

Pubblicato il 22/01/2024

N. 00205/2024 REG.PROV.COLL.
N. 01944/2023 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 120, c.p.a.;

sul ricorso numero di registro generale 1944 del 2023, proposto dall'Associazione culturale Acuarinto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A002BD6D7F, rappresentata e difesa dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Ministero dell'interno (Prefettura di Agrigento), in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

dell'Associazione di promozione sociale San Giuseppe Maria Tomasi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa adozione di idonee misure cautelari:

- del provvedimento n. 88475 del 17.11.2023, di esclusione della ricorrente dal Lotto 2 della gara indetta con determina a contrarre n. 24363 del 31.03.2023, inerente all'affidamento, mediante accordo quadro con più operatori economici, dei servizi di gestione di centri di accoglienza straordinaria per un fabbisogno complessivo di n. 1.000 posti per il periodo di anni 2;

- della nota dell'intimata Prefettura n. 88486 del 17.11.2023, di comunicazione del suddetto provvedimento di esclusione;

- di tutti i verbali e gli atti di gara nei limiti di quanto dedotto nel ricorso e, in particolare:
a. del verbale di gara n. 1 del 16.10.2023 (n. 0079169); *b.* del verbale di gara n. 2 del 19.10.2023 (n. 80216); *c.* della nota n. 80281 del 19.10.2023, di soccorso istruttorio nei confronti della ricorrente associazione; *d.* del verbale di gara n. 3 del 25.10.2023 (n. 81705); *e.* della nota n. 81891 del 26.10.2023, con la quale è stato richiesto alla ricorrente associazione di produrre documentazione integrativa; *f.* del verbale di gara n. 4 del 6.11.2023 (n. 84841); *g.* della nota n. 84846 del 6.11.2023 con la quale sono stati chiesti alla ricorrente associazione ulteriori elementi documentali e chiarimenti; *h.* del verbale della seduta di gara del 15.11.2023 n. 5; *i.* del provvedimento di aggiudicazione della gara ove nel frattempo adottato;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti;

nonché per la condanna

dell'intimata amministrazione al risarcimento del danno (in tesi) cagionato alla ricorrente in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'intimata amministrazione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2024 il dott. Fabrizio Giallombardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto di poter definire il ricorso con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120, c.p.a., del che è stato dato avviso alle parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'odierno ricorso, ritualmente notificato e depositato, parte ricorrente ha impugnato il provvedimento con il quale l'intimata amministrazione ne ha disposto l'esclusione dalla gara in epigrafe, *in applicazione dell'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016*, tenuto conto della sussistenza di gravi illeciti professionali (infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro, nonché in materia fiscale), della mancata produzione del "modello 5" con riguardo ai componenti del comitato direttivo dell'associazione (tutti muniti dei più ampi poteri di gestione, ordinaria e straordinaria, della medesima) e della sussistenza di carichi pendenti in anagrafe tributaria.

1.1. Parte ricorrente ha esposto in fatto quanto segue:

- di avere partecipato al bando per il secondo lotto dell'appalto in questione;
- di esserne stata esclusa, all'esito del contraddittorio procedimentale, con il provvedimento in questa sede impugnato.

1.2. L'associazione ricorrente ha articolato le seguenti doglianze.

1.2.1. Il primo motivo di ricorso è così rubricato: "*Violazione del principio del risultato e del connesso principio di buon andamento dell'azione amministrativa. Violazione e falsa applicazione del Disciplinare di gara e dei relativi allegati. Illegittimità dell'esclusione di Acuarinto disposta in forza di disposizioni inapplicabili e comunque abrogate*".

Parte ricorrente ha, in particolare, contestato l'illegittimità dell'esclusione perché adottata in forza delle previsioni del d.lgs. n. 50 del 2016, nonostante la procedura *de qua* fosse soggetta, tenuto conto della pubblicazione del bando nell'agosto del 2023, al differente regime del d.lgs. 36/2023.

1.2. Con il secondo motivo la ricorrente ha contestato il vizio di motivazione del provvedimento di esclusione.

1.3. Con il terzo motivo di ricorso ("*Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 c. 5 lett. c) del D.lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 c. 10 bis del Dlgs 50/2016. Difetto di istruttoria e di motivazione*"), la ricorrente ha sostenuto di non incorrere in alcuna delle cause di esclusione indicate ed applicate dalla stazione appaltante, contestandone altresì l'insufficiente istruttoria, nella misura in cui l'intimata amministrazione non ha tenuto in debito conto le deduzioni difensive dell'associazione ricorrente.

1.2.4. Con il quarto motivo di ricorso la ricorrente ha contestato la "*Violazione e falsa applicazione dell'art 80 c. 4 e c 5 lett. c) del D.lgs. 50/2016*", con riguardo alle rilevate gravi violazioni in materia fiscale.

1.2.5. Il quinto motivo di ricorso è così rubricato: "*Illegittimità dell'esclusione per asserita "mancata produzione del modello 5 relativo a tutti i componenti del Comitato Direttivo dell'Associazione". Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 c. 5 lett. c) D.lgs. 50/2016. Difetto di istruttoria e travisamento di fatto*".

Parte ricorrente ha contestato quanto affermato dall'intimata amministrazione in ordine alla mancata produzione della dichiarazione di cui al menzionato "modello 5" da parte di tutti i membri del comitato direttivo dell'associazione.

2. L'amministrazione intimata si è costituita in giudizio il 27 dicembre 2023, con atto di mera forma.

3. All'udienza camerale dell'11 gennaio 2024, previo avviso alle parti in ordine alla possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata (artt. 60 e 120, c.p.a.), la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il presente ricorso verte sull'esclusione dell'associazione ricorrente dalla gara in epigrafe.

2. Il ricorso è fondato per l'assorbente considerazione dell'errata applicazione delle disposizioni in materia di esclusione del d.lgs. n. 50 del 2016, di cui al primo motivo di ricorso.

Come anticipato in narrativa, il provvedimento impugnato ha fatto espresso (e ripetuto) rinvio all'art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016, ritenuto applicabile al caso di specie.

Al riguardo, è sufficiente rilevare che l'art. 226, c. 2, d.lgs. n. 36 del 2023, ha previsto, per quanto qui rileva, che *«A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2 [vale a dire, dal 1° luglio 2023], le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono: a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia [...].»*

L'art. 225 del d.lgs. n. 36 del 2023 ha previsto l'ultrattività di talune – specifiche – disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 fino al 31 dicembre 2023, senza tuttavia includere tra le stesse il menzionato art. 80.

Nel caso di specie, è indubbia la pubblicazione del bando di gara *«sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea dell'11/08/2023, S154 n. 486813, e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana 5^a Serie speciale n. 93 del 14/08/2023»* (come testualmente affermato nel provvedimento impugnato).

Dunque il bando è stato pubblicato in data ben successiva al 1° luglio 2023, momento in cui il nuovo codice dei contratti pubblici ha acquisito efficacia.

Ne discende che la resistente amministrazione – che non ha nemmeno motivato sulle ragioni che l'hanno indotta a ritenere applicabile il più volte citato art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 – non avrebbe potuto riportarsi a tale ultima disposizione per escludere la ricorrente, essendo piuttosto tenuta ad applicare le nuove disposizioni in materia di esclusione (artt. 94 ss., d.lgs. n. 36 del 2023), che non possono ritenersi meramente sovrapposte a quelle della precedente codificazione, che – com'è noto – si connota per un ampio rilievo dei principi generali, per il recupero della discrezionalità delle

amministrazioni nel compimento di numerose attività valutative e, con specifico riguardo alle cause di esclusione, ha minutamente codificato il grave illecito professionale e i mezzi idonei a dimostrarlo (art. 98, d.lgs. n. 36 del 2023).

L'erroneità del richiamo normativo, pertanto, non può ritenersi un vizio meramente formale dell'atto impugnato, ma incide sulla sostanza dell'atto stesso, che non si è in alcun modo misurato con il nuovo contesto legislativo, presupponendo una qualche ultrattività di una norma (e di un codice) non più applicabili alla procedura per cui è causa.

Da qui l'illegittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione.

3. Gli ulteriori motivi di ricorso possono considerarsi assorbiti dall'accoglimento del primo, tenuto conto che, da un lato, i medesimi presuppongono la violazione del ripetuto art. 80, d.lgs. n. 50 del 2016 e dall'altro, che in ogni caso la resistente amministrazione dovrà nuovamente provvedere sull'eventuale sussistenza di cause di esclusione della ricorrente alla luce (e nel rispetto) del differente regime normativo di cui al d.lgs. n. 36 del 2023.

4. Stante quanto precede, il ricorso è fondato e va accolto. Sono annullati, per l'effetto, gli atti impugnati nella parte di interesse per la ricorrente associazione, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della resistente amministrazione.

Le spese seguono la soccombenza tra le parti costituite e sono liquidate come da dispositivo.

Sono irripetibili le spese nei confronti della parte privata, in quanto non costituita e perché comunque estranea all'adozione del provvedimento per cui è causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto lo accoglie e annulla, per l'effetto, gli atti impugnati nella parte di interesse per la ricorrente associazione, con salvezza degli ulteriori provvedimenti della resistente amministrazione.

Condanna la parte resistente alla rifusione delle spese di lite, che liquida in favore di parte ricorrente in euro 4.000,00 (euro quattromila/00), oltre spese generali e accessori di legge, se ed in quanto dovuti.

Dichiara irripetibili le spese di lite con riguardo alla parte privata non costituita.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2024 con
l'intervento dei magistrati:

Federica Cabrini, Presidente

Fabrizio Giallombardo, Referendario, Estensore

Elena Farhat, Referendario

L'ESTENSORE
Fabrizio Giallombardo

IL PRESIDENTE
Federica Cabrini

IL SEGRETARIO