

Pubblicato il 17/01/2023

N. 00590/2023REG.PROV.COLL.
N. 04937/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4937 del 2022, proposto da -OMISSIS- s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria di costituendo Rti con -OMISSIS- s.r.l., -OMISSIS- s.r.l. e -OMISSIS- s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Christian Lombardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Monti in Roma, via Emilia, 81;

contro

Provincia di Caserta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianfranco D'Angelo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Pieve Ligure, 48;

nei confronti

-OMISSIS- s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Delfino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

-OMISSIS- s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Daniele Cutolo e Roberta D'Apolito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. -OMISSIS-, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Caserta, della -OMISSIS- s.r.l. e della -OMISSIS- s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2022 il Cons. Alberto Urso e uditi per le parti gli avvocati Lombardi, D'Angelo, Cutolo e Delfino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando del 25 luglio 2019 la Provincia di Caserta indiceva procedura di gara per l'affidamento dell'installazione e manutenzione di n. 3 dispositivi elettronici per il rilevamento delle violazioni di cui all'art. 142 del Codice della strada.

Con sentenza n. -OMISSIS-, su ricorso dell'odierna appellante, il Tribunale amministrativo per la Campania annullava l'aggiudicazione della gara disposta dall'amministrazione in favore dell'Ati formata dalla -OMISSIS- s.r.l. (mandataria) e dalla -OMISSIS- s.p.a. (mandante) ordinando alla stazione appaltante di rideterminarsi in ordine all'ammissione od esclusione della detta Ati *ex art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis*), d.lgs. n. 50 del 2016 a fronte delle censure accolte in relazione ad alcune precedenti esclusioni disposte in danno della -OMISSIS- dal Comune di Santa Marinella e dall'Anas s.p.a.

L'amministrazione si rideterminava confermando l'aggiudicazione in favore della medesima Ati.

2. Avverso tale provvedimento e gli atti correlati ha proposto ricorso la -OMISSIS- denunciandone la nullità per violazione od elusione di giudicato e, in subordine, chiedendone l'annullamento.

3. Il Tribunale amministrativo adito, nella resistenza della Provincia d Caserta, della -OMISSIS- e della -OMISSIS- respingeva il ricorso.

In particolare, il giudice di primo grado dichiarava inammissibile l'azione d'ottemperanza atteso che la ricorrente non aveva originariamente prodotto prova del passaggio in giudicato della sentenza ottemperanda, provvedendovi solo successivamente; respingeva al contempo la domanda d'annullamento, ritenendo che la -OMISSIS- non avesse prospettato specifici pertinenti vizi, ma avesse sostanzialmente replicato quelli già fatti valere a titolo d'inottemperanza.

4. Avverso la sentenza ha proposto appello la -OMISSIS- deducendo, in via preliminare:

sull'errata dichiarazione di inammissibilità del giudizio: violazione di legge (art. 114, comma 2, ed art. 32, comma 1, Cod. proc. amm.);

nullità della sentenza (art. 32, comma 2 ed art. 87, comma 1, Cod. proc. amm.);

nel merito:

erroneità della sentenza: elusione del giudicato; violazione dell'art. 21-*septies* l. n. 241 del 1990 sotto vari profili;

in subordine:

erroneità della sentenza: mancata valutazione dell'azione di annullamento; violazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato (art. 112 Cod. proc. civ.); violazione del principio di qualificazione dell'azione (art. 113 Cod. proc. civ. ed art. 32, comma 2, Cod. proc. amm.);

violazione di legge (art. 80, comma 5, lett. *c*) e *c-bis*), d.lgs. n. 50 del 2016);

eccesso di potere (inesistenza, difetto del presupposto, di motivazione, di istruttoria, arbitrarietà, travisamento ed erronea rappresentazione dei fatti sottoposti a giudizio), sotto vari profili.

L'appellante chiede altresì la nomina di un commissario *ad acta*, nonché la comminatoria di penalità di mora ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e), Cod. proc. amm.

5. Resistono al gravame la Provincia di Caserta, la -OMISSIS- e la -OMISSIS- chiedendone la reiezione.

6. Alla camera di consiglio del 15 dicembre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Va respinta anzitutto l'eccezione preliminare d'inammissibilità dell'appello per genericità delle censure con lo stesso formulate, le quali sono al contrario sufficientemente dettagliate ed effettivamente rivolte nei confronti della *ratio decidendi* della sentenza, nonché avverso i provvedimenti amministrativi sottostanti (cfr. *infra*, *sub* § 2 ss.).

