



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 10805 del 2010,
proposto da:

COMUNE DI BARLETTA, in persona del sindaco in carica, rappresentato e
difeso dagli avv. Domenico Cuocci Martorano e Isabella Palmiotti, con domicilio
eletto presso Benito P. Panariti in Roma, via Celimontana, n. 38;

contro

COOP KISMET, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e
difesa dagli avv. Pierluigi Calducci e Giovanna Iacovone, con domicilio eletto
presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

nei confronti di

COOP SETTERUE, quale mandataria del R.T.I. con De Fazio Antonio e De
Fazio Rocco Michele & C. s.n.c. e Audio One Service Audio, in persona del legale
rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Savasta, con
domicilio eletto presso Michele Guzzo in Roma, via G. Nicotera 29;
R.T.I. LUCI di Leone Oronzo, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 3860 del 4 novembre /2010, resa tra le parti, concernente PROCEDURA DI GARA PER LA GESTIONE DEI SERVIZI AUSILIARI INERENTI IL TEATRO COMUNALE "G.CURCI" TRIENNIO 2007-2009;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Coop Kismet e di Coop Setterue, quale mandataria del RTI con De Fazio Antonio e De Fazio Rocco Michele & C. Snc e One Service Audio, che ha spiegato appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2012 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Cuocci, Palmiotti, Scarano, per delega dell'avv. Balducci, e Savasta;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Barletta con apposito bando indiceva una gara a procedura aperta per l'affidamento della gestione dei servizi ausiliari inerenti il Teatro comunale "G. Curci", per un triennio, per un importo complessivo al netto di IVA di €. 472.000,00, da aggiudicarsi al prezzo più basso sull'importo a base di gara, ai sensi dell'art. 82 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

All'esito della procedura di gara, cui partecipavano la Coop. Kismet e l'A.T.I. tra Cooperativa Setterue di Barletta (capogruppo), Defazio Antonio e Defazio Rocco M. & C. s.n.c. di Barletta (mandante) e Audio One Service di Barletta (mandante), risultava provvisoriamente aggiudicataria la Coop. Kismet, "giusta annotazione in

calce alla offerta economica della Cooperativa stessa datata 24 del mese di ottobre 2007”.

2. Nelle more della stipula del relativo contratto, stante l'imminente inizio della stagione teatrale, si procedeva, giusta verbale del 6 novembre 2007, “alla consegna, sotto riserva di legge, dell'appalto relativo alla gestione dei servizi ausiliari, nel rispetto di quanto disciplinato dal capitolato speciale d'appalto ed in particolare all'art. 16 dello stesso....”, dandosi atto che era stato eseguito il sopralluogo della struttura teatrale da parte del personale tecnico incaricato dalla ditta aggiudicataria, congiuntamente al personale tecnico comunale e della Bar.S.A., rinviando peraltro al successivo venerdì (9 novembre) la prova tecnica di efficienza degli impianti del teatro.

La Coop. Kismet, invitata con nota prot. 65889 del 6 novembre 2007, a trasmettere tutta la documentazione necessaria (elenco completo del personale corredato dalle attestazioni prescritte dagli atti di gara, autorizzazioni per il servizio bar, etc.), trasmetteva in data 15 novembre 2007 la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, assicurativi ed antinfortunistici del personale impegnato, le attestazioni prescritte del personale impegnato, le autorizzazioni per il servizio bar ed il listino prezzi e l'elenco del personale impegnato il giorno 16 novembre 2007.

Tuttavia, poiché dalla verifica di tale documentazione emergeva che il personale “indicato come operatori addetti ai servizi per il giorno 16 novembre 2007, era risultato sprovvisto di attestazione di idoneità tecnica di cui all'art. 3 della legge 28.11.1996 n. 609, espressamente richiesta all'art. 16 del capitolato speciale d'appalto, e poiché con altra nota pure in data 15 novembre 2007 (acquisita dall'ente al protocollo n. 68233 del 16 novembre 2007) la stessa cooperativa aveva fatto pervenire una nota della Camera di commercio di Bari del 3 maggio 2007, in cui si comunicava l'avvenuto inserimento del nominativo dell'ing. Giagni Gianluca,

indicato quale socio della cooperativa, nell'elenco dei soggetti abilitati alle verifiche degli impianti ai sensi della L. n. 46/90 e del D.M. 06/04/2000, e che tale elenco era stato trasmesso al Ministero dello Sviluppo economico, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del D.M. 06/04/2000, per la definitiva approvazione, la dirigente del Settore Beni e Servizi culturali del Comune di Barletta, considerato che, malgrado l'ulteriore richiesta telefonica, non erano state fornite dalla predetta cooperativa le attestazioni richieste per la esecuzione delle prestazioni specificate nel c.s.a., indispensabili per il corretto e regolare svolgimento dello spettacolo teatrale, revocava l'aggiudicazione provvisoria, giusta nota prot. 68498 del 16 novembre 2007.

