

22 gennaio 2024 – AVV.TI MASSIMILIANO MANGANO E GIOVANNI BARRAJA

Pubblicato il 22/01/2024

**N. 00218/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 01947/2023 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 Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 e 120 cod. proc. amm.;  
sul ricorso numero di registro generale 1947 del 2023, proposto da  
Consorzio Stabile OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentato e difeso dagli avvocati Massimiliano Mangano e Giovanni Barraja,  
con domicilio digitale come da REGINDE ed elettivo in Palermo, via N. Morello  
n. 40;

***contro***

Comune di Palermo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso  
dall'avvocato Roberta Cannarozzo Fazzari dell'Ufficio dell'Avvocatura Comunale,

con domicilio digitale come da REGINDE ed elettivo presso gli uffici dell'Avvocatura Comunale in Palermo, Piazza Marina n. 39;

***per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia***

- della nota prot. AREG/1530340/2023 del 30/11/2023 avente ad oggetto: “CONFRONTO DI PREVENTIVI SUL MEPA n. 3783825 DEL SERVIZIO DI RECAPITO CORRISPONDENZA ORDINARIA E RACCOMANDATA AD ORA E DATA CERTA-ANNO 2024 (CIG A01B25F523). RISCONTRO DEDUZIONI DEL 28.11.2023” nella parte in cui l'Ufficio contratti ed approvvigionamenti del Comune di Palermo, ai sensi dell'art. 94, comma 6, 96, comma 2, e 97, comma 1, lett. a) n. 1, del D.lgs. n. 36/2023, ha respinto l'offerta dal Consorzio Stabile OMISSIS, per carenza del requisito di regolarità fiscale in capo ad una consorziata designata per l'esecuzione del servizio, la OMISSIS S.r.l., senza consentirne la sostituzione/estromissione.

Ove occorra e possa:

- della nota prot. AREG/1653024/2023 del 19/12/2023 nei termini e nei limiti infra precisati nel II motivo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Palermo;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli articoli 60 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2024 il dott. Mario Bonfiglio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con l'atto introduttivo del giudizio la parte ricorrente ha impugnato gli atti specificati in epigrafe esponendo quanto segue. Il Comune di Palermo ha avviato (con Richiesta di Offerta del 12/10/2023) il confronto tra preventivi n. 3783825 sul M.E.P.A. per l'affidamento diretto del servizio di recapito della corrispondenza ordinaria e raccomandata ad ora e data certa, CIG A01B25F523, per un importo presunto di € 139.900,00 oltre IVA se dovuta. È opportuno precisare fin d'ora che l'Amministrazione si è riservata in modo esplicito la facoltà di procedere o meno all'affidamento del servizio con le offerenti, senza il riconoscimento in loro favore di alcun diritto in caso di decisione negativa (cfr. documento n. 1, pag. 2, fascicolo del ricorrente). Da parte sua il consorzio ricorrente ha presentato la sua offerta, designando come imprese esecutrici le società consorziate OMISSIS. s.r.l. e OMISSIS s.r.l. Il possesso dei requisiti necessari per l'affidamento dell'appalto è stato dimostrato per mezzo di autocertificazioni. Il consorzio OMISSIS ha presentato la propria, mentre le due consorziate designate hanno provveduto autonomamente ad attestare il possesso dei requisiti in discorso. Avvedutosi dell'esistenza di un debito per tributi non pagati della OMISSIS. s.r.l. di importo superiore ad € 5.000,00, il Comune di Palermo ha sollecitato dei chiarimenti in merito al requisito della regolarità tributaria e contributiva della società; richiesta che è stata riscontrata dal consorzio stabile OMISSIS con una nota del 28/11/2023. Rispondendo ai rilievi dell'Amministrazione, il consorzio ricorrente ha controdedotto che la situazione di morosità tributaria (effettivamente esistente) era stata sanata dalla OMISSIS. s.r.l. con la conclusione di un piano di ammortamento in trentasei rate in corso di esecuzione. In linea di subordine ha chiesto di essere autorizzato ai sensi dell'art. 97, decreto legislativo 31/03/2023, n. 36, alla sostituzione della OMISSIS. s.r.l. con altra consorziata (in particolare la OMISSIS s.r.l.) sicuramente in possesso del requisito in questione. Con il primo dei due atti gravati l'Amministrazione intimata non ha accolto tuttavia le difese

della parte ricorrente, giudicando in primo luogo tardiva l'iniziativa della consorziata designata morosa. Invero l'accordo di rateazione del debito della OMISSI. s.r.l. risulta concluso con il Comune resistente dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, quindi in tempo non utile in considerazione di quanto disposto dall'art. 94, comma 6, decreto legislativo n. 36/2023, che non consente di superare tale termine per la dimostrazione dei requisiti generali. In secondo luogo il Comune di Palermo non ha accordato neppure l'autorizzazione richiesta, ritenendo tale facoltà preclusa implicitamente dalla disciplina sugli affidamenti diretti. Per l'esattezza secondo il Comune l'art. 97, decreto legislativo n. 36/2023 proibisce in caso di irregolarità tributaria di sostituire l'impresa in difetto. Invero l'art. 97, decreto cit., rinviando al comma 2 dell'art. 96 del medesimo decreto, nel punto in cui è previsto che l'operatore economico che si trova in una delle situazioni, di cui all'art. 94 ad eccezione di quelle di cui al comma 6 (tra cui l'irregolarità tributaria o contributiva) non è escluso dalle procedure evidenziali se ha attuato le misure di self-cleaning previste dall'art. 96 stesso; a contrario proibisce sia il self-cleaning che la sostituzione con riguardo all'ipotesi della morosità fiscale. A tale rilievo di carattere per così dire sostanziale l'Amministrazione comunale ha aggiunto che anche a voler ritenere ammissibile la richiesta del consorzio ricorrente, la medesima doveva essere giudicata tardiva, visto che l'art. 97, comma 1, decreto cit. onera l'operatore economico intenzionato a presentare una domanda di sostituzione, di rappresentare le ragioni a fondamento della richiesta e d'indicare il nominativo dell'impresa subentrante entro il termine di presentazione delle offerte.

Ritenendo infondata la tesi dell'Amministrazione ed al fine di appurare l'esistenza di eventuali controinteressati da chiamare in giudizio in sede d'impugnazione della determinazione comunale, il consorzio stabile OMISSIS ha presentato un'istanza di accesso documentale diretta all'ostensione dell'elenco degli altri operatori

economici destinatari dell'invito a presentare offerta, nonché del provvedimento di affidamento del servizio. Con il secondo atto gravato il Comune di Palermo dopo avere ribadito quanto già sostenuto a supporto della decisione di esclusione della parte ricorrente, ha riferito che l'unico altro operatore economico invitato a presentare offerta, non aveva dato riscontro alla richiesta. E ha precisato che il confronto tra preventivi a suo tempo avviato, doveva ritenersi ormai concluso data la natura non vincolante (dal punto di vista negoziale) dell'invito formulato dall'Amministrazione.

Mercé il ricorso introduttivo del giudizio il consorzio stabile OMISSIS ha chiesto a questo Tribunale l'annullamento previa sospensione in via cautelare degli atti gravati per i motivi seguenti:

Violazione ed errata applicazione degli artt. 94, comma 6; 96, comma 2 ss.; 97, commi 1, 2 e 3; decreto legislativo n. 36/2023. Violazione ed errata applicazione degli artt. 18, par. 1; 57, par. nn. 2 e 3; 63, par. 1, comma 2 della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio 26/02/2014 sugli appalti pubblici. Eccesso di potere per carenza di motivazione e difetto di istruttoria.

Violazione degli artt. 41 e 97 Cost.;

Violazione ed errata applicazione dell'art. 50, comma 1, lett. b), decreto legislativo n. 36/2023. Eccesso di potere per contraddittorietà della motivazione; carenza di motivazione; difetto di istruttoria.

Costitutosi tempestivamente in giudizio con memoria del 04/01/2024, il Comune di Palermo ha ribadito la correttezza del proprio operato, riportandosi alle tesi esposte durante la fase della richiesta di chiarimenti preliminari alla decisione sull'esclusione del consorzio ricorrente. Ha aggiunto che è stata avviata nel frattempo una nuova procedura di confronto tra preventivi per l'affidamento del servizio.

Alla camera di consiglio del 10/01/2024 il Collegio dopo avere constatato il ricorrere dei presupposti di cui all'art. 60 cod. proc. amm.; nonché accertato la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria; ha dato avviso alle parti (riportato a verbale) della possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata. Quindi ha trattenuto la causa in decisione.

Il gravame del consorzio stabile OMISSI è fondato per quanto di ragione. La definizione normativa di "affidamento diretto" è quella di affidamento del contratto senza una procedura di gara, in cui, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla Stazione Appaltante (o dall'ente concedente) nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b), del codice dei contratti pubblici (di cui al decreto legislativo 31/03/2023, n. 36) e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice (all'Allegato I.1, art. 3, lett. d), al predetto codice). Il controllo del possesso dei requisiti in discorso è effettuato tramite la procedura disciplinata dall'art. 52 c.c.p. Gli operatori economici attestano con delle dichiarazioni sostitutive sia il possesso dei requisiti di partecipazione, che quello dei requisiti di qualificazione. La Stazione Appaltante procede poi alle verifiche necessarie ed in caso di riscontro negativo esclude dall'affidamento l'impresa interessata. Nell'ipotesi particolare dell'operatore economico con un debito tributario o previdenziale d'importo superiore a € 5.000,00, l'esclusione è disposta ai sensi dell'art. 94, comma 6, c.c.p. Tuttavia esistono dei meccanismi, che consentono di sanare la carenza di tali requisiti, tra i quali quello disciplinato dall'art. 97 c.c.p., rubricato Cause di esclusione di partecipanti e raggruppamenti, ma applicabile anche all'ipotesi della sostituzione delle consorziate esecutrici nell'ambito di un consorzio stabile in virtù del comma 3 del medesimo art. 97. Più precisamente non è necessario disporre l'esclusione degli R.T.I., qualora uno dei partecipanti al raggruppamento sia interessato da una causa di esclusione (o dal

venir meno di un requisito di qualificazione) purché ricorrano due condizioni. In primo luogo è onere del raggruppamento di comunicare all'Amministrazione in fase di presentazione delle offerte la causa di esclusione verificatasi (o la mancanza di un requisito di qualificazione) nonché l'impresa interessata; esplicitando al contempo le misure adottate per ovviare alla situazione ovvero le ragioni che non hanno consentito l'adozione statim di tali misure. In secondo luogo deve fare riscontro a questo primo adempimento anche l'adozione di rimedi congrui, quali l'estromissione del soggetto interessato o la sua sostituzione con un'altra impresa, fatta salva l'immodificabilità oggettiva dell'offerta presentata. Dal canto suo l'Amministrazione dopo aver ricevuto tale comunicazione ed aver valutato le misure adottate, è tenuta a determinarsi sulla richiesta del raggruppamento, potendo rigettarla soltanto nel caso di rimedi intempestivi oppure insufficienti. In considerazione di questa premessa si dimostrano fondati i profili di gravame sviluppati dalla parte ricorrente con il primo motivo di ricorso. Invero l'Amministrazione resistente è incorsa effettivamente in errore, laddove ha ritenuto inapplicabile l'art. 97 c.c.p. all'ipotesi della mancanza del requisito della regolarità fiscale o previdenziale. Al contrario la legge consente espressamente di estromettere ovvero di sostituire l'impresa carente di questo requisito con un'altra consorziata. Invero come correttamente dedotto dal consorzio ricorrente l'impossibilità di fare ricorso al diverso meccanismo del self-cleaning nel caso delle irregolarità tributarie (ai sensi di quanto disposto dall'art. 96 c.c.p.) non trova alcun riscontro in quanto previsto dall'art. 97 c.c.p., che è applicabile invece in tutte le ipotesi di carenza dei requisiti generali di partecipazione (comma 1 dell'art. 97 c.c.p.). In merito all'ulteriore profilo di gravame sulla ritenuta tardività della comunicazione del consorzio stabile OMISSI sono condivisibili a giudizio di questo Tribunale le argomentazioni della parte ricorrente. Infatti se è pur vero che la comunicazione di sostituzione della OMISSIS. s.r.l. è stata effettuata a termine di

presentazione dell'offerta ormai scaduto; tuttavia è altrettanto vero che un comportamento diverso non era esigibile da parte dell'Amministrazione, in quanto anche il consorzio ricorrente è venuto a conoscenza della situazione della sua consorziata soltanto in seguito alla richiesta di chiarimenti del Comune di Palermo. Un'interpretazione più stringente, sulla base della quale la scadenza del termine in discorso precluderebbe in modo assoluto l'applicazione dell'art. 97 c.c.p., non tenendo in alcun conto i mezzi effettivi a disposizione degli R.T.I. (nonché dei consorzi stabili) per effettuare le verifiche del caso, violerebbe il principio generale di proporzionalità, di cui all'art. 3 c.c.p.

Risulta privo di pregio invece l'ulteriore motivo di gravame, con cui parte ricorrente ha chiesto l'annullamento del secondo dei provvedimenti impugnati, giudicandolo illegittimo laddove ha attribuito valore di semplice indagine di mercato, non vincolante dal punto di vista negoziale, alla richiesta di offerta sollecitata dal Comune di Palermo. Di talché alla riammissione del consorzio stabile OMISSI non potrebbe che fare seguito l'aggiudicazione del servizio in suo favore da parte dell'Amministrazione intimata. Tuttavia come già esposto nelle premesse dell'odierna decisione, le lettere di invito ad offrire hanno escluso in modo incontrovertibile il sorgere di qualsiasi vincolo negoziale a carico dell'Amministrazione come effetto della presentazione delle offerte contrattuali da parte delle imprese interessate. A questo primo dato, di per sé tranciante, deve essere aggiunta l'ulteriore considerazione che l'offerta della parte ricorrente non è stata mai valutata dall'Amministrazione e nessun affidamento sull'assegnazione della commessa si è mai consolidato in favore del Consorzio stabile OMISSIS.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in favore di parte ricorrente in € 2.000,00 oltre rimborso forfettario, IVA e CPA.

P.Q.M.



Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui alla motivazione.

Condanna l'Amministrazione intimata al pagamento delle spese di lite che liquida in € 2.000,00 oltre rimborso forfettario, IVA e CPA.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Presidente

Raffaella Sara Russo, Primo Referendario

Mario Bonfiglio, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Mario Bonfiglio**

**IL PRESIDENTE**

**Guglielmo Passarelli Di Napoli**

**IL SEGRETARIO**