



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 1107 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da Salvatore Matarrese s.p.a., in proprio e quale capogruppo dell'a.t.i. con Fersalento s.r.l., Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a. e Fratelli Manes s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Piccinni 150;

contro

R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Piero D'Amelio e Giovanni Sciacca, con domicilio eletto presso l'avv. Maria Goffredo in Bari, via Egnatia 15;

nei confronti di

Cooperativa Muratori & Cementisti - C.M.C. di Ravenna, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia e Luca Alberto

Clarizio, con domicilio eletto presso il secondo in Bari, via De Nicolò 7;

per l'annullamento

della determinazione del 26 aprile 2011, con cui la stazione appaltante ha stabilito di revocare l'aggiudicazione dell'appalto integrato di progettazione esecutiva e lavori per il raddoppio in variante della linea ferroviaria Bari – Taranto (tratta Bari S. Andrea – Bitetto), disposta in favore dell'a.t.i. ricorrente, e contestualmente di aggiudicare in via definitiva l'appalto alla controinteressata;

di tutti gli atti della procedura, ivi incluso il bando di gara *in parte qua*;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e Cooperativa Muratori & Cementisti - C.M.C. di Ravenna;

Viste le memorie difensive ed il ricorso incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2011 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Gennaro Notarnicola, Maria Goffredo (per delega di Piero D'Amelio e Giovanni Sciacca) e Luca Alberto Clarizio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Brevemente i fatti, come emergono dalla concorde esposizione delle parti costituite.

Con bando pubblicato il 17 ottobre 2008, Italferr s.p.a., società di ingegneria del Gruppo Ferrovie dello Stato, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato avente ad oggetto la progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori relativi al raddoppio in variante della linea ferroviaria Bari – Taranto (tratta Bari S. Andrea – Bitetto), da aggiudicarsi al prezzo più basso rispetto all'importo a base d'asta, pari ad euro 128.914.069,75.

Pervenute quattordici offerte, con provvedimento in data 8 giugno 2009 l'appalto è stato aggiudicato in favore dell'a.t.i. Italiana Costruzioni s.p.a., al ribasso del 25,7013%.

In esito ai ricorsi proposti dall'a.t.i. Dec s.p.a. e dell'a.t.i. Salvatore Matarrese s.p.a., seconda e terza classificata, respinti in primo grado dal T.A.R. Lazio con le sentenze n. 2297/2010 e n. 2807/2010 (di accoglimento dei rispettivi ricorsi incidentali), il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4019/2010 resa sugli appelli riuniti, ha annullato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto all'a.t.i. Italiana Costruzioni s.p.a., ritenendo fondata la censura proposta in primo grado dal raggruppamento odierno ricorrente, con riguardo alla mancata esclusione dell'aggiudicataria per omessa dichiarazione di alcuni precedenti penali, in violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 e del paragrafo 9.1.m.2. del bando di gara.

Per l'effetto, consolidatasi (in base alla citata sentenza d'appello) l'esclusione dell'a.t.i. Dec s.p.a., la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'a.t.i. Salvatore Matarrese

s.p.a., al ribasso del 20,0517%, subordinandola tuttavia all'esito favorevole della verifica dei requisiti dichiarati in sede di gara.

In seguito, Italferr s.p.a. ha dapprima revocato l'aggiudicazione, con determinazione del 21 settembre 2010, avendo riscontrato l'omessa dichiarazione di un precedente penale in capo a Claudio Recchi, amministratore della Proger s.p.a., società di progettazione indicata dal raggruppamento. Italferr s.p.a. ha però immediatamente annullato in autotutela l'atto di revoca, con determinazione del 6 ottobre 2010, dopo aver appurato che si trattava di condanna per una figura di reato poi dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, con effetto estintivo *ex tunc*.

Successivamente, Italferr s.p.a. ha adottato la determinazione del 26 aprile 2011 (qui impugnata), con la quale è stata nuovamente revocata l'aggiudicazione dell'appalto all'a.t.i. Salvatore Matarrese s.p.a., questa volta in considerazione dell'omessa dichiarazione di una sentenza definitiva di condanna, emessa il 20 ottobre 2000 dal Tribunale di Larino a carico di Giovanni Manes, legale rappresentante della mandante C.F. Manes s.r.l., per il reato di occupazione abusiva di spazio demaniale. Con lo stesso provvedimento, è stata dichiarata aggiudicataria l'a.t.i. capeggiata dalla Cooperativa Muratori & Cementisti - C.M.C. di Ravenna, odierna controinteressata, con il ribasso del 15,0925%.

La società ricorrente deduce, avverso la seconda e definitiva determinazione di revoca, motivi così rubricati:

1) violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione del paragrafo 9.1.m.2. del bando di gara ed eccesso di potere per erronea presupposizione e difetto d'istruttoria: la sentenza di condanna, benché iscritta nel casellario giudiziale, non sarebbe stata mai validamente notificata a Giovanni Manes, rimasto contumace nel procedimento penale a suo carico, e dunque non sarebbe mai divenuta definitiva, tanto è vero che in relazione a detta sentenza pendono tuttora, dinanzi alla Corte d'Appello di Campobasso, l'impugnazione proposta da Manes in data 15 gennaio 2011 e, dinanzi alla Corte di Cassazione, il ricorso proposto da Manes avverso l'ordinanza del 4 marzo 2011 del Tribunale di Larino (con la quale è stata respinta l'istanza, proposta al giudice dell'esecuzione penale ai sensi dell'art. 666 cod. proc. pen., per la declaratoria di nullità della notifica della sentenza di condanna);

2) sotto diverso profilo, violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE ed eccesso di potere per erronea presupposizione e difetto d'istruttoria: ove intesa nel senso assunto dalla stazione appaltante, la *lex specialis* di gara sarebbe illegittima, nella parte in cui sanziona con l'esclusione la semplice omessa dichiarazione di un precedente penale risalente nel tempo, non conosciuto dal titolare dell'impresa e non incidente sulla moralità professionale;

3) violazione degli artt. 37 e 51 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione del principio di ragionevolezza ed eccesso di potere per erronea

presupposizione e difetto d'istruttoria: in ogni caso, la stazione appaltante non avrebbe potuto escludere il raggruppamento d'impresе, poiché la mandante C.F. Manes s.r.l. (il cui legale rappresentante, Giovanni Manes, ha riportato la condanna penale di cui si è detto) ha *medio tempore* ceduto il ramo d'azienda alla F.lli Manes s.r.l., con atto notarile del 17 aprile 2009, in data anteriore all'apertura delle offerte; peraltro, essendo ormai spirato il termine di vincolatività delle offerte, la società cessionaria del ramo d'azienda ha esercitato in data 10 dicembre 2010 la facoltà di recesso dall'a.t.i., nella quale era presente con la quota minima del 1,93% per la categoria OS27 (quest'ultima scorporabile e subappaltabile, già posseduta per intero dalla capogruppo);

4) violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, violazione del paragrafo 9.1.m.2. del bando di gara ed eccesso di potere per erronea presupposizione e difetto d'istruttoria: l'aggiudicazione dell'appalto al raggruppamento controinteressato e la segnalazione dell'esclusione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici sarebbero illegittime in via derivata.

Si sono costituite R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e Cooperativa Muratori & Cementisti - C.M.C. di Ravenna, chiedendo il rigetto del gravame.

L'istanza di sospensiva è stata accolta da questa Sezione, con ordinanza n. 564 del 23 giugno 2011, confermata in appello dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 3117 del 20

luglio 2011.

La cooperativa controinteressata ha poi notificato ricorso incidentale, volto a contestare la mancata esclusione del raggruppamento ricorrente per ulteriori profili non considerati dalla stazione appaltante, deducendo violazione del disciplinare di gara, violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per difetto d'istruttoria, poiché a suo dire:

I) la F.lli Manes s.r.l., cessionaria d'azienda dell'originaria mandante C.F. Manes s.r.l., avrebbe avuto un d.u.r.c. irregolare per tutto il corso del procedimento di gara, dal 5 dicembre 2008 al 12 luglio 2010;

II) Antonio Manes, legale rappresentante della subentrante F.lli Manes s.r.l., avrebbe omesso di dichiarare la sussistenza a suo carico di due precedenti penali definitivi, per il reato di guida in stato d'ebbrezza;

III) l'offerta economica dell'a.t.i. Salvatore Matarrese s.p.a. sarebbe lacunosa: in particolare, a pag. 22 dell'offerta, in relazione alla voce di prezzo BA.OP.A.3100.E, sarebbe indicato un prezzo pari a zero, peraltro solo in lettere e non anche in cifre, in violazione del paragrafo 9.2. del bando di gara.

La difesa della ricorrente principale ha replicato, eccependo la tardività del ricorso incidentale e chiedendone in ogni caso il rigetto.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 6 dicembre 2011, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. La ricorrente principale chiede, con la memoria depositata il 25 novembre 2011, che si dia atto della sopravvenuta cessazione della materia del contendere, avendo Italferr s.p.a. revocato, con determinazione del 10 agosto 2011, il precedente provvedimento di revoca del 26 aprile 2011.

L'istanza non può essere accolta.

Con la predetta determinazione, Italferr s.p.a. si è invero limitata a dare atto dell'avvenuto accoglimento dell'istanza cautelare proposta dalla Salvatore Matarrese s.p.a. (ordinanza n. 564/2011 di questo Tribunale, confermata con ordinanza n. 3117/2011 del Consiglio di Stato) ed a prendere atto, di conseguenza, della sospensione degli effetti della revoca del 26 aprile 2011 e della reviviscenza dell'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'a.t.i. ricorrente.

Dunque, nessuna deliberazione a contenuto innovativo o modificativo del provvedimento impugnato con il ricorso in esame, rispetto al quale permane l'interesse alla decisione e che deve essere compiutamente esaminato nel merito.

2. Il ricorso incidentale proposto dalla Cooperativa Muratori & Cementisti - C.M.C. di Ravenna deve essere esaminato in via prioritaria, poiché è teso a contestare l'ammissione del raggruppamento ricorrente, per profili diversi da quelli considerati nel provvedimento impugnato in via principale, ed ha efficacia potenzialmente paralizzante.

Non è necessario soffermarsi sull'eccezione di tardività avanzata dalla difesa della ricorrente principale, in quanto tutte le censure dedotte con il ricorso incidentale sono infondate.

Con i primi due motivi, la controinteressata denuncia che la F.lli Manes s.r.l., cessionaria d'azienda dell'originaria mandante C.F. Manes s.r.l., avrebbe avuto un d.u.r.c. irregolare per tutto il corso del procedimento di gara (dal 5 dicembre 2008 fino al 12 luglio 2010) e che, inoltre, il suo legale rappresentante non avrebbe dichiarato la sussistenza a suo carico di precedenti penali per il reato di guida in stato d'ebbrezza.

In contrario, la difesa della ricorrente principale ha efficacemente replicato:

- quanto all'asserita irregolarità contributiva, che la F.lli Manes s.r.l. è stata in realtà costituita nel febbraio del 2009, che la cessione di ramo d'azienda è avvenuta soltanto in data 17 aprile 2009 e che la dicitura "*non risulta regolare*", riferita alla data del 5 dicembre 2008 (ossia all'epoca della presentazione delle offerte) e presente nel d.u.r.c. prodotto dalla ricorrente incidentale, è dovuta alla prassi seguita dagli istituti previdenziali, che sono soliti emettere certificazioni di segno negativo per i periodi nei quali le imprese soggette a verifica non siano titolari di posizioni contributive, in quanto non ancora attive;
- quanto alla mancata dichiarazione dei precedenti penali, che Antonio Manes, all'epoca della presentazione delle offerte e della documentazione amministrativa, non era titolare di cariche societarie

nella C.F. Manes s.r.l., originaria partecipante all'associazione temporanea d'impresе.

Con il terzo motivo, la controinteressata afferma che l'a.t.i. Salvatore Matarrese s.p.a. avrebbe indicato, a pag. 22 dell'offerta economica, un prezzo pari a zero in relazione alla voce BA.OP.A.3100.E, solo in lettere e non anche in cifre, in asserita violazione del paragrafo 9.2. del bando di gara, che obbligava i concorrenti a compilare in ogni parte la lista delle specifiche lavorazioni.

Anche per tale parte il ricorso incidentale è infondato, poiché l'importo zero è riferito ad un sovrapprezzo (soltanto eventuale) su altra prestazione, costituita dalla realizzazione del "*Sistema Essen*" per larghezze superiori a 7,4 ml. L'a.t.i. Salvatore Matarrese s.p.a. ha invece correttamente ritenuto di poter realizzare il manufatto di sostegno di due binari ad identico prezzo, indipendentemente dalla larghezza virtuale prescelta.

Per quanto detto, il ricorso incidentale è respinto.

3. Passando all'esame del ricorso principale, il Collegio ritiene di dover confermare l'avviso espresso in occasione dell'esame dell'istanza cautelare, anche alla luce delle sopravvenienze documentate dalla difesa di parte ricorrente.

In particolare, è assorbente e fondato il primo motivo, con cui la Salvatore Matarrese s.p.a. lamenta l'ingiustizia del provvedimento di revoca adottato dalla stazione appaltante, sul presupposto dell'omessa dichiarazione, da parte della mandante C.F. Manes s.r.l.,

dell'esistenza di una sentenza definitiva di condanna emessa il 20 ottobre 2000 dal Tribunale di Larino a carico del legale rappresentante Giovanni Manes, per il reato di occupazione abusiva di spazio demaniale.

Il paragrafo 9.1.m.2. del bando di gara imponeva a pena d'esclusione di dichiarare, in relazione alle cause di esclusione previste dall'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, tutte le sentenze di condanna passate in giudicato e tutti i decreti penali divenuti irrevocabili, a prescindere dalla loro rilevanza ed incidenza sulla moralità professionale.

La ricorrente ha sostenuto, fin da principio, che la sentenza del 20 ottobre 2000 del Tribunale di Larino, sebbene iscritta nel casellario giudiziale, non sarebbe stata mai validamente notificata a Giovanni Manes, rimasto contumace nel giudizio penale, e dunque non sarebbe mai passata in giudicato.

In effetti, la sentenza è oggetto di impugnativa proposta da Giovanni Manes, tuttora pendente dinanzi alla Corte d'Appello di Campobasso (come documentato da parte ricorrente). Non consta, al momento del passaggio in decisione della causa, che la Corte d'Appello si sia pronunciata sull'impugnativa.

Viceversa, nel corso del giudizio è sopraggiunta la pronuncia del 9 novembre 2011 della Prima Sezione della Corte di Cassazione (cfr. doc. 2 – depositato da parte ricorrente il 15 novembre 2011), con la quale è stato accolto il ricorso di Giovanni Manes avverso l'ordinanza del 4 marzo 2011 del Tribunale di Larino, resa

sull'istanza, proposta al giudice dell'esecuzione penale ai sensi dell'art. 666 cod. proc. pen., per la declaratoria di nullità della notifica della sentenza di condanna.

La Corte di Cassazione, su conforme richiesta del Procuratore Generale, ha annullato senza rinvio l'ordinanza impugnata ed ha dichiarato la non esecutività della sentenza del Tribunale di Larino del 20 ottobre 2000, emessa nei confronti di Giovanni Manes, ordinandone la cancellazione dal casellario e disponendo la trasmissione degli atti al Tribunale per la rinnovazione della notifica dell'estratto contumaciale.

E' stata così accolta la tesi difensiva, prospettata dalla capogruppo Salvatore Matarrese s.p.a. anche nella presente controversia, secondo cui non fu validamente effettuata la notifica della sentenza di condanna a mani del figlio di Giovanni Manes.

La conseguenza, rispetto alla decisione di revoca assunta dalla stazione appaltante, è che non vi era in realtà alcuna sentenza definitiva di condanna in capo al legale rappresentante della mandante C.F. Manes s.r.l., la cui mancata dichiarazione potesse giustificare l'esclusione del raggruppamento temporaneo d'impresе, sulla base di quanto prescritto dal disciplinare di gara. Tanto discende dalla pronuncia della Corte di Cassazione, che spiega effetto diretto *ex tunc* anche sulla vicenda amministrativa all'esame del Collegio, senza che residuino spazi di apprezzamento circa la contestata violazione dell'obbligo di dichiarare i precedenti penali risultanti dal

casellario giudiziale: la condanna contumaciale, emessa dal Tribunale di Larino nei confronti di Giovanni Manes, non è mai passata in giudicato e ciò è sufficiente per concludere che nessuna violazione della *lex specialis* di gara può imputarsi alla C.F. Manes s.r.l. ed all'a.t.i. ricorrente, che si è perciò vista illegittimamente revocare l'aggiudicazione, sulla base di un presupposto (l'esistenza di una condanna definitiva, non dichiarata al momento della presentazione delle offerte) rivelatosi giuridicamente inesistente.

Il primo motivo di ricorso è dunque fondato e comporta l'annullamento dell'impugnata determinazione del 26 aprile 2011, con assorbimento delle ulteriori censure, il cui eventuale accoglimento non arrecherebbe alcuna diversa utilità alla società ricorrente.

4. Le spese di giudizio, considerato il valore della causa ed attesa l'oggettiva complessità delle questioni trattate, sono parzialmente compensate nei confronti di R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., alla quale fanno carico nella misura forfetaria indicata in dispositivo, mentre sono integralmente compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- respinge il ricorso incidentale della Cooperativa Muratori &

Cementisti - C.M.C. di Ravenna;

- accoglie il ricorso principale della Salvatore Matarrese s.p.a. e, per l'effetto, annulla la determinazione del 26 aprile 2011;

- condanna R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente, nella misura di euro 20.000 (oltre i.v.a., c.a.p. ed accessori di legge), e compensa le spese nei confronti della Cooperativa Muratori & Cementisti - C.M.C. di Ravenna.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere

Savio Picone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2012

IL SEGRETARIO

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