici e delle attività musicali), che ha attribuito al Teatro alla Scala di Milano, al Teatro Comunale di Bologna, al Teatro Comunale di Firenze, al Teatro Comunale dell'Opera di Genova, al Teatro San Carlo di Napoli, al Teatro Massimo di Palermo, al Teatro dell'Opera di Roma, al Teatro Regio di Torino, al Teatro Comunale Giuseppe Verdi di Trieste, al Teatro La Fenice di Venezia e all'Arena di Verona, la personalità giuridica di diritto pubblico e li ha sottoposti alla vigilanza dell'autorità di Governo competente (all'epoca, il Ministero del turismo e dello spettacolo). Essi non perseguono scopi di lucro e hanno come fine la diffusione dell'arte musicale, la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività (art.5 Legge cit.).

La Legge n. 800 del 1967 ha dichiarato, inoltre, «di rilevante interesse generale» l'attività lirica e concertistica, «in quanto intesa a favorire la formazione musicale, culturale e sociale della collettività nazionale» (art. 1).

Dagli enti lirici, che costituiscono un numero chiuso, come sopra individuati, il legislatore del 1967 ha distinto i «teatri di tradizione» e le istituzioni concertistico-orchestrali, incaricati di «promuovere, agevolare e coordinare attività musicali [...] nel territorio delle rispettive Province», nonché di dare impulso alle locali tradizioni artistiche e musicali, con il

riconoscimento di un'ampia autonomia organizzativa (art. 28).

Gli enti lirici sono stati oggetto di una organica riforma, attuata con il decreto legislativo n. 367 del 1996, che ha compiutamente regolato la materia, del tutto peculiare, del riordino degli enti operanti nel settore musicale e ha consumato definitivamente la delega contenuta nella Legge n. 549 del 1995. Il citato decreto legislativo n. 367 del 1996: a) individua la finalità delle fondazioni nel perseguimento senza scopo di lucro della diffusione dell'arte musicale, della formazione professionale dei quadri artistici e dell'educazione musicale della collettività (art. 3); b) stabilisce che le fondazioni hanno personalità giuridica di diritto privato e sono disciplinate, per quanto non espressamente previsto dallo stesso d.lgs., dal codice civile e dalle relative norme di attuazione (art. 4); c) inserisce norme generali sul contenuto indispensabile degli statuti, prevedendo in una percentuale minoritaria l'apporto complessivo dei privati al patrimonio e subordinando la possibilità di nomina dei consiglieri di amministrazione, da parte dei privati, all'erogazione di un apporto annuo non inferiore all'8% del totale dei finanziamenti statali (art. 10); d) disciplina gli organi di gestione e le loro funzioni: il presidente - sindaco, il consiglio di amministrazione, composto da sette a nove membri, compreso chi lo presiede, il sovrintendente e il collegio dei revisori, dettando la composizione numerica degli organi collegiali e imponendo la presenza di membri in rappresentanza dell'autorità di Governo e della Regione interessata (artt. 11-14); e) mantiene la sottoposizione delle fondazioni lirico-sinfoniche al controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria e alla vigilanza dell'autorità di Governo competente in materia di spettacolo (artt. 15, comma 5, e 19); f) demanda i criteri di riparto della quota del Fondo unico per lo spettacolo (F.U.S.) da destinare alle medesime fondazioni a un decreto del Ministro per i beni e le attività culturali in relazione alla quantità e qualità della produzione offerta e agli interventi posti in essere per la riduzione della spesa (art. 24).

2.1. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in sede di regolamento di giurisdizione, nell'esaminare il problema della natura giuridica di tali organismi, in un caso sovrapponibile a quello oggetto dell'odierno contenzioso, in cui era in discussione l'affidamento del servizio di biglietteria da parte della Fondazione Accademia di Santa Cecilia (Sez. Unite, ord., 8 febbraio 2006, n. 2637), affermarono la sussistenza in capo alla citata Fondazione di tutti i requisiti prescritti dal d. lgs. 17 marzo 1995, n. 157, di attuazione della direttiva 92/50, per operare come organismo di diritto pubblico, tenuto, quindi, all'osservanza delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento a terzi di appalti di servizi pubblici.

2.2. Negli stessi termini la Corte costituzionale evidenziò che, nonostante l'acquisizione della veste giuridica formale di «fondazioni di diritto privato», tali soggetti conservano, pur dopo la loro trasformazione, una marcata impronta pubblicistica (Corte cost., 18 aprile 2011, n. 153, p. 5.2.). In particolare, per la Corte costituzionale, gli indici della connotazione pubblicistica degli enti lirici, in termini generali, erano ravvisabili: *“nella preminente rilevanza dello Stato nei finanziamenti, nel conseguente assoggettamento al controllo della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 367 del 1996, nel patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, confermato dall'art. 1, comma 3, del decreto-legge n. 345 del 2000, nell'inclusione nel novero degli organismi di diritto pubblico soggetti al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) [All. III - Enti culturali e di promozione artistica]. In particolare, il tenore della citata*

disciplina sugli appalti pubblici, di derivazione comunitaria, appare molto eloquente, perché riconosce a livello legislativo la compatibilità della nozione di organismo di diritto pubblico con la forma giuridica privata dell'ente («anche in forma societaria»), purché l'ente stesso risulti, come nella specie, istituito per soddisfare esigenze d'interesse generale, dotato di personalità giuridica e finanziato in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici (art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163 del 2006).

Alla natura pubblica di tali enti — non controversa — la Corte ritiene che si accompagni il carattere nazionale dei medesimi. E ciò non tanto perché suggerito dall'indicazione del loro rilievo nazionale, costantemente presente in tutta la normativa di riferimento come attributo qualificante di essi, ma soprattutto perché le finalità delle anzidette fondazioni, ossia la diffusione dell'arte musicale, la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività (art. 3 del d.lgs. n. 367 del 1996, che ripete la formulazione dell'art. 5 della legge n. 800 del 1967), travalicano largamente i confini regionali e si proiettano in una dimensione estesa a tutto il territorio nazionale”.

3. La definizione di organismo di diritto pubblico, elaborata dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza Mannesmann (Corte di Giustizia U.E. 15 gennaio 1998 n. 44), sul piano del diritto positivo, è stata per la prima volta delineata, con riferimento alla materia dei contratti pubblici, dalla Direttiva CEE del 18 luglio 1989, n. 89/CEE, secondo la quale è tale un soggetto giuridico che sia, contestualmente: a) dotato di personalità giuridica; b) sottoposto a influenza pubblica dominante; c) istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

4. Tale definizione è stata recepita dall'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016 (ora art. 1 dell'Allegato I.1, comma 1 lett. e) del d.lgs. n. 36/2023), il quale considera organismo di diritto pubblico *“qualsiasi organismo, anche in forma societaria (...): 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale (c.d. requisito teleologico); 2) dotato di personalità giuridica (c.d. requisito personalistico, o soggettivo); e 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico” (c.d. requisito della “dominanza pubblica”)*. Per quanto qui d'interesse, nell'allegato IV del codice dei contratti pubblici del 2016 gli “Enti culturali e di promozione artistica” sono inseriti nell'elenco “non tassativo” degli organismi di diritto pubblico.

5. I tre parametri di individuazione degli organismi di diritto pubblico enunciati nella norma citata consistono quindi: 1) nel perseguimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale e commerciale; 2) nel possesso della personalità giuridica; 3) nella sottoposizione della fondazione a una influenza pubblica dominante (che si ha alternativamente, e non cumulativamente, ove: a) l'attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato o da altro ente pubblico; oppure b) la gestione sia soggetta al controllo di questi enti; oppure c) l'organo di amministrazione, di direzione, di vigilanza sia costituito da membri più della metà dei quali designata dallo Stato o da altri enti pubblici).