1.1. Può prescindersi dall'esame dell'eccezione d'inammissibilità della memoria conclusionale e delle repliche dell'appellante (nonché dalla speculare istanza di rimessione in termini dalla stessa presentata) stante la non rilevanza in sé dei detti scritti difensivi ai fini del decidere, trattandosi di scritti che riguardano profili e questioni già trattate dalle parti e rimesse comunque all'autonomo apprezzamento e valutazione del Collegio.

1.2. Si può prescindere anche dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate in relazione all'azione d'annullamento proposta dalla -OMISSIS-, stante l'assorbimento della stessa.

1.3. Le altre eccezioni preliminari formulate dalle appellate possono essere esaminate unitamente al merito, cui più propriamente pertengono.

2. Col primo profilo di doglianza, avverso la statuizione d'inammissibilità della domanda d'ottemperanza pronunciata dal giudice di primo grado, l'appellante deduce che il ricorso proposto era in realtà "misto", d'ottemperanza e merito *ex* art. 119 Cod. proc. amm.; per questo, l'assoggettamento dell'azione di merito a rito speciale di cui all'art. 119 Cod. proc. amm. imponeva l'applicazione di detto rito speciale ai sensi dell'art. 32,

comma 1, Cod. proc. amm., sicché la previsione dell'art. 114 Cod. proc. amm. sul necessario deposito della sentenza ottemperanda con attestazione del giudicato - afferente al distinto rito d'ottemperanza - non era nella specie applicabile.

Al contempo, l'appellante pone in risalto come non occorra la prova del passaggio in giudicato della sentenza del giudice amministrativo ai fini dell'ottemperanza, tanto più se detta definitività non è contestata; in ogni caso il giudicato può essere provato sino alla camera di consiglio, come nella specie avvenuto.

D'altra parte, la certificazione del passaggio in giudicato della sentenza non rappresenta prova risolutiva della circostanza del giudicato, la quale deriva *ope legis* dal verificarsi dei presupposti di cui all'art. 324 Cod. proc. civ.

Sotto distinto profilo, l'appellante deduce la nullità della sentenza rispetto all'azione d'annullamento, atteso che il Tar avrebbe dovuto disporre la conversione del rito e rimettere la causa a udienza pubblica.

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

2.1.1. Non è condivisibile nel merito - e ciò esime dallo scrutinio delle speculari eccezioni preliminari sollevate dalle parti appellate - il preliminare rilievo incentrato sull'inapplicabilità nella specie dell'art. 114, comma 2, Cod. proc. amm. a fronte della *vis attractiva* esercitata *ex art.* 32, comma 1, Cod. proc. amm. dal rito speciale di cui all'art. 119 Cod. proc. amm.

La disposizione dell'art. 32, comma 1, Cod. proc. amm. riguarda infatti domande (di natura omogenea) connesse, cumulativamente proposte, soggette a riti diversi; la stessa disposizione non trova tuttavia applicazione in caso di proposizione (non già di domande *connesse*, bensì di) azioni di natura eterogenea - e cioè una esecutiva d'ottemperanza e l'altra di cognizione - proposte secondo un ordine di subordinazione o in via *successiva* e *gradata*: in tal caso, come la stessa appellante pone peraltro in risalto in relazione ad altra distinta doglianza (cfr. *retro*, l'ultima parte del motivo di censura, ove la stessa -OMISSIS- invoca il necessario mutamento del rito), s'è in presenza di

un'azione di ottemperanza (cui si applica il relativo regime) che, se del caso (*i.e.*, conversione in azione di cognizione, ovvero rigetto della domanda esecutiva, con conseguente esame di quella - distinta - d'annullamento) richiede il mutamento del rito (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2; V, 12 marzo 2020, n. 1771, ove si pone in risalto chiaramente che “È noto (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2 e Id., III, 29 ottobre 2018, n. 6130) che, nei confronti di atti amministrativi adottati in seguito a una sentenza di annullamento, è consentito proporre in un unico ricorso, diretto al giudice dell'ottemperanza, domande tipologicamente distinte, le une proprie di un giudizio di cognizione e le altre di un giudizio di ottemperanza: le quali restano, tuttavia, assoggettate - sotto il profilo della competenza, del rito e dei poteri cognitori e decisorii - a un autonomo regime processuale, al punto che, il giudice adito, se [...] non ritenga sussistere i presupposti per dichiarare la nullità o l'inefficacia degli atti, è abilitato a disporre la conversione del rito solo una volta accertata la sussistenza dei relativi «presupposti», cioè delle condizioni dell'azione in concreto (cfr. art. 32, comma 2, seconda parte Cod. proc. amm.)”; Id., VI, 17 settembre 2019, n. 6184).

2.1.2. È invece condivisibile il secondo profilo di doglianza, relativo all'originario mancato deposito dell'attestazione di passaggio in giudicato della sentenza di cognizione.

Va premesso in proposito che la ricorrente aveva prodotto in origine copia della sentenza ottemperanda (*sub* doc. 5, depositato unitamente al ricorso il 13 dicembre 2021), successivamente versata in atti con dichiarazione di conformità sottoscritta dal difensore (su cui cfr. l'art. 136, comma 2-ter, Cod. proc. amm.) giusta deposito del 7 gennaio 2022; la certificazione di mancata proposizione d'appello è stata prodotta in atti con successivo deposito dell'11 gennaio 2022 (si rileva che la camera di consiglio ai fini del merito fu celebrata il 23 febbraio 2022).

Al riguardo, in disparte gli altri rilievi mossi dall'appellante, è assorbente osservare che la prova del giudicato - che peraltro, nella specie, è costituito da una sentenza del giudice amministrativo, coincidente con quello chiamato a

pronunciarsi sull'ottemperanza - può essere fornita anche successivamente al deposito del ricorso (cfr. Cons. Stato, VI, 17 febbraio 2022, n. 1198; cfr. anche Id., IV, 16 novembre 2020, n. 7041), e nella specie è legittimamente avvenuta (ciò che vale anche per il deposito della copia conforme in sé della sentenza ottemperanda, prodotta, come suindicato, il 7 gennaio 2021: cfr., in proposito, ancora Cons. Stato, n. 7041 del 2020, cit.) con rituale produzione anteriore alla camera di consiglio, non importa se successivamente alle corrispondenti eccezioni mosse dalle resistenti.

Il che vale di per sé all'accoglimento del motivo di gravame, con riforma della sentenza, e all'esame nel merito della domanda d'ottemperanza.

3. Si duole al riguardo l'appellante della violazione od elusione del giudicato commessa dall'amministrazione: a fronte di due precedenti esclusioni disposte, rispettivamente, dall'Anas e dal Comune di S. Marinella in danno della -OMISSIS- valorizzate dal Tar con la sentenza di cognizione n. -OMISSIS-, e della correlata falsa dichiarazione resa dalla medesima società appellata, la stazione appaltante si sarebbe limitata ad adottare un provvedimento di aggiudicazione in favore dell'Ati capeggiata dalla stessa -OMISSIS- con pedissequa reiterazione del vizio.

Non potrebbe assumere alcun rilievo contrario, in proposito, la "relazione istruttoria" postuma predisposta dal Rup, atteso che la commissione di gara s'era limitata laconicamente a rilevare l'omessa annotazione a casellario Anac (già ritenuta in sé irrilevante dalla detta sentenza del Tar n. -OMISSIS-) di uno solo dei due pregiudizi emersi: in tal guisa, il Rup - per il tramite della suddetta relazione - avrebbe attribuito alla commissione delle valutazioni che non risultano invero espresse dalla stessa.

I provvedimenti sarebbero affetti comunque da carenza di motivazione, atteso che la stazione appaltante non ha reso una compiuta valutazione di affidabilità dell'operatore economico in relazione ai fatti in rilievo, e in specie all'esclusione disposta dall'Anas (che il nuovo provvedimento di aggiudicazione ha trascurato del tutto) e dal Comune di Santa Marinella, né

sulla corrispondente falsità dichiarativa endoprocedurale commessa dalla -OMISSIS- nella gara controversa.

3.1. Il motivo è fondato e va accolto, nei termini e per le ragioni che seguono.

3.1.1. Occorre anzitutto perimetrare esattamente il contenuto conformativo posto dall'ottemperanda sentenza di annullamento n. -OMISSIS- del Tar.

La stessa accoglieva il ricorso e i primi motivi aggiunti in relazione ad alcune delle doglianze formulate dalla -OMISSIS- in ordine alla potenziale portata escludente dei seguenti precedenti pregiudizi maturati in capo alla -OMISSIS-, enunciati dalla stessa sentenza a fronte delle censure formulate dalla ricorrente (par. 4.1): (i) *“esclusione da precedente gara comminata dall’Anas in data 18/10/2016 per aver partecipato alla gara in due raggruppamento diversi, in violazione dell’art. 37, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006”*, nonché correlata *“annotazione nel casellario informatico ANAC dell’8/6/2017, avvenuta a seguito della comunicazione dell[la detta] esclusione [...]”*; (ii) *“esclusione in data 25 gennaio 2018 disposta dal Comune di Santa Marinella in relazione a procedura aperta di gara ai sensi dell’art. 60, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 ‘per il noleggio, l’installazione e manutenzione di dispositivi di controllo automatico fissi, debitamente omologati, per il rilevamento delle infrazioni al C.d.S. artt. 146 e 41’, rilevante ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. f bis, del d.lgs. n. 50/2016, in ragione dell’omessa dichiarazione della sussistenza della predetta iscrizione nel casellario informatico tenuto presso l’ANAC”*; a seguire, nella sintesi del terzo motivo di ricorso (accolto dal Tar: cfr., chiaramente, par. 6 della sentenza), si faceva riferimento espresso all’invocata integrazione sostanziale *ex art. 80, comma 5, lett. c)*, d.lgs. n. 50 del 2016 dei gravi illeciti professionali, coincidenti appunto con *“le due esclusioni da precedenti gare e l’iscrizione nel casellario Anac”*, non adeguatamente valutati dalla stazione appaltante.

A fronte delle successive doglianze formulate coi primi motivi aggiunti, la sentenza si soffermava poi espressamente - ai fini dell’accoglimento - sui profili di *“falsità della dichiarazione resa dal l.r. di -OMISSIS- s.r.l.”*, nell’ambito della gara controversa, in relazione a circostanze inerenti alla detta procedura

tenuta dal Comune di Santa Marinella (cfr. sentenza n. -OMISSIS-, *sub par.* 4.2).

In tale contesto, la decisione adottata dal Tar muoveva dalla considerazione che *“le due esclusioni che hanno colpito -OMISSIS- s.r.l. meno di tre anni prima dell’indizione della gara de qua acquistano [...] rilievo ai sensi del [...] comma 10 bis [dell’art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016], nel [...] senso di dover essere valutate dalla S.A. in sede di verifica dei requisiti di integrità ad affidabilità della società partecipante (con riferimento agli episodi che le hanno causate)”*; tale *“obbligo valutativo in capo alla S.A.”* è ravvisabile per la sentenza *“anche valorizzando il disposto della sopra citata lett. c del comma 5 art. 80 d. lgs. n. 50/16”*, tenuto conto che *“entrambi gli episodi”* che hanno dato luogo alle esclusioni *“si sono verificati prima dello spirare del triennio dalla indizione della gara”* (parr. 4.5.1.1 e 4.5.2).

In tal senso, la sentenza proseguiva ponendo in risalto che - con specifico riguardo all’esclusione disposta dal Comune di Santa Marinella - *“la mancanza dell’iscrizione nel casellario Anac della falsità dichiarativa nella precedente gara preclude l’automatismo espulsivo nel corso della gara de qua, ma non rende - per ciò solo - la precedente condotta (falsamente) dichiarativa del tutto irrilevante ed insuscettibile di autonoma valutazione in termini di affidabilità del concorrente”* (par. 4.5.2.2.3).

Subito dopo la sentenza evidenziava che *“Stessa sorte segue l’episodio da cui è scaturita l’esclusione Anas, che non si sottrae alla valutazione della S.A. per il solo fatto che l’annotazione rechi la specificazione che dalla stessa non deriva l’automatica esclusione da future selezioni?”*.

3.1.1.1. Emerge chiaramente da ciò come il giudice della cognizione, nel considerare il potenziale portato escludente dei pregiudizi denunciati a carico della -OMISSIS-, si sia riferito ad entrambe le esclusioni disposte in danno della stessa: tanto quella del Comune di Santa Marinella, quanto quella - a monte - adottata dall’Anas.

Il che vale anche per la seguente la valutazione, espressa dal giudicante nel senso che i verbali di gara (ove non si dava conto *“di alcuna istruttoria svolta”* dalla stazione appaltante) e la stessa documentazione prodotta da quest’ultima

in giudizio (“*neppure [...] emerg[e] l’acquisizione*” di documentazione relativa ai “*pregressi episodi*” oggetto della dichiarazione di -OMISSIS-, cioè le due suddette esclusioni) lo inducevano a ritenere che la stazione appaltante si fosse determinata ad ammettere l’aggiudicataria “*prescindendo del tutto dalla valutazione degli illeciti, ritenuti tout court irrilevanti per le ragioni rappresentate nella (scarna) difesa di cui si è appena dato conto* [cfr. spec. par. 4.5.3 della sentenza, che si sofferma sulle difese dell’amministrazione, specie sull’adempimento degli obblighi dichiarativi, la diversità delle fattispecie pregresse, e l’irrilevanza dell’iscrizione a casellario Anac; cfr. peraltro, al riguardo, già il par. 4.3]”, e ciò anche per il contenuto della dichiarazione resa in gara dalla -OMISSIS-, che appariva al Tar “*idonea a far sì che la stazione appaltante omett[esse] di indagare la natura dei fatti sanzionati dalle altre Amministrazioni e di valutare se [fossero] tali da incidere sull’integrità e sull’affidabilità professionale dell’impresa concorrente*” (par. 4.5.3.1; cfr. peraltro in termini generali anche prima, *sub* par. 4.4, ove sono riportate le dichiarazioni della -OMISSIS-, fra le quali “*no*” in relazione al quesito inerente la commissione di gravi illeciti professionali *ex art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016*; e “*Il sottoscritto... precisa, che solo a fini pubblicistici è presente sul casellario delle imprese tenuto [dall’Anac] un’annotazione effettuata in data 08/06/2017, che non ha avuto alcuna conseguenza sanzionatoria [...]*”).

Emerge chiaramente, dunque: (i) che il Tar si riferiva, nell’apprezzare i vizi dell’azione amministrativa in relazione alla gara, ad entrambi gli episodi di esclusione di cui la -OMISSIS- era stata protagonista; (ii) che censurava al riguardo proprio la omessa (adeguata) valutazione e istruttoria sugli stessi da parte dell’amministrazione, fuori da meccanismi di automatica espulsione (così come d’irrilevanza *tout court* degli illeciti pregressi).

Per questo, l’accoglimento del ricorso con annullamento del provvedimento di aggiudicazione (per inadeguata istruttoria e valutazione su entrambi i suddetti potenziali illeciti professionali) non poteva che implicare la rivalutazione da parte della stazione appaltante in relazione ad entrambi i detti

episodi, in coerenza con quanto esplicitato del resto dalla sentenza nella parte conclusiva (cfr. par. 6.1: *“Da tale annullamento deriva la retrocessione del procedimento di gara e la necessità che la stazione appaltante si ridetermini ai sensi dell’art. 80 comma 5 lett. c) e c-bis) circa l’ammissione o l’esclusione del raggruppamento odierno controinteressato, con motivazione idonea che tenga conto di quanto in precedenza evidenziato”*), e specularmente a quanto in origine prospettato dalla stessa sentenza quale questione da esaminare ai fini della soluzione della controversia (*“[...] se sia stato supportato da sufficiente istruttoria e risulti ragionevole il giudizio sui pregressi illeciti professionali compiuti dalla S.A.”*: cfr. par. 4.5).

Né su ciò incide il fatto che, in un distinto passaggio motivazionale, la sentenza valorizzi che *“anche a voler diversamente opinare”* la valutazione dei pregressi illeciti sarebbe comunque avvenuta ignorando - per falsità della dichiarazione endoprocedurale della -OMISSIS- - il dato della definitività dell’esclusione disposta dal Comune di Santa Marinella, con conseguente affermazione da parte del Tar del necessario *“rinnovo di tale valutazione alla luce del dato reale (definitività dell’esclusione) emerso in sede processuale”* (par. 4.5.3.2).

