

N. ____/____REG.PROV.COLL.
N. 00547/2023 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

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

Sezione giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 547 del 2023, proposto da
Officine Sociali Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giulio Fortunato Tescione, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero dell'Interno – Prefettura di Trapani, in persona del Ministro *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo,
domiciliataria *ex lege* in Palermo, via Valerio Villareale, 6;

nei confronti

Vivere con Cooperativa Sociale O.N.L.U.S., Ors Italia S.r.l., non costituiti in
giudizio;

Consorzio Hera Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Caiffa, Amedeo Savino,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza) n. 1364/2023, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno – Prefettura di Trapani e del Consorzio Hera Società Cooperativa Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2023 il Cons. Maurizio Antonio Pasquale Francola e uditi per le parti gli avvocati come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con decreto del 22 settembre 2021, la Prefettura di Trapani disponeva l'avvio della procedura aperta di cui all'art. 60 del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., (C.I.G. 88832333C6), per l'affidamento, tramite il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art.95 co.3 D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i., del servizio di accoglienza e assistenza, per un massimo di 204 posti, all'interno del Centro di Permanenza per i Rimpatri (C.P.R.) di Trapani-Milo sito nel territorio della Provincia di Trapani, per un importo a base d'asta di € 5.663.468,40 oltre oneri per la sicurezza e rischi interferenziali stimati in € 2.526,00 non soggetti a ribasso.

Alla procedura partecipavano la ORS Italia s.r.l., la Officine Sociali Società Cooperativa Sociale, la Badia Grande Società Cooperativa Sociale, l'Associazione La mano di Francesco e l'Associazione San Marco Onlus in costituendo R.T.I. ed infine la Vivere Con Coop. Onlus ed il Consorzio Hera Società Cooperativa in costituendo R.T.I. (verbale di gara n. 1 del 10 gennaio 2022 – doc.9 fasc. di primo grado dell'appellante).

La nominata Commissione di gara, dopo avere assegnati i punteggi alle varie offerte tecniche ed economiche presentate dagli operatori economici concorrenti, redigeva la seguente graduatoria (Verbale n. 8 del 7 aprile 2022 – doc. 19 fasc. di primo grado dell'appellante):

1. Badia Grande Soc. Coop. Soc. punti 96,21 (O.T. 66,21 e O.E. 30,00)
2. R.T.I. Ass. La Mano di Francesco ed Ass. San Marco punti 93,06 (O.T. 65,14 e O.E. 27,92)
3. Officine Sociali Soc. Coop. Soc. punti 90,70 (O.T. 68,71 e O.E. 21,98)
4. R.T.I. Vivere con e Consorzio Hera Soc. Coop. Soc. punti 87,05 (O.T. 67,50 e O.E. 19,55)
5. ORS Italia s.r.l. punti 70,42 (O.T. 57,86 e O.E. 12,56).

In seguito, le prime due classificate venivano escluse.

Con successivo provvedimento prot. n. 76380 del 7 ottobre 2022 anche la Soc. Coop. Soc. Officine Sociali veniva esclusa ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. c) D.Lgs. n. 50/2016.

Con ricorso spedito per la notifica a mezzo posta elettronica certificata il 7 novembre 2022 ai sensi della Legge 53/2019 e notificato ai sensi dell'art.120 co.5 c.p.a. il medesimo giorno, nonché depositato in data 21 novembre 2022, ai sensi degli artt.45, 119 co.2 e 120 co.3 c.p.a., presso la segreteria del T.A.R. Sicilia, la Società Cooperativa Sociale Officine Sociali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, impugnava il proprio provvedimento di esclusione, domandandone l'annullamento per:

1) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 e, in particolare, dei commi 1, 3 e 5 lett. c) e c bis), 7 e 8 D. Lgs. n. 50/2016, art. 83, comma 9 D. Lgs. n. 50/2016, degli artt. 3, 10 e 10 bis L. n. 241/1990, nonché della lex specialis, con particolare riferimento all'artt. 6, 13, 14, 15 e 19 del disciplinare di gara - Violazione linee guida n. 6 A.N.A.C. - Violazione dei principi di proporzionalità, concorrenza e favor participationis - motivazione, contraddittorietà, erroneità, travisamento dei fatti, illogicità, pretestuosità, irragionevolezza e sviamento - Violazione dell'art. 97*

Cost. - Disparità di trattamento - Ingiustizia manifesta – poiché: 1.1) l'omessa dichiarazione nel D.G.U.E. della condanna inflitta dal Tribunale di Lecce nei confronti del precedente Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante della società per il reato di cui all'art. 356 c.p., con sentenza non passata in giudicato perché seguita dalla pronuncia della Corte di Appello di Lecce n. 910/2022 pubblicata il 14 luglio 2022 a sua volta impugnata con ricorso per cassazione, non giustificerebbe il controverso provvedimento di esclusione, non essendo la circostanza nota all'attuale amministratore; 1.2) né, peraltro, la *lex specialis* non imponeva al precedente Presidente del Consiglio di Amministrazione della società una dichiarazione/certificazione attestante il possesso di tutti i requisiti richiesti dalla normativa in esame, essendo in tal senso significativa la condotta serbata nell'occasione dalla Commissione di gara, non avendo, infatti, quest'ultima disposto il soccorso istruttorio per richiedere al riguardo un'apposita integrazione documentale; 1.3) qualora la predetta documentazione si ritenesse, per converso, necessaria sarebbero stati violati gli art. 89 co. 9 D.Lgs. n. 50/2016 e 14 del Disciplinare di gara per omessa attivazione del soccorso istruttorio; 1.4) il modulo contenente il D.G.U.E. prevedeva l'obbligatoria indicazione soltanto delle sentenze di condanna passate in giudicato e quella pronunciata contro il precedente Presidente del Consiglio di Amministrazione della società ricorrente ancora non lo era; 1.5) la condanna non definitiva pronunciata nei confronti del precedente Presidente del Consiglio di Amministrazione della società ricorrente sarebbe attinente ad una condotta posta in essere nell'anno 2016 (e dunque risalente a ben 5 anni prima dell'assunzione della carica di amministratore della società ricorrente) nella qualità (all'epoca) di legale rappresentante di un altro operatore economico e durante l'esecuzione di un appalto del 2014 non afferente al servizio di gestione e funzionamento dei centri di accoglienza; 1.6) inoltre, il precedente Presidente del Consiglio di Amministrazione della società ricorrente aveva rassegnato le dimissioni dall'incarico già dal 27 aprile 2022 e la società aveva provveduto al

rinnovo del proprio Consiglio di Amministrazione così dimostrando di volersi dissociare dalle condotte poste in essere dal precedente Presidente; 1.7) la vicenda di cui quest'ultimo sarebbe stato protagonista non potrebbe ritenersi un illecito professionale di attuale rilevanza; 1.8) mancherebbe, inoltre, qualsivoglia valutazione in concreto sull'incidenza dell'omessa dichiarazione in ordine all'affidabilità della società ricorrente; 1.9) la decretata esclusione dalla gara sarebbe, comunque, viziata sotto il profilo del principio di proporzionalità, tenuto conto delle indicazioni contemplate nelle Linee Guida n. 6 dell'A.N.AC. al paragrafo 6.4.

2) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 e, in particolare, del comma 5 lett. a), c), c bis) c ter) e 7 D. Lgs. n. 50/2016, art. 3 e 10 bis L. n. 241/1990, nonché della lex specialis, con particolare riferimento agli artt. 15 e 19 del disciplinare di gara - Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione, contraddittorietà, irrazionalità, erroneità, travisamento dei fatti e sviamento - Violazione dell'art. 97 della Costituzione - Ingiustizia manifesta - Violazione linee guida n. 6 A.N.A.C. - Violazione del principio di proporzionalità* – poiché, in ordine al secondo motivo addotto a giustificazione della decretata esclusione dalla procedura ed inerente presunte difformità o inadempimenti di cui sarebbe stata protagonista la società ricorrente nell'esecuzione dell'appalto affidatole dalla Prefettura di Siracusa per la gestione di servizi presso il C.A.S. Casa Freedom: 2.1) si lamenta un difetto di motivazione, considerato che in relazione ai predetti inadempimenti il contratto di appalto non sarebbe stato risolto, essendo stato, anzi, regolarmente eseguito; 2.2) il contratto di affidamento dei servizi di gestione del CAS Casa Freedom era stato stipulato con la Cooperativa Freedom O.N.L.U.S. alla quale era in seguito subentrata, per cessione (e non per affitto) del ramo d'azienda, la società ricorrente, senza che la Prefettura di Siracusa avesse accettato l'avvicendamento del nuovo appaltatore sino a pochi mesi prima della scadenza della convenzione, non considerando che l'avvenuta cessione del ramo d'azienda avrebbe segnato una netta separazione tra la gestione dei servizi ad opera della

società subentrante e quella della società cedente; 2.3) la Prefettura di Trapani avrebbe, dunque, acriticamente recepito la segnalazione proveniente dalla Prefettura di Siracusa, senza motivare le concrete ragioni della decretata esclusione; 2.4) peraltro, neanche la Prefettura di Siracusa avrebbe segnalato all'A.N.AC. i fatti in questione per l'inserimento nel casellario informatico di cui all'art. 213 co.10 del c.c.p.; 2.5) l'omessa risoluzione del contratto, in ogni caso, proverebbe la non gravità delle presunte inadempienze lamentate dalla Prefettura di Siracusa; 2.6) la decretata esclusione dalla gara sarebbe, comunque, viziata sotto il profilo del principio di proporzionalità, essendo i presunti illeciti professionali privi di attitudine ad incidere in concreto sull'affidabilità dell'operatore economico; 2.7) mancherebbero, inoltre, i presupposti per l'applicazione dell'art. 80 co. 5 lett. *c-ter*) c.c.p.; 2.8) se la Prefettura di Trapani avesse adeguatamente considerato le argomentazioni difensive articolate dalla società ricorrente presentate ai sensi dell'art. 10 *bis* L. n. 241/1990 avrebbe accertato l'inidoneità della segnalazione proveniente dalla Prefettura di Siracusa a giustificare la decretata esclusione dalla procedura della società ricorrente;

3) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 e, in particolare, del comma 5 e 7 D. Lgs. n. 50/2016, art. 3, 10 e 10 bis L. n. 241/1990, nonché della lex specialis, con particolare riferimento all'art. 15 del disciplinare di gara - Eccesso di potere per difetto di istruttoria, carenza di motivazione, contraddittorietà, erroneità, travisamento dei fatti e sviamento - Violazione dell'art. 97 della Costituzione - Ingiustizia manifesta - Violazione linee guida n. 6 A.N.A.C. - Violazione del principio di proporzionalità* – poiché, in ordine al terzo motivo addotto a giustificazione della decretata esclusione dalla procedura ed inerente all'esclusione patita dalla società ricorrente, a sua volta, in relazione alla diversa procedura di gara indetta dalla Prefettura di Ragusa per l'affidamento dei servizi analoghi a quelli in questione presso l'Hotspot di Pozzallo: 3.1) il predetto provvedimento di esclusione non sarebbe ancora definitivo, essendo stato impugnato per molteplici

vizi di illegittimità dinanzi al T.A.R. per la Sicilia, sezione staccata di Catania; 3.2) il giudizio negativo di affidabilità formulato dall'U.T.G. di Ragusa sarebbe illogico, essendo stata disposta, per ben due volte, la proroga del contratto di appalto nonostante i presunti inadempimenti lamentati;

4) *Violazione e o falsa applicazione dell'art. 97 Cost., degli artt. 3, 9, 10 e 10 bis L. n. 241/1990, delle Linee Guida A.N.AC. e del principio del giusto procedimento – eccesso di potere per illogicità, incoerenza, disparità di trattamento, difetto di istruttoria e carenza di motivazione* – poiché il provvedimento di esclusione impugnato sarebbe inficiato da gravi vizi di legittimità per eccesso di potere sotto il profilo della carenza di istruttoria e di adeguata motivazione, tanto più che l'Amministrazione non avrebbe adeguatamente replicato alle deduzioni difensive presentate dalla società ricorrente ai sensi dell'art. 10 bis L. n. 241/1990.

Successivamente, la società ricorrente proponeva motivi aggiunti, con ricorso notificato il 7 dicembre 2022 e depositato il 16 dicembre 2022, impugnando l'aggiudicazione nelle more disposta dalla Stazione Appaltante in favore del R.T.I. costituendo classificatosi in quarta posizione, domandandone l'annullamento per illegittimità derivata dall'invalidità inficiante il provvedimento di esclusione impugnato con il ricorso introduttivo.

Con ulteriori motivi aggiunti, proposti con ricorso notificato il 28 dicembre 2022 e depositato in data 11 gennaio 2023, la società ricorrente implementava le proprie doglianze formulando specifiche censure avverso l'impugnata aggiudicazione (stavolta) per vizi attinenti all'offerta presentata dal R.T.I. quarto classificato ed aggiudicatario Vivere Con – Consorzio Hera.

Costituitisi in giudizio, il Ministero dell'Interno ed il Consorzio Hera, in proprio e nella qualità di mandante del costituendo R.T.I., si opponevano all'accoglimento dei ricorsi.

La società ricorrente replicava alle eccezioni delle controparti, difendendo l'ammissibilità dei motivi aggiunti per ultimi proposti in ragione della persistente sussistenza di un concreto interesse al loro esame.

Dopo di che, con ricorso notificato e depositato il 19 aprile 2023, la società ricorrente proponeva ulteriori motivi aggiunti avverso il contratto di appalto nelle more stipulato con il R.T.I. aggiudicatario Vivere Con – Consorzio Hera per vizi di invalidità derivata dall'illegittimità dell'aggiudicazione e dei relativi atti presupposti già impugnati con i precedenti ricorsi.

Con sentenza n. 1364/2023 pubblicata il 24 aprile 2023 e successivamente notificata il 26 aprile 2023, il T.A.R. per la Sicilia, Sez. III, rigettava il ricorso introduttivo ed il primo ricorso per motivi aggiunti, dichiarando improcedibili gli ulteriori motivi aggiunti e condannando la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali liquidate in favore di ciascuna delle controparti costituite in € 9.500,00 oltre rimborso forfettario, C.P.A. ed I.V.A.

Con appello notificato il 26 maggio 2023 e depositato il 9 giugno 2023, la società ricorrente domandava la riforma della sentenza impugnata, riproponendo i motivi di prime cure e formulando anche specifiche censure dedicate a profili processuali propri della decisione appellata, quali la violazione del diritto al contraddittorio e l'esosità della condanna alle spese statuita dall'adito T.A.R.

Si costituivano il Ministero dell'Interno ed il Consorzio Hera Soc. Coop. Soc. opponendosi all'accoglimento dell'appello, in quanto infondato in fatto e in diritto. Le parti depositavano delle memorie conclusive.

All'udienza pubblica tenutasi in data 8 novembre 2023, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, dopo avere udito i procuratori delle parti presenti come da verbale in atti, tratteneva l'appello in decisione.

DIRITTO

I. – Il primo motivo di appello.

I.1. Con il primo motivo di appello si lamenta l'illegittimità dell'impugnata decisione per violazione del diritto di difesa e del contraddittorio ai sensi degli artt. 24 e 111 Cost., 101 c.p.c. e 73 co. 1 *bis* c.p.a.

L'appellante, infatti, sostiene di avere espressamente formulato, con apposita

istanza depositata il 28 febbraio 2023, richiesta di rinvio dell'udienza del 20 aprile 2023 fissata per la discussione della causa in questione dinanzi al T.A.R. per la Sicilia in ragione della rappresentata necessità di presenziare ad altra concomitante udienza pubblica presso altro T.A.R..

I.2. I giudici di primo grado non hanno accolto l'istanza dell'appellante, ritenendo non sussistenti eccezionali ragioni giustificanti il rinvio della trattazione della causa, tenuto conto della fisiologica eventualità, nell'espletamento dell'attività forense, di dover essere presente in concomitanti udienze presso differenti T.A.R..

Peraltro, aggiunge il T.A.R. per la Sicilia, la mancata partecipazione dell'istante non sarebbe pregiudizievole per il diritto di difesa della società ricorrente, essendosi avvalso il difensore incaricato di un sostituto processuale presente all'udienza ed avendo, comunque, puntualmente controdedotto sulle difese avversarie.

I.3. L'appellante ritiene erronea la decisione dei giudici di primo grado poiché la rappresentata impossibilità di partecipare a due udienze, l'una dinanzi al T.A.R. Sicilia sede di Palermo per la trattazione della causa in questione, l'altra dinanzi al T.A.R. Sicilia sezione staccata di Catania per la discussione di una causa di elevato importo inerente alla procedura di affidamento dell'appalto relativo all'Hotspot di Pozzallo integrerebbe un'eccezionale ragione idonea a giustificare l'accoglimento del chiesto rinvio ai sensi dell'art. 73 co. 1 *bis* c.p.a.

Inoltre, non potrebbe sostenersi che la partecipazione all'udienza di un sostituto processuale sia equiparabile, sul piano del corretto e pieno esercizio del diritto di difesa, alla partecipazione del difensore incaricato, costituendo il confronto in udienza con il giudice e le parti un momento fondamentale per la corretta instaurazione di un pieno ed integrale contraddittorio processuale, tanto più considerato che l'istanza di rinvio era stata depositata quasi due mesi prima dell'udienza del 20 aprile 2023.

I.4. Il motivo è infondato.

Anzitutto, occorre precisare che secondo quanto previsto dall'art. 73 comma 1 *bis*

c.p.a., a seguito delle novità introdotte con l'articolo 17, comma 7, lettera a), punto 2), del D.L. 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla Legge 6 agosto 2021, n. 113 e successivamente modificato dall'articolo 7, comma 2-*bis*, del D.L. 30 aprile 2022, n. 36, convertito con modificazioni dalla Legge 29 giugno 2022, n. 79, il rinvio della causa è consentito soltanto in casi eccezionali.

Come già chiarito dal Consiglio di Stato (sez. V, 29/05/2023, n. 5241) la richiamata recente disposizione costituisce una novità introdotta nell'ambito del più ampio contesto di riforma del processo amministrativo volto a contrastare la formazione di nuovo arretrato nella giustizia amministrativa che incide, a sua volta, sul grado di efficienza e di affidabilità dell'intero sistema economico nazionale, chiamato peraltro a fronteggiare le nuove prospettive del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.).

Con la disposizione in esame il legislatore ha, infatti, ritenuto prevalente l'interesse pubblico alla celerità della decisione, in coerenza con il principio della ragionevole durata del processo, rispetto a quello, particolare ed eccezionale, di protrazione della trattazione della causa.

Di conseguenza, l'ordinamento non riconosce alle parti un diritto al rinvio della discussione, poiché il principio dispositivo nel sistema di giustizia amministrativa deve essere temperato con l'esigenza di certezza del rapporto giuridico dedotto in giudizio e dipendente dagli interessi pubblici di volta in volta coinvolti onde assicurare agli stessi, nel più breve tempo possibile, un definitivo assetto.

Le parti hanno, dunque, la disponibilità delle proprie pretese sostanziali e, in funzione di esse, del diritto di difesa in giudizio, ma non spetta loro anche la disponibilità dell'organizzazione e dei tempi del processo che, invece, compete al giudice nella prospettiva di una celere definizione del giudizio nel rispetto delle esigenze dipendenti da una conciliazione e da un coordinamento dell'esercizio del diritto di difesa di tutte le parti in causa.

La decisione finale sui tempi della decisione della controversia spetta, dunque, al

giudice.

Donde, la regola implicante la doverosa celebrazione dell'udienza di discussione alla data all'uopo stabilita, salvo situazioni oggettive tempestivamente allegare e provate (Cons. Stato, n. 196 del 2016).

In tal senso, il C.G.A.R.S. ha già chiarito (sezione giurisdizionale, 31 gennaio 2022, n. 153) che siffatte situazioni eccezionali possono essere integrate solo da gravi ragioni idonee a incidere, se non tenute in considerazione, sulle fondamentali esigenze di tutela del diritto di difesa costituzionalmente garantite, atteso che, pur non potendo dubitarsi che anche il processo amministrativo è regolato dal principio dispositivo, in esso non vengono in rilievo esclusivamente interessi privati, ma trovano composizione e soddisfazione anche gli interessi pubblici che vi sono coinvolti.

Tra le cause eccezionali giustificanti il differimento della trattazione della causa non vi rientra l'impedimento a comparire dipendente da un concomitante impegno professionale del difensore di una delle parti.

Il legittimo impedimento del difensore è, infatti, un istituto disciplinato dall'art. 420 *ter* c.p.p. e., dunque, non applicabile in modo pedissequo nel processo amministrativo in ragione del rinvio esterno contemplato dall'art. 39 c.p.a. alle norme sul punto previste dal codice di procedura civile.

Nel processo civile l'assenza del difensore è disciplinata dall'art. 115 disp. att. cod. proc. civ. e può giustificare il rinvio della causa soltanto in caso di *'grave impedimento'*, nozione ritenuta dalla giurisprudenza civile presupponente l'impossibilità di ricorrere all'istituto della sostituzione mediante delega conferita ad un collega (facoltà generalmente consentita e tale da rendere riconducibile all'esercizio professionale del sostituto l'attività processuale svolta dal sostituto), venendo altrimenti a prospettarsi soltanto un problema attinente all'organizzazione professionale del difensore, non rilevante ai fini del differimento dell'udienza (cfr., ex plurimis, Cass. civ., Sez. Un., 10 giugno 2022, n. 18801; Cass. civ. 28 gennaio 2021, n. 1783; Cass. civ., sez. VI, 28 gennaio 2021, n. 1793; Cass. civ., sez. lav., 24

giugno 2020, n.12445; Cass. civ., sez. VI, 6 dicembre 2019, n. 31967; Cass. Sez. Unite, 26 marzo 2012, n. 4773).

La sostituzione richiesta ad un altro avvocato, peraltro, è consentita dall'art. 14 della L. n. 247/2012 anche tramite incarico verbale, non essendo più necessaria la delega scritta.

Né, peraltro, può sostenersi che un ipotetico avvocato delegato non sarebbe stato in grado di difendere gli interessi della società ricorrente all'udienza di trattazione fissata per il 20 aprile 2022 dinanzi al T.A.R. per la Sicilia al pari del difensore incaricato, come rappresentato nell'istanza di rinvio del 28 febbraio 2022, poiché occorre tenere in considerazione la complessità delle difese articolate dalle parti, posto che, da un lato, le esigenze difensive della società ricorrente erano state già compiutamente soddisfatte mediante i molteplici atti telematicamente depositati e, dall'altro, non è stato chiarito nella predetta richiesta di rinvio quale ulteriore ed improrogabile ragione difensiva avrebbe imposto la necessaria presenza del difensore incaricato anziché di un difensore delegato.

Nel processo amministrativo occorre, infatti, considerare la funzione propria dell'udienza pubblica in rapporto alle difese già articolate nei precedenti scritti difensivi da depositare secondo la tempistica scandita dai termini perentori di cui all'art. 73 co. 1 c.p.a., potendo i difensori delle parti soffermarsi su talune questioni ripetitive di quanto già a conoscenza del Collegio poiché dedotto nei precedenti scritti difensivi o rappresentare fatti sopravvenuti di rilevanza per la decisione della causa o, financo, rendere i chiarimenti richiesti dal Collegio. Tanto è vero che l'art.73 co. 2 c.p.a. riconosce alle parti la facoltà di "*discutere sinteticamente*". Il che ridimensiona il ruolo dell'udienza di discussione nel processo amministrativo rispetto alle udienze penali, al punto da non richiedere un'attività difensiva tale, in linea di principio, da non poter essere esercitata da un sostituto del difensore incaricato.

Il che giustifica la decisione dell'adito T.A.R. di non concedere il chiesto

differimento della trattazione della controversia.

Pertanto, il primo motivo di appello è destituito di fondamento.

II. – Il secondo motivo di appello.

Con il secondo motivo di appello si introduce un elemento di novità pertinente rispetto ai motivi di ricorso proposti in primo grado avverso il provvedimento di esclusione impugnato, ossia l'archiviazione della segnalazione determinante l'instaurazione del procedimento di annotazione nel Casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'art. 213 co. 10 D.Lgs. n. 50/2016.

La società ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara indetta dalla Prefettura di Trapani per tre ragioni: a) l'omessa dichiarazione della condanna pronunciata dal Tribunale di Lecce per il reato di cui all'art. 356 c.p. *“frode nelle pubbliche forniture”* e confermata dalla Corte di Appello di Lecce nel maggio 2022 nei confronti di colui il quale era stato legale rappresentante della società ricorrente; b) le presunte inadempienze contrattuali della società ricorrente comunicate dalla Prefettura di Siracusa alla Prefettura di Trapani in relazione all'esecuzione di attività di gestione del centro di accoglienza “Casa Freedom” e che avrebbero implicato il mancato rinnovo del contratto; c) l'esclusione dalla procedura indetta dalla Prefettura di Ragusa per l'affidamento dei servizi di gestione e di funzionamento dell'Hotspot di Pozzallo a causa dell'omessa dichiarazione della predetta condanna penale pronunciata nei confronti di chi era stato legale rappresentante della società ricorrente.

Con nota prot. n. 81843 del 25 ottobre 2022, la Prefettura di Trapani ha segnalato all'A.N.AC. di aver disposto l'esclusione della società ricorrente dalla gara indetta per l'affidamento del servizio di accoglienza ed assistenza presso il Centro di permanenza per il rimpatrio Milo-Trapani, onde avviare il procedimento di annotazione nel Casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Sennonché, con provvedimento del 16 maggio 2023 successivo alla pronuncia della

sentenza appellata, l'A.N.AC. ha disposto l'archiviazione del procedimento, ritenendo non sussistenti i presupposti per un'eventuale annotazione del nominativo della società ricorrente in ragione della inidoneità delle circostanze dedotte ad incidere sull'affidabilità dell'operatore economico.

L'A.N.AC., in particolare, ha chiarito che i fatti di rilievo penale per i quali l'ex Presidente del Consiglio di Amministrazione della società ricorrente era imputato sarebbero risalenti nel tempo al punto da superare il limite dei 3 anni dalla data di commissione del fatto stabilito dall'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE e ribadito nelle Linee Guida A.N.AC. n. 6/2016 volto a definire l'attualità della rilevanza.

Con riguardo, poi, ai presunti inadempimenti di cui sarebbe stata responsabile la società ricorrente nell'esecuzione di prestazioni analoghe a quelle oggetto dell'appalto in questione, l'A.N.AC. ha constatato la carenza di alcuna annotazione a carico della medesima società, non essendo pervenute neanche comunicazioni di eventuali risoluzioni contrattuali da parte delle Prefetture di Siracusa e di Ragusa. Quest'ultima, peraltro, in data 11 novembre 2022 aveva attestato che la società ricorrente avrebbe regolarmente espletato i servizi di gestione e funzionamento dell'Hotspot di Pozzallo in esecuzione del contratto di appalto sottoscritto il 13 settembre 2021.

Donde, l'archiviazione della segnalazione trasmessa dalla Prefettura di Trapani, non integrando la condotta segnalata un illecito professionale rilevante ai sensi dell'art. 80 co. 5 lett. c) D.Lgs. n. 50/2016.

II.1. Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ritiene che le conclusioni alle quali sia pervenuta l'A.N.AC., a prescindere dal valore ipoteticamente vincolante delle stesse sostenute dall'appellante, siano condivisibili. Ed invero, in relazione all'omessa dichiarazione della condanna penale citata, anche l'adito T.A.R. aveva ritenuto il fatto privo di attualità e quindi inidoneo a giustificare l'esclusione della società ricorrente dalla procedura, tenuto conto dell'epoca di commissione della condotta sospettata di illiceità penale rispetto alla

tempistica prevista dall'art. 57 par. 7 della Direttiva n. 2014/24/UE.

Il che è coerente con i principi di diritto affermati dal Consiglio di Stato.

Come noto, l'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 non stabilisce alcunché in ordine all'efficacia temporale della causa di esclusione, laddove il fatto valutabile come illecito professionale, ai sensi del co. 5, lett. c), derivi da una sentenza penale non definitiva.

I commi 10 e 10-bis dell'art. 80, infatti, disciplinano la durata dell'esclusione, nell'ipotesi in cui essa si tragga dalla sentenza penale di condanna definitiva, che non fissi la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione (commi 10 e 10-bis, primo periodo), ovvero nel caso di adozione di un provvedimento amministrativo di esclusione (con decorrenza dal passaggio in giudicato della sentenza, ove contestato in giudizio: comma 10-bis, secondo periodo).

Allorquando invece venga in rilievo un fatto che, come nella specie, sia valutato quale illecito professionale in base a una sentenza penale di condanna non definitiva, occorre rifarsi alla *"norma di cui all'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24/UE, il quale ha previsto, in termini generali, che il periodo di esclusione per i motivi di cui al paragrafo 4 (all'interno del quale rientrano sia la causa di esclusione per gravi illeciti professionali [lett. c)], sia quella delle "false dichiarazioni [...] richieste per verificare l'assenza di motivi di esclusione" [lett. h]) non può essere superiore a "tre anni dalla data del fatto in questione")* (di recente, Cons. Stato, sez. V, 27/1/2022 n. 575, aggiungendo che: *"Alla disposizione contenuta nella direttiva la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha attribuito efficacia diretta nell'ordinamento interno, con conseguente immediata applicabilità"*).

