

Pubblicato il 20/02/2023

N. 00333/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00571/2022 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 Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 571 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da La Pulisan S.r.l., Accadueo S.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Luca Alberto Clarizio, Anna Del Giudice, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Puglia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Isabella Fornelli, Rossana Lanza, Claudia Pellicciari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Skill Società Consortile A.R.L., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, quanto al ricorso introduttivo

-delle determinazioni assunte dal dirigente della Regione Puglia - Dipartimento Bilancio, Affari Generali e Infrastrutture, Sezione Economato - con atto del 22.3.2022, n. 00391, ad oggetto "CIG 8751052C8D. Annullamento d'ufficio dell'AD 107/2021/865 e revoca della procedura di

gara indetta con AD 107/2021/666”, pubblicato il 24.3.2022, alle ore 16.45, sulla piattaforma Empulia;

-ove occorra, degli atti dell'istruttoria svolta dal Responsabile Unico del Procedimento, richiamata nel suddetto atto dirigenziale, di cui sono sconosciuti gli estremi;

-di ogni altro atto, anche non noto e, ove esistente, comunque connesso, preordinato ovvero conseguente; in particolare, il contenuto del parere reso dall'Avvocatura regionale, in quanto richiamato nell'AD impugnato, nonché l'atto dirigenziale del 4.1.2022, n. 1, ad oggetto “nomina nuovo RUP per i servizi di pulizia degli immobili regionali”

per l'annullamento, quanto ai motivi aggiunti depositati da La Pulisan S.r.l. il 11/10/2022:

1.delle determinazioni assunte dal dirigente della Regione Puglia – Sezione Provveditorato Economato, Servizio Logistica e Efficientamento energetico - con atto dell'8.9.2022, n. 1234, ad oggetto “CIG 9397559703. Appalto specifico per l'affidamento nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione (SDAPA) dei servizi di pulizia ed igiene ambientale derattizzazione e disinfestazione, raccolta, trasporto e conferimento di rifiuti speciali per gli immobili di competenza della Regione Approvazione documentazione di gara e indizione”, pubblicata il 13.9.2022;

2. di tutti gli atti della citata gara e, in particolare, del Capitolato d'Oneri, del Capitolato Tecnico, della lettera di invito e dei relativi allegati;

3. di ogni altro atto, anche non noto e, ove esistente, comunque connesso, preordinato ovvero conseguente.

nonché

per la declaratoria di inefficacia

del contratto eventualmente stipulato tra la Regione Puglia e l'aggiudicatario, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 cpa,

inoltre

per la condanna

della Regione Puglia affinché disponga il subentro del Raggruppamento ricorrente nell'aggiudicazione e, ove stipulato, nel contratto; nonché, in subordine, al risarcimento per equivalente ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 cpa.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Puglia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2022 il dott. Carlo Dibello e uditi per le parti i difensori Luca Alberto Clarizio, per la parte ricorrente; Isabella Fornelli e Claudia Pellicciari, anche su delega di Rossana Lanza, per la parte resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il costituendo raggruppamento composto da La Pulisan S.r.l. e Accadueo S.r.l. (in seguito, Raggruppamento) ha partecipato alla procedura telematica indetta dalla Regione Puglia, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'affidamento dei *“Servizi di pulizia ed igiene ambientale presso immobili in uso a qualsiasi titolo dalla Regione Puglia per la durata di 48 mesi”* (CIG 8751052C8D - importo a base di gara € 15.494.866,00).

La procedura è stata indetta con atto dirigenziale del 12.5.2021, n. 666, mentre il bando è stato spedito alla GUUE il successivo 13.5.2011.

All'esito della gara, espletata mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il Raggruppamento è risultato primo in graduatoria; ragione per cui, nella seduta pubblica del 21.10.2021 (verbale n. 6), la commissione ha formulato la relativa proposta di aggiudicazione.

Con nota dell'8.11.2021, prot. n. 107/11018, il RUP ha sottoposto l'offerta economica del Raggruppamento alla verifica dell'anomalia. Il successivo 22.11.2021 le società hanno, pertanto, trasmesso le giustificazioni finalizzate

alla dimostrazione della congruità della proposta economica da esse presentata in sede di gara.

Il 10.11.2021, prot. n. 107/11205, il RUP ha compiuto la verifica del possesso dei requisiti dichiarati dal Raggruppamento ex art. 83, d.lgs. n. 50/2016; mentre la documentazione a comprova del possesso dei suddetti requisiti è stata fornita dalle società il 19.11.2021.

Successivamente alla trasmissione della documentazione preordinata alla definizione della procedura, anziché dare luogo alla costituzione del vincolo contrattuale con l'aggiudicataria, con atto dirigenziale del 22.3.2022 (cioè, il provvedimento che si impugna), la stazione appaltante ha annullato d'ufficio il provvedimento di nomina del seggio di gara e della commissione aggiudicatrice nonché revocato l'intera procedura di gara.

