



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania  
(Sezione Terza)  
ha pronunciato la presente  
**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1569 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da (Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato E. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato M. R., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (Omissis);

(Omissis), non costituita in giudizio;

nei confronti

(Omissis), non costituita in giudizio;

per l'annullamento

*A) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:*

- della Determina n. 7/2022 dell'11.02.2022 a firma del Direttore Generale di (Omissis), nella parte in cui ha annullato la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando indetta da (Omissis), ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016 così come modificato dall'art. 1, comma 2, lett. b. della L. n. 120/2020, per l'affidamento del servizio di revisione legale ex art. 2409 bis c.c. e del D.Lgs. n. 39/2010 e s.m.i., dei bilanci degli esercizi sociali 2020-2021-2022 ed altri servizi di revisione dei conti - CIG 88482975AC – Gara 310, per la quale in data 09.09.2021 era stata formulata proposta di aggiudicazione in favore della (Omissis), nonché nella parte in cui non ha approvato l'esito della procedura di gara e, per l'effetto, ha espressamente annullato la proposta di aggiudicazione di cui al verbale n. 7 in favore dell'o.e. (Omissis) e nella parte in cui non ha approvato tutti i provvedimenti adottati dalla S.A. nel corso della procedura selettiva, ivi compresi i verbali di gestione della cd. fase amministrativa e le risultanze della Commissione di gara istituita ex art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016

-del verbale n. 39 del 22.10.2021 del Collegio Sindacale di (Omissis), non noto alla ricorrente, con il quale – come si legge nella Determina impugnata sub 1) – “il Collegio Sindacale prendeva atto delle criticità ravvisate e si risolveva per l'insussistenza delle condizioni per procedere all'affidamento in favore della (Omissis)”;

- per quanto occorra, della Determina dell'Amministratore Unico n. 82 del 10.1.2022, non conosciuta e con la quale sarebbe stata delegata al Direttore Generale di (Omissis) “la competenza finale a decidere in merito all'aggiudicazione della commessa” (si legge a pag. 3 della Determina n. 7/2022) e di tutti gli atti richiamati nel provvedimento impugnato sub 1) se ed in quanto lesivi per gli interessi della ricorrente;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale comunque lesivo degli interessi della ricorrente, non conosciuto né conoscibile, *nonché per il risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente in forma specifica e/o per equivalente monetario.*

*B) per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (Omissis) il 16.5.2022:*

-della Determina n. 7/2022 dell'11.02.2022 a firma del Direttore Generale di (Omissis), nella parte in cui ha annullato la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando indetta da (Omissis)

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di (Omissis);

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 giugno 2022 la dott.ssa Maria Barbara Cavallo 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 notificato il 14.3.2022, (Omissis), già (Omissis) ha impugnato la Determina n. 7/2022 dell'11.02.2022 a firma del Direttore Generale di (Omissis), nella parte in cui ha annullato la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando indetta da (Omissis), per l'affidamento del servizio di revisione legale ex art. 2409 bis c.c. e del D.Lgs. n. 39/2010 e s.m.i., dei bilanci degli esercizi sociali 2020-2021-2022 ed altri servizi di revisione dei conti - CIG 88482975AC – Gara 310, per la quale in data 09.09.2021 era stata formulata proposta di aggiudicazione in favore della (Omissis), nonché nella parte in cui non ha approvato l'esito della procedura di gara e, per l'effetto, ha espressamente annullato la proposta di aggiudicazione di cui al verbale n. 7 in favore dell'o.e. (Omissis) e nella parte in cui non ha approvato tutti i provvedimenti adottati dalla S.A. nel corso della procedura selettiva, ivi compresi i verbali di gestione della cd. fase amministrativa e le risultanze della Commissione di gara istituita ex art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016.

Ha altresì impugnato:

- il verbale n. 39 del 22.10.2021 del Collegio Sindacale di (Omissis), non noto alla ricorrente, con il quale – come si legge nella Determina impugnata sub 1) – “il Collegio Sindacale prendeva atto delle criticità ravvisate e si risolveva per l'insussistenza delle condizioni per procedere all'affidamento in favore della (Omissis)”;

- per quanto occorra, la Determina dell'Amministratore Unico n. 82 del 10.1.2022, non conosciuta e con la quale sarebbe stata delegata al Direttore Generale di (Omissis) “la competenza finale a decidere in merito all'aggiudicazione della commessa” (si legge a pag. 3 della Determina n. 7/2022) e di tutti gli atti richiamati nel provvedimento impugnato sub 1) se ed in quanto lesivi per gli interessi della ricorrente.

Ha altresì formulato domanda di risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente.

