

N. ____/____REG.PROV.COLL.
N. 05263/2024 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5263 del 2024, proposto da Dri D'Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, David Astorre, con domicilio eletto presso lo studio Fabio Cintioli in Roma, via Vittoria Colonna 32;

contro

Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Saverio Marini, Sergio Fidanzia, Angelo Gigliola, Roberto Baratta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Regione Puglia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Rossana Lanza, Anna Bucci, con domicilio eletto presso

Delegazione Romana Regione Puglia in Roma, via Barberini n. 36;

Paul Wurth Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Clarich, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Liegi, 32;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 472/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, della Regione Puglia, di Paul Wurth Italia S.p.A. e di Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2024 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Cintiola, Astorre, Marini, Fidanzia, Gigliola, Baratta, Clarich e Capobianco in sostituzione di Lanza e Bucci;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. DRI d'Italia S.p.A. (d'ora in poi anche solo DRI) è una società per azioni costituita da Invitalia S.p.A. nel gennaio del 2022, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 1 *quater*, del d.l. n. 142 del 2019, così come modificato dall'art. 24 del d.l. n. 144 del 2022, convertito con legge del 17 novembre 2022 n. 175. Il capitale sociale di DRI è attualmente detenuto per intero da Invitalia stessa, ma ne è prevista la sua apertura a uno o più soci privati che verranno "*individuati mediante procedure selettive di evidenza pubblica, in conformità al codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e alle altre vigenti disposizioni di settore*" (art. 1, comma 1 *quater*, del d.l. n. 142 del 2019).

2. L'appellante DRI riferisce che la sua missione, in sintesi, è quella di realizzare e

gestire, sia in Italia sia all'estero, impianti di produzione di *Direct Reduced Iron*, ossia un semilavorato ottenuto dalla riduzione del minerale di ferro mediante l'utilizzo di una miscela di gas riducenti tramite l'impiego di gas naturale.

3. Lo Statuto e il piano industriale di DRI prevedono la realizzazione di impianti di produzione di preridotto e anche la commercializzazione dei prodotti siderurgici sia in Italia sia all'estero, nonché lo svolgimento di attività rientranti nei c.d. settori speciali dell'energia elettrica, del gas, dell'energia termica, dell'acqua, oltre che in ambito portuale.

4. Riferisce ancora l'appellante che il proprio iniziale e prioritario obiettivo è stato quello di realizzare un primo impianto per la produzione di preridotto in Italia. Il sito industriale individuato dalla Società è stato quello adiacente all'acciaieria ex ILVA di Taranto, anche in ragione del fatto che il preridotto, strategicamente, sarebbe potuto servire alla produzione dei contigui impianti di Acciaierie d'Italia S.p.A. Inoltre, considerato che il preridotto poteva essere utilizzato per produrre acciaio in maniera meno inquinante e che il progetto di DRI poteva rispondere alle esigenze ambientali degli obiettivi del PNRR era stato lo stesso legislatore, mediante la modifica dell'art. 1, comma 1 *quater*, del d.l. n. 142 del 2019 (avvenuta per effetto dell'art. 24 del d.l. n. 144 del 2022), a stabilire che il progetto di DRI accedesse ai fondi messi a disposizione nell'ambito del PNRR.

5. DRI ha effettuato analisi volte a comprendere il mercato di riferimento e quali operatori economici fossero in grado di realizzare l'impianto per la produzione di preridotto.

6. Alla luce delle analisi condotte è emerso che, a livello mondiale, esistono solo due possibili tecnologie referenziate per impianti di taglia industriale assimilabile a quello del progetto di DRI:

- a) la tecnologia Midrex, commercializzata in Italia da Paul Wurth Italia S.p.A. e Midrex Technologies Inc. (di seguito anche solo PW - MTI);
- b) la tecnologia Energiron, commercializzata in Italia da Danieli & Co. Officine Meccaniche S.p.A. (di seguito anche solo DAN) e Tenova S.p.A. parte del Gruppo

Techint.

7. Nel mese di gennaio 2023, DRI ha convocato PW e DAN per un incontro volto alla presentazione del progetto da realizzare. All'esito di questo incontro, con lettera del 17 febbraio 2023, DRI ha invitato i due operatori a confermare l'interesse a partecipare a un confronto competitivo per l'affidamento del contratto avente ad oggetto la realizzazione di un impianto di preriduzione con capacità di produzione di 2 milioni di tonnellate all'anno presso un sito adiacente all'ex ILVA di Taranto.

8. Riferisce ancora DRI che il confronto competitivo non è stato condotto secondo le regole della procedura ordinaria di gara pubblica, trattandosi di un contratto estraneo alla disciplina del Codice dei contratti pubblici.

9. In data 31 marzo 2023, DRI ha trasmesso a PW e DAN la documentazione per la presentazione dell'offerta. DRI ha chiesto di ricevere un'offerta che riguardasse un c.d. contratto EPC chiavi in mano, un contratto, cioè, avente ad oggetto le prestazioni di: *Engineering*, ossia di progettazione dell'impianto; *Procurement*, ossia approvvigionamento dei materiali e delle componenti tecnologiche per la realizzazione dell'impianto; *Construction*, ossia di vera e propria costruzione dell'impianto.

10. All'esito di una serie di incontri e chiarimenti con i due operatori, DRI ha indicato le seguenti date per la presentazione delle offerte:

- a) il 30 giugno 2023 quale termine per la presentazione dell'offerta amministrativa, tecnica, commerciale *unpriced*, ossia priva dell'indicazione del prezzo;
- b) il 17 luglio 2023 quale termine di presentazione della offerta commerciale *priced*, con l'indicazione del prezzo.

11. In data 25 luglio 2023, a valle della ricezione delle offerte, è stata avviata una fase di confronto con gli offerenti.

12. In data 31 luglio 2023, lo *steering committee* di DRI (ossia una commissione interna composta per la valutazione delle offerte), in considerazione delle proposte

ricevute e dei chiarimenti degli operatori, ha ritenuto di indicare al CdA di DRI che l'offerta proposta da PW fosse migliore di quella di DAN.

13. In data 2 agosto 2023, DRI ha comunicato a DAN che la sua offerta non era stata prescelta e a PW-MTI di essere stato individuato quale *preferred bidder* per la realizzazione del progetto, selezionandolo quale contraente per la negoziazione (e la successiva eventuale sottoscrizione) del contratto.

14. Con ricorso proposto dinanzi al TAR Lecce DAN ha chiesto l'annullamento, previa sospensione, della nota del 2 agosto 2023 con la quale DRI aveva comunicato a DAN che la sua offerta non era stata selezionata, nonché degli atti della procedura indetta da DRI.

15. DRI si è costituita in giudizio, eccependo l'irricevibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso di DAN. Si sono costituiti anche il Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica.

16. PW ha proposto ricorso incidentale. Per l'ipotesi di accoglimento di uno dei primi due motivi di ricorso di DAN (volti all'esclusione di PW stessa), PW ha chiesto l'annullamento dell'intera procedura per le stesse ragioni fatte valere da DAN con il terzo e il quarto motivo del ricorso introduttivo.

17. Con sentenza n. 472 del 2024 il TAR ha accolto il primo motivo di ricorso di DAN, ritenendo che DRI avrebbe dovuto escludere PW per aver presentato un'offerta diversa rispetto a quella richiesta, non avendo proposto un'offerta EPC (*Engineering, Procurement and Construction*), bensì un'offerta EP (*Engineering e Procurement*) con un'attività di supervisione dei lavori. Conseguentemente è stato disposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione con il quale DRI aveva selezionato PW quale *preferred bidder* ai fini della realizzazione dell'impianto. I restanti motivi di impugnazione di DAN sono stati dichiarati assorbiti e non sono stati esaminati. In ragione dell'accoglimento del primo motivo di ricorso di DAN è stato esaminato il ricorso incidentale di PW. La sentenza di primo grado ha così accolto il primo motivo del ricorso incidentale, annullando tutti gli atti della procedura per avere DRI violato le norme del Codice dei contratti

pubblici. Il secondo motivo del ricorso incidentale di PW non è stato esaminato.

18. Di tale sentenza, DRI ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello affidato ai seguenti motivi così rubricati: *I. Sull'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui afferma la giurisdizione del Giudice Amministrativo sulla presente controversia. Violazione dell'art. 133, co. 1, lett. e) c.p.a.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, co. 1 quater, d.l. n. 142 del 2019; II. Sull'erroneità della sentenza in ragione del mancato rilievo in ordine all'improcedibilità del ricorso principale a causa della mancata impugnazione dell'affidamento del contratto relativo ai c.d. Early Works; III. Sull'erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto l'eccezione di inammissibilità e/o di irricevibilità del ricorso principale in ragione dell'acquiescenza sostanziale da parte di DAN agli atti della procedura; IV. Sull'erroneità della sentenza nella parte in cui, in accoglimento del primo motivo del ricorso principale (e dell'atto di motivi aggiunti), ha affermato che l'offerta di PW avrebbe dovuto essere esclusa, nonché nella parte in cui, in accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale di PW, ha disposto l'annullamento dell'intera procedura.*

19. Si è costituita in giudizio Paul Wurth Italia S.p.A. che ha proposto appello incidentale affidato ai motivi così rubricati: *"I. Error in iudicando et in procedendo. Sul difetto di giurisdizione del giudice amministrativo; II. Sulla sopravvenuta improcedibilità del ricorso principale di Danieli; III. Error in iudicando et in procedendo. Sull'irricevibilità e/o inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti di primo grado di Danieli; IV. Error in iudicando et in procedendo. Sull'accoglimento del primo motivo del ricorso introduttivo; RIPROPOSIZIONE DEL SECONDO MOTIVO DEL RICORSO INCIDENTALE V. "Violazione e falsa applicazione art. 22, par. 1, del Regolamento (UE) 2021/241. Violazione e falsa applicazione art. 9, comma 4, del D.L. 31 maggio 2021, n. 77 (convertito, con modificazioni, dalla L. 29 luglio 2021, n. 108). Violazione e falsa applicazione par. 4 Linee Guida per i Soggetti attuatori elaborate dall'Unità di Missione del PNRR*

del Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica, versione n. 1 del 28 novembre 2022. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 1-quater, D.L. 142/2019 e dell'art. 24 D.L. 144/2022. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta e irragionevolezza”.