6. È opinione consolidata in giurisprudenza che, affinché un soggetto possa essere qualificato organismo di diritto pubblico, questi tre requisiti debbono coesistere, salvo il carattere alternativo di quelli di cui al n. 3 (finanziamento pubblico maggioritario o controllo pubblico o designazione pubblica della maggioranza dei membri dell'organo di gestione, di direzione e di vigilanza). Secondo la Corte di Giustizia UE, nella nozione di organismo di diritto pubblico rientra l'ente che abbia l'obbligo di soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, pur se questi ultimi costituiscano solo una parte (anche relativamente poco rilevante) delle attività dell'ente stesso, presente sul mercato alla stregua di un'impresa commerciale. Di conseguenza, secondo la c.d. teoria del contagio, tutti gli appalti aggiudicati da tale ente sono appalti pubblici indipendentemente dalla loro natura e, in particolare, a prescindere dal fatto che siano aggiudicati al fine di poter adempiere il compito di soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale oppure per svolgere qualunque altro genere di attività, anche industriale o commerciale (citata sentenza Mannesmann).

7. Alla luce di quanto precede, occorre verificare l'applicazione di tali parametri alla Fondazione Teatro alla Scala di Milano.

8. Risulta dallo statuto (art. 2) che detta Fondazione non ha scopo di lucro in quanto la sua attività è volta a soddisfare interessi che riflettono l'interesse generale, interessi privi di carattere industriale o commerciale: così, la finalità di promozione sociale e culturale della programmazione e della realizzazione di spettacoli lirici, sinfonici e di balletto o comunque musicali; la promozione dell'educazione musicale della collettività e dei valori civili fondamentali; la gestione dei teatri ad essa affidati allo scopo di conservare e valorizzare il patrimonio storico-culturale, musicale, artistico, con particolare riferimento al territorio nel quale la Fondazione opera. (All. 20, doc. 19 ric.)

9. Sussiste dunque in concreto il primo elemento dell'organismo di diritto pubblico, vale a dire il requisito teleologico: che non è certo escluso in ragione della previsione statutaria della possibilità di svolgere "*attività commerciali ed accessorie*" e "*ogni operazione economica, finanziaria, patrimoniale*" ritenute utili per il raggiungimento delle finalità statutarie (artt. 2.4 e 2.5 statuto), dal momento che l'avverbio <<specificatamente>>, riferito all'elemento teleologico, contenuto nell'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016, è interpretato dalla giurisprudenza nel senso che è sufficiente che l'ente sia stato istituito "in modo specifico" al fine di soddisfare bisogni di interesse generale, non industriale o commerciale: come qui avviene, essendo indubitabile che gli interessi affidati alle cure della Fondazione Teatro alla Scala comportino ricadute fondamentali di carattere pubblicistico, pur tenendo conto delle "peculiarità operative" che contraddistinguono l'attività dell'ente.

10. Ricorre chiaramente anche il requisito soggettivo proprio dell'organismo di diritto pubblico. Ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.lgs. n. 367 del 1996 "*Le fondazioni(..) hanno personalità giuridica di diritto privato*", quindi la Fondazione Teatro alla Scala è indubbiamente dotata di personalità giuridica di diritto privato.

11. Sussiste, altresì, il terzo requisito dell'organismo di diritto pubblico, vale a dire la sottoposizione a una influenza pubblica dominante. Occorre considerare anzitutto che la

Fondazione Teatro alla Scala, come tutte le fondazioni nate dalla trasformazione degli enti lirici, è sottoposta al controllo pubblico, che si concretizza non solo nella vigilanza, ai sensi dell'art. 19, d.lgs. n. 367 del 1996, del Ministero per i Beni e le Attività Culturali (ora Ministero della Cultura, nei cui confronti sussiste obbligo di rendiconto) e nella possibilità di commissariamento, ex art. 21 del medesimo d.lgs. n. 367; ma anche nell'affidamento della presidenza al Sindaco della città che è sede dell'ente (art. 11 d.lgs. cit. e art. 9 statuto), nell'obbligatoria presenza, nel Consiglio di amministrazione, di due rappresentanti del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, uno della Regione, uno della Città metropolitana e uno della Camera di Commercio (art. 12 d.lgs. e art. 7 statuto), nella nomina da parte del Ministro dell'Economia e delle Finanze – di concerto con la predetta autorità di Governo - del collegio dei revisori, che riferisce trimestralmente al Ministro dell'Economia e delle Finanze e al Ministero per i Beni e le Attività Culturali (art. 12.4 statuto), composto da tre membri effettivi e un supplente (art. 12.2 statuto), la maggioranza dei quali designati dalle medesime autorità di Governo (art. 14 d.lgs.), e nel controllo della gestione finanziaria da parte della Corte dei conti (art. 15 d.lgs.); in caso di insolvenza, infine, si prevede non il fallimento, ma la liquidazione coatta amministrativa degli enti così disciplinati (art. 20 d.lgs.), sicché non può essere posta in dubbio la sussistenza di un controllo pubblico, del tutto rispondente a quanto previsto dal citato art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016.

12. Lo statuto, che rinvia per quanto non espressamente previsto alle disposizioni di legge applicabili alle fondazioni lirico-sinfoniche (*in primis* al più volte citato d. lgs. n. 367/96), prevede che il Sindaco – o persona da lui nominata - è Presidente della Fondazione e del Consiglio di Amministrazione (e che resta in carica per la durata del mandato amministrativo del Sindaco – v. art. 9 statuto). Il Presidente “*ha la rappresentanza legale della Fondazione, convoca e presiede il Consiglio di Amministrazione e l'Assemblea e cura l'esecuzione degli atti deliberati*” e il suo voto prevale in caso di parità di voti nel Consiglio di amministrazione (art. 8.5 dello statuto), prerogativa che rafforza il requisito dell'influenza pubblica.

13. Il Consiglio di Amministrazione della Fondazione Teatro alla Scala è composto da 9 a 15 componenti, compreso il Presidente (art. 7 statuto), di cui sei componenti di nomina pubblica. Vero è che risulta abrogato l'inciso, di cui al medesimo art. 7, “*dovendosi in ogni caso avere sempre una maggioranza di consiglieri di nomina pubblica intendendosi per tali il Presidente e i Consiglieri nominati dallo Stato e dagli enti pubblici di qualsiasi natura*”. Ma è vero anche che, a livello, per dir così, “operativo e concreto”, dalla tabella CDA “*in carica per cinque anni dal 2020*”, sub doc. 27 fasc. ric., risulta una maggioranza di componenti di nomina pubblica (conf. composizione attuale del CDA).

14. Tuttavia, con la memoria depositata in giudizio il 19 aprile 2022, la Fondazione ha affermato di non essere un organismo di diritto pubblico e, pertanto, di non rientrare tra le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3 del d. lgs. n. 50 del 2016.

14.1. La tesi della Fondazione si fonda essenzialmente sulla sentenza delle sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti n. 1/2020, la quale ha escluso, anche in ragione dell'autonomia finanziaria raggiunta dalla Fondazione del Teatro alla Scala, il possesso del requisito del “controllo pubblico” ai fini dell'inserimento della stessa nell'elenco predisposto dall'I.S.T.A.T. delle “Amministrazioni pubbliche”, individuate ai sensi dell'art. 1, comma 3,

Legge 31 dicembre 2009, n. 196 (All. 9, doc. 8 fasc. Fondazione).

14.2. La tesi non merita di essere condivisa in quanto la richiamata sentenza della Corte dei conti riguarda tutt'altra materia, con la quale il giudice contabile aveva accolto il ricorso della Fondazione Teatro alla Scala di Milano diretto all'annullamento di tale elenco, nella parte in cui la Fondazione ricorrente era stata inserita tra le amministrazioni locali che, in quanto concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica sono, di conseguenza, soggette a disposizioni di contenimento della spesa (c.d. "*spending review*") nei termini disciplinati dall'art. 1 della citata l. n. 196/2009 (legge di contabilità e finanza pubblica), da ricordare "*con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione Europea*" (art. 1, comma 1, legge cit.).

14.3. Appare evidente che nel caso esaminato dalla Corte dei conti venivano in rilievo questioni e materie diverse rispetto alla tematica oggetto dell'odierno contenzioso, in cui è in discussione l'applicabilità, o meno, delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento in appalto di pubblici servizi.

14.4. La nozione di "controllo pubblico", ai fini dell'applicazione del SEC 2010, va intesa nel senso di controllo esercitato dalla P.A. sulla politica e sul programma della fondazione, tale da esercitare un'influenza "*effettiva, stabile e permanente*" secondo i principi di diritto eurounitario formulati dalla Corte europea nella sentenza dell'11 settembre 2019 (C-612/17 e C-613/17).

14.5. Contrariamente a quanto affermato dalla Fondazione, è evidente che la carenza del requisito del controllo pubblico esaminato dal giudice contabile nulla ha a che vedere con il requisito dell'influenza pubblica dominante dell'organismo di diritto pubblico (sopra, p. 11), così come l'autonomia finanziaria evidenziata dal giudice contabile non è circostanza dirimente.

14.6. A ulteriore dimostrazione della non trasferibilità in via automatica di argomentazioni e conclusioni della decisione del giudice contabile nella vicenda odierna, vale la pena rammentare che il Consiglio di Stato, relativamente alla Fondazione Arena di Verona ebbe modo di precisare che "*la mera qualificazione della fondazione in questione come organismo di diritto pubblico non (è) sufficiente perché la stessa risulti inserita nell'elenco delle "amministrazioni", ai sensi e per gli effetti dell'art. 1 della legge n. 196 del 2009*" (Consiglio di Stato, sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5617).

15. La tesi della Fondazione è inoltre contraddetta dalla presenza di ricorsi esaminati negli ultimi anni da questa Sezione in materia di appalti di servizi e in materia di accesso agli atti, in cui la stessa Fondazione, chiamata in causa in qualità di stazione appaltante, non ha mai contestato la sua natura di amministrazione aggiudicatrice (sent. T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, n. 752/2022 e n. 846/2022; ord. coll. n. 2697/2022; ord. caut. n. 726/2022).

16. Alla luce delle ragioni esposte, va condivisa la tesi di parte resistente, che porta ad affermare che la Fondazione Teatro alla Scala ha natura di organismo di diritto pubblico, come tale soggetto all'applicazione del codice dei contratti pubblici perché possiede i tre requisiti – di matrice comunitaria – di cui all'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50 del 2016, ovvero: a) il requisito personalistico, trattandosi di soggetto dotato di personalità giuridica di diritto privato;

b) il requisito dell'influenza dominante del soggetto pubblico, trattandosi di ente - sottoposto a un controllo pubblico stringente e comunque - dotato di organo direzionale a designazione pubblica maggioritaria; c) il requisito teleologico, perché destinato a promuovere la cultura musicale, diretto a soddisfare bisogni di interesse generale di natura non industriale e commerciale.

17. Sicché lo svolgimento della gara secondo la procedura di evidenza pubblica del codice dei contratti pubblici non è solo frutto – come erroneamente sostiene la Fondazione - di una scelta volontaria della stazione appaltante, essendo invece quest'ultima tenuta all'osservanza di dette disposizioni, con la conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

18. Venendo al merito, il consorzio deduce i seguenti motivi:

I) (indicato come II.2) *Violazione degli artt. 21-quinquies e 21-nonies ed eccesso di potere per errore nei presupposti di fatto e di diritto dell'atto di autotutela.* In sintesi, la parte ricorrente, dopo aver precisato che il provvedimento impugnato andrebbe qualificato come revoca e non come annullamento, in ragione del proprio contenuto, contesta la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21 quinquies, L. n. 241/1990 e di una motivazione sufficiente;

II) (indicato come II.3) *Violazione dell'art. 95, comma 12, D.Lgs. 50/2016. Violazione degli artt. 3 e 21-quinquies l. n. 241/90. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per sviamento. Violazione del principio di buona fede. Violazione dei principi di buon andamento efficienza ed economicità. Violazione dell'art. 51 del D.lgs. n. 50/2016. Violazione dell'art. 97 Cost..* Il consorzio contesta il richiamo, che la stazione appaltante avrebbe a suo dire abbozzato ma non sviluppato nel provvedimento di revoca, alla facoltà della Fondazione di non procedere all'aggiudicazione ove nessuna offerta fosse risultata conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, ai sensi dell'art. 95, comma 12, D. Lgs. n. 50/2016, dal momento che l'idoneità delle altre nove offerte presentate non sarebbe stata oggetto di alcuna considerazione.

19. I due motivi di ricorso possono essere esaminati congiuntamente in quanto muovono entrambi dal presupposto – erroneo – secondo cui l'atto impugnato sarebbe qualificabile come una “revoca” ai sensi dell'art. 21 quinquies L. n. 241/1990.

20. Detti motivi sono infondati e vanno respinti.

20.1. Preliminarmente è necessario procedere alla corretta qualificazione dell'atto impugnato, che deve essere effettuata dal giudice in base al contenuto dispositivo e alla causa giuridica dell'atto (cfr., *ex plurimis* Consiglio di Stato sez. VI, 27 febbraio 2026, n. 1556). Al riguardo, va tenuto presente che l'atto impugnato ha disposto testualmente “l'annullamento” della gara mentre il consorzio ricorrente ha interpretato tale provvedimento come una revoca ex art. 21 quinquies L. 241/90, norma indicata nell'atto.

20.2. In proposito, il Collegio osserva che la revoca e l'annullamento d'ufficio, disciplinati rispettivamente dagli artt. 21 quinquies e 21 nonies della L. 241/90, sono provvedimenti c.d. di secondo grado, con i quali l'Amministrazione esercita la funzione di riesame di un atto già

adottato o perché non più rispondente all'interesse pubblico o perché affetto da illegittimità originaria.

La revoca, di cui all'art. 21^{quinquies} L. n. 241/1990, postula l'esercizio di un potere discrezionale di autotutela dell'amministrazione, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse o nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici (a cui la giurisprudenza riconduce il provvedimento di aggiudicazione), di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, rispetto a un atto precedentemente emanato e a efficacia durevole (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 4 dicembre 2024, n.9701).

L'annullamento ai sensi dell'art. 21^{nonies} L. n. 241/1990 può essere disposto, sussistendo ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole e comunque non superiore dodici mesi (oggi sei mesi, a seguito della novella introdotta dall'art. 1, comma 1 della L. 2 dicembre 2025, n. 182), nel caso di illegittimità originaria del provvedimento di primo grado.

La differenza tra i due provvedimenti risiede nel fatto che mentre l'annullamento elimina l'atto in sé in ragione di un intrinseco contrasto con l'ordinamento giuridico, la revoca elimina i perduranti effetti incompatibili con l'interesse pubblico attuale, con la conseguenza logica che il primo (di norma) produce effetti *ex tunc* e la seconda *ex nunc*.

20.3. Viceversa, nelle gare pubbliche, la revoca (come pure l'annullamento) dell'aggiudicazione provvisoria non è qualificabile in senso stretto alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, attesa la natura di atto endoprocedimentale attribuibile all'aggiudicazione provvisoria, a effetti instabili. La possibilità che all'aggiudicazione provvisoria di una gara non segua quella definitiva è un evento cioè "fisiologico", alla luce di quanto stabilito dal codice dei contratti pubblici *ratione temporis* applicabile. L'aggiudicatario provvisorio vanta solo un'aspettativa non qualificata o di mero fatto a una conclusione del procedimento a sé favorevole: pertanto, l'assenza di una posizione di affidamento in capo all'aggiudicatario provvisorio, meritevole di tutela qualificata, attenua l'onere motivazionale facente carico alla stazione appaltante, in occasione del ritiro dell'aggiudicazione provvisoria, anche con riferimento alla indicazione dell'interesse pubblico giustificativo dell'atto di ritiro (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 9 maggio 2025, n. 4036; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 18 settembre 2025, n. 2062; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 7 aprile 2025, n. 646).

20.4. Quindi, l'atto di rimozione di un atto endoprocedimentale adottato prima dell'aggiudicazione definitiva non può essere qualificato come espressione di un potere di autotutela, da valutarsi ai sensi degli artt. 21^{quinquies} e 21^{nonies} L. n. 241/1990; essa costituisce invece un mero atto di ritiro, che può appunto intervenire fino a quando "*non vi sia stata un'aggiudicazione definitiva*" (Cons. Stato, sez. III, 11 dicembre 2024, n. 10008).

21. Alla luce di tali principi, che trovano applicazione nel caso di specie, l'atto impugnato è qualificabile come atto di ritiro, dal momento che è stata ritirata l'intera procedura di gara prima di addivenire all'aggiudicazione definitiva, sicché la stazione appaltante non era tenuta a motivare l'atto alla stregua degli impegnativi requisiti richiesti dall'art. 21^{quinquies} L. n. 241/1990 (vale a dire indicando i sopravvenuti motivi di interesse pubblico o altre ragioni

giustificative e valutando l'interesse dell'amministrazione in comparazione a quello della società).

21.1. Peraltro, il provvedimento di ritiro risulta adeguatamente motivato con riferimento alla maggiore efficienza ed economicità, sia a livello organizzativo che gestionale, realizzabile dalla Fondazione con l'indizione di una nuova gara per l'affidamento dei servizi di facchinaggio e di trasporto in capo ad un unico operatore economico, ragioni che evidentemente hanno sconsigliato alla stazione appaltante di concludere la procedura avviata.

21.2. Nella motivazione dell'atto di ritiro in contestazione la stazione appaltante rileva che la *"procedura non si è ancora conclusa non essendo stata disposta l'aggiudicazione definitiva"* e che *"nelle more dello svolgimento della gara si è manifestata – per motivi organizzativi interni alla Fondazione, non conosciuti in precedenza e sopravvenuti – la necessità di rivedere l'oggetto del servizio di facchinaggio evidenziata all'art. 2 del Capitolato di gara, in quanto lo stesso non è più in linea con il fabbisogno della Stazione appaltante"*. Pertanto, la valutazione di inopportunità sopravvenuta di concludere la gara non appare manifestamente illogica o irragionevole.

21.3. Ne consegue l'infondatezza dei motivi in esame che, come detto, qualificano erroneamente l'atto facendo riferimento all'art. 21 *quinquies* cit., contestando infondatamente la scelta discrezionale della stazione appaltante. Appare poi inconferente la giurisprudenza citata dal consorzio ricorrente, dal momento che la stessa riguarda il diverso caso della posizione del vincitore aggiudicatario dopo la verifica dei requisiti.

21.4. Dal rigetto della domanda di annullamento discende anche quello della domanda di accertamento dell'obbligo per la stazione appaltante di concludere la procedura di gara con l'affidamento del servizio, poiché come già evidenziato, l'atto di ritiro era legittimo.

22. Quanto alla residua domanda di risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale va evidenziato quanto segue.

22.1. Sul punto il Consiglio di Stato ha affermato che: *"nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito)"* (Adunanza Plenaria n. 6 del 2005). Tali principi sono stati poi ribaditi affermando che: *"Nei procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di un contratto di appalto, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito di tutte le fasi della procedura di gara, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento"* (Adunanza Plenaria n. 5 del 2018 e n. 21 del 2021).

22.2. Secondo l'Adunanza Plenaria, l'impresa che intenda far valere la responsabilità

dell'amministrazione deve provare: a) la propria buona fede soggettiva, intesa come affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere attività economicamente onerose; b) la lesione dell'affidamento incolpevole per una condotta oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà e soggettivamente imputabile all'amministrazione in termini di colpa o dolo; c) il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale); d) il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate) e il rapporto di causalità fra tali danni e il comportamento scorretto.

22.3. Quanto alla misura del risarcimento, il danno risarcibile in caso di responsabilità precontrattuale è limitato al cd. interesse contrattuale negativo, che copre sia il danno emergente (spese documentate per la partecipazione alla gara) che il lucro cessante (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5274/2021), essendo astrattamente ammesso anche il ristoro della perdita di *chance* per le sole occasioni di guadagno alternative cui l'operatore economico avrebbe potuto attingere in assenza del contegno colposo dell'amministrazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VII, 10 maggio 2022, n. 3661).

22.4. Venendo ora alla fattispecie in esame, il Collegio rileva che la favorevole valutazione dell'offerta e della posizione in graduatoria (prima) ottenuta dal consorzio ricorrente erano circostanze necessarie ma, da sole, non sufficienti per far sorgere un legittimo affidamento in capo al consorzio in ordine alla conclusione della procedura e all'affidamento del servizio con la stipula del futuro contratto.

22.5. Invero, l'art. 32, comma 8, del d. lgs. n. 50/2016 (oggi art. 18, comma 2, del d.lgs. n. 36/2023) prevede che, divenuta efficace l'aggiudicazione, è sempre fatto "*salvo l'esercizio dei poteri di autotutela*"; pertanto, secondo la condivisibile giurisprudenza, la possibilità che all'aggiudicazione provvisoria della gara non faccia seguito quella definitiva è evento "*del tutto fisiologico, che esclude qualsivoglia affidamento tutelabile*" (T.A.R. Lazio sez. III, 27 giugno 2025, n. 12764).

22.6. Nella fattispecie, inoltre, non può dirsi che il consorzio avrebbe potuto riporre un incolpevole e legittimo affidamento nella conclusione della gara e nell'aggiudicazione in suo favore, dal momento che sin da subito erano emersi dubbi sui contratti di lavoro che lo stesso consorzio avrebbe applicato ai dipendenti, sia a quelli assorbiti in applicazione della clausola sociale, sia a eventuali nuove assunzioni, dubbi a cui erano seguite numerose richieste di chiarimenti da parte della stazione appaltante, sicché in questa situazione non poteva, e non può, dirsi sussistente né un affidamento legittimo e nemmeno la sua lesione da parte della stazione appaltante, atteso che l'atto di ritiro dell'aggiudicazione provvisoria appariva tutt'altro che implausibile, soprattutto dopo aver la stazione appaltante dichiarato "*non esaustivi*" i chiarimenti resi dal consorzio ricorrente.

22.7. L'atto di ritiro è legittimo anche sotto il profilo temporale, dal momento che è stato adottato entro un termine ragionevole (di tre mesi dalla valutazione delle offerte).

23. Pertanto, la domanda di risarcimento dei danni da responsabilità precontrattuale va respinta.

24. Per quanto riguarda la domanda di annullamento della nota 1° aprile 2022, con la quale la Fondazione ha riscontrato l'istanza di accesso inoltrata da CNS in data 24 marzo 2022, si tratta di un diniego parziale di accesso agli atti, sul quale parte ricorrente non formula censure, e che non è stata impugnata ai sensi dell'art.116, comma 2, del codice del processo amministrativo.

25. Conclusivamente, il ricorso deve essere respinto.

26. La complessità delle questioni giuridiche sottese alla decisione è tale tuttavia da giustificare l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- respinge il ricorso;
- respinge le ulteriori domande di condanna e risarcitoria.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2026 con l'intervento dei magistrati:

Marco Buricelli, Presidente

Luca Iera, Primo Referendario

Marilena Di Paolo, Referendario, Estensore