

Pubblicato il 24/03/2021

N. 02501/2021REG.PROV.COLL.
N. 01467/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 1467 del 2021, proposto da Assut Europe S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Angelo Clarizia e Paolo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Consip S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

B Braun Milano S.p.A., Johnson & Johnson Medical S.p.A., Medtronic Italia

S.p.A. non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 01815/2021, resa tra le parti, concernente l'annullamento del provvedimento del 26 novembre 2020 con il quale Consip S.p.a. ha escluso la ricorrente dalla gara a procedura aperta per la conclusione di un "Accordo Quadro per la fornitura di suture chirurgiche tradizionali destinate alla chirurgia generale per le Pubbliche Amministrazioni – Edizione 2 (ID 2168)", dei provvedimenti presupposti, connessi e consequenziale, ivi compresa la segnalazione all'ANAC del 16 dicembre 2020, dei successivi provvedimenti di aggiudicazione definitiva non efficace dei lotti n. 4 e n. 16.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2021, svoltasi in videoconferenza secondo quanto disposto dall'art. 25, comma 1, d.l. 28 ottobre 2020, n. 37, il Consigliere Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti l'Avvocato Angelo Clarizia e l'Avvocato dello Stato Daniela Canzonieri;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1.- Con ricorso al TAR per il Lazio, la società ricorrente impugnava gli atti in epigrafe, lamentandone l'illegittimità sotto vari profili.

La società, inizialmente risultata tra gli aggiudicatari dell'Accordo Quadro relativo ai lotti 4 e 16 della procedura indetta da Consip s.p.a. (per "la fornitura di suture chirurgiche tradizionali destinate alla chirurgia generale per le Pubbliche Amministrazioni") era stata esclusa dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. f), del d.lgs. n. 50/2016 per aver "reso falsa dichiarazione in

ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 80, comma 4, del d.lgs. 50/2016, relativamente alle violazioni definitivamente accertate in materia di obblighi fiscali" e in ragione del provvedimento sanzionatorio dall'ANAC di interdizione dalla partecipazione alle gare, dall'affidamento dei subappalti e dalla stipula dei contratti nel periodo dal 20 maggio 2020 al 4 giugno 2020, attesa la conseguente perdita di continuità del requisito di ordine generale durante lo svolgimento della procedura.

La ricorrente, col ricorso introduttivo, censurava la propria esclusione dalla gara sostanzialmente evidenziando la natura non definitiva della presupposta sanzione, attesa la sua tempestiva impugnazione dinanzi al TAR e, con successivi motivi aggiunti, impugnava la sopravvenuta aggiudicazione dei lotti in questione.

2.- Si costituiva in giudizio Consip S.p.a. che eccepiva la tardività dei motivi aggiunti e, conseguentemente, l'improcedibilità del ricorso.

3.- La sentenza in epigrafe ha dichiarato irricevibile il ricorso per motivi aggiunti (essendo stato notificato oltre 30 giorni successivi alla comunicazione del 14 dicembre 2020 dell'intervenuta aggiudicazione) ed ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo avverso l'esclusione per sopravvenuta carenza di interesse, compensando tra le parti le spese di giudizio.

4.- Con l'appello in esame, la ricorrente denuncia l'erroneità e illegittimità della sentenza affermando che il termine per proporre i motivi aggiunti sarebbe di 45 gg, comprensivi dei 15 gg. inerenti l'esercizio del diritto di accesso, come previsto dall'art. 76, comma 2, del codice appalti pubblici di cui al D.lgs. n. 50 del 2016.

La ricorrente invoca a proprio favore la pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 12/2020, e sostiene che l'omessa comunicazione completa ed esaustiva dell'aggiudicazione può determinare uno slittamento del termine per la

contestazione dell'aggiudicazione (pari ai 15 giorni previsti per l'accesso), a prescindere dal tipo di censure svolte in concreto, riguardino o meno gli aspetti tecnico-economici dell'offerta aggiudicataria.

5.- In subordine, la società ricorrente chiede la rimessione in termini per errore scusabile, ai sensi dell'art. 37 c.p.a.

6.- Nel merito, l'appellante denuncia sostanzialmente la violazione delle norme a garanzia della partecipazione nel procedimento, in quanto Consip S.p.a. avrebbe semplicemente preso atto dell'annotazione contenuta nel casellario informatico dell'ANAC per affermare che la ricorrente avrebbe perduto, seppure per soli 15 giorni, la capacità di contrarre con la pubblica amministrazione per effetto di una misura sanzionatoria, peraltro impugnata innanzi al Tar; con la grave conseguenza che se il ricorso amministrativo avverso la delibera ANAC 418/2020 fosse accolto, Assut Europe si troverebbe restituita ad una condizione di assoluta e piena continuità del possesso del requisito di cui all'art. 80, co. 5, lett. f), per non avere mai subito alcuna interdizione dalla capacità di contrattare con la P.A..

7.- Si è costituita in giudizio Consip s.p.a., chiedendo il rigetto dell'appello.

8.- L'appello è infondato.

8.1.- Il Collegio ritiene condivisibile la pronuncia del TAR.

Il ricorso introduttivo di primo grado avverso l'esclusione dalla gara correttamente è stato dichiarato improcedibile, essendo stata tardivamente proposta l'impugnazione con motivi aggiunti dell'aggiudicazione sopravvenuta.

Per pacifica giurisprudenza, il ricorso avverso l'esclusione da una gara pubblica è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse allorché non sia impugnata nei termini, nonostante la tempestiva comunicazione, l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, che costituisce l'atto

che rende definitiva la lesione dell'interesse azionato dal soggetto escluso; infatti l'eventuale annullamento della esclusione, che ha effetto viziante e non caducante, lasciando sopravvivere l'aggiudicazione non impugnata, non è idoneo ad attribuire al ricorrente alcun effetto utile (da ultimo, Consiglio di Stato sez. III, 20/05/2020, n.3200).

8.2.- La tardività della notifica dei motivi aggiunti (oltre i 30 giorni dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione) è vanamente contestata dall'appellante: la piena conoscenza degli atti riguardanti le offerte aggiudicatarie e i verbali di gara, non era funzionale alla conoscenza della lesività dell'esclusione, atto impugnato con l'atto introduttivo, e di fatto unico provvedimento avverso il quale la ricorrente formula le censure.

In altri termini, allorchè l'impugnazione e, nel merito, i motivi proposti riguardino l'esclusione dalla gara e non l'aggiudicazione (e l'impugnazione di quest'ultima sia effettuata ai soli fini della procedibilità del ricorso dell'annullamento degli atti conclusivi della procedura viziati da illegittimità derivata) non può trovare applicazione il principio per cui la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" per il ricorso avverso l'aggiudicazione, onde evitare la proposizione di "ricorsi al buio", principio che trova applicazione solo quando i motivi conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario, ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, e vi sia pertanto un legame tra motivi di ricorso e conoscenza dei documenti oggetto di accesso (Consiglio di Stato Adunanza Plenaria del 2/07/2020, n.12).

8.3.- Neppure, può trovare accoglimento l'istanza di remissione in termini per errore scusabile avanzata in via subordinata dall'appellante, non sussistendone i presupposti, ovvero obiettive oscurità o difficoltà di interpretazione di

norme, particolare complessità della fattispecie concreta, contrasti giurisprudenziali, comportamenti equivoci o contraddittori dell'Amministrazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 4 ottobre 2019, n. 6684).

Anche l'invocata Adunanza Plenaria n. 12/2020 è chiaramente contraria alla tesi dell'appellante con riguardo al termine per l'impugnazione della sopravvenuta aggiudicazione, nell'ipotesi in cui sia stato esercitato il diritto di accesso, ma non vi sia relazione con i motivi di impugnazione proposti.

Nel processo amministrativo la rimessione in termini per errore scusabile di cui all'art. 37 c.p.a. costituisce un istituto di carattere eccezionale, in quanto deroga al principio fondamentale di perentorietà dei termini d'impugnazione.

Di conseguenza, il cit. art. 37 c.p.a. deve considerarsi norma di stretta interpretazione, dal momento che un uso eccessivamente ampio della discrezionalità giudiziaria, che esso presuppone, lungi dal rafforzare l'effettività della tutela giurisdizionale, potrebbe comportare un grave vulnus del pariordinato principio di parità delle parti relativamente al rispetto dei termini perentori stabiliti dalla legge processuale (Consiglio di Stato sez. IV, 16/11/2020, n.7042).

9.- L'appello sarebbe, comunque, infondato nel merito.

La misura interdittiva adottata dall'ANAC della iscrizione nel casellario informatico ai fini della esclusione dalle gare opera automaticamente e senza valutazioni discrezionali (Consiglio di Stato sez. V, 11/01/2021, n.386).

Pertanto, l'apporto partecipativo della ricorrente non avrebbe potuto determinare l'adozione di un provvedimento di diverso contenuto.

9.1.- E' altresì irrilevante la circostanza che la sanzione adottata dall'ANAC fosse stata impugnata dinanzi al TAR.

La pendenza del giudizio non assume rilievo ai fini dell'applicazione della causa espulsiva di cui all'art. 80, comma 5, lett. f) del d.lgs. n. 50/2016, che del

resto non subordina affatto la sua contestabilità al fatto che la sanzione interdittiva sia stata confermata in sede giurisdizionale.

10.- In conclusione, l'appello va respinto.

11.- Le spese di giudizio si compensano tra le parti, in considerazione delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), respinge l'appello e, per l'effetto, confermando la sentenza appellata con diversa motivazione, dichiara legittimo il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Paola Alba Aurora Puliatti

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO