

Pubblicato il 16/05/2024

N. 04349/2024REG.PROV.COLL.
N. 00150/2024 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 150 del 2024, proposto da Cogea s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 90284776E9, rappresentato e difeso dagli avvocati Alfredo Gualtieri, Demetrio Verbaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Calabria, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Naimo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Autorità Regionale - Stazione Unica Appaltante della Regione Calabria, non costituita in giudizio;

nei confronti

Deloitte Consulting s.r.l. Società Benefit, Consedin s.p.a. - Società Benefit, Lattanzio Kibs s.p.a. in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI, RTI Meridiana Italia s.r.l., RTI Ptsclas s.p.a., Andrea Filella, Angela Bertucci, non costituiti in giudizio;

Agriconsulting Supporto Istituzionale s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Grisostomi Travaglini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 1633/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Calabria e della Agriconsulting Supporto Istituzionale s.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2024 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati Verbaro e Naimo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Direttore Generale del Dipartimento Agricoltura, risorse Agroalimentari e Forestazione della Regione Calabria, con decreto dirigenziale n. 11197 del 3 novembre 2021, incaricava la Stazione Unica Appaltante della Regione Calabria al fine di espletare la *‘Procedura aperta con modalità telematica per l'affidamento del servizio di Assistenza Tecnica all’Autorità di Gestione del PSR Calabria 2014 – 2022 e Attività di controllo ai sensi dell’art. 125 del Reg. UE n. 1303/2013 e s.m.i.’*, servizio svolto negli anni dalla società Cogea s.r.l., con contratto prorogato dal decreto n. 12253 dell’1.12.2021.

In esito alla procedura selettiva la società Cogea s.r.l. risultava aggiudicataria con il provvedimento n. 12623 del 2022, mentre al secondo posto si classificava il RTI Deloitte Consulting s.r.l., Consedin s.p.a., Benefit, e al terzo si collova il RTI Lattanzio Kibs s.p.a., Meridiana Italia s.r.l., PTSClas s.p.a.

Analoga gara era stata indetta in precedenza con decreto dirigenziale SUA n. 7070 dell’8.7.2021, ma la procedura era stata in seguito revocata, con decreto dirigenziale SUA n. 9542 del 22.9.2021, su richiesta del Dipartimento Agricoltura, per mutato

‘quadro esigenziale’ dei servizi richiesti, con contestuale avviso che sarebbe stata a breve ripubblicata una nuova gara con nuovi documenti progettuali.

Deloitte Consulting s.r.l. proponeva ricorso avverso l’aggiudicazione, assumendo che la società Cogea s.r.l. sarebbe stata autrice di *file* contenenti alcuni dei documenti della precedente e analoga gara poi revocata, documenti riutilizzati, con minime variazioni, anche per la nuova gara.

A seguito di tale denuncia, la Regione Calabria avviava una verifica istruttoria, all’esito della quale, dopo un contraddittorio procedimentale, annullava la procedura con il decreto n. 16193 del 2022, disponendo anche la revoca della proroga tecnica. Il provvedimento di ritiro della gara si basava sulla circostanza che alcuni *file* della precedente gara 2014 – 2020, indetta con decreto n. 7070/2021 e poi revocata, erano stati riproposti nella nuova selezione e in essi era stato rinvenuto l’inciso ‘*autore Cogea ap*’. Il Dipartimento Agricoltura appurava che la società Cogea s.r.l. non aveva predisposto gli atti della precedente gara, avendo il RUP di allora dichiarato che tali atti erano stati elaborati da lui stesso e che l’inciso visibile sul file di ‘*autore Cogea ap*’ era conseguenza del personale utilizzo di un *computer* presente negli uffici regionali al fine di convertire i *file word* in *pdf*, senza la consapevolezza che si trattasse di un dispositivo di proprietà altrui.

La Regione Calabria, comunque, riteneva che le circostanze accertate comportassero in ogni caso l’annullamento della procedura, non potendosi escludere che i *file* fossero salvati in automatico sul *computer* della Cogea s.r.l., nel frattempo dismesso, e, conseguentemente, che la predetta società ne avesse conosciuto in anticipo il contenuto, e che tale eventuale situazione avesse comportato un vantaggio competitivo rispetto agli altri partecipanti alla selezione.

2. Cogea s.r.l. impugnava dinanzi al T.A.R. per la Calabria il decreto n. 16193 del 10.12.2022 di annullamento in autotutela della gara, il decreto n. 16369 del 13.12.2022 di presa d’atto e conferma di tale annullamento in autotutela, nonché il decreto n. 16500 del 15.12.2022 di revoca della proroga tecnica del servizio, disposta con provvedimento n. 12253 dell’1.12.2021.

La ricorrente denunciava l’illegittimità dell’atto di ritiro per violazione dell’art. 67 d.lgs. n. 50 del 2016, e vizio di eccesso di potere, deducendo l’invalidità derivata del

decreto di revoca della proroga tecnica.

2.1. Con un primo atto di motivi aggiunti, la Cogea s.r.l. impugnava il decreto dirigenziale n. 3054 del 6.3.2023, con il quale la Regione Calabria, anziché disporre la ripetizione della gara per l'affidamento del servizio di assistenza tecnica all'Autorità di Gestione del P.S.R. 2014 – 2022, aveva suddiviso i servizi di controlli P.S.R. e l'attività di assistenza tecnica – prima oggetto di unico bando di gara – predisponendo un avviso di selezione per n. 63 figure professionali a supporto delle descritte attività *‘in considerazione dello scenario sopra rappresentato, che potrà comprendere anche l'avvio della nuova programmazione 2023 – 2027’*. La ricorrente denunciava l'invalidità derivata del suddetto decreto e la contrarietà alle prescrizioni e modalità attuative previste nel capitolo 15 del P.S.R. Calabria 2014 – 2015.

2.2. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente chiedeva l'annullamento del decreto regionale n. 6583 del 15.05.2023, di affidamento diretto del servizio di supporto specialistico di assistenza tecnica all'Autorità di Gestione del P.S.R. Calabria in favore di Agriconsulting Supporto Istituzionale s.r.l.

2.3. Con un terzo ricorso per motivi aggiunti, la Cogea s.r.l. impugnava la graduatoria pubblicata il 20.07.2023 sul portale della Regione Calabria della selezione, finalizzata al conferimento dei 63 incarichi libero – professionali per l'attuazione del P.S.R. Calabria 2014 – 2022.

2.4. Con un quarto atto di motivi aggiunti, la società impugnava anche il decreto della Regione Calabria n. 13417 del 25.9.2023, che aveva sostituito, annullandolo, il precedente analogo decreto n. 13238 del 20.9.2023 di approvazione e presa d'atto della graduatoria degli idonei della selezione finalizzata al conferimento di n. 62 incarichi libero – professionali, per l'attuazione del P.S.R. Calabria 2014 – 2022 e di approvazione dello schema di contratto.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, con sentenza parziale n. 1633 del 2023, respingeva il ricorso principale e, quindi, la domanda di annullamento in autotutela della procedura selettiva, e la domanda di annullamento del decreto n. 16500/2022 di revoca della proroga tecnica, della quale era stata prospettata l'invalidità derivata dall'illegittimità del presupposto atto di ritiro della gara.

3.1. Con riferimento ai motivi aggiunti, il Collegio di primo grado riteneva di integrare il contraddittorio, ai sensi dell'art. 49 c.p.a., in favore dei professionisti risultati beneficiari degli incarichi di assistenza tecnica e di controllo, essendo qualificabili alla stregua di controinteressati.

4. Cogea s.r.l. ha proposto appello avverso la suddetta pronuncia parziale, chiedendone la riforma sulla base delle seguenti censure: “1) *La sentenza erra nel sostenere che il fatto all'origine dell'annullamento d'ufficio (vale a dire la possibile pregressa conoscenza da parte di Cogea di documenti poi trasfusi nella procedura d'appalto) giustifichi ex se l'intervento in autotutela, senza la necessità di accertamenti concreti sull'esistenza di reale vantaggio concorrenziale;* 2) *Le concrete circostanze di fatto e di tempo escludono che sia stata falsata la concorrenza e violata l'imparzialità;* 3) *La sentenza impugnata ha errato nel respingere, come mera conseguenza del rigetto della domanda principale, la richiesta di annullamento del decreto di revoca della proroga tecnica n. 16500 del 15.12.2022”.*

5. La Regione Calabria si è costituita in resistenza, proponendo appello incidentale affidato a quattro motivi. L'appellante incidentale ha presentato istanza istruttoria, chiedendo al Collegio, ai sensi dell'art. 63, comma 2, c.p.a., di ordinare alla parte appellante principale l'esibizione di tutta la documentazione relativa alla formattazione del disco rigido del *computer* in questione, in uso al dipendente AP al 12.5.2021, effettuata in ossequio alla normativa sulla *privacy*, nonché all'*iter* seguito in ossequio al d.lgs. 49/14 per lo smaltimento di detto *computer*, in uso al dipendente AP al 12.5.2021, vista la dichiarata indisponibilità in esito a ‘*sostituzione per aggiornamento della dotazione informatica del personale aziendale*’.

6. La società Agriconsulting Supporto Istituzionale s.r.l. si è costituita in resistenza, concludendo per il rigetto del gravame principale.

7. All'udienza del 15 febbraio 2024, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

8. Con il primo motivo dell'appello principale, la Cogea s.r.l. censura la sentenza nella parte in cui il Collegio ha ritenuto che il gravato atto di ritiro della gara, per l'affidamento del servizio di assistenza tecnica all'Autorità di Gestione del P.S.R. Calabria 2014 – 2022, è espressione della potestà di autotutela di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241 del 1990, e non anche del regime giuridico di cui all'art. 67 del d.lgs.

n. 50 del 2016 in materia di partecipazione alla preparazione della procedura di appalto. Per il Collegio di prima istanza già la sola possibilità che un concorrente possa aver conosciuto, prima degli altri, documenti relativi alla gara, genera automaticamente la violazione del principio di imparzialità e giustifica l'annullamento dell'intera procedura in autotutela, anche in fattispecie, come quella in esame, in cui le circostanze di fatto e di tempo escludono una tale evenienza. Secondo l'esponente, sebbene il provvedimento impugnato non abbia fatto alcun riferimento all'art. 67 del d.lgs. 50 del 2016, la disposizione troverebbe applicazione nel caso in esame, con la conseguenza che non sarebbe sufficiente che sia accertato il coinvolgimento della ditta nella predisposizione di una gara, ma è anche necessario che tale evento sia idoneo a far venire meno la parità di condizioni.

9. Con il secondo mezzo, l'appellante evidenzia che, nella fattispecie, la violazione del principio di imparzialità deve ritenersi esclusa dal fatto che i documenti ipoteticamente pre – conosciuti dalla Cogea s.r.l., erano di un'altra gara, indetta e pubblicata mesi prima, sin dal 14 luglio 2021, e poi revocata, mentre la gara oggetto del presente procedimento è stata pubblicata sul sito istituzionale regionale il 18 febbraio 2022. Pertanto, i documenti in ipotesi conosciuti dalla Cogea s.r.l. erano già stati resi pubblici *erga omnes* per effetto della pubblicazione addirittura 7 mesi prima rispetto all'inizio della gara per cui si procede. Ai sensi dell'art. 67 del d.lgs. n. 50 del 2016, le misure adeguate avrebbero la funzione di dare modo a tutti di recuperare il vantaggio competitivo acquisito *aliunde* da altra ditta, sicchè la pubblicazione sul BURC, visionabile da tutti, degli stessi documenti che la Cogea s.r.l. avrebbe ipoteticamente conosciuto prima, costituirebbe di per sé una misura adeguata. Secondo l'esponente, la revoca della gara precedente e di tutte le relative disposizioni per *'mutato quadro emergenziale'* avrebbe interrotto la continuità tra l'eventuale conoscenza dei documenti da parte della Cogea s.r.l. e la successiva gara, con la conseguenza che la presunta conoscenza sarebbe divenuta inutile ed irrilevante, e non idonea a determinare alcun vantaggio concorrenziale.

10. Con la terza censura, si denuncia l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui è stata respinta l'impugnazione relativa alla revoca del decreto di proroga come conseguenza automatica del rigetto della domanda principale, sulla

base del rilievo che il decreto è stato impugnato per invalidità derivata. Ad avviso della ricorrente, il decreto di revoca è stato impugnato sia per invalidità derivata che per vizi propri, ossia per *‘Assenza dei presupposti. Illogicità e contraddittorietà manifesta. Sviamento di potere’*. Nella specie, non sussisterebbe un collegamento tra l’annullamento della gara e la revoca della proroga tecnica, in quanto il decreto con cui è stata disposta la proroga tecnica è stato adottato prima dell’indizio della gara che è stata annullata.

11. Le esposte doglianze, come sopra sintetizzate, vanno esaminate congiuntamente in quanto attinenti a profili connessi.

12. Le critiche non possono trovare accoglimento.

12.1. Va premesso che, sebbene le parti costituite non abbiano contestato la statuizione del Giudice di *prime cure* in tema di giurisdizione, va ribadito che la controversia è ascrivibile alla cognizione del giudice amministrativo anche con riferimento alla domanda di annullamento del decreto n. 16500 del 15.12. 2022 di revoca della proroga tecnica, in ragione dei criteri generali del riparto.

La giurisprudenza amministrativa, in più occasioni, ha precisato che *“a) mentre l’art. 133, comma 1, lett. e) n. 1), del codice del processo amministrativo (giurisdizione esclusiva in materia di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture) riflette la costruzione c.d. bifasica tradizionale, per la quale, nella formazione dei contratti ad evidenza pubblica, le procedure di affidamento si collocano in una fase pubblicistica perché consistono in peculiari procedimenti amministrativi, che si concludono con il provvedimento di aggiudicazione, cui segue la stipulazione del contratto che comporta la formale assunzione degli impegni negoziali e dà luogo alla fase esecutiva del rapporto, la quale, ponendo le parti in posizioni sostanzialmente paritetiche, è rimessa alla cognizione del giudice ordinario, la disciplina codicistica sugli appalti pubblici presenta anche una terza fase, intermedia alle due tradizionalmente delineate (cioè collocata tra i due confini ‘esterni’ dell’aggiudicazione e della stipula del contratto), alla quale vanno riferite le segnalate oscillazioni interpretative dell’art. 133, comma 1, lett. e) n. 1) c.p.a.; b) si deve dare seguito alla propria giurisprudenza che interpreta l’art. 133, comma 1, lett. e) n. 1, c.p.a., riferendo l’ambito di applicazione della giurisdizione esclusiva a tutte le fasi della procedura di gara ad evidenza pubblica, comprendendovi quella successiva all’aggiudicazione,*

prima della stipulazione del contratto (Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2018, n. 5; Cons. Stato, sez. V, n. 697 del 2019; Cass. SS.UU. n. 111 del 2023).

Nella vicenda processuale, l'atto di ritiro adottato non è fondato su presupposti riguardanti la qualità o quantità della prestazione promessa o profili riferibili ad un inadempimento contrattuale, ma vengono in questione tratti inerenti la procedura di gara e, in particolare, la fase di affidamento dell'appalto.

Ne consegue che, in tale fattispecie, sull'esercizio del potere di controllo in autotutela sugli atti di gara sussiste sempre la giurisdizione del giudice amministrativo.

12.2. Orbene, il provvedimento di ritiro della gara di cui si è domandato l'annullamento si è fondato, sulla circostanza denunciata dalla Deloitte Consulting s.r.l. con ricorso R.G.N. 1568/2022 (con il quale era stato impugnato il decreto di aggiudicazione), che la Cogea s.r.l. era autrice di *file* contenenti alcuni documenti di una precedente gara poi revocata (capitolato, progetto e schema di contratto), che sarebbero stati riutilizzati, con minime variazioni, anche per la gara per cui si procede.

A seguito di tale ricorso, la Regione Calabria aveva effettuato un'indagine istruttoria dalla quale era emerso che il *computer* su cui erano stati convertiti i *file* contestati non era più nella disponibilità della Cogea s.r.l. perché era stato dismesso, e che il RUP aveva dichiarato che tali atti erano stati elaborati da lui stesso, sicché la definizione visibile sul *file* di '*autore Cogea ap*' era conseguenza del suo personale utilizzo di un *computer* presente negli uffici regionali al fine di convertire i *file word* in PDF, senza la consapevolezza che si trattasse di un dispositivo altrui.

La conversione dei *file* su *computer* di proprietà della Cogea s.r.l. era stata confermata anche dal responsabile della società, il quale precisava che il *computer* non era più nella propria disponibilità '*in quanto è stato sostituito nel normale aggiornamento della dotazione informatica del personale aziendale*'.

Si legge nel decreto n. 16193 del 10.12.2022 che la Regione Calabria si è determinata a disporre l'annullamento d'ufficio, ai sensi dell'art. 21 *nonies* l. n. 241 del 1990, della gara, ravvisando motivi di interesse pubblico, in quanto '*in base a quanto*

dichiarato dal responsabile di Cogea, si ricava che non è più possibile dimostrare che, seppur involontariamente, i relativi file non si siano salvati nella cartella di default dei computer della società attraverso la funzione di salvataggio automatico; che, pertanto, non essendovi certezza che la parte aggiudicataria non avesse già – seppur casualmente – copia dei documenti di gara, ciò può aver determinato in suo favore, e certamente a discapito del concorrente Lattanzio, una serie di vantaggi, avendo avuto tale Società solo dal 18.2.2022, data di pubblicazione, al 25.3.2022, data di scadenza termine presentazione offerta, tempo per leggere gli atti, predisporre l'offerta e presentarla, e determinando quindi il dato sopra esposto – considerando la sostanziale identità tra gli atti delle due gare – evidente asimmetria informativa tra i partecipanti, non escludibile con certezza vista la demolizione del computer'.

L'atto di ritiro della gara per l'affidamento del servizio di assistenza tecnica all'Autorità di Gestione del P.S.R. Calabria 2014 – 2022 è espressione della potestà di autotutela dell'Amministrazione di cui all'art. 21 *nonies* L. n. 241 del 1990, come correttamente precisato dal Collegio di prima istanza.

Va rammentato che questo Giudice è tenuto ad esaminare la correttezza dell'esercizio del potere di autotutela dell'Amministrazione nei limiti propri della giurisdizione amministrativa.

La valutazione della conformità all'interesse pubblico delle scelte dell'Amministrazione non è sindacabile dal giudice amministrativo, il quale è tenuto ad attenersi ad aspetti che evidenziano irragionevolezza, difetti logici, violazione dell'imparzialità e travisamento istruttorio, che, nella specie, non si ritengono sussistenti, avendo la Regione Calabria dato atto, nei provvedimenti di ritiro, delle specifiche ragioni alla base della rinnovata valutazione dell'interesse pubblico, come condivisibilmente apprezzato dal Collegio di primo grado.

Secondo i principi che regolamentano l'agere amministrativo è consentito all'Amministrazione di ritornare sulle proprie decisioni con atti di autotutela, esercitando un potere che è stato sempre ritenuto come generale ed immanente nell'attribuzione della cura del pubblico interesse del caso concreto e che consente di annullare, modificare e revocare gli atti amministrativi.

Ciò significa che le ragioni di interesse pubblico sottese all'atto di ritiro della gara, ove effettivamente addotte dall'Amministrazione ed ove plausibili e non affette da

macroscopici vizi logici, sfuggono al sindacato giurisdizionale.

La giurisprudenza amministrativa ritiene che non è contestabile, in via generale, il potere di annullamento *ex officio*, ai sensi dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, dell'aggiudicazione in presenza di un'illegittimità significativa (Cons. Stato, n. 2123 del 2019; id. n. 2601 del 2018).

In questo ambito conferma che, anche in relazione ai procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, l'amministrazione conserva il potere di ritirare in autotutela il bando, le singole operazioni di gara o lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorchè definitivo, in presenza di vizi dell'intera procedura, ovvero a fronte di motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (Cons. Stato, n. 6313 del 2018).

Nella specie, si è trattata di una valutazione circa l'opportunità della prosecuzione della gara a fronte della riscontrata violazione della *par condicio competitorum* che ha imposto un'anticipazione della soglia di tutela *'al solo rischio o potenziale pericolo di un'eventuale loro lesione'*, che al Collegio non appare irragionevole, e che, pertanto, sfugge ai rilievi della società ricorrente.

Invero, come precisato dal T.A.R., gli esiti processuali hanno accertato che i *file* contestati erano presenti in un *computer* della Cogea s.r.l. che effettivamente ha potenzialmente conseguito la disponibilità dei documenti prima degli altri operatori economici partecipanti alla procedura. Sebbene non vi sia una certezza dell'utilizzazione della documentazione della gara ad opera della società appellante, nondimeno non si può escludere che sia in ipotesi *'avvenuto un eventuale utilizzo della stessa, poiché la successiva dismissione del computer nel quale i file sono stati rinvenuti ha comportato l'impossibilità per la deducente di dimostrare che il documento informatico non si fosse salvato nella cartella di default del computer'*.

12.3. Con il primo e il secondo mezzo, l'appellante invoca l'errata interpretazione, nella specie, dell'art. 67 del d.lgs. n. 50 del 2016, benchè riconosca che il provvedimento impugnato *'ha fatto leva sul buon andamento e sulla par condicio senza invocare l'art. 67 del d.lgs. n. 50/2016 e la sua violazione'* evidenziando che *'ciò non significa che i principi derivanti dal predetto art. 67 non debbano essere presi come riferimento per*

la disamina dell'attività amministrativa, perché essi rappresentano la base fondante e comune di tutte le ipotesi in cui è necessario tutelare la concorrenza in materia di appalto in caso di pregressi contatti tra la stazione appaltante e concorrenti?

Secondo la ricorrente, se i principi a cui si ispira l'art. 67 cit. si fondano sulla prova della idoneità dell'evento a fare venire meno la parità delle condizioni tra i concorrenti, *'tanto più dovrà valere per l'ipotesi minore che ha visto coinvolta Cogea, vale a dire la (possibile) conoscenza pregressa di alcune informazioni poi trasfuse nella gara senza alcun diretto coinvolgimento nella predisposizione degli atti?'*

La tesi argomentativa si basa sull'assunto secondo cui il Giudice territoriale non avrebbe approfondito il danno concorrenziale nei suoi presupposti, sicché le affermazioni dell'Amministrazione si fonderebbero su deduzioni di mero principio, non provate e applicate in via presuntiva e automatica.

La norma richiamata non è applicabile alla fattispecie, ciò in quanto l'appellante non è stata esclusa dalla gara, come, del resto, non è stato escluso nessuno dei partecipanti, né sussistono le altre condizioni che legittimano un richiamo ai principi nella stessa enunciati.

L'art. 67 d.lgs. n. 50 del 2016 si colloca nell'ambito delle c.d. consultazioni di mercato disciplinate all'art. 66 del Codice, si riferisce a una potenziale fase propedeutica all'avvio della procedura di gara e riguarda il caso della partecipazione precedente di candidati o offerenti, prevedendo misure volte a garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente che abbia fornito la documentazione riguardante le consultazioni preliminari di mercato o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto. La disposizione riprende direttamente l'art. 41 della direttiva 2014/24/UE la quale ha positivizzato un principio affermato dalla Corte di giustizia (CGUE 3 marzo 2005, C- 217/03) in base al quale l'aver partecipato ad una consultazione preliminare o alla preparazione della procedura non deve pregiudicare la partecipazione alla gara se l'operatore economico non ne ha ottenuto un vantaggio concorrenziale rispetto agli altri offerenti; ciò a patto che l'amministrazione si in grado di garantire, attraverso misure adeguate, che la concorrenza non sia falsata (ad esempio, consentendo a tutti i partecipanti di

conoscere le informazioni ricavate dalla consultazione preliminare utili per la partecipazione alla gara) e che i candidati riescano a dimostrare che la loro partecipazione non vada a falsare la concorrenza.

Il comma 1 dell'art. 67 del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede sostanzialmente due ipotesi. La prima si riferisce al collegamento tra partecipazione alla gara e l'aver prodotto '*consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica*', e la seconda riguarda il collegamento tra la partecipazione alla gara e l'aver partecipato, a prescindere dalle modalità concrete, '*alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto*'.

La norma, inoltre, come si è detto, va applicata con riguardo alla fattispecie di esclusione del singolo concorrente e non nella diversa situazione, come quella di specie, dell'annullamento dell'intera gara.

Nessuna delle predette ipotesi è ravvisabile nella vicenda in esame, pertanto l'art. 67 del d.lgs. n. 50 del 2016 è stato richiamato con riferimento ad aspetti che non hanno pertinenza con l'oggetto della procedura.

Il Collegio, pertanto, intende ribadire l'approdo al quale è pervenuto il Tribunale adito, sicchè la sentenza impugnata non merita la critica che le è stata rivolta, avendo motivato in modo del tutto condivisibile che il gravato atto di ritiro della gara è espressione della potestà di autotutela di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241 del 1990, e non anche del regime giuridico di cui all'art. 67 d.lgs. n. 50 del 2016 in materia di partecipazione alla preparazione della procedura di appalto.

Quanto alla omessa indagine sull'effettivo vantaggio competitivo di cui si sarebbe giovata la Cogea s.r.l., atteso che i documenti conosciuti dall'appellante erano già stati resi pubblici *erga omnes* tramite la pubblicazione del precedente bando, va fatto rinvio ai principi che declinano l'esercizio del potere di autotutela dell'Amministrazione, che deve essere ispirato ai canoni di imparzialità e di buon andamento (art. 97 cost.) dell'attività amministrativa.

Appare all'evidenza che le modalità in cui si è svolta la vicenda evidenziano il *vulnus* alla *par condicio competitorum*, e quindi all'imparzialità dell'azione amministrativa, a cui deve conformarsi una procedura selettiva pubblica. Ciò in quanto, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, le concrete circostanze di fatto non consentono di escludere che sia stato possibile un utilizzo della precedente documentazione di

gara, *‘poiché la successiva dismissione del computer nel quali i file sono stati rinvenuti ha comportato l'impossibilità per la deducente di dimostrare che il documento informatico non si fosse salvato nella cartella di default del computer’.*

13. Va respinto anche il terzo mezzo.

In relazione alle argomentazioni dedotte dall'appellante, dalla piana lettura del ricorso introduttivo emerge che la domanda di annullamento del decreto di revoca della proroga tecnica n. 16500 del 15.12.2022 è stata proposta per invalidità derivata, sulla base del rilievo che la Regione facendo *‘conseguire il decreto dall'annullamento della procedura di gara, la palese illegittimità dei relativi atti si riverbera automaticamente anche sullo stesso decreto’.*

Ne consegue che sotto tale profilo il motivo va respinto, tenuto conto dei principi sopra ampiamente illustrati.

Nello sviluppo illustrativo del mezzo, la società ricorrente ha altresì argomentato l'insussistenza del preteso collegamento tra l'annullamento della gara e la revoca della proroga tecnica.

Tuttavia l'assunto è smentito dal chiaro contenuto del decreto n. 16500 del 2022, in cui si legge che l'Amministrazione prende atto: *‘del DDG 16369 del 13/12/2022 della Stazione Unica Appaltante Regionale e conseguentemente della caducazione della proroga tecnica al contratto Rep 183 del 7.01.2021, stipulato con la Cogea s.r.l. ed approvata con DDG n. 12253 del 1.12.2021 del Dipartimento Agricoltura, Risorse Agroalimentari e Forestazione’*, e dispone la revoca, precisando: *‘Considerato che sono venute meno le condizioni che hanno consentito la proroga tecnica, dovendosi ritenere, ormai, caducato il DDG n. 12253 dell'1.12.2021’.*

Anche in questo caso il provvedimento di ritiro, in particolare di revoca della proroga tecnica, è stato emanato per ragioni di interesse pubblico per il mutamento della situazione di fatto da cui è conseguita una rivalutazione dell'interesse originario. Va dato atto che l'art. 21 *quinquies* L. n. 241 del 1990 ha accolto una nozione ampia di revoca, prevedendo tre presupposti alternativi, che ne legittimano l'adozione: a) sopravvenuti motivi di pubblico interesse; b) mutamento della situazione di fatto; c) nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Nel caso in esame, la fenomenologia dell'autotutela si giustifica per effetto di un collegamento con l'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, denotando ragioni di opportunità alla base del provvedimento di revoca. Ciò in quanto l'interesse pubblico perseguito con il provvedimento va identificato con quello del provvedimento da revocare, soggetto ad un diverso apprezzamento per la venuta ad esistenza di fatti e situazioni sopravvenute, nello specifico determinate dal venire meno dell'aggiudicazione definitiva a favore di Cogea s.r.l. dei servizi in questione, e quindi del venire meno delle condizioni che l'hanno giustificata, tra cui *inter alia*, come si legge nel decreto n. 12253 del 2021, la necessità di assicurare, nelle more dell'espletamento della gara, *'la continuità del servizio in essere'*.

14. In definitiva, l'appello principale avverso la pronuncia parziale n. 1633 del 2023 del T.A.R. per la Calabria va respinto, e la sentenza impugnata va confermata.

15. A seguito del rigetto dell'appello principale va dichiarata l'improcedibilità dell'appello incidentale spiegato dalla Regione Calabria per difetto di interesse sopravvenuto, con il quale si è denunciato: a) l'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio proposto da Cogea, per violazione dell'art. 120, comma 7, c.p.a., non essendo ammissibile veicolare le censure avanzate se non mediante motivi aggiunti; b) l'inammissibilità del ricorso introduttivo per violazione dell'art. 40, comma 2, c.p.a. per mancanza di specificità dei motivi; c) inammissibilità del ricorso introduttivo per omessa impugnazione del decreto n. 16369 del 2022 della S.U.A.; d) improcedibilità del ricorso principale in esito a giudicato esterno, e precisamente il giudicato formatosi a seguito n. 675 del 2023, del T.A.R. Calabria.

16. Le spese di lite del grado seguono il criterio della soccombenza e vanno liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto dalla Regione Calabria.

Condanna la società Cogea s.r.l. alla rifusione delle spese di lite del grado a favore di ciascuna delle parti costituite, che liquida in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO