

Publicato il 07/12/2021

N. 00420/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00280/2021 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 il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 280 del 2021, proposto da Tre Fiammelle soc. coop. a r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuliano Di Pardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Molise, in persona del Presidente della Giunta legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Campobasso, domiciliataria *ex lege* in Campobasso, via Insorti D'Ungheria n.74;

per l'accertamento dell'illegittimità

del silenzio serbato dall'Amministrazione regionale sull'istanza presentata dalla ricorrente in data 12 agosto 2021 volta a vedere conclusa la procedura di gara indetta, *ex art.* 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per l'affidamento del servizio di pulizia, disinfezione, disinfestazione, sanificazione e derattizzazione degli immobili dell'Azienda Sanitaria Regionale del Molise (ASREM) - CIG 69320848AD;

nonché per l'annullamento:

-della nota della Centrale Unica di Committenza presso la Regione Molise assunta al prot. n. 153666 del 20.09.2021;

- di ogni altro atto presupposto e/o consequenziale e comunque lesivo, ancorché non conosciuto;

e per il conseguente accertamento

dell'obbligo dell'Amministrazione resistente di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 1° dicembre 2021 il dott. Francesco Avino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso *ex* artt. 31 e 117 cod. proc. amm. la società in epigrafe ha evocato in giudizio la Regione Molise - Servizio Centrale Unica di Committenza (c.d. "C.U.C.") onde sentir accertare l'illegittimità del silenzio da questa serbato in relazione all'istanza del 12 agosto 2021 volta a far concludere la procedura di gara indetta a suo tempo per "*l'affidamento del servizio di pulizia, disinfezione, disinfestazione, sanificazione e derattizzazione degli immobili dell'Azienda Sanitaria Regionale del Molise –A.S.RE.M. (CIG 69320848AD)*". Conseguentemente la ricorrente ha formulato una domanda di accertamento dell'obbligo di concludere il suddetto procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso, instando in pari tempo anche per l'annullamento della nota del C.U.C. da ultimo assunta al prot. n. 153666 del 20.09.2021.

2. La società a giustificazione delle proprie pretese ha esposto di aver partecipato alla procedura aperta indetta dall'Amministrazione per

l'affidamento di cui sopra e di esservi stata ammessa con determinazione dirigenziale n. 3361/2019.

Tuttavia dopo la nomina dei membri della Commissione aggiudicatrice, la quale, inizialmente, aveva pure provveduto all'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa di gara, due commissari si erano resi dimissionari, determinando così la necessità della loro sostituzione, che però non sarebbe mai intervenuta.

Visto il notevole lasso di tempo trascorso inutilmente, la società ricorrente con nota del 12.08.2021 ha pertanto diffidato la Stazione Appaltante alla sollecita conclusione del procedimento di gara, riscontrando però una sostanziale prosecuzione dell'inerzia da parte della Regione.

La Centrale di Committenza con nota prot. n. 153666 del 20.09.2021 ha difatti informato che la committente A.S.RE.M. (Azienda sanitaria per il Molise), nonostante plurimi solleciti regionali, non aveva ancora proceduto ad individuare la rosa di commissari necessaria per procedere alla sostituzione di quelli dimissionari. E che in ragione di ciò non era stato possibile proseguire con le fasi di gara.

3. Parte ricorrente, ravvisando nella citata nota del C.U.C. i caratteri dell'atto soprassessorio, ha notificato allora il presente ricorso, affidato al seguente, articolato, motivo:

“Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2 e 3 della legge n. 241 del 1990 smi; del D.LGS. 50/2016; della L. 11 settembre 2020, n. 120 di conversione del D.L. 16 luglio 2020, n. 76; dell'art. 1, commi 455, 456 e 457, della L. 27 dicembre 2006, n. 296; violazione e falsa applicazione della legge Regione Molise n. 8/2015; della legge Regione Molise n 2/2012 e succ. mod.; delle deliberazioni di giunta Regione Molise. n. 408/2015 e n. 480/2015; delle linee guida per il funzionamento della centrale unica di committenza; della convenzione per l'attuazione dell'art. 25 della legge regionale n. 8/2015; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 della costituzione; violazione e falsa applicazione dei principi generali dell'azione amministrativa; eccesso di potere, contraddittorietà, illogicità, sviamento di potere”.

La tesi della soc. Tre Fiammelle, che allega di essere legittimata a pretendere la conclusione della gara, nonché portatrice di un interesse all'affidamento del servizio, è in buona sostanza che la C.U.C. della Regione Molise avrebbe violato l'obbligo di concludere una procedura non solo risalente nel tempo (essendo stata indetta nel 2017), ma soprattutto mai revocata: obbligo che discenderebbe dalle previsioni normative vigenti, volte anche a dar tutela all'affidamento del privato ingenerato dall'avvio della procedura.

Peraltro sarebbe evidente, trattandosi di gara da aggiudicarsi attraverso sistemi centralizzati, la competenza in capo alla C.U.C. tanto a procedere alla sostituzione dei commissari, quanto alla conclusione del procedimento, a nulla rilevando l'inerzia dell'A.S.RE.M..

4. Con memoria ritualmente depositata in giudizio si è costituita la Regione Molise con il patrocinio dell'Avvocatura distrettuale dello Stato.

5. La Cooperativa ricorrente ha indi depositato ulteriori memorie in vista dell'udienza camerale, ribadendo la propria posizione ed insistendo per le conclusioni già rassegnate.

6. Nell'approssimarsi dell'udienza di discussione l'Avvocatura dello Stato ha dimesso un'ulteriore scritto difensivo.

7. Dopodiché, alla camera di consiglio del giorno 1°.12.2021, uditi i difensori come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Il ricorso è fondato e dev'essere accolto per quanto di ragione

9 Il Collegio deve anzitutto riaffermare il principio condiviso dalla più recente giurisprudenza amministrativa la quale, nel delineare le finalità del giudizio disciplinato dagli artt. 31 e 117 cod.proc.amm., ha messo in chiara luce la spettanza, in capo al privato, di un potere strumentale volto a rendere effettivo l'obbligo giuridico della P.A. di provvedere. È stato infatti chiarito che *“il ricorso avverso il silenzio rifiuto, ex art. 117 c.p.a., è diretto ad accertare la violazione dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere, nascente da specifiche previsioni di legge ovvero dai principi generali, ovvero anche dalla peculiarità del caso”* (così, ex multis, Tar Lazio, sez. I, n. 10586/2020).

9.1. Va quindi subito verificata la sussistenza, nel privato, di una tale pretesa tutelata a provvedere nei riguardi dell'Amministrazione resistente.

Il Collegio è convinto che tale pretesa effettivamente sussista, alla luce tanto delle previsioni generali di cui agli artt. 2 della L. n. 241/90 e 119 - 120 del D.Lgs. n. 104/2010, quanto delle norme settoriali contenute nel Codice dei Contratti, nella normativa emergenziale di ultima promulgazione e in quella che regola i rapporti tra l'Ente regionale e i soggetti con questo convenzionati (nel caso di specie l'A.S.RE.M.).

9.1.1. La ricorrente ha infatti documentato di aver preso parte alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di pulizia, disinfezione, disinfestazione, sanificazione e derattizzazione degli immobili dell'Azienda Sanitaria Regionale del Molise.

Tale procedura è stata indetta, con determina n. 2021/2017, dal Direttore *pro tempore* del Servizio C.U.C. della Regione Molise, che ne ha curato il regolare svolgimento (anche attraverso la Commissione di gara) fino alla determinazione dirigenziale n. 3361/2019, con la quale sono state disposte le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti.

Dopodiché, una volta rimessi gli atti alla Commissione, il procedimento è entrato in una condizione di stallo per la mancata sostituzione dei membri dimissionari del Seggio, rispetto ai quali non s'è dato corso ad avvicendamenti di sorta, pur risalendo l'indizione della gara a ormai più di 4 anni orsono.

Queste circostanze essenziali, in disparte quanto si dirà con riferimento alle "giustificazioni" offerte dalla C.U.C., già appalesano una chiara violazione dell'obbligo di conclusione del procedimento di cui all'art. 2 della L. n. 241/1990, secondo il quale: "*Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso*".

Si aggiunga che ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. n. 50/2016 sussiste l'obbligo, per la Stazione Appaltante, di informare tempestivamente ciascun candidato e ciascun offerente "*delle decisioni adottate riguardo alla conclusione di un accordo*

quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi dell'eventuale decisione di non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione”.

Il Legislatore ha così esplicitato un ampio ventaglio di decisioni che la Stazione appaltante potrebbe prendere nell'esercizio della propria discrezionalità: ma tra queste non figura né l'inerzia, né tantomeno l'arresto *sine die* dell'iter procedimentale, entrambi lesivi dell'interesse dei partecipanti ad avere conoscenza della definizione del procedimento di gara (sia esso approdato all'esito naturale della sua aggiudicazione, ovvero a una decisione di segno diametralmente opposto).

Sotto quest'aspetto non può nemmeno passare sotto traccia il rilievo che l'obbligo di concludere il procedimento mediante una decisione espressa risulta strumentale anche all'eventuale proposizione del rimedio giurisdizionale (artt. 120 e ss. del cod.proc.amm). Soccorrono quindi, da quest'ulteriore angolo prospettico, anche evidenti ragioni di effettività del diritto alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive, le quali non possono trovare compromissioni e/o limitazioni di sorta (artt. 24 Cost. e 1 cod.proc.amm).

A riprova della sussistenza dell'obbligo giuridico a provvedere azionato nel presente giudizio vale anche la legislazione *lato sensu* emergenziale da ultimo promulgata, la quale ha previsto che nelle procedure di gara ancora *in itinere*, disciplinate dal D.Lgs. n. 50/2016, le Stazioni Appaltanti provvedano all'adozione dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione entro la data del 31 dicembre 2020 (art. 8, comma 2, del D.L. n. 76/2020, conv nella L. n. 120/2020).

Sulla scorta di queste coordinate ermeneutiche può quindi senz'altro accertarsi la sussistenza dell'obbligo di concludere il procedimento di gara oggetto del presente giudizio con un provvedimento espresso.

9.1.2. Tale obbligo, inoltre, deve essere chiaramente ascritto proprio alla Centrale Unica di Committenza.

Non vi è contestazione sul fatto che la gara in esame risulti assoggettata al sistema di centralizzazione regionale degli affidamenti gestito dalla Centrale Unica di Committenza Regionale istituita (anche) in Molise ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (art. 22 e ss. della L.R. Molise n. 8/2015). Tant'è che lo stesso bando di gara ravvisa nel Servizio Centrale Unica di Committenza della Regione la qualità di Amministrazione Aggiudicatrice (si noti che *ex art. 9, comma 5, del D.L. n. 66/2014, conv. nella n. 89/2014, la C.U.C. è stata altresì designata quale soggetto aggregatore della Regione Molise*).

Sicché non possono sorgere dubbi sul fatto che la procedura ad evidenza pubblica sia stata condotta, e dovesse essere portata anche a termine, dalla Centrale Unica di Committenza Regionale.

A norma dell'art. 22 della L.R. n. 8/2015, infatti: *“La Regione istituisce, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007), la Centrale unica di committenza regionale per la gestione di procedure contrattuali e di appalto, per la realizzazione di lavori pubblici e l'acquisizione di beni e servizi a favore:*

[omissis]

c) degli enti del Servizio Sanitario Regionale”.

Il successivo art. 24 è poi univoco nel disporre che *“la Centrale unica di committenza regionale, in funzione di soggetto aggregatore della domanda, opera aggiudicando appalti pubblici o stipulando accordi quadro per l'acquisizione di servizi e forniture, destinati ai soggetti di cui all'articolo 22”.*

Ancor più esplicite sono, del resto, le “Linee guida per il funzionamento della Centrale Unica di Committenza” approvate con D.G.R. n. 480 del 17.9.2015, a tenore delle quali: *“La Centrale unica di Committenza regionale gestisce, in forma aggregata e specialistica, le procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici o per la stipula di accordi quadro per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture”* (punto n. 2).

10. Acclarato quindi l'obbligo (rimasto ineseguito) di concludere il procedimento in questione, come pure la titolarità del primo in capo alla C.U.C., va ora accertata la sussistenza, nel caso in esame, di una fattispecie di silenzio - rifiuto tale da legittimare la presente azione.

10.1. La ricorrente ha depositato in giudizio la nota prot. n. 153666 del 20.09.2021, con la quale la Centrale di Committenza, nel riscontrarne la diffida, ha affermato quanto di seguito trascritto:

“Nel trasmettere la predetta nota di diffida all’A.S.RE.M. (inspiegabilmente non coinvolta nella richiesta), si rappresenta che questa Centrale – in mancanza dell’individuazione, da parte dell’Azienda sanitaria, di una rosa di commissari (più volte sollecitata), al fine di consentire la sostituzione dei due membri dimissionari (i quali sono stati parimenti indicati da quest’ultima Azienda) – non possa proseguire con le fasi di gara.

Sebbene, infatti, la competenza di nomina della commissione di gara spetti al Servizio Centrale Unica di Committenza, è pur vero che trattandosi di servizi sanitari, l’indicazione di una rosa di esperti nella specifica materia trattata, sia di stretta competenza dell’A.S.RE.M. (come ritualmente avviene per tutte le gare A.S.RE.M. con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, riguardanti specifici settori sanitari), ed in particolare del RUP della stessa Azienda sanitaria, avendo lo stesso predisposto il capitolato speciale ed il disciplinare di gara”.

Con questa nota l’Amministrazione Aggiudicatrice, senza negare di essere competente alla nomina dei membri della Commissione di gara, ha nondimeno affermato di non poter dar corso alle fasi di selezione a causa dell’inerzia dell’Azienda Sanitaria, la quale, pur sollecitata, non avrebbe provveduto ad indicarle una rosa di esperti nella materia sanitaria entro la quale potessero essere scelti i nuovi commissari.

Il Collegio ritiene che tale nota non solo non renda improcedibile l’azione avverso il silenzio (v. *infra* il paragr. 11), ma nemmeno possa giustificare la violazione -già emersa- dell’obbligo di concludere il procedimento

10.2. La ricorrente ha depositato, *sub* doc. n. 13, il “Regolamento relativo ai criteri di nomina dei componenti delle commissioni giudicatrici interne” approvato dalla Regione Molise, che disciplina specificamente la procedura di nomina della Commissione giudicatrice nei sistemi di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (art. 1).

Il regolamento, attribuita al Direttore della Centrale la competenza alla nomina della Commissione (art. 5), prevede che i commissari di gara vengano scelti selezionandoli da un apposito albo pubblico, redatto su domanda volontaria presentata da soggetti interni alla Regione Molise (art. 2) muniti di specifiche competenze (art. 4). La fonte regolamentare, elencati poi i requisiti che i commissari devono possedere, con differenziazione a seconda della carica rivestita (art. 3), passa a disciplinare il caso in cui si verifichi una carenza di professionalità interne, elencando una serie di criteri per far fronte ad un’eventuale mancanza in organico di professionalità adeguate.

Ebbene, in proposito l’art. 8 consente di scegliere i commissari tra i dipendenti di altre pubbliche Amministrazioni, ovvero tra gli appartenenti alle diverse categorie dei professionisti iscritti in albi professionali e/o dei professori universitari di ruolo.

La sostituzione in concreto dei commissari dimissionari poteva dunque giovare di un ampio ventaglio di opzioni, le quali avrebbero potuto supplire, se del caso, sia alla (peraltro indimostrata) carenza di specifiche professionalità in seno all’albo interno alla Regione Molise, sia all’eventuale inerzia nel provvedere delle pubbliche Amministrazioni (eventualmente) interpellate *de residuo*.

L’impostazione del Regolamento appare infatti chiaramente protesa ad assicurare, in ogni caso, la funzionalità del Seggio valutativo, in un’ottica di buona amministrazione e di certezza dei tempi di avvio e conclusione delle procedure ad evidenza pubblica.

Di contro, la Centrale di Committenza sembra essersi totalmente arrestata di fronte all’inerzia dell’A.S.RE.M., senza nemmeno sperimentare la fattibilità

della sostituzione dei membri dimissionari, a norma di regolamento, con altri soggetti provvisti delle richieste competenze.

10.3 Peraltro, dalla resistente non viene offerta alcuna giustificazione normativa della presunta necessità di reperire le professionalità mancanti avvalendosi indefettibilmente di soggetti indicati dall'ASREM.

La nota prot. n. 153666 del 20.09.2021 sembra far riferimento, in proposito, solo ad una sorta di uso interno o mera prassi, i quali però non potrebbero comunque prevalere sulla norma regolamentare (art. 1 disp. prel. al cod. civ.).

E se è vero che l'Azienda Sanitaria è l'Ente destinatario del servizio, è però altrettanto vero, per quanto esposto, che la mancata sostituzione dei membri della commissione divenuti indisponibili è ascrivibile unicamente alla responsabilità della C.U.C. della Regione Molise, sulla quale gravava il compito di provvedere.

Tale compito non è, peraltro, cessato nemmeno a seguito dell'affermazione che l'ASREM starebbe valutando se aderire all'accordo-quadro CONSIP per la fornitura del servizio in esame. Infatti, come ha evidenziato l'Avvocatura dello Stato, l'Azienda sanitaria non ha più comunicato disposizioni al riguardo e pertanto, in assenza di concrete decisioni sfocianti nell'assunzione di atti di autotutela, l'inerzia dell'Amministrazione regionale si conferma ingiustificata.

11. Al Collegio non rimane, a questo punto, che intrattenersi sulla natura e qualificazione giuridica da attribuirsi alla più volte citata nota n. 153666 del 20.09.2021.

Occorre invero chiedersi se tale comunicazione rappresenti un idoneo riscontro alla diffida del privato, e, in questo senso, se essa abbia determinato, per avventura, la cessazione dello stato di inadempimento al quale l'art. 31 del cod.proc.amm. subordina la proponibilità dell'azione avverso il silenzio.

L'interrogativo non può che avere risposta negativa.

Per quanto detto nel punto che precede, infatti, la Centrale di Committenza non avrebbe né dovuto né potuto attendere le determinazioni dell'A.S.RE.M. nei tempi a quest'ultima congeniali.

Sicché l'affermazione della prima di non poter proseguire con le fasi di gara in mancanza dell'individuazione, da parte dell'Azienda sanitaria, della rosa di commissari in sostituzione, non può essere intesa né come un diniego esplicito, né come altra forma di provvedimento dotato di autonoma capacità lesiva, ma si manifesta in concreto come un mero atto soprassessorio, come tale inidoneo, per la sua natura puramente interlocutoria, a determinare un arresto procedimentale.

Un simile atto, stante la sua inidoneità a manifestare una volontà autoritativa dell'Amministrazione, non risulta quindi autonomamente impugnabile (cfr. in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2530): e tanto porta a dichiarare inammissibile l'impugnativa proposta contro di esso dalla società ricorrente.

D'altra parte, costituisce orientamento pacifico della giurisprudenza che lo speciale rimedio dell'azione avverso il silenzio sia utilmente esperibile non solo in presenza di condotte del tutto omissive, ma anche in presenza di atti solo preparatori o, appunto, soprassessori.

È stato, infatti, chiarito che *“Nel tempo la giurisprudenza, al fine di rendere sempre più efficace e quindi effettiva la tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione, ha precisato che tal rimedio è esperibile non solo in presenza di condotte omissive che si protraggano oltre i termini di legge, ma anche in presenza di atti infra procedimentali o soprassessori, per tali dovendosi intendere quelli che solo apparentemente configurano una spendita di potere ma che sostanzialmente eludono l'obbligo di provvedere mediante richieste istruttorie inutilmente defatigatorie o provvedimenti che eludono il contenuto dell'istanza del privato o sospendono l'iter procedimentale in casi non previsti dalla legge violando il dovere di provvedere normativamente imposto (cfr. Cons. Stato, V, 22 gennaio 2015, n. 273). In particolare è stato precisato che in ragione della sua natura meramente interlocutoria e della sua inidoneità a manifestare la volontà dell'Amministrazione, l'atto soprassessorio non è autonomamente impugnabile e non rende inammissibile l'azione avverso il silenzio (Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2742)”* (così in C.d.S., IV sez., sentenza n. 2265/2019; in termini anche C.d.S., sez. III, n. 4561/2019).

12. Conclusivamente, il ricorso deve pertanto essere accolto.

Il Tribunale deve perciò ordinare alla Centrale Unica di Committenza della Regione Molise di dar corso al procedimento di gara previa sostituzione dei membri della Commissione entro e non oltre quarantacinque giorni dalla comunicazione o, se anteriore, dalla notificazione della presente sentenza. La C.U.C. dovrà pertanto ricostituire la Commissione di gara e procedere ad ultimare le operazioni di selezione del contraente nei termini ordinari scanditi dalla normativa di settore.

Va invece dichiarata inammissibile l'impugnativa proposta avverso la nota della C.U.C. della Regione Molise assunta al prot. n. 153666 del 20.09.2021.

13. Le spese del giudizio vengono poste a carico dell'Amministrazione secondo il principio di soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie per quanto di ragione, e per l'effetto, accertata l'illegittimità del silenzio, dichiara l'obbligo della Centrale Unica di Committenza della Regione Molise di provvedere sull'istanza della ricorrente nei sensi specificati in motivazione, entro la scadenza di 45 (quarantacinque) giorni dalla comunicazione o (se anteriore) della notificazione in via amministrativa della presente sentenza.

Dichiara inammissibile l'impugnativa proposta avverso la nota della C.U.C. della Regione Molise n. 153666 del 20.09.2021.

Condanna la Regione al pagamento delle spese processuali, che liquida in € 2.000 oltre accessori come per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 1° dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Gaviano, Presidente

Daniele Busico, Referendario

Francesco Avino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Avino

IL PRESIDENTE
Nicola Gaviano

IL SEGRETARIO