

Publicato il 27/04/2022

N. 03283/2022REG.PROV.COLL.

N. 09835/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9835 del 2021, proposto dalla Azienda Ulss 3 Serenissima, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Barzazi, Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Alberico II, n. 33;

contro

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Mario Caliendo, Paolo Cantile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Regione Veneto, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza) n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle

Visti tutti gli atti della causa; -OMISSIS-

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il Cons. Raffaello Sestini;

Viste le difese delle parti come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Con deliberazione n. -OMISSIS- l'Azienda Ulss 3 Serenissima aveva indetto una procedura di gara per l'affidamento dell'appalto relativo al "servizio di gestione dell'emergenza sanitaria presso il punto di primo intervento del Lido di Venezia" il quale doveva essere aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2 - L'RTI composto da -OMISSIS-(mandanti) presentava domanda di partecipazione. A seguito della verifica dei requisiti dei partecipanti, veniva evidenziato dalla stazione appaltante che dal Casellario Giudiziale del legale rappresentante di una delle società appartenenti a detto RTI, ossia della-OMISSIS- risultava una condanna dell'anno 2017, per fatti del 2015, relativa ad un furto di acqua potabile.

3 - venivano richiesti chiarimenti al RTI e con nota del 27 agosto 2021 -OMISSIS-, in veste di mandataria dell'RTI, chiedeva, unitamente alla società-OMISSIS-, che la stazione appaltante volesse accettare il recesso dell'altra mandante -OMISSIS-, dal momento che tali due imprese restavano in possesso dei requisiti di qualificazione ai fini della partecipazione alla gara. Il seggio di gara in risposta a tale prospettazione sosteneva che non era stata specificata alcuna esigenza organizzativa a supporto del

recesso e, essendo l'omessa dichiarazione della condanna una violazione di un obbligo dichiarativo, disponeva l'esclusione dalla gara dell'RTI.

4 - Veniva proposto ricorso, accolto dal TAR di Venezia, che sottolineava l'illegittimità del provvedimento di esclusione per difetto di motivazione, in quanto *"...dall'esame del provvedimento di esclusione impugnato non emerge, in primo luogo, in forza di quale disposizione di legge o del bando l'Amministrazione abbia ritenuto "dovuta" la comunicazione dell'informazione relativa al reato in questione, ovvero sulla scorta di quali ragioni l'informazione sulla condanna per furto emessa più di tre anni fa nei confronti del legale rappresentante della mandante avrebbe potuto con "evidenza" incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità, si da poter essere ascritto a -OMISSIS- un rimprovero per non aver considerato la necessità di dichiarare tale circostanza. In secondo luogo non è stato esplicitato per quali ragioni l'omessa dichiarazione di condanna per un reato di furto che ha interessato la persona del rappresentante legale della società mandante, relativo ad un condanna emessa nel 2017 per fatti del 2015, incida sull'affidabilità e integrità della società mandante stessa e, quindi, sul raggruppamento, e fosse tale da incidere sul corretto svolgimento della procedura di gara"*.

5 - La predetta sentenza è stata appellata dall'ASL. Le società appellate si sono costituite con propria memoria a sostegno della esattezza dell'impugnata sentenza. Alla camera di consiglio del 9 dicembre 2021, fissata per la discussione dell'istanza cautelare, il giudizio è stato rinviato per la decisione del merito all'udienza pubblica del 17 marzo 2022.

6 – Considera, preliminarmente, l'appellante che la sentenza di primo grado sarebbe esorbitante rispetto al motivo di ricorso proposto dalla appellata, in quanto la stessa non aveva rilevato il difetto di motivazione, bensì l'illegittimità dell'esclusione in quanto non vi sarebbe stato alcun obbligo dichiarativo suscettibile di violazione.

7 - Peraltro, secondo le resistenti il sindacato del G.A. è un sindacato intrinseco che può ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione, al fine di valutare la ragionevolezza sottesa ad una determinata scelta, senza sostituirsi ad essa, ma

appunto ripercorrendo l'iter logico al fine di verificare la coerenza del ragionamento e, quindi, la congruità della motivazione adottata.

Le predette argomentazioni, considera il Collegio, risultano del tutto condivisibili, dovendosi pertanto rigettare la censura in esame.

8 – Nel merito, con il primo motivo d'appello si afferma che sarebbe errata l'illegittimità sostenuta dalla -OMISSIS-circa l'adozione del provvedimento di esclusione da parte del seggio di gara incompetente in luogo del RUP. Al riguardo l'appellante sostiene, citando la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che “il seggio di gara è competente a pronunciarsi sul provvedimento di esclusione” e che vi sarebbe, comunque, identità fra i diversi soggetti. Quindi, contrariamente a quanto affermato da parte dell'appellata, l'esclusione impugnata in primo grado sarebbe stata comminata dal seggio di gara e non dalla Commissione.

9 - La censura risulta pertanto fondata, alla luce del ruolo rivestito, nell'ambito dell'amministrazione di riferimento, dal componente della Commissione che sottoscrisse il provvedimento impugnato.

10 - Con il secondo motivo di appello si contesta la sentenza del TAR per la parte in cui ha accolto il motivo di ricorso volto a sostenere che la stazione appaltante, indipendentemente dalla richiesta di chiarimenti, aveva già tutte le informazioni su quel reato, non essendovi pertanto stata alcuna valutazione della violazione di un obbligo informativo, peraltro di per sé inidonea a determinare l'esclusione secondo quanto statuito dall'Adunanza Plenaria del 2020. La mancata collaborazione alla richiesta di chiarimento secondo il TAR avrebbe, a propria volta, determinato una violazione di fondamentali oneri di buona fede, correttamente considerata dall'Amministrazione ai fini dell'impugnata esclusione.

11 – Le predette argomentazioni della parte appellante, a giudizio del Collegio, sono condivisibili per la parte in cui ricostruiscono la necessità di richiedere un

chiarimento in relazione alla necessità di consentire al RTI concorrente di contro dedurre in merito ad una possibile violazione di un obbligo dichiarativo.

12 – La tesi dell'appellante, però, non convince quando ricollega la legittimità dell'esclusione alla considerata mancata informativa rispetto ad un precedente penale in capo al legale rappresentante di una mandante del costituendo RTI, trattandosi di un fatto comunque risalente nel tempo e totalmente estraneo ai doveri di diligenza relativi alla commessa, avvenuto più tre anni prima dell'indizione della procedura di gara e non rilevante ai fini dell'esclusione di cui all'art. 80 comma 5, così come sancito anche dagli indirizzi della Giurisprudenza successivi all'Adunanza Plenaria n. 16 del 2020. Tali circostanze, infatti, avrebbero dovuto consentire di giustificare la mancata menzione alla stregua di un criterio di diligenza e buona fede.

12 – In tal senso, la fondatezza della seconda censura esaminata si ricollega alla fondatezza dell'ulteriore motivo di censura, peraltro non esaminato dal TAR e non riproposto in sede d'appello, con il quale si deduce l'illegittimità del rigetto della domanda di recesso dell'impresa interessata dal RTI ricorrente, in quanto impropriamente motivato da profili inconferenti rispetto alla fattispecie considerata.

13 – Alla stregua delle pregresse considerazioni l'appello deve essere respinto, sia pure con motivazione in parte diversa da quella della sentenza di primo o grado, essendo mancata l'evidenziazione di una situazione oggettivamente ostativa all'aggiudicazione e non risolvibile mediante il recesso dell'impresa mandante interessata.

14 – Appare infatti evidente come si possa parlare di violazione di un obbligo di diligenza ostativo alla partecipazione alla gara solo ove l'omissione informativa risulti concretamente rilevante ai fini della violazione della buona fede fra le parti.

15 – L'appello deve essere pertanto respinto, risultando confermata la necessità che l'Amministrazione provveda al tempestivo riesame delle cause di esclusione

dell'impresa in esame, previo riesame della presentata domanda di recesso della mandante.

18 - La complessità e non univocità della fattispecie controversa giustifica tuttavia la compensazione fra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello R.G. n. 9835 del 2021, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma l'appellata sentenza di primo grado con diversa motivazione.

Compensa fra le parti delle spese di giudizio in appello.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità delle imprese resistenti nel presente grado di giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Umberto Maiello, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaello Sestini

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.