

Publicato il 02/03/2023

N. 00538/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00845/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 845 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

- Katia Martino S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Mario Bottaro ed Ebe Nannei ed elettivamente domiciliata presso lo studio della seconda in Milano, Via Bartolomeo Panizza, n. 10;

contro

- il Conservatorio di Musica “*Giuseppe Verdi*” di Milano, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso per legge dall’Avvocatura Distrettuale dello Stato e domiciliato presso la sede della stessa in Milano, Via Freguglia n. 1;

nei confronti

- Ristoservice S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;
- Toffy&Pucci S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della comunicazione datata 12 aprile 2022, avente a oggetto l'esclusione della Katia Martino S.r.l. dalla procedura avviata dal Conservatorio di Milano al fine di individuare gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata per l'affidamento della gestione del servizio interno di bar, caffetteria e ristorazione;

- nonché di ogni altro atto presupposto, preparatorio, conseguente o altrimenti connesso, e in particolare, della nota prot. 2751/2022 trasmessa dal citato Conservatorio all'impresa ricorrente, dell'Avviso esplorativo di manifestazione di interesse per la concessione del richiamato servizio interno e delle comunicazioni via p.e.c. di chiusura della procedura trasmesse dal Conservatorio in data 5 maggio 2022;

quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:

- del Disciplinare di gara prot. n. 3594/2022 riguardante l'«*Appalto per la concessione d'uso e la gestione di un servizio interno di bar, caffetteria e ristorazione ubicata nel Conservatorio di musica "Giuseppe Verdi" di Milano ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. B del DLGS n. 50/2016*», visibile dalla Società ricorrente sulla piattaforma Syntex solo a partire dal 17 giugno 2022;

- nonché di ogni altro atto presupposto, preparatorio, conseguente o altrimenti connesso e, in particolare, della nota del Conservatorio di Milano in data 20 giugno 2022, avente a oggetto «*servizio interno di Bar, Caffetteria e Ristorazione – cessazione del servizio – rif. a comunicazione del 16 febbraio 2022 nr prot. 1259*»;

- della nota del Conservatorio di Milano in data 24 giugno 2022, avente a oggetto «*Risposta a lettera del 23 giugno 2022 – Servizio Bar, Caffetteria e Ristorazione – fine servizio al 30.06.2022*»;

- della nota del Conservatorio di Milano in data 28 giugno 2022, avente a oggetto “*Risposta a lettera del 27 giugno 2022 – Servizio Bar, Caffetteria e Ristorazione*”;

quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:

- per il risarcimento del danno in conseguenza dell’emissione degli atti impugnati con il primo ricorso per motivi aggiunti;

quanto al terzo ricorso per motivi aggiunti:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, determinazione n. 434 prot. n. 9210 del 24 novembre 2022, comunicata alla ricorrente via p.e.c. in data 30 novembre 2022, mediante la quale è stata aggiudicata definitivamente alla

controinteressata Ristoservice S.r.l. la gara per l’affidamento in concessione d’uso e in gestione del servizio interno di bar, caffetteria e ristorazione ubicato nel Conservatorio di musica “*Giuseppe Verdi*” di Milano per sei anni;

- del provvedimento di non esclusione dalla stessa gara della Ristoservice S.r.l. nonostante la difformità dell’offerta tecnica presentata rispetto alle prescrizioni minime previste dal Disciplinare di gara;

- dei verbali di gara e degli altri provvedimenti o atti istruttori, in specie del verbale di gara n. 1 del 5 settembre 2022, del verbale di gara n. 2 del 20 settembre 2022, del verbale di gara n. 3 del 4 ottobre 2022, della proposta di aggiudicazione del servizio a Ristoservice S.r.l., determina n. 377 del 12 ottobre 2022;

- del provvedimento di nomina della Commissione di gara, determina n. 321 del 24 agosto 2022;

- del disciplinare di gara, nella parte in cui non prevede al suo interno la c.d. clausola sociale e il valore della concessione da affidare;

- nonché per la caducazione e/o la statuizione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra il Conservatorio di Milano e Ristoservice S.r.l.;

- e per il risarcimento in forma specifica (attraverso il subentro dell’esponente alla ditta controinteressata nella gestione del servizio in oggetto) del danno patito da Katia Martino S.r.l. per la mancata aggiudicazione;

- o, altrimenti, per il risarcimento del medesimo danno per equivalente.

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

Visto il decreto n. 559/2022 con cui è stata respinta, inaudita altera parte, la domanda di sospensione del provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo e fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Conservatorio di Musica "*Giuseppe Verdi*" di Milano;

Vista l'ordinanza n. 691/2022 con cui è stata accolta la domanda di sospensione cautelare formulata con il ricorso introduttivo, ammettendo con riserva la ricorrente alla procedura di gara, e fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Vista l'ordinanza n. 817/2022 con cui è stata respinta la domanda di sospensione cautelare formulata con il primo ricorso per motivi aggiunti e confermata la data di celebrazione dell'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 15 febbraio 2023, i difensori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso introduttivo notificato in data 11 maggio 2022 e depositato il 12 maggio successivo, la società ricorrente ha impugnato la comunicazione datata 12 aprile 2022, avente a oggetto l'esclusione della Katia Martino S.r.l. dalla procedura avviata dal Conservatorio di Milano al fine di individuare gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata per l'affidamento della gestione del servizio interno di bar, caffetteria e ristorazione.

Con «*Avviso esplorativo di manifestazione di interesse per la concessione d'uso e la gestione di un servizio interno di bar, caffetteria e ristorazione ubicata nel Conservatorio di musica "Giuseppe Verdi" di Milano*» datato 3 marzo 2022, la richiamata Istituzione ha invitato gli operatori economici interessati e in possesso dei requisiti generali e tecnico/professionali previsti dalla normativa vigente a manifestare il proprio interesse a essere invitati alla ridetta procedura. La ricorrente, quale gestore uscente, in data 16 marzo 2022, ha presentato domanda di partecipazione, autocertificazione e dichiarazione per l'ammissione alla procedura. Con p.e.c. del 12 aprile 2022, il Conservatorio di Milano ha comunicato alla ricorrente l'esclusione dalla procedura, stante la mancanza del requisito di cui al punto 5.5 dell'Avviso esplorativo, ovvero *"di non avere debiti o morosità e neppure liti pendenti nei confronti di Amministrazioni Pubbliche a qualsiasi titolo o comunque di provvedere a sanare la propria posizione debitoria entro il termine di scadenza del bando"*, vista la situazione debitoria della ricorrente nei confronti del Conservatorio legata alla pregressa gestione del servizio svolta dalla predetta ricorrente nel periodo 2015-2021.

Assumendo l'illegittimità della predetta esclusione, la ricorrente ne ha chiesto l'annullamento, in primo luogo, per eccesso di potere per violazione dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, favor participationis, efficacia e correttezza.

Ulteriormente sono stati dedotti l'eccesso di potere per violazione dei principi di proporzionalità, libera concorrenza e favor participationis.

Inoltre sono stati dedotti l'eccesso di potere per contraddittorietà, la violazione dei principi di ragionevolezza, parità di trattamento e correttezza, la violazione del principio di trasparenza e l'ingiustizia manifesta.

Ancora sono stati eccepiti l'eccesso di potere per violazione dei principi di buona fede e leale collaborazione nel rapporto intercorrente tra P.A. e privati e la violazione di legge.

Infine, sono stati dedotti l'eccesso di potere per violazione del superiore principio di legittimo affidamento, l'ulteriore violazione del principio di buona fede e di leale collaborazione e la violazione di legge.

Con il decreto n. 559/2022 è stata respinta, inaudita altera parte, la domanda di sospensione del provvedimento impugnato ed è stata fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare.

Si è costituito in giudizio il Conservatorio di Musica "Giuseppe Verdi" di Milano, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con l'ordinanza n. 691/2022 è stata accolta la domanda di sospensione cautelare formulata con il ricorso introduttivo, ammettendo con riserva la ricorrente alla procedura di gara, ed è stata fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia.

2. Con un primo ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 1° luglio 2022 e depositato il 4 luglio successivo, la società ricorrente ha altresì impugnato il Disciplinare di gara prot. n. 3594/2022 riguardante l'«*Appalto per la concessione d'uso e la gestione di un servizio interno di bar, caffetteria e ristorazione ubicata nel Conservatorio di musica "Giuseppe Verdi" di Milano ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. B del DLGS n. 50/2016*», visibile sulla piattaforma Syntex solo a partire dal 17 giugno 2022, nonché (i) la nota del Conservatorio di Milano in data 20 giugno 2022, avente a oggetto "*servizio interno di Bar, Caffetteria e Ristorazione – cessazione del servizio – rif. a comunicazione del 16 febbraio 2022 nr prot. 1259*", (ii) la nota del Conservatorio di Milano in data 24 giugno 2022, avente a oggetto "*Risposta a lettera del 23 giugno 2022 – Servizio Bar, Caffetteria e Ristorazione – fine servizio al 30.06.2022*" e (iii) la nota del Conservatorio di Milano in data 28 giugno 2022, avente a oggetto "*Risposta a lettera del 27 giugno 2022 – Servizio Bar, Caffetteria e Ristorazione*".

La società ricorrente ha contestato la scelta del Conservatorio di avviare una procedura di selezione per individuare un nuovo gestore del servizio,

piuttosto che prorogare l'affidamento in suo favore e consentirle di ricondurre a equilibrio, mettendo in ordine i conti e rientrando dell'investimento, un rapporto che avrebbe subito gli effetti negativi della pandemia da Covid 19. Altrettanto irragionevole viene ritenuto l'ordine di sgombero dei locali occupati dalla ricorrente, in attesa dell'individuazione del nuovo gestore. In ogni caso, la gara viene assunta come illegittima, stante la mancata individuazione del valore della concessione, che rende immediatamente lesiva la *lex specialis*, e viene dedotta l'illegittimità dei requisiti previsti dagli artt. 16 e 17 del Disciplinare, laddove impongono che il partecipante deve *“non avere subito atti di decadenza o di revoca di concessioni da parte del Conservatorio per fatti addebitabili al concessionario stesso”* e *“non avere debiti o morosità e neppure liti pendenti nei confronti del Conservatorio a qualsiasi titolo (La situazione di morosità non si configura qualora il partecipante sani la propria posizione debitoria entro il termine di scadenza del bando)”*.

A sostegno del ricorso vengono dedotte svariate censure di violazione di legge e di eccesso di potere sotto differenti profili.

Con l'ordinanza n. 817/2022 è stata respinta la domanda di sospensione cautelare formulata con il primo ricorso per motivi aggiunti ed è stata confermata la data di celebrazione dell'udienza pubblica per la trattazione del merito della controversia.

3. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 9 settembre 2022 e depositato il 15 settembre successivo, la ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno subito a causa dei provvedimenti adottati dal Conservatorio.

4. Con un terzo ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 30 dicembre 2022 e depositato il 5 gennaio successivo, la ricorrente ha impugnato, unitamente agli atti presupposti, il provvedimento di aggiudicazione definitiva, determinazione n. 434 prot. n. 9210 del 24 novembre 2022, comunicata via p.e.c. in data 30 novembre 2022, mediante la quale è stata

aggiudicata definitivamente alla controinteressata Ristoservice S.r.l. la gara per l'affidamento in concessione d'uso e in gestione del servizio interno di bar, caffetteria e ristorazione ubicato nel Conservatorio di Musica "Giuseppe Verdi" di Milano per sei anni.

La ricorrente, a titolo precauzionale, anche in virtù del disposto di cui all'ordinanza n. 691/2022, ha preso parte alla procedura indetta dal Conservatorio e all'esito della stessa si è classificata al secondo posto, essendo risultata aggiudicataria la società Ristoservice S.r.l.

Assumendo l'illegittimità di tale aggiudicazione, la ricorrente ne ha chiesto l'annullamento per violazione di svariate disposizioni di legge e per eccesso di potere sotto differenti profili.

5. In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 15 febbraio 2023, dopo che il Collegio ha prospettato ai difensori delle parti la possibile inammissibilità o improcedibilità dei ricorsi per motivi aggiunti, laddove fosse accertata l'infondatezza del ricorso introduttivo, la controversia è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso introduttivo è infondato.
2. Con tutte le censure del predetto gravame, da trattare congiuntamente in quanto strettamente connesse, si assume l'illegittimità della previsione recata dal punto 5.5 dell'Avviso esplorativo emanato dal Conservatorio di Milano, ovvero che per poter prendere parte alla gara l'operatore non deve *"avere debiti o morosità e neppure liti pendenti nei confronti di Amministrazioni Pubbliche a qualsiasi titolo o comunque [deve] provvedere a sanare la propria posizione debitoria entro il termine di scadenza del bando"*, poiché si tratterebbe di requisiti di ordine generale non previsti dalla legge, la cui

introduzione in sede di *lex specialis* risulterebbe nulla per violazione dell'art. 83, comma 8, del D. Lgs. n. 50 del 2016; peraltro la condotta dell'Ente appaltante sarebbe in contrasto anche con i principi di proporzionalità e ragionevolezza, non avendo considerato che la morosità in cui è incorsa la ricorrente sarebbe incolpevole, tenuto conto della situazione generale connessa alla diffusione della pandemia da Covid 19, come pure risulterebbe lesa l'affidamento della predetta ricorrente che avrebbe avuto diritto a ottenere una consistente proroga della concessione originaria per poter rientrare del proprio investimento e saldare i debiti accumulati.

2.1. Le doglianze sono complessivamente infondate.

In premessa, va rilevato come la procedura oggetto del presente contenzioso riguardi una concessione di beni e servizi, e più nello specifico la *«Concessione d'uso e la gestione di un servizio interno di bar, caffetteria e ristorazione ubicata nel Conservatorio di Musica "Giuseppe Verdi" di Milano»*.

A giudizio della parte ricorrente, il punto 5.5 dell'Avviso esplorativo pubblicato dal Conservatorio di Milano, nella parte in cui consente la partecipazione alla gara soltanto a coloro che dimostrino *“di non avere debiti o morosità e neppure liti pendenti nei confronti di Amministrazioni Pubbliche a qualsiasi titolo o comunque di provvedere a sanare la propria posizione debitoria entro il termine di scadenza del bando”*, risulterebbe nullo per violazione dell'art. 83, comma 8, del D. Lgs. n. 50 del 2016, rientrando tale prescrizione nella categoria dei requisiti di ordine generale non previsti dalla legge e la cui introduzione in sede di *lex specialis* non risulterebbe ammessa.

Tale conclusione non è condivisa dal Collegio che – re melius perpensa rispetto alla decisione assunta in fase cautelare – ritiene di aderire all'orientamento del Giudice d'appello, secondo il quale *«il principio di tassatività delle cause di esclusione si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal Codice dei contratti pubblici in via diretta ovvero per*

autovincolo dell'amministrazione procedente (Cons. Stato, V, 9 giugno 2015, n. 2839);

- allo stato, il vigente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 stabilisce all'art. 164 comma 2 che "Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione";

- la norma di attuale riferimento della questione individua dunque la normativa applicabile alle procedure di aggiudicazione delle concessioni tramite un rinvio per "temi" e non per articoli, e postula altresì l'espressione di un giudizio di compatibilità della relativa disciplina con l'oggetto di regolazione tramite rinvio» (Consiglio di Stato, V, 17 maggio 2022, n. 3861).

Di conseguenza non è possibile applicare, de plano, alle concessioni di beni pubblici o di servizi l'art. 83, comma 8, considerato che si è al cospetto di una figura peculiare attraverso la quale si determina «l'assunzione in capo all'affidatario del rischio operativo legato alla sua gestione [art. 3 comma 1 lettera zz) e art. 165 comma 1 Codice contratti; Cons. Stato, III, 3 agosto 2020, n. 4910; 18 giugno 2020, n. 3905; VI, ordinanza 6 dicembre 2019, n. 6073; V, 28 marzo 2019, n. 2065; III, 11 gennaio 2018, n. 127; VI, 16 luglio 2015, n. 3571; 14 ottobre 2014, n. 5065], nell'ambito dell'equilibrio economico finanziario proprio dell'istituto [art. 3 comma 1 lett. fff) e art. 165 comma 2 Codice contratti].

Agli espressi fini del raggiungimento di tale equilibrio, l'art. 165 comma 2 del Codice contratti prevede, tra altro, che l'amministrazione aggiudicatrice

possa stabilire in sede di gara “un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell’equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell’amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all’opera affidata in concessione”.

Indi, accanto all’affidamento del servizio, l’amministrazione può concedere l’utilizzo dei beni necessari all’esercizio dell’attività, così integrando anche una concessione di bene pubblico (C.G.A.R.S., 24 marzo 2021, n. 247).

A sua volta, l’art. 172 comma 1 del Codice contratti, nel disporre in linea generale le regole di selezione e valutazione qualitativa degli aspiranti concessionari, prevede che le stazioni appaltanti verifichino le condizioni di partecipazione anche sotto il profilo della loro “capacità finanziaria ed economica” e ciò “sulla base di certificazioni, autocertificazioni o attestati che devono essere presentati come prova”.

Si tratta di una potestà non illimitata: l’art. 172 comma 1, con una disposizione non dissimile a quella dettata dal precedente art. 83 comma 2 per i contratti di appalto, stabilisce che “Le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell’oggetto della concessione e dell’obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva”» (Consiglio di Stato, V, 17 maggio 2022, n. 3861).

Tenuto conto che la prescrizione di cui al punto 5.5 dell’Avviso pubblico è inserita nell’ambito di una *lex specialis* che non si è vincolata in linea generale all’applicazione delle norme del Codice dei contratti pubblici, e avendo la Stazione appaltante ritenuto di procedere alla verifica dell’affidabilità dei partecipanti alla gara non solo da un punto di vista formale, ma anche sostanziale, attraverso un accertamento della capacità finanziaria ed economica dei partecipanti alla procedura, ne risulta un diretto collegamento con l’oggetto dell’affidamento, costituito dalla cessione (anche) di un bene

pubblico, a fronte del pagamento di un canone predeterminato. Ciò risulta coerente con la previsione di cui all'art. 172, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, secondo la quale è assolutamente proporzionato pertinente all'oggetto della concessione procedere a una verifica delle capacità dell'operatore economico di gestire la predetta concessione, unitamente alla sua affidabilità e integrità.

Ne risulta l'inapplicabilità del disposto di cui all'art. 83, comma 8, del D. Lgs. n. 50 del 2016 alla procedura de qua.

Pertanto, legittimamente l'Ente resistente ha introdotto la clausola di cui punto 5.5 dell'Avviso esplorativo di manifestazione di interesse, cui poi ha fatto seguito, quale atto dovuto, l'esclusione della ricorrente dalla procedura, in ragione della morosità accumulata da quest'ultima nel corso del pregresso rapporto concessorio (relativo al periodo 2015-2021).

2.2. La ricorrente tuttavia assume la non imputabilità a sé medesima della situazione debitoria venutasi a creare durante il richiamato periodo, stante il verificarsi di una causa di forza maggiore legata all'emergenza sanitaria da Covid 19, che ha provocato la chiusura dell'attività per un tempo non breve e ha determinato comunque una sensibile riduzione del giro d'affari anche nel periodo successivo al termine del lockdown.

In senso contrario, l'Amministrazione resistente ha però segnalato che già a partire dal 2019, ovvero in periodo pre-pandemico, i pagamenti della concessionaria non sono risultati regolari. A fine anno 2019 risultava un debito pari a € 10.869,41, mentre per il 2020 era pari a € 5.990,00 e per il 2021 a € 14.888,40 (all. 15 del Conservatorio), il tutto a fronte di un canone annuo di € 28.000,00. Tale situazione è stata confermata dalla stessa ricorrente che ha dato atto, senza formulare alcuna riserva in merito, di essere debitrice della somma totale di € 32.992,06 e si è impegnata a restituirla in 36 rate mensili da € 917,00 ciascuna (all. 11 del Conservatorio). Nessun rilievo riveste al proposito la comunicazione, del tutto informale e nemmeno con certezza riconducibile al soggetto cui si attribuisce (messaggio wathsapp che la

Direttrice del Conservatorio avrebbe inviato alla legale rappresentante della ricorrente: all. 11 al ricorso), con cui si paventa un abbuono di sei mesi del canone e un rinnovo della concessione per altri sei anni, stante l'irritualità e soprattutto l'assoluta genericità della citata comunicazione. Ugualmente, la corrispondenza intercorsa tra il Conservatorio e l'Agenzia del Demanio, attraverso la quale l'Ente resistente segnala alla seconda che la concessionaria aveva chiesto di sospendere e/o ridurre gli importi dovuti a fronte degli effetti economici negativi patiti a causa della pandemia (all. 7 al ricorso), non risulta riferibile al rapporto concessorio complessivamente inteso, ma si riferisce esclusivamente al periodo da marzo a settembre 2020, in relazione al quale la ricorrente aveva domandato l'esonero dal pagamento dei canoni e formulato contestuale istanza di proroga di ulteriori sei mesi della durata della concessione, ovvero fino al 1° giugno 2022. Con riguardo a tale ultimo aspetto, va segnalato che la durata della concessione è stata effettivamente prolungata fino al 30 giugno 2022, accordandosi quindi una proroga anche più estesa rispetto a quella richiesta dalla stessa ricorrente (all. 14 al ricorso).

Da quanto evidenziato, discende che la situazione debitoria della ricorrente nei confronti del Conservatorio, sebbene aggravata dall'insorgere della pandemia, non trae origine da tale accadimento, essendo sorta in un periodo antecedente, ed è certamente imputabile alla condotta della predetta ricorrente.

2.3. In tal modo emerge altresì la palese infondatezza della contestazione relativa alla mancata proroga della concessione in favore della ricorrente per ulteriori sei anni, reiterata anche nel primo ricorso per motivi aggiunti (censura rubricata al n. 9), poiché la situazione debitoria pregressa, protrattasi nel tempo e quindi non occasionale, giustifica ampiamente la decisione del Conservatorio di non prolungare la durata del rapporto concessorio; quindi nessun legittimo affidamento della ricorrente è stato leso, visto che la situazione di morosità è alla stessa riconducibile, risalendo a un periodo antecedente allo scoppio della pandemia da Covid 19.

La determinazione del Conservatorio di non procrastinare il rapporto con la ricorrente, quale soggetto non in regola con i pagamenti, trova riscontro anche nella scelta, assolutamente coerente, di introdurre nella lex specialis la clausola di cui al punto 5.5 dell'Avviso esplorativo, che appunto ha ammesso la partecipazione alla gara soltanto di soggetti non dimostratisi inaffidabili e incapaci di gestire una concessione.

In ogni caso, essendosi al cospetto della concessione (anche) di un bene pubblico – nella specie accanto all'affidamento del servizio, viene concesso l'utilizzo dei locali adibiti a bar, caffetteria e ristorazione necessari per l'esercizio dell'attività, così integrando anche una concessione di bene pubblico –, la Pubblica Amministrazione, cui il bene appartiene o che lo detiene, possiede un'ampia discrezionalità di scelta in ordine alle modalità di gestione e affidamento del richiamato bene, in vista del miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico (cfr. Consiglio di Stato, V, 17 dicembre 2020, n. 8100; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, 25 luglio 2022, n. 323; T.A.R. Lazio, Latina, 18 gennaio 2021, n. 15). Va peraltro aggiunto che, avendo optato il Conservatorio per l'assegnazione della concessione tramite gara, lo stesso si è conformato al condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo il quale *«il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto dell'Unione, risulta coerente con l'evoluzione della normativa interna sull'evidenza pubblica, che individua in tale metodo non solo lo strumento più efficace per la scelta del miglior “contraente” (in tal caso, concessionario), cioè del miglior interlocutore della pubblica amministrazione, ma anche come mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere all'accesso»* (Consiglio di Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17; anche, T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 26 ottobre 2022, n. 2344).

2.4. In conclusione, il ricorso introduttivo deve essere respinto.

3. Dalla reiezione del ricorso introduttivo discende l'accertamento della legittima esclusione di Katia Martino S.r.l. dalla procedura, cui segue la

declaratoria di inammissibilità per difetto di legittimazione attiva della stessa ricorrente sia del primo che del terzo ricorso per motivi aggiunti, in quanto aventi a oggetto l'impugnazione, rispettivamente, del Disciplinare di gara e del provvedimento di aggiudicazione della concessione; difatti, la possibilità di contestare gli atti di una procedura selettiva non può essere consentita agli operatori che non hanno partecipato alla gara, oppure ne sono stati esclusi, come avvenuto nella specie, non avendo questi alcun titolo di legittimazione a impugnare né la lex specialis né l'esito della selezione. Il predetto indirizzo è stato confermato anche di recente, evidenziandosi che *«legittimato ad impugnare l'esito di una gara pubblica è solamente colui che vi abbia partecipato, in ragione della vantata posizione differenziata con il potere pubblico derivante proprio dalla partecipazione; diversamente, l'operatore del settore rimasto estraneo [a cui deve assimilarsi quello escluso o ritiratosi per sua volontà nel corso della procedura,] non può vantare la medesima legittimazione a ricorrere in quanto portatore di un interesse di mero fatto, come tale non qualificato e non differenziato, alla caducazione dell'intera selezione nell'ottica di un'eventuale partecipazione futura in sede di riedizione della gara corrispondente ad una volontà del tutto ipotetica e priva di oggettivi riscontri e, quindi, in contrasto con le esigenze di celerità e certezza dei rapporti di diritto pubblico particolarmente avvertite in un settore così rilevante come quello dell'affidamento dei contratti pubblici»* (Consiglio di Stato, VII, 28 dicembre 2022, n. 11519)» (T.A.R. Lombardia, Milano, IV, 6 febbraio 2023, n. 311).

4. Il secondo ricorso per motivi aggiunti, che contiene esclusivamente una domanda risarcitoria fondata sui danni asseritamente arrecati dai provvedimenti adottati dal Conservatorio, è infondato.

4.1. Come già evidenziato al precedente punto 2.2, la mancata ammissione della ricorrente alla procedura di gara da parte della Stazione appaltante – tuttavia, in seguito all'adozione dell'ordinanza n. 691/2022, la ricorrente è stata ammessa con riserva alla procedura – è imputabile alla stessa ricorrente,

che è risultata inadempiente alle prescrizioni contenute nella convenzione accessiva all'atto di concessione del servizio bar, caffetteria e ristorazione (all. 6 al ricorso). Il comportamento della parte attrice risulta quindi idoneo a interrompere il nesso di causalità tra la condotta dell'Amministrazione (peraltro non dimostratasi illegittima) e la lesione asseritamente subita dalla medesima parte privata (cfr. Consiglio di Stato, II, 31 gennaio 2020, n. 814; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 26 febbraio 2020, n. 376).

4.2. Ne discende il rigetto della domanda risarcitoria e perciò dell'intero secondo ricorso per motivi aggiunti.

5. In conclusione, il ricorso introduttivo e il secondo ricorso per motivi aggiunti devono essere respinti, mentre il primo e il terzo ricorso per motivi aggiunti devono essere dichiarati inammissibili per difetto di legittimazione attiva della ricorrente Katia Martino S.r.l.

6. Avuto riguardo alle peculiarità della complessiva vicenda processuale, le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso introduttivo e il secondo ricorso per motivi aggiunti e dichiara inammissibili per difetto di legittimazione attiva il primo e il terzo ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 15 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Antonio De Vita

Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO