



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5627 del 2021, proposto da Rekeep S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del raggruppamento costituito con Euro&Promos FM S.p.A. e PH Facility S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Baccolini, Massimo Luciani, Francesco Rizzo, Andrea Zoppini, Giorgio Vercillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Andrea Zoppini in Roma, piazza di Spagna 15;

contro

Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria – Alisa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Gerolamo Taccogna, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro 13;

nei confronti

Coopservice Soc. Coop. P. A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giuseppe Gioacchino Belli 60; Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso cui domicilia ex lege in Roma, via dei Portoghesi 12;

per la riforma

dell'ordinanza collegiale del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 00156/2021, resa tra le parti, concernente diniego parziale di accesso agli atti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Alisa, di Coopservice Soc. Coop. P. A. e dell'Anac;

Visti gli artt. 35, co. 1 lett. c), 38 e 85, co. 9, cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Alisa ha indetto una gara articolata in cinque lotti per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione.
2. Esclusa dal secondo lotto per non aver superato la soglia minima di sbarramento di 36 punti, la concorrente Reekeep ha impugnato l'atto recante la sua esclusione

unitamente all'aggiudicazione del 27.01.2021 intervenuta in favore della controinteressata Coopservice, chiedendo al contempo di poter accedere ai verbali di gara oltre che alle offerte (tecniche ed economiche) di tutti i concorrenti.

Alisa ha riscontrato l'istanza con nota 1.12.2020 affermando che *«essendo in corso la procedura di verifica dell'anomali dell'offerta, come risulta dal verbale della seduta pubblica del 26 agosto 2020 pubblicato su Sintel, l'accesso è differito ex art. 53 D.Lgs. 50/2016 alla adozione della aggiudicazione definitiva»*.

3. Avverso questa determinazione Rekeep ha quindi agito ex art. 116 c.p.a. nel contesto del giudizio principale avente ad oggetto l'atto di esclusione.

In pendenza della lite è intervenuta la nota del 28.1.2021 (depositata in giudizio il 2.2.2021 e non impugnata) con la quale Alisa ha espressamente rigettato l'istanza di accesso, ritenendo Rekeep priva di interesse a seguito della sua esclusione dalla gara.

4. Con l'ordinanza qui appellata n. 156/2021, il Tar Liguria (richiamando la propria pronuncia n. 70/2021 emessa sulla esclusione di Rekeep dal lotto n. 1 della medesima gara pubblica) ha accolto l'eccezione di inammissibilità del ricorso ex art. 116 c.p.a., seguendo un percorso logico che si può così riepilogare:

-- Rekeep non è legittimata e non ha interesse a contestare l'esito della gara e, quindi, ad accedere ai relativi atti, in quanto non potrebbe esserne aggiudicataria, né potrebbe essere ammessa all'eventuale nuova fase rivalutativa dell'offerta a seguito di annullamento giurisdizionale dell'atto escludente;

-- ciò in quanto dal casellario informatico ANAC la stessa risulta interdetta dalle gare pubbliche a far data dal 25 dicembre 2020 e fino al 17 giugno 2021;

-- la sanzione di sei mesi di interdizione dalla partecipazione alle gare e dagli affidamenti di subappalti è stata irrogata su decisione del Consiglio dell'ANAC n. 1106

del 25 ottobre 2017, con decorrenza dalla pubblicazione dell'annotazione intervenuta in data 11 novembre 2017; l'efficacia dell'interdittiva è stata poi sospesa il successivo 16 novembre 2017, in ragione del contenzioso promosso dall'interessata, ed, esauritosi il contenzioso (al fine con sentenza della Corte di Cassazione n. 27770 del 4 dicembre 2020), detta efficacia è ripresa a far data dal 25 dicembre 2020 e sino al 17 giugno 2021;

-- l'intervenuta iscrizione interdittiva nel casellario costituisce un autonomo motivo di esclusione dalla gara, rilevante in qualsiasi momento della procedura che si intersechi con il periodo che va dall'inizio dell'iscrizione nel casellario informatico e fino alla sua conclusione.

5. L'appello radicato in questa sede da Rekeep punta alla confutazione dell'affermazione di inammissibilità dell'istanza di primo grado; indi, all'auspicata reviviscenza e disamina nel merito delle deduzioni già avanzate in quella sede e qui riproposte ex art. 101 c.p.a..

6. In parallelo al presente pende un secondo contenzioso avente ad oggetto l'annotazione ANAC, nel corso del quale è intervenuta l'ordinanza cautelare n. 2163/2021 (della V Sezione del Consiglio di Stato) che ha sospeso la sent. n. 3754/2021 del TAR Lazio che aveva dichiarato inammissibile il ricorso proposto da Rekeep avverso i nuovi provvedimenti adottati da ANAC nel mese di dicembre 2020.

L'ordinanza n. 2163/2021 ha trovato esecuzione in sede di ottemperanza per effetto del successivo provvedimento n. 2858/2021 (della medesima V Sezione) che ha disposto la sospensione dell'efficacia della sanzione interdittiva mediante il suo oscuramento.

7. Questi, in sintesi, i motivi formulati dalla parte appellante nel giudizio *de quo*:

i) in punto di fatto, l'interdizione ANAC di cui si discute (conseguente ad una omissione dichiarativa avvenuta nel corso di una precedente e distinta gara pubblica) non è l'effetto della originaria iscrizione nel casellario informatico n. 1106/2017, ovvero del recupero della sua piena efficacia a seguito del deposito della sentenza delle S.U. n. 27770/2021, ma è l'effetto della nuova iscrizione in data 25.12.2020 (di conferma propria/rigetto dell'istanza di riesame della delibera del 2017), i cui effetti si sono prodotti solo dal momento della sua pubblicazione. Tanto si evince anche dalle ordinanze della Sez. V nn. 2163/2021 e 2858/2021;

ii) in punto di diritto, l'esclusione dalle procedure di gara di un operatore che incorra in un motivo di cui all'art. 80, comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 (nella specie, quello previsto dalla lett. f-ter) necessita dell'adozione di un provvedimento amministrativo espresso da parte della stazione appaltante. Nel caso di specie, al contrario, successivamente alle comunicazioni di Rekeep di aggiornamento della dichiarazione ex art. 80, Alisa non ha adottato alcun provvedimento, sicché la decisione del Tar si sostituisce impropriamente alla volontà della stazione appaltante (ad oggi non ancora espressa) nella misura in cui, travalicando i limiti della propria giurisdizione, inopinatamente afferma che *“la ricorrente non ha un interesse concreto alla riedizione del segmento di gara relativo all'esame e alla valutazione delle offerte tecniche, poiché l'effetto escludente della sanzione le impedirebbe comunque di prendervi parte”*; e che *“se la ricorrente non aveva titolo alla partecipazione alla gara neppure ha titolo a contestarne gli esiti e conseguentemente neppure ha titolo per accedere agli atti della gara stessa”*;

iii) nel seguito del suo ricorso la ricorrente dubita sia della automaticità della sanzione espulsiva conseguente alla iscrizione ANAC (e della compatibilità eurocomunitaria della giurisprudenza che la afferma), sia della sua rilevanza al di fuori della singola procedura di gara in cui si verifica l'omissione dichiarativa (v. punti 31-35).

Il contrasto con le direttive UE ed i principi eurocomunitari rilevarebbe a maggior ragione in considerazione del fatto che Reekep ha adottato misure di self-cleaning e partecipato alla gara allorquando l'annotazione non ancora era stata effettuata perché sospesa giudizialmente, sicché l'espulsione finirebbe per operare retroattivamente (v. punti 36-40) ed in violazione dei canoni di libertà di stabilimento e/o libera prestazione dei servizi, legittimo affidamento, proprietà (punti 41-47). Questioni pregiudiziali di carattere costituzionale vengono dedotte in via subordinata (punti 53-66) ai sensi degli artt. 76 Cost., per cattivo recepimento della norma comunitaria Dir. 2014/24/UE; ai sensi degli artt. 3 e 97 Cost., per asserita violazione del principio proporzionalità; ed infine ai sensi dell'art. 117 Cost., per violazione della norma interposta di cui agli artt. 7 e 1, Primo Prot. Agg. CEDU;

iv) l'ultima parte dell'appello reca la riedizione dei motivi non esaminati dal Tar e concernenti l'applicazione delle disposizioni in tema di accesso nel corso delle gare pubbliche (art. 53 del Codice dei contratti pubblici).

8. Nel contraddittorio con ANAC (costituitasi solo formalmente), Alisa e Cooperative, espletato lo scambio di memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa e posta in decisione all'udienza del 23 settembre 2021.

DIRITTO

1. Va preliminarmente dato atto che, secondo quanto dichiarato da Alisa (v. memoria pag. 3) e non contestato dalle controparti, la determina di aggiudicazione del 21.1.2021 è stata pubblicata con tutti gli atti della procedura, ivi compresi i verbali oggetto dell'istanza di accesso, sicché per questa parte è cessata la materia del contendere che invece sopravvive per quanto concerne le offerte dei concorrenti.

2. Nelle loro difese le parti resistenti hanno preliminarmente eccepito:

a) la violazione del divieto dei *nova* in appello e l'introduzione di nuove ragioni rispetto a quelle fatte valere da Reekeep nel giudizio avverso l'atto della sua esclusione dalla gara, essendo detto giudizio incentrato sull'unica questione «*se, una volta inserita, l'annotazione impedisca solo di partecipare a nuove gare o se, invece, essa influisca anche sulla partecipazione alle gare in corso*»;

b) l'inammissibilità dell'istanza ex art. 116 c.p.a. per omessa impugnazione da parte di Reekeep della nota del 28.1.2021 con la quale (a seguito del provvedimento di differimento in data 1.12.2020) l'istanza di accesso è stata espressamente respinta.

2.1. La prima eccezione è infondata.

Le più ampie argomentazioni di cui all'atto di appello prendono spunto e si giustificano in ragione del fatto che l'istanza ex art. 116 c.p.a. è stata dichiarata «*inammissibile in accoglimento del ricorso incidentale*» proposto dalla Coopservice, sull'assunto per cui l'iscrizione nel Casellario informatico ANAC del provvedimento interdittivo adottato nel 2017 sarebbe ridivenuta efficace a seguito della pubblicazione della sentenza n. 27770/2020 delle Sezioni Unite. Reekeep ha quindi dovuto contestare l'impianto motivazionale della decisione di prime cure, in conformità a quanto disposto dall'art. 101 c.p.a., scrutinandola nella complessiva latitudine dei presupposti logici che la fondano. Il che l'ha legittimamente indotta ad esplorare l'intero campo delle questioni (esplicitamente o implicitamente) poste in gioco dal Tar, anche mediante prefigurazione di quesiti pregiudiziali da proporre in sede comunitaria o costituzionale, oltre che attraverso il richiamo a pronunce giurisdizionali *medio tempore* sopravvenute, emesse in distinti procedimenti ma indirettamente incidenti sulla presente materia del contendere.

2.2. La seconda eccezione è fondata.

Si tratta, innanzitutto, di questione rilevabile d'ufficio ed esaminabile anche per la prima volta in appello, in quanto afferente all'esistenza dei presupposti e delle condizioni dell'azione (v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, n. 4914/2018).

Nel merito dell'eccezione, Reekep, pur riconoscendo la mancata impugnazione del diniego sopravvenuto, ne argomenta l'irrilevanza in quanto la domanda ex art. 116 c.p.a. risulterebbe proposta in un giudizio che ha i chiari connotati del c.d. giudizio sul rapporto, perché diretto «*all'accertamento della sussistenza o meno del diritto di accesso ai documenti amministrativi, indipendentemente dalla maggiore o minore correttezza delle ragioni addotte in senso contrario dall'Amministrazione*» (Cons. Stato, Sez. III, n. 1426/2021; Id., n. 1717/2021). Dunque, essendo l'accesso oggetto di un diritto soggettivo di cui il giudice amministrativo conosce in sede di giurisdizione esclusiva, ciò che rileverebbe accertare, secondo la parte appellante, è la sola spettanza o meno della pretesa all'esibizione documentale, piuttosto che la sussistenza o meno di vizi di legittimità dell'atto amministrativo. Tanto consentirebbe, sempre secondo la tesi in esame, di ritenere insussistente un qualche onere di specifica impugnazione della nota di Alisa di diniego definitivo all'accesso del 28.01.2021, sopravvenuta rispetto all'introduzione della domanda ex art. 116 c.p.a..

2.3. Si tratta di deduzioni non condivisibili.

Può certamente concordarsi sul fatto che il giudizio in materia di accesso è rivolto ad accertare la sussistenza o meno del titolo all'accesso nella specifica situazione, alla luce dei parametri normativi e indipendentemente dalla maggiore o minore correttezza delle ragioni addotte dall'Amministrazione per giustificare il diniego, configurandosi dunque come giudizio sul rapporto (come si evince dal comma 4 del citato art. 116). Ciò non toglie, tuttavia, che lo stesso giudizio è modellato dall'art. 116

comma 1 c.p.a. sullo schema impugnatorio, in quanto rivolto avverso il provvedimento di diniego o avverso il silenzio - rigetto formatosi sulla istanza di *disclosure* documentale.

Dalla natura impugnatoria del giudizio in materia di accesso conseguono: *a)* il carattere decadenziale del termine previsto per l'impugnazione del diniego espresso dall'Amministrazione; *b)* l'impossibilità di reiterare l'istanza di accesso, salvo che essa non si fondi su fatti non rappresentati nell'originaria domanda, sopravvenuti o meno, ovvero su una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante; *c)* l'onere di impugnazione di eventuali atti di diniego sopravvenuti, ove non meramente confermativi del primo diniego.

Nel caso di specie, i due atti in contestazione presentano contenuto radicalmente diverso, il che non consente di porli in una relazione di continuità/identità suscettibile di attrazione nel fuoco della medesima impugnativa.

Nel primo atto (1.12.2020), ritualmente gravato, la stazione appaltante si è limitata a disporre il differimento dell'accesso alla data di aggiudicazione della gara (*«essendo in corso la procedura di verifica dell'anomali dell'offerta, come risulta dal verbale della seduta pubblica del 26 agosto 2020 pubblicato su Sintel, l'accesso è differito ex art. 53 D.Lgs. 50/2016 alla adozione della aggiudicazione definitiva»*).

Nel secondo atto (28.1.2021), mai impugnato, la stazione appaltante ha invece negato l'accesso ritenendo Rekeep priva di interesse a seguito della sua esclusione dalla gara e della pendenza innanzi al Tar Liguria del ricorso avverso l'atto di esclusione.

2.4. Anche per questa parte, dunque, l'azione ex art. 116 c.p.a. risulta improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, assorbita ogni altra questione, stante l'omessa impugnativa del diniego sopravvenuto nel corso del giudizio di primo grado.

3. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo nei rapporti tra Reekeep, Alisa e Coopservice.

Possono essere compensate, invece, nei rapporti con ANAC, stante la marginalità della relativa posizione ed il tenore meramente formale della sua costituzione in giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in riforma della sentenza impugnata dichiara improcedibile per difetto di interesse il ricorso di primo grado.

Condanna la parte appellante a rifondere in favore di Alisa e Coopservice le spese di lite che liquida, per ciascuna di esse, in complessivi € 2.000,00, oltre accessori di legge.

Compensa le spese di lite nei rapporti con Anac.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Veltri, Presidente FF

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Giulio Veltri

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI