

Pubblicato il 29/07/2020

N. 01665/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00626/2020 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**

sul ricorso numero di registro generale 626 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Mangano e Giovanni Barraja, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, e con domicilio fisico eletto presso lo studio dei predetti difensori in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

***contro***

il Comune di Palermo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Daniela Bartolone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, e con domicilio fisico eletto presso la sede dell'ufficio legale dell'ente, in Piazza Marina n. 39;

***nei confronti***

OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Emanuele Carta e Tiziana Gianni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

## *per l'annullamento*

### *quanto al ricorso introduttivo*

- della determinazione dirigenziale prot. n. 2025 del 19.02.2020, comunicata con nota prot. n. 168713 del 26.02.2020, trasmessa ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. a) del D.lgs. n. 50/2016 s.m.i. relativa all'aggiudicazione definitiva del "Servizio Socio Pedagogico Distrettuale - Azione 25 Piano di Zona 2010/2012";

### E PER IL SUBENTRO

nell'esecuzione del servizio suindicato, previa occorrendo la declaratoria di inefficacia del contratto in ipotesi stipulato con la controinteressata, nonché,

in subordine, ai sensi dell'art. 34 comma 4, c.p.a., per il risarcimento del danno subito per la mancata aggiudicazione e per danno curriculare nei termini di seguito esposti;

### *quanto al ricorso per motivi aggiunti*

- della nota prot. AREG 580047 DEL 04.05.2020 con la quale il Comune di Palermo in persona del Dirigente del Servizio approvvigionamenti, ha confermato l'aggiudicazione definitiva adottata in favore della OMISSIS giusta determinazione dirigenziale prot. n. 2025 del 19.02.2020, comunicata con nota prot. n. 168713 del 26.02.2020, relativa all'aggiudicazione definitiva del "Servizio Socio Pedagogico Distrettuale - Azione 25 Piano di Zona 2010/2012";

- della medesima determinazione dirigenziale prot. n. 2025 del 19.02.2020, comunicata con nota prot. n. 168713 del 26.02.2020, relativa all'aggiudicazione definitiva del "Servizio Socio Pedagogico Distrettuale - Azione 25 Piano di Zona 2010/2012";

- degli atti non conosciuti con i quali a seguito di verifica ex art. 32, comma 7, del D.lgs. n. 50/2016 è stata attribuita efficacia all'aggiudicazione definitiva n. 2025 del 19.02.2020.

## PER IL SUBENTRO

nell'esecuzione del servizio suindicato, previa occorrendo la declaratoria di inefficacia del contratto in ipotesi stipulato con la controinteressata, nonché, in subordine, ai sensi dell'art. 34 comma 4, c.p.a., per il risarcimento del danno subito per la mancata aggiudicazione e per danno curriculare nei termini di seguito esposti.

Visti il ricorso introduttivo e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Palermo, con le relative deduzioni difensive;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di OMISSIS, con le relative deduzioni difensive;

Vista la memoria di replica depositata dalla parte ricorrente;

Vista l'ordinanza cautelare n. 476/2020, e vista l'ordinanza del C.G.A. n. 440/2020;

Visti il ricorso per motivi aggiunti e i relativi allegati;

Viste le memorie depositate da tutte le parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84, co. 5, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27;

Relatore il consigliere Maria Cappellano all'udienza del giorno 21 luglio 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, tramite applicativo come indicato a verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

A. – Con il ricorso introduttivo in esame la OMISSIS ha impugnato gli atti indicati in epigrafe e, in particolare, il provvedimento del 19 febbraio 2020, con il quale il Comune di Palermo ha aggiudicato in via definitiva alla OMISSIS il “Servizio Socio Pedagogico Distrettuale - Azione 25 Piano di Zona 2010/2012”, per la durata di ventiquattro mesi dall’avvio del servizio.

Esponde, al riguardo, che:

- il Comune intimato, in qualità di Comune Capofila del Distretto Socio Sanitario n. 42, ha indetto tale gara con bando reso pubblico il 17 dicembre 2018;
- il servizio si caratterizza per l’alta intensità di manodopera, e il criterio di aggiudicazione dell’appalto, di importo pari a € 848.571,43 oltre IVA (10%), era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa;
- il ribasso era applicabile ai costi relativi alle spese di gestione del servizio, indicate in via presuntiva in € 68.731,43, oltre IVA; e la stazione appaltante aveva ritenuto di non dovere quantificare i “costi da rischio di interferenza” in quanto non rilevabili;
- il punto 17.C) del bando richiedeva, a pena di esclusione, nell’offerta economica (busta C), l’indicazione dei costi aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, nonché il costo della manodopera e i cd. costi da rischio specifico o aziendali; e tale adempimento era richiesto anche nella relativa modulistica;
- alla gara in interesse partecipavano otto ditte, tra cui la ricorrente e la controinteressata, le quali si collocavano rispettivamente seconda e prima, con conseguente aggiudicazione definitiva del servizio in favore della controinteressata;
- esaminata la documentazione di gara relativa alla predetta, la ricorrente ha appurato che nell’offerta economica non era stato indicato l’importo relativo ai costi relativi alla salute e la sicurezza dei lavoratori.

Si duole, quindi, della mancata esclusione di tale ditta, deducendo l'articolata censura di *VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 83, COMMA 9 DEL D.lgs. n. 50/2016; VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 95, COMMA 10 DEL D.lgs. n. 50/2016; VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 17 C. DEL BANDO DI GARA CIG. 758902016C; VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 26, COMMA 6, DEL D. Lgs. N. 81/2008; ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE E DIFETTO DI ISTRUTTORIA; VIOLAZIONE DELLE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI PAR CONDICIO; VIOLAZIONE DELL'ART. 97 Cost.*

Sostiene la ricorrente che la controinteressata non avrebbe sostanzialmente indicato l'importo dei costi c.d. da rischio specifico o aziendali in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, richiesti a pena di esclusione, in quanto ha dichiarato che tali costi ammontano a zero.

Ha, quindi, chiesto l'annullamento degli atti impugnati con conseguente aggiudicazione dell'appalto, chiedendo, altresì, il subentro nell'esecuzione del servizio, previa declaratoria d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

In via subordinata, ha chiesto il risarcimento dei danni per equivalente, sia come danno da mancata aggiudicazione o perdita di chance, sia come danno curriculare; con vittoria di spese.

B. – Si è costituito in giudizio il Comune di Palermo, depositando documentazione e chiedendo il rigetto del ricorso, in quanto infondato, e della contestuale istanza cautelare.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata OMISSIS s.c.s., chiedendo il rigetto del ricorso, in quanto infondato; con replica di parte ricorrente.

C. – Con ordinanza n. 476/2020, confermata dal C.G.A. con l'ordinanza n. 440/2020, è stata respinta l'istanza cautelare.

D. – Con ricorso per motivi aggiunti l'odierna istante ha impugnato, oltre alla già gravata determinazione del 19 febbraio 2020 di aggiudicazione definitiva, la nota del 4 maggio 2020 con la quale il Comune di Palermo ha confermato l'aggiudicazione definitiva adottata in favore della controinteressata.

Nel ripercorrere i tratti salienti della vicenda contenziosa, ha reso noto di avere ricevuto dall'ANAC, previa istanza di accesso, con nota del 23 aprile 2020 la notizia di un'annotazione a carico della controinteressata, pubblicata il 5 marzo 2019, comportante a carico della predetta – a decorrere dalla pubblicazione (5 marzo 2019) – l'interdizione per trenta giorni dalla partecipazione alle procedure di gara, all'affidamento di subappalti, oltre che, per tale lasso temporale, alla stipula dei contratti ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 80, co. 5 lett. f) *ter* del d.lgs. n. 50/2016.

Ha quindi riproposto le medesime domande già articolate con il ricorso introduttivo, deducendo la nuova censura di *VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 80 COMMA 5 LETT. F-TER) DEL D.LGS. 50/2016 S.M.I.; VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 80, COMMA 6 DEL D.LGS. N. 50/2016 S.M.I.; VIOLAZIONE DEGLI ARTICOLI 1337 E 1338 DEL CODICE CIVILE; VIOLAZIONE E ERRATA APPLICAZIONE DELL'ART. 32 COMMA 7 DEL D.LGS. N. 50/2016 S.M.I.; ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE E DIFETTO DI ISTRUTTORIA; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI PAR CONDICIO E VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST..*

Sostiene la ricorrente che, una volta appurata la sussistenza dell'annotazione dell'ANAC a carico della controinteressata, di interdizione dalla partecipazione e dall'affidamento di appalti durante la partecipazione alla gara in interesse, il Comune avrebbe dovuto escluderla dalla gara, revocando l'aggiudicazione definitiva.

E. – Sia il Comune che la controinteressata hanno presentato deduzioni difensive, chiedendo il rigetto del complessivo ricorso; e il Comune ha, altresì, eccepito l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti, con replica di parte ricorrente – che ha insistito per l'accoglimento del gravame – e ulteriori note difensive depositate dalla controinteressata.

Quindi, all'udienza del giorno 21 luglio 2020 la causa è stata posta in decisione, in applicazione dell'art. 84, co. 5, del d.l. n. 18/2020, convertito dalla l. n. 27/2020.

### DIRITTO

A. – Viene in decisione il complessivo ricorso – un ricorso introduttivo e un ricorso per motivi aggiunti – promosso dalla società Cooperativa OMISSIS a r.l. (d'ora in poi solo "OMISSIS") avverso gli atti con i quali il Comune di Palermo (d'ora in poi solo "Comune") ha aggiudicato in via definitiva alla OMISSISs.c.s. (d'ora in poi solo "OMISSIS") il "Servizio Socio Pedagogico Distrettuale - Azione 25 Piano di Zona 2010/2012", per la durata di ventiquattro mesi dall'avvio del servizio.

B. – Deve prioritariamente procedersi all'esame dell'unica articolata censura dedotta con il ricorso introduttivo.

La doglianza non è fondata.

L'art. 95, co. 10, del d. lgs. n. 50/2016 prevede che *"Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)".*

Deve, pertanto, essere stabilito se il servizio in interesse rientri nel campo di applicazione del su riportato art. 95, co. 10 nella parte relativa ai servizi di natura

intellettuale; e se l'indicazione degli oneri interni per la sicurezza pari a zero comporti l'automatica esclusione dalla gara.

Ritiene il Collegio che, come dedotto dal Comune e da OMISSIS, il servizio in interesse rientra tra i servizi di natura intellettuale.

Dalla lettura del capitolato, si evince, invero, che:

- oggetto del servizio è la gestione di un “Servizio Socio Pedagogico Distrettuale”, avente come obiettivi “l'apertura di sportelli socio pedagogici e di orientamento nei comuni di Monreale, Villabate, Belmonte Mezzagno, Piana degli Albanesi, Santa Cristina Gela, Ustica, Lampedusa e Linosa, Altofonte, così da avere sul territorio punti di ascolto attivo, che siano di supporto e consulenza per i cittadini, al fine di potenziare l'accessibilità ai servizi previsti dal Piano di Zona del Distretto D42.”;
- la classificazione del servizio è indicata con il codice “C.P.V. 85312300-2” corrispondente ai “Servizi di orientamento e consulenza”;
- sono previste attività di predisposizione di una mappa aggiornata dei servizi erogati dalle singole amministrazioni così da ottenere una mappa dei servizi aggiornata; nonché, attività di gestione degli sportelli presso le sedi indicate con attività di supporto, consulenza, informazione e orientamento;
- è ricompreso anche un servizio di monitoraggio e la valutazione di tutti i progetti che afferiscono ai piani di zona e che insistono nei singoli comuni coinvolti.

E' dunque richiesto un apporto umano alla prestazione in gran parte di tipo intellettuale e svolto da personale qualificato specificamente indicato nello stesso capitolato (coordinatore esperto in politiche sociali in possesso di laurea magistrale con esperienza almeno triennale; psicologi in possesso della laurea magistrale, abilitati all'esercizio della professione, con esperienza almeno biennale; assistenti sociali in possesso di laurea triennale con esperienza almeno biennale; addetto alla segreteria; operatore banca dati);

- il Comune ha indicato quale importo degli oneri per la sicurezza “zero”, in quanto non ha rilevato rischi da interferenza per i quali sia necessario adottare le relative misure di sicurezza e/o redigere il DUVRI, coerentemente con quanto previsto dall’art. 26, co. 3 *bis*, del d. lgs. n. 81/2008.

Deve ulteriormente rilevarsi che l’ente appaltatore (*id est*: quello che ha presentato il progetto che ha vinto), oltre a fornire tutte le risorse materiali per i vari sportelli di ascolto da aprire nei comuni del Distretto 42, “*ha l’obbligo di operare la copertura assicurativa contro infortuni e malattie connesse allo svolgimento delle attività e per la responsabilità civile contro terzi per gli operatori inseriti e per gli utenti e di tenere il registro delle presenze degli operatori impegnati. L’Ente Appaltatore applicherà al personale assunto e dipendente le normative contrattuali secondo le tipologie vigenti in materia.*” (v. art. 4); clausola, questa, che depotenzia tale profilo di doglianza (v. in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 19 gennaio 2017, n. 223).

Inoltre, la circostanza che l’appaltatore debba svolgere il servizio presso le sedi degli enti locali, e che debba fornire materiali e attrezzature, non implica per ciò stesso la previsione di costi per la sicurezza, in quanto:

- i servizi di natura intellettuale ben possono essere svolti anche presso il committente;

- come si evince dal già citato art. 26, co. 3 *bis*, del d. lgs. n. 81/2008, l’obbligo di redazione del DUVRI non si applica, oltre che ai servizi di natura intellettuale, anche alle forniture di materiali e attrezzature (cfr., su fattispecie simile, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 24 ottobre 2018, n. 6188, confermata da Consiglio di Stato, Sez. V, 26 giugno 2020, n. 4098).

Deve anche precisarsi che – contrariamente a quanto adombrato da OMISSIS – OMISSIS non avrebbe dovuto impugnare il punto 17/C del bando, in quanto l’art. 95, co. 10, del d. lgs. n. 50/2016, riprodotto da tale clausola della *lex specialis*, si limita a stabilire l’obbligo di indicare i costi aziendali, che, come già accennato,

OMISSIS ha inserito seppure indicati come pari a zero (v. in fattispecie analoga, Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 maggio 2017, n. 2098); e su tale punto si tornerà tra breve.

Invero, in disparte la qualificazione del servizio in interesse quale servizio di natura intellettuale, osserva il Collegio che, a fronte dell'obbligo, previsto dal citato art. 95, co. 10 – richiamato dal su citato punto 17/C del bando – di “*indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*”, OMISSIS ha indicato che i costi della sicurezza “*ammontano ad €. ZERO/00*”.

Pertanto, tale dichiarazione non potrebbe essere ritenuta automaticamente escludente, e la stazione appaltante dovrebbe verificarne la congruità in relazione alla complessiva offerta (v. in tal senso, C.G.A., ord. n. 337/2020; Cons. Stato n. 223/2017 cit.).

E' stato, in particolare, osservato che “*...come ripetutamente affermato da questo Consiglio di Stato, con orientamento condiviso dal Collegio, l'indicazione di oneri interni per la sicurezza pari a zero in un caso di appalto di servizio di ordine intellettuale analogo al presente (brokeraggio assicurativo) non comporta di per sé l'esclusione della concorrente per motivi di ordine formale (per violazione di legge o delle previsioni della lexspecialis), dovendosi piuttosto valutare in concreto se tale dichiarazione sia congrua, in sede di verifica della congruità dell'offerta (v. in tal senso, oltre ai precedenti richiamati nell'impugnata sentenza, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2017, n. 2098; Cons. Stato, Sez. V, 19 gennaio 2017, n. 223)*;

- *tale orientamento giurisprudenziale deve ritenersi di persistente attualità, anche in vigore del sopravvenuto art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, applicabile alla fattispecie sub iudice nella versione anteriore alla novella apportata al comma in esame dall'art. 60, comma 1, lettera e), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56/2017 (con la precisazione che alla previsione della novella, contenente l'espresso esonero dall'indicazione dei costi aziendali interni per i servizi di natura*

*intellettuale, deve attribuirsi natura ricognitiva del previgente 'diritto vivente' giurisprudenziale, e non già natura innovativa con esclusiva efficacia ex nunc proiettata nel futuro);*

*- irrilevante è, al riguardo, la circostanza dedotta dal Comune appellante, per cui nel caso di specie le prestazioni inerenti al contratto di intermediazione assicurativa consisterebbero anche in prestazioni di natura tecnica e materiale da svolgere presso la sede degli uffici comunali, essendo in relazione a tali prestazioni accessorie tutt'al più configurabile un eventuale rischio da interferenza, i cui costi di sicurezza sono stati invece espressamente esclusi, nell'art. 4 della lettera di invito, dal novero dei costi da indicare nell'offerta («L'importo degli oneri di sicurezza per la relativa esecuzione risulta pari a zero»)...» (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 1° agosto 2017, n. 3857; nello stesso senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 31 maggio 2018, n. 3262).*

In altri termini, l'indicazione degli oneri per la sicurezza come pari a zero – la quale si traduce nella dichiarazione di non sostenere alcuna spesa a tale titolo – non può comportare automaticamente l'esclusione, e la verifica dovrebbe spostarsi sul versante sostanziale al fine di verificare la non anomalia dell'offerta; e, d'altro canto, nel bando, a fronte dell'individuazione dei costi del personale non soggetti a ribasso d'asta, non erano indicati costi per la sicurezza non soggetti a ribasso (v. punto 5 del bando).

Al riguardo, è irrilevante quanto dedotto dalla ricorrente in ordine alle spese di formazione del gruppo di lavoro e allo svolgimento dell'attività presso le sedi comunali indicate, atteso che:

- quanto al primo profilo, le spese per la formazione sono state indicate nell'art. 5 del capitolato in una spesa presunta pari a € 9.960,00 oltre IVA, nell'ambito della complessiva (e diversa) voce “costi di gestione” indicati dal punto 5.a) del bando (soggetti a ribasso);

- quanto al secondo profilo, in relazione a tali prestazioni sarebbe eventualmente configurabile un eventuale rischio da interferenza, i cui oneri per la sicurezza sono stati invece espressamente esclusi nel punto 5.a) del bando (“L'importo degli oneri per

*la sicurezza è pari a zero, in quanto non sono rilevabili rischi da interferenza per i quali sia necessario adottare le relative misure di sicurezza e/o redigere il DUVRP”).*

Per quanto esposto e rilevato, il ricorso introduttivo, in quanto infondato, deve essere rigettato.

C. – Deve ora essere esaminato il ricorso per motivi aggiunti.

C.1. – Devono preliminarmente essere vagliate le eccezioni, sollevate dalla difesa del Comune, di tardività del nuovo motivo e di inammissibilità.

Sotto un primo profilo, in particolare, il Comune eccepisce la tardività del nuovo motivo rispetto alla proposizione del ricorso introduttivo.

Tale eccezione non è fondata.

Invero, tenuto conto del periodo di sospensione dei termini di notificazione dei ricorsi dal giorno 8 marzo 2020 al giorno 3 maggio 2020 (incluso) – ai sensi del combinato disposto degli articoli 84, co. 1, del d.l. n. 18/2020 (convertito dalla l. n. 27/2020) e 36, co. 3 del d.l. n. 23/2020 – la ricorrente con il gravame aggiuntivo ha dedotto il nuovo motivo entro il termine decadenziale dimezzato, decorrente dalla comunicazione dell’aggiudicazione (comunicazione del 27 febbraio 2020; notifica dei motivi aggiunti il 23 maggio 2020).

Quanto appena rilevato renderebbe superfluo indagare sulla natura della nota prot. AREG 580047 del 4 maggio 2020, pure impugnata, con la quale il Comune ha rigettato l’istanza della ricorrente volta ad ottenere l’esclusione di OMISSIS, in quanto con il ricorso per motivi aggiunti è stata impugnata anche l’aggiudicazione definitiva per un ulteriore motivo.

Deve tuttavia per completezza essere esaminata anche l’ulteriore eccezione, di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti nella parte in cui si impugna la suddetta nota, che il Comune sostiene essere priva di valenza provvedimentoale.

Anche tale eccezione non può essere accolta.

Osserva il Collegio che il Comune ha preso una precisa posizione sulla richiesta di esclusione, esprimendo chiaramente la volontà di non escludere OMISSIS pur a seguito della conoscenza dell'annotazione della sanzione e del correlato periodo di interdizione a carico della predetta, intervenute durante la partecipazione alla gara in interesse, evidenziando che tale interdizione non avrebbe effetto escludente in quanto intervenuta dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte: la nota impugnata ha, pertanto, natura provvedimentoale.

C.2. – Esaurite le questioni in rito, va ora esaminata l'unica censura dedotta con il ricorso per motivi aggiunti.

OMISSIS si duole della mancata espulsione di OMISSIS dalla procedura di affidamento dell'appalto quale conseguenza dell'irrogazione della sanzione interdittiva da parte di ANAC alla predetta; sanzione, che ha prodotto i suoi effetti durante la partecipazione alla gara in interesse.

Il motivo è fondato.

L'art. 80, comma 5, lett. f-ter, e comma 6, del d. lgs. 50/2016 stabilisce che “5. *Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:*

(...omissis...)

*f-ter) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. Il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico.*

(...omissis...)

*6. Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4 e 5.*

Il comma 12 dello stesso art. 80 prevede che *“In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all’Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l’iscrizione nel casellario informatico ai fini dell’esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l’iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.”*

Ciò premesso sul piano normativo, per quanto attiene all’incidenza dell’annotazione sulla partecipazione alla gara, secondo un orientamento che il Collegio condivide, la misura restrittiva applicata riguarda *“...non il micro-mercato della singola gara e del figurato conseguente contratto, dove l’omissione è avvenuta (e rispetto alla quale già l’esclusione disposta dalla stazione appaltante ha raggiunto l’effetto impeditivo), bensì il ben più ampio mercato generale di tutte le gare per contratti pubblici, in atto o future e per quel certo stabilito tempo.*

*Il che è come dire che si incide sulla capacità settoriale di agire dell’impresa perché comunque presunta sospettabile di inaffidabilità morale in tema di gare pubbliche...”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 23 luglio 2018, n. 4427).

La sanzione irrogata dall’ANAC ha, pertanto, un effetto non già preclusivo della sola partecipazione alle gare nel periodo di interdizione, ma ha un effetto espulsivo *“...in coerenza con la finalità di assicurare un concreto grado di effettività alla misura, come ravvisato nella condivisa giurisprudenza di questo Tribunale (cfr. la sentenza della Sez. I del 4/2/2019 n. 598, in analoga fattispecie di sanzione intervenuta durante la procedura di gara, peraltro in quel caso esauritasi prima dell’aggiudicazione)...”* (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 27 novembre 2019, n. 5593).

Ne costituisce conferma il tenore letterale sia del su riportato comma 6 dell’art. 80 - il quale prevede che l’esclusione possa intervenire *“in qualunque momento della procedura”*, a causa di atti compiuti o omessi *“prima o nel corso della procedura”*

– sia dalla stessa lettera f-ter dell’art. 80, la quale, come rilevato recentemente “...nel prevedere che "Il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico", da un lato preclude l'ultrattività della sanzione, dall'altro, però, ne conferma in modo inequivoco la natura di motivo di esclusione che, alla stregua di quanto sopra evidenziato, produce i propri effetti nelle procedure in corso, rendendo doverosa la misura espulsiva, anche successiva all'aggiudicazione, della società destinataria della sanzione...” (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 27 febbraio 2020, n. 193).

Va, altresì, richiamato il principio generale della continuità del possesso dei requisiti di partecipazione, in ossequio al quale le concorrenti devono possedere ininterrottamente tali requisiti durante tutto il periodo di svolgimento della gara, dal giorno di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, fino all’aggiudicazione della gara, alla stipula del contratto e fino alla fase di esecuzione del contratto (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8; Consiglio di Stato, Sez. V, 26 giugno 2020, n. 4100; di recente anche Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2019, n. 1141; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 21 maggio 2020, n. 1029).

Nel caso in esame, poiché la sanzione irrogata dall’ANAC ha determinato - seppure temporaneamente - la perdita dei requisiti di partecipazione in capo a OMISSIS, era preclusa al Comune la possibilità di ammettere la predetta e di procedere all’aggiudicazione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 dicembre 2019, n. 8514).

Da ciò deriva che nella presente fattispecie la sanzione interdittiva intervenuta nel corso della procedura di affidamento dell’appalto determina, necessariamente, l’incapacità a contrarre con riferimento allo specifico contratto di appalto cui era preordinata la procedura di gara, senza che al Comune residui alcun margine di discrezionalità in ordine all’adozione del provvedimento espulsivo.

OMISSIS, dichiaratamente consapevole dell’esistenza di tale orientamento giurisprudenziale, con la memoria depositata in vista dell’udienza ha invocato

l'applicazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 57, par. 6, della direttiva 2014/24/UE, facendo rinvio alla recente decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. II, 30 gennaio 2020, n. 395/18, in tema di esclusione automatica del concorrente in relazione a condotte del subappaltatore.

Osserva, tuttavia, il Collegio in primo luogo che la decisione appena menzionata afferisce a un caso diverso dalla fattispecie in esame, nel quale veniva in rilievo l'affidabilità della concorrente per condotte di un soggetto diverso dalla prima, e potenzialmente sostituibile.

Deve, in secondo luogo, osservarsi che, nel caso in esame, l'invocata esclusione dalla gara, derivante dall'applicazione dell'art. 80 del Codice dei Contratti, non pone un problema di compatibilità comunitaria, in quanto nel nostro sistema normativo in materia di appalti pubblici la valutazione della dichiarazione non veritiera compete all'ANAC, che instaura un contraddittorio con la concorrente esclusa da una gara per dichiarazioni non veritiere, al fine di stabilire se la dichiarazione in questione sia stata resa con dolo o con colpa grave.

Conseguentemente, l'esclusione disposta dalla stazione appaltante, se per un verso costituisce un atto vincolato per la predetta, per altro verso deriva da una condotta della concorrente oggetto di esame e di accertamento, in contraddittorio, circa la sussistenza della falsità e del grado di gravità, al quale è correlata l'entità della sanzione.

In altri termini, quindi, la dedotta violazione del principio di proporzionalità potrebbe derivare da un'applicazione automatica della sanzione interdittiva, la quale, per quanto appena osservato, nel nostro sistema non viene in rilievo; sicché, se per un verso il legislatore nazionale può in generale adottare un livello di tutela della stazione appaltante più avanzato rispetto alla rilevanza obiettiva del falso, per altro verso, nel sistema delineato dal Codice dei Contratti, il carattere interdittivo

opera solo se l'ANAC abbia riscontrato la sussistenza del dolo o della colpa grave nella condotta, in coerenza con la prospettiva comunitaria.

Deve, infine, rilevarsi che, anche a seguire tale prospettazione – per cui la stazione appaltante dovrebbe vagliare in concreto l'affidabilità della ditta, anche se destinataria di una sanzione interdittiva – OMISSIS, come dedotto da OMISSIS, non ha reso nota tale circostanza al Comune, violando il dovere di informazione e gli obblighi dichiarativi che sussistono in capo ad ogni concorrente, quale declinazione del principio di buona fede.

Va, sul punto, richiamato quanto rilevato su una vicenda in parte sovrapponibile al caso in esame, dal Giudice di appello, il quale ha osservato che “...E' principio consolidato (*ex multis*, Cons. Stato, III, 13 giugno 2018, n. 3628) – in diretta coerenza con l'obbligo di mantenere i requisiti per tutta la durata del procedimento e successivamente alla sua conclusione (Cons Stato, VI, 25 settembre 2017, n. 4470) – quello per cui sussiste, in capo ai partecipanti alle procedure d'appalto della Pubblica amministrazione, l'obbligo di comunicare a quest'ultima, nel corso della gara, tutte le vicende, anche sopravvenute, attinenti lo svolgimento della propria attività professionale, al fine di consentire alla stazione appaltante di valutare l'eventuale incidenza di tali precedenti sulla reale affidabilità, morale e professionale, dei concorrenti...(cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 dicembre 2019, n. 8514, di conferma di T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 4 febbraio 2019, n. 598).

Da quanto rilevato consegue l'irrilevanza della dedotta questione di compatibilità comunitaria.

D. – Conclusivamente, vanno adottate le seguenti statuizioni:

- il ricorso introduttivo, in quanto infondato, deve essere rigettato;
- il ricorso per motivi aggiunti, in quanto fondato, deve essere accolto e, per l'effetto, vanno annullati gli atti impugnati con tale gravame (determinazione dirigenziale prot. n. 2025 del 19 febbraio 2020 di aggiudicazione definitiva; nota

prot. AREG 580047 del 4 maggio 2020, di conferma dell'aggiudicazione definitiva).

Non può, invece, statuirsi sulla domanda di subentro, né sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente, in quanto, come reso noto dal Comune di Palermo, il contratto non è ancora stato stipulato.

E. – Per quanto attiene alle spese di giudizio va rilevato quanto segue.

Nel rammentare che la parte ricorrente, in fase cautelare, è stata condannata al pagamento delle spese della stessa fase, nel definire il giudizio – e statuire definitivamente sulle spese – deve tenersi conto del consolidato orientamento secondo cui “...in caso di accoglimento parziale della domanda, il giudice può, ai sensi dell'art. 92 cod. proc. civ., compensare in tutto o in parte le spese sostenute dalla parte vittoriosa, ma questa non può essere condannata neppure parzialmente a rifondere le spese della controparte, nonostante l'esistenza di una soccombenza reciproca per la parte di domanda rigettata o per le altre domande respinte...” (Cass. Civ., Sez. III, ord. 24 ottobre 2018, n. 26918; v. anche Cass. Civ., Sez. III, ord. 23 gennaio 2018, n. 1572).

Pertanto, tenuto conto sia dell'infondatezza del ricorso introduttivo - la cui delibazione in fase cautelare aveva giustificato la condanna alle spese *ex art.* 57 cod. proc. amm. – sia della fondatezza del ricorso per motivi aggiunti secondo quanto sopra rilevato, è necessario statuire in via definitiva sulle spese di giudizio disponendo l'integrale compensazione delle spese tra tutte le parti, ivi comprese quelle della fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e integrato dai motivi aggiunti:

a) rigetta il ricorso introduttivo;

b) accoglie il ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati secondo quanto specificato in motivazione;

c) compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, co. 6, del d.l. n. 18/2020 convertito dalla l. n. 27/2020, e dal decreto del Presidente del T.A.R. Sicilia n. 48/2020, con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere, Estensore

Anna Pignataro, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Maria Cappellano**

**IL PRESIDENTE**  
**Maria Cristina Quiligotti**

**IL SEGRETARIO**