

Pubblicato il 28/01/2022

N. 00226/2022 REG.PROV.COLL.  
N. 00072/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 72 del 2022, proposto da New Guard S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Bivona, Antonio Drago, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonio Bivona in Catania, via Martino Cilestri 41;

*contro*

Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Villa Sofia Cervello, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Valeria Casella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

*previa sospensione:*

- del Provvedimento prot. n. 33946/5 del 09.12.2021, comunicato in pari data a mezzo pec, recante <<Procedura aperta telematica per l'aggiudicazione del servizio di portierato per i presidi ospedalieri dell'Azienda Ospedaliera "Ospedali Riuniti Villa Sofia – Cervello" durata contrattuale di anni 2 con

opzione di rinnovo di 2 anni (Nr. Gara ANAC 7793322 Nr. CIG 8335456BE2) Esclusione RTI Security Service – New Guard Unipersonale>> (All. 1);

- ove occorresse, dei verbali di verifica della documentazione amministrativa, n. 9 e n. 13 (All. 2 - 3);

- di qualsiasi ulteriore provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, nonché per la declaratoria di nullità/inefficacia dell'aggiudicazione e del Contratto d'appalto se medio tempore stipulato e rispetto al quale si dichiara di voler subentrare,

e per il risarcimento

del danno derivante dai provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti Villa Sofia Cervello, la relativa memoria e documentazione versata in atti;

Vista la memoria di parte ricorrente del 22/01/2022 e la coeva richiesta di passaggio in decisione del ricorso sulla base degli scritti e documenti versati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2022 il dott. Roberto Valenti e dato atto dell'espresso avviso da parte del Presidente del Collegio per sulla possibile immediata definizione del ricorso con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

La società ricorrente New Guard Srl Unipersonale ha partecipato, in costituendo RTI con Security Service srl, alla gara, indetta dall'Azienda Ospedaliera "Ospedali Riuniti Villa Sofia- Cervello" di Palermo, per l'aggiudicazione del "*Servizio di portierato per i presidi ospedalieri dell'Azienda Ospedaliera "Ospedali Riuniti Villa Sofia – Cervello"*", della durata contrattuale di

anni 2, con opzione di rinnovo di 2 anni (Nr. Gara ANAC 7793322 Nr. CIG 8335456BE2) e con importo complessivo pari ad € 729.416,00 iva esclusa; gara da assegnare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Avviate le procedure di gara, dalla stazione appaltante veniva attivato il soccorso istruttorio rilevato, e fatto presente con nota del 23/11/2021, che *“il sopralluogo presso le strutture risulta effettuato solo dalla mandante e non anche della mandataria, né si rinviene tra la documentazione prodotta delega alla mandataria ad effettuare i sopralluoghi. Rileva ancora che l'allegato I, mod informativa ai fornitori, della mandante New Guard, non contiene alcuna espressione al consenso e, che la polizza fideiussoria non è corredata di autentica, di qualifica e dei poteri dei soggetti firmatari il titolo di garanzia”*.

Parte ricorrente espone quindi di aver inviato in riscontro una nota in data 25/11/2021 allegando *“la documentazione richiesta come di seguito specificato: a) Richiesta sopralluogo inviata il 21/01/2021 e corredata di delega della mandante alla mandataria; a1) screenshot del dettaglio della comunicazione inviata b) Allegato I della Mandante New Guard; b1) screenshot del Riepilogo dei documenti inviati dal quale si evidenzia la presenza del predetto documento; c) Autocertificazione della qualifica e potere di firma del soggetto firmatario del titolo di garanzia”*.

In esito alla seduta del 1°/12/2021, con il provvedimento del 9/12/2021, l'Amministrazione disponeva tuttavia l'esclusione dalla gara del costituendo RTI *“... atteso che anche l'ulteriore allegato I, mod informativa ai fornitori della mandante New Guard, oggi prodotto, non contiene alcuna espressione di consenso”*.

Dal ché la proposizione dell'odierno ricorso nel quale si articola la seguente censura:

1) violazione dell'art. 83, comma 8, del codice dei contratti: quella presa in considerazione dall'Amministrazione non integra alcuna delle ipotesi per cui la stazione appaltante può disporre l'esclusione dalla gara; ipotesi che, secondo il dato normativo, dovrebbero ritenersi tassative; in ogni caso l'invio, in sede di soccorso istruttorio, su richiesta della commissione di gara,

dell'Allegato I debitamente sottoscritto dalla Mandante New Guard, costituisce, e secondo parte ricorrente non potrebbe intendersi altrimenti, consenso espresso al trattamento dei dati per i fini connessi alla procedura di gara.

Parte ricorrente ha chiesto l'annullamento del provvedimento impugnato, previa sospensione degli effetti, formulando al contempo domanda risarcitoria.

Resiste l'Azienda Ospedaliera intimata che, con memoria e relativa documentazione del 21/01/2022, ha chiesto il rigetto del ricorso e della coeva domanda cautelare.

Con memoria del 22/01/2022 parte ricorrente ha insistito per l'accoglimento del ricorso, chiedendo il passaggio in decisione della causa.

All'odierna Camera di Consiglio, il Presidente del Collegio ha dato atto a verbale di udienza della possibile definizione del ricorso con sentenza semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a..

Quindi la causa è stata posta in decisione.

Ciò posto, ritiene il Collegio che il ricorso possa essere definito con sentenza in forma semplificata, all'esito della Camera di Consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare, sussistendone i presupposti di legge sia in relazione alla regolarità del contraddittorio, sia in ordine all'esaustiva trattazione dei fatti di causa e del compendio documentale versato in atti, che non necessita di ulteriori integrazioni, sia avendo riguardo dell'espresso avviso dato del Presidente del Collegio, come da verbale di udienza.

Il ricorso è da respingere in quanto infondato.

Come dedotto dall'Amministrazione resistente, ai sensi dell'art. 6.2 ultimo capoverso del disciplinare di gara si prevede espressamente che *“In caso di incompleta presentazione della documentazione amministrativa richiesta, si ha la facoltà di richiedere ai concorrenti di presentare documentazione amministrativa integrativa, entro e non oltre 10 giorni naturali e consecutivi di calendario, dal ricevimento della richiesta, pena l'esclusione dalla gara. Si precisa che qualora la ditta concorrente non presentasse la*

*documentazione di cui era stata richiesta l'integrazione verrà esclusa dal prosieguo della gara". L'allegato I del Disciplinare di gara – per altro - prescrive che “Il conferimento dei dati è OBBLIGATORIO; il rifiuto comporterà l'impossibilità da parte dell'Azienda Ospedaliera di procedere alle valutazioni ed agli adempimenti indispensabili ai fini dell'ammissibilità alla procedura e dell'eventuale aggiudicazione del servizio”.*

Quanto appena osservato, induce il Collegio a dare continuità all'orientamento già espresso dalla Sezione con la condivisibile sentenza 471/2021, invocata dall'Amministrazione resistente, passata in autorità di cosa giudicata.

Con detta sentenza, non può affermarsi che la dichiarazione richiesta *“costituisca un inutile aggravio procedimentale, giacché la stessa rappresenta la garanzia per la stazione appaltante di avere ottemperato agli obblighi informativi sulla stessa gravanti ai sensi del 50 Considerando e dell'art. 13, comma 2, del Regolamento (EU) 2016/679. In altre parole, la sottoscrizione del modulo da parte del concorrente costituisce un necessario adempimento procedimentale che consente alla stazione appaltante di dimostrare cartolarmente, senza possibilità di contestazione successiva, di avere ottemperato alle previsioni di adeguata informazione dell'interessato discendenti dalla normativa comunitaria”.*

Nella predetta sentenza si precisa che *“nella fattispecie in esame, non sia pertinente il richiamo al principio di tassatività dei casi di art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 poiché ciò che rileva, in questa sede, sono le conseguenze dell'inottemperanza alle richieste di regolarizzazione avanzate dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, ove espressamente si prevede che “In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara””.*

Tali principi trovano applicazione anche nel caso in esame.

Ed invero:

-l'art. 7 del Regolamento 2016/679/UE che disciplina le condizioni del trattamento dei dati prevede che “1. Qualora il trattamento sia basato sul consenso, il titolare del trattamento deve essere in grado di dimostrare che l'interessato ha prestato il proprio consenso al trattamento dei propri dati

personali. 2. Se il consenso dell'interessato è prestato nel contesto di una dichiarazione scritta che riguarda anche altre questioni, la richiesta di consenso è presentata in modo chiaramente distinguibile dalle altre materie, in forma comprensibile e facilmente accessibile, utilizzando un linguaggio semplice e chiaro. Nessuna parte di una tale dichiarazione che costituisca una violazione del presente regolamento è vincolante...”.

Dalla documentazione in atti si evince che nemmeno in sede di riscontro al “soccorso istruttorio” l'allegato inviato dall'impresa ricorrente, pur firmato, contenesse una chiara e palese dichiarazione in ordine alla prestazione o non prestazione del consenso al trattamento dei dati, non avendo l'impresa opzionato nessuna delle due opposte ipotesi/voci espressamente presenti nel modulo.

Ne consegue la legittimità del provvedimento di esclusione disposto dall'Amministrazione, impugnato in questa sede.

Invero, diversamente da quanto opinato dall'impresa ricorrente, la mera apposizione della firma sul modulo, in assenza di una espressa opzione sulle due opposte dichiarazioni da rendere, non consente di ritenere che l'impresa abbia prestato il consenso richiesto.

In conclusione, il ricorso è da respingere in quanto infondato.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in favore dell'Amministrazione resistente nella misura di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta in quanto infondato.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite on favore dell'Amministrazione resistente, che liquida in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), oltre IVA, CPA e spese generali, se spettanti, e contributo unificato, se ed in quanto versato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2022

con l'intervento dei magistrati:

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Presidente

Aurora Lento, Consigliere

Roberto Valenti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Roberto Valenti**

**IL PRESIDENTE**

**Guglielmo Passarelli Di Napoli**

**IL SEGRETARIO**