

N. 03201/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00480/2024 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 480 del 2024, proposto da -OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG N.D., rappresentato e difeso dagli avvocati Franco Campo e Pasquale Perrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di Alcamo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Silvana Maria Calvaruso e Salvatore Bonghi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
il -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio D'Alesio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo Studio Immordino in Palermo, viale Libertà n. 171;

nei confronti

della -OMISSIS- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Cassibba, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per l'ottemperanza e la dichiarazione di nullità o inefficacia ex art. 114, comma 2, lett. b) e c), cpa:

- della determina -OMISSIS- del Presidente del -OMISSIS-, con la quale, a seguito di riapertura della gara, è stata nuovamente disposta l'aggiudicazione in favore della -OMISSIS- della procedura aperta ex art. 60 D. Lgs. 50/2016 avente ad oggetto l'affidamento della realizzazione di progetti di accoglienza degli enti locali per i titolari di protezione internazionale (SAI) anni 2023-2025 nel Comune di Alcamo – -OMISSIS-

- del verbale di gara-OMISSIS-con il quale la -OMISSIS- è stata ritenuta operatore economico professionalmente affidabile;

- del provvedimento del 4.04.2024 con il quale il Presidente del -OMISSIS- ha dichiarato l'efficacia dell'aggiudicazione disposta con la determina -OMISSIS-

in quanto adottati tutti in violazione ed elusione della sentenza del TAR Palermo-Sezione Quarta --OMISSIS-

e per la declaratoria

di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato nelle more del giudizio tra il Comune di Alcamo e la -OMISSIS-

nonche' per il risarcimento

dei danni subiti dalla ricorrente in forma specifica, con declaratoria del diritto della stessa di subentrare nel contratto di appalto ove concluso prima della decisione del ricorso, anche per la parte residua, ovvero, in via subordinata, per equivalente, con

condanna delle amministrazioni convenute al pagamento della somma che sarà al fine determinata;

in via subordinata, per l'annullamento previa sospensiva

- del verbale di gara -OMISSIS- del RUP, della determina -OMISSIS- del Presidente del Consorzio – entrambi dell'11 marzo 2024 e del provvedimento del medesimo Presidente del -OMISSIS- del 04.04.2024 che ha dichiarato l'efficacia dell'aggiudicazione, nonché,
- dei verbali di gara -OMISSIS-, nella parte in cui è stata disposta l'ammissione al prosieguo della gara della controinteressata, invece che disporre l'esclusione;
- di tutti i verbali di gara (dal n.1 al n.7) relativi alla suddetta procedura aperta nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della predetta controinteressata;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Alcamo, del -OMISSIS- e della -OMISSIS-

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2024 il dott. Francesco Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Vanno richiamate, ai fini della ricostruzione della vicenda in esame, le sentenze di questa Sezione, nn. -OMISSIS-, rese *inter partes*. In particolare va ricordato che la

sentenza -OMISSIS- avente natura di decisione parziale emessa in questo giudizio, ha respinto la domanda principale tesa a far dichiarare la nullità - per violazione ed elusione del giudicato formatosi sulla sentenza-OMISSIS- - del verbale di gara - OMISSIS-/2024, del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto (- OMISSIS- dell'11 marzo 2024), della declaratoria di efficacia dell'aggiudicazione (del 4 aprile 2024).

La stessa sentenza -OMISSIS-, però, prendendo atto dell'esistenza di una domanda proposta dalla ricorrente in via subordinata, finalizzata ad ottenere l'annullamento dei medesimi atti, ha disposto la conversione del rito (da esecuzione del giudicato a giudizio impugnatorio in materia di appalto) e fissato per la trattazione del merito l'udienza del 24 ottobre 2024.

In vista di quell'udienza, le parti in causa hanno depositato memorie; la ricorrente ha anche espresso riserva di appello avverso la sentenza n. -OMISSIS-.

All'udienza del 24 ottobre 2024 le parti hanno precisato che il contratto non è stato ancora stipulato. La causa è stata quindi trattenuta per la decisione.

1.- Vanno, in primo luogo, scrutinate le eccezioni preliminari in rito sollevate dalla difesa della controinteressata.

1.1- In prima battuta viene eccepita l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse poiché l'eventuale annullamento degli atti impugnati non comporterebbe l'automatica aggiudicazione della gara in capo alla ricorrente in considerazione di quanto dedotto dalla CUC e della S.A. in corso di gara in ordine ai requisiti da essa posseduti.

Ritiene il Collegio che l'eccezione vada respinta, in quanto infondata, come già affermato da questa Sezione nella precedente sentenza -OMISSIS-, laddove si è osservato che *“L'eccezione è infondata posto che l'eventuale accoglimento del ricorso, con*

conseguente annullamento degli atti impugnati, non comporterebbe l'automatica aggiudicazione della gara a favore del ricorrente -OMISSIS-, ma imporrebbe necessariamente l'esercizio da parte del RUP del potere di soccorso istruttorio al fine di acquisire i chiarimenti sui costi della manodopera dichiarati di cui è già stata rilevata l'erroneità senza la conseguente decisione in merito da parte del seggio di gara in ragione dell'aggiudicazione a favore della Cooperativa ricorrente. Ne consegue la sussistenza dell'interesse al ricorso del -OMISSIS- in vista di un'eventuale possibile aggiudicazione della gara – dalla quale non è stata esclusa - a seguito della riedizione del potere da parte della stazione appaltante.”.

In altri termini, la ricorrente coltiva una *chance* (anche se non la certezza) di divenire aggiudicataria all'esito della verifica della propria offerta.

1.2- In secondo luogo, è stata rilevata dalla controinteressata l'omessa impugnazione dell'atto del 29/04/2024 con il quale il Comune ha disposto l'affidamento del servizio in favore della -OMISSIS-

Il Collegio concorda sul punto con la difesa della ricorrente, laddove osserva che l'atto non impugnato è solo un verbale di consegna del servizio adottato sotto le riserve di legge, ossia un documento che prova l'avvio materiale del servizio, per ragioni di urgenza, prima della sottoscrizione del relativo contratto, e che non esprime alcuna nuova ed autonoma manifestazione di volontà dell'amministrazione; sicchè, esso non doveva essere necessariamente impugnato.

2.- Accertata l'ammissibilità dell'impugnazione, si può ora passare all'esame del merito dei motivi di ricorso.

In dettaglio, la ricorrente deduce che la condotta della stazione appaltante continui-OMISSIS- ad essere inficiata da difetto di istruttoria e di motivazione in considerazione del fatto che:

- la-OMISSIS- era stata esclusa da ben otto procedure di gara relative a servizi del tutto analoghi a quelli per cui è causa, indette da altre amministrazioni, per i fatti di grave rilievo penale che hanno coinvolto il suo precedente rappresentante legale;
- tali provvedimenti di esclusione avevano ritenuto insufficienti ed irrilevanti (oltre che tardive, in riferimento a quelle procedure) le misure di *self-cleaning* adottate dalla società in data 3.08.2022, consistenti esclusivamente nella sostituzione del predetto ex legale rappresentante;
- dal provvedimento di esclusione adottato da altro Comune (Chiaromonte Gulfi) era emerso che il suddetto ex legale rappresentante alla data del 28.04.2023 agiva ancora in nome e per conto della -OMISSIS-(come evidenziato nel doc. 14 prodotto in giudizio) avendo partecipato ad un sopralluogo in rappresentanza della Società;
- dalla documentazione prodotta dalla stessa Società Cooperativa era pure emerso che l'ex amministratore, dopo la sua sostituzione in seno al C.d.A. era stato assunto con inquadramento di livello dirigenziale e profilo di direttore generale (come emerge dal doc. 15 prodotto in giudizio) al fine evidente di consentirgli di mantenere un ruolo di primario rilievo nella *governance* societaria, nella quale l'attuale presidente del consiglio di amministrazione era il suo vice nella precedente composizione dell'organo, e l'altro componente è la moglie.

Pur a fronte di tali documentati rilievi, e della sentenza di questo Tar n.-OMISSIS- che aveva individuato vizi di istruttoria e di motivazione, il -OMISSIS- ha confermato con gli atti ora impugnati l'aggiudicazione in favore della -OMISSIS- senza operare alcuna valutazione, e senza spiegare come possa non risultare compromessa l'affidabilità professionale della concorrente. Infatti, l'amministrazione si è limitata: (i) a ritenere che le annotazioni ANAC esistenti dal dicembre 2021 al marzo 2023 non determinano l'automatica esclusione

dell'operatore economico, come indicato anche dal Tar nella citata sentenza; *(ii)* ad effettuare un ulteriore accesso al casellario informatico ANAC, che non ha rivelato elementi diversi da quelli già noti; *(iii)* a prendere atto dell'adozione di misure di *self cleaning* consistenti nella nomina di un nuovo rappresentante legale e nella modifica del consiglio di amministrazione; *(iv)* a concludere che l'operatore economico risulti professionalmente affidabile.

3.- La società controinteressata ha replicato alle censure sostenendo: *(i)* di aver dichiarato e dimostrato l'adozione di misure di *self cleaning* mediante nomina di un nuovo rappresentante e modifica del consiglio di amministrazione (in data 3/08/2022, infatti, si è dato luogo alla rinnovazione degli organi societari, sostituendo il Presidente della Cooperativa dott. Antonio -OMISSIS-, il quale avrebbe commesso gli illeciti addebitatigli, con altro e differente soggetto, attuale legale rappresentante), *(ii)* che conseguentemente la CUC e la S.A. hanno correttamente valorizzato la suddetta misura di *self cleaning* ritenendola idonea a scongiurare non soltanto la possibile reiterazione delle condotte illecite attribuite per il passato al precedente presidente dott. -OMISSIS-, ma anche a recidere per il futuro ogni legame fra questi e la Cooperativa; *(iii)* che le esclusioni "subite" dalla Cooperativa fossero tutte state disposte in un arco temporale in cui in capo all'(ex) legale rappresentante venivano instaurati i procedimenti penali per i fatti che interessano la Procura di Trapani e la Procura di Bari, ossia in relazione a procedure tenutesi prima dell'adozione delle misure di *self cleaning* del 3/08/2022.

Analoghe difese sono state spiegate dal -OMISSIS-.

4.- Il Collegio non ignora che la valutazione di affidabilità del concorrente appartiene, ontologicamente, alla sfera di discrezionalità della Stazione appaltante, e che tale discrezionalità può essere rimessa in discussione solo se e nel limite in cui

appaia basarsi su un iter logico giuridico erroneo o non coerente. E' stato infatti affermato sul punto che *“In materia di appalto, il concorrente è tenuto ad una dichiarazione veritiera e completa, la quale sola può permettere di esprimere un giudizio sull'affidabilità professionale di una partecipante, giudizio che non può che essere di ampia portata discrezionale e quindi sindacabile dal giudice amministrativo nei soli limiti della evidente illogicità o irrazionalità o del determinante errore fattuale”* (Cons. Stato, V, 1071/2020).

Tuttavia, nel caso in esame, si ritengono sussistenti molteplici e significativi indici che consentono di qualificare come palesemente non approfondita, né adeguata, la rinnovata istruttoria posta in essere dalla stazione appaltante.

Già nella precedente sentenza-OMISSIS- questa Sezione aveva rilevato che *“Il deficit motivazionale denota un altrettanto grave deficit istruttorio riguardo alla misura di self cleaning propedeutico al corretto esercizio del potere di valutazione (prognostica) dell'illecito commesso e delle sue conseguenze future, posto che l'insussistenza di un pericolo di reiterazione di condotte illecite (suscettibili di incidere sull'affidabilità professionale) necessita di una dimostrazione tanto più rigorosa, quanto più grave è l'illecito sintomatico del suo contrario”*.

Anche all'esito della rinnovata istruttoria il Consorzio si è adagiato sul dato meramente formale dell'avvenuta modifica della *governance* della società, omettendo di prendere in approfondita considerazione le sollecitazioni con le quali veniva evidenziata la natura più formale che sostanziale di tale annunciato *“restyling”*.

Ed invero, non può non essere considerato irrilevante il fatto che: (i) il precedente presidente del Consiglio di amministrazione della società (dott. Antonio -OMISSIS-) abbia sì abbandonato il suo ruolo, ma lasciandolo *“in successione”* alla persona che ricopriva in precedenza la carica di vice presidente; (ii) nell'organo di governo della società siede ancora (oltre al precedente vice presidente) anche la moglie del dott. -OMISSIS-; (iii) infine, quest'ultimo gravita ancora nell'orbita della cooperativa,

come si evince sia dall'attuale ingaggio con funzioni di dirigente (circostanza espressamente ammessa dalla difesa della controinteressata nella memoria di replica prodotta in vista dell'udienza, e da considerare quindi del tutto pacifica), sia dall'aver in una occasione partecipato ad un sopralluogo con altra stazione appaltante (il Comune di Chiaramonte Gulfi) in nome e per conto della società.

Si può quindi concordare con la ricorrente nel ritenere che il Consorzio abbia consumato violazioni identiche a quelle che il Tar aveva già stigmatizzato nella sentenza-OMISSIS-.

Non è poi irrilevante evidenziare come in una recente pronuncia di questa Sezione (la n. -OMISSIS-), avente ad oggetto l'esclusione dell'odierna cooperativa controinteressata da una procedura di gara analoga a quella ora in esame, il Collegio giudicante abbia ritenuto legittimo e motivato il provvedimento di esclusione adottato dalla S.A., nella parte in cui l'amministrazione – per mezzo di una lettura attenta, critica, e motivata delle circostanze di fatto - aveva posto l'accento sulla inadeguatezza della misura di *self cleaning* adottata dalla società. In particolare, la Sezione ha ritenuto legittima la valutazione discrezionale espressa dalla S.A. nella parte in cui rilevava che *“il nuovo Presidente e rappresentante legale, sig. -OMISSIS-, era già Vice Presidente del Cda e legale rappresentante della -OMISSIS- Peraltro, nella stessa data del 3 agosto, è stata nominata quale Vicepresidente del Consiglio di Amministrazione -OMISSIS-, già consigliere della società, nonché coninge convivente del dott. -OMISSIS- alla luce delle risultanze delle verifiche d'ufficio effettuate da questa S.A.*

Alla luce di quanto sopra, non pare potersi darsi rilievo alla sostituzione del rappresentante legale, mancando la garanzia di una reale autonomia ed effettiva discontinuità rispetto alla precedente gestione.”.

La illustrata sentenza n. -OMISSIS- della Sezione è stata confermata in appello cautelare dal CGA, con una ordinanza (n. -OMISSIS-) nella quale si è ritenuto che *“sul piano del fumus boni iuris non appare manifestamente irragionevole la valutazione dell’Amministrazione in ordine alla ritenuta non idoneità della misura di self-cleaning adottata dalla società appellante nella circostanza”*.

In conclusione, nel caso in esame, il difetto di istruttoria e di motivazione che era stato riscontrato in seno all’attività del -OMISSIS- con la sentenza n. -OMISSIS- permane, ed invalida anche gli atti impugnati in questa sede giacchè è stata omessa ogni valutazione effettiva e critica in ordine alle misure di *self cleaning* adottate dalla società. Per contro, dal verbale -OMISSIS- dell’11 marzo 2024 emerge che il RUP si sia limitato, piuttosto, a <prendere atto> delle misure di modifica societaria poste in essere dalla -OMISSIS-senza invece valutarne l’effettiva valenza e la loro reale efficacia a determinare una cesura col passato.

Per quanto esposto il ricorso va accolto col conseguente annullamento degli atti impugnati.

5.- Nulla va disposto in ordine alla sorte del contratto, dal momento che questo non risulta ancora essere stato stipulato.

6.- Le spese processuali vengono regolate secondo soccombenza e poste a carico del -OMISSIS- e della Società controinteressata, mentre possono essere compensate nei confronti del Comune di Alcamo in quanto ente che non ha svolto un ruolo attivo nella procedura di gara oggetto di contestazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna il -OMISSIS- e la -OMISSIS- al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente, liquidandole in euro 2.000,00, oltre accessori di legge, a carico di ciascuna di esse. Compensa le spese nei confronti del Comune di Alcamo.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la persona dell'ex legale rappresentante della società controinteressata.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Bruno, Presidente, Estensore

Anna Pignataro, Consigliere

Luca Girardi, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Francesco Bruno

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.

LAVORI PUBBLICI