Si tratta, infatti, di un rilievo ed argomento aggiuntivo, che specifica e declina ulteriormente - in relazione alla specifica vicenda col Comune di Santa Marinella - il vizio (già) ravvisato dal Tar a fronte di entrambi i detti episodi: proprio perciò lo stesso non vale a escludere il (necessario) riesame del potenziale illecito professionale coincidente con l’esclusione operata dall’Anas, cui il Tar attribuisce un espresso rilievo che finirebbe per essere (contraddittoriamente) obliterato laddove si ritenesse che il riesame era stato prescritto rispetto alla sola vicenda occorsa col Comune di Santa Marinella.

Il che parimenti vale per il successivo richiamo alla falsità dichiarativa commessa dalla -OMISSIS- - anch’essa con specifico riferimento alla gara col Comune di Santa Marinella, a fronte delle doglianze di cui ai primi motivi aggiunti proposti dalla ricorrente - da apprezzare come tale e insieme con la relativa vicenda sostanziale: anche questo è un aspetto aggiuntivo, che in nulla scalfisce il portato conformativo (in termini di necessaria rivalutazione)

riveniente dall'annullamento dell'aggiudicazione, in accoglimento del ricorso, anche per inadeguata istruttoria e valutazione della vicenda occorsa con l'Anas.

Alla luce di ciò, dunque, l'oggetto su cui l'amministrazione era chiamata a ripronunciarsi a fronte del contenuto della sentenza del Tar è chiaramente riconducibile alla sussistenza di gravi illeciti professionali *sostanziali* in relazione alle pregresse esclusioni disposte dall'Anas e dal Comune di Santa Marinella, nonché alla falsità *dichiarativa* commessa in gara dalla -OMISSIS- rispetto a tale ultima esclusione.

3.1.2. Così delineato il portato conformativo della sentenza, le doglianze formulate dall'appellante in termini di elusione di giudicato sono da ritenere condivisibili.

L'azione amministrativa conseguente alla sentenza si è sostanziata, a ben vedere, in una rinnovazione dell'istruttoria (con richiesta di documentazione alla -OMISSIS-) e conseguente valutazione operata dalla commissione il 28 settembre 2021; è seguita una relazione a firma del Rup del 21 ottobre 2021, insieme con la determina finale di ri-aggiudicazione della gara all'Ati capeggiata dalla -OMISSIS-.

Tale attività non risulta nel complesso rispettosa dei dettami posti dalla sentenza ottemperanda.

3.1.2.1. Senz'altro non può considerarsi soddisfacente dell'obbligo conformativo posto dalla sentenza - coincidente, si ripete, con un'adeguata valutazione e istruttoria sui pregressi fatti di esclusione e sulla falsità dichiarativa endoprocedurale - l'operato della commissione di cui al verbale del 28 settembre 2021.

Questo consiste semplicemente, per quanto di rilievo, nel richiamo ad alcuni passaggi della sentenza n. -OMISSIS-, e limita la valutazione alla sola considerazione che *“il provvedimento di esclusione disposto dal Comune di Santa Marinella, non è stato oggetto di annotazione presso il Casellario ANAC né risultano conseguenze sanzionatorie o analoghi comportamenti da parte di -OMISSIS- S.R.L.”*.

Risulta evidente come la valutazione così espressa dalla commissione sia lacunosa, irrispettosa e contrastante con gli obblighi posti dalla sentenza del Tar.

Manca del tutto, infatti, la considerazione dell'esclusione disposta dall'Anas, su cui pure - come rilevato - la sentenza d'annullamento si fondava.

Anche quella relativa all'esclusione del Comune di Santa Marinella risulta poi in parte contrastante con quanto affermato dalla sentenza (che aveva espressamente escluso l'idoneità della mancata iscrizione nel casellario Anac del fatto a rendere *ex se* irrilevante l'esclusione), per la restante parte ("*né risultano conseguenze sanzionatorie o analoghi comportamenti da parte di -OMISSIS-*") laconica ed eccessivamente stringata, perciò insufficiente (seppur successivamente sviluppata dal Rup nella relazione del 21 ottobre 2021).

Alla luce di ciò, senz'altro la rivalutazione svolta dalla commissione non può ritenersi adeguata e rispettosa del giudicato (cfr. Cons. Stato, V, 24 maggio 2021, n. 4013), sicché - in difetto di un'adeguata e completa motivazione in tali termini - non può rilevare di per sé neppure la pregressa attività istruttoria di richiesta documentale, come evasa dalla -OMISSIS-, né, di suo, la conclusione nel senso che "*le mancate comunicazioni dei fatti contestati non [sarebbero] in grado di incidere sull'integrità e affidabilità dell'impresa*" (cfr. in proposito il verbale del 28 settembre 2021).

3.1.2.2. Né gli obblighi imposti da tale giudicato possono ritenersi assolti dalla successiva relazione del Rup del 21 ottobre 2021: tale relazione è formulata infatti quale valutazione espressa dalla commissione, e tuttavia la stessa (postuma alla riunione dei commissari) non risulta sottoscritta da tutti i commissari (bensì dal solo Rup, anch'esso commissario); allo stesso modo, non consta alcuna delega da parte della commissione a che il Rup curasse detta istruttoria, né tanto meno - a fronte peraltro delle contestazioni sull'eshaustività della motivazione espressa dalla commissione sollevate dalla -OMISSIS- in sede di seduta pubblica del 28 settembre 2021 - la commissione rinviava a un qualche atto del Rup al riguardo.

Allo stesso modo, non consta che la commissione nella sua interezza abbia successivamente fatto proprio tale atto, che è rimasto - seppure riferito dal Rup alla stessa commissione, e fondato proprio sull'effettuazione di una corrispondente valutazione (*“alla stregua di quanto definito dalla Commissione [...]”*) - sottoscritto dal solo Rup.

Alla luce di ciò, difettano i requisiti formali perché tale atto possa essere effettivamente imputato alla commissione e come tale valorizzato.

Né rileva che la successiva d.d. di aggiudicazione abbia “fatto propria” tale relazione: siffatta determina, infatti, “fa propria” la relazione come tale, cioè non potendo che considerarla (così come la stessa si professava) quale atto della commissione (peraltro in coerenza con le corrispondenti competenze fissate dal disciplinare, *sub par. 12: “La Commissione di gara - in seduta pubblica, verifica l'ammissibilità dei concorrenti e procede alla disamina della documentazione richiesta. Da tale verifica verranno individuati i concorrenti ammessi al prosieguo della gara”*); ma di tale “paternità” della relazione - come osservato - non v'è evidenza, anzi la stessa non può essere formalmente ravvisata per le suesposte ragioni, a fronte delle corrispondenti contestazioni all'uopo mosse dalla - OMISSIS-.

A ciò si aggiunga peraltro, nel merito, che anche tale relazione trascura del tutto di soffermarsi sull'esclusione disposta dall'Anas.

Per tali ragioni, s'è in presenza in specie di un'inottemperanza alla sentenza, e segnatamente di una determinazione amministrativa irrispettosa degli obblighi conformativi posti dal giudicato come suindicati, con conseguente nullità per elusione di giudicato del provvedimento di aggiudicazione impugnato e dei suddetti atti amministrativi correlati.

4. Alla luce di quanto sin qui esposto, dunque, va accolto l'appello e, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado con dichiarazione di nullità degli atti gravati, nei termini suindicati.

4.1. Stanti i chiarimenti qui resi sul contenuto della sentenza ottemperanda e sugli obblighi conformativi derivanti dal giudicato, che richiedono nuova

azione dell'amministrazione, non si fa luogo allo stato alla nomina di commissario *ad acta*, né si condanna al pagamento di *astreinte*, pur fissando il termine entro cui l'amministrazione è tenuta a ripronunciarsi, pari a 60 giorni dalla comunicazione, o notifica se anteriore, della presente sentenza.

4.2. A fronte dell'accoglimento della domanda d'ottemperanza, sono assorbite tutte le doglianze inerenti all'azione d'annullamento (e correlati profili processuali, anche in ordine al censurato mancato mutamento del rito in primo grado), oltre alle speculari eccezioni sollevate dagli appellati.

4.3. Sono poste a carico dell'amministrazione, secondo criterio di soccombenza, le spese del doppio grado di giudizio, liquidate come in dispositivo in favore dell'appellante, mentre possono essere integralmente compensate fra le altre 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 della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione, dichiarando la nullità degli atti amministrativi gravati e ordinando all'amministrazione di rideterminarsi entro 60 giorni dalla comunicazione della presente sentenza, o notificazione se anteriore, come in motivazione;

Condanna l'amministrazione alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio in favore dell'appellante, liquidandole nella misura complessiva di € 5.000,00, oltre accessori di legge, e le compensa fra le altre parti;

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Alberto Urso

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO