



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 Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 350 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Società cooperativa Museo a r.l., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea d'impresa costituita con la società Contesto S.r.l. e la società cooperativa Sette Rue, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Ranalli, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Romito in Bari, via Crispi, 6;

contro

il Comune di Barletta, in persona del Sindaco, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Cuocci Martorano e Isabella Palmiotti, con domicilio eletto presso l'avv. Raffaele de' Robertis in Bari, via Davanzati, 33;

nei confronti di

Novamusa S.p.A., in proprio e quale mandataria della A.T.I. con la

ITWG Esperia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Valentino Vulpetti e Luigi D'Ambrosio, con domicilio eletto presso il secondo in Bari, piazza Garibaldi, 23;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Novamusa S.p.A., in proprio e quale mandataria della A.T.I. con la ITWG Esperia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Valentino Vulpetti e Luigi D'Ambrosio, con domicilio eletto presso il secondo in Bari, piazza Garibaldi, 23;

per l'annullamento

I) del provvedimento prot. n. 10225, datato 16 febbraio 2009, con cui il Comune di Barletta ha escluso l'A.T.I., costituita tra Società cooperativa Sistema Museo a r.l. - società Contesto s.r.l. - Sette Rue società cooperativa a r.l., dalla gara di appalto «per la gestione dei servizi ausiliari della pinacoteca Giuseppe De Nittis al Palazzo della Marra per un triennio»;

II) del verbale della seduta di gara del 27 gennaio 2009 (sconosciuto nel contenuto e mai comunicato alla ricorrente), con il quale la commissione, designata per la gara di appalto «per la gestione dei servizi ausiliari della pinacoteca Giuseppe De Nittis al Palazzo della Marra per un triennio», ha deciso di escludere la A.T.I., costituita tra Società cooperativa Sistema Museo a r.l. - società Contesto s.r.l. - Sette Rue società cooperativa a r.l., dalla gara in questione;

III) “di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque

esaminato i documenti e le osservazioni illustrate dalla società ricorrente”;

III.b) l'atto di rettifica del bando inerente il codice CIG;

III.c) il bando di gara del 5 dicembre 2008, il capitolato speciale di appalto, se e limitatamente alla parte in cui dovessero essere interpretati nel senso di escludere dalla gara l'A.T.I. costituita tra Società Cooperativa Sistema Museo - società Contesto s.r.l. - Sette Rue società cooperativa.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

visto l'atto d'intervento ed il ricorso incidentale proposto dalla Novamusa S.p.A.nella qualità suddetta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2011 il cons. Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori, avv.ti Andrea Angiuli, per delega dell'avv. Giovanni Ranalli, Domenico Cuocci Martorano e Luigi D'Ambrosio, anche in sostituzione dell'avv. Valentino Vulpetti;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Società Cooperativa Museo a r.l. ha partecipato, quale mandataria dell'associazione temporanea d'impresa costituita con la

società Contesto S.r.l. e la società cooperativa Sette Rue, alla gara di appalto, indetta dal Comune di Barletta, «per la gestione dei servizi ausiliari della pinacoteca Giuseppe De Nittis al Palazzo della Marra per un triennio». La detta A.T.I. è stata esclusa dalla commissione di gara (verbale della seduta del 27 gennaio 2009), come anche disposto con provvedimento prot. n. 10225, datato 16 febbraio 2009, che la società impugna, insieme con gli atti precedenti e presupposti della procedura, alla stregua dei seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione degli articoli 3, 6 e 10 della legge 7 agosto 1990 n. 241, modificata dalla legge n. 15/2005; violazione del giusto procedimento; violazione dei principi di trasparenza, imparzialità nelle procedure di gara; illogicità manifesta; difetto d'istruttoria e di motivazione;

2) violazione e falsa applicazione dell'articolo IV.3.4 punto 5 del bando di gara; eccesso di potere per carenza dei presupposti e travisamento dei fatti; violazione dei principi di trasparenza, imparzialità, correttezza in materia di procedure di evidenza pubblica; violazione dell'articolo 97 della Costituzione; violazione dei principi in materia di pubblicità della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per difetto di motivazione e d'istruttoria; contraddittorietà e illogicità manifeste; sviamento di potere;

3) violazione e falsa applicazione del punto III.2.1., lett. e), del bando di gara; violazione e falsa applicazione dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163; eccesso di potere per travisamento

dei fatti; carenza assoluta dei presupposti; eccesso di potere per carenza d'istruttoria e di motivazione; illogicità e irrazionalità manifeste, sviamento di potere.

Si è costituito il Comune di Barletta, che ha chiesto il rigetto del ricorso; sostenendo le ragioni dell'Amministrazione municipale, ha spiegato intervento la società per azioni Novamusa, in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea d'impresa con la ITWG Esperia s.p.a., deducendo di essere l'unico concorrente rimasto in gara.

Con ordinanza 12 marzo 2009 n. 167, la Sezione ha respinto la domanda di sospensiva, avanzata con il ricorso, per le seguenti ragioni:

“Considerato che, a norma dell’art. 38, I comma, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, “Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: ...

b) nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; il socio o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci

accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico, se si tratta di altro tipo di società;

c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva CE 2004/18; l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa

dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale”;

considerato che il bando di appalto «per la gestione dei servizi ausiliari della pinacoteca Giuseppe De Nittis al Palazzo della Marra per un triennio» è stato pubblicato dal 5 dicembre 2008 al 26 gennaio 2009;

considerato che il vice presidente della coop. Sette Rue (in raggruppamento con la coop. Sistema Museo), sig. Gianfranco Rizzi, ha presentato le proprie dimissioni il 5 gennaio 2009;

considerato che l'offerta della ricorrente è stata predisposta in data 22 gennaio 2009 e inoltrata tempestivamente entro il 26 gennaio 2008;

considerato che l'interpretazione letterale, suggerita dalla Sistema Museo, condurrebbe ad un risultato illogico, in quanto consentirebbe l'ammissione di una concorrente alla gara, senza alcun controllo dei requisiti in relazione ai soggetti cessati dalla carica tra la data di pubblicazione del bando e quella di presentazione della domanda partecipativa;

considerato che invece razionalmente deve ritenersi che l'art. 38, I comma, del codice dei contratti ponga come discriminine temporale la data della pubblicazione del bando, in senso bilaterale, ovvero imponendo le dichiarazioni di rito ai soggetti in carica a quella data, nonché per il passato, a quelli cessati nel triennio precedente,

rimanendo l'onere dichiarativo indifferente al mutamento - dopo il giorno della pubblicazione dell'atto inditivo - delle persone nelle cariche sociali e negli incarichi rilevanti ai fini della norma; considerato dunque che non possono ritenersi sussistenti i presupposti per la concessione della misura cautelare”.

L'ordinanza è stata riformata dal Consiglio di Stato, V Sezione, 19 maggio 2009 n. 2560 e, per l'effetto, è stato disposto di trasmettere l'ordinanza “al T.a.r. della Puglia, sede di Bari, per i fini previsti dall'art. 23-bis della L. n. 1034/1971”. Ciò alla stregua della seguente motivazione: “Considerato che l'appello cautelare appare fondato nella parte in cui contesta l'esclusione motivata sul punto dell'erronea indicazione, con riferimento al versamento del contributo dovuto all'Autorità di vigilanza, del codice identificativo della gara; che, peraltro, risulta necessario approfondire, nella propria sede di merito, le ulteriori due questioni dedotte con il gravame, ossia quelle rispettivamente attinenti alla contestata facoltà della stazione appaltante di individuare cause di esclusione diverse da quelle segnalate dall'organo di gara e alla censurata interpretazione dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici”.

Nel frattempo, con motivi aggiunti notificati il 7 aprile 2009 e depositati il 14 aprile 2009, la ricorrente ha proposto ulteriori censure derivanti dalla difformità della motivazione contenuta nel provvedimento 16 febbraio 2009 prot. n. 10225 rispetto al verbale della commissione datato 27 gennaio 2009.

La Novamusa ha proposto ricorso incidentale (depositato il 12 maggio 2009), in contestazione delle censure dedotte *ex adverso*. La società, invero, nell'ipotesi che il verbale 27 gennaio 2009 potesse essere inteso nel senso che esso, nonostante contenesse le inequivoche denunce e dichiarazioni sul punto della stessa impresa, non indicasse chiaramente, quale motivo di non ammissione, oltre quello relativo all'erronea indicazione del codice identificativo della gara (CIG), anche quello connesso alla mancata dichiarazione sui requisiti del vice presidente della coop. Sette Rue (in raggruppamento con la coop. Sistema Museo), sig. Gianfranco Rizzi, impugna gli atti di gara nella parte in cui non esclude la A.T.I. ricorrente in riferimento a quest'ultimo profilo.

Con ulteriori motivi aggiunti notificati il 21 ottobre 2009 e depositati il 23 ottobre 2009 la Società Cooperativa Museo ha contestato che l'associazione temporanea d'impresa Novamusa - Itwg Esperia s.p.a. dovesse essere esclusa, risultando a suo carico irregolarità contributive e fiscali.

Con ordinanza 11 febbraio 2010 n. 37 è stata disposta istruttoria, in relazione specificamente al secondo atto recante motivi aggiunti, per l'acquisizione dei seguenti atti:

a) i documenti successivi alla produzione del Comune in data 10 marzo 2009, riguardanti le formalità conclusive della procedura in contestazione, e, in particolare, il provvedimento 10 giugno 2009 prot. 39054 (di revoca dell'aggiudicazione provvisoria in favore della

controinteressata), il provvedimento 10 agosto 2009, di ritiro della disposta revoca, e tutti gli atti di controllo della regolarità contributiva e fiscale dell'A.T.I. aggiudicataria, compresi i DURC, la nota Inps del 26 giugno 2009, la nota 8 maggio 2009 dell'Agenzia delle Entrate di Messina e gli ulteriori atti istruttori connessi;

b) una relazione del Responsabile del procedimento illustrativa delle verifiche effettuate in ordine all'assolvimento degli obblighi contributivi fiscali da parte delle ditte riunite nell'A.T.I. controinteressata.

Sulle conclusioni delle parti, all'udienza del 20 aprile 2011, la causa è stata riservata la decisione.

2. Nell'esame della controversia dev'essere data precedenza al ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione della ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, anche nel caso in cui essa alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura, come ha recentemente chiarito l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011 n. 4.

La Novamusa sostiene che la A.T.I. capeggiata dalla coop. Sistema Museo dovesse essere espressamente esclusa perché il vice presidente della mandante, coop. Sette Rue, sig. Gianfranco Rizzi, non aveva prodotto le dichiarazioni di cui all'articolo 38, primo comma, lettere b) e c).

Sostiene la ricorrente principale che non vi è obbligo di tale dichiarazione nella peculiare situazione in cui era venuta a trovarsi la

coop. Sette Rue. In effetti, il sig. Gianfranco Rizzi aveva presentato le proprie dimissioni il 5 gennaio 2009, dopo quindi la pubblicazione (a partire dal 5 dicembre 2008) del bando di appalto «per la gestione dei servizi ausiliari della pinacoteca Giuseppe De Nittis al Palazzo della Marra per un triennio».

La tesi s'incentra sulla formulazione dell'articolo 38, lettera c), per la quale "l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara". In concreto, quindi, secondo la coop. Sistema Museo, il sig. Rizzi non era tenuto alle dichiarazioni (d'altra parte richieste a pena di esclusione dal bando, al punto III.2.1, in specie con riferimento alla lett. e) perché egli non era né un amministratore in carica al momento della predisposizione della domanda di partecipazione dell'offerta e della sua presentazione (rispettivamente in data 22 gennaio 2009 ed entro il 26 gennaio 2008), né un amministratore cessato "dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara".

In realtà, è evidente che l'interpretazione letterale, suggerita dalla Sistema Museo, conduca ad un risultato illogico, in quanto finisce per consentire l'ammissione di una concorrente alla gara, senza alcun controllo dei requisiti in relazione ai soggetti cessati dalla carica tra la data di pubblicazione del bando e quella di presentazione della domanda partecipativa.

Deve invece razionalmente ritenersi che, per l'art. 38, I comma, del

codice dei contratti, la data della pubblicazione del bando costituisca il discrimine temporale che definisce sia i soggetti in carica sia quelli cessati nel triennio precedente, imponendo le dichiarazioni di rito ad entrambe le categorie con riferimento quindi tanto alla situazione esistente a quella data quanto a quella precedente (nel limite di tre anni). Tale onere dichiarativo dunque rimane indifferente al mutamento - dopo il giorno della pubblicazione dell'atto indittivo - delle persone nelle cariche sociali e negli incarichi previsti dalla norma.

Né a tale onere la cooperativa poteva sottrarsi sol perché, di fatto, in capo all'*ex* amministratore non risultavano precedenti penali o procedimenti rilevanti in corso.

La dichiarazione infatti era espressamente richiesta a pena di esclusione al punto III.2.1 del bando e in questi casi è pacifico che non possa operarsi alcun'interpretazione teleologica che tenga conto del principio di *favor participationis* della chiara ed inequivoca (nonché, al contempo, non illogica o sproporzionata) clausola.

In conclusione, il ricorso incidentale dev'essere accolto e, di conseguenza, il ricorso principale e i successivi motivi aggiunti sono da dichiarare inammissibili.

Le spese seguono la soccombenza, come da liquidazione equitativa in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione prima),

definitivamente pronunciandosi, accoglie il ricorso incidentale proposto dalla Novamusa S.p.A.; dichiara inammissibile il ricorso principale, come in epigrafe proposto, e i successivi motivi aggiunti.

Condanna la Società Cooperativa Museo a r.l. al pagamento delle spese processuali per complessivi € 10.000,00, più CPI e IVA, come per legge, nella misura di € 5.000,00 in favore del Comune di Barletta e di € 5000,00 in favore della Novamusa S.p.A., nella qualità in atti.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere, Estensore

Savio Picone, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