In analoga fattispecie, è stato, infatti, ritenuto *"irrilevante il fatto costitutivo di una delle cause di esclusione di cui all'art. 80 comma 5, lett. c), cit., che sia stato commesso oltre tre anni prima della indizione della procedura di gara; conclusione alla quale si è giunti, dapprima, richiamando il principio generale di*

proporzionalità di derivazione unionale e osservando come la previsione di un onere dichiarativo esteso a fatti risalenti oltre un determinato limite temporale implicasse un evidente contrasto con tale principio, per la possibilità riconosciuta all'amministrazione appaltante di dare rilevanza a fatti che - per il tempo trascorso - non rappresentano più un indice su cui misurare l'affidabilità professionale dell'operatore economico. Un siffatto generalizzato obbligo dichiarativo, senza l'individuazione di un preciso limite di operatività, infatti, "potrebbe rilevarsi eccessivamente oneroso per gli operatori economici imponendo loro di ripercorrere a beneficio della stazione appaltante vicende professionali ampiamente datate o, comunque, del tutto insignificanti nel contesto della vita professionale di una impresa": in tal senso Cons. Stato, V, 22 luglio 2019, n. 5171; si veda anche Cons. Stato V, 6 maggio 2019, n. 2895). Inoltre, occorre avere riguardo all'art. 57, par. 7, della direttiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'U.E., del 26 febbraio 2014, secondo cui "[i]n forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri [...] determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4" (paragrafo, quest'ultimo, che - alla lett. c) - contempla la causa di esclusione dell'operatore economico che si sia reso colpevole di gravi illeciti professionali). Pertanto, per effetto della diretta applicazione della disposizione unionale, il fatto astrattamente idoneo a integrare la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), cessa di avere rilevanza, a questi fini, una volta decorsi tre anni dalla data della sua commissione (cfr. Cons. Stato, V, 7 settembre 2021, n. 6233; V, 26 agosto 2020, n. 5228; V, 5 agosto 2020, n. 4934)".

Peraltro, assume rilievo dirimente la circostanza, dedotta in appello, della pronuncia di assoluzione emessa dalla Corte di cassazione in favore del precedente legale rappresentante della società ricorrente per i fatti in questione, avendo la Suprema Corte annullato senza rinvio, con sentenza n. 672/2023, la sentenza di condanna della Corte di Appello di Lecce perché il fatto non sussiste (estratto sentenza – doc. 10 fasc. appello dell'appellante).

L'assoluzione con formula piena, infatti, accerta e comprova l'insussistenza del fatto contestato all'imputato e, quindi, la sua innocenza, al punto da escludere in radice qualsivoglia rilevanza della vicenda anche in relazione, per quanto di interesse in questa sede, al profilo dell'affidabilità valutato dalla Pubblica Amministrazione.

Pertanto, la mancata dichiarazione di una condanna non definitiva concernente un fatto commesso oltre tre anni prima (nella fattispecie dal 25 gennaio 2016 al 8 novembre 2016) dell'indizione della gara (bando del 18 novembre 2021) e successivamente dichiarato, con sentenza definitiva, privo di rilevanza penale perché insussistente non può costituire condotta rilevante ai fini della estromissione dalla procedura di affidamento, tenuto conto che le cause di esclusione dalla gara si pongono in rapporto di eccezione rispetto al principio del *favor participationis* e, pertanto, devono essere interpretate ed applicate con particolare rigore.

II.2. Con riguardo, poi, ai presunti inadempimenti contrattuali comunicati dalla Prefettura di Siracusa, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, anzitutto, osserva che l'art. 80 co. 5 lett. c) D.Lgs. n. 50/2016 impone alle stazioni appaltanti l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto di un operatore economico allorché ricorrano tre requisiti: 1) che l'operatore si sia reso colpevole di gravi (e non meri) illeciti professionali; 2) che la gravità degli illeciti professionali sia tale da revocare in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore stesso; 3) che dei primi due requisiti la stazione appaltante fornisca adeguata prova. In relazione al caso in esame la stazione appaltante non può ritenersi avere compiutamente assolto il predetto onere probatorio, non essendo provati né i gravi

illeciti professionali di cui la società ricorrente sarebbe stata autrice, né l'attitudine degli stessi a porre in discussione la sua affidabilità.

Ed invero, con riguardo all'appalto per l'erogazione dei servizi richiesti presso l'Hotspot gestito dalla Prefettura di Siracusa, prescindendo da qualsivoglia considerazione in ordine alla decisione di proseguire il rapporto dopo il subentro della Cooperativa Sociale Freedom, assume rilievo decisivo la mancata risoluzione del contratto. Se, infatti, gli inadempimenti descritti nella nota n. 66995 del 8 settembre 2022 (doc. 4 fasc. primo grado – Ministero dell'Interno) fossero stati talmente gravi da inficiare l'affidabilità della società appellante, la Prefettura avrebbe dovuto esercitare i poteri di cui all'art. 108 D.Lgs. n. 50/2016 e risolvere il contratto. Nella fattispecie, invece, il rapporto contrattuale è stato interamente eseguito sino alla sua scadenza, a riprova della non gravità dei fatti ritenuti dalla Pubblica Amministrazione esplicativi di una *mala gestio*.

Il che, peraltro, appare coerente anche con riguardo agli episodi descritti durante il periodo di gestione dell'emergenza sanitaria nelle prime sue fasi, tenuto conto delle peculiari difficoltà incontrate dalle Autorità sanitarie, dagli operatori economici e da tutta la popolazione in quel particolare momento storico.

Né, peraltro, può a differente conclusione pervenirsi sulla base della decisione di non rinnovare la convenzione dopo la sua naturale scadenza del 2 giugno 2021 assunta nell'occasione dalla Prefettura di Siracusa, poiché, in ossequio ai principi eurounionali, costituisce la regola interrompere il rapporto contrattuale alla sua scadenza per poi affidare l'appalto all'operatore economico che sarà individuato all'esito di un'apposita gara, mentre la proroga costituisce un'eccezione. Il che induce a ritenere che non si possa ascrivere rilevanza all'omesso rinnovo quale decisione univocamente indicativa di una condotta gravemente inadempiente della società appaltante durante l'esecuzione del rapporto contrattuale.

III.3. Infine, con riguardo alla Prefettura di Ragusa, occorre osservare che il recente rapporto contrattuale instauratosi con la società ricorrente ne ha dimostrato

l'affidabilità, tenuto conto del certificato di buon esito del servizio rilasciato in data 11 novembre 2022 (doc. 44 fasc. primo grado – ricorrente) e delle documentate liquidazioni dei compensi previsti senza alcuna riserva (doc. n.41 e ss. fasc. di primo grado).

IV. Pertanto, il motivo è fondato e giustifica l'accoglimento dell'appello e la conseguente riforma della sentenza appellata, con assorbimento delle ulteriori questioni non esaminate ed annullamento degli atti impugnati.

L'annullamento del provvedimento di esclusione, infatti, determina anche quello della successiva aggiudicazione disposta in favore dell'operatore economico che abbia beneficiato dello scorrimento della graduatoria.

Con riguardo al contratto già stipulato, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 122 c.p.a. e dell'esigenza di non interrompere l'erogazione del servizio pubblico in corso nelle more degli accertamenti che la Prefettura di Trapani sarà tenuta ad espletare, deve dichiararsene l'inefficacia con decorrenza differita alla data in cui verrà emanata la nuova aggiudicazione se, all'esito delle operazioni di verifica, l'Amministrazione riterrà di disporla in favore della società appellante.

IV.1. Al riguardo, infatti, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana precisa, ai sensi dell'art. 34 co. 1 lett. e) c.p.a., che l'effetto conformativo scaturente dall'accoglimento dell'appello e dei proposti ricorsi in primo grado, tenuto conto della regressione del procedimento alla medesima fase culminata con l'adozione del primo atto controverso in questa sede annullato e coincidente con l'illegittima esclusione della società appellante dalla procedura di affidamento dell'appalto in questione, implica il dovere per la Prefettura di Trapani di rivalutare la posizione della predetta società nella sua qualità di concorrente terza classificata, senza ritenere pregiudizievoli per l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore le cause illegittimamente ritenute ostative all'esito del presente giudizio.

Pertanto, se l'Amministrazione all'esito del rinnovo della predetta fase procedimentale riterrà di dover aggiudicare l'appalto all'appellante, il contratto stipulato con l'attuale aggiudicataria diventerà inefficace con l'adozione della

nuova aggiudicazione, continuando, diversamente, a produrre effetti.

V. La peculiarità delle questioni di diritto esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese processuali del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, sezione giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (C.I.G. 88832333C6), lo accoglie e, per l'effetto, riforma la sentenza appellata ed accoglie i ricorsi proposti in primo grado dall'appellante, con conseguente annullamento dei provvedimenti amministrativi impugnati, salve le ulteriori determinazioni della Pubblica Amministrazione dalle quali dipenderà la persistente efficacia del contratto di appalto in questione stipulato con l'attuale aggiudicataria.

Compensa per intero le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

Vista la richiesta dell'interessato e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, 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 parte interessata e tutte le persone fisiche menzionate.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Solveig Cogliani, Consigliere

Maurizio Antonio Pasquale Francola, Consigliere, Estensore

Giovanni Ardizzone, Consigliere

Marco Mazzamuto, Consigliere

L'ESTENSORE
Maurizio Antonio Pasquale Francola

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO

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