20. Il Ministero dell'ambiente e della Sicurezza Energetica si è costituito con memoria formale. La Regione Puglia si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello.

21. Ha resistito al gravame Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A. che ha anche proposto ricorso incidentale affidato ai motivi così rubricati: *“I. Error in iudicando et in procedendo. Sull’erroneità della sentenza nella parte in cui non ha rilevato l’inammissibilità del ricorso incidentale di PW. Violazione e falsa applicazione dell’art. 100 c.p.c. Violazione e falsa applicazione dell’art. 34 c.p.a. e 112 c.p.c. Omessa pronuncia e/o insufficiente e perplessa motivazione; II. Error in procedendo et in iudicando. Sull’erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato la domanda risarcitoria di Danieli”*. Con memoria depositata il 26 luglio 2024 Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A. ha riproposto, ai sensi dell’art. 101 del codice del processo amministrativo, i motivi assorbiti di cui al ricorso principale e di cui al ricorso per motivi aggiunti notificato in data 17 novembre 2023. In particolare, sono stati riproposti il secondo motivo di ricorso principale e il secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti, concernenti vizi dell’aggiudicazione a Paul Wurth, il terzo e il quarto motivo di ricorso principale e il terzo ed il quarto motivo del ricorso per motivi aggiunti, proposti in via subordinata, concernenti vizi della procedura di gara, ai fini della rinnovazione della stessa.

22. Alla udienza pubblica del 21 novembre 2024 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

23. Viene all’esame del Collegio il ricorso in appello proposto da Dri D'Italia

S.p.A. avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce n. 472/2024, con la quale il medesimo TAR ha accolto il ricorso proposto da Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A. avverso:

- a) il provvedimento di cui all'articolo del quotidiano "Il Sole 24 Ore" del 3 agosto 2023, dagli estremi e dal contenuto sconosciuti, adottato da DRI d'Italia S.p.A. a favore di Paul Wurth S.A. e/o di Paul Wurth Italia S.p.A., recante l'aggiudicazione dell'appalto per l'impianto di riduzione diretta #1 – EPC-1, da 2 milioni di tonnellate annue, da realizzarsi nell'area di Taranto (ex Ilva), del valore di circa un miliardo di euro;
- b) la nota di DRI d'Italia S.p.A. L-DR-DAN-0022, prot. int.n.246/2023U/SC/ff del 2 agosto 2023 con la quale è stata comunicata alla società Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A. la non aggiudicazione del medesimo appalto;
- c) la lettera a firma del Presidente di DRI d'Italia S.p.A. prot. int. n. 259/2023U/FB/ff del 4 settembre 2023 in riscontro alla nota del Presidente della società Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A. del 29 agosto 2023;
- d) la nota della società DRI d'Italia S.p.A. prot. int. n.70/2023U/SC/ff L-DR-DAN-0002 del 31 marzo 2023 alla società Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A. avente ad oggetto "*PROGETTO per Impianto di Riduzione Diretta #1- EPC-1 Pacchetto di Processo Impianto di Riduzione Diretta EPC – Bando di Gara*";
- e) la nota della società DRI d'Italia S.p.A. prot. int. n. 15/2023U/SC/ap L-DR-DAN-0001 del 17 febbraio 2023;
- f) le Istruzioni Generali per gli offerenti, sia nella versione inviata da DRI d'Italia il 31 marzo 2023, sia nella versione modificata ed inviata da DRI d'Italia il 22 giugno 2023;
- g) le Istruzioni Specifiche per gli offerenti, sia nella versione inviata da DRI d'Italia il 31 marzo 2023 sia nella versione modificata e inviata da DRI d'Italia il 22 giugno 2023, nonché gli allegati alle SIB.

24. La decisione del primo Giudice si articola, in sintesi, nei seguenti punti:

- a) quanto all'eccepito difetto di giurisdizione la gara per la realizzazione

dell'impianto di preridotto è assoggettata *ex lege* alla disciplina del Codice degli appalti e, pertanto, la relativa contestazione in giudizio appartiene alla giurisdizione del Giudice Amministrativo;

b) a prescindere dalla qualificazione del soggetto attuatore dell'intervento è direttamente l'art. 1, comma 1-*quater*, del d.l. n. 142/2019 a stabilire che DRI ha l'obbligo di applicare la disciplina di cui al decreto legislativo n. 50/2016 per l'affidamento di interventi riguardanti la realizzazione e la gestione dell'impianto;

c) la procedura di che trattasi, ben lungi dal rivestire carattere privatistico, è invece soggetta alle disposizioni sui contratti pubblici, sia per diretta previsione di legge (alla stregua delle chiare previsioni contenute nell'art. 24 d.l. n. 144/2022), sia perché il soggetto che l'ha indetta agisce in veste di organismo di diritto pubblico, con la conseguenza che le relative controversie rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo;

d) non è idonea a confutare le suddette conclusioni, la circostanza – rappresentata dalle parti in vista della trattazione di merito del ricorso – che il medesimo intervento non rientri più tra gli obiettivi del PNRR, essendo stato recentemente rifinanziato con fondi pubblici del bilancio statale;

e) è il momento dell'indizione della gara a determinare il regime giuridico applicabile, sicché, nella specie, non possono che rilevare le regole dell'evidenza pubblica, per come rinvenienti dal vincolo cristallizzato nell'art. 1, comma 1-*quater* del d.l. n. 142/2019;

f) l'intervento è tuttora oggetto di finanziamento pubblico, seppur non di derivazione comunitaria: il comma 5 dell'articolo 1 del d.l. n. 19 del 2 marzo 2024 prevede infatti che *“La spesa autorizzata per la realizzazione degli investimenti non più finanziati, in tutto o in parte a valere sulle risorse del PNRR, a seguito della decisione del Consiglio ECOFIN dell'8 dicembre 2023, di cui al comma 1, [...] è destinata: [...] c) quanto a 100 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2024 al 2026, 210 milioni di euro per l'anno 2027, 285 milioni di euro per l'anno*

2028 e 205 milioni di euro per l'anno 2029 all'intervento "Utilizzo dell'Idrogeno in settori hard-to-abate";

g) in ordine all'eccezione di irricevibilità e inammissibilità del ricorso introduttivo, tenuto conto che Danieli lamenta anche la mancata indizione di una gara ai sensi del Codice dei contratti pubblici e che la stessa, in accordo ai principi di collaborazione e di buona fede, avrebbe dovuto impugnare immediatamente la procedura, l'impugnazione "postuma" degli atti di gara ai fini del suo annullamento per violazione delle norme poste a presidio dell'evidenza pubblica non determina inammissibilità o tardività del gravame, non rientrando tale evenienza tra le ipotesi di clausole c.d. "escludenti";

h) nel merito, è dimostrato che la procedura in questione – indetta per la fornitura dell'appalto "EPC" (*Engineering, Procurement and Construction*), e cioè dell'appalto "chiavi in mano", con realizzazione di un'opera progettata e costruita dall'appaltatore – è stata, in realtà, aggiudicata ad un'offerta, come quella della controinteressata, avente le caratteristiche di proposta cd. "EP" (*Engineering and Procurement*), quindi riguardante la sola progettazione e fornitura dell'opera;

i) come risulta dalla piana interpretazione delle disposizioni di gara, ai concorrenti era sì consentito di presentare un'offerta costituente deviazione dalle specifiche tecniche prefissate, ma soltanto nell'ipotesi in cui la stessa offerta prevedesse "un miglioramento sostanziale delle prestazioni dell'impianto e/o del programma di progetto";

l) nel caso di specie, invece, l'offerta presentata dalla controinteressata non è conforme a quanto richiesto dalla stessa stazione appaltante, poiché difetta della previsione, sotto il profilo tecnico ed economico, di una delle fasi in cui si articola la commessa in questione, ossia quella della costruzione dell'impianto;

m) l'offerta dell'aggiudicataria è, in definitiva, un'offerta diversa e, comunque, carente rispetto all'oggetto della commessa e alle specifiche minime di carattere tecnico-prestazionale richieste dalla *lex specialis*, sicché la stazione appaltante – una volta riscontrata la mancanza di un elemento costitutivo indispensabile ai fini

della sua valutazione – ne avrebbe dovuto disporre l'esclusione dalla procedura di gara;

n) quanto al ricorso incidentale proposto da Paul Wurth è evidente la violazione delle norme del Codice dei contratti pubblici – cui, come sopra ampiamente illustrato, la procedura in questione è assoggettata – con particolare riferimento alla inosservanza del disposto degli artt. 72 e 73 del d.lgs. n. 50/2016 (non risulta pubblicato alcun avviso di indizione e/o pre-informazione e/o Bando di Gara sulla GURI e sulla GUUE), nonché degli artt. 30, 31, 76 e 77 del medesimo decreto legislativo (per mancata nomina del RUP e della Commissione di Gara, mancata predeterminazione di criteri con relativi pesi, mancata pubblicità delle sedute di gara, mancata comunicazione dell'aggiudicazione nei confronti degli altri operatori partecipanti, etc.); l'accoglimento delle censure proposte con il ricorso incidentale, nei sensi precisati, determina l'annullamento di tutti gli atti della procedura competitiva;

o) non può logicamente trovare accoglimento la domanda di risarcimento del danno in forma specifica, stante il travolgimento integrale della gara in questione; neppure può riconoscersi il risarcimento del danno per equivalente da mancata aggiudicazione, perché, come noto, esso è volto a ristorare il pregiudizio economico che il concorrente subisce a causa dell'impossibilità di stipulare ed eseguire il contratto che l'Amministrazione abbia (eventualmente) sottoscritto con altri e nel quale non è possibile disporre il subentro del ricorrente vittorioso.

25. L'appellante, in sintesi, contesta la ricostruzione del TAR sulla base dei seguenti argomenti:

a) la valutazione in ordine al perimetro degli obblighi di gara pubblica di DRI non può prescindere dalla sua qualificazione giuridica dal punto di vista del Codice dei contratti pubblici e, soprattutto, l'art. 1, comma 1 *quater*, d.l. n. 142 del 2019 deve essere interpretato e applicato nel senso che tale speciale previsione esprime la necessità di rispettare le norme nazionali ed europee in materia di contratti

pubblici, ma sempre che sussistano i presupposti soggettivi e oggettivi previsti dalle disposizioni del Codice dei contratti pubblici e ovviamente non oltre i limiti di tali disposizioni, in coerenza peraltro con il rispetto del principio del divieto di *gold plating*;

a.1.) DRI non possiede la qualità di organismo di diritto pubblico, bensì unicamente quella di impresa pubblica;

a.2.) l'impresa pubblica è obbligata a indire gare ai sensi del Codice dei contratti pubblici solo quando essa opera nei c.d. settori speciali identificati dagli artt. 115 – 122 del d.lgs. n. 50 del 2016 e, oggi, dai corrispondenti artt. 145 – 152 del d.lgs. n. 36 del 2023 (gas, elettricità, acqua, trasporti, poste, porti e aeroporti) e quando oggetto dell'affidamento siano attività strumentali in senso funzionale a quella svolta nei settori speciali;

a.3.) laddove affidi un appalto estraneo alle attività svolte nei settori speciali, invece, l'impresa pubblica non è assoggettata a obblighi di gara e potrà selezionare il proprio contraente secondo le norme del diritto privato;

a.4.) in questo quadro si inserisce l'art. 1, comma 1 *quater*, del d.l. n. 142 del 2019, secondo cui DRI è “*soggetto attuatore degli interventi per la realizzazione dell'impianto per la produzione del preridotto [...] aggiudicati ai sensi del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e delle altre vigenti disposizioni di settore*”;

a.5.) il riferimento all'applicazione del Codice dei contratti pubblici espresso dalla legge speciale, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza impugnata, non può essere letto come indirizzato a estendere gli obblighi di gara oltre quanto previsto dalle direttive europee del 2014 e dalla normativa nazionale che le ha recepite, bensì come finalizzato a richiamare il necessario rispetto del Codice dei contratti pubblici per tutte quelle attività che DRI eseguirà e che potrebbero comportare l'applicazione di tale disciplina sulla base dei presupposti soggetti e oggettivi che in quest'ultima sono stabiliti;

a.6.) un'interpretazione dell'art. 1 comma 1 *quater* del d.l. n. 142 del 2019 che,

come quella proposta dal TAR Puglia, tendesse a riespandere indiscriminatamente gli obblighi di gara dell'impresa pubblica ad appalti estranei ai settori speciali si rivelerebbe in contrasto con il richiamato divieto di *gold plating*;

a.7.) la sentenza impugnata tenta di superare il contrasto con il principio del *gold plating* sostenendo che l'art. 1 comma 1^{quater} citato, nell'estendere l'obbligo di gara in capo a DRI, rappresenterebbe “*una disposizione volta a favorire la concorrenza e ad assicurare il rispetto dei principi di legalità e trasparenza*”, in linea con quanto affermato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 100 del 2020;

a.8.) la sentenza della Corte costituzionale n. 100 del 2020, invece, confermerebbe la fondatezza del presente motivo di appello di DRI; la pronuncia, infatti, si è limitata a dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 192 comma 2 d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui prevedeva che le stazioni appaltanti dovessero esternare la motivazione del mancato ricorso al mercato in caso di affidamento *in house* e, in quello specifico caso, la Corte costituzionale ha osservato che non era in contrasto con la *ratio* del divieto di *gold plating* e non costituiva, dunque, un livello di regolazione superiore rispetto a quello previsto direttive europee richiedere all'Amministrazione di rendere note le ragioni per le quali si sceglieva l'affidamento in regime di *in house providing*;

a.9.) la Corte costituzionale ha nel contempo ricordato che l'art. 14, comma 24^{ter}, della legge n. 246 del 2006 vieta, tra l'altro, “[...] b) *l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive*”; imporre la celebrazione di una gara pubblica e l'integrale applicazione del Codice dei contratti pubblici al di fuori dell'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione previsto dalle direttive europee del 2014 in materia di appalti pubblici

costituirebbe una violazione del divieto di *gold plating*;

a.10.) in definitiva, il riconoscimento del divieto di *gold plating* quale principio generale dell'ordinamento porterebbe a un'unica possibile interpretazione dell'art. 1, comma 1 *quater*, del d.l. n. 142 del 2019, ossia nel senso che esso non intende imporre obblighi di evidenza pubblica ulteriori e più gravosi di quelli previsti dalle direttive del 2014, bensì nel senso che esso si limita a richiamare le direttive UE e il Codice dei contratti pubblici confermandone l'applicazione anche a DRI ma solo se e quando sussistano quei presupposti soggettivi e oggettivi di applicazione che sono indicati nelle stesse direttive e nel Codice dei contratti pubblici stesso;

a.11.) inoltre, l'art. 1, comma 1 *quater*, del d.l. n. 142 del 2019, laddove prevede l'apertura del capitale della società a uno o più soci privati, stabilisce espressamente che questi ultimi dovranno essere “*individuati mediante procedure selettive di evidenza pubblica, in conformità al codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50*”; in altre parole, quando la norma ha voluto imporre la celebrazione del procedimento di gara pubblica, lo ha fatto in maniera espressa e citando il tipo di procedimento da effettuare;

a.12.) la sentenza, come finora esposto, per affermare la giurisdizione del G.A. impernia l'intero suo ragionamento sull'art. 1, comma 1 *quater*, d.l. n. 142 del 2019 e sullo speciale obbligo di gara pubblica che essa avrebbe introdotto; nel contempo, però, la pronuncia di primo grado riporta anche incidentalmente che “*la risposta della questione di giurisdizione non potrebbe mutare*” perché DRI “*avuto riguardo alla disciplina contenuta nell'art. 3 del decreto legislativo n. 50/2016*”, rientrerebbe “*nel novero degli organismi di diritto pubblico, essendo la stessa un soggetto: a) dotato di personalità giuridica; b) il cui capitale è interamente posseduto dallo Stato [...]; c) la cui specifica attività come soggetto attuatore è interamente finanziata con risorse pubbliche; d) che opera per finalità di interesse generale, avente carattere non industriale e commerciale, giacché la sua attività è funzionale alla transizione ecologica attraverso l'utilizzo dell'idrogeno in settori difficili da decarbonizzare (cd. “hard to abate”)*”;

a.13.) ciò che manca affinché DRI possa essere qualificata come organismo di diritto pubblico è il c.d. requisito finalistico, ossia l'esser stato *‘istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale’* (art. 3, comma 1, lett. d, del d.lgs. n. 50 del 2016 *ratione temporis* applicabile); su questo essenziale requisito la sentenza impugnata si limita ad affermare che *“DRI è stata costituita per soddisfare l’interesse generale alla tutela ambientale nel settore siderurgico e, quindi, per quel che qui rileva, al fine di “decarbonizzare” il sito dell’ex Ilva”*;

a.14.) il requisito finalistico comprende, a sua volta, due sub-requisiti diversi, entrambi necessari per integrare la definizione: non soltanto l'assunzione di una missione di interesse generale (ossia il riferimento ai ‘bisogni’), ma anche l'essere un operatore che non agisce con metodo oggettivamente industriale o commerciale;

a.15.) non può comportare la qualifica di organismo di diritto pubblico la circostanza che DRI sia stata destinataria di un finanziamento pubblico per l'avvio della sua attività;

b) nel corso del giudizio di primo grado e, precisamente, in vista della celebrazione della camera di consiglio del 26 ottobre 2023, DRI aveva dato atto di aver disposto l'affidamento e di aver stipulato con PW in data 8 settembre 2023 il c.d. Contratto *Early Works*; il relativo contratto è stato anche depositato in giudizio dinanzi al TAR Lecce in data 23 ottobre 2023;

b.1.) DAN non ha mai impugnato l'affidamento di questo contratto;

b.2.) la mancata impugnazione dell'affidamento del contratto *Early Works* determinerebbe l'improcedibilità dell'iniziativa processuale di DAN, perché quest'ultima avrebbe dovuto impugnare tempestivamente tale affidamento per mantenere l'interesse all'annullamento dell'intera procedura condotta da DRI;

c) la sentenza impugnata sarebbe errata per aver disatteso l'eccezione sollevata da DRI con la quale è stata dedotta l'inammissibilità e/o l'irricevibilità del ricorso principale e dell'atto di motivi aggiunti in ragione dell'acquiescenza sostanziale di

DAN agli atti che avevano configurato un modello di gara semplificato e profondamente diverso sia dalla procedura aperta sia dalla procedura ristretta, previste dal Codice dei contratti pubblici;

c.1.) DAN ha spontaneamente preso parte alla procedura di selezione nella piena consapevolezza della natura della stessa e, solo dopo aver visto la propria offerta soccombere (sia per ragioni di carattere qualitativo sia per ragioni di carattere economico), si è rivolta al Giudice Amministrativo;

d) la sentenza sarebbe in ogni caso affetta dal vizio di omessa pronuncia, non avendo considerato il contenuto delle difese di DRI;

d.1.) la modalità di selezione seguita da DRI può in concreto essere qualificata come corrispondente alla fattispecie della procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando ai sensi dell'art. 125 del d.lgs. n. 50 del 2016;

d.2.) la sentenza impugnata si è limitata ad affermare che la procedura condotta da DRI sarebbe in contrasto con il Codice dei contratti pubblici per non aver rispettato una serie di adempimenti che sono propri di una procedura aperta ma non ha spiegato per quale ragione la procedura di DRI non potrebbe comunque dirsi conforme ai principi del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, allo schema procedimentale e alla flessibilità propri della procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando ai sensi dell'art. 125 del d.lgs. n. 50 del 2016;

d.3.) la sentenza di primo grado sarebbe dunque, errata anche nella parte in cui, in accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale di PW, afferma che sarebbe *“di palmare evidenza la violazione delle norme del Codice dei contratti pubblici”*;

d.4.) la sentenza impugnata, senza aver considerato le deduzioni di DRI, sarebbe partita dall'erroneo assunto che la procedura di selezione si sarebbe dovuta svolgere necessariamente secondo il rigido e predefinito schema delle c.d. procedure aperte; in un caso così peculiare come quello in esame, invece, la procedura di selezione necessitava di flessibilità e di dialogare, in modo trasparente e imparziale, con gli unici due operatori al mondo in grado di eseguire la commessa;

d.5.) già nella lettera di invito del 31 marzo 2023, DRI aveva rappresentato a entrambi i concorrenti che, ai fini dell'individuazione del *preferred bidder*, la committente “*may consider alternative proposals should said proposals represent a material improvement of the plant performances or/and the schedule*”; in questo modo è stato subito reso noto che eventuali proposte alternative da parte dei concorrenti non sarebbero state escluse, bensì sarebbero state prese in considerazione da DRI, purché tali proposte fossero state migliorative in termini di maggior redditività dell'impianto e/o delle tempistiche per l'avanzamento del progetto;

d.6.) ancora più chiara era stata la previsione inserita nel par. 2 del documento denominato “*General Instructions to Bidders*” in cui si legge che:

- “*Failure to prepare the Bids in accordance with the specifications, terms and conditions may result in the disqualification of the Bid, if deviations from the Tender Package requirements are considered not justified at Owner's sole discretion*”;

- “*The Bidders are encouraged to develop proposals and solutions that, within the envelope of the Tender Package requirements, reduce the contract price and/or improve the overall schedule and/or the cost operations provided that safety environment, performance and operability are not jeopardized*”;

d.8.) la clausola, dunque, chiariva che:

- un'eventuale deviazione dalle istruzioni fornite da DRI non avrebbe comportato una automatica esclusione dalla competizione, essendo rimessa alla valutazione discrezionale di DRI stessa;

- era sempre possibile la presentazione da parte dei concorrenti di offerte proposte e/o soluzioni migliorative della *performance* del futuro impianto, anche in termini di riduzione dei costi e/o delle tempistiche per la realizzazione del progetto;

d.9.) quel che è accaduto è che nella fattispecie in esame PW si è avvalsa di queste prerogative e ha proposto a DRI:

- sia un'offerta per la realizzazione di un impianto da 2MT/Y, completa per le prestazioni di *Engineering, Procurement* e di supervisione dei lavori presso il sito di realizzazione, con una stima dei costi per la parte di *Construction*;
- sia un'offerta alternativa e migliorativa finalizzata alla realizzazione di un impianto di preridotto con una capacità produttiva da 2,5 MT/Y (superiore, dunque, al progetto ipotizzato da DRI per un impianto di 2 MT/Y), in un tempo ancora più breve rispetto a quello preventivato da DRI;

d.10.) la sentenza impugnata, laddove si spinge a sostenere che l'offerta di PW non avrebbe risposto alle esigenze di DRI, determinerebbe una inammissibile e non consentita sostituzione del G.A. nelle valutazioni discrezionali di DRI che, peraltro, nel caso di specie presuppongono pure conoscenze tecniche di elevata qualificazione.

26. Anche le censure dell'appellante incidentale Paul Wurth Italia S.p.A. necessitano di una sintesi:

- a) anche l'appellante incidentale sostiene, argomentando con ampi svolgimenti, che la sentenza impugnata sarebbe errata nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso introduttivo di Danieli anziché dichiarare il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario;
- b) anche nell'appello incidentale è eccepita l'improcedibilità del ricorso principale di Danieli per sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere in ragione della mancata impugnazione dell'affidamento del contratto c.d. *Early Works*;
- c) e, anche nell'appello incidentale, è eccepito che Danieli ha partecipato alla procedura senza riserve e, di conseguenza, ha prestato acquiescenza alla scelta di DRI e alla tipologia di gara bandita, impugnando la stessa soltanto una volta che si è conclusa negativamente per essa;
- d) la sentenza sarebbe poi errata perché non avrebbe considerato tutti gli atti di gara; eventuali difformità dell'offerta non avrebbero condotto all'esclusione automatica;
- d.1.) la sentenza si incentra soltanto sul comma 3 dello stesso par. 2 delle GIB

(istruzioni generali) secondo il quale le offerte alternative devono contenere “*un miglioramento sostanziale*”;

d.2.) il comma 1 del paragrafo 2 non prevede che le devianze debbano contenere miglioramenti; queste sarebbero state infatti sempre e comunque, discrezionalmente, valutate da DRI; si tratta di una previsione che riserva un’ampia discrezionalità di valutazione a DRI e ciò, come sopra anticipato, è in linea con la natura privata della procedura in questione;

d.3.) i partecipanti alla procedura avevano fin dall’inizio piena contezza della possibilità di presentare proposte alternative (devianze) le quali sarebbero state comunque valutate da DRI, a prescindere dalla presenza di migliorie;

d.4.) in ogni caso è necessario analizzare anche quanto previsto dal par. 2, comma 3, delle istruzioni generali il quale precisa che “*la Committente potrà prendere in considerazione offerte alternative qualora tali proposte rappresentino un miglioramento sostanziale delle prestazioni dell’impianto e/o della tempistica del progetto*”;

d.5.) secondo il TAR, quella di Paul Wurth non può rappresentare un miglioramento in quanto non prevede la realizzazione dell’impianto; così facendo il TAR avrebbe inammissibilmente sindacato le valutazioni tecniche riservate a DRI l’unica competente a valutare se l’offerta di Paul Wurth rappresentasse o meno una miglioria;

d.6.) l’appellante incidentale chiede che venga annullata la sentenza di primo grado nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso di Danieli; in ragione di tale annullamento chiede che venga riformata, di conseguenza, anche la parte della sentenza che ha annullato l’intera procedura in accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale di Paul Wurth;

d.7.) in via subordinata, nel caso in cui dovesse essere confermata la sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto il primo motivo di Danieli, Paul Wurth chiede che venga confermata anche la parte della stessa sentenza in cui essa ha

accolto il primo motivo del ricorso incidentale di Paul Wurth annullando l'intera gara.

27. Anche Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A. ha proposto appello incidentale e, anche in questo caso, le censure proposte necessitano di una sintesi:

- a) la sentenza sarebbe errata nella parte in cui ha riconosciuto interesse e legittimazione dell'aggiudicatario a contestare la *lex specialis* e chiedere una nuova indizione della procedura che aveva avuto esito positivo per la stessa PW; essendo PW risultata aggiudicatario della procedura di cui trattasi, questa non può vantare una posizione giuridica qualificata relativamente all'annullamento degli atti di gara;
 - a.1.) nel caso dell'aggiudicatario di un contratto pubblico, la posizione di tale soggetto può logicamente dar luogo a due interessi a livello processuale: quello alla conservazione dell'aggiudicazione (e dunque alla difesa del provvedimento) e/o quello all'esclusione del ricorrente; non può invece ricondursi all'aggiudicatario alcuna legittimazione o interesse all'annullamento della propria aggiudicazione, ovvero degli atti di gara che hanno portato alla suddetta aggiudicazione, poiché tali atti non ledono, in via diretta e attuale, gli interessi dell'aggiudicatario medesimo;
 - a.2.) PW non godeva di una posizione giuridica tutelata dall'ordinamento che gli consentisse, seppur in via incidentale, di richiedere la caducazione dell'intera procedura di gara; ciò sarebbe ancor più vero, se si considera che, richiedendo l'annullamento dell'intera procedura, PW avrebbe richiesto, di fatto, il travolgimento della propria aggiudicazione;
 - a.3.) nel caso di specie, il ricorso incidentale di PW non è un ricorso escludente, non essendo finalizzato a conseguire l'esclusione di Danieli dalla procedura, bensì a caducare l'intera procedura;
 - a.4.) chi è già aggiudicatario non detiene alcuna posizione giuridicamente tutelata ad ottenere la riedizione della gara; la direttiva c.d. ricorsi (n. 89/665) stabilisce infatti che le procedure di ricorso sono accessibili a condizione che sussista l'“*interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto*” (art. 1, par. 3; cfr. sent. 5 aprile 2016, C-689/13, Puligienica, punto 23, 26 marzo 2020, C496/18 e

497/18, Hungeod, punto 71), circostanza che non ricorre nella specie per PW;

a.5.) né, sussisterebbe anche l'altra (cumulativa) condizione (sempre prevista dall'art. 1, par. 3 direttiva ricorsi) secondo cui il ricorrente deve essere *“stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione”* della normativa europea in materia di appalti; nella specie PW è l'aggiudicatario della gara, al cui esito ha prestato ampia acquiescenza;

a.6.) la sentenza del TAR sarebbe viziata anche per omissione di pronuncia e/o omessa o insufficiente motivazione, per non aver preso in considerazione le eccezioni di Danieli relative all'inammissibilità del ricorso incidentale per aver riproposto, in identico testo, due motivi di ricorso principale;

a.7.) PW ha testualmente riportato (virgolettandole) le censure di Danieli di cui al terzo e quarto motivo di ricorso principale all'interno del proprio atto difensivo; tali censure non potevano essere fatte proprie da PW, non solo poiché, come visto, erano incompatibili con la sua posizione di aggiudicataria, ma anche perché le stesse risultano incompatibili con lo strumento processuale del ricorso incidentale; oggetto del ricorso incidentale può essere o lo stesso provvedimento impugnato dal ricorrente principale (per far valere altri vizi) o anche atti diversi, purché siano connessi con l'atto impugnato in via principale;

a.8.) nel caso di specie, invece, PW non ha impugnato né atti diversi rispetto a Danieli, né ha fatto valere vizi diversi rispetto a quelli censurati da quest'ultima, risultando il ricorso incidentale una piana riproposizione di motivi già fatti valere dalla ricorrente principale, per l'annullamento dei medesimi provvedimenti; non sussisterebbero, dunque, i caratteri propri del rimedio di cui all'art. 42 c.p.a.;

a.9.) sotto altro profilo, mediante lo scrutinio e l'accoglimento del ricorso incidentale di PW, il TAR avrebbe dato luogo, di fatto, a una violazione del principio dispositivo (art. 34 c.p.a. e 112 c.p.c.);

a.10.) Danieli ha inteso proporre i motivi terzo e quarto di ricorso, ossia i motivi demolitori dell'intera procedura, in via subordinata; il ricorso incidentale di PW -

per come esaminato dal TAR - avrebbe dato luogo a un sovvertimento della “gerarchia” dei motivi di ricorso presentati da Danieli, finendo di fatto per rendere i motivi proposti dalla ricorrente in via subordinata equipollenti a quelli proposti in via principale;

a.11.) dunque, scrutinando i motivi di ricorso incidentale di PW - identici ai due motivi proposti in via subordinata da Danieli - il TAR avrebbe violato il principio dispositivo, dal momento che avrebbe pretermesso l’ordine e la gerarchia dei motivi disegnati dalla ricorrente principale, finendo per esaminare anche i motivi subordinati della stessa, sebbene riproposti dalla ricorrente incidentale;

a.12.) la sentenza sarebbe comunque errata nella parte in cui ha ritenuto le censure di cui al ricorso incidentale tempestivamente proposte;

a.13.) avendo inteso, mediante il ricorso incidentale, censurare la procedura che l’ha vista risultare aggiudicataria, PW avrebbe dovuto proporre la relativa azione una volta conosciuta l’aggiudicazione nei propri confronti, essendo quest’ultimo il provvedimento asseritamente lesivo;

b) con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, Danieli ha formulato domanda per ottenere il risarcimento in forma specifica, chiedendo il subentro nell’aggiudicazione e nel contratto che DRI nelle more dovesse stipulare o dovesse aver stipulato, nonché, nel caso di mancato accoglimento della richiesta di risarcimento in forma specifica, il risarcimento per equivalente;

b.1.) il risarcimento del danno in forma specifica era stato domandato in forza del combinato degli articoli 12 *bis* d.l. 68/2022 e 125 c.p.a. che, nel chiarire che per le procedure finanziate con fondi PNRR il risarcimento del danno ha luogo solo per equivalente, facevano salve le ipotesi di gravi violazioni di cui all’art. 121 c.p.a.; in tali ipotesi, infatti, l’operatore economico poteva comunque richiedere il subentro;

b.2.) rientrando il caso di specie in una delle ipotesi di “*gravi violazioni*” di cui all’art. 121 c.p.a., e per la precisione quella di cui al comma 1, lett. a) (il caso in cui sia mancata la pubblicazione del bando), Danieli ha richiesto il subentro nell’aggiudicazione e nel contratto;

b.3.) quanto al risarcimento del danno per equivalente, invece, Danieli ha formulato tale domanda nel caso di mancato accoglimento della domanda risarcitoria in forma specifica, lamentando il pregiudizio subito per danno emergente, lucro cessante, perdita di chance e danno all'immagine;

b.4.) tali domande risarcitorie sono state rigettate dal TAR, dal momento che, secondo il giudice di prime cure, quanto alla domanda di subentro nell'aggiudicazione e nel contratto, la sentenza gravata ha fatto venir meno l'intera procedura, dunque non si potrebbe dar luogo ad un subentro di Danieli, mentre, quanto alla domanda di risarcimento per equivalente, non si è ancora provveduto alla stipula e dunque non vi sarebbe un pregiudizio da ristorare; solo per l'ipotesi in cui, nel tempo necessario alla definizione del presente giudizio si addivenga alla stipula del contratto oggetto di gara, viene censurato nella presente sede anche il suddetto capo della sentenza, riproponendo la domanda risarcitoria ed evidenziando quanto segue;

b.5.) quanto al risarcimento in forma specifica, si è visto in primo grado come fossero sussistenti le condizioni per disporre il subentro di Danieli nell'aggiudicazione, nel caso di avvenuta stipula del contratto, in forza dei richiamati artt. 12 *bis* d.l. 68/2022 e 125 c.p.a; infatti, sussisterebbero i presupposti per il subentro ai sensi delle predette disposizioni, rientrando il caso di specie nei casi di "*gravi violazioni*" di cui all'art. 121 c.p.a.;

b.6.) quanto al risarcimento per equivalente, Danieli dovrebbe essere risarcita innanzitutto del pregiudizio subito a titolo di danno emergente, quali costi sostenuti per la presentazione dell'offerta; ai fini della presentazione dell'offerta, infatti, Danieli ha svolto una serie di attività preparatorie e strumentali alla formulazione della stessa, coinvolgendo professionisti e risorse interne delle funzioni commerciale, ingegneria, *procurement*, amministrazione e finanza, risorse umane e legali; tali voci di costo, che sono state quantificate mediante i *timesheet* delle singole risorse impiegate ed il relativo apporto in termini di ore di lavoro,

ammonterebbero complessivamente a € 349.698,00 oltre interessi e rivalutazione monetaria;

b.7.) dovrebbe essere riconosciuto a Danieli il ristoro del pregiudizio a titolo di lucro cessante, da indentificarsi con il mancato profitto, ossia l'utile che Danieli avrebbe ricavato, in base alla proposta negoziale, dall'esecuzione del contratto;

b.8.) in via subordinata rispetto alle predette voci di danno, vi sarebbe il danno da perdita di *chance* che è derivato a Danieli dagli atti impugnati, che le hanno precluso di poter concorrere ad una regolare aggiudicazione della commessa; tale danno è stato quantificato in € 108.943.642,61 oltre interessi e rivalutazione monetaria;

b.9.) si è dato anche rilievo al danno all'immagine che sarebbe stato cagionato da DRI a Danieli, per non aver quest'ultima conseguito l'affidamento di cui trattasi, pur essendo una società *leader* nel proprio settore; la quantificazione del danno all'immagine, richiesta in via equitativa, è pari a non meno del 5% dell'importo complessivo del danno da lucro cessante, ammontando quindi a € 10.894.364,26.

28. Le censure, così sintetizzate, possono a questo punto essere esaminate.

29. L'articolato atto di appello e gli appelli incidentali, vertono sulle seguenti questioni di fondo:

a) la giurisdizione sulla procedura per cui è causa;

b) l'improcedibilità dell'iniziativa processuale di DAN, perché quest'ultima avrebbe dovuto impugnare tempestivamente l'affidamento del contratto *Early Works* per mantenere l'interesse all'annullamento dell'intera procedura condotta da DRI;

c) l'acquiescenza agli atti che hanno configurato un modello di gara semplificato;

d) la "riqualificazione" della gara per cui è causa quale procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando ai sensi dell'art. 125 del d.lgs. n. 50 del 2016;

e) la conformità dell'offerta di PW ai criteri previsti dalla legge di gara;

f) l'interesse e legittimazione dell'aggiudicataria a contestare la *lex specialis* e chiedere una nuova indizione della procedura;

g) le domande risarcitorie.

30. In ordine alla prima questione (la giurisdizione) corrispondente al primo motivo dell'appello principale di DRI e al primo motivo dell'appello incidentale di Paul Wurth va osservato quanto segue.

30.1. Occorre partire dal testo dell'art. 1 comma 1 quater del d.l. 16 dicembre 2019, n. 142 che così recita: *"1-quater. L'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A. - Invitalia è autorizzata alla costituzione di una società, allo scopo della conduzione delle analisi di fattibilità, sotto il profilo industriale, ambientale, economico e finanziario, finalizzate alla realizzazione e alla gestione di un impianto per la produzione del preridotto - direct reduced iron. Alla società di cui al primo periodo non si applicano le disposizioni del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Il capitale sociale della società di cui al primo periodo è determinato entro il limite massimo di 70.000.000 di euro, interamente sottoscritto e versato dall'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A. - Invitalia, anche in più soluzioni, in relazione all'evoluzione dello stato di avanzamento delle analisi di fattibilità funzionali alla realizzazione e alla gestione di un impianto per la produzione del preridotto - direct reduced iron. Agli oneri di cui al terzo periodo, pari a 70.000.000 di euro per l'anno 2021, si provvede a valere sulle risorse di cui al comma 1. Con uno o più decreti del Ministro dell'economia e delle finanze è disposta l'assegnazione, in favore dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A. - Invitalia, dell'importo, fino a 70.000.000 di euro, per la sottoscrizione e il versamento, anche in più soluzioni, del capitale sociale della società di cui al primo periodo. Al fine di dare attuazione agli interventi del Piano nazionale di ripresa e resilienza, con riferimento agli investimenti legati all'utilizzo dell'idrogeno in settori hard-to-abate nell'ambito della Missione 2, Componente 2, e all'allocazione delle risorse finanziarie*

pubbliche ivi previste per tali finalità, nel rispetto della disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022 di cui alla Comunicazione della Commissione europea C/2022/481 del 27 gennaio 2022, la società costituita ai sensi del primo periodo del presente comma è individuata quale soggetto attuatore degli interventi per la realizzazione dell'impianto per la produzione del preridotto - direct reduced iron, con derivazione dell'idrogeno necessario ai fini della produzione esclusivamente da fonti rinnovabili, aggiudicati ai sensi del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e delle altre vigenti disposizioni di settore. A tal fine, le risorse finanziarie di cui al sesto periodo, preordinate alla realizzazione dell'impianto per la produzione, con derivazione dell'idrogeno necessario ai fini della produzione esclusivamente da fonti rinnovabili, del preridotto - direct reduced iron, sono assegnate entro il limite di 1 miliardo di euro al soggetto attuatore degli interventi di cui al medesimo periodo. L'impianto per la produzione del preridotto di cui al settimo periodo è gestito dalla società costituita ai sensi del primo periodo. A tal fine, l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.A. (Invitalia S.p.A.) assicura l'assunzione di ogni iniziativa utile all'apertura del capitale della società di cui al primo periodo a uno o più soci privati, in possesso di adeguati requisiti finanziari, tecnici e industriali, individuati mediante procedure selettive di evidenza pubblica, in conformità al codice di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e alle altre vigenti disposizioni di settore” (Comma inserito dall’art. 3, comma 4-bis, d.l. 20 luglio 2021, n. 103, convertito, con modificazioni, dalla l. 16 settembre 2021, n. 125, e, successivamente, così modificato dall’art. 24, comma 1, d.l. 23 settembre 2022, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla l. 17 novembre 2022, n. 175).

30.2. Il frammento di disposizione rilevante ai fini dell’individuazione del criterio discrezionale della giurisdizione è il seguente: (...) “la società costituita ai sensi del primo periodo del presente comma è individuata quale soggetto attuatore degli interventi per la realizzazione dell'impianto per la produzione del preridotto -

direct reduced iron, con derivazione dell'idrogeno necessario ai fini della produzione esclusivamente da fonti rinnovabili, aggiudicati ai sensi del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e delle altre vigenti disposizioni di settore”.

30.3. Si tratta di un frammento di disposizione che esprime una norma con struttura logica agevolmente comprensibile: la società è individuata quale soggetto attuatore degli interventi per la realizzazione dell'impianto per la produzione del preridotto - *direct reduced iron* e, a tal fine, aggiudica quegli interventi ai sensi del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

30.4. La qualificazione soggettiva di DRI quale impresa pubblica non sposta i termini della questione, dato che è la stessa legge a prevedere che l'intervento debba essere aggiudicato secondo le regole previste per l'aggiudicazione di contratti pubblici.

30.5. L'interpretazione proposta da DRI, secondo cui la disposizione sopra citata sarebbe interpretabile nel senso che *“tale speciale previsione esprime la necessità di rispettare le norme nazionali ed europee in materia di contratti pubblici, ma sempre che sussistano i presupposti soggettivi e oggettivi previsti dalle disposizioni del Codice dei contratti pubblici”*, sicuramente suggestiva, non può però essere condivisa.

30.6. La stessa appellante definisce l'art. 1 comma 1^{quater} del d.l. 16 dicembre 2019, n. 142, nel testo scaturito dalle modifiche, “speciale previsione”. E di questo si tratta, vale a dire di una norma speciale (o, meglio, eccezionale) che prevede, in modo anche chiaro, che l'aggiudicazione degli interventi per la realizzazione dell'impianto per la produzione del preridotto sia disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016 e dalle altre vigenti disposizioni di settore. Peraltro, le modalità di aggiudicazione dell'intervento prescindono dalla fonte di finanziamento.

30.7. È vero che l'impresa pubblica è obbligata a indire gare ai sensi del Codice dei contratti pubblici quando essa opera nei c.d. settori speciali identificati dagli artt.

115 – 122 del d.lgs. n. 50 del 2016 e, oggi, dai corrispondenti artt. 145 – 152 del d.lgs. n. 36 del 2023 (gas, elettricità, acqua, trasporti, poste, porti e aeroporti) e quando oggetto dell'affidamento siano attività strumentali in senso funzionale a quella svolta nei settori speciali.

30.8. Data la regola generale, l'art. 1 comma 1 *quater* del d.l. 16 dicembre 2019, n. 142, nel testo scaturito dalle modifiche, fa eccezione alla regola dato che dispone una conseguenza giuridica incompatibile con quella disposta dalla norma generale.

30.9. Va anche precisato che l'art. 1, comma 1-*quater* del d.l. n. 142/2019, come modificato dall'art. 24 del d.l. n. 144/2022, non si pone in violazione del divieto di *gold plating*. Il divieto di *gold plating*, come noto, è da intendere in senso relativo. Esiste un *gold plating* attivo che è quello che si verifica con l'adozione di nuovi atti di recepimento di direttive e un *gold plating* passivo che si verifica quando vengono mantenuti livelli di regolazione superiori a quelli richiesti dalle direttive. Un maggior rigore nel recepimento delle direttive è consentito nella misura in cui esso non si traduca in un ostacolo alla concorrenza oppure sia giustificato dalla salvaguardia di interessi e valori costituzionali. In questo caso, la disposizione è sicuramente proconcorrenziale e, lungi dall'introdurre livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee, impone semplicemente che un intervento pubblico strategico quale quello per cui è causa, sia affidato con gara pubblica.

30.10. Va peraltro ricordato che il divieto di *gold plating* costituisce anche un parametro interposto di legittimità ex art. 76 Cost., grazie al rinvio generale operato dalla legge n. 234/2012 (Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea) all'art. 32, comma 1, lett. c), e dalle singole leggi di delega in specifici settori, come per esempio la legge n. 11 del 2016 nella materia dei contratti pubblici.

30.11. Ma la Corte Costituzionale, con sentenza del 27 maggio 2020, n. 100 ha chiarito che:

a) il divieto di *gold plating* non è un principio di diritto comunitario, il quale, come è noto, vincola gli Stati membri all'attuazione delle direttive, lasciandoli liberi di scegliere la forma e i mezzi ritenuti più opportuni per raggiungere i risultati prefissati (salvo che per le norme direttamente applicabili);

b) esso “*va rettamente interpretato in una prospettiva di riduzione degli “oneri non necessari”, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive*”.

30.12. Dalla ricostruzione finora esposta discende che la giurisdizione sulla presente controversia appartiene al Giudice amministrativo e che, sul punto, la statuizione del TAR merita conferma.

31. In ordine alla seconda questione (l'improcedibilità dell'iniziativa processuale di DAN) si deve osservare quanto segue.

31.1. Il contratto *Early Works* non è un provvedimento autonomamente lesivo e quindi impugnabile.

31.2. Una volta chiarito che la giurisdizione sulla controversia appartiene al Giudice amministrativo è agevole concludere che alcuna improcedibilità del ricorso può essere riconnessa alla mancata contestazione in giudizio di un contratto che, semmai, segnerebbe la cesura tra la fase dell'evidenza pubblica conclusa con l'aggiudicazione e la fase esecutiva dell'intervento pubblico. Né può essere condivisa la tesi (pagina 9 della memoria depositata da Paul Wurth Italia S.p.A. l'8 novembre 2024) secondo cui si tratterebbe di “*un nuovo e diverso contratto rispetto a quello oggetto della procedura di cui è causa e che attiene a prestazioni preparatorie e funzionali a quello principale*” (argomento analogo si rinviene a pagina 11 della memoria depositata da DRI d'Italia il 9 novembre 2024).

32. In ordine alla terza questione (l'acquiescenza agli atti che hanno configurato un modello di gara semplificato) va osservato quanto segue.

32.1. Questa Sezione ha affermato che la partecipazione alla gara senza riserve deve essere considerata come piena acquiescenza per *facta concludentia* alla procedura stessa, con conseguente impossibilità di contestarne successivamente gli esiti, allorché sfavorevoli nel caso in cui la condotta del partecipante sia totalmente incompatibile con la contestazione degli esiti della gara (Consiglio di Stato, sez. V, 7 giugno 2024, n. 5125). L'appellante richiama un precedente puntuale di questa Sezione a pagina 27 del ricorso (in particolare, Consiglio di Stato sez. V, 26 aprile 2022, n. 3214).

32.2. Ma non è questo il caso che qui occupa il Collegio.

32.3. In questo specifico caso, la condotta del partecipante non è affatto incompatibile con la contestazione degli esiti della gara. Qui la ricorrente in primo grado ha partecipato alla procedura e ne ha contestato l'esito - in via principale, a mezzo della censura accolta dal Tar - per non avere l'aggiudicataria prodotto un'offerta rispondente alle regole che la stessa stazione appaltante si era data.

33. In ordine alla quarta questione (la "riqualificazione" della gara per cui è causa, quale procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando ai sensi dell'art. 125 del d.lgs. n. 50 del 2016) è agevole osservare quanto segue.

33.1. Anche nei settori speciali è prevista la facoltà per gli enti aggiudicatori di procedere all'aggiudicazione mediante una procedura negoziata non preceduta dalla indizione di gara. In questi casi la procedura è caratterizzata da un'attenuazione dell'applicazione dei canoni di concorrenzialità e massima partecipazione e, per questo, risulta confinata entro limiti tassativi declinati dal legislatore sulla scorta delle circostanze eccezionali previste dall'art. 125 (nel nuovo Codice dei contratti analoga disposizione si ritrova nell'art. 158).

33.2. Al Considerando 61 della Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali si legge: "*Tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa indizione di gara dovrebbero essere utilizzate solo in circostanze del tutto*

eccezionali. L'eccezionalità dovrebbe essere circoscritta ai casi nei quali la pubblicazione non sia possibile per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'ente aggiudicatore, o se è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto. Ciò vale per le opere d'arte, in quanto l'identità dell'artista determina intrinsecamente il carattere e valore unico dell'opera d'arte stessa. L'esclusività può anche trarre origine da altri motivi, ma solo situazioni di reale esclusività possono giustificare il ricorso alla procedura negoziata senza previa indizione di gara, se la situazione di esclusività non è stata creata dallo stesso ente aggiudicatore in vista della futura gara di appalto. Gli enti aggiudicatori che si avvalgono di questa eccezione dovrebbero indicare i motivi per cui non esistono soluzioni alternative o sostituibili praticabili quali il ricorso a canali di distribuzione alternativi anche al di fuori dello Stato membro dell'ente aggiudicatore o la possibilità di prendere in considerazione lavori, forniture e servizi comparabili dal punto di vista funzionale.

Se la situazione di esclusività è dovuta a ragioni tecniche, queste dovrebbero essere rigorosamente definite e giustificate caso per caso. Potrebbe rientrarvi, ad esempio, il caso in cui sia tecnicamente quasi impossibile che un altro operatore economico consegua i risultati richiesti o la necessità di utilizzare conoscenze, strumenti o mezzi specifici di cui solo un unico operatore economico dispone. Le ragioni tecniche possono anche derivare da requisiti specifici di interoperabilità che devono essere soddisfatti per garantire il funzionamento dei lavori, delle forniture o dei servizi da appaltare”.

33.2. Nella procedura per cui è causa non è rinvenibile alcuno dei presupposti applicativi dell'art. 125 d.lgs. n. 50 del 2016, né, d'altro canto, sono state rispettate, in ogni caso, le garanzie che presidiano l'aggiudicazione di una commessa per il tramite delle eccezionali regole ivi contenute: si tratta dei principi di trasparenza ed

imparzialità dell'azione amministrativa che devono presiedere lo svolgimento di qualunque forma di procedura anche nei settori speciali.

33.3. È da condividere quanto affermato da Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A. a pagina 32 della memoria depositata il 5 novembre 2024 laddove si legge il riferimento, tra gli altri, alla redazione di verbali di gara e alla nomina di una Commissione giudicatrice.

34. La quinta questione enucleata (la conformità dell'offerta di PW ai criteri previsti dalla legge di gara) è quella determinante ma è anche la più agevole da risolvere.

34.1. Paul Wurth ha sicuramente presentato un'offerta non conforme alle richieste della stazione appaltante perché non prevedeva la parte riguardante la realizzazione dell'impianto.

34.2. Le caratteristiche essenziali e indefettibili delle prestazioni previste dalla *lex specialis* della gara costituiscono una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, perché non è ammissibile che il contratto venga aggiudicato a un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito (Consiglio di Stato sez. V, 25 luglio 2019, n. 5260). Una difformità quale quella che si rileva in questa fattispecie si risolve in un *aliud pro alio* che comporta, di per sé, l'esclusione dalla gara.

34.3. L'ampia latitudine che la giurisprudenza riconosce al canone di equivalenza non ne consente l'estensione all'ipotesi di "*difformità del bene rispetto a quello descritto dalla lex specialis*", configurante ipotesi di "*aliud pro alio non rimediabile*" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258). L'*aliud pro alio* si configura quando l'offerta manchi delle specifiche qualità necessarie per assolvere alla funzione economico sociale naturale ovvero a quella assunta dalle parti nel programma negoziale (Consiglio di Stato, Sez. V, 19 luglio 2022, n. 6239). Il caso qui esaminato ne è un esempio paradigmatico.

34.4. Erano ammesse offerte migliorative (paragrafo 2 delle istruzioni generali) non certo offerte difformi rispetto ai requisiti minimi richiesti.

34.5. Merita quindi piena condivisione la conclusione del primo Giudice laddove si

legge: “*La mancata calibrazione dell’offerta di Paul Wurth in funzione della concreta realizzazione dell’impianto, pure prevista quale oggetto da porre a base della procedura de qua, non può logicamente integrare una proposta migliorativa dell’impianto medesimo, né, a maggior ragione, del programma di progetto*” (punto 9.8. della sentenza impugnata).

34.6. L’appellante principale sostiene che la sentenza impugnata, laddove si spinge a sostenere che l’offerta di PW non avrebbe risposto alle esigenze di DRI, determinerebbe una inammissibile e non consentita sostituzione del G.A. nelle valutazioni discrezionali di DRI che, peraltro, nel caso di specie presuppongono pure conoscenze tecniche di elevata qualificazione.

34.7. Il punto è che, da un lato, le valutazioni discrezionali di DRI non possono spingersi fino a violare in modo flagrante le regole che essa stessa si è data, dall’altro, l’accertamento di tale violazione non si concretizza in un sindacato di tipo sostitutivo da parte del Giudice. Le valutazioni compiute dalla Stazione appaltante sono espressione di ampia discrezionalità tecnica, censurabile in sede giurisdizionale solo per manifesta illogicità, arbitrarietà o travisamento dei fatti, e senza possibilità di sindacato sostitutivo (Consiglio di Stato sez. V, 16 maggio 2024, n. 4373). Ma accertare la violazione delle regole di gara non significa sostituirsi alle valutazioni riservate dalla stazione appaltante, né, peraltro, occorrono significative competenze tecniche per rilevare la differenza tra un’offerta che prevede la costruzione dell’impianto di preridotto e un’offerta che non la prevede affatto. L’offerta presentata da Paul Wurth afferisce alla categoria dei contratti cc.dd. “EP” (*Engineering e Procurement*), quindi di sola progettazione e fornitura mentre la gara era stata indetta per un contratto EPC (*Engineering, Procurement and Construction*).

35. In ordine alla sesta questione (l’interesse e legittimazione dell’aggiudicataria a contestare la *lex specialis* e chiedere una nuova indizione della procedura) va osservato quanto segue.

35.1. Nel caso di ricorso avverso gli atti di una procedura di evidenza pubblica, l'interesse a ricorrere sussiste, e si giustifica, allorché si possa ipotizzare che, nel caso di accoglimento del ricorso, il ricorrente debba aggiudicarsi la gara, ovvero in subordine che la gara debba essere ripetuta (interesse strumentale). L'interesse strumentale tutelabile non è quello di ottenere l'esclusione dell'aggiudicatario ma quello di ottenere che l'amministrazione riediti il potere, bandisca una nuova gara, e sia così soddisfatta la futura *chance* partecipativa del ricorrente. Non si tratta quindi di un interesse emulativo, ma di un interesse diretto patrimoniale, seppur futuro (Consiglio di Stato sez. IV, 6 ottobre 2014, n. 4986).

35.2. Nel caso di una gara a cui abbiano partecipato due imprese, l'operatore economico che doveva essere escluso può introdurre nel procedimento giurisdizionale motivi volti alla coltivazione del proprio strumentale interesse alla riedizione della procedura.

35.3. Quanto affermato da Paul Wurth Italia S.p.A. a pagina 7 della memoria depositata il 5 novembre 2024 è da condividere. Vi si legge: *“I due interessi possono coesistere in quanto, attraverso la proposizione dei motivi in via subordinata, il ricorrente può far valere anzitutto l'interesse a conseguire l'aggiudicazione e nel caso in cui questo non ottenga soddisfazione, l'interesse a ottenere una chance di aggiudicazione nell'ambito di una nuova procedura”*.

35.4. L'ordinamento riconosce rilevanza di interessi legittimi eterogenei nello svolgimento delle gare pubbliche, essendo stato ritenuto meritevole di tutela sia l'interesse legittimo ad ottenere l'aggiudicazione del contratto sia l'interesse legittimo strumentale alla partecipazione ad un eventuale procedimento di gara rinnovato (Consiglio di Stato sez. IV, 13 ottobre 2020, n. 6157).

35.5. Non sussiste, poi, alcuna omessa pronuncia da parte del TAR e/o insufficiente motivazione.

35.5.1. Nel processo amministrativo l'omessa pronuncia, da parte del giudice di primo grado, su censure e motivi di impugnazione costituisce tipico errore di diritto, deducibile in sede di appello sotto il profilo della violazione del disposto di

cui all'art. 112 c.p.c., che è applicabile al processo amministrativo con il correttivo secondo il quale l'omessa pronuncia su un vizio del provvedimento impugnato deve essere accertata con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché essa può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile (*ex multis*, Consiglio di Stato sez. III, 1° giugno 2020, n. 3422); la decisione di segno contrario risulta dal compiuto esame delle censure che il TAR ha sicuramente effettuato nella motivazione della sentenza.

35.5.2. A integrare gli estremi del vizio di omessa pronuncia non basta la mancanza di un'espressa statuizione del giudice, ma è necessario che sia stato completamente omesso il provvedimento che si palesa indispensabile alla soluzione del caso concreto: ciò non si verifica quando la decisione adottata comporti la reiezione della pretesa fatta valere dalla parte, anche se manchi in proposito una specifica argomentazione, dovendo ravvisarsi una statuizione implicita di rigetto quando la pretesa avanzata col capo di domanda non espressamente esaminato risulti incompatibile con l'impostazione logico-giuridica della pronuncia (Consiglio di Stato sez. V, 25 marzo 2024, n. 2821).

35.5.3. Secondo una giurisprudenza ormai consolidata, non si ha omissione di pronuncia ma, al più, un rigetto implicito quando nel provvedimento viene accolta una tesi decisoria incompatibile con la domanda (o con l'eccezione) non oggetto di espressa pronuncia (tra le tante, Cass. civ., Sez. lavoro, Ordinanza, 31 gennaio 2025, n. 2387, Cass. civ., Sez. V, Ordinanza, 16 luglio 2020, n. 15193). Non c'è, quindi, alcun mancato esame da parte del TAR dell'eccezione di inammissibilità del ricorso incidentale per aver riproposto identici motivi a quelli proposti dalla ricorrente principale.

35.5.4. Quanto all'asserita violazione del principio dispositivo da parte del TAR

occorre precisare quanto segue. Paul Wurth ha proposto in primo grado ricorso incidentale volto a far valere l'interesse strumentale alla riedizione della gara nel caso in cui fosse stata annullata l'aggiudicazione disposta a suo favore. Danieli aveva proposto censure volte a travolgere l'intera procedura facendo valere il proprio interesse strumentale solo in via subordinata.

35.5.5. L'esame del ricorso incidentale proposto da Paul Wurth da parte del TAR non costituisce in alcun modo violazione del principio dispositivo, né tale ricorso può essere considerato tardivo per le ragioni già esposte al punto 35.2, vale a dire: l'operatore economico che doveva essere escluso può introdurre nel procedimento giurisdizionale motivi volti alla coltivazione del proprio strumentale interesse alla riedizione della procedura.

35.5.6. Ai sensi degli artt. 99 e 112 c.p.c. sia nel processo civile che in quello amministrativo il principio della domanda e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato hanno dignità di clausole generali e comportano il divieto di attribuire un bene della vita non richiesto o comunque di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda; tale principio è da ritenersi violato ogni qual volta il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri uno degli elementi identificativi dell'azione, cioè il *petitum* e la *causa petendi*, attribuendo quindi un bene della vita diverso da quello richiesto ovvero ponendo a fondamento della propria decisione fatti o situazioni estranei alla materia del contendere, salvo il potere di qualificazione giuridica dei fatti e della domanda giudiziale (Consiglio di Stato sez. IV, 31 luglio 2017, n. 3809), evenienze che nel caso qui esaminato non ricorrono sicuramente.

35.5.7. Il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato comporta:

- a) che il giudice debba decidere su tutta la domanda;
- b) che il giudice non possa pronunciare oltre i limiti della domanda formulata;
- c) che il giudice non possa pronunciare su eccezioni la cui rilevanza è rimessa all'iniziativa delle parti.

35.5.8. Spetta al giudice interpretare la domanda proposta accertando e valutando il

contenuto sostanziale della pretesa, quale desumibile non esclusivamente dal tenore letterale degli atti ma anche dalla natura delle vicende rappresentate dalle parti e dalle precisazioni fornite nel corso del giudizio, nonché dal provvedimento concreto richiesto (cfr. Cass. civ., Sez. II, 27 giugno 2024, n. 17787). Ciò che è puntualmente avvenuto in questo caso, dato che, nel prendere in esame il ricorso incidentale proposto da Paul Wurth, il TAR ha fatto piana applicazione del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

36. In ordine alla settima questione (le domande risarcitorie proposte da Danieli) va osservato quanto segue.

36.1. Alcun subentro nel contratto può essere richiesto da Danieli dato che il Contratto EP non è stato stipulato da DRI e Paul Wurth Italia S.p.A.

36.2. All'esito della presente controversia DRI dovrà procedere alla riedizione della gara in base alla disciplina del Codice dei contratti pubblici. Non è quindi configurabile un danno da mancata aggiudicazione. Il TAR ha correttamente statuito che *“per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale, difetta, anche in termini di mera chance, il presupposto della spettanza del bene della vita cui aspira la ricorrente, ossia la possibilità di aggiudicazione della commessa e di sottoscrizione del relativo contratto”*.

36.3. Va in ogni caso precisato quanto segue. Quanto alla perdita di *chance* essa si configura come danno attuale e risarcibile, sempre che ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni. Ne consegue, altresì, che alla mancanza di tale prova non è possibile sopperire con una valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 cod. civ. diretta a fronteggiare l'impossibilità di provare non l'esistenza del danno risarcibile, bensì il suo esatto ammontare. In altri termini, la perdita di *chance* di rilievo risarcitorio, in quanto entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione e non mera aspettativa di fatto o generiche ed astratte aspirazioni di lucro, deve correlarsi a dati reali, senza i quali risulta impossibile il calcolo percentuale di possibilità delle

concrete occasioni di conseguire un determinato bene (Consiglio di Stato sez. V, 28 gennaio 2019, n. 697).

36.4. Non va peraltro dimenticato che la lesione della *chance* integra un evento di danno in termini di possibilità perduta di un risultato migliore e soltanto eventuale, senza escludere la necessaria e preliminare indagine sulla relazione eziologica tra la condotta del danneggiante e l'evento (Cassazione civile, 11 novembre 2019 n. 28993).

36.5. Il soggetto che si ritiene danneggiato che non ha potuto ottenere una tutela in forma specifica deve:

- a) dimostrare la concreta possibilità di conseguire l'aggiudicazione (s'intende, non l'ottenimento dell'aggiudicazione);
- b) provare il nesso di causa tra la perdita di tale possibilità e la condotta illegittima;
- c) quantificare le possibilità di raggiungimento del bene finale (per la determinazione del *quantum* del risarcimento).

36.6. La domanda risarcitoria va pertanto respinta poiché:

- a) non sussiste alcun danno da mancata aggiudicazione;
- b) non è stata fornita la minima prova del danno subito neppure secondo un calcolo di probabilità o per presunzioni.

36.7. La *chance* è considerata una posizione giuridica autonomamente tutelabile - morfologicamente intesa come evento di danno rappresentato dalla perdita della possibilità di un risultato più favorevole - purché ne sia provata una consistenza probabilistica adeguata (Consiglio di Stato, Adunanza Plen., 23 aprile 2021, n. 7).

36.8. Nel caso di specie, manca del tutto questa prova; la tecnica risarcitoria della perdita di *chance* garantisce l'accesso al risarcimento per equivalente solo se la *chance* abbia effettivamente raggiunto un'apprezzabile consistenza, di solito indicata dalle formule "probabilità seria e concreta" o anche "elevata probabilità" di conseguire il bene della vita sperato.

L'accoglimento della domanda esige, pertanto, che sia stata fornita la prova, anche presuntiva, dell'esistenza di elementi oggettivi dai quali desumere, in termini di

certezza o di elevata probabilità, ma non di mera potenzialità, l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile. Per danno ingiusto risarcibile ai sensi dell'art. 2043 c.c. si intende non qualsiasi perdita economica, ma solo la perdita economica ingiusta, ovvero verificatasi con modalità contrarie al diritto; ne consegue quindi la necessità, per chiunque pretenda un risarcimento, di dimostrare la c.d. spettanza del bene della vita, ovvero la necessità di allegare e provare di essere titolare, in base ad una norma giuridica, del bene della vita che ha perduto od al quale anela, e di cui attraverso la domanda giudiziale vorrebbe ottenere l'equivalente economico (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 aprile 2020, n. 2534).

36.9. In ordine al danno ancorato alla perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al *curriculum* professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare, esso deve essere oggetto di puntuale dimostrazione, ancorata alla perdita di un livello di qualificazione già posseduta ovvero alla mancata acquisizione di un livello superiore, quale conseguenze immediate e dirette della mancata aggiudicazione; solo all'esito di tale dimostrazione, relativamente all'*an*, è possibile procedere alla relativa liquidazione nel *quantum* (anche a mezzo di forfettizzazione percentuale applicata sulla somma riconosciuta a titolo di lucro cessante) e sempre che non debba ritenersi che, trattandosi di impresa *leader* nel settore di riferimento, l'aver conseguito già un *curriculum* di altissimo livello, renda la mancata aggiudicazione di un appalto non idonea, per definizione, ad incidere negativamente sulla futura possibilità di conseguire le commesse economicamente più appetibili e, più in generale, sul posizionamento dell'impresa nello specifico settore di mercato in cui è chiamata ad operare (Consiglio di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2023, n. 9210, che richiama Consiglio di Stato sez. V, 7 novembre 2022, n. 9785).

37. Per tutto quanto sopra esposto devono essere respinti l'appello principale

proposto da DRI D'Italia S.p.A., l'appello incidentale proposto da Paul Wurth Italia S.p.A. e l'appello incidentale proposto da Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A., con assorbimento dei motivi riproposti da quest'ultima ai sensi dell'art. 101 del codice del processo amministrativo e, per l'effetto deve essere confermata la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce n. 472/2024.

Le spese, stante la novità e la complessità delle questioni trattate, possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così decide:

- a) respinge l'appello principale proposto da DRI D'Italia S.p.A.;
- b) respinge l'appello incidentale proposto da Paul Wurth Italia S.p.A.;
- c) respinge l'appello incidentale proposto da Danieli & C. Officine Meccaniche S.p.A.;
- d) per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce n. 472/2024.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Alberto Urso, Presidente FF

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Gianluca Rovelli

Alberto Urso

IL SEGRETARIO