Più in dettaglio, dopo aver verificato positivamente (da quanto emerge dall'atto gravato) tanto la congruità dell'offerta presentata dal Raggruppamento, quanto la sussistenza in capo ad esso dei requisiti dichiarati in sede di gara, il "nuovo RUP" nel frattempo nominato dalla stazione appaltante ha ritenuto di dover sottoporre a verifica *"l'intera procedura di gara rispetto al quadro normativo vigente e all'evoluzione della giurisprudenza amministrativa in materia di appalti pubblici"*.

Più segnatamente, sulla scorta di un presunto *"nuovo orientamento"* del Consiglio di Stato (in particolare, della Sesta Sezione, sentenza dell'8.11.2021, n. 7419) sarebbe emersa l'asserita illegittimità della costituzione della commissione giudicatrice, determinata dalla circostanza che il ruolo del presidente sia stato ricoperto dallo stesso soggetto che, in precedenza, aveva approvato gli atti di gara e nominato la commissione da egli poi presieduta. Ciò avrebbe radicato l'ipotesi di incompatibilità prevista dall'art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016.

Sulla base dell'istruttoria svolta, il RUP ha, dunque, proposto al *"nuovo dirigente"* della Sezione Provveditorato Economato (nominato con DGR del 30.9.2021, 1576) il ritiro della gara. Ciò anche in considerazione del fatto che,

sempre ad avviso del RUP, la procedura non sarebbe stata ancora definita, essendosi fermata alla fase dell'approvazione dell'aggiudicazione; sicché, nella specie, non sarebbe stato necessario, per l'esercizio dell'autotutela, alcun *«raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario della mera proposta di aggiudicazione»*.

Il dirigente, pertanto, preso atto dell'istruttoria espletata dal RUP, con il provvedimento gravato ha disposto (i) l'annullamento d'ufficio dell'atto dirigenziale del 2.7.2021, n. 865, concernente la nomina del seggio di gara e della commissione giudicatrice; (ii) di conseguenza, ha dato luogo alla revoca della procedura di gara, indetta con atto dirigenziale della Sezione Provveditorato Economato del 12.5.2021, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse.

Il provvedimento di secondo grado è stato portato a conoscenza dei concorrenti esclusivamente attraverso la pubblicazione di esso sulla piattaforma Empulia, ritenendo la Regione che, nel caso di specie, non sussistessero le ragioni per effettuare la comunicazione diretta ai concorrenti in gara.

Gli atti assunti in autotutela dalla Regione sono considerati illegittimi e pregiudizievoli degli interessi del Raggruppamento risultato aggiudicatario, che ne invoca l'annullamento alla stregua dei seguenti motivi in diritto: 1. Violazione per erronea e falsa applicazione degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* L. n. 241/1990. Violazione degli artt. 32, 33 e 77, d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e diritto, difetto di istruttoria, carente ed erronea motivazione, perplessità ed ingiustizia manifesta: la Regione ha assunto il provvedimento impugnato ritenendo sussistente una situazione di incompatibilità a carico del Presidente della Commissione di gara, derivante dalla pregressa approvazione, da parte del medesimo, di atti di gara e della nomina della commissione giudicatrice. A tanto la Regione si sarebbe determinata in ossequio ad un orientamento giurisprudenziale espresso di recente dal Consiglio di Stato sul punto, in particolare con la

sentenza 7419/2021 che, provocando una inversione di rotta nella interpretazione dell'art. 77, comma 4 del d.lgs. 50 del 2016, entrerebbe in conflitto con orientamento ben diverso di carattere sostanzialista, patrocinato in precedenza dalla giurisprudenza amministrativa (per esempio, Cons. Stato, Sez. V, 28.4.2014, n. 2191; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 10.7.2020, n. 3019; TAR Veneto, Sez. I, 15.10.2020, n. 946). La Regione avrebbe però errato nel recepire un approccio formalistico alla disposizione che non avrebbe ancora dato vita ad un vero e proprio orientamento di segno contrario rispetto al passato, essendo circoscritto alla pronuncia sopra richiamata. Per le società ricorrenti dovrebbe privilegiarsi, in definitiva, l'interpretazione fatta propria in precedenza dai giudici amministrativi, in modo da imporre la verifica concreta dell'attività svolta dal dirigente durante la gara e il suo effetto di condizionamento sull'attività propria della commissione giudicatrice. Ed invece, secondo la sentenza n. 7419/2021 citata dalla Regione ciò che rileverebbe, ai fini dell'incompatibilità, sarebbe piuttosto l'assunzione di "paternità" degli atti di gara attraverso l'approvazione degli stessi atti ed il conseguente ruolo di componente della commissione valutativa. Nel caso in esame, è documentalmente provato che colui il quale ha approvato gli atti della procedura in alcun modo ha partecipato alla elaborazione degli stessi ovvero ha suggerito interventi oppure richiesto modifiche. Difatti, con le determine del 23.2.2021, n. 107/2021/213 e del 12.5.2021, n. 666, il dirigente ha incaricato il RUP di predisporre gli atti di gara e conseguentemente ha approvato gli stessi atti, senza alcun personale apporto subprocedimentale. Stando così le cose, non corrisponde al vero che - come assume la Regione - sarebbe intervenuto un "nuovo orientamento, chiaro, netto e marcato" del Consiglio di Stato in subiecta materia. E, soprattutto, affatto coevo ovvero precedente al tempo in cui sono stati approvati gli atti e nominata la commissione: esso si è, invece, palesato soltanto in coincidenza con la conclusione della gara. Il potere di autotutela è stato pertanto esercitato illegittimamente dalla P.a. e i provvedimenti che ne sono espressione meritano

di essere annullati. 2. Violazione per erronea e falsa applicazione degli artt. 21 quinquies e 21 nonies L. n. 241/1990. Violazione degli artt. 32, 33 e 77, D.Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e diritto, difetto di istruttoria, carente ed erronea motivazione, perplessità ed ingiustizia manifesta: malgrado il RUP abbia ritenuto che, attraverso la sottoscrizione degli atti dirigenziali (a prescindere dal loro iter di formazione) di approvazione dei documenti di gara e di indizione della procedura selettiva nonché di nomina della commissione giudicatrice, il dirigente avrebbe *“manifestato, quale organo di amministrazione attiva, la volontà dispositiva della stazione appaltante, prendendo atto dell’attività istruttoria svolta dall’ufficio, condividendone le risultanze e adottando la decisione conclusiva, in tale modo assumendo la paternità del contenuto degli atti sottoscritti, allo stesso riferibili, sia, per l’effetto, la responsabilità in ordine agli effetti giuridici in concreto prodotti”*, parte ricorrente è dell’avviso che l’attività preparatoria degli atti di gara non possa essere attribuita al dirigente che si è limitato ad approvare i documenti da altri predisposti. Ciò significa che l’elaborazione contenutistica della legge di gara non apparterrebbe al dirigente divenuto poi presidente della commissione giudicatrice. La mancata partecipazione alla redazione degli atti di gara costituirebbe indice di insussistenza di una situazione di incompatibilità. 3. Violazione per erronea e falsa applicazione degli artt. 21 quinquies e 21 nonies L. n. 241/1990. Violazione degli artt. 32, 33 e 77, d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e diritto, difetto di istruttoria, carente ed erronea motivazione, perplessità ed ingiustizia manifesta: è stata omessa, ad avviso delle ricorrenti, la valutazione dell’effettivo ruolo ricoperto dal presidente della commissione nell’ambito dello specifico subprocedimento di redazione degli atti di gara, che, si ribadisce, nella specie, sono stati predisposti dal RUP senza alcuna interferenza del dirigente. 4. Violazione per erronea e falsa applicazione degli artt. 21 quinquies e 21 nonies L. n. 241/1990. Violazione degli artt. 32, 33 e 77, D.Lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e diritto, difetto di istruttoria, carente ed

erronea motivazione, perplessità ed ingiustizia manifesta: all'illegittimità dell'annullamento del provvedimento di nomina della commissione si accompagna l'illegittimità del potere di revoca dell'intera procedura. L'annullamento dell'atto di nomina della commissione giudicatrice è intervenuto prima della pronuncia giurisdizionale con la quale il Consiglio di Stato avrebbe mutato rotta nella lettura dell'art. 77, comma 4 del d.lgs. 50/2016, ossia esattamente quando la norma veniva ancora letta in chiave sostanzialista. L'annullamento sarebbe stato adottato senza alcuna valutazione delle ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'atto. La conseguente revoca della gara risentirebbe dell'errore interpretativo compiuto dalla Regione nel ritenere di poter applicare principi espressi dal Consiglio di Stato in una pronuncia non ancora espressione di un orientamento chiaro sulla questione.

5. Violazione per erronea e falsa applicazione degli artt. 21 quinquies e 21 nonies L. n. 241/1990. Violazione degli artt. 32, 33 e 77, d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e diritto, difetto di istruttoria, carente ed erronea motivazione, perplessità ed ingiustizia manifesta: l'amministrazione regionale non ha effettuato alcuna ponderazione in ordine alle ragioni di interesse pubblico da far prevalere eventualmente rispetto all'interesse a conseguire l'aggiudicazione definitiva.

6. Violazione per erronea e falsa applicazione degli artt. 21 quinquies e 21 nonies L. n. 241/1990. Violazione degli artt. 32, 33 e 77, d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e diritto, difetto di istruttoria, carente ed erronea motivazione, perplessità ed ingiustizia manifesta: al cospetto di un'aggiudicazione ormai perfezionatasi, la P.a. avrebbe potuto esercitare il potere di autotutela in ossequio a tutti i presupposti previsti dagli artt. 21 quinquies e 21 nonies, che sono stati disattesi.

7. Violazione per erronea e falsa applicazione degli artt. 7, 21 quinquies e 21 nonies L. n. 241/1990. Violazione degli artt. 32, 33 e 77, d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto e diritto, difetto di istruttoria, carente ed erronea motivazione, perplessità ed ingiustizia manifesta: acclarata,

dunque, l'efficacia dell'aggiudicazione a favore del Raggruppamento, ne consegue che la Regione avrebbe dovuto garantire alle società ricorrenti l'intervento partecipativo mediante la comunicazione di avvio del procedimento.

La Regione Puglia si è costituita in giudizio per resistere al ricorso.

In data 12 maggio 2022, la difesa del raggruppamento ha depositato dichiarazione di rinuncia alla domanda cautelare proposta in quanto *“La Regione Puglia non ha ancora indetto la nuova procedura di gara per l'affidamento del servizio di pulizia degli immobili regionali, sebbene preannunciata con atto dirigenziale del 19.4.2022, n. 529; viceversa, il Raggruppamento sta svolgendo il servizio in regime di proroga. Tutto ciò premesso, le società ricorrenti, come sopra rappresentate e difese, rinunciano all'istanza cautelare allegata al ricorso.”*

Con memoria depositata in data 25 settembre 2022, la difesa della Regione Puglia ha preso posizione su tutti gli aspetti della controversia in maniera articolata.

Memoria di replica è stata depositata dalla difesa delle ricorrenti e dalla difesa della Regione Puglia.

In data 8 settembre 2022 (con atto dirigenziale n. 1234), la Regione Puglia ha indetto la nuova procedura per l'affidamento degli stessi servizi oggetto della gara annullata ai danni del Raggruppamento. In particolare, con l'AD n. 1234/2022, l'amministrazione regionale ha (i) approvato i documenti della gara concernente l'affidamento dei servizi di pulizia ed igiene urbana, derattizzazione e disinfestazione, raccolta, trasporto e conferimento di rifiuti speciali per gli immobili di competenza della Regione Puglia, (ii) indetto l'appalto specifico per l'affidamento dei suddetti servizi, attraverso il sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione (SDAPA) messo a disposizione di CONSIP. Il Raggruppamento ricorrente, nella qualità di soggetto già aggiudicatario della precedente gara, contesta radicalmente, per mezzo di motivi aggiunti di ricorso l'avvio della procedura indetta con i provvedimenti in epigrafe, in ragione dell'illegittimità che affligge il

provvedimento di annullamento d'ufficio della pregressa procedura, impugnato in via principale. Poiché la nuova gara comprende le stesse prestazioni oggetto della gara revocata, gli atti della nuova procedura sono illegittimi in via derivata per le medesime argomentazioni illustrate con il ricorso principale.

La difesa della Regione Puglia, atteso che il Raggruppamento ricorrente non ha proposto alcuna nuova argomentazione rispetto ai precedenti atti, si è riportata integralmente a tutto quanto argomentato, dedotto ed eccepito nei precedenti scritti difensivi del 25.09.2022 e successive repliche del 30.09.2022, supportati anche dalla documentazione versata in atti ed ha insistito per il respingimento del gravame.

Le parti hanno versato in atti ulteriori memorie per ribadire ancora le reciproche posizioni assunte in corso di causa.

La controversia è stata posta in decisione alla udienza pubblica del 30 novembre 2022.

DIRITTO

L'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016, dopo aver disposto che *“nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto”*, precisa, al comma quarto, che *” i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*.

La norma è espressione del principio di imparzialità cui l'attività della P.a. deve ispirarsi, ai sensi dell'art. 97 della Costituzione.

L'imparzialità opera non solo nel senso di richiedere che la pubblica amministrazione presti ossequio al dovere di non discriminazione del soggetto nei cui confronti essa svolge la sua attività di cura del pubblico interesse, - il che implica adeguata considerazione degli interessi dei privati in

sede procedimentale - ma anche nella direzione di una imparzialità di carattere soggettivo, in quanto riferita alla persona fisica.

Nella declinazione descritta da ultimo, e con specifico riferimento alla materia dei pubblici appalti, l'imparzialità è diretta ad impedire che il giudice di gara, nello svolgimento della sua attività di valutazione delle offerte tecniche, possa subire il condizionamento derivante dall'aver in precedenza sottoscritto atti di regolamentazione della procedura ad evidenza pubblica, venendosi a trovare in una situazione di conflitto di interessi e, al tempo stesso, risultando portatore di incompatibilità all'esercizio della doppia funzione.

In una condizione siffatta il componente della commissione giudicatrice, di essa autonominatosi presidente, cumula sulla sua persona funzioni di carattere preparatorio, e funzioni valutative o di giudizio in violazione del principio di separazione tra fase istruttoria e fase decisoria del procedimento, da affidare necessariamente a soggetti diversi dell'amministrazione, così come può desumersi appunto dall'art. 77, comma 4 del d.lgs. 50/2016.

Osserva il Collegio che, sotto il profilo specificamente esaminato, anche la mera approvazione degli atti di gara predisposti dal Rup determina nel dirigente che compie l'atto approvativo, se non la piena assunzione di paternità in ordine agli stessi atti, un controllo preventivo di merito dell'operato posto in essere dal Responsabile del procedimento con esiti di condivisione di quanto predisposto dal RUP, indipendentemente dalla eventuale interferenza sull'attività di predisposizione degli atti stessi.

In altri termini, anche con l'approvazione degli atti di gara predisposti dal Rup, il dirigente della stazione appaltante preposto al compito fa propri gli atti stessi, il che significa dividerne gli effetti giuridici ai fini della gara.

Ed è per questa ragione che il componente della commissione giudicatrice non può avere svolto nell'ambito della stessa procedura ad evidenza pubblica anche il compito di approvare gli atti di gara relativi al contratto del cui affidamento si tratta perché questo comporta un giudizio su di una propria

precedente attività, evenienza che a livello giuridico prende corpo ed è racchiusa nell'istituto della incompatibilità.

E' pertanto indispensabile che il componente della commissione giudicatrice giunga a svolgere il ruolo di giudice delle offerte tecniche con la cd *virgin mind*, scongiurando il rischio di giudicare in base a regole dallo stesso approvate in precedenza.

Osserva il Collegio, con riguardo alla fattispecie concreta, e alla luce dei principi sopra esposti, che l'Amministrazione ha legittimamente ravvisato l'incompatibilità del cumulo di funzioni in capo all'allora Dirigente della Sezione, Antonio Mario Lerario, il quale, pur già responsabile dell'intera procedura di gara, con AD n.865 del 2.7.2021 si era autonomato Presidente della Commissione Giudicatrice, in aperta violazione dell'art.77 del Codice e della regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura e a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale.

Dagli atti depositati in giudizio, è infatti emersa chiaramente la situazione di incompatibilità in cui versava il Lerario, per aver: -deciso di procedere in maniera autonoma all'indizione della procedura di gara, in luogo dell'adesione a Convenzione Consip; - approvato i documenti di progettazione (capitolato tecnico e Allegato A Requisiti di partecipazione e Criteri di valutazione) al fine dell'indizione della procedura telematica aperta ex art. 60 del D.lgs. 50/2016 avente ad oggetto l'affidamento dei servizi di pulizia ed igiene ambientale da svolgersi, anche in situazioni di emergenza epidemiologica, presso le sedi della Regione Puglia; - sottoscritto il bando di gara, recante, altresì, le prescritte informazioni in ordine all'oggetto e alla procedura di selezione del contraente; - sottoscritto il disciplinare di gara, regolante nel dettaglio le regole procedurali da osservare, nonché il Capitolato Speciale di Appalto; - indetto la procedura di gara per cui è causa, definendo il valore complessivo stimato dell'appalto, il criterio di aggiudicazione all'uopo

applicabile, le modalità di pubblicazione del bando di gara; - provveduto alla valutazione delle offerte tecniche in qualità di Presidente della Commissione. Può pertanto ritenersi che la violazione dell'art. 77, comma 4 del d.lgs. 50 del 2016 sussista, nel caso in esame, non solo per effetto della sottoscrizione, da parte del Presidente della Commissione giudicatrice, di atti di gara, ma anche in seguito alla mera approvazione di alcuni tra di essi.

Questo approccio interpretativo all'art. 77, comma 4 del d.lgs. 50/2016 è coerente con il tenore letterale della disposizione, che non richiede affatto un'indagine penetrante in ordine al concreto verificarsi di un conflitto di interessi, come pretenderebbe parte ricorrente, ma pretende a tutto campo l'imparzialità dei membri della commissione giudicatrice, i quali non devono aver svolto precedenti funzioni nell'ambito della stessa procedura di gara.

Proprio la pronuncia del Consiglio di Stato sez. VI, 08/11/2021, (ud. 14/10/2021, dep. 08/11/2021), n.7419 che l'amministrazione ha ritenuto di considerare ai fini dell'annullamento dell'atto di nomina della Commissione giudicatrice e della conseguente revoca della gara ha chiaramente espresso il principio fin qui esaminato stabilendo che *"...in subiecta materia, la giurisprudenza di questo Consiglio ha rilevato che: "Con riguardo al regime di incompatibilità tra le funzioni svolte nel procedimento e quelle di presidente della Commissione, il fondamento è di stretto diritto positivo, e va rinvenuto nel più volte ricordato art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016. Occorre peraltro rilevare che la norma in questione ha la stessa portata oggettiva dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, in relazione alla quale la giurisprudenza aveva posto in evidenza che rispondeva all'esigenza di una rigida separazione tra la fase di preparazione della documentazione di gara e quella di valutazione delle offerte in essa presentate, a garanzia della neutralità del giudizio ed in coerenza con la ratio generalmente sottesa alle cause di incompatibilità dei componenti degli organi amministrativi (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13). Il fondamento ultimo di razionalità della disposizione dell'art. 77, comma 4, è dunque quello per cui chi ha redatto la lex specialis non può essere componente della Commissione, costituendo il principio di separazione tra chi predisponga il regolamento di gara e chi è*

chiamato a concretamente applicarlo una regola generale posta a tutela della trasparenza della procedura, e dunque a garanzia del diritto delle parti ad una decisione adottata da un organo terzo ed imparziale mediante valutazioni il più possibile oggettive, e cioè non influenzate dalle scelte che l'hanno preceduta (Cons. Stato, V, 27 febbraio 2019, n. 1387)" (Consiglio di Stato, sez. V, 17 aprile 2020, n. 2471).

La declinazione più rigorosa del principio di incompatibilità del componente della commissione giudicatrice che abbia svolto precedenti funzioni di amministrazione attiva nel procedimento è, peraltro, già presente in giurisprudenza come dimostra il fatto che il T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. I, 14/10/2019, n.2377, ha avuto occasione di precisare che *“Sussiste in ogni caso una situazione di incompatibilità sostanziale nel caso in cui il presidente della Commissione è stato il R.U.P., ha partecipato alla elaborazione degli atti di gara e del capitolato speciale, da lui approvato, e ha nominato la Commissione giudicatrice, indicando sé stesso quale presidente.”*

In questa chiave di lettura il Responsabile del procedimento, con nota del 7 marzo 2022, e cioè quando già la pronuncia del Consiglio di Stato 7419/2021 era stata pubblicata afferma di *“aver notato - in sede di istruttoria della proposta di aggiudicazione da trasmettere all'attuale Dirigente della Sezione Provveditorato Economato, a prescindere dal giudizio favorevole di non anomalia del sub-procedimento di verifica dell'anomalia di cui alla lettera c) - che risulta presente un eventuale vizio di legittimità nell'atto dirigenziale specificato in oggetto con riferimento alla composizione della commissione giudicatrice in cui il Presidente di tale commissione, nella persona di Antonio Mario Lerario, è stato anche il Dirigente che ha approvato i documenti di gara e che ha indetto la procedura di gara di che trattasi, in “potenziale” contrasto rispetto a quanto previsto dall'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016”*. La circostanza che l'emergere di un approccio rigoroso non sia coevo alla nomina della commissione giudicatrice non ha alcuna rilevanza perché, come correttamente osserva lo stesso Rup, proprio la sussistenza di una giurisprudenza non univoca sulla esegesi dell'art. 77, comma 4 avrebbe dovuto suggerire un prudente atteggiamento da parte

del Dirigente nella individuazione dei componenti della commissione, al fine di prevenire l'insorgere di contenziosi in sede giurisdizionale.

Sicchè l'affermazione per la quale *"...non corrisponde al vero che - come assume la Regione - sarebbe intervenuto un "nuovo orientamento, chiaro, netto e marcato" del Consiglio di Stato in subiecta materia. E, soprattutto, affatto coevo ovvero precedente al tempo in cui sono stati approvati gli atti e nominata la commissione: esso si è, invece, palesato soltanto in coincidenza con la conclusione della gara."* non produce alcun effetto sulla legittimità degli atti impugnati.

Lo stesso R.u.p. dà conto della difformità di indirizzi interpretativi presso i TT.AA.RR limitandosi a segnalare un filone interpretativo patrocinato dal Consiglio di Stato con la sentenza 7419 del 2021. La successiva adesione ai principi espressi dal Consiglio di Stato con detta ultima pronuncia da parte dell'amministrazione in sede di autotutela non ha alcuna ripercussione critica sull'annullamento ma anzi è servita a corroborarne la cornice motivazionale.

Le prime tre censure sviluppate con il ricorso principale, le quali ruotano tutte attorno al perimetro applicativo della causa di incompatibilità di cui all'art. 77, comma 4 del d.lgs. 50/2016 sono pertanto infondate.

Anche la decisione di annullare l'atto di nomina della commissione giudicatrice resiste alla censura svolta dalla ricorrente.

Deve infatti dirsi che l'atto di autotutela è stato legittimamente adottato sulla base dell'adesione prestata alla pronuncia del Consiglio di Stato 7419 del 2021, a prescindere dal formarsi di un orientamento chiaro, netto e marcato, locuzioni, queste, che vanno intese non nel senso ad esse attribuito presso gli addetti ai lavori, e cioè nel senso di una serie costante di pronunce giurisprudenziali, ma nella direzione di una pronuncia del giudice di appello che la Regione ha ritenuto di recepire integralmente ai fini dell'esercizio del potere di autotutela.

Né può dirsi che l'annullamento sia illegittimo per il sol fatto di essere stato pronunciato in adesione ad una sentenza non ancora tradottasi in un vero e

proprio orientamento giurisprudenziale, non essendo certo quest'ultimo un elemento essenziale della potestà di riesame del provvedimento.

Ed ancora va detto che l'annullamento dell'atto di nomina della commissione e la conseguente revoca dell'intera gara sono stati adottati legittimamente dall'amministrazione regionale non essendo in presenza di un'aggiudicazione ormai perfezionatasi, come sostiene il raggruppamento ricorrente.

Sotto tale ultimo profilo, il ricorrente deduce di essere portatore di un interesse differenziato che la stazione appaltante avrebbe dovuto adeguatamente soppesare prima di determinarsi al ritiro della gara in conformità ai presupposti stabiliti per l'esercizio dell'autotutela nelle due forme dell'annullamento e della revoca, di cui agli artt. 21 quinquies e 21 nonies legge 241 del 1990.

Il raggruppamento così argomenta la censura: analizzando il caso in esame, non è controvertibile che la proposta di aggiudicazione sia stata effettuata il 21.10.2021 (verbale della commissione n. 6). Essa, pertanto, è stata approvata - come pacificamente evidenziato dalla giurisprudenza pure richiamata dalla Regione - una volta decorsi i termini di cui all'art. 33, del d.lgs. n. 50/2016. *Successivamente, poi, alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara dal Raggruppamento (avvenuta come dichiarato con il provvedimento impugnato il 22.12.2021, verbale n. 11), nonché della congruità dell'offerta (accertata da parte del RUP il 7.2.2021), l'aggiudicazione a favore del Raggruppamento è divenuta efficace.* Cosicché, nel caso di specie, la Regione avrebbe eventualmente potuto esercitare i poteri di autotutela, consentiti dal comma 8 dell'art. 32 del Codice dei Contratti pubblici, soltanto applicando appieno la normativa di cui agli artt. 21 quinquies e nonies, L. n. 241/1990, che impongono, da un lato, di valutare l'interesse pubblico all'annullamento degli atti di gara, dall'altro di operare la comparazione tra questo interesse e quelli pubblici e privati coinvolti nella procedura.

La censura non è condivisibile.

Dal combinato disposto degli artt. 32, comma 5 e 33, comma 1 del d.lgs. 50/2016 emerge che, nell'attuale sistema del codice degli appalti la fase dell'aggiudicazione consta della formulazione di una proposta di aggiudicazione, della sua approvazione, e della aggiudicazione vera e propria. Sicchè, una volta intervenuta l'approvazione della proposta di aggiudicazione, per decorso del termine di trenta giorni previsto dall'art. 33, comma 1, ultimo periodo, deve essere adottato il provvedimento espresso di aggiudicazione (vera e propria), che nel caso di specie difetta.

Il raggruppamento ricorrente sposta a questo punto l'attenzione sulla circostanza per la quale” *Successivamente, poi, alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara dal Raggruppamento (avvenuta come dichiarato con il provvedimento impugnato il 22.12.2021, verbale n. 11), nonché della congruità dell'offerta (accertata da parte del RUP il 7.2.2021), l'aggiudicazione a favore del Raggruppamento è divenuta efficace”.*

Ma la tesi non può essere condivisa.

E' vero che l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti, secondo quanto previsto dall'art. 32, comma 7 del codice appalti, ma ciò presuppone che un'aggiudicazione sia intervenuta espressamente.

Nel caso in esame, il provvedimento che il raggruppamento cita quale presupposto di una aggiudicazione efficace è, in realtà, una verifica compiuta ai sensi dell'art. 80 del codice appalti, prova ne sia il fatto che in esso si legge *“prendere atto degli esiti delle verifiche ex art. 80 del D.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. effettuate alla data odierna con riferimento all'aggiudicatario proposto costituendo RTI LA PULISAN PULIZIA E SANIFICAZIONE IMMOBILI S.R.L. - Accadueo srl, come di seguito:”*

E, a ulteriore conferma che non sia intervenuto il provvedimento di aggiudicazione può dirsi che l'atto con il quale il competente dirigente annulla la nomina della commissione giudicatrice e revoca l'intera procedura di gara riferisce *“VISTO il verbale n. 6 del 21/10/2021 della commissione giudicatrice, seduta*

pubblica, dal quale risulta scritto quanto segue: "L'aggiudicatario proposto risulta il concorrente RTI La Pulisan srl e Accadueo srl";" TENUTO CONTO che allo stato attuale della procedura di gara è stata formulata la proposta di aggiudicazione da parte della commissione giudicatrice (corrispondente all'istituto dell'aggiudicazione provvisoria del previgente d.lgs. n. 163/2006) a cui sono seguiti la verifica dei requisiti di cui agli artt. 80 e 83 del d.lgs. n. 50/2016 nonché il sub-procedimento di verifica dell'anomalia; VISTO l'art. 32 (Fasi delle procedure di affidamento) del d.lgs. n. 50/2016, il cui comma 5 stabilisce che: "La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione."; VISTO l'art. 33 (Controlli sugli atti delle procedure di affidamento) del d.lgs. n. 50/2016, il cui comma 1 stabilisce che: "La proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si intende approvata."; CONSIDERATO che - in relazione all'eventuale decorso dei termini previsti dall'art. 33, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 - la giurisprudenza amministrativa ha affermato che "la disposizione dimostra che ciò che si forma tacitamente è l'approvazione della proposta di aggiudicazione, non anche l'aggiudicazione". In altri termini, il predetto comma "si riferisce solo all'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, non anche alla formazione (tacita) dell'aggiudicazione definitiva, che, invece, trova la sua disciplina nell'art. 32, co. 5; norma che dimostra la necessità che l'aggiudicazione, per i complessi interessi sottesi e le esigenze che intende soddisfare, non può che rivestire le forme del provvedimento espresso"; "CONSULTATA, altresì, la giurisprudenza amministrativa nei casi in cui un concorrente sia stato destinatario di una

mera "proposta di aggiudicazione" (aggiudicazione provvisoria secondo il previgente d.lgs. n. 163/2006) non sfociata in un provvedimento di conferma della stessa attraverso l'istituto giuridico dell'aggiudicazione (aggiudicazione definitiva secondo il previgente d.lgs. n. 163/2006)";

Quanto ai presupposti di un atto di ritiro della intera procedura di gara, nella condizione in cui non vi è ancora un aggiudicatario espresso, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 202 del 11/01/2022 della V sezione, puntualmente richiamata dall'amministrazione regionale, ha affermato che *"Per consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, la natura giuridica di atto generale del bando e di atto endoprocedimentale della proposta di aggiudicazione non consentono di applicare integralmente la disciplina degli artt. 21 - quinquies e 21 - nonies di cui alla legge n. 241 del 1990 in tema di revoca e annullamento d'ufficio, con particolare riferimento all'esigenza del raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario della mera proposta di aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, III, 31 marzo 2021, n. 2707). Invero, la proposta di aggiudicazione non è l'atto conclusivo del procedimento, rientrando nel potere discrezionale dell'amministrazione la sua revoca, il cui esercizio prescinde dall'applicazione dell'art. 21 - quinquies della legge n. 241 del 1990, pur richiedendosi la sussistenza di concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna la prosecuzione delle operazioni di gara (cfr. Cons. Stato, V, 11 marzo 2020, n. 1744; 9 novembre 2018, n. 6323)."*

Ma, quand'anche si ritenga doveroso motivare l'atto di autotutela sulla base dei sopravvenuti motivi di interesse pubblico alla rimozione della gara, va detto che, anche sotto tale profilo, la P.a. resistente non ha mancato di rappresentare l'esigenza di una integrale sostituzione della commissione di gara, al fine di evitare eventuali condizionamenti derivanti dall'aver già appreso il contenuto delle offerte di carattere economico, il che ha imposto anche l'atto di ritiro della procedura.

Dunque, anche le censure sub 4, 5 e 6 sono infondate.

Pure infondato è, da ultimo, il ricorso per motivi aggiunti che il raggruppamento ricorrente ha proposto nella prospettiva di far valere il vizio

di invalidità derivata che inficerebbe gli atti di indizione della nuova gara da parte della Regione Puglia.

Le argomentazioni che precedono appaiono sufficienti per ritenere sia il ricorso principale, che il ricorso per motivi aggiunti, infondati e, pertanto, da respingere.

Le spese processuali possono essere compensate in considerazione della complessità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui motivi aggiunti, li respinge. Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere, Estensore

Giacinta Serlenga, Consigliere

L'ESTENSORE
Carlo Dibello

IL PRESIDENTE
Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO