Pubblicato il 20/12/2019
**N. 08659/2019REG.PROV.COLL.**
**N. 02666/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**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 2666 del 2019, proposto da
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Corrado Mauceri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
***contro***
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Ferasin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
***nei confronti***
OMISSIS S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Alberto Romano, Andrea Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Salvatore Alberto Romano in Roma, viale XXI Aprile, 11;
***per la riforma***
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 180/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS S.r.l. e di OMISSIS S.p.a.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2019 il Cons. Elena Quadri e uditi per le parti gli avvocati Mauceri, Scafarelli su delega di Ferasin, Romano;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

La Società Vicentina Trasporti a r.l., affidataria del servizio di trasporto pubblico urbano e suburbano di Vicenza, Bassano del Grappa, Valdagno e Recoaro Terme, nonché di altri servizi extraurbani con terminali anche nelle province di Padova e Verona, ha bandito una procedura aperta per l’assegnazione del servizio di T.P.L. su gomma, settore urbano ed extraurbano, per n. 6 lotti, in applicazione delle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 sui contratti dei “settori speciali”.
Il criterio di aggiudicazione prescelto per tutti i lotti e, quindi, anche per il lotto 1, era quello del prezzo più basso di cui all’art. 95, comma 4, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016.
L’art. 5 del capitolato e schema di contratto, oltre ad indicare il costo medio orario del lavoro, precisava l’incidenza percentuale della manodopera sull’importo totale degli affidamenti a base di gara contratto e dei singoli lotti, come segue: lotto 1 Vicenza: 57,33%; lotto 2 Vicenza Centrobus: 75,95%; lotto 3 Bassano: 48,39%; lotto 4 Recoaro/Valdagno: 50,52%; lotto 5 Schio: 71,71%; lotto 6 Basso Vicentino: 59,31%.
Dunque, per 5 lotti su 6, ed in ogni caso per il lotto 1, il costo della manodopera superava il 50% del costo complesso del T.P.L. oggetto di gara.
OMISSIS S.r.l. presentava formale istanza di annullamento in autotutela del bando di gara, al fine dell’indizione di una nuova gara in conformità all’art. 95, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, formulando, in ogni caso, domanda di partecipazione per il lotto 1.
Con nota prot. n. F-SVT-2018-4319 del 23 maggio 2018 Società Vicentina Trasporti a r.l. rigettava tale istanza di annullamento in autotutela, ritenendo corretta l’applicazione dell’art. 95, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 alla gara in questione.
Successivamente, rilevato che l’offerta presentata dalla OMISSIS S.p.a., prima classificata, risultava anormalmente bassa, con particolare riferimento al costo orario della manodopera, Società Vicentina Trasporti a r.l. avviava il procedimento di verifica della congruità dell’offerta suddetta ai sensi del combinato disposto dell’art. 95, comma 10, e dell’art. 97, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016.
A conclusione del sub-procedimento di verifica dell’offerta economica di OMISSIS S.p.a., la Società Vicentina Trasporti S.r.l. aggiudicava il lotto 1 alla Società suddetta.
La ricorrente, che si era classificata al terzo posto, impugnava gli atti della procedura concorsuale, compresa l’aggiudicazione, relativamente al lotto 1.
L’adito Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto respingeva il ricorso con sentenza n. 180 del 2019, che veniva impugnata da OMISSIS S.r.l.
L’appello è affidato ai seguenti motivi di diritto:
1) erroneità della sentenza per omessa rilevazione della violazione delle disposizioni della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, consideranda (89), (90) e (96) delle premesse, art. 67, commi 1, 2 e 5; violazione dell’art. 1, comma 1, lett. ff), della legge 28 gennaio 2016, n. 11; violazione dell’art. 133, comma 1, dell’art. 95, comma 3, lett. a), e dell’art. 50, comma 1, del d.lgs. n. 50/16, e per quanto occorrer possa, dell’art. 95, commi 3 e 4, del d.lgs. citato;
2) erroneità della sentenza per omessa rilevazione della violazione dell'art. 95, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990; omessa rilevazione dell'eccesso di potere per travisamento del fatto, difetto di istruttoria, illogicità manifesta e difetto di motivazione;
3) erroneità della sentenza per non aver rilevato l'illegittimità dell'aggiudicazione per invalidità derivata dai vizi che inficiano il bando di gara e gli atti correlati.
Si sono costituite per resistere all’appello OMISSIS S.r.l. e OMISSIS S.p.a.
Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive difese.
All’udienza pubblica del 24 ottobre 2019 l’appello è stato trattenuto in decisione.

**DIRITTO**

Giunge in decisione l’appello proposto da OMISSIS S.r.l. contro la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto n. 180 del 2019, con la quale è stato respinto il ricorso proposto dall’odierna appellante per l’annullamento degli atti della procedura aperta indetta per il sub-affidamento di servizi di trasporto pubblico locale settore urbano ed extraurbano del bacino di Vicenza, categoria “servizi”, da eseguirsi in Vicenza, Valdagno, Recoaoro Terme, Bassano del Grappa, provincia di Vicenza e provincia di Padova e Verona, codice NUTS ITH32, per il periodo 10.6.2018 fino al 13.6.2020, con possibilità di rinnovo per ulteriori 2 anni, relativamente al lotto 1 – Vicenza Servizio TPL (linee urbane 3-4-13-16-18-19; 51 extraurbana, corse studenti) CIG 7445829C75, importo complessivo stimato annuo euro 1.514.200,00, Iva esclusa, di cui euro 600,00 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, nonché per l’annullamento del provvedimento di aggiudicazione del lotto 1 alla controinteressata.
Con il primo motivo di ricorso l’odierna appellante ha dedotto l’erroneità della sentenza per non avere dichiarato l’illegittimità del bando di gara, nella parte in cui la stazione appaltante ha previsto per l’aggiudicazione il criterio del prezzo più basso di cui all’art. 95, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, anziché il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa di cui al comma 3 della stessa norma, nonostante si trattasse di servizio ad alta intensità di manodopera.
Con il secondo motivo l’appellante denuncia la pretesa illegittimità del bando nella parte impugnata in quanto la Stazione appaltante non avrebbe “*in alcun modo assolto l'onere motivazionale relativo alla scelta di ricorrere al criterio del prezzo più basso*”.
Con il terzo ed ultimo motivo OMISSIS lamenta l'illegittimità degli atti di gara per invalidità derivata dai vizi che inficiano il bando di gara e gli atti correlati.
L’appello è fondato in relazione al primo motivo di gravame.
Ed invero, colgono nel segno le censure concernenti l’erroneità della sentenza per non avere accolto il motivo relativo alla dedotta illegittimità del bando di gara nella parte in cui ha previsto, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso, in ragione della standardizzazione del servizio oggetto di affidamento, nonostante si trattasse di servizio ad alta intensità di manodopera.
Come è stato di recente affermato dal Consiglio di Stato nella decisione n. 8 resa in Adunanza plenaria il 21 maggio 2019: “*gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand’anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi della comma 4, lett. b), del medesimo* *codice*”.
Ed invero, già in precedenza la giurisprudenza amministrativa aveva statuito che il rapporto tra il comma 3 dell'art. 95 (che contempla i casi di esclusivo utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali v'è quello dei servizi ad alta intensità di manodopera) ed il comma 4 della stessa disposizione normativa (che prevede i casi di possibile utilizzo del criterio del minor prezzo, tra i quali v'è quello dei servizi ripetitivi), è di specie a genere (Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2019, n. 605);
«*Ove ricorrano le fattispecie di cui al comma 3 scatta, cioè, un obbligo speciale di adozione del criterio dell'o.e.p.v. che, a differenza della ordinaria preferenza per tale criterio fatta in via generale dal codice, non ammette deroghe, nemmeno al ricorrere delle fattispecie di cui al comma 4, a prescindere dall'entità dello sforzo motivazionale dell'amministrazione*. *La soluzione è del resto in linea con i criteri direttivi dettati dal legislatore delegante. Infatti l'art. 1, co. 1, lett. gg), per i contratti relativi (tra gli altri) ai servizi "ad alta intensità di manodopera", precisa, quale criterio direttivo, che l'aggiudicazione debba avvenire "esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come definita dalla lettera ff), escludendo in ogni caso l'applicazione del solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta"*» (Cons. Stato, sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014).
Ciò, in attuazione delle disposizioni della direttiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio (consideranda 89, 90 e 96 delle premesse, art. 67, commi 1, 2 e 5), per le quali il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa è unico ed inderogabile per l’aggiudicazione degli appalti di servizi in cui la componente della manodopera abbia rilievo preponderante.
Nell’ipotesi come quella di specie, in cui il servizio ad alta intensità di manodopera abbia contemporaneamente caratteristiche standardizzate, vi è, dunque, un conflitto di disposizioni tra loro contrastanti (che prevedono rispettivamente un diverso ed antitetico criterio di aggiudicazione per l’uno o l’altro tipo di servizio) che deve essere risolto mediante l’individuazione della norma prevalente, che, per quanto detto, è quella che prevede il criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo previsto dal comma 3, che prevale su quello del minor prezzo.
Dalla fondatezza della prima censura consegue anche quella della terza, concernente l’illegittimità in via derivata dell’aggiudicazione alla controinteressata per i vizi che inficiano il bando di gara, potendo, invece, restare assorbito il secondo motivo, relativo alla dedotta erroneità della sentenza per non avere dichiarato l’illegittimità del bando per l’omessa assunzione dell’onere motivazionale relativo alla scelta di ricorrere al criterio del prezzo più basso.
Alla luce delle suesposte considerazioni l’appello va accolto.
Per l’effetto, in riforma della sentenza di primo grado, deve essere accolto il ricorso di OMISSIS S.r.l., ed annullati tutti gli atti con lo stesso impugnati. In particolare, l’annullamento degli atti di gara, sin dal bando, comporta la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato all’esito della stessa, stante il rapporto di presupposizione tra i primi e il secondo (circa il potere del giudice amministrativo di emettere questa statuizione anche al di fuori dei casi di subentro nel contratto medesimo ai sensi dell’art. 122 cod. proc. amm., cfr. Cass. Civ., SS.UU., 22 marzo 2017, n. 7295; Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2017, n. 4647).
Non si tratta, invero, nella fattispecie in questione, di valutare il complesso delle circostanze rilevanti per disporre l’inefficacia del contratto (e la decorrenza della stessa) ai fini del subentro dell'impresa ricorrente, ai sensi dell’art. 122 c.p.a., atteso che il vizio dell’aggiudicazione comporta il travolgimento della procedura di gara e il conseguente obbligo di rinnovarla.
Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre l’integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, come in motivazione.
Spese del doppio grado compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:
Francesco Caringella, Presidente
Raffaele Prosperi, Consigliere
Angela Rotondano, Consigliere
Giovanni Grasso, Consigliere
Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 27/12/2019
**N. 08873/2019REG.PROV.COLL.**
**N. 02921/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**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 2921 del 2019, proposto dalla Cooperativa Nuova Luce, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Nilo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
**contro**
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Guglielmo Ara, Amalia Carrara, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
**nei confronti**
OMISSIS s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alfredo Sagliocco, Marco Iannaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
**per la riforma**
A) quanto al ricorso principale
del dispositivo di sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. 01864/2019.
B) quanto ai motivi aggiunti
della sentenza emessa dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sede di Napoli, Sezione Quinta, n 2435 del 06.05.2019

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS e di OMISSIS S.p.A.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 novembre 2019 il Cons. Umberto Maiello e uditi per le parti gli avvocati Luigi Nilo, Guglielmo Ara e Alfredo Sagliocco;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. La società appellante, con il mezzo qui in rilievo, dopo aver impugnato il dispositivo di sentenza emesso da Tribunale Amministrativo di Napoli Sezione Quinta, n 1864 del 2019, pubblicato il 03.04.2019, con successivo atto recante motivi aggiunti, ha chiesto la riforma della sentenza emessa dal medesimo giudice, n 2435/del 2019, pubblicata il 06.05.2019, nella sua versione integrale, notificata il 5.7.2019, di rigetto del ricorso proposto avverso la sua esclusione dalla procedura aperta, indetta dall’OMISSIS, per l'affidamento dei servizi di gestione temporanea delle attività assistenziali ed alberghiere della Residenza Sanitaria Assistenziale sita in Pozzuoli, località Rione Toiano per anni 3 con opzione di proroga tecnica per ulteriori 180.
1.1. Vale premettere, in punto di fatto, che:
- tra i requisiti (tecnici) richiesti dalla disciplina di gara, era incluso, ai sensi del punto 1.6 del disciplinare, anche il requisito di capacità tecnica rappresentato dall’avere almeno tre anni di esperienza nel servizio oggetto di gara, dimostrabile con il fatturato globale ultimo triennio ( 2014, 2015, 2016) che avrebbe dovuto essere non inferiore ad euro 5.000.000 +Iva, di cui almeno euro 3.000.000,00 +Iva per servizi identici / a favore di RSA o strutture analoghe;
- occorre soggiungere che la stazione appaltante rendeva chiarimenti, tra l’altro, sui seguenti punti: “Sussiste analogia fra struttura RR SS AA e Struttura Sanitaria Psichiatrica”, che riceveva risposta affermativa (quesito n. 14), “Sussiste analogia fra Struttura RR SS AA e Comunità Alloggio, Centri diurni per disabili, Casa di Riposo, Residenze protette”, che, viceversa, veniva esclusa;
- l’odierna appellante dichiarava, ai fini della capacità tecnica, quanto al fatturato specifico, che prevedeva avere almeno 3.000.000,00 +IVA per servizi identici a favore di RSA o strutture analoghe, il fatturato maturato negli anni 2015 e 2016 per il servizio presso la RSA di Torricella per euro 3.042.169,30. Di poi, ritenendo di aver svolto anche servizi analoghi (in ciò confortata dal chiarimento n. 4) riportava, relativamente agli anni 2014, 2015, 2016, anche il servizio reso a favore della Azienda Sanitaria di Taranto relativo al Centro diurno psichiatrico, per euro 1.515 511,39;
- all’esito della svolta competizione la graduatoria di merito vedeva, inizialmente, come prima graduata l’odierna deducente con punti totali 99,92, mentre in ordine seguivano: il Centro Serapide con punti 96,36; il Consorzio Italia con punti 94,37; Gesco con punti 88,65; Ati Agora / Insieme con punti 87,11;
- l’odierna appellante, giusta decisione della commissione esaminatrice del 19.12.2018, veniva, però, a seguito di riesame, esclusa per mancanza del requisito tecnico;
- segnatamente, la commissione, interpellato l’esperto tecnico, concludeva nel senso della mancanza del requisito esperenziale sui tre anni, dal momento che l'attività diurna svolta presso la struttura psichiatrica non poteva ritenersi assimilata per analogia a quella delle RR.SS.AA per la mancanza della residenzialità.
2. All’esito del giudizio di primo grado il Tar per la Campania ha respinto il ricorso, dapprima, depositando il 03.04.2019 il dispositivo di sentenza, avverso il quale veniva proposto il ricorso principale, e poi, depositando il 06.05.2019 la sentenza completa anche della parte motiva, attratta nel fuoco della contestazione mediante motivi aggiunti.
2.1. Questa Sezione ha respinto, con ordinanza cautelare 2077/2019, la domanda cautelare, poi, con successiva ordinanza 2442/2019, ha dichiarato inammissibile l’istanza di revoca ed, infine, con ordinanza n. 3383 del 4.7.2019, ha respinto la nuova istanza cautelare.
2.2. Resistono in giudizio l’OMISSIS ed il Centro di Fisiocinesiterapia, che hanno concluso per il rigetto del ricorso.
3. Avverso la decisione di primo grado l’appellante in sintesi deduce che:
a) il riesame che ha condotto alla sua esclusione sarebbe irritualmente avvenuto su sollecitazione del Centro Serapide (con nota del 11 12 2018 dell’avvocato Sagliocco in nome e per conto del Centro Serapide) che però aveva fatto inutilmente decorrere il termine di cui all’articolo 120 comma 2 bis del c.p.a. per impugnare i provvedimenti di ammissione, pubblicati il 25.7.2018;
b) le rideterminazioni della commissione di gara non sarebbero, inoltre, espressione di un libero ripensamento siccome adottate in attuazione delle indicazioni ermeneutiche provenienti dall’esperto tecnico, che avrebbe reinterpretato i precedenti chiarimenti, introducendo, però, un elemento nuovo, non contenuto nell’avviso n. 4 originariamente licenziato;
c) sarebbe erroneo il capo della decisione secondo cui non basterebbe ad integrare il requisito tecnico richiesto il servizio diurno reso dall’appellante presso la RSA Azienda Sanitaria di Taranto negli anni 2015 /2016 per euro 3.042.169,30, non avendo tale servizio durata triennale, in quanto difetterebbero fatturazioni per il 2014. Ed, invero, ciò che rileverebbe alla stregua della disciplina di gara sarebbe il complessivo valore economico;
d) del pari sarebbe erroneo l’ulteriore capo della decisione nella parte in cui esclude rilevanza al servizio indicato come analogo alla luce del chiarimento n 4 "Sussiste analogia fra struttura RR SS AA e Struttura Sanitaria Psichiatrica”. Non sarebbe, dunque, conferente il chiarimento 14 (“Non vi è analogia tra RR SS AA e Comunità Alloggio , Centri diurni per disabili, Casa di Riposo, Residenze protette”), di talchè avrebbe dovuto farsi applicazione del criterio letterale anche in ossequio al principio del favor partecipationis. Il diverso concetto (sulla imprescindibilità del dato residenziale) sarebbe stato introdotto dal funzionario interpellato a graduatoria conosciuta e non potrebbe certamente ritenersi conferma di interpretazione del precedente chiarimento, poichè la risposta al chiarimento 4 era chiara e non dava adito ad alcun equivoco;
e) ad ogni buon conto, laddove una clausola delle regole di gara chieda ai partecipanti il pregresso svolgimento di servizi analoghi, la stazione appaltante non potrebbe, comunque, escludere coloro i quali non abbiano svolto tutte le attività oggetto dello appalto, nè assimilare il concetto di servizi analoghi con servizi identici, anche perché, nel caso di specie, le figure professionali impegnate nel servizio del Centro Diurno Psichiatrico di Manduria sarebbero perfettamente sovrapponibili a quelle indicate e previste dagli atti di gara per RSA Toiano.
3.1. Resistono in giudizio l’OMISSIS ed il OMISSIS S.p.A. Quest’ultimo oppone, altresì, l’improcedibilità dell’appello dal momento che il ricorso per motivi aggiunti avverso la delibera di aggiudicazione definitiva, pur notificato dall’odierna appellante, non sarebbe stato giammai iscritto a ruolo.
4. L’appello, in parte, quanto cioè al ricorso principale, va dichiarato improcedibile e, per il resto, va respinto siccome infondato.
5. Occorre, anzitutto, evidenziare, quanto ai rilevati profili di improcedibilità, che l’originaria domanda spiegata avverso il dispositivo della sentenza qui appellata resta oramai assorbita nell’atto recante i motivi aggiunti articolati avverso la sentenza completa di motivazioni (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 05/06/2018, n. 3389; Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 3 febbraio 2014, n. 8; ordinanza Consiglio di Stato, Sez. IV, 20.5.2015, n. 2174).
6. Così perimetrato l’ambito cognitivo del presente giudizio, ritiene il Collegio che, per il resto, l’appello affidato ai motivi aggiunti sia infondato. In ragione di ciò può prescindersi dallo scrutinio dell’eccezione di improcedibilità sollevata dalla parte controinteressata e correlata alla mancanza di una rituale impugnativa del sopravvenuto atto di aggiudicazione.
7. Privo di pregio si rivela, anzitutto, il motivo di gravame che impinge nella pretesa violazione di cui all’articolo 120 comma 2 bis c.p.a.
Nel costrutto giuridico attoreo la fase delibativa sui requisiti di ammissione avrebbe dovuto ritenersi oramai conclusa a seguito e per effetto della intervenuta pubblicazione, in data 25/07/2018, ed a norma dell’articolo 29 del d. lgs 50/2016, del verbale sull’ammissione ed esclusione alla fase di valutazione delle offerte tecniche con indicazione degli operatori partecipanti, degli operatori ammessi, nonché degli operatori esclusi.
In ragione di ciò, e stante il decorso dei termini di cui al citato articolo 120 comma 2 bis del c.p.a., applicabile ratione temporis, la commissione non avrebbe potuto ritenere procedibile l’istanza prodotta dal Centro Serapide spa.
Il costrutto giuridico attoreo non può essere condiviso e la decisione di prime cure si rivela, sotto il profilo in esame, immune dalle osservazioni censoree proposte dall’appellante.
Ed, invero, come efficacemente evidenziato dal TAR, il decorso dei termini ex art. 120 comma 2 bis c.p.a. comporta, quale effetto tipico, la consunzione, per decadenza, del diritto di azione con conseguente definitiva preclusione all’esercizio della facoltà di proporre ricorso in sede giurisdizionale.
Tale effetto, però, si esaurisce in tale circoscritto ambito e, pertanto, assume una valenza del tutto neutra sotto il distinto profilo, prettamente amministrativo, contraddistinto, almeno in via tendenziale, dalla cd. inesauribilità del potere di cura dell’interesse pubblico, ponendosi giustappunto a presidio della relativa esigenza le prerogative cd. di autotutela.
8. Deve, poi, rilevarsi sotto distinto profilo, come l’esclusione dell’appellante, contrariamente a quanto dedotto, costituisce espressione di un autonomo giudizio della commissione di gara che ha rivisto, in autotutela, i propri pregressi arresti decisori sulla sussistenza dei requisiti di ammissione in capo all’appellante, costituendo l’avviso espresso dal funzionario interpellato nell’ambito del suddetto procedimento di riesame un mero contributo deputato a fare definitiva chiarezza sulla portata operativa dei chiarimenti dal medesimo confezionati in vista della procedura di gara.
Né alla stregua delle risultanze processuali è possibile cogliere concreti indizi di possibili distorsioni procedurali tali da compromettere la segretezza dei lavori della commissione ovvero, tramite indebite interferenze, la libera formulazione del giudizio finale espresso da tale organo.
8.1. E, invero, in tale ottica, la commissione, che aveva inizialmente acriticamente recepito il significato letterale delle equivalenze ivi sancite, interpellando il proprio esperto tecnico, ha potuto rimeditare, una volta compulsata in sede di riesame, sulla correttezza di tale opzione ermeneutica privilegiandone una lettura più coerente con le prescrizioni della legge di gara che, viceversa, conduceva a valorizzare il requisito della residenzialità delle strutture come elemento qualificante al pari di quello riferibile alla tipologia di utenza.
8.2. D’altro canto, lo sforzo in tal senso compiuto dalla stazione appaltante si dispiega giustappunto nel ricercare un significato nei chiarimenti coerente con la lex specialis.
E’, infatti, noto che resta recisamente preclusa all'Amministrazione la possibilità, a mezzo di chiarimenti auto-interpretativi, di modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione delle regole che governano la selezione.
I chiarimenti sono invero ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della lex specialis, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. In altri termini, i chiarimenti non possono in alcun caso integrare la lex specialis ed essere vincolanti per la commissione giudicatrice (cfr. da ultimo Consiglio di Stato sez. V, 02/09/2019, n.6026; Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 279; Cons. Stato, III, 13 gennaio 2016, n. 74; Cons. Stato, III, 20 aprile 2015, n. 1993; V, 29 settembre 2015, n. 4441; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154).
8.3. Ed in tale ottica l’interpretazione “autentica” offerta dall’esperto tecnico che aveva originariamente confezionato i chiarimenti resi agli operatori ha consentito di recuperare piena coerenza tra il portato conformativo da essi evincibile ed il significato rinveniente dalla lex specialis avente ad oggetto i servizi sanitari ed alberghieri, afferenti per la gestione della R.S.A sita in Pozzuoli nel rione Toiano, di cui giustappunto, alla stregua dello stesso valore semantico delle proposizioni letterali in cui si articola il bando, uno dei predicati qualificanti va colto nel requisito della residenzialità.
8.4. Alla stregua di quanto fin qui osservato le pur suggestive argomentazioni sviluppate dall’abile difesa dell’appellante non possono che essere considerate recessive rispetto ai conclusivi rilievi svolti dal giudice di prime cure nella parte in evidenzia che, nell’apprezzare il dato esperenziale dichiarato dall’odierna appellante ai fini del possesso di un’adeguata capacità tecnica, un collegamento qualificato con l’oggetto dell’appalto poteva rinvenirsi esclusivamente in riferimento “..a servizi che per un verso presupponessero la residenzialità delle strutture e per altro verso fossero rivolti verso una tipologia di pazienti non autosufficienti e bisognosi pertanto anche di assistenza sanitaria, come peraltro evincibile anche dal chiarimento reso dalla medesima dott. ssa Milanese al quesito n. 5 in ordine all’analogia fra RR.SS.AA. e case di riposo, analogia negata sulla base del rilievo che diversa è la tipologia degli utenti per quanto concerne l’autosufficienza”. Pertanto la tipologia degli utenti in favore dei quali erano stati resi i servizi nell’ultimo triennio - presa in prima battuta isolatamente dal seggio di gara alla base dell’ammissione della ricorrente, nel valutare a tal fine come servizio analogo anche quello di carattere diurno reso dalla ricorrente presso strutture psichiatriche - non poteva che essere uno degli elementi da porsi a base della valutazione dell’analogia dei servizi, al fine di valutare i requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dal disciplinare di gara, dovendo ad esso affiancarsi l’ulteriore elemento della residenzialità delle strutture presso le quale erano stati erogati tali servizi”.
8.5. In altri termini, l’audizione della dr.ssa Milanese, lungi dall’introdurre un quid novi nel ventaglio delle prescrizioni di gara, ha consentito alla commissione di correggere il proprio orientamento privilegiando una lettura che, all’interno di una necessaria visione di insieme, riferita alla lex specialis ed all’intero corpo dei chiarimenti resi, si è rivelata più corretta ed aderente alla legge di gara. Ed è in tale ottica che la commissione, già in ciò sollecitata dall’argomentata istanza di riesame proposta dal difensore dell’odierna controinteressata, ha reputato – una volta condivisa l’interpretazione autentica offerta dal proprio esperto dei chiarimenti precedentemente resi –come doverosa la propria azione correttiva.
Peraltro, pienamente condivisibile si rivela l’ulteriore passaggio argomentativo con cui il TAR evidenzia come la necessità di fare definitiva chiarezza sulla portata dell’equivalenza sancita nel chiarimento n. 4 "Sussiste analogia fra struttura RR SS AA e Struttura Sanitaria Psichiatrica”, in cui l’esperto si limitava ad affermare “sussiste analogia fra struttura RR.SS.AA. e struttura sanitaria psichiatrica”, si rivelava vieppiù necessaria in considerazione dell’equivocità della denominazione di “struttura sanitaria psichiatrica” non idonea, di per se stessa, ad evocare una precisa e ben definita struttura rispetto alle corrispondenti classificazioni mutuate dal nomenclatore ufficiale utilizzato dalla disciplina di settore, il quale piuttosto fa riferimento alla sola “struttura residenziale psichiatrica” (Accordo Conferenza Unificata 17 ottobre 2013 approvato dalla Conferenza Stato Regioni nella seduta del 24 gennaio 2013 ovvero D.P.R. del 10/11/1999 quanto all'assetto organizzativo dipartimentale dei servizi di salute mentale).
9. Anche le residue doglianze incentrate sull’affermata sussistenza dei requisiti di capacità tecnica e professionale non possono essere condivise.
Va qui rammentato che il disciplinare di gara prescriveva, all’articolo 1.6, il requisito di capacità tecnica così descritto “avere almeno tre anni di esperienza nel servizio oggetto di gara, dimostrabile con: - il fatturato globale ultimo triennio ( 2014, 2015, 2016) - non inferiore ad euro 5.000.000 +Iva, di cui almeno € 3.000.000,00 +Iva per servizi identici / a favore di RSA -o strutture analoghe.
La parte appellante, a corredo della sua domanda di partecipazione, ha indicato come dato esperenziale i servizi identici svolti nella gestione della RSA Torricella dell’ASL di Taranto dall’ottobre 2015 negli anni 2015/2016 per euro 3.042.169,30.
9.1. E’ di tutta evidenza l’insufficienza del suddetto dato, ancorchè idoneo ad integrare, dal punto di vista meramente economico, il fatturato minimo richiesto dal disciplinare di gara pari, per i servizi identici, almeno ad euro 3.000.000,00 + Iva.
E’, invero, di tutta evidenza come, a tal riguardo, il vissuto esperenziale dell’appellante resti circoscritto ad un biennio anziché estendersi per un triennio, come viceversa prescritto dal disciplinare.
La stessa appellante nel compilare la relativa dichiarazione, per l’anno 2014, ha lasciato in bianco la voce relativa ai servizi identici richiesti dal disciplinare di gara, prescrizione che ovviamente nei suoi cogenti contenuti prescrittivi non può essere qui contestata; tanto evidentemente sulla premessa, ribadita dall’appellante, che fosse sufficiente rispettare il solo dato economico del fatturato e non la copertura per il triennio.
9.2. Contrariamente a quanto dedotto, lo stesso chiaro valore semantico della proposizione all’uopo confezionata dalla stazione appaltante, ha riferito il requisito minimo richiesto ai fini della capacità tecnica ad un torno di tempo pari ad almeno tre anni, in ciò oltretutto conformandosi alle prescrizioni di cui alla parte seconda dell’allegato XVII del codice dei contratti pubblici cui, peraltro, fa rinvio il combinato disposto degli artt. 83 comma 7 e 86 comma 5 del medesimo testo normativo.
9.3. Ed è di tutta evidenza come, ai fini qui in rilievo, il dato temporale non possa essere considerato come anodino in quanto concorre a garantire, in ragione della maggiore ampiezza del periodo di osservazione, maggiore stabilità all’esperienza qualificante maturata con conseguente maggiore affidabilità del vissuto dell’azienda a garantire adeguati standard di qualità.
10. Né la divisata carenza avrebbe potuto essere compensata per effetto della gestione del centro diurno Manduria per utenti del DSM dell’ASL di Taranto dal 2011.
10.1. Di ciò, anzitutto, vi era consapevolezza in capo alla stessa appellante che, come detto, non ha annoverato tale rapporto nell’ambito del fatturato riferito ai servizi identici dichiarati, lasciando finanche in bianco la voce dell’apposita scheda riferita all’anno 2014.
10.2. Di poi, vanno qui richiamati i rilievi già precedentemente svolti sulla sola parziale sovrapponibilità di tali precedenti servizi – che la legge di gara richiedeva fossero “identici” – a quelli oggetto dell’appalto in questione, difettando in essi, quanto meno, la componente “alberghiera” evidentemente riferibile al carattere residenziale della struttura di riferimento.
E’, invero, di tutta evidenza la diversa natura della struttura residenziale di riferimento rispetto al centro diurno, a cagione dell’elemento specializzante della residenzialità, presente nella prima ma non nella seconda, profilo che ha una significativa ricaduta sulla natura e misura dei servizi garantiti.
Anzitutto, sul piano dell’assistenza prettamente sanitaria, l’offerta di residenzialità evoca livelli maggiori di intensità riabilitativa e assistenziale e, in generale, una maggiore complessità organizzativa dettata anche dalla necessità di assicurare un servizio tendenzialmente continuativo. A ciò occorre soggiungere le attività complementari propri della componente alberghiera del servizio oggetto di gara con ospitalità nell’arco delle ventiquattro ore (tra cui servizio portineria – centralino per 12 ore al giorno completato durante le ore serali e notturne da un servizio di sorveglianza interna, esterna e di portineria – centralino), inevitabilmente assente nelle strutture la cui operatività ha una declinazione esclusivamente diurna.
10.3. Tanto assorbe ogni sforzo argomentativo dell’appellante ed incentrato sulla comparazione tra i servizi posti a base di gara con quelli espletati presso il Centro diurno psichiatrico in Manduria che, dunque, per definizione, non possono essere ritenuti omogenei.
D’altro canto, le aggiuntive considerazioni svolte dal TAR quanto alla non piena sovrapponibilità delle professionalità richieste trova conferma (oltre che nell’art 4 del Regolamento regionale n 7 /02 della Regione Puglia) nella lettura del capitolato relativo alla commessa presso l’ASL di Taranto in cui effettivamente si registra, all’articolo 4, tra l’altro, l’intercambiabilità di figure professionali, come ad esempio nel caso dei collaboratori professionali sanitari in cui vengono indifferentemente evocati sia infermieri, terapisti della riabilitazione psichiatrica, educatori professionali ed assistenti sociali, ovvero l’omessa menzione della figura del fisioterapista (cui non è possibile sovrapporre, con la pretesa automaticità, il terapista della riabilitazione psichiatrica, avente competenze settoriali), la cui presenza è fondamentale nella R.S.A. per anziani alla luce del servizio oggetto dell’appalto qui in rilievo.
10.4. Sotto tale profilo vale, infine, evidenziare come, ai fini in questione, non assume rilievo il profilo professionale delle unità concretamente impiegate dall’appellante nella gestione dell’appalto presso l’ASL di Taranto ma le risorse minime richieste dalle corrispondenti prescrizioni capitolari in quanto è alla stregua di tale dato che vanno comparati i servizi posti a raffronto onde evincere eventuali profili di analogia ovvero per fare emergere eventuali diversità.
Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, l’appello, in disparte i profili di improcedibilità evidenziati, va respinto.
Le spese, in ragione della peculiarità della vicenda scrutinata, vanno liquidate come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come integrato dai motivi aggiunti, così provvede:
- dichiara improcedibile il ricorso principale;
- respinge il ricorso per motivi aggiunti.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:
Roberto Garofoli, Presidente
Giovanni Pescatore, Consigliere
Raffaello Sestini, Consigliere
Solveig Cogliani, Consigliere
Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 10/12/2019
N. 05837/2019 REG.PROV.COLL.
N. 03035/2019 REG.RIC.

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3035 del 2019, proposto da
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Marrama, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, piazza Nicola Amore, 6;
contro
Comune di OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Nerone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Cesario Console N 3;
nei confronti
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;
per l'annullamento
- della nota prot. 2918 – PM del 25.06.2019, con la quale è stata respinta la domanda di accesso civico generalizzato e del parere alla stessa allegato;
e per l’accertamento del diritto dell'odierna ricorrente all'accesso e all'estrazione di copia, ex art. 5 del d. lgs. n. 33/2013, dei verbali e delle giustificazioni della procedura di selezione del contro interessato, nel segmento in cui fanno riferimento alla verifica dell'offerta della OMISSIS con specifico riferimento alla corretta indicazione dei soli obblighi tributari.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di OMISSIS;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2019 la dott.ssa Anna Corrado e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Espone la ricorrente che nel 2016 il Comune di OMISSIS ha posto in essere una procedura a evidenza pubblica finalizzata a individuare un operatore economico al quale affidare in gestione il servizio parcheggi su aree comunali a ciò destinate.
La OMISSIS S.r.l. venne individuata come aggiudicataria provvisoria e, successivamente, la sua offerta venne scrutinata in relazione al tema della sua congruità.
In sede di verifica della congruità, la società OMISSIS venne esclusa dalla procedura poiché nell’offerta economica non erano stati inseriti i costi relativi al pagamento della TARI e della TOSAP sulle aree destinate alla sosta.
Una volta scaduto il contratto derivante dalla precedente gara, precisamente in data 29.08.2018, il Comune di OMISSIS ha dato avvio a una nuova procedura a evidenza pubblica per la concessione del medesimo servizio.
Chiarisce la ricorrente che, come nella precedente, anche in quest’ultima procedura la *lex specialis* di gara non forniva alcuna indicazione in ordine alla necessità del pagamento della TARI e della TOSAP, per cui, in ragione di tale mancanza, la stessa indirizzava una richiesta di chiarimento alla stazione appaltante, avente appunto ad oggetto l’obbligatorietà del pagamento della TARI e della TOSAP.
L’Ufficio Tributi dell’Amministrazione resistente, con nota prot. n. 140-AF del 14.09.2018, ha precisato che, anche in questa procedura, le aree oggetto del servizio sarebbero state gravate da TARI e TOSAP.
In particolare, la predetta risposta dettagliava le modalità di calcolo e gli importi dei due tributi dovuti; nello specifico, per la sola TARI era previsto a carico del contraente un onere annuo pari ad € 213.427,06, mentre la TOSAP incideva per € 600.000,00 all’anno.
Alla luce di questo chiarimento, la ricorrente, resasi conto della sostanziale insostenibilità della partecipazione alla procedura, vi ha rinunciato.
Espone, ancora, in ricorso di avere appreso successivamente dalla stampa che la gara in questione sarebbe stata aggiudicata alla OMISSIS s.r.l. a seguito di verifica della congruità della relativa offerta.
In ragione di tanto, l’odierna ricorrente, in data 21.05.2019, ha presentato una domanda di accesso civico generalizzato ex art. 5 del d. lgs. n. 33 del 2013, al fine di accedere ai verbali e alle giustificazioni della procedura di selezione del contraente, nel segmento in cui la stessa ha riguardato la verifica dell’offerta di OMISSIS s.r.l. con specifico riferimento al riscontro della corretta indicazione da parte dell’aggiudicataria dei soli obblighi tributari.
Espone la ricorrente che la richiesta è stata formalizzata allo scopo di verificare la trasparenza e l’imparzialità dell’azione amministrativa e di controllare l’adempimento degli obblighi tributari del futuro concessionario.
A fronte di tale istanza l’Amministrazione, tenuto conto del parere espresso dall’Ufficio legale interno, ha adottato il provvedimento di rigetto qui impugnato sulla scorta della seguente motivazione: “*L’istanza di accesso, come formulata, è rigettata. Ciò in quanto l’accesso agli atti per la fattispecie concreta va ricondotto, ai sensi dell’art. 53, comma 1 del D. Lgs. n. 50/2016, alla previsione della Legge n. 241/1990. Ai sensi di tale norma, l’accesso agli atti non è ammesso per i soggetti non qualificati. A tale categoria va ricondotta Codesta Ditta, atteso che, come nel caso di specie, non ha partecipato alla procedura di gara cui si riferisce l’accesso*”.
A sostegno del proposto ricorso la ricorrente deduce: violazione e/o falsa applicazione degli artt. 5, 5-*bis* e 5-*ter* del d. lgs. n. 33 del 2013; falsa applicazione degli artt. 22 e ss. l. 241/90; eccesso di potere, contraddittorietà; irragionevolezza assoluta; violazione del principio di trasparenza.
Si è costituito in giudizio il Comune di OMISSIS affermando la infondatezza del ricorso proposto per i seguenti motivi:
- -l’accesso agli atti nella specie richiesto va ricondotto all’ambito di applicazione dell’art. 53, co. 1 del d. lgs. 50/2016 e alla previsione dell’art. 22 della legge 241/1990, per cui la ricorrente non risulta legittimata all’accesso;
- - parte ricorrente non vanterebbe alcun interesse, attuale e concreto, all’annullamento della procedura ovvero la concreta possibilità di perseguire un bene della vita, in quanto la stessa fa presente che l’unico interesse al ricorso è dettato dall’esigenza di controllare che la OMISSIS in futuro paghi i tributi; in ragione di tale prospettazione mancherebbe l’interesse al ricorso, in quanto non viene né descritta né provata l’ eventuale lesione della posizione giuridica della ricorrente;
- - l’art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 deve considerarsi come un caso di esclusione previsto dalla disciplina dell’accesso civico ai sensi del comma 3 dell’art. 5-*bis* del d. lgs. 33/2013 per cui deve negarsi la possibilità di utilizzo dell’accesso civico generalizzato da parte del concorrente escluso (o del soggetto che non ha partecipato alla gara); in sostanza, l’art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 riconduce espressamente la disciplina applicabile per tutti i documenti (di gara e di esecuzione del contratto), fatte salve le eccezioni contenute nello stesso testo normativo di riferimento, alla disciplina ordinaria in materia di accesso;
- - infine, la fattispecie rientrerebbe nell’ipotesi di esclusione di cui all’art. 5 *bis* comma 2 lett. c) del d.lgs. n. 33/2013, secondo cui è escluso l’accesso generalizzato se reca pregiudizio concreto agli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d’autore e i segreti commerciali.
Alla camera di consiglio del 6 novembre 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

**DIRITTO**

1) Prima di esaminare la questione posta con il ricorso, giova preliminarmente richiamare la disciplina in tema di trasparenza in uno con gli orientamenti giurisprudenziali riferiti all’accesso generalizzato nella materia dei contratti pubblici.
2) IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO
Come è ben noto, sulla scia dei concetti introdotti dal d.lgs. n. 150 del 2009 in materia di trasparenza e in attuazione della delega recata dall’art. 1, commi 35 e 36 della l. 28 novembre 2012, n. 190, in tema di “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”, è stato adottato il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal d. lgs. 97/2016, che ha operato una importante estensione dei confini della trasparenza.
L’accesso civico generalizzato è stato introdotto in Italia sulla base della delega di cui all’art. 7, comma 1, lett. h) della cd. Legge Madia (legge 124/2015), ad opera dell’art. 6 del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 che ha novellato l’art. 5 del decreto trasparenza (d. lg. 33/2013).
Il nuovo accesso civico (generalizzato), quale strumento di trasparenza amministrativa, si affianca alle forme di pubblicazione *on line* introdotte del 2013 (obblighi di pubblicazione) e all’accesso agli atti amministrativi (accesso documentale) di cui alla legge 241/1990, consentendo, del tutto coerentemente con la *ratio* che lo ha ispirato (e che lo differenzia dall’accesso “qualificato” previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo) l’accesso alla generalità degli atti, dei documenti e delle informazioni, senza onere di motivazione, a tutti i cittadini singoli e associati, in guisa da far assurgere la trasparenza a condizione indispensabile per favorire il coinvolgimento dei cittadini nella cura della “cosa pubblica”, oltreché mezzo per contrastare ogni ipotesi di corruzione e per garantire l’imparzialità e il buon andamento dell’Amministrazione (cfr. Cons. Stato sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546).
3) Con l’accesso civico generalizzato si introduce il diritto della persona a ricercare informazioni, la cui esplicazione consente la partecipazione al dibattito pubblico e la conoscenza di dati pubblici e/o di interesse pubblico e delle decisioni delle amministrazioni al fine di rendere possibile quel controllo “democratico” che l’istituto intendere perseguire.
Le informazioni, i dati e i documenti si configurano, quindi, come il “bene della vita” cui il cittadino aspira, al fine di soddisfare il proprio diritto a conoscere e a “partecipare” al sistema democratico.
4) Il Consiglio di Stato, nell’ambito del parere reso sul citato d.lgs. 97/2016, ha messo in evidenza che «*La trasparenza si pone, allora, non solo come forma di prevenzione dei fenomeni corruttivi, ma come strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, destinata sempre più ad assumere i contorni di una ‘casa di vetro’, nell’ambito di una visione più ampia dei diritti fondamentali sanciti dall’articolo 2 della Costituzione, che non può prescindere dalla partecipazione ai pubblici poteri. In sostanza, la trasparenza viene a configurarsi, ad un tempo, come un mezzo per porre in essere una azione amministrativa più efficace e conforme ai canoni costituzionali e come un obiettivo a cui tendere, direttamente legato al valore democratico della funzione amministrativa*» (Cons. Stato, parere n. 515/2016).
Il diritto di informarsi e di essere informati è alla base della formazione dell’opinione pubblica e di ogni sistema democratico: se si vuole effettivamente garantire la partecipazione pubblica del cittadino, non si può prescindere dalla conoscenza e dalla libertà di accedere alle informazioni pubbliche. La conoscenza dei documenti, dei dati e delle informazioni amministrative consente, in conclusione, la partecipazione alla vita di una comunità, la vicinanza tra governanti e governati, il consapevole processo di responsabilizzazione (*accountability*) della classe politica e dirigente del Paese.
5) Ancora, in via preliminare, va ricordato che la finalità perseguita dal legislatore, con riferimento alla trasparenza amministrativa, è quella di «*promuovere la partecipazione degli interessati all’attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche*» (cfr. art. 1, co. 1, d.lgs. 33/2013) e, più in particolare, con riguardo all’accesso generalizzo, quella di «*favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*» (art. 5, co. 2. d.lgs. 33/2013); le dette finalità rappresentano gli obiettivi che la legge vuole perseguire, essendo l’accesso civico generalizzato solo uno degli strumenti volti a realizzare un ordinamento democratico, a consentire la partecipazione dei cittadini alla vita politico-amministrativa, a comprendere le scelte effettuate dalle amministrazioni, a promuovere il libero formarsi dell’opinione pubblica. Naturalmente queste finalità non possono trasformarsi in “limiti”: l’Amministrazione non potrà negare un accesso generalizzato ritenendo che la conoscenza dei documenti (di interesse pubblico) richiesti non sia utile alle finalità della legge ovvero che l’ostensione richiesta “non risulti finalizzata al controllo diffuso”; così interpretando il dato normativo si corre, infatti, il rischio di introdurre limiti alla libertà di informazione non previsti espressamente dal legislatore.
Il controllo diffuso di cui parla la legge, infatti, non è da riferirsi alla singola domanda di accesso, ma è il risultato complessivo cui “aspira” la riforma sulla trasparenza la quale, ampliando la possibilità di conoscere l’attività amministrativa, favorisce forme diffuse di controllo sul perseguimento dei compiti istituzionali e una maggiore partecipazione dei cittadini ai processi democratici e al dibattito pubblico. Se i dati e i documenti richiesti sono inerenti a scelte amministrative, all’esercizio di funzioni istituzionali, all’organizzazione e alla spesa pubblica, questi potranno essere considerati di “interesse pubblico” e quindi conoscibili, a meno che non si rinvengano concomitanti interessi pubblici e privati prevalenti da salvaguardare.
In definitiva, l’accesso generalizzato deve essere riguardato come estrinsecazione di una libertà e di un bisogno di cittadinanza attiva, i cui relativi limiti sono fissati espressamente dalla legge ed essere di stretta interpretazione.
6) Dal punto di vista procedurale l’art. 5, co. 2 del decreto 33/2013 (che disciplina appunto l’accesso generalizzato) consente ai cittadini di accedere a dati e documenti (detenuti dalle Amministrazioni) “ulteriori” rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati individuati all’art. 5-*bis* del decreto.
La disciplina prevista per l’accesso civico generalizzato dispone che questo non sia sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente; l’istanza non deve essere motivata e il richiedente nella sua istanza deve esclusivamente limitarsi a indicare i dati, le informazioni o i documenti che si intendono conoscere.
La regola della generale accessibilità è temperata dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi pubblici e privati che possono subire un pregiudizio dalla rivelazione generalizzata di talune informazioni, ma che comunque non si trasformano in limiti *tout court* alla trasparenza amministrativa dovendo essere riguardati anche alla luce dell’interesse alla accessibilità delle informazioni, dei dati e dei documenti richiesti.
Il principio di proporzionalità che regola, infatti, la decisione dell’Amministrazione impone alla stessa di valutare tutti gli interessi coinvolti nell’azione amministrativa, compreso quello del richiedente, al fine di individuare la soluzione che comporti il minor sacrificio per tutti gli interessi in gioco (cfr. questa sezione n. 2486/2016).
7) La disciplina dell’accesso civico generalizzato, avendo l’istituto ambiti di applicazione molto estesi in quanto riferito ai dati, alle informazioni e ai documenti inerenti all’attività e all’organizzazione delle amministrazioni, non poteva non prevedere anche dei limiti, in ragione degli interessi pubblici e privati da salvaguardare; e ciò alla stregua di quanto si rinviene anche nell’ambito della disciplina sull’accesso ai documenti (art. 24, legge 241/1990) e nel decreto sulla trasparenza (d. lgs. 33/2013) in merito agli obblighi di pubblicazione (art. 7 *bis*, d.lgs. 33/2013).
L’art. 5-*bis* co. 1 stabilisce i limiti da applicare alle richieste di accesso civico generalizzato, prevedendo che esso deve essere rifiutato se il diniego è necessario per evitare un “pregiudizio concreto” alla tutela di uno dei seguenti interessi pubblici: la sicurezza pubblica e l’ordine pubblico, la sicurezza nazionale, la difesa e le questioni militari, le relazioni internazionali, la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato, la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento, il regolare svolgimento di attività ispettive.
Ancora, ai sensi dell’art. 5- *bis*, co. 2, l’accesso generalizzato deve essere negato per evitare un “pregiudizio concreto” alla tutela di uno dei seguenti interessi privati: la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia, la libertà e la segretezza della corrispondenza e gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.
Accanto a questi, comunemente indicati come limiti “relativi”, vi sono poi i limiti “assoluti” elencati all’art. 5-*bis*, co. 3 secondo cui “*Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990*”.
8) L’ACCESSO GENERALIZZATO IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI
Tanto premesso, la controversia all’esame del Collegio va esaminata avendo riguardo al quadro normativo e giurisprudenziale riferito all’accesso generalizzato in tema di contratti pubblici, che risulta tutt’altro che lineare. Negli ultimi due anni si sono, infatti, susseguite numerose e non uniformi pronunce del giudice amministrativo, basate ovviamente su diverse interpretazioni delle norme di riferimento, che in qualche modo hanno radicalizzato il “contrasto” che si registra in materia: da una parte, infatti, vi sono pronunce che affermano che anche nella materia dei contratti pubblici, escluse le limitazioni di cui al menzionato art. 5-*bis* del d. lgs. 33/2013, debba essere garantita la più ampia trasparenza (cfr. TAR Lombardia n. 45/2019, Cons. Stato 3780/2019); dall’altra, si colloca quella giurisprudenza che ritiene applicabile, in questo ambito, la sola regola della conoscenza “qualificata” disciplinata dalla legge 241/1990 e dalla normativa speciale di riferimento di cui all’art. 53 del d. lgs. 50/2016 (cfr. Tar Parma n. 197/2018, Tar Milano n. 630/2019, Cons. Stato 5503/2019).
9) La norma di cui al decreto trasparenza che ha dato luogo al contrasto giurisprudenziale è quella di cui all’art. 5-*bis*, co. 3 che prevede appunto i c.d. limiti assoluti a conoscere mediante accesso generalizzato. Questa norma, come innanzi ricordato, dispone che l’accesso generalizzato è escluso nei casi “…..*in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi ….*”.
La disciplina vigente, che nello specifico reca “*condizioni, modalità o limiti*” e che trova applicazione nel presente contenzioso, è quella speciale prevista dal Codice dei contratti pubblici, vale a dire l’art. 53 del d. lgs. 50/2016, rubricato appunto “Accesso agli atti e riservatezza” il quale dispone che:
“1. *Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. …...*
*2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:*
*a) …..;*
*b) …..;*
*c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;*
*d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.*
*3. Gli atti di cui al comma 2, fino alla scadenza dei termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.*
*4. …..*
*5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:*
*a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;*
*b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;*
*c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;*
*d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale”*.
10) Con riguardo all’interpretazione dell’art. 5-*bis* co. 3 del d. lgs. 33/2013, e cioè se attraverso questo richiamo il legislatore abbia voluto introdurre un limite assoluto a conoscere gli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, si sono registrati due diversi orientamenti culminati in due pronunce del Consiglio di Stato che si sono susseguite negli ultimi mesi.
11) Da una parte si registra un orientamento di maggiore “apertura” verso la conoscenza dei detti atti che si rinviene nella sentenza della III sez., n. 3780 del 5 giugno 2019, la quale, muovendo proprio dall’interpretazione dell’art. 5-*bis*, co. 3 chiarisce che ”*tale ultima prescrizione fa riferimento, nel limitare tale diritto, a “specifiche condizioni, modalità e limiti” non ad intere “materie”. Diversamente interpretando, significherebbe escludere l’intera materia relativa ai contratti pubblici da una disciplina, qual è quella dell’accesso civico generalizzato, che mira a garantire il rispetto di un principio fondamentale, il principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione. Entrambe le discipline, contenute nel d.lgs. 50/2016 e nel d.lgs. 33/2013, mirano all’attuazione dello stesso, identico principio e non si vedrebbe per quale ragione, la disciplina dell’accesso civico dovrebbe essere esclusa dalla disciplina dei contratti pubblici. D’altro canto, il richiamo contenuto nel primo comma, del citato art. 53 Codice dei contratti, alla disciplina del c.d. accesso “ordinario” di cui agli artt. 22 e ss. della l. 241/90 è spiegabile alla luce del fatto che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è anteriore al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 67 modificativo del d.lgs. 33/2013…… dal medesimo principio – ricavabile dalla testuale interpretazione dell’art. 5 bis co. 3 d.lgs. n. 33/2013 come novellato – discende la regola, ben chiara ad avviso del Collegio, per cui, ove non si ricada in una “materia” esplicitamente sottratta, possono esservi solo “casi” in cui il legislatore pone specifiche limitazioni, modalità o limiti.*
*Non ritiene il Collegio che il richiamo, ritenuto decisivo dal primo giudice, all’art. 53 del “Codice dei contratti” nella parte in cui esso rinvia alla disciplina degli artt. 22 e seguenti della l. 241/90, possa condurre alla generale esclusione dell’accesso civico della materia degli appalti pubblici….. Proprio con riferimento alle procedure di appalto, la possibilità di accesso civico, una volta che la gara sia conclusa e viene perciò meno la tutela della “par condicio” dei concorrenti, non risponde soltanto ai canoni generali di “controllo diffuso sul perseguimento dei compiti istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche*” *(art. 5 co. 2 cit. d.lgs. 33).*
*Vi è infatti, a rafforzare in materia l’ammissibilità dell’accesso civico, una esigenza specifica e più volte riaffermata nell’ordinamento statale ed europeo, e cioè il perseguimento di procedure di appalto trasparenti anche come strumento di prevenzione e contrasto della corruzione*….”.
12) Un diverso orientamento si rinviene nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 5503 del 2 agosto 2019, la quale - nel negare l’accesso generalizzato agli atti di gara - ha affermato che “*La previsione dell’art. 5-bis, comma 3 si distingue da quella dei comma 1 e 2,….perché è disposizione volta a fissare, non i limiti relativi all’accesso generalizzato consentito a “chiunque”, bensì le eccezioni assolute, a fronte delle quali la trasparenza recede. Anche la tecnica redazionale del comma si distingue da quella dei comma precedenti, poiché se è vero che l’art. 5-bis, comma 3, non sottrae al bilanciamento materie direttamente individuate dalla norma medesima (a differenza degli interessi, pubblici e privati, che sono individuati dal primo e dal secondo comma), resta che utilizza l’espressione generica di casi , che fanno eccezione assoluta, in modo da rinviare, per la loro individuazione, ad altre disposizioni di legge, direttamente o indirettamente, richiamate dallo stesso comma 3 (sicché l’ampiezza dell’eccezione dipende dalla portata della normativa cui l’art. 5-bis, comma 3, rinvia). In particolare, sono sottratti al bilanciamento ed esclusi senz’altro dall’accesso generalizzato: i casi di segreto di Stato ed i casi di divieti di accesso o di divulgazione previsti dalla legge, i casi elencati nell’art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (che, al suo interno, ricomprende intere materie), i casi in cui “l’accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti”…. la previsione in questione assume significato autonomo e decisivo se riferita alle discipline speciali vigenti in tema di accesso e, per quanto qui rileva, al primo inciso del primo comma dell’art. 53. Ne consegue che il richiamo testuale alla disciplina degli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990 n. 241 va inteso come rinvio alle condizioni, modalità e limiti fissati dalla normativa in tema di accesso documentale, che devono sussistere ed operare perché possa essere esercitato il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici*”.
Nella pronuncia da ultimo richiamata si fa poi riferimento alla circostanza che l’accesso generalizzato non sarebbe stato introdotto, nell’ambito del codice dei contratti pubblici, nemmeno in sede di correttivo di cui al d. lgs. 56/2017, come segno evidente della volontà del legislatore di non consentire l’accesso generalizzato in detta materia; inoltre, la sentenza considera che quelli della procedura di gara sono “*atti formati e depositati nell’ambito di procedimenti assoggettati, per intero, ad una disciplina speciale ed a sé stante. Questa disciplina attua specifiche direttive europee di settore che, tra l’altro, si preoccupano già di assicurare la trasparenza e la pubblicità negli affidamenti pubblici, nel rispetto di altri principi di rilevanza euro unitaria, in primo luogo il principio di concorrenza, oltre che di economicità, efficacia ed imparzialità.* …..”.
13) Alla luce dei richiamati orientamenti interpretativi, il Collegio ritiene di decidere il presente ricorso aderendo al primo dei due orientamenti riportati, anche in considerazione dell’orientamento già espresso dalla sezione in materia di accesso generalizzato.
14) LA CONTROVERSIA ALL’ATTENZIONE DELLA SEZIONE
Preliminarmente va richiamata l’istanza di accesso generalizzato inoltrata dalla ricorrente, la quale, nell’esercizio del diritto conferito a chiunque dall’art. 5 d. lgs. 33/2013 di controllare l’operato delle amministrazioni e verificare l’uso che le stesse fanno delle risorse pubbliche ha chiesto di accedere “*ai verbali e alle giustificazioni della procedura di selezione del contraente nel segmento in cui la stessa ha riguardato la verifica dell’offerta di OMISSIS e relativamente al riscontro della corretta indicazione dei soli obblighi tributari (Tosap e Tarsu). Tanto al solo fine di verificare se codesta PA abbia correttamente riscontrato l’adempimento degli obblighi tributari gravanti sul soggetto futuro gestore della concessione ed appurare che l’azione amministrativa dell’organo preposto all’aggiudicazione sia stata effettivamente imparziale ed improntata al canone di trasparenza*”.
Il Comune con l’atto impugnato ha ritenuto di negare detto accesso ritenendo che l’istanza di accesso generalizzato proposta dalla ricorrente non potesse trovare accoglimento trattandosi di una ipotesi di accesso assoggettato al rispetto di specifiche “condizioni, modalità o limiti”.
I documenti di cui all’istanza di accesso non sarebbero stati ostesi perché l’istanza rientrerebbe in una ipotesi di esclusione assoluta di cui all’art. 5-*bis*, co. 3 del decreto trasparenza.
L’Ente, quindi, in applicazione dell’art. 53 co. 1 del codice dei contratti, ha richiesto all’istante la sussistenza del requisito della legittimazione a conoscere a norma della legge 241/1990, non risultando sufficiente il suo interesse finalizzato solo a controllare che la OMISSIS in futuro paghi i tributi e quindi verificare l’inclusione degli stessi nell’offerta economica proposta.
L’Ente ha, conseguentemente, nella memoria di costituzione:
- - eccepito, in primo luogo, la carenza di interesse al ricorso della ricorrente in quanto mancherebbe l'interesse ad agire, ovvero la concreta possibilità di conseguire un bene della vita, non avendo partecipato alla gara;
- - chiarito che il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici (nel cui ambito rientra l’istanza della ricorrente) è sottratto all’accesso generalizzato, in quanto resta disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241 e dall’art. 53, co. 1 del codice dei contratti pubblici.
- - evidenziato che l’istanza della ricorrente non poteva comunque trovare accoglimento in quanto impattante con una ipotesi di esclusione dall’accesso generalizzato disciplinata dall’art. 5-*bis* comma 2 lett. c) del d.lgs. n. 33/2013, trattandosi di istanza lesiva di “interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica,…..”.
15) Alla luce del quadro normativo, giurisprudenziale e fattuale esposto il Collegio ritiene che il ricorso vada accolto.
16) Preliminarmente, per quanto riguarda la legittimazione e l’interesse a ricorrere della ricorrente, contestato dal Comune e che nella presente fattispecie sussiste pienamente, va richiamato quanto già chiarito dalla sezione con la sentenza n. 4418/2019 relativamente alla legittimazione processuale del *quisque de populo*.
Va considerato, infatti, che se l’Amministrazione rigetta l’istanza di accesso generalizzato, il soggetto che l’ha proposta, può rivolgersi al giudice amministrativo azionando il rito speciale previsto dal codice del processo amministrativo di cui all’art. 116. Il soggetto istante, in quanto legittimato procedimentale in base alla legge (quale intestatario dell’istanza), è certamente anche legittimato processuale nell’eventuale giudizio che dovesse intentare in caso di istanza rigettata poiché è la norma stessa che gli riconosce tale posizione, mentre non potranno adire il giudice i soggetti che non risultano firmatari dell’istanza di accesso. Se è vero che il legislatore ha caratterizzato l’istituto dell’accesso civico per la più ampia facoltà di esercizio del diritto, la medesima logica ampliativa, infatti, non può essere applicata alle regole che governano la legittimazione ad agire in giudizio, tale da non richiedere alcuna posizione legittimante differenziata anche per il processo, posizione che, come detto, può riconoscersi solo in capo al soggetto che ha proposto l’istanza e l’ha vista rigettata. Il giudice amministrativo ha già, infatti, chiarito sul punto che la tutela giurisdizionale del diritto di accesso c.d. civico non configura un’azione popolare, per cui la legittimazione a ricorrere non spetta al *quisque de populo*, ma solo a colui che ha avanzato la richiesta di accesso, rimasta priva di riscontro (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I n. 9076/2017).
17) E’ pacifico, quindi, che se il cittadino propone una istanza di accesso civico e questa è rigettata o non riceve alcun riscontro, costui potrà ottenere tutela davanti al giudice amministrativo. Se in esito ai documenti avuti, invece, dovesse riscontrare una qualche illegittimità nell’esercizio dell’attività amministrativa certamente non potrà adire il giudice amministrativo per il solo ripristino della legalità dell’azione amministrativa, difettando la legittimazione e l’interesse a ricorrere.
18) La disciplina dell’accesso civico con la previsione della legittimazione del “chiunque” a conoscere, non può estendersi, infatti, fino al punto di consentire, nel silenzio della norma, di attivare una sorta di azione popolare “correttiva” in esito all’accesso ottenuto, per cui, ai fini della eventuale impugnativa degli atti adottati dall’Amministrazione e conosciuti in sede di accesso generalizzato la ricorrente potrà agire in giudizio secondo le ordinarie regole processuali e far valere in quella sede la sua legittimazione a ricorrere.
19) Per quanto riguardo il merito della controversia, va, in primo luogo, considerato che alla luce di quanto detto in via introduttiva, la disciplina in tema di accesso ai documenti soggiace a finalità e presupposti diversi da quelli in tema di trasparenza e di accesso generalizzato: il primo è strumentale alla tutela degli interessi individuali di un soggetto che si trova in una posizione differenziata rispetto agli altri cittadini, in ragione della quale ha il diritto di conoscere e di avere copia di un determinato documento amministrativo; il secondo è, invece, azionabile da chiunque, senza la previa dimostrazione della sussistenza di un interesse attuale e concreto, per la tutela di situazioni rilevanti, senza dover motivare la richiesta e con la sola finalità di consentire una pubblicità diffusa e integrale dei dati, dei documenti e delle informazioni che sono considerati come pubblici e, quindi, conoscibili.
20) L’art. 5, co. 2 del decreto 33/2013 consente ai cittadini di accedere a dati e documenti (detenuti dalle amministrazioni) “ulteriori” rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi pubblici e privati individuati all’art. 5-*bis* del decreto, conoscenza che deve portare a favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.
21) L’accesso generalizzato è, quindi, strumentale a consentire la partecipazione dei cittadini al dibattito pubblico e finalizzato ad assicurare un diritto a conoscere in piena libertà anche dati “ulteriori” e cioè diversi da quelli pubblicati, naturalmente senza travalicare i limiti previsti dal legislatore e posti a tutela di eventuali interessi pubblici o privati che potrebbero confliggere con la volontà di conoscere espressa dal cittadino.
22) Per facilitare il raggiungimento di tale obiettivo la disciplina prevista per l’accesso civico generalizzato dispone che questo non sia sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente; l’istanza, inoltre, non deve essere motivata, ma deve esclusivamente limitarsi a indicare i dati, le informazioni o i documenti che si intendono conoscere (cfr. questa sezione sentenza n. 2486/2019).
23) Come è evidente, le due discipline sono profondamente diverse non solo nelle finalità, ma anche nei presupposti, ciò comportando che anche l’esito delle rispettive istanze possa essere fisiologicamente diverso soprattutto con riguardo a quanto “profonda e penetrante” potrà essere la conoscenza degli atti che ne deriva.
24) L’accesso documentale si fonda su una prospettazione soggettiva ponendo al centro della disciplina il richiedente con la sua legittimazione, il suo interesse, la sua motivazione, che gli consente un’ampia conoscenza della documentazione amministrativa richiesta fino a giungere a conoscere addirittura i dati riguardanti la salute delle persone (o una offerta tecnica segreta), cioè i dati in assoluto più riservati e protetti (non ostensibili in sede di accesso generalizzato) quando ne sussistono i presupposti (art. 24, co. 7della legge 241/1990, art. 60 del d. lgs. 196/2003, art. 53, co. 6 del d. lgs. 50/2016); in materia di appalti pubblici, la prospettazione soggettiva implica che il partecipante potrà conoscere tutti i documenti di gara, comprese le offerte degli altri concorrenti se ciò gli è utile per tutelare i propri interessi giuridici.
25) L’accesso generalizzato, invece, si fonda su una prospettazione “oggettiva” in quanto la disciplina non richiede all’istante di dimostrare alcuna legittimazione o interesse a conoscere ovvero motivare la sua richiesta. Centrale, nell’ambito dell’accesso generalizzato, diventa allora la considerazione di che cosa si vuole conoscere e di che cosa, di conseguenza, si può conoscere alla luce del dato normativo: se per i documenti richiesti, rappresentanti scelte amministrative o documentazione di interesse pubblico, non sono previste limitazioni necessitate dalla tutela di interessi pubblici o privati concomitanti, questi saranno ostensibili in quanto in sé idonei ad assicurare la trasparenza amministrativa. All’esito di una istanza di accesso generalizzato, il cittadino può ottenere la documentazione, i dati e le informazioni che gli fanno comprendere la scelta amministrativa effettuata e che rappresentano la decisione dell’Amministrazione, con la conseguenza che in linea di massima con l’accesso generalizzato si potrà avere una documentazione che consente una conoscenza meno “profonda” rispetto all’accesso documentale, ma più estesa a tutta l’attività amministrativa e alle decisioni sulla spesa pubblica.
26) Avendo a riferimento la materia dei contratti pubblici, il Collegio è dell’avviso che non tutta la “materia” deve essere sottratta alla “conoscenza diffusa” di cui al d. lgs. 33/2013 e ciò per una considerazione di ordine sistematico e teleologico: se la materia degli appalti pubblici è una di quelle dove è più elevato il rischio corruzione (ricompresa tra le aree più a rischio di cui all’art. 1, co. 16 della legge n. 190/2012) e sulla quale, in misura maggiore, si è appuntata l’attenzione della disciplina anticorruzione (anche nell’ambito dei vari piani nazionali anticorruzione) e dell’Autorità Nazionale Anticorruzione, sarebbe incomprensibile o, quanto meno, irragionevole che il legislatore abbia voluto sottrarre alla disciplina sulla trasparenza, e quindi all’accesso del *quisque de populo*, proprio la materia degli appalti.
27) Il Collegio condivide, quindi, le argomentazioni del giudice di appello secondo cui a rafforzare in materia l’ammissibilità dell’accesso civico, vi sarebbe “*una esigenza specifica e più volte riaffermata nell’ordinamento statale ed europeo, e cioè il perseguimento di procedure di appalto trasparenti anche come strumento di prevenzione e contrasto della corruzione*….”(cfr. Cons. Stato n. 3780/2019).
Inoltre, proprio con riferimento alle procedure di appalti, la possibilità di accesso civico, una volta che la gara sia conclusa e venuta, perciò, meno l’esigenza di tutelare la “*par condicio*” dei concorrenti, risponde proprio ai canoni generali di “*controllo diffuso sul perseguimento dei compiti istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche*” di cui all’art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013 (Cfr. Cons. Stato 3780/2019).
28) Non può non considerarsi, poi, che una volta che la gara è conclusa (e non si ravvisino ragioni di riservatezza in ragione del tipo di appalto o con riguardo ad alcune parti dell’offerta tecnica), l’offerta dell’aggiudicataria, benché proveniente dal privato, rappresenta la “scelta” operata dall’amministrazione e l’accesso generalizzato costituisce lo strumento da assicurare in generale ai cittadini per conoscere e apprezzare appieno la “bontà” della scelta effettuata, inclusi naturalmente e *a fortiori*, i partecipanti alla gara (allorquando non possono più vantare un interesse “qualificato”) e i soggetti latamente interessati alla gara, che avranno le cognizioni e le competenze per effettuare un vero “controllo” esterno e generalizzato sulle scelte effettuate dall’amministrazione. L’offerta selezionata diventa, quindi, la “decisione amministrativa” controllabile da parte dei cittadini.
29) Il “chiunque” potrà, come è evidente, conoscere l’offerta selezionata (premiata con l’aggiudicazione) e l’Amministrazione valuterà se parte di essa debba essere tenuta riservata rinvenendo la concomitante presenza di interessi pubblici o privati da tutelare (da un pregiudizio concreto) in vista dall’ostensione “diffusa”, secondo la previsione dell’art. 5-*bis*, del d. lgs. 33/2013.
30) Ciò che si applica all’accesso civico generalizzato, con il rinvio operato proprio dal comma 3 di questo ultimo articolo, sono, quindi, le puntuali limitazioni di cui all’art. 53 poste a tutela della gara stessa e dei partecipanti (che rappresentano i limiti assoluti).
Una volta, però, che la gara si è conclusa, l’offerta dell’aggiudicataria potrà essere oggetto di accesso civico generalizzato perché essa rappresenta la “scelta” dell’amministrazione, diventando quell’offerta di interesse generale e appuntandosi su di essa la finalità della disciplina sulla trasparenza.
31) Nella controversia qui rappresentata, ciò che la ricorrente vuole conoscere in concreto è l’offerta economica dell’aggiudicataria e in particolare se è stata in essa ricompreso e considerato il pagamento dei tributi locali. Avuto, quindi, riguardo al contenuto dell’istanza, essa rientra pienamente nell’ambito di applicazione della disciplina sull’accesso generalizzato, atteso che questo è proprio finalizzato a favorire forme diffuse di controllo sull’utilizzo delle risorse pubbliche.
32) Considerata la documentazione richiesta, non si comprende nemmeno come essa possa rientrare nelle limitazioni di cui all’art. 5-*bis* comma 2, e in particolare in quelle di cui alla lettera c) riferite alla necessità di tutelare “*interessi economici, commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresa la proprietà intellettuale, il diritto d’autore e i segreti commerciali*”. Nessuno di questi interessi della società aggiudicataria risulta compromesso con l’istanza di accesso mentre, al contrario, l’acquisizione della documentazione richiesta potrebbe far emergere l’affidabilità economica della stessa per le casse pubbliche.
33) Va, infatti, ricordato che il test del pregiudizio concreto, da applicare per delimitare la conoscenza generalizzata di cui all’art. 5-*bis* co. 2 del decreto trasparenza, impone che il pregiudizio non deve essere solo affermato ma anche dimostrato. Il test del pregiudizio concreto impone che il nesso di causalità che lega questo alla divulgazione deve superare la soglia del “meramente ipotetico” per emergere quale “probabile”, sebbene futuro; così l’Amministrazione, nel rigettare una richiesta di ostensione, deve dimostrare che la stessa pregiudicherebbe l’interesse da tutelare ovvero che ciò sarebbe “molto probabile”. La stessa Autorità Nazionale Anticorruzione ha chiarito sul punto che l’Amministrazione deve valutare che il pregiudizio conseguente alla *disclosure* sia un evento altamente probabile e non solo possibile (cfr. Delibera Anac n. 1309/2016).
34) Come chiarito dalla ricorrente, il *thema decidendum* attiene alla sola parte del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta dell’aggiudicataria relativa all’adempimento di obblighi tributari; dare in ostensione la documentazione richiesta consente, anche, all’Amministrazione di ripristinare la “verità dei fatti” e di recuperare quel danno all’immagine e quel calo di fiducia dei cittadini e di credibilità che l’eventuale notizia del “cattivo operato” potrebbe arrecare.
35) Alla luce delle esposte considerazioni il ricorso va accolto e pertanto ordinato alla resistente Amministrazione di consentire il richiesto accesso nel termine di 30 giorni.
Le spese di lite, in ragione della peculiarità della controversia e del contrasto giurisprudenziale esistente, possono essere compensate fra tutte le parti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi di cui in motivazione e per l'effetto, condanna il Comune resistente a consentire alla ricorrente, nel termine di trenta giorni dalla notificazione della sentenza, l'accesso e l'estrazione di copia dei documenti richiesti, previo rimborso del costo di riproduzione e dei diritti di ricerca e visura.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:
Paolo Passoni, Presidente
Davide Soricelli, Consigliere
Anna Corrado, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 27/12/2019
**N. 08851/2019REG.PROV.COLL.**
**N. 04695/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**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 4695 del 2019, proposto da
OMISSIS S.p.A. - Società Unipersonale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avvocati Andrea Manzi e Jacopo Emilio Paolo Recla, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;
**contro**
Azienda Unità Sanitaria Locale di OMISSIS non costituita in giudizio;
**nei confronti**
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Antonio Lirosi e Ferdinando Pinto, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Cappelli & Partners Studio Gianni Origoni Grippo in Roma, via delle Quattro Fontane 20;
**per la riforma**
della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, Sezione staccata di OMISSIS (Sezione Prima) n. 111/2019, resa tra le parti, non notificata e pubblicata il giorno 8 aprile 2019, con la quale era accolto – in parte – con riferimento alla pretesa impugnatoria, il ricorso proposto per l’annullamento:
- della delibera del Direttore Generale dell'ASL OMISSIS n. 177 dell'11 febbraio 2019, comunicata alla ricorrente il 14 febbraio 2019, con cui è stata aggiudicata alla ditta OMISSIS S.p.A., la procedura aperta per la “fornitura in service di sistemi diagnostici per esami di chimica clinica e proteine specifiche per il Laboratorio di analisi dell'ASL di OMISSIS – Lotto 2”;
- di tutti i verbali della commissione giudicatrice, nella parte in cui hanno disposto l'illegittima ammissione, valutazione e aggiudicazione all'offerta della OMISSIS S.p.A. e della relazione del RUP di proposta di aggiudicazione a OMISSIS;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente.
nonché per il risarcimento del danno in via principale in forma specifica mediante subentro nell'aggiudicazione e nel contratto; in via meramente subordinata per equivalente;
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di OMISSIS S.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2019 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Andrea Manzi, Jacopo Emilio Paolo Recla, Antonio Lirosi e Ferdinando Pinto;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con ricorso n.r.g. 90/2019 avanti al Tar Abruzzo, sede di OMISSIS, la ditta OMISSIS S.r.l. (di seguito, “OMISSIS”) impugnava il provvedimento di aggiudicazione, in favore della ditta OMISSIS S.p.a. – Società Unipersonale (di seguito, “OMISSIS”), della gara indetta dall’Azienda Sanitaria Locale di OMISSIS (di seguito, “ASL OMISSIS”) per la fornitura triennale, in service, di sistemi diagnostici per esami di Chimica Clinica e Immunometria per i PP.OO. di OMISSIS, Penne e Popoli - Lotto n. 2, con un valore a base di gara per il triennio pari ad Euro 3.688.965,00, nonché i verbali della Commissione giudicatrice, nella parte in cui gli stessi hanno disposto l’ammissione dell’offerta tecnica di OMISSIS, censurando l’illegittimità dell’ammissione dell’offerta tecnica di OMISSIS in quanto quest’ultima sarebbe carente del seguente requisito minimo capitolare: “gli analizzatori o i sistemi analitici proposti devono assicurare la dispensazione diretta dei reagenti e dei campioni tramite puntali o aghi forniti di sensori di livello, di sistemi di allarme in grado di segnalare errori di aspirazione, presenza di coaguli e bolle di aria”.
Con la sentenza appellata, resa in forma semplificata, era accolto il ricorso con riferimento alla mancata valutazione della rilevanza escludente del requisito minimo del controllo della presenza di schiuma e di rilevazione delle anomalie per gli aghi a campione nella valutazione globale dell’offerta, sicché era disposta la rinnovazione della valutazione da parte di una Commissione in diversa composizione.
Successivamente, con delibera n. 587 del 13 maggio 2019, era aggiudicata la fornitura all’originaria ricorrente, avendo la nuova Commissione determinato la portata escludente della carenza del predetto requisito.
Propone appello in questa sede la OMISSIS, deducendo i seguenti motivi:
1 – error in iudicando per violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, del principio del favor partecipationis, nonché l’eccesso di potere per carenza di istruttoria ed illogicità e travisamento dei fatti, poiché il primo giudice avrebbe fatto discendere la sua decisione dalla mancata previsione nel Manuale del dispositivo di rilevamento per le bolle d’aria anche per gli aghi campione; infatti OMISSIS avrebbe dimostrato che sia gli aghi campione sia gli aghi reagenti avrebbero un sensore di rilevamento (nella documentazione tecnica del modulo c702 del Cobas 8000 sarebbe espressamente indicato che il medesimo sensore LLD è installato su entrambi gli aghi; di contro il Manuale costituirebbe un documento standard non modificato per ogni singola gara);
2 – error in iudicando per violazione e falsa applicazione della lex di gara, del principio di favor partecipationis, per eccesso di poter nelle delineate figure sintomatiche, come si evincerebbe dalla dichiarazione di Hitachi, ovvero la ditta produttrice, quanto alla dotazione di un allarme denominato “Sampl.S”; peraltro anche lo strumento offerto da Abbot sarebbe privo di un allarme specifico;
3 – error in iudicando per i medesimi profili con riferimento alla dichiarazione, già presente in gara della medesima strumentazione su entrambi gli aghi;
4 – error in iudicando per i medesimi profili, anche con riguardo alla previsione nella legge di gara di un sistema che nel suo complesso fosse in grado di effettuare la rilevazione delle bolle d’aria;
5 – error in iudicando per violazione dell’art. 77, d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto sarebbe stata disposta la rinnovazione del procedimento ad opera di una Commissione in composizione diversa da quella che ha operato le precedenti valutazioni;
6 – error in iudicando per violazione dell’art. 30, d.lgs. n. 50 del 2016, violazione del principio di efficacia e favor partecipationis, nonché eccesso di potere per illogicità in quanto la sentenza avrebbe limitato la rinnovazione della valutazione alla portata escludente del requisito e non al possesso del requisito da parte della strumentazione di OMISSIS.
Si è costituita Abbot per resistere.
Con memoria per l’udienza camerale, Abbot eccepiva l’inammissibilità dell’appello a seguito del ri-esercizio del potere, avendo la ASL OMISSIS proceduto alla esclusione di OMISSIS ed all’aggiudicazione ad Abbot. Ribadiva la correttezza – nel merito – della soluzione adottata dal primo giudice ed eccepiva l’inammissibilità dei documenti depositati da OMISSIS solo in appello per violazione dell’art. 104 co. 2 c.p.a..
Inoltre, Abbot precisava che non era contestata la presenza di un sensore LLD, quanto il fatto che esso assolvesse al rilevamento delle bolle d’aria. A pg. 81 del Manuale Cobas 8000 prodotto da OMISSIS emergerebbe che “i pipettatori dei reagenti dispongono di un sensore di livello liquidi e di un sensore di coagulo, mentre non della rilevazione di bolle o schiuma”, che eseguono il rilevamento del livello dei liquidi e un controllo della presenza di schiuma per ogni cassetta reagenti (pag. 272) a differenza di quanto previsto per gli aghi a campione (pg. 81), che dispongono di un sensore di livello liquidi e di un sensore coagulo. Dunque, l’assenza del rilevatore di bolle d’aria nell’ago campione emergerebbe anche dalla documentazione prodotta in gara.
Inammissibile sarebbe il secondo motivo di appello, con il quale l’appellante tenterebbe di introdurre in sede di appello una dichiarazione postuma del produttore; peraltro, la valutazione nel senso dell’accertamento dell’insussistenza del requisito sullo strumento c702 ormai sarebbe avvenuta ad opera della Commissione. Comunque, OMISSIS avrebbe offerto in gara unicamente l’analizzatore c702 e non tutto il sistema analitico Cobas 8000. Ancora, quanto all’allarme Sample.S esso si attiverebbe in caso di assenza del campione e non per il caso di bolle d’aria.
Inammissibile sarebbe l’affermazione in ordine alla carenza dello strumento offerto da Abbot, che l’appellante avrebbe dovuto sollevare con ricorso incidentale.
Inammissibili sarebbero anche i motivi di appello 3 al 4 con i quali OMISSIS tenterebbe di sostenere la presenza del sensore, oltre che infondati per le medesime ragioni sopra specificate.
Inammissibile ed infondato il quinto motivo di appello in quanto il TAR OMISSIS avrebbe fatto applicazione del principio d imparzialità affermato nella sentenza n. 125 del 2018 e confermata in appello con la sentenza n. 6439 del 2018.
Ancora inammissibile ed infondato sarebbe il sesto motivo avendo proceduto la Commissione ad accertare la carenza in capo ad Abbot del requisito.
Con ordinanza cautelare n. 3282 del 2019 era respinta l’istanza di sospensione dell’esecutorietà della sentenza di prime cure.
Con memoria per l’udienza di discussione la OMISSIS contesta l’eccepita inammissibilità dell’appello, sostenendo che la determina della nuova Commissione sarebbe meramente esecutiva della sentenza appellata. Ribadisce ancora i motivi di appello e l’idoneità della documentazione prodotta a smentire l’assunto del primo giudice.
Anche Abbot ha ribadito le proprie difese.
A seguito delle repliche, la causa è stata trattenuta in decisione all’udienza del 7 novembre 2019.

**DIRITTO**

I – L’appello è infondato in parte.
II – In primo luogo deve essere respinta l’eccezione di inammissibilità svolta dall’Abbot in questa sede, in quanto dagli atti emerge che la determinazione della nuova Commissione, di esclusione della OMISSIS dalla competizione per carenza di un requisito escludente, si pone in diretta esecuzione della sentenza appellata.
In vero, si può - per ordine logico – sin d’ora evidenziare che la carenza del requisito non è stata demandata alla valutazione della Commissione, in quanto risulta accertata dalla sentenza di primo grado.
Si può, dunque, concludere – sin d’ora - per l’infondatezza del sesto motivo di gravame. L’oggetto del presente giudizio è proprio quello di accertare se sia corretta – alla luce degli atti di causa – la conclusione del primo giudice in ordine alla carenza del requisito, di cui si verte, in capo alla OMISSIS.
Alla Commissione – in nuova composizione – necessariamente non poteva che essere demandato l’accertamento in ordine alla portata escludente o meno del predetto requisito e le determinazioni conseguenti.
Ne discende il permanere dell’interesse della odierna appellante con riferimento al presente giudizio, in quanto in caso di esito favorevole dell’appello sarebbe travolta tanto la decisione del primo giudice nella parte in cui ha ritenuto la mancanza del requisito predetto quanto l’ulteriore attività di esecuzione della decisione da parte della nuova Commissione (e per l’effetto, l’aggiudicazione a favore di Abbot).
III – Circa la portata escludente del requisito l’appellante non formula in questa sede alcuna ulteriore argomentazione, che – in effetti – questa sì – costituendo nuova valutazione da parte dell’Amministrazione – deve costituire oggetto di autonomo giudizio.
IV – Vale sin d’ora ulteriormente precisare, per delimitare il perimetro del presente giudizio, che deve rimanere estraneo allo stesso ogni indagine circa la consistenza dell’offerta di Abbot, non essendo state elevate censure in primo grado tramite lo strumento eventualmente adeguato del ricorso incidentale.
IV – Addivenendo all’esame del merito, può evidenziarsi che i motivi dal primo al quarto sono tutti tesi a dimostrare la sussistenza del requisito in capo a OMISSIS.
Quanto all’ulteriore produzione, ritiene il Collegio che debbano essere respinte le eccezioni di inammissibilità elevate da parte appellata, ribadendo i principi affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio, secondo cui “nel processo amministrativo, ai sensi dell’art. 64, c. 1, c.p.a., vige il principio dell’onere della prova sancito dall’art. 2697 c.c., di talché il Giudice amministrativo può esercitare i suoi poteri istruttori, tra l’altro, in caso di ravvisata incompletezza dell’istruttoria (ed eventualmente anche in grado di appello), fermo restando che nessun accertamento può essere disposto a suffragio di una tesi difensiva ove la parte interessata non abbia fornito al riguardo quanto meno un principio di prova. Pertanto è compito del Giudice di prime cure (le cui eventuali omissioni in tal senso non possono che essere surrogate dal Collegio di appello) di governare, attraverso l’uso accorto del potere acquisitivo di cui al c. 3 dell’art. 64 c.p.a. e, se del caso, mediante approssimazioni successive, l’istruttoria processuale, al fine di ottenere ulteriori elementi utili al giudizio” (Consiglio di Stato, sezione terza, 13 settembre 2013, n.4546).
Ritiene, dunque, il Collegio di potere acquisire la documentazione prodotta anche in grado d’appello al fine di poter valutare – in un completo quadro istruttorio – la sussistenza o meno del requisito.
Si è già evidenziato in sede cautelare che nelle osservazioni del 18 settembre 2018, la Società rispondeva: “gli aghi reagenti eseguono un rilevamento livello liquidi e un controllo della presenza di schiuma tramite un sensore di tipo capacitivo (LLD - liquid Level Detection/Sensore Livello Liquidi) oltre alle rilevazione di altre anomalie nell'aspirazione. In grado di evitare la refertazione di risultati errati (manuale operatore c8000 v5.2 pag. 272 paragrafo Registrazione dei reagenti); come da manuale operatore 08000 v5,2 (pag. 81 paragrafo Pipettatori di Campioni e pag. 83 paragrafo Pipettatarl dei Reagenti) ago campione e gli aghi reagenti sono equipaggiati con gli stessi dispositivi dl rilevamento”; tuttavia, nel manuale operativo di cui ai documenti prodotti in primo grado si faceva riferimento unicamente agli aghi reagenti, quanto alla rilevazione della schiuma.
Dalla dichiarazione del produttore (all. D), si evince, poi, che l’allarme “Samp. S” è causato, tra l’altro, “to air buble/foam”. Ne discende che una delle possibili cause di allarme è ravvisabile in tale fattore, ma tale evidenza non è sufficiente a determinare che il meccanismo offerto in gara sia un rilevato idoneo di tale anomalia.
Ferma la necessità, sulla base della lex specialis, del rilevatore per entrambi gli aghi, mon emerge comunque che gli aghi campione – quelli offerti in gara - siano abilitati ‘precipuamente’ al rilievo delle bolle e della schiuma attraverso il sensore LLD. La tesi secondo cui lo strumento c702 relativamente all’ago campione rileverebbe la schiuma o le bolle sarebbe, invece, in contraddizione con quanto affermato circa la presenza in entrambi gli aghi dell’equipaggiamento LLD.
V – Il quinto motivo di appello, invece, è fondato. Infatti, recita il comma 11 dell’art. 77. Codice dei contratti pubblici: “In caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell’aggiudicazione o di annullamento dell’esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l’annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione”. La lettura della norma evidenzia che una diversa composizione è ammessa solo nell’ipotesi in cui il vizio rilevato abbia riguardato la composizione della Commissione medesima.
E’ quanto non ricorre nel caso in esame atteso che non solo non è stato dedotto uno specifico vizio riguardante la composizione della Commissione, ma non è stata neanche più in senso lato messa in discussione la compromissione del principio di oggettiva imparzialità da parte della stessa.
Consegue che non può essere invocata l’interpretazione ‘estensiva’ che del citato comma 11 dell’art. 77. Codice dei contratti pubblici è stata data da Cons. St., sez. III, n. 6439 del 2018, laddove ha riconosciuto la legittimità dell’affidamento del rinnovo a Commissione differente pure in assenza di dedotti vizi riguardanti la relativa composizione, ma valorizzando, tuttavia, l’esigenza di assicurare il rispetto del principio di imparzialità, in qualche modo messo in quella vicenda in discussione.
L’appello, pertanto, deve essere accolto solo in parte, con riferimento alla parte della sentenza di prime cure che demanda ad una Commissione in diversa composizione la sola valutazione relativa alla portata escludente della carenza del requisito oggetto di giudizio.
VI – In considerazione della complessità della fattispecie e della parziale soccombenza, sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio tra le parti.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti indicati in motivazione e riforma la sentenza di prime cure unicamente con riferimento al punto in cui demanda ad una Commissione in diversa composizione la valutazione sopra specificata.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:
Roberto Garofoli, Presidente
Giulio Veltri, Consigliere
Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere
Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore
Giovanni Tulumello, Consigliere

N. 02881/2019 REG.PROV.COLL.

N. 02234/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2234 del 2019, proposto da
OMISSIS S.r.l. e OMISSIS S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Guido Ajello, Claudio Costantino e Giovanni Stefanin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di OMISSIS, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall’avvocato Adriana Masaracchia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Musca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l’annullamento

- della determinazione Dirigenziale dell’Area Tecnica della Rigenerazione urbana e delle OO.PP. – Settore OO.PP. – Servizio Infrastrutture e Servizi a rete del Comune recante prot. n. 11255 del 3 ottobre 2019, comunicata a OMISSIS a mezzo PEC con nota prot. n. 1426944 dell’11 ottobre 2019, avente ad oggetto: - l’annullamento in autotutela della Determinazione Dirigenziale dell’Area Tecnica della Rigenerazione urbana e delle OO.PP. e dell’Attuazione delle Politiche della Coesione - Ufficio Infrastrutture e Servizi a rete - del 20 novembre 2018, n. 98, con cui l’Amministrazione, aggiudicando l’Appalto in favore di OMISSIS, ha approvato il verbale n. 22 del 4 settembre 2018, relativo alla gara a procedura aperta per la conclusione di un “Accordo Quadro per i “Lavori di manutenzione straordinaria del canale di Maltempo Boccadifalco” – CIG: 69175227BC – CUP: D79H1100066000” e - la contestuale aggiudicazione della Gara in favore di Demetra, seconda classificata in graduatoria; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale allo stato anche non conosciuto, ivi incluso – ove occorra – l’eventuale parere rilasciato dall’Avvocatura Comunale di OMISSIS, come indicato dal Comune con nota prot. n. 536482 del 28/03/2019;

e per l’annullamento e/o la declaratoria di inefficacia

- dell’accordo quadro eventualmente stipulato tra il Comune e Demetra, nella cui esecuzione i ricorrenti manifestano sin d’ora la volontà di subentrare;

e per la condanna

al risarcimento dei danni subiti e subendi da OMISSIS e OMISSIS a causa dell’illegittimità del provvedimento impugnato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di OMISSIS e della OMISSIS S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2019 il dott. Calogero Commandatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

A. ‒ Con ricorso regolarmente notificato e depositato, le odierne ricorrenti hanno esposto:

- che la OMISSIS S.r.l. era risultata aggiudicataria dell’appalto di lavori indetto dal Comune intimato manutenzione straordinaria del canale di Maltempo Boccadifalco soddisfacendo, tramite la previa stipulazione di un apposito contratto di avvalimento dell’11 giugno 2018 con il Consorzio Stabile La Marca, l’unico requisito di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa stabilito all’articolo 13.1.1 del Disciplinare di Gara, ovvero il possesso di apposita “attestazione, rilasciata da società organismo di attestazione (SOA) regolarmente autorizzata, in corso di validità, che documenti, ai sensi degli artt. 83 e 84 del Codice e 61 del Regolamento, la qualificazione in categoria e classifica adeguata ai lavori da assumere” – relativa alla categoria “OG8 CL.II” (“Opere fluviali, di difesa, di sistemazione idraulica e di bonifica), come richiesto dall’articolo 17, Capitolato Speciale d’Appalto;

- che la OMISSIS S.r.l., in data 16 gennaio 2019, ossia successivamente all’aggiudicazione, aveva stipulato con OMISSIS S.r.l. apposito atto di cessione del complesso aziendale “sito in Messina via Nicola Scotto n. 13, avente ad oggetto il ramo di attività edili su edifici civili ed industriali, opere riguardanti strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, metropolitane, acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione, opere riguardanti verde ed arredo urbano, opere fluviali di sistemazione idraulica, impianti tecnologici e impianti elettrici, riconducibile alle categorie di lavoro già possedute ed identificate con OG1, OG3, OG6, OS24 come si evince dall’attestazione SOA (…) nonché tutti gli altri requisiti maturati ed idonei all’acquisizione di nuove categorie di lavoro non rientranti nell’attestato SOA vigente, con l’esclusione del ramo di azienda inerente i lavori di restauro sottoposti a tutela ed identificati con la categoria OG2”;

- che nel menzionato atto di cessione del ramo di azienda le parti avevano convenuto il subentro della OMISSIS S.r.l. nei “lavori già contrattualizzati o aggiudicati e appresso indicati (…) quali: (…) e) appalto Comune di OMISSIS per lavori di manutenzione straordinaria del canale di maltempo Boccadifalco CIG: 69175227BC”;

- che tale atto di cessione, ufficialmente registrato al n. di rep. 16041, racc. n. 4718, era stato trasmesso in data 25 gennaio 2019 alla Stazione Appaltante la quale, ritenendo vietata tale cessione, con il provvedimento impugnato, ha annullato in autotutela la Determinazione Dirigenziale del 20 novembre 2018, n. 98 di aggiudicazione della Gara in favore di OMISSIS, procedendo contestualmente ad aggiudicare l’appalto alla seconda classificata in graduatoria;

Tanto premesso, la parte ricorrente ha gravato il provvedimento in oggetto prospettandone l’illegittimità per i seguenti motivi:

1. “VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ARTICOLO 3 LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241. ERRATA APPLICAZIONE DELL’ARTICOLO 48, D.LGS. N. 50/2016 E DEL CORRELATO PRINCIPIO DI IMMODIFICABILITÀ SOGGETTIVA DEI RAGGRUPPAMENTI TEMPORANEI DI IMPRESE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, TRASPARENZA E BUON ANDAMENTO DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA – ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI, TRAVISAMENTO DI ATTI E FATTI, ERRONEITÀ DELLA MOTIVAZIONE, ILLOGICITÀ E CONTRADDITTORIETÀ, SVIAMENTO, SPROPORZIONALITÀ, MANIFESTA INGIUSTIZIA.

2. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLI 3 E 41 DELLA COSTITUZIONE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D.LGS. 18 APRILE 2016, N. 50 E, IN PARTICOLARE, DELL’ARTICOLO 106, COMMA 1, LETTERA D) – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, TRASPARENZA E BUON ANDAMENTO DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA – ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI – DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA – ILLOGICITÀ MANIFESTA.

3. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTICOLO 7 E 10, LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241 – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DI IMPARZIALITÀ, TRASPARENZA E BUON ANDAMENTO DELL’AZIONE AMMINISTRATIVA – ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI – DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA – ILLOGICITÀ MANIFESTA”.

B. ‒ Si sono costituiti in giudizio il Comune di OMISSIS e l’impresa contro-interessata che hanno replicato alle argomentazioni spese dalla parte ricorrente.

C. ‒ All’udienza camerale del 19 novembre 2019, presenti i difensori delle parti, previo avviso di eventuale definizione del giudizio ai sensi dell’art. 60 c.p.a., la causa è stata posta in decisione.

**DIRITTO**

D. ‒ Il ricorso è fondato e deve essere accolto.

D.1 ‒ Il Collegio condivide, infatti, l’orientamento giurisprudenziale secondo cui «Sul piano normativo, la possibilità di subentro risultava disciplinata dall’art. 51 del d.lgs. 163/2006, che, - pur in presenza di un divieto di modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quello risultante dall’offerta, affermato dall’art. 37, comma 9, ed oggi riproposto dall’art. 48, comma 9, del d.lgs. 50/2016 - con riferimento alle “vicende soggettive dell’offerente e dell’aggiudicatario” prevedeva che l’affittuario di un’azienda o di un ramo d’azienda subentrato ad un concorrente potesse essere ammesso alla gara, all’aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto, previo accertamento dei requisiti previsti dalla normativa e dalla legge di gara.

La disposizione non è stata riprodotta nel nuovo codice dei contratti, che, all’art. 106, contempla espressamente soltanto la modifica del contraente.

Ciononostante, il principio da essa affermato, dell’ammissibilità di modifiche soggettive dei concorrenti anche nella fase di aggiudicazione dell’appalto, può ritenersi tuttora applicabile.

In tal senso, la delibera dell’ANAC n. 244 del 8 marzo 2017, che sottolinea la perdurante esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese, le quali devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali reputate opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali hanno partecipato (cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, n. 1370/2013, n. 3819/2015).

Più di recente, nello stesso senso, è stato sottolineato che la tesi opposta finisce con “l’ingiustamente “ingessare”, senza alcuna valida ragione giustificativa la naturale vocazione imprenditoriale dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche, per tal guisa ponendosi in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione che sono soltanto quelle espressamente previste dall’art. 80 del nuovo Codice dei Contratti. Appare altresì evidente che la partecipazione di un soggetto ad una procedura di evidenza pubblica non può costituire, a pena di violazione della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), o del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), motivo per condizionare, ostacolare o, addirittura, sopprimere l’essenza dell’attività imprenditoriale, quando ciò non trovi giustificazione nella necessità di tutelare interessi superiori” (così, TAR Napoli, III, n. 7206/2018)» (Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2019, n. 6216).

Giova altresì aggiungere che, diversamente opinando, si perverrebbe a soluzioni palesemente contrarie ai principi di concorrenza e massima partecipazione alle procedura di evidenza pubblica affermati nell’ambito del diritto comunitario.

Deve altresì rilevarsi come i precedenti giurisprudenziali citati in seno al provvedimento impugnato non siano totalmente pertinenti al caso che ci occupa.

E invero, sia la sentenza T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 9 marzo 2019, n. 663, sia la sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 7 giugno 2018, n. 3809 ‒ a differenza della sentenza del Consiglio di Stato ut supra richiamata ‒ vertevano su controversie coinvolgenti raggruppamenti temporanei d’imprese in ordine ai quali si è rinvenuto, nell’attuale quadro normativo, un maggior rigore nell’applicazione del principio di immutabilità soggettiva.

Da quanto fin qui esposto consegue l’accoglimento del primo motivo di ricorso con dichiarazione di assorbimento degli ulteriori motivi proposti che, afferendo ad aspetti formali e procedimentali, non sono in grado di assicurare al ricorrente, anche ove venissero accolti, nessun ulteriore utilità, neppure sotto il profilo di un possibile effetto conformativo (cfr. § 9.3.4. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 aprile 2015, n. 5).

D.2 ‒ L’accoglimento del ricorso, nei sensi fin qui esposti, costituisce reintegrazione in forma specifica del pregiudizio sofferto dalla parte ricorrente per l’attività illegittima dell’amministrazione resistente e, in mancanza di puntuali e ulteriori allegazioni, deve considerarsi pienamente satisfattivo di qualsiasi pretesa risarcitoria.

E. ‒ In conclusione, il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

F. ‒ La novità della questione giuridica affrontata legittima la compensazione delle spese del giudizio tra tutte le parti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l’effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in OMISSIS nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Anna Pignataro, Consigliere

Calogero Commandatore, Referendario, Es

**N. 08480/2019REG.PROV.COLL.**

**N. 03229/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 3229 del 2019, proposto da

OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato Daniele Marrama, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Roberto Gerosa in Roma, via Virgilio, 19;

***contro***

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata *ex* *lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***per la riforma***

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Prima) n. 04729/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 28 novembre 2019 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Daniele Marrama e dello Stato Carmela Pluchino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Con delibera del 6 marzo 2019, comunicata il 15 marzo 2019, l’Anac infliggeva alla OMISSIS s.r.l sanzione amministrativa pecuniaria dell’importo di € 2.000 con contestuale inibitoria per 45 giorni alla partecipazione alle gare pubbliche e corrispondente annotazione nel casellario informatico.

La sanzione veniva irrogata, ai sensi dell’art. 80, comma 12, nonché dell’art. 213, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016, in conseguenza dell’omessa dichiarazione di pregressi illeciti professionali *ex*art. 80, comma 5, lett. *c)* d. lgs. n. 50 del 2016 (nella formulazione all’epoca vigente) nell’ambito di una procedura di gara indetta dalla Centrale unica di committenza nolana - Comune di OMISSIS cui la OMISSIS aveva partecipato in qualità di ausiliaria di altro operatore economico.

2. La OMISSIS impugnava il provvedimento sanzionatorio davanti al Tribunale amministrativo per il Lazio che, nella resistenza dell’Anac, respingeva il ricorso.

3. Ha proposto appello avvero la sentenza la OMISSIS formulando un unico articolato motivo con cui ha lamentato *error in iudicando*; violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; travisamento dei presupposti di fatto; violazione del canone di proporzionalità.

4. Resiste all’appello l’Anac, chiedendone la reiezione.

5. Sulla discussione delle parti all’udienza pubblica del 28 novembre 2019, come da verbale, la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1. Nell’ambito dell’unico motivo di gravame l’appellante si duole anzitutto del rigetto del primo motivo di ricorso in primo grado, con cui aveva dedotto l’illegittimità del procedimento per sua eccessiva durata, essendosi lo stesso protratto oltre il termine di 180 giorni stabilito dal Regolamento, e conclusosi formalmente in tempo solo mercé la sospensione di 75 giorni fra la data della richiesta di audizione e l’effettivo svolgimento di questa, periodo autoassegnatosi dall’Anac in modo distorsivo e con sviamento di potere.

1.1. La censura è infondata e va respinta nei termini e per le ragioni che seguono.

1.1.1. L’art. 29, comma 1, lett. b) del Regolamento unico in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’Anac (già Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) approvato giusta delibera dell’Autorità del 24 febbraio 2014 e successive modifiche e integrazioni, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, fissa il termine, “*non superiore a 180 giorni, per la conclusione del procedimento, decorrente dalla ricezione della comunicazione di avvio, fermi restando i casi di sospensione disciplinati nel presente Regolamento*”.

In proposito, benché il successivo art. 48, comma 2, affermi espressamente la perentorietà dei termini in relazione alla sola fase di avvio del procedimento, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha chiarito come debba essere ritenuto perentorio anche il termine per la conclusione del procedimento.

Il che trova ragione nei profili di specialità del procedimento sanzionatorio rispetto al paradigma generale del procedimento amministrativo, e in particolare nella natura afflittivo-sanzionatoria del provvedimento che ne deriva, e dunque nel principio secondo cui “*l’esercizio di una potestà sanzionatoria, di qualsivoglia natura, non può restare esposta*sine die*all’inerzia dell’autorità preposta al procedimento sanzionatorio, ciò ostando ad elementari esigenze di sicurezza giuridica e di prevedibilità in tempi ragionevoli delle conseguenze dei comportamenti*” (cfr. Cons. Stato, V, 3 maggio 2019, n. 2874; 3 ottobre 2018, n. 5695; 30 luglio 2018, n. 4657; VI, 30 aprile 2019, n. 2815; 8 aprile 2019, n. 2289).

In proposito la norma di riferimento di rango primario idonea a giustificare la qualificazione di perentorietà dei termini procedimentali è stata rinvenuta nell’art. 8, comma 4, d. lgs. n. 163 del 2006 - norma che si pone a fondamento del Regolamento sanzionatorio - secondo cui «*il regolamento dell’Autorità disciplina l’esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’Autorità nel rispetto dei principi della tempestiva comunicazione dell’apertura dell’istruttoria, della contestazione degli addebiti, del termine a difesa, del contraddittorio, della motivazione, proporzionalità e adeguatezza della sanzione, della comunicazione tempestiva con forme idonee ad assicurare la data certa della piena conoscenza del provvedimento, del rispetto degli obblighi di riservatezza previsti dalle norme vigenti*» (cfr. ancora, *inter multis*, Cons. Stato, n. 2874/2019, n. 5695/2018, n. 4657/2018, cit.).

1.1.2. Il successivo comma 5 dell’art. 29 stabilisce che “*il termine di conclusione del procedimento è sospeso in tutti i casi in cui il Regolamento prevede l’assegnazione di un termine alle parti o a terzi per le produzioni istruttorie sino alla scadenza del termine stesso e per il periodo necessario allo svolgimento dell’audizione ai sensi del successivo articolo 30*”.

La disposizione è in sé legittima, rispondendo alla ragionevole esigenza di evitare che le attività difensive e lo stesso svolgimento dell’audizione possano ridondare in danno della completezza e dell’adeguatezza dell’istruttoria, costringendo l’Autorità a una sua chiusura anticipata in funzione del termine massimo di durata del procedimento.

Nel caso di specie il procedimento è stato avviato giusta comunicazione del 18 luglio 2018, che stabiliva il termine del 20 settembre 2018 per la produzione di memorie difensive e documenti, nonché il termine di ulteriori 10 giorni per eventuali repliche della stazione appaltante; la successiva fissazione dell’audizione è avvenuta, in forza di nota 19 luglio 2018, per il 2 ottobre 2018; il procedimento s’è infine concluso con delibera del 6 marzo, comunicata alla OMISSIS il 15 marzo 2019; ulteriore periodo di sospensione è stato previsto per il deposito di memorie, a seguito della comunicazione delle risultanze istruttorie, fra il 22 e il 28 febbraio 2019.

Complessivamente il procedimento è durato dunque più di 180 giorni (*i.e.*, totali 240 giorni, incluso il periodo occorso per la comunicazione del provvedimento sanzionatorio, di cui tener conto secondo i principi affermati da Cons. Stato, n. 2874/2019 e n. 5695/2018, cit.) beneficiando di vari periodi di sospensione alla luce sia dei termini a difesa - successivamente all’avvio del procedimento e all’esito della comunicazione delle risultanze istruttorie - sia del periodo occorso allo svolgimento dell’audizione.

Il che risponde a quanto previsto dal richiamato art. 29, comma 5 del Regolamento, che stabilisce la sospensione dei termini del procedimento non solo in relazione ai periodi di “*assegnazione di un termine alle parti o a terzi per le produzioni istruttorie*” bensì anche “*per il periodo necessario allo svolgimento dell’audizione*”.

In proposito, seppure non può escludersi, in termini generali, che l’esercizio del potere di governo del procedimento possa essere sviato attraverso la fissazione di audizione che - in difetto di un riferimento temporale previsto nel Regolamento - abbia l’effetto concreto di procrastinare irragionevolmente e arbitrariamente la durata del procedimento, nel caso di specie non è dato ravvisare una siffatta ipotesi.

In particolare, considerato che il periodo di sospensione ricompreso fra la fissazione dell’audizione e la sua celebrazione (*i.e.*, dal 19 luglio al 2 ottobre) risulta in parte coincidente con quello a difesa - avente a sua volta effetto *ex se* sospensivo del procedimento - previsto nella comunicazione di avvio (*i.e.*, in origine, sino al 20 settembre 2018; di fatto la OMISSIS depositò la memoria lo stesso 18 luglio, ma era comunque previsto l’ulteriore termine di replica di 10 giorni in favore della stazione appaltante, con il quale si verificò dunque la sovrapposizione) e che peraltro il periodo di complessiva sospensione procedimentale risentì anche dall’ulteriore termine a difesa fissato nella comunicazione delle risultanze istruttorie (*i.e.*, dal 22 al 28 febbraio 2019) il numero complessivo di giorni di sospensione riconducibile alla fissazione dell’audizione può ritenersi ancora rientrante entro limiti di ragionevolezza, e risulta tale da non dar luogo di per sé a sviamento di potere, anche in considerazione della coincidenza della contestata sospensione con il periodo estivo.

1.1.3. In considerazione di ciò, il primo profilo di doglianza non è dunque condivisibile.

2. Col secondo profilo dell’unico motivo di gravame la OMISSIS si duole dell’illegittimità sostanziale della sanzione, atteso che l’omissione informativa contestata riguarda episodi privi di rilievo a fini espulsivi e che non andavano comunicati alla stazione appaltante, trattandosi in un caso di risoluzione contrattuale occorsa più di tre anni prima della gara, nell’altro di vicenda di esclusione e revoca dell’aggiudicazione provvisoria anteriore alla stipula del contratto; in difetto di siffatti obblighi comunicativi, non sussisterebbero gli elementi di falsità posti a fondamento del provvedimento sanzionatorio impugnato, né sarebbe comunque ravvisabile la colpa grave della OMISSIS.

2.1. La doglianza è fondata nei termini di seguito specificati.

2.2. La sanzione impugnata è stata irrogata alla OMISSIS ai sensi dell’art. 80, comma 12, d. lgs. n. 50 del 2016 (che punisce la «*falsa dichiarazione o falsa documentazione nelle procedure di gara*») nonché del successivo art. 213, comma 13 (che riguarda varie fattispecie, fra cui quella qui invocata dall’Anac, consistente nel fornire alle stazioni appaltanti «*dati o documenti non veritieri circa il possesso dei requisiti di qualificazione*»).

Il fatto sanzionato consiste nell’omessa dichiarazione “*di fatti e circostanze rilevanti ai fini della dimostrazione del requisito di cui all’art. 80, comma 5,*lett. c)*del d. lgs. 50/2016*” (cfr. il provvedimento sanzionatorio impugnato).

A fronte di tale addebito, l’appellante si difende sostenendo che le informazioni la cui omessa comunicazione è stata sanzionata dall’Anac non andavano in realtà rese note alla stazione appaltante in quanto irrilevanti, sicché nessuna falsità sarebbe riscontrabile nella dichiarazione resa in gara dalla OMISSIS; inoltre difettava in capo all’appellante l’elemento soggettivo della colpa grave, per cui l’irrogata sanzione risulterebbe in ogni caso illegittima.

2.3. Nell’esame delle doglianze formulate dall’appellante va premesso che esse vengono scrutinate nella presente sede nella (sola) prospettiva del legittimo esercizio del potere sanzionatorio da parte dell’Anac, essendo il Collegio specificamente ed esclusivamente chiamato a conoscere della conformità a legge del provvedimento irrogativo della sanzione.

2.4. Il primo illecito professionale del quale la OMISSIS avrebbe omesso la comunicazione alla stazione appaltante, così incorrendo nella falsità sanzionata dall’Anac, consiste nella risoluzione contrattuale comminata dal Comune di Massa Lubrense nell’aprile 2014, e cioè prima del triennio anteriore all’indizione della procedura da parte della Cuc nolana - Comune di OMISSIS.

Secondo l’appellante, non essendo detta risoluzione rilevante a fini espulsivi, stante la limitazione al triennio degli effetti preclusivi alla partecipazione alle gare ai sensi dell’art. 80, comma 10, d. lgs. n. 50 del 2016, neppure potrebbe ritenersi illecita - e comunque passibile di sanzione - la mancata comunicazione di una siffatta circostanza.

2.5. La doglianza è fondata, nei termini e per le ragioni che seguono.

2.5.1. Sul piano sostanziale, la condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha già posto in risalto come, ai sensi dell’art. 80, comma 10, d. lgs. n. 50 del 2016, “*il periodo di esclusione per grave illecito professionale consistito nelle significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, in applicazione diretta della direttiva 2014/24/UE, art. 57, § 7, ha durata triennale dalla data del fatto, vale a dire dalla data di adozione della determinazione dirigenziale di risoluzione unilaterale*” con la precisazione che “*il triennio va computato a ritroso, dalla data del bando alla data del fatto*” (Cons. Stato, V, 21 novembre 2018, n. 6576; in senso diverso, cfr. Cons. Stato, V, 19 novembre 2018, n. 6530). Il che è stato affermato peraltro in relazione a fattispecie anteriore all’ingresso in vigore del d. lgs. n. 56 del 2017 - che ha reso esplicito detto limite triennale - valorizzando la suindicata previsione della direttiva europea ed evidenziando la “*violazione della normativa eurounitaria*” che si sarebbe consumata se la disciplina interna “*avesse inteso non porre alcun limite temporale alla rilevanza della portata escludente della pregressa risoluzione contrattuale*”.

Alla luce di ciò, non è dunque condivisibile l’appellata sentenza nella parte in cui esclude senz’altro la sussistenza d’un limite temporale in ordine alla rilevanza a fini espulsivi di illeciti professionali quali la pregressa risoluzione contrattuale.

2.5.2. Chiarita l’irrilevanza, ai suddetti fini espulsivi, del fatto non comunicato, occorre considerare gli effetti - in specie, in termini sanzionatori - della sua omessa dichiarazione in quanto tale.

In proposito questa Sezione ha recentemente chiarito la generale distinzione fra le omesse, reticenti e false dichiarazioni ai sensi dell’art. 80, comma 5, d. lgs. n. 50 del 2016, rilevando che “*v’è omessa dichiarazione quando l’operatore economico non riferisce di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come ‘grave illecito professionale’; v’è dichiarazione reticente quando le pregresse vicende sono solo accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell’ottica dell’affidabilità del concorrente*. *Infine, la falsa dichiarazione consiste in una*immutatio veri*; ricorre, cioè, se l’operatore rappresenta una circostanza di fatto diversa dal vero*” (Cons. Stato, V, 12 aprile 2019, n. 2407; 22 luglio 2019, n. 5171; 28 ottobre 2019, n. 7387).

In relazione all’omissione comunicativa s’è poi precisato che essa “*costituisce violazione dell’obbligo informativo, e come tale va apprezzata dalla stazione appaltante*”, la quale è chiamata a soppesare non il solo fatto omissivo in sé, bensì anche - nel merito - “*i singoli, pregressi episodi, dei quali l’operatore si è reso protagonista, e da essi dedurre, in via definitiva, la possibilità di riporre fiducia nell’operatore economico ove si renda aggiudicatario del contratto d’appalto*” (Cons. Stato, n. 2407/2019, cit.).

2.5.3. Declinando rispetto dell’oggetto della presente controversia i principi suindicati deve escludersi che sussista in specie una condotta della OMISSIS meritevole di sanzione a norma degli artt. 80, comma 12 e 213, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016.

La condotta ascrivibile alla OMISSIS va infatti qualificata in termini di omissione comunicativa, così come peraltro affermato e segnalato dalla stessa stazione appaltante, che ha denunciato l’illecito nei seguenti termini: “*omettere informazioni dovute per corretto svolgimento della procedura di selezione*”, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. *c)*, d. lgs. n. 50 del 2016 (v. in proposito la segnalazione, in atti; cfr. anche le stesse dichiarazioni di gara dell’appellante, in cui si comunica un singolo fatto pregresso di risoluzione contrattuale, omettendo l’indicazione delle vicende qui in esame).

In proposito, come s’è posto in risalto, la mancata ostensione di un pregresso illecito è rilevante - a fini espulsivi - non già in sé, bensì in funzione dell’apprezzamento della stazione appaltante, il quale va a sua volta eseguito in considerazione anzitutto della consistenza del fatto omesso.

Nel caso di specie, coincidendo il fatto omesso con una pregressa condotta in sé non rilevante a fini escludenti, difettano senz’altro i presupposti dell’illecito in relazione alla corrispondente omissione nella prospettiva - qui in esame - della «*falsa dichiarazione o falsa documentazione*» ovvero della esibizione di «*dati o documenti non veritieri*» poste dall’Anac a fondamento della sanzione irrogata.

Il non aver comunicato una pregressa risoluzione anteriore al triennio, in sé priva d’attitudine espulsiva, non determina infatti una condotta falsa o inveritiera in grado di legittimare l’esercizio del potere sanzionatorio di cui agli artt. 80, comma 12 e 213, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016.

Di qui l’illegittimità *in parte qua*della sanzione inflitta all’appellante.

2.6. Ad analoghe conclusioni si perviene anche in relazione all’altro contestato illecito professionale non comunicato dalla OMISSIS, consistente nell’esclusione e nella revoca di aggiudicazione provvisoria per omessa comprova di requisiti professionali nell’ambito di una procedura di gara tenuta dal Comune di Treviso (illecito pure denunciato dalla stazione appaltante in termini di omissione di “*informazioni dovute per corretto svolgimento della procedura di selezione*” *ex*art. 80, comma 5, lett. c, d. lgs. n. 50 del 2016, giacché negletto dalla OMISSIS fra le dichiarazioni di gara, limitate a un diverso episodio di risoluzione contrattuale).

2.6.1. In proposito l’appellante sostiene che gli episodi di esclusione da precedenti gare vadano comunicati alla stazione appaltante nella sola ipotesi in cui essi risultino annotati nel casellario informatico tenuto dall’Anac; nel caso di specie difettava una siffatta annotazione al tempo in cui la OMISSIS rese la propria dichiarazione, sicché nessuna rilevante omissione sarebbe rinvenibile in relazione alla vicenda richiamata dall’Autorità quale presupposto della sanzione.

Anche tale profilo di doglianza merita condivisione nei termini che seguono.

2.6.2. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato in termini generali che, in riferimento all’omessa dichiarazione dell’esclusione da una precedente gara d’appalto, per potersi ritenere integrata l’ipotesi di omissione delle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione (art. 80, comma 5, lett. c, d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione anteriore alle modifiche di cui al d.l. n. 135 del 2018) “*è necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino, comunque, dal Casellario informatico dell’Anac, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento*(…)*(così Cons. Stato, V, n. 2063/18 e id., III, n. 4266/2018 cit.)*” (Cons. Stato, V, n. 6576/2018, cit.; nello stesso senso, oltre ai precedenti richiamati dalla citata sentenza, cfr. Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5136; 4 luglio 2017, n. 3257 e 3258; *contra*, v. Cons. Stato, n. 5171/2019, cit., cui segue tuttavia Cons. Stato, V, 27 settembre 2019, n. 6490, che si uniforma al precedente orientamento).

Nel caso di specie è pacifico come l’esclusione dalla gara e revoca dell’aggiudicazione provvisoria da parte del Comune di Treviso non risultasse iscritta al casellario informatico Anac al tempo in cui la OMISSIS rese le dichiarazioni relative alla procedura indetta dalla Cuc nolana - Comune di OMISSIS.

In tale contesto, al di là della controversa rilevanza espulsiva dell’omessa comunicazione di pregressa esclusione non iscritta a casellario Anac (rilevanza affermata, ad es., da Cons. Stato, n. 5171/2019, cit.; cfr. anche le Linee Guida n. 6 Anac, come modificate giusta delibera n. 1008 del 2017, *sub*par. 4.2, su cui è stata peraltro avviata nuova fase di revisione: cfr. in proposito Cons. Stato, I, parere n. 2616 del 13 novembre 2018), alla luce del più recente e condivisibile orientamento che distingue chiaramente le dichiarazioni false e non veritiere da quelle semplicemente omesse o reticenti (v. *retro*, *sub*§ 2.5.2) va escluso che nel caso di specie, a fronte dell’omessa ostensione della precedente revoca dell’aggiudicazione provvisoria, sussista una vera e propria falsità dichiarativa - in termini di *immutatio veri*- passibile *ex se*di sanzione ai sensi degli artt. 80, comma 12 e 213, comma 13, d. lgs. n. 50 del 2016.

Per le stesse ragioni, in difetto di una condotta mendace non è peraltro possibile ravvisare - tanto meno nel composito quadro interpretativo suindicato - il necessario elemento della colpa grave, ricondotto dall’art. 80, comma 12, alla «*rilevanza o*(…) *gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione*(…)», non ricavabile dal semplice fatto che, nella consapevolezza della precedente esclusione, “*l’asserito dubbio sulla necessità di dichiara*(zione)” avrebbe dovuto indurre a “*particolare attenzione e diligenza*”, e così a rendere di per sé la dichiarazione (cfr. in tal senso la sentenza appellata; per la nozione di colpa grave nell’ambito delle sanzioni in esame, cfr. Cons. Stato, VI, 2 febbraio 2015, n. 468).

In senso inverso neppure può rilevare che al tempo della dichiarazione fosse stato già avviato dall’Anac il procedimento volto all’iscrizione del fatto nel casellario informatico, atteso che comunque l’iscrizione e la stessa decisione dell’Anac non erano all’epoca ancora intervenute, sicché il loro successivo perfezionamento costituì una sopravvenienza inidonea a incidere sulla qualificazione in termini di falsità della condotta dell’appellante al tempo della partecipazione alla gara bandita dalla Cuc nolana.

Di qui la complessiva illegittimità della sanzione irrogata dall’Anac a fronte della fondatezza delle suindicate doglianze formulate dalla OMISSIS, cui segue l’assorbimento di tutti gli ulteriori profili di censura sollevati.

3. Da quanto suesposto deriva dunque l’accoglimento dell’appello con conseguente riforma della sentenza appellata e - in accoglimento del ricorso di primo grado - annullamento del provvedimento sanzionatorio gravato.

4. Ricorrono giusti motivi, costituiti dalla particolarità e complessità della fattispecie per disporre la compensazione delle spese di giudizio fra le parti.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, in riforma dell’impugnata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado ai sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese di giudizio fra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2019 con l’intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore