



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 staccata di Catania (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1562 del 2021, proposto da Impresa Stratos srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Giacalone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'ASP – Azienda sanitaria provinciale di Messina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Olivo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di Impresa S.T.I. di Sciotto Natale & C. sas, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Silvano Martella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione dalla gara del 15.9.21, recato dal verbale commissione di gara n. 3 del 15.9.21;

- della proposta di aggiudicazione della gara in favore della impresa controinteressata operata dalla commissione di gara in seno al verbale n. 3 del 15.9.21;
- del verbale RUP del 21.9.21 di conferma della proposta di aggiudicazione della gara in favore della impresa controinteressata;
- della nota RUP prot. n. 119227 del 28.9.21 di conferma delle determinazioni della commissione di gara recate in seno al verbale n. 3 del 15.9.21;
- della deliberazione del Commissario straordinario dell'ASP di Messina n. 3330 del 24.9.21 di aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della impresa controinteressata;

occorrendo, in via meramente cautelativa:

della clausola di cui a “pag. 2 cpv. Documentazione amministrativa allegato C – Patto d'integrità” ove interpretata nel senso di precludere alla stazione appaltante la possibilità di imporre e/o permettere la sostituzione dell'impresa ausiliaria, con conseguente automatica esclusione dalla gara del concorrente;

e per la declaratoria di inefficacia *ex artt.* 121 e segg. c.p.a. del relativo contratto d'appalto, ove nelle more sottoscritto, tra l'ASP di Messina e la controinteressata S.T.I. di Sciotto Natale & C. sas, con correlato diritto della ricorrente, che ne avanza specifica domanda e si rende al riguardo disponibile, di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto, subentrando nello stesso;

e per la condanna in subordine, della resistente amministrazione al risarcimento in favore della impresa ricorrente del danno per equivalente, da quantificarsi nella complessiva misura del 15% del prezzo (al netto del ribasso d'asta) offerto in sede di partecipazione alla gara, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi legali come per legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ASP di Messina e di Impresa S.T.I. di Sciotto Natale & C. sas;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2022 il dott. Diego Spampinato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Parte ricorrente impugna gli atti in epigrafe, affidando il ricorso ai seguenti motivi.

1. Eccesso di potere sotto i profili del difetto di presupposto, del travisamento dei fatti, della irragionevolezza manifesta e dello sviamento dell'atto dalla causa tipica; violazione di legge: art. 1 comma 17 legge 6.11.12, n. 190. L'esclusione dalla gara della offerente si fonderebbe su di un esasperato formalismo, atteso che sarebbe evidente che i riferimenti ad altra stazione appaltante, contenuti nel Patto di integrità presentato dalla Impresa ausiliaria Pulishop di La Barbera Veronica, sarebbero frutto di errore materiale, di immediata evidenza.

2. Violazione di legge: art. 89 comma 3 d.lgs. 18.4.16, n. 50; eccesso di potere sotto i profili del difetto di presupposto, della carenza di istruttoria e della illogicità manifesta. Non residuerebbe, nel nostro vigente ordinamento di settore, alcuna fattispecie di automatica esclusione dell'offerente per fatto imputabile all'impresa ausiliaria, offerente al quale dovrebbe invece essere previamente permesso di poter procedere alla sostituzione di essa impresa ausiliaria, che non abbia soddisfatto un pertinente criterio di selezione contemplato dal regolamento di gara; nella prospettazione di parte ricorrente, la stazione appaltante avrebbe allora dovuto permettere alla Impresa Stratos srl, che sulle capacità dell'ausiliaria aveva fatto affidamento, di poter procedere alla sua sostituzione e non già disporne invece, illegittimamente, l'esclusione dalla gara.

3. Della illegittimità *in parte qua* del disciplinare di gara, ove interpretato nei sensi di cui infra. Parte ricorrente impugna, in via cautelativa, la clausola di cui a pag. 2 cpv. del disciplinare di gara, sul presupposto che un divieto della possibilità per l'Amministrazione di imporre e/o permettere la sostituzione della Impresa ausiliaria

che non abbia soddisfatto un criterio di selezione, sì da dover essere necessariamente disposta la conseguenziale esclusione dalla gara dell'offerente, si porrebbe in contrasto sia con l'art. 89 comma 3 D. Lgs. n. 50/16, che con gli artt. 63, paragrafo 1, secondo comma, e 57, paragrafo 4, lett. h), della Direttiva 2014/24/UE, che, in conformità al principio di proporzionalità, imporrebbero invece la sostituzione dell'impresa ausiliaria che non abbia soddisfatto un pertinente criterio di selezione, in luogo della esclusione dalla gara del concorrente.

4. Parte ricorrente propone domanda di declaratoria in sede giurisdizionale di inefficacia del contratto stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e ss. cpa, nonché domanda di aggiudicazione, dichiarando la sua disponibilità al subentro.

5. Parte ricorrente propone quindi, in subordine, domanda risarcitoria per equivalente, con condanna dell'ASP di Messina al pagamento delle relative somme, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi legali come per legge, da quantificarsi nella complessiva misura del 15% del prezzo (al netto del ribasso d'asta) offerto in sede di partecipazione alla gara, di cui il 10% (criterio forfettario desunto dall'art. 345 Legge 20.3.1865 n. 2248 All. F) per lucro cessante; ed il 5% per perdita di qualificazione e di *chances*; ovvero nella diversa misura che, in via equitativa, ex art. 1226 cod. civ., vorrà eventualmente essere determinata da questo TAR.

Si sono costituiti sia l'ASP intimata che la società controinteressata, spiegando difese.

All'udienza pubblica del 10 febbraio 2022 la causa è stata trattenuta per la decisione.

Per una migliore intelligenza delle questioni devolute alla cognizione del Collegio, giovano alcune precisazioni in fatto.

Parte ricorrente impugna gli atti in epigrafe, afferenti la procedura negoziata telematica mediante RDO sul MEPA, per l'affidamento del servizio di facchinaggio / trasloco beni in favore di tutte le strutture e UU.OO. ricadenti nel territorio di competenza dell'ASP resistente per la durata di cinque anni (CIG

88418659D0).

Nel disciplinare di gara (allegato al ricorso *sub* 1) si legge: «...*La proposta effettuata sul sistema del Mercato Elettronico con cui l'impresa invitata formulerà la propria offerta dovrà pertanto essere composta da: DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA: [...] ALLEGATO C- Patto d'Integrità, da allegare, firmato digitalmente e in calce, dal Legale Rappresentante della società/ditta partecipante ovvero, in caso di consorzi o raggruppamenti temporanei di imprese, dal rappresentante degli stessi e deve essere presentato unitamente all'offerta...*».

Nel verbale di gara del 19 agosto 2021 (allegato al ricorso *sub* 4) si legge: «...*STRATOS S.R.L.. La Commissione provvede ad esaminare la documentazione prodotta e riscontra che la ditta dichiara di avvalersi dell'ausiliaria Pulishop di La Barbera Veronica, in quanto carente del requisito richiesto del fatturato specifico riferito all'oggetto della procedura di gara pari ad € 135.200,00 annui. Al riguardo viene prodotto idoneo contratto di avvalimento, ai sensi dell'art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016. Viene appurato che la documentazione prodotta risulta carente del Patto d'Integrità, sia della ditta ausiliata sia della ditta ausiliaria, debitamente compilato e firmato in calce ed in digitale. L'Operatore infatti ha presentato un solo Patto d'Integrità non compilato né firmato in calce. Inoltre la ditta Stratos dichiara genericamente che il CCNL nel cui ambito è inquadrato e retribuito il personale è quello dei servizi. Pertanto la ditta viene ammessa con riserva, con conseguente attivazione del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 del D. Les. n. 50/2016, con istanza di trasmissione del Patto d'Integrità, sia della ditta ausiliata che della ditta ausiliaria, correttamente compilato e firmato in calce ed in digitale, nonché con istanza di precisazione del CCNL richiesto...*».

A seguire, con nota del 20 agosto 2021 (allegato al ricorso *sub* 6), l'ASP richiedeva di trasmettere «...*tramite portale, entro 5 giorni dalla presente richiesta, il patto di integrità sia della ditta ausiliata che della ditta ausiliaria, correttamente compilato e firmato in calce ed in digitale...*».

La società ricorrente trasmetteva quindi i patti di integrità, sia per sé (allegato al ricorso *sub* 8) che per la ditta ausiliaria (allegato al ricorso *sub* 9).

Nel verbale di gara del 15 settembre 2021 (allegato al ricorso *sub* 10) si legge: «... *Ditta Stratos Srl: L'Operatore aveva presentato un solo Patto d'Integrità non compilato né firmato in calce, pertanto la documentazione risultava carente del Patto d'Integrità, sia della ditta ausiliata Stratos sia della ditta ausiliaria Pulishop, debitamente compilato e firmato in calce ed in digitale. Viene prodotto, in seguito al soccorso istruttorio, il Patto di Integrità della ditta Stratos ausiliata, mentre la ditta Pulishop ausiliaria produce un Patto di Integrità non corrispondente a quello di cui agli allegati tecnici della presente procedura e riconducibile invece al Comune di Palermo. Pertanto, tenuto conto che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti d'integrità, costituisce causa di esclusione dalla gara (comma 17 art. 1, Legge 190/12), la ditta Stratos viene esclusa dalla gara e non ammessa alle successive fasi procedurali...».*

Al riguardo, nel patto di integrità presentato dalla ditta ausiliaria (allegato al ricorso *sub* 9), si legge: «...1. In forza del presente Accordo che si intende sottoscritto dal Sindaco, il Comune di Palermo e la sottoscritta impresa assumono reciprocamente formale obbligazione [...] 2. Il personale, i collaboratori ed i consulenti del Comune di Palermo, impiegati ad ogni livello nell'espletamento della gara in argomento e nel controllo dell'esecuzione del relativo contratto, sono consapevoli del presente Accordo [...] 3. Il Comune di Palermo, si impegna a rendere pubblici i dati più rilevanti riguardanti la procedura in oggetto [...] 6. La sottoscritta impresa concorrente, anche nel caso di aggiudicazione, dichiara espressamente e in modo solenne: - di obbligarsi a segnalare al Comune di Palermo qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nelle fasi di svolgimento della gara e/o durante l'esecuzione del contratto, da parte di ogni interessato o addetto o di chiunque possa influenzare le decisioni relative alla gara in argomento [...] 9. La sottoscritta impresa si impegna, in caso di aggiudicazione, a rendere noti, su richiesta del Comune di Palermo, tutti i pagamenti eseguiti riguardanti il contratto

in argomento, inclusi quelli eseguiti a favore di intermediari e consulenti [...] Per gli appalti di opere e lavori pubblici di importo pari o superiore a € 250.000, il Comune di Palermo si riserva di acquisire sia preventivamente alla stipulazione del contratto sia preventivamente all'autorizzazione dei sub-contratti di qualsiasi importo, le informazioni del Prefetto ai sensi e per gli effetti dell'art.10 del DPR n. 252/98 [...] 1. Ogni controversia inerente alla interpretazione ed all'esecuzione del presente Accordo fra il Comune di Palermo e i concorrenti di questa gara sarà devoluta al giudice ordinario. 2. Presso l'Avvocatura Comunale verrà istituito un apposito ufficio con la funzione di esaminare ciascun caso segnalato di corruzione e/o concussione, procedendo alla dovuta comunicazione della notizia di reato alle competenti Autorità. 3. Ogni necessaria informazione riguardante questo Accordo può essere acquisita presso la predetta Avvocatura Comunale...».

Tanto premesso, il ricorso è infondato, secondo quanto a seguire.

Il primo motivo deve essere rigettato.

Il patto di integrità prodotto dall'impresa ausiliaria non risponde ai requisiti previsti dall'allegato C del disciplinare di gara, atteso che lo stesso contiene prescrizioni ed obblighi che vincolano tale impresa nei riguardi di un soggetto diverso (il Comune di Palermo) dalla odierna stazione appaltante (l'ASP di Messina).

Non ha quindi pregio giuridico l'argomentazione di parte ricorrente secondo cui ciò sarebbe riconducibile ad un errore materiale, di immediata evidenza, atteso che gli obblighi assunti con il patto di integrità non potrebbero poi costituire una legittima base su cui fondare provvedimenti o azioni da parte dell'odierna stazione appaltante nei confronti di tale impresa.

Al riguardo, giova rimarcare come la giurisprudenza del Giudice d'appello abbia condivisibilmente avuto modo di precisare come gli obblighi comportamentali contenuti nei patti di integrità abbiano lo scopo di rendere agevole l'esercizio dei poteri dell'amministrazione di accertamento e di irrogazione delle conseguenze sfavorevoli, ciò che sarebbe impedito nel caso di specie, in cui sarebbe oltremodo

facile contestare l'assunzione di tali obblighi comportamentali da parte della ditta ausiliaria: «...*Nei patti di integrità, agli obblighi comportamentali che, pur trovando la propria fonte nella clausola di leale collaborazione e nel principio di buona fede, oltre che nella normativa antimafia e dei contratti pubblici, sono circostanziati in modo tale da rendere agevole il relativo accertamento, si ricollegano conseguenze sfavorevoli in caso di violazione degli impegni assunti. L'assunzione volontaria non solo degli specifici doveri comportamentali ivi previsti ma anche della sottoposizione alle conseguenze sfavorevoli ivi indicate consente all'Amministrazione di esercitare con agilità i poteri di accertamento (facilitati dalla tipizzazione degli impegni assunti) e i poteri di irrogazione delle conseguenze sfavorevoli (anche queste specificamente indicate)...» (CGARS, Sez. giurisdizionale, 12 gennaio 2022, n. 32).*

Pari sorte deve seguire il secondo motivo.

Nonostante sia stato attivato il soccorso istruttorio, non infatti è stato prodotto l'atto richiesto, ma un diverso atto, riferito ad un soggetto diverso dalla odierna stazione appaltante (sul punto, si veda quanto esposto in relazione al motivo precedente).

Al riguardo, premesso che non risultano oggetto di censura né l'oggetto del soccorso né il termine assegnato, è sufficiente richiamare la condivisibile giurisprudenza secondo cui «...*Secondo giurisprudenza consolidata il termine assegnato dalla Stazione Appaltante ai fini delle integrazioni documentali nell'ambito del sub-procedimento del soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 Codice Appalti, è da ritenersi perentorio, in quanto ogni dilazione ulteriore rispetto a quella consentita dalla legge contrasterebbe con la necessità di un celere svolgimento della procedura di affidamento, che sarebbe irrimediabilmente soggetta all'inerzia dei concorrenti. Un'eventuale diversa conclusione determinerebbe la violazione della par condicio dei concorrenti, andando a premiare il comportamento di chi negligenemente abbia omissso di allegare la documentazione richiesta, anche a seguito di soccorso istruttorio, a scapito di quegli operatori, che, invece, hanno presentato una documentazione ab origine*

completa e regolare o che si sono immediatamente conformati alle richieste della Stazione Appaltante (cfr. da ultimo, Tar Lazio 3572/2018)...» (TAR Toscana, Sez. II, 27 novembre 2018, n. 1539).

Anche il terzo motivo deve essere rigettato.

Al riguardo, giova richiamare la condivisibile giurisprudenza secondo cui «...L'art. 1 comma 17 della legge n. 190 del 2012 (“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”) dispone infatti che le stazioni appaltanti “possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara”. Pertanto, le previsioni contenute nei protocolli di legalità o di integrità, stipulati ai sensi dell'art. 1 comma 17 della legge n. 190 del 2012, laddove configurano specifiche cause di esclusione dalla procedura di gara, sono idonee (data la base giuridica fondata sulla norma di rango legislativo) a integrare il catalogo tassativo delle cause di esclusione contemplate dal d. lgs. n. 50 del 2016 (Cons. St., sez. V, 13 gennaio 2021, n. 425) e contemporaneamente si fondano sulla base legislativa richiesta dall'art. 23 Cost...» (CGARS, Sez. giurisdizionale, 12 gennaio 2022, n. 32).

Non sussistendo l'ingiustizia del danno, deve essere rigettata la domanda di risarcimento (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 12 febbraio 2013, n. 829) nonché quelle di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato e di subentro.

Le spese seguono la soccombenza, venendo liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione staccata di Catania (Sezione II), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: a) lo rigetta; b) condanna la società ricorrente al pagamento, nei confronti delle controparti costituite, delle spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida, in via equitativa, in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, per

ciascun soggetto costituito.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Brugaletta, Presidente

Diego Spampinato, Consigliere, Estensore

Salvatore Accolla, Referendario

L'ESTENSORE
Diego Spampinato

IL PRESIDENTE
Francesco Brugaletta

IL SEGRETARIO