Con determinazione dirigenziale n. 2477 del 14 dicembre 2007 poi si provvedeva all'approvazione dei verbali di gara, revocando l'aggiudicazione provvisoria in favore della predetta Cooperativa Kismet e aggiudicando definitivamente il servizio all'A.T.I. tra Cooperativa Setterue di Barletta (capogruppo), Defazio Antonio e Defazio Rocco M. & C. s.n.c. di Barletta (mandante) e Audio One Service di Barletta (mandante) (cui peraltro l'appalto per la gestione dei servizi ausiliari inerenti il teatro comunale era già stato consegnato, sotto riserva di legge, giusta verbale del 16 novembre 2007).

3. Il Consiglio di Stato, Sezione Quinta, con la decisione n. 4885 del 4 agosto 2009, accogliendo l'appello proposto dalla Coop Kismet, ha annullato con rinvio la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. I, con la sentenza n. 155 del 30 gennaio 2009, che aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sul ricorso proposto per l'annullamento della revoca dell'aggiudicazione provvisoria e della successiva aggiudicazione definitiva all'A.T.I. Setterue.

Infatti, secondo il giudice d'appello, la controversia concerneva "l'esplicazione del potere pubblicistico di annullamento d'ufficio con un provvedimento adottato non

solo prima della stipulazione del contratto ma anche anteriormente alla definizione della procedura pubblicistica con l'aggiudicazione definitiva", e, nonostante la provvisoria consegna del servizio, il mancato esaurimento della procedura pubblicistica impediva l'attrazione della controversia nell'alveo della fase esecutiva, mancando il necessario presupposto della stipulazione del contratto.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. I, con la sentenza n. 3860 del 4 novembre 2010, respinta la censura concernente la dedotta incompetenza del dirigente comunale, ha per il resto accolto il ricorso ed annullato il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, rilevando che i presupposti sui quali esso si fondava, cioè l'incompleta indicazione, fino al giorno del primo spettacolo programmato, degli operatori muniti di attestato di idoneità tecnica ai sensi della legge n. 609 del 1996, e la mancanza del soggetto abilitato alla verifica degli impianti, ai sensi della legge n. 46 del 1990, concernevano la fase di esecuzione del servizio e, non integrando pertanto i requisiti di partecipazione alla gara, non giustificavano la drastica decisione di revocare l'affidamento, sotto tale profilo pertanto sproporzionata ed irragionevole.

Il predetto tribunale ha conseguentemente annullato in via derivata anche l'aggiudicazione dell'appalto all'A.T.I. Setterue.

4. Con rituale e tempestivo atto di appello notificato il 17 dicembre 2010 il Comune di Barletta ha chiesto la riforma di tale sentenza, sostenendone l'erroneità in relazione a cinque profili, denominati rispettivamente "1. La ritenuta afferenza alla fase esecutiva della disponibilità di operatori con attestato di addetto antincendio"; "2. La disciplina di gara"; "3. L'adesione alla tesi della cooperativa Kismet ribadita dal Tribunale"; "4. L'inadempimento della aggiudicataria e l'applicabilità della penale ex art. 22 del capitolato speciale di appalto"; "5. Le funzioni di tecnico ex lege 46/90".

Ha così contestato le conclusioni, a suo avviso superficiali ed approssimative cui erano pervenuti i primi giudici, evidenziando che, fermo restando la diversa funzione della *lex specialis* e del capitolato speciale di appalto, non poteva dubitarsi che le omissioni e incompletezze documentali che avevano determinato l'impugnata revoca dell'aggiudicazione provvisoria non attenevano affatto alla fase esecutiva del contratto, bensì alla stessa verifica della sussistenza dei presupposti di partecipazione alla gara; peraltro, sempre secondo l'appellante, in ogni caso non poteva trovare applicazione l'art. 22 del capitolato speciale di appalto, atteso che, per un verso, il giudice non poteva sostituirsi all'amministrazione in ordine alla valutazione della gravità dell'inadempimento, ritenendo sproporzionata ed irragionevole la revoca in questione, e, per altro verso, non essendo stata neppure intervenuta l'aggiudicazione definitiva, non si era neppure ancora instaurata la fase dell'esecuzione contrattuale.

Si è costituita in giudizio l'A.T.I. Setterue che ha spiegato appello incidentale, chiedendo anch'essa la riforma della predetta sentenza alla stregua di tre motivi di gravame, rubricati "Sulla esistenza di una legittima motivazione della revoca", "*Error in iudicando* – inapplicabilità dell'art. 22 del capitolato speciale" e "Sull'abilitazione del tecnico *ex lege* 46/90", con cui ha sostenuto l'erroneo accoglimento del ricorso di prime cure, sostanzialmente sulla base delle stesse argomentazioni svolte dall'appellante principale.

Anche la Cooperativa Kismet si è costituita in giudizio, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza sia dell'appello principale, sia di quello incidentale, quest'ultimo in particolare inammissibile in quanto notificato oltre il termine previsto dall'art. 96 c.p.a.

5. Nell'imminenza dell'udienza di discussione, tutte le parti hanno illustrato le proprie tesi difensive con apposita memoria.

Alla pubblica udienza del 13 aprile 2012, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. E' innanzitutto fondata l'eccezione di inammissibilità dell'appello incidentale dell'A.T.I. Setterue, sollevata dalla difesa della Cooperativa Kismet per la dedotta violazione dell'art. 96 c.p.a.

Detto articolo, dopo aver stabilito al quarto comma che "con l'impugnazione incidentale proposta ai sensi dell'articolo 334 del codice di procedura civile possono essere impugnati anche capi autonomi della sentenza; tuttavia, se l'impugnazione principale è dichiarata inammissibile, l'impugnazione incidentale perde ogni efficacia", al successivo quinto comma aggiunge che "l'impugnazione incidentale di cui all'art. 334 del codice di procedura civile deve essere proposta dalla parte entro sessanta giorni dalla data in cui si è perfezionata nei suoi confronti la notificazione dell'impugnazione principale e depositata, unitamente alla prova dell'avvenuta notificazione, entro dieci giorni".

Nel caso di specie, in cui vertendosi in materia di affidamento di un appalto di servizio (ex art. 119, co. 1, lett. a), c.p.a.), i termini per l'appello incidentale sono ritenersi ridotti alla metà, essendo stato notificato l'appello principale all'A.T.I. Setterue in data 16 dicembre 2010 (come emerge dall'esame della relata di notifica), il termine per proporre l'appello incidentale scadeva effettivamente il 15 gennaio 2011, laddove la predetta impugnazione incidentale risulta notificata il 26 gennaio 2011.

L'appello incidentale deve essere pertanto dichiarato inammissibile.

7. L'appello principale, i cui singoli profili di censura, per la loro intima connessione possono essere esaminati congiuntamente, è invece fondato e deve essere accolto alla stregua delle osservazioni che seguono.

7.1. Occorre innanzitutto evidenziare che il bando di gara, al punto III.2.1. (“Situazione personale degli operatori. Requisiti minimi di idoneità per partecipare alla gara. Documentazione per l’ammissione alla gara”), prevedeva al punto A) la produzione di una dichiarazione sostitutiva, pena l’esclusione, ai sensi del combinato disposto degli artt. 46, 47 e 76 del D.P.R. n. 445/2000 e s.m.i., a firma del legale rappresentante, con la quale il concorrente doveva “chiedere e dichiarare”, fra l’altro, “a) di essere ammessa alla gara e di aver esaminato tutti i documenti di gara, in particolare il capitolato speciale d’appalto, di essersi recato sui luoghi di esecuzione del servizio, di aver preso conoscenza delle condizioni generali e particolari che possono influire sulla sua esecuzione e di aver ritenuto le condizioni dell’appalto tali da consentire l’offerta”.

Il successivo punto IV.3.7. del bando di gara (“Modalità di apertura delle offerte”) riservava all’amministrazione appaltante di procedere in qualsiasi momento ad accertamenti d’ufficio circa i requisiti oggetto di dichiarazione sostitutiva di certificazione e di notorietà, precisando che, nel caso in cui dai controlli effettuati fosse emerso che erano state rilasciate dai concorrenti dichiarazioni mendaci ai fini dell’ammissione alla gara, si sarebbe proceduto all’esclusione dalla gara.

Il Capitolato speciale d’appalto inoltre, dopo aver disciplinato nella prima parte le “Condizioni generali”, nella seconda parte conteneva le “Condizioni speciali”: in particolare l’articolo 16, descriveva puntualmente la “prestazione” oggetto dell’affidamento, precisando che la tipologia e le caratteristiche del servizio elencate ed il numero di addetti indicato per ogni singolo servizio dovevano considerarsi minimali, salva la facoltà della ditta aggiudicataria di espletare il servizio con un numero maggiore di addetto, ma fermo restando l’importo dell’aggiudicazione come risultante dal ribasso offerto in sede di gara.

7.2. Ciò precisato, deve osservarsi che, seppure non possa dubitarsi della diversa funzione cui assolvono rispettivamente il bando di gara ed il capitolato speciale, il

primo teso a disciplinare il procedimento di gara ed il secondo invece le complessive condizioni del futuro rapporto contrattuale (C.d.S., sez. V, 10 novembre 2005, n. 6286), con la conseguenza che in via generale le violazioni del primo attengono generalmente alla fase pubblicistica di scelta del contraente e le violazioni del secondo concernono la fase di esecuzione del contratto, deve tuttavia ammettersi che, allorquando i requisiti generali di capacità tecnica richiesti per la partecipazione alla gara siano stati indicati nel capitolato speciale, gli stessi diventano elementi di valutazione per la stessa aggiudicazione e dunque per la fase pubblicistica (C.d.S., sez. V, 23 maggio 2003, n. 2793), ben potendo il bando di gara rinviare o richiamare adempimenti contenuti nel capitolato speciale, la cui omissione o carenza, correttamente accertata, proprio in quanto attinente alla stessa ammissione alla gara, determina l'esclusione dalla gara stessa (C.d.S., sez. VI, 17 luglio 1998, n. 1101).

Nel caso in esame, ad avviso della Sezione, attraverso la dichiarazione di cui al Punto A), a), del punto III.2.1. del bando di gara le previsioni contenute nel capitolato speciale di gara concernenti i requisiti tecnico – organizzativo del servizio rappresentavano in realtà non già meri adempimenti riguardanti la solo fase di prestazione del servizio d dunque esecuzione del contratto, ma costituivano essi stessi requisiti di ammissione alla gara, atteso che ogni concorrente, avendo espressamente dichiarato di aver esaminato tutti i documenti di gara, in particolare il capitolato speciale d'appalto, di essersi recato sui luoghi di esecuzione del servizio e, soprattutto, di aver preso delle condizioni generali e particolari che potevano influire sulla sua esecuzione, aveva espressamente ammesso di essere in possesso dei requisiti tecnico – organizzativi necessari per lo svolgimento dei servizi oggetto dell'appalto.

La circostanza che l'elenco del personale effettivamente utilizzato in occasione di ogni singola manifestazione teatrale dovesse poi essere trasmesso

all'amministrazione comunale nell'immediata imminenza della manifestazione non smentisce tale ricostruzione, trattandosi non di una modalità di esecuzione della prestazione contrattuale, quanto piuttosto della prova (differita) del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara.

7.3. Sotto altro concorrente profilo, non può sottacersi che nel caso in esame la revoca dell'aggiudicazione provvisoria è in realtà intervenuta prima che si fosse effettivamente conclusa la fase pubblicistica di scelta del contraente che notoriamente culmina con l'aggiudicazione definitiva; la consegna anticipata del servizio ha pertanto dato vita ad una mera situazione di fatto, priva di qualsiasi valore ai fini della legittima individuazione dell'aggiudicatario definitivo ed in ogni caso non qualificabile come equipollente o equivalente all'aggiudicazione definitiva: ciò senza contare che neppure il rapporto di fatto tra l'amministrazione appaltante e l'aggiudicataria provvisoria ha avuto effettiva esecuzione.

D'altra parte, per completezza, chiarito che non vi è stata neppure contestazione sul fatto che effettivamente il personale indicato dall'aggiudicataria provvisoria non possedeva i requisiti previsti dalla *lex specialis* e dal C.S.A., non può neppure negarsi il potere/dovere di verificare in ogni momento la permanenza in capo all'aggiudicataria dei requisiti di ammissione alla gara, trattandosi di un potere direttamente discendente dalla concreta attuazione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento predicati dall'art. 97 della Costituzione.

8. In conclusione alla stregua delle osservazioni svolte deve essere dichiarato inammissibile l'appello incidentale proposto dall'A.T.I. Setterue, mentre deve essere accolto l'appello principale proposto dal Comune di Barletta; per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado dalla Cooperativa Kismet.

La peculiarità della vicenda e delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale proposto dal Comune di Barletta e su quello incidentale spiegato dall'A.T.I. tra Cooperativa Setterue di Barletta (capogruppo), Defazio Antonio e Defazio Rocco M. & C. s.n.c. di Barletta (mandante) e Audio One Service di Barletta (mandante) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sez. I, n. 3860 del 4 novembre 2010, così provvede:

- a) dichiara inammissibile l'appello incidentale proposto dall'A.T.I. tra Cooperativa Setterue di Barletta (capogruppo), Defazio Antonio e Defazio Rocco M. & C. s.n.c. di Barletta (mandante) e Audio One Service di Barletta (mandante);
- b) accoglie l'appello del Comune di Barletta e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto dalla Cooperativa Kismet;
- c) dichiara interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Marzio Branca, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/06/2012

IL SEGRETARIO

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