2. In fatto espone la complessa vicenda che ha condotto la (Omissis), che, a far data dal 15.02.2022, ha modificato la propria denominazione in (Omissis) a partecipare con successo alla procedura negoziata con invito indetta dalla (Omissis) con Determina a contrarre n. 107/2021 del 14.07.2021 per l'affidamento del servizio di revisione legale dei bilanci degli esercizi sociali 2020-2021-2022 ed altri servizi di revisione dei conti per un importo a base di gara pari ad euro 150.000,00 oltre iva.

Gli unici due offerenti risultavano essere la ricorrente e la (Omissis), i quali, come rilevato dal RUP (vedi verbale di gara del 2.9.2021), che avevano entrambi omissso di caricare sul portale informatico il c.d. “Patto di integrità” richiesto dal disciplinare di gara a pena di esclusione.

La stazione appaltante tuttavia aveva attivato il soccorso istruttorio in favore di entrambe le società in quanto tale documento non era stato *ab origine* inserito nella modulistica allegata dalla Stazione Appaltante da compilarsi a cura dei partecipanti.

Tali fatti non sono contestati.

La ricorrente ha esposto altresì di aver correttamente provveduto alla integrazione utilizzando un *fac simile* del richiesto documento rinvenuto sul sito della (Omissis), laddove la (Omissis) ha trasmesso un modello incompleto ed errato di “Patto di integrità” che riportava, peraltro, gli estremi di un'altra procedura.

In concreto:

- con il verbale n. 2 del 6.09.2021, dunque, il RUP ha provveduto ad escludere il concorrente (Omissis) demandando alla Commissione i successivi adempimenti relativi alla valutazione delle offerte tecnica ed economica della ricorrente, unico operatore rimasto in gara;
- ha valutato l'offerta delle (Omissis) (verbali nn. da 4 a 6 del 07.09.2021), all'esito dei quali l'odierna ricorrente ha conseguito un punteggio finale di 66,86, di cui punti 36,89 per l'offerta tecnica e punti 30,00 per l'offerta economica ed è stata considerata meritevole di aggiudicazione;
- con il verbale n. 7 del 09.09.2021 è stata adottata proposta di aggiudicazione in favore della ricorrente;
- la (Omissis) non ha proposto ricorso di alcun tipo;
- in data 12.10.2021 le risultanze delle operazioni di gara e la proposta di aggiudicazione in favore dell'odierna ricorrente sono state trasmesse dal RUP al Collegio sindacale e all'Amministratore Unico (Omissis) per le determinazioni del caso;
- a fronte di una mancanza di determinazioni per oltre quattro mesi, in data 11.02.2022, il Direttore Generale (Omissis) - che all'uopo sarebbe stato delegato dall'Amministratore Unico con determina n. 82 del 10.01.2022- ha trasmesso la Determina n. 7/2022 dell'11.02.2022 con la quale è stata annullata l'intera procedura di gara, previa "non approvazione" della proposta di aggiudicazione intervenuta dal 09.09.2021 in favore della ricorrente.

Dalla lettura della determina, vi sarebbe stato un verbale n. 39 del 22.10.2021 a mezzo del quale "il Collegio Sindacale prendeva atto delle criticità ravvisate e si risolveva per l'insussistenza delle condizioni per procedere all'affidamento in favore della (Omissis)".

Di tutti gli altri atti, la ricorrente ha preso visione tramite accesso.

3. Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi.

*I) Violazione degli artt. 3, 41 e 97 cost. Violazione del dovere di correttezza e buona fede costituzionalmente garantito dal principio solidaristico espresso dall'art. 2 cost., del principio del giusto procedimento previsto dalla legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 33 del d. lgs. n. 50/2016. Violazione del principio del legittimo affidamento. Arbitrarietà. Disparità di trattamento. Ingiustizia manifesta. Violazione del principio di concentrazione delle operazioni di gara.*

La Stazione appaltante avrebbe violato l'art. 33 del codice dei contratti, secondo cui "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."

Nel caso di specie, la proposta di aggiudicazione in favore dell'odierna ricorrente è avvenuta in data 09.09.2021 e – per quanto dichiarato dallo stesso Direttore Generale (Omissis) nella citata Determina – è stata trasmessa al Collegio sindacale e all'Amministratore Unico per il parere previsto dall'art. 23 del Disciplinare di gara in data 12.10.2021; il riscontro negativo del Direttore Generale di (Omissis), a mezzo della delibera impugnata, è pervenuto solo in data 11.02.2022, ampiamente al di fuori del termine previsto dalla norma riportata, decorso il quale la proposta di aggiudicazione non può che ritenersi approvata.

Il mancato rispetto dei termini sarebbe, a detta della ricorrente, decisivo per tutelare le legittime aspettative dei concorrenti (che fanno di essere tenuti a mantenere l'impegno assunto in sede di partecipazione alla gara per un determinato arco temporale a garanzia della serietà dell'offerta) ed il rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

*II. Stessa censura sub I) sotto diverso profilo. Violazione e falsa applicazione dell'art. 23 del disciplinare di gara. Sviamento di potere. Incompetenza. arbitrarietà. Violazione e mancata applicazione dell'art. 13 del d. lgs. n. 39/2010 e s.m.i. e dello statuto societario.*

Sarebbe stato violato l'art. 23 del Disciplinare di gara, punti 3 e seguenti, che disciplina lo specifico procedimento di trasmissione dell'esito delle operazioni di gara dal RUP al Collegio Sindacale e la

sottopone all'assemblea ordinaria dei soci per l'approvazione, ai sensi dell'art. 13 del D. Lgs. n. 39/2010 e dello Statuto societario, ferma restando la verifica del possesso dei requisiti dichiarati.

Questo al fine di ottenere l'assenso dell'assemblea dei soci per l'aggiudicazione e poter attivare l'art. 86 del codice per la richiesta dei documenti richiesti per l'aggiudicazione.

Ai sensi del comma 5 dell'art. 23, ricevuta la proposta di aggiudicazione, redatta dal RUP, il parere del Collegio dei Revisori e la Delibera di Assemblea di conferimento, "la Stazione Appaltante procede all'approvazione di tutti gli atti, ivi compresa la documentazione occorsa per la verifica dei requisiti, e alla formalizzazione dell'aggiudicazione dell'appalto."

A detta della ricorrente, tale procedura non sarebbe stata rispettata in quanto il RUP ha trasmesso gli atti al Collegio sindacale e all'Amministratore Unico, ma tali atti non sono stati sottoposti, né tanto meno approvati dall'Assemblea dei soci.

Altro vulnus del provvedimento impugnato, sotto il profilo della illegittimità e dell'incompetenza, risiederebbe nel fatto che gli atti di gara, piuttosto che essere approvati dall'Amministratore Unico di (Omissis) sono stati vagliati (e non approvati) dal Direttore Generale di (Omissis) che ha adottato la Determina finale negativa, previa delega dell'Amministratore Unico con Determina n. 82 del 10.1.2022 (anche questa oggetto del presente giudizio), adottata solo al termine delle operazioni di gara.

*III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 cost. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Arbitrarietà. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Motivazione solo apparente. Disparità di trattamento. Illogicità della motivazione. Sviamento di potere. contraddittorietà. Ingiustizia manifesta. violazione della par condicio. Perplessità dell'azione amministrativa.*

La Determina impugnata sarebbe comunque illegittima nel merito viste le motivazioni esplicitate dal Direttore Generale al fine di esprimere la non approvazione degli atti di gara ed annullare l'intera procedura selettiva, avendo questi fatto notare "criticità" del procedimento di gara tali da alterare l'abituale confronto concorrenziale, insussistenza delle condizioni per confermare l'esito della procedura collegata alla errata procedura di soccorso istruttorio in quanto a nessuno dei due concorrenti sono state fornite indicazioni chiare in ordine al reperimento del modello "Patto di integrità" prescritto dal Disciplinare di gara.

La ricorrente ritiene che tali motivazioni siano del tutto pretestuose e, nel ricorso, si sofferma sulle ragioni di tale pretestuosità, anche in considerazione del comportamento tenuto dalla (Omissis) (che non ha applicato l'ordinaria diligenza nel reperimento del documento e comunque non ha fatto alcuna contestazione a seguito dell'esclusione).

3.1. Dalla illegittima condotta dell'Amministrazione discenderebbe il diritto al risarcimento, in forma specifica o per equivalente, attraverso il riconoscimento dell'intera somma che sarebbe spettata alla ricorrente dall'effettiva ed integrale esecuzione dell'appalto secondo il ribasso offerto e pari al 10% dell'importo a base di gara pari ad euro 150.000,00 oltre iva (euro 135.000,00 oltre iva), oltre alle spese sostenute, quantificabili quanto meno nell'importo dell'assicurazione stipulata dalla ricorrente, ammontante ad euro 1.490,00, e al danno da perdita di chance e danno curriculare.

In alternativa, si è chiesto il risarcimento per responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. e qualificabile come precontrattuale ex art. 1337 c.c., dalla quale scaturisce la risarcibilità del danno causato, secondo la dicotomia prevista dall'art. 1223 c.c. (danno emergente – lucro cessante).

4. Si è costituita la (Omissis) fornendo la propria ricostruzione dei fatti ed in particolare l'attivazione della procedura di soccorso istruttorio per la mancanza del cd. Patto di Integrità, documento da sottoscrivere a cura dei partecipanti ai sensi del disciplinare di gara (cfr. pag. 20), che però non era stato allegato dalla s.a. nella modulistica fornita unitamente ai documenti di gara per errore materiale della Stazione appaltante, e le modalità con le quali entrambe le società avevano provveduto a reperirlo e a fornirlo compilato alla s.a. (che, pur attivando la procedura di soccorso istruttorio, non lo aveva fornito): la (Omissis) reperiva dal portale gare della (Omissis) il modello che la S.A. aveva a suo tempo predisposto per un'altra procedura di gara (procedura CIG 7560844DD6, relativa

all'affidamento del servizio di nolo a caldo di mezzi d'opera e del servizio di pulizia delle vasche e tubazioni da realizzare, su richiesta, presso l'impianto di Depurazione di (Omissis)).

La Società (Omissis) reperiva il modello sempre dal portale, riferito per la precisione alla stessa tipologia di gara (servizio di revisione legale ex art. 2409 bis c.c. e d.lgs. n. 39/2010 e s.m.i. dei bilanci degli esercizi sociali 2020-2021-2022 e di altri servizi di revisione) indetta poco prima dalla (Omissis) e andata deserta, recante numero e CIG diverso.

Tuttavia, la ricorrente aveva cura di personalizzare il file, inserendo le proprie generalità, e apponendovi in calce la propria firma digitale, cosa che la (Omissis) non faceva.

La resistente, nella sua memoria, ha dato atto della fase successiva all'esclusione della (Omissis) e della formalizzazione della proposta di aggiudicazione, facendo presente che il 7.10.2021 giungeva in (Omissis) un atto di diffida della (Omissis) funzionale ad una riammissione alla selezione.

Ha inoltre prospettato che il procedimento selettivo in questione, proprio perché diretto alla designazione di un Soggetto – il Revisore – per il quale opera una normativa speciale (il D.Lgs. n. 39/2010), non si esauriva nell'esito della fase selettiva, risultando necessari ulteriori passaggi amministrativi di talché, in fase endoprocedimentale, risultava senz'altro possibile la rideterminazione in regime di autotutela delle decisioni assunte.

Le criticità della gara sarebbero state enucleate il 22.10.2021 dal Collegio Sindacale di (Omissis).

In particolare è stato segnalato:

-come l'indicazione offerta all'art. 2.1 del Disciplinare per reperire la documentazione recasse, in effetti, un link errato, rinviando nello specifico alla procedura <https://www.garesmacampania.it/NG00300>, motivo che spiega per quale ragione anche il modulo trasmesso dalla ricorrente, pur riferito alla stessa selezione sostanziale, facesse riferimento ad un numero di gara (la 300 in luogo della 310) e ad un CIG diversi da quelli oggetto del contendere.

- come il provvedimento di esclusione disposto a carico della (Omissis) fosse stato reso in termini comunque troppo rigorosi, in violazione dell'art. 14 comma 5 della Lettera di Invito;

- come quindi sarebbe stato non tutelato adeguatamente il *favor participationis*.

Nella stessa memoria si è dato atto che la Determina prot. n. 7 dell'11.2.2022 veniva emessa dal neo nominato Direttore Generale, pur nella consapevolezza che fosse decorso il termine decadenziale affinché la (Omissis) potesse attivare le proprie prerogative innanzi all'A.G. competente in ordine all'esclusione e che quindi la decisione era posta a tutela dell'interesse pubblico alla migliore gestione possibile della selezione, non essendovi ancora una aggiudicazione.

Nel merito, ha proceduto alla confutazione dei motivi proposti dalla ricorrente.

5. Per effetto dell'accesso effettuato il 2.05.2022, la ricorrente ha potuto valutare altri documenti (comunque depositati in giudizio dalla resistente) tra cui, in particolare, il verbale n. 39 del 22.10.2021 del Collegio Sindacale di (Omissis) e il riscontro fornito dal RUP con propria nota prot. n. 15120 del 07.12.2021.

Dalla conoscenza di tali atti – già impugnati con il ricorso introduttivo – la ricorrente ha notificato, in data 12.5.2022, motivi aggiunti “integrativi” e precisamente:

*1)violazione e falsa applicazione dell'art. 23 del disciplinare di gara. Sviamento di potere. Violazione e falsa applicazione dell'art. 13 del d. lgs. n. 39/2010 e s.m.i. e dello statuto societario di (Omissis) Incompetenza. Eccesso di potere. Arbitrarietà.*

La ricorrente lamenta che l'aggiudicazione della gara non sia stata sottoposta all'Assemblea dei soci (cfr. anche motivi II del ricorso).

Inoltre, dalla conoscenza del parere reso dal Collegio sindacale (verbale n. 39 del 22.10.2021) sono emersi ulteriori profili di illegittimità ed in particolare:

- i componenti del Collegio sindacale, piuttosto che compiere rilievi in ordine ai requisiti di capacità tecnico-professionale della società risultata aggiudicataria, hanno fatto esclusivamente rilievi sul procedimento di soccorso istruttorio al cui esito il concorrente (Omissis) è stato escluso, entrando impropriamente nel merito di valutazioni di un sub-procedimento ampiamente consolidato di esclusiva competenza della Commissione e del RUP; ne deriva che l'incompetenza del Collegio Sindacale nel pronunciarsi su una questione procedurale che nulla ha a che fare con la

capacità/idoneità dell'aggiudicatario di eseguire il servizio, vizia in via derivata anche la Determina di annullamento impugnata che su tale parere si fonda;

- sotto altro profilo, la stazione appaltante non ha tenuto in alcuna considerazione la nota di riscontro del RUP (prot. n. 15120 del 07.12.2021) al parere del Collegio sindacale, nella quale lo stesso RUP ha evidenziato che il parere del suddetto Collegio non poteva riguardare il controllo della procedura di selezione dell'operatore economico, ma solo la valutazione della professionalità del candidato individuato all'esito dell'esperimento della procedura medesima, e non ha tenuto conto della circostanza che, essendo decorso il termine di impugnazione, il secondo concorrente non avrebbe potuto porre in essere alcun contenzioso.

II) *Stessa censura sotto diverso profilo. Violazione e falsa applicazione degli artt. 13 e 17 del d. lgs. n. 39/2010 e s.m.i. e dell'art. 16 dello statuto societario (Omissis). Incompetenza. Eccesso di potere. Arbitrarietà.*

La ricorrente prospetta che la delibera impugnata sia stata adottata da un Collegio sindacale scaduto, in ragione del fatto che, da Statuto, la sua durata è di tre esercizi, con scadenza alla data dell'Assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo al terzo esercizio della loro carica (art. 16), che è stata il 5.12.2019.

6. L'udienza del 17.5.2022 è stata rinviata al 29.6.2022.

7. Con memoria depositata il 14.6.2022 (in termini, stante l'accordo tra le parti), la (Omissis) ha confutato i motivi aggiunti.

In particolare, il primo motivo sarebbe inammissibile perché formulato da un operatore economico che non ha assunto la veste di affidatario della commessa, recedendo il proprio interesse pretensivo innanzi al carattere tipicamente "instabile" del procedimento normato dall'art. 32 del C.C.P. che si è risolto nella mera proposta di aggiudicazione in favore della (Omissis).

In ogni caso, il Direttore Generale, lungi dal reputare esclusivamente dirimenti le osservazioni del Collegio Sindacale, si è limitato a darne conto assumendo il proprio provvedimento in piena "autonomia funzionale" e con motivazione propria.

7.1. Il secondo motivo aggiunto sarebbe irrilevante proprio in ragione della rilevanza esclusiva dell'autonomia decisionale del D.G. nell'emissione del provvedimento di annullamento gravato.

In ogni caso, i sindaci pur se scaduti, entrano in prorogatio fino a ricostituzione dell'organo.

7.2. La resistente ha altresì presentato le proprie deduzioni conclusionali.

8. All'udienza del 29.6.2022 (comunicata tramite avviso di segreteria in conformità a quanto già deciso in udienza, per ovviare a un errore materiale del sistema che l'aveva fissata al 20.9.2022), la causa è stata trattenuta in decisione.

9. Per comprendere la vicenda in questione bisogna aver chiari sia i contenuti della decisione impugnata che la normativa di riferimento.

9.1. Nella determina (Omissis) 7/2022 si è lungamente dato atto della questione della mancata allegazione del cd. patto di integrità, specificando che fosse stato un problema per entrambi i concorrenti (come emerge da verbale n. 1 del 2.9.2021) in quanto detto documento non faceva *ab origine* parte della modulistica allegata per mero errore materiale della Stazione appaltante.

In pratica, la decisione del RUP di attivare il cd. soccorso istruttorio in data 2.9.2021, richiedendo ad entrambi i concorrenti di produrre il modulo sottoscritto attraverso la piattaforma E-procurement entro il 6.9.2021, più che un vero soccorso istruttorio corrispondeva alla sanatoria, postuma, di un errore della s.a., che perseverava nel suo errore perché non forniva alle società partecipanti il modulo corretto, e non indicava neppure fonti certe presso cui attingerlo ai fini della compilazione e successiva trasmissione.

Ed è a questo punto che le situazioni delle due società si differenziano, in quanto la società (Omissis), nonostante avesse chiesto delucidazioni tramite apposito portale, trasmetteva un modello "Patto di Integrità" incompleto e non compilato, riportando gli estremi di altra procedura, e per questo, il 6.9.2021, veniva esclusa dalla procedura.

La (Omissis), invece, trasmetteva un modello completo e veniva ammessa alla fase successiva di valutazione dell'offerta tecnica ed economica, risultando quindi proposta per l'aggiudicazione.

La proposta di aggiudicazione è stata trasmessa al Collegio Sindacale e all'AU in data 12.10.2021, in base al meccanismo di controllo di cui all'art. 23 del disciplinare.

Con verbale n. 39 del 22.10.2021 il collegio sindacale ha preso atto delle criticità ravvisate e si è risolto per l'insussistenza delle condizioni per procedere all'affidamento in favore dell'unica società rimasta.

Tuttavia, solo nel febbraio 2022, il Direttore generale, nella sua determina, ha ritenuto di annullare la gara in quanto "pur essendo decorso il termine decadenziale affinché la (Omissis) potesse attivare le proprie prerogative innanzi all'A.G. competente in ordine all'esclusione comminata in proprio danno, è fuor di dubbio che il procedimento selettivo in esame sia stato inferto da criticità tali da alterare l'abituale confronto concorrenziale che costituisce, secondo quanto previsto a monte dall'art. 97 Cost. e a valle, dall'art. 29 del C.C.P., l'humus su cui va imbastita qualsivoglia procedura di esternalizzazione; in altri decisivi termini, perfino a prescindere dalle di per sé risolutive indicazioni del Collegio Sindacale, l'insieme delle attività rifluite nel procedimento in oggetto, acquisite pedissequamente dal D.G., depongono per la insussistenza delle condizioni per confermare l'esito della procedura e, per altro avviso, per l'annullamento della stessa, propedeutico alla reindizione delle stessa in tempi celeri".

Secondo la (Omissis), sarebbe decisiva, ai fini dell'annullamento, la circostanza che l'esclusione comminata nel corso della seduta n. 2 del 6.9.2021 a carico della (Omissis), oggetto di plurime contestazioni da parte dello stesso operatore, origina da un evidente vulnus degli atti di gara e da un errore nel procedimento di soccorso istruttorio laddove, invero, a nessuno dei due concorrenti sono state fornite indicazioni chiare in ordine al reperimento del modello "Patto di integrità" prescritto dal Disciplinare di gara.

Peraltro, sempre secondo la s.a.:

- la rinnovazione parziale della gara – mediante riammissione di (Omissis) - a buste aperte non sarebbe stata possibile per violazione del principio di contestualità e segretezza;
- ne discende, nella contemperanza degli interessi coinvolti, l'onere a carico della S.A. di salvaguardare le preminenti prerogative funzionali ad una riedizione della procedura selettiva, idonea a garantire la massima concorrenza tra gli oo.ee. del settore;
- i corrispondenti interessi giuridico-patrimoniali dei due concorrenti della selezione in essere risultano recessivi del momento che la (Omissis), pur formalmente esclusa dalla procedura, si è limitata a formulare istanze di revisione in autotutela, senza ricorrere alla tutela giurisdizionale delle proprie ragioni, e la (Omissis) ha raggiunto lo stadio di "proposto per l'aggiudicazione".

10.. Detto questo, il ricorso va accolto per fondatezza del primo motivo di ricorso, che consente l'assorbimento dei motivi successivi.

Appare evidente la violazione agli artt. 32 e 33 c.p.a.

L'art. 32 co. 5 prevede che la stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione.

L'art. 33 (*controlli sugli atti delle procedure di affidamento*) stabilisce al comma 1 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."

Il combinato disposto di queste due disposizioni fa sì che una mera " proposta di aggiudicazione" (che, come è noto, nel Codice del 2016 sostituisce la " vecchia" aggiudicazione provvisoria) divenga efficace laddove nel termine previsto per legge l'Amministrazione non abbia fatto uso dei poteri di verifica che il Codice le attribuisce, e questo a prescindere dall'esistenza di un provvedimento espresso emesso dalla stazione appaltante, la cui pretesa obbligatorietà contrasterebbe con la *ratio* stessa dell'art. 33 e con il meccanismo di controllo in capo alla stazione appaltante, che poi tende a

coincidere sia con l'obbligo dell'aggiudicataria di tenere ferma l'offerta, sia con un elementare principio di certezza giuridica nel campo delle procedure di contrattualistica pubblica.

Infatti il comma 7 dell'art. 32 del Codice stabilisce che "l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti" e il comma 8 consente "l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti" una volta "divenuta efficace l'aggiudicazione", questo al fine di fissare anche il termine *a quo* per la stipula del contratto.

10.1. La circostanza che la (Omissis) abbia emesso un provvedimento con evidenti caratteristiche di autotutela, stante il suo tenore contenutistico (che fa espresso riferimento all'art. 23 del Disciplinare di gara, il quale ricalca l'art. 95 co. 12 del Codice dei contratti) rafforza le ragioni della ricorrente in ordine alla circostanza che la determina impugnata non possa costituire una verifica sulla procedura di aggiudicazione ex art. 33 Codice, ma un atto adottato *contra legem*.

Questo non solo sotto il profilo dei contenuti, ma anche dei termini: la proposta di aggiudicazione in favore dell'odierna ricorrente è avvenuta in data 09.09.2021 e – per quanto dichiarato dallo stesso Direttore Generale di (Omissis) nella citata Determina – è stata trasmessa al Collegio sindacale e all'Amministratore Unico per il parere previsto dall'art. 23 del Disciplinare di gara in data 12.10.2021; il riscontro negativo del Direttore Generale di (Omissis), a mezzo della delibera impugnata, è pervenuto solo in data 11.02.2022, ampiamente al di fuori del termine previsto dalla norma riportata, decorso il quale la proposta di aggiudicazione non può che ritenersi approvata.

Essa, pertanto, per essere annullata, non può che sottostare alla disciplina dell'autotutela e necessita di una motivazione che deve andare oltre i rilievi che potevano essere sollevati, dalla stazione appaltante, nei trenta giorni successivi alla comunicazione della proposta di aggiudicazione.

In sostanza, nel sistema previsto dal d.lgs. 50/2016, esiste un termine di trenta giorni (salvo sia diversamente stabilito dalla legge di gara) che serve per i controlli procedurali sullo svolgimento della gara, e che coincidono esattamente con quelli posti in essere dalla (Omissis), la quale si è "accorta", dopo diversi mesi, di aver portato a conclusione una procedura che – soprattutto per propri errori e senza essere stata oggetto di ricorsi giurisdizionali – poteva astrattamente non condurre a una aggiudicazione efficace.

Accanto ai poteri di verifica ex art. 33, esiste il potere di autotutela, ex art. 95 co. 12 Codice, che è richiamato nell'art. 23 del Disciplinare di gara (aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto); in base a quest'ultimo:

- comma 2 "qualora nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del Contratto, la Stazione Appaltante si riserva la facoltà di non procedere all'aggiudicazione ai sensi dell'art. 95, co. 12 del Codice. La Stazione Appaltante si riserva di procedere all'affidamento anche in presenza di una sola offerta valida, purché sia ritenuta idonea e conveniente in relazione all'oggetto del Contratto.";

- comma 3: "il RUP provvede a trasferire al Collegio Sindacale l'esito delle operazioni di gara (inclusa la proposta di aggiudicazione, con la graduatoria di merito, corredata dalla relativa documentazione istruttoria e di valutazione predisposta dalla Commissione), al fine di consentire all'organo di controllo, di formulare parere per il conferimento dell'incarico di revisione legale e la sottopone all'assemblea ordinaria dei soci per l'approvazione, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 39/2010 e dello Statuto societario, fermo restando la verifica del possesso dei requisiti dichiarati";

- comma 6: "in caso di esito negativo delle verifiche, la Stazione Appaltante procede alla revoca dell'aggiudicazione, alla segnalazione all'ANAC, aggiudicando – previo esperimento del medesimo sub-procedimento - al secondo graduato;

- comma 12: la s.a. si riserva, a suo insindacabile giudizio, di sospendere o revocare in qualsiasi momento la presente procedura di gara e/o di non procedere all'aggiudicazione dell'appalto qualora sussistano o sopravvengano motivi di interesse pubblico, ovvero per circostanze sopravvenute, ovvero ancora per propria decisione discrezionale e insindacabile. In tal caso nulla è dovuto alle imprese concorrenti).

Dalla lettura dell'art. 23, è evidente come il continuo riferimento all'"oggetto dell'appalto" consenta l'esercizio del potere di autotutela, nelle modalità poste in essere dal Direttore generale della



(Omissis), laddove le carenze rilevate ineriscano a profili sostanziali emersi da circostanze sopravvenute o dall'esame della documentazione richiesta.

Trattasi, tuttavia, di una fase successiva a quella nella quale il "proposto per l'aggiudicazione" si viene a trovare nei trenta giorni previsti dall'art. 33 del Codice, che si giustificano proprio nell'ottica di consentire alla stazione appaltante di bloccare la procedura per illegittimità evidenti *ictu oculi* o per l'espletamento di verifiche di carattere veloce e immediato; tra queste ben potevano rientrare le ragioni che la (Omissis) pone lungamente e dettagliatamente alla base del provvedimento impugnato, ossia le presunte irregolarità nel procedimento di gara, l'anomalo soccorso istruttorio e le rimostranze del soggetto escluso: tutte ragioni, a parere del Collegio, occasionate dalla stessa stazione appaltante e pretestuosamente dedotte per giustificare la decisione assunta, posto che è paradossale che sia proprio la stazione appaltante, per quanto in errore, a prendere le parti di un operatore economico che non ha neanche proposto ricorso.

Questo è ammesso anche dalla difesa di parte resistente, laddove nella memoria depositata il 12.4.2022 ha affermato – con riferimento alla determina del febbraio 2022 - che "il Direttore Generale, pur nella consapevolezza che fosse decorso il termine decadenziale affinché la (Omissis) potesse attivare le proprie prerogative innanzi all'A.G. competente in ordine all'esclusione comminata in proprio danno, riteneva di assoluta preminenza constatare come il procedimento selettivo, così delicato per il servizio richiesto, fosse stato inferto da criticità tali da alterare l'abituale confronto concorrenziale che costituisce, secondo quanto previsto a monte dall'art. 97 Cost. e a valle, dall'art. 29 del C.C.P., l'humus su cui va imbastita qualsivoglia procedura di esternalizzazione."

È quindi evidente che la determina emessa dalla (Omissis) sia stata deliberata fuori termine rispetto all'art. 33, cercando di ricondurvi tuttavia profili di autotutela (vedi riferimento all'art. 23 Disc.) che, nel caso di specie, non meritano accoglimento.

Ed ancora, nelle pagine successive della propria memoria difensiva (12-13-14 tra le altre) la resistente ha insistito sul concetto di "soggetto proposto per l'aggiudicazione", attribuendogli connotati di precarietà e instabilità *sine termine*, che tuttavia, a parere del Collegio, si scontrano con l'esercizio di un potere di autotutela che per esser tale deve necessariamente essere diverso/altro rispetto alla verifica procedurale di cui all'art. 33 del Codice.

Peraltro, quanto sopra detto, dimostra che il provvedimento adottato in autotutela effettua una indebita commistione tra profili di legittimità (annullamento d'ufficio) e profili di merito (revoca), pur qualificandosi quale mero annullamento, in quanto afferma che "la rinnovazione parziale della gara – mediante riammissione di (Omissis) - a buste aperte non sarebbe stata possibile per violazione del principio di contestualità e segretezza, che nella contemperanza degli interessi coinvolti, vi è l'onere a carico della S.A. di salvaguardare le *preminenti prerogative funzionali* ad una riedizione della procedura selettiva, idonea a garantire la massima concorrenza tra gli oo. ee. del settore e che i corrispondenti interessi giuridico-patrimoniali dei due concorrenti della selezione in essere risultano recessivi del momento che la (Omissis), pur formalmente esclusa dalla procedura, si è limitata a formulare istanze di revisione in autotutela, senza ricorrere alla tutela giurisdizionale delle proprie ragioni."

11. I successivi motivi di ricorso possono ritenersi assorbiti dall'accoglimento del precedente.

Stesso dicasi per i motivi integrativi, che ben poco aggiungono rispetto a quanto prospettato nel ricorso.

12. Per effetto dell'annullamento della determina impugnata, e considerando che non risulta che la stazione appaltante abbia provveduto alla riedizione della gara, quest'ultima va condannata al risarcimento in forma specifica in favore di (Omissis), mediante stipula del contratto ai sensi dell'art. 23 del Disciplinare di gara.

Sul punto si ricorda che qualora, per motivi allo stato non noti (e che necessitano di idonea giustificazione) la presente sentenza non possa essere integralmente eseguita, l'obbligazione dell'Amministrazione non viene estinta ma convertita in una diversa, di natura risarcitoria e compensatoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal

giudicato, in parziale sostituzione dell'esecuzione in forma specifica (sul punto, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 7.3.2022, n. 531).

13. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo, fatta eccezione per il contributo unificato relativo ai motivi aggiunti “ integrativi” che resta in carico alla ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Condanna (Omissis) al risarcimento del danno in favore di (Omissis), come da motivazione, nonché al pagamento in suo favore delle spese processuali che liquida in euro 3000,00 (tremila/00) oltre contributo unificato (come da motivazione) e accessori di legge, da distrarsi in favore del procuratore antistatario.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 29 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Carlo Dell'Olio, Consigliere

Maria Barbara Cavallo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Maria Barbara Cavallo

IL PRESIDENTE

Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO