

N. 02063/2014REG.PROV.COLL.
N. 06834/2011 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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6834 del 2011, proposto dalla Società Cooperativa a r.l. Sistema Museo, in proprio e quale mandataria di A.T.I. con Contesto S.r.l. e Sette Rue Società Cooperativa a r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Ranalli, con domicilio eletto presso lo Studio assoc Ranalli in Roma, via Bertoloni 27 int. 5;

contro

Comune di Barletta, rappresentato e difeso dagli avv.ti Domenico Cuocci Martorano e Domenico Caruso, con domicilio eletto presso Benito Panariti in Roma, via Celimontana 38;

nei confronti di

Novamusa S.p.a., in proprio e quale mandataria di A.T.I. con Itwg Esperia S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Sabotino 2/A;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI, SEZIONE I, n. 1022/2011, resa tra le parti, concernente GARA APPALTO PER LA GESTIONE DEI SERVIZI AUSILIARI DELLA PINACOTECA.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Barletta e di Novamusa S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 marzo 2014 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Mario Sanino su delega dell'avv. Giovanni Ranalli, Valentino Vulpetti, ed infine Benito Panariti su delega degli avv.ti Domenico Caruso e Domenico Martorano Cuocci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Società Cooperativa a r.l. Sistema Museo partecipava, quale mandataria dell'associazione temporanea d'impresa costituita con la società a r.l. Contesto e la società cooperativa a r.l. Sette Rue, alla gara d'appalto indetta dal Comune di Barletta per la gestione dei servizi ausiliari della pinacoteca "Giuseppe De Nittis" al Palazzo della Marra per un triennio.

L'A.T.I. veniva esclusa dalla procedura dalla Commissione di gara come da verbale del 27 gennaio 2009, con atto confermato ed

integrato con successivo provvedimento dirigenziale n. 10225 del 16 febbraio 2009.

La cooperativa Museo, agendo in proprio e quale mandataria dell'A.T.I., impugnava tale esclusione dinanzi al T.A.R. per la Puglia unitamente agli 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.

Il Comune di Barletta si costituiva in giudizio deducendo l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

A sostegno delle ragioni dell'Amministrazione spiegava intervento *ad opponendum* la Novamusa S.p.A. (di seguito, la Novamusa), in proprio e quale mandataria di A.T.I. con la ITWG Esperia S.p.A., unico concorrente rimasto in gara.

Il Tribunale adito con ordinanza 12 marzo 2009 n. 167 respingeva la domanda cautelare avanzata con il ricorso, motivando sulla serietà della ragione di esclusione opposta alla ricorrente con il provvedimento dirigenziale del 16 febbraio 2009, con riferimento alla omessa dichiarazione ai sensi dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici del vice presidente della coop. Sette Rue sig. Gianfranco Rizzi.

L'ordinanza veniva riformata da questa Sezione con ordinanza 19 maggio 2009 n. 2560.

Nel frattempo, la ricorrente proponeva ulteriori censure mediante due atti di motivi aggiunti. Con il primo, notificato il 7 aprile 2009, venivano articolate doglianze attinenti alla difformità della motivazione contenuta nel provvedimento dirigenziale del 16 febbraio 2009 rispetto al verbale della Commissione del precedente 27 gennaio. Con il secondo atto di motivi aggiunti, notificato il 21 ottobre 2009, la ricorrente impugnava l'ammissione e la successiva aggiudicazione provvisoria in favore dell'A.T.I. Novamusa, deducendo che questa avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura, risultando a suo carico delle irregolarità contributive e fiscali.

La Novamusa, dal canto suo, proponeva ricorso incidentale. Tale società, invero, per l'eventualità che il verbale del 27 gennaio 2009 dovesse essere inteso nel senso di non indicare quale motivo di esclusione, accanto a quello relativo all'erronea indicazione del codice identificativo della gara (CIG), anche quello connesso alla mancata dichiarazione del vice presidente della coop. Sette Rue, impugnava gli atti del procedimento nella parte in cui l'A.T.I. avversaria non era stata esclusa anche con riferimento a quest'ultimo profilo.

Con ordinanza dell'11 febbraio 2010 il Tribunale disponeva incumbenti istruttori, specificamente in relazione al secondo atto di motivi aggiunti, per l'acquisizione, tra l'altro, del provvedimento comunale 10 giugno 2009 prot. 39054, di revoca dell'aggiudicazione provvisoria in favore dell'A.T.I. rimasta in gara, e di quello del successivo 10 agosto, di ritiro della medesima revoca.

All'esito il T.A.R., con la sentenza n. 1022/2011 in epigrafe, accoglieva il ricorso incidentale della Novamusa, dichiarando di riflesso inammissibile il ricorso principale ed i successivi motivi aggiunti.

Da qui la proposizione avverso tale decisione del presente appello della soccombente, che, sottoposte a critica le ragioni a base della pronuncia appellata, reiterava le proprie doglianze, domande ed argomentazioni.

Il Comune di Barletta si costituiva in giudizio anche in resistenza al nuovo gravame, difendendo la correttezza della decisione appellata, controdeducendo alle altrui censure e concludendo per la reiezione

dell'appello.

Analogamente faceva la Novamusa.

Alla Camera di consiglio del 13 settembre 2011 la domanda cautelare proposta unitamente all'appello veniva respinta.

Le parti sviluppavano ulteriormente le proprie tesi con successivi scritti, anche in replica.

Alla pubblica udienza del 18 marzo 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello, giusta l'eccezione della controinteressata (memorie del 25 febbraio 2014, pagg. 13-17, e 7 marzo 2014), deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

1a In punto di fatto occorre osservare, invero, come risulti *per tabulas* dalla produzione della ricorrente del 10 dicembre 2013 che l'aggiudicazione definitiva in favore dell'A.T.I. Novamusa è intervenuta già da tempo (contrariamente a quanto rappresentato dalla difesa comunale, anche nella sua memoria del 27 febbraio 2014), essendo stata formalizzata con determinazione dirigenziale n. 398 dell'8 marzo 2012.

E' pacifico, inoltre, che l'A.T.I. ricorrente abbia acquisito conoscenza del nuovo provvedimento almeno dal 18 settembre dello stesso anno, quando ne ha fatto precisa menzione in una propria istanza di accesso, richiedendo l'estrazione di una sua copia e, contestualmente, anche la sua revoca in autotutela.

Poco dopo, la stessa A.T.I. con lettera del 29 novembre 2012 ha insistito presso il Comune per la revoca della medesima

aggiudicazione definitiva (cfr. i docc. nn. 8 e 14 della citata produzione del 10 dicembre 2013).

Nondimeno, la ricorrente ha omesso di assoggettare ad impugnativa l'aggiudicazione definitiva accordata all'avversaria.

1b La giurisprudenza, tuttavia, è assestata nel senso della indefettibile necessità di una simile impugnativa.

Come è stato abbondantemente chiarito, l'interesse finale che un soggetto escluso da una gara pubblica fa valere è quello di assicurarsi il bene della vita cui mira, ossia l'aggiudicazione, atteso che la rimozione dell'esclusione costituisce un passaggio solo strumentale. Data la relazione intercorrente fra esclusione ed aggiudicazione, di conseguenza, anche quest'ultima deve essere necessariamente impugnata (eventualmente insieme alla prima), poiché il difetto d'impugnazione dell'aggiudicazione avrebbe come conseguenza l'inutilità di un'eventuale decisione di annullamento dell'esclusione. Tale decisione, infatti, non varrebbe a rimuovere anche l'aggiudicazione (che sarebbe affetta da un'invalidità ad effetto solo viziante, e non caducante : cfr. C.d.S., V, 14 dicembre 2011, n. 6539), e perciò non permetterebbe un reinserimento dell'escluso nel flusso della procedura, ormai esaurita ed inoppugnabile (C.d.S., III, 16 marzo 2012, n. 1091; V, 14 dicembre 2011, n. 6544; 17 maggio 2012, n. 2826).

Il ricorso avverso l'esclusione da una gara diventa pertanto improcedibile tutte le volte in cui l'aggiudicazione finale intervenga, e sia conosciuta, prima della pronunzia sul relativo gravame, senza che

l'impugnazione sia stata estesa anche al nuovo atto (C.d.S., V, 19 luglio 2013, n. 3940; 15 maggio 2013, n. 2626; 14 dicembre 2011, n. 6539; 18 febbraio 2009, n. 950; 11 luglio 2008, n. 3433; III, 25 gennaio 2013, n. 481).

Tanto anche alla luce dell'art. 79, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 163 del 2006, che impone all'Amministrazione di comunicare il provvedimento di aggiudicazione anche ai concorrenti esclusi che abbiano proposto -o siano in termini per proporre- ricorso avverso l'esclusione (C.d.S., II, 26 novembre 2008, n. 3921).

Né la parte poteva ritenersi esonerata dalla necessaria impugnativa per il fatto di avere già gravato la precedente aggiudicazione provvisoria. Questa, infatti, ha natura di atto endoprocedimentale (la cui autonoma impugnabilità si riconnette ad una mera facoltà, e giammai ad un onere, del concorrente non aggiudicatario), ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, sicché è inidonea a produrre la definitiva lesione del soggetto non risultato aggiudicatario, che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva (C.d.S., V, 20 giugno 2011, n. 3671; 11 gennaio 2011, n. 80; III, 11 marzo 2011, n. 1581; VI, 20 ottobre 2010, n. 7586; Ad.Pl., n. 31 del 31 luglio 2012; V, 13 maggio 2013, n. 2578; 27 marzo 2013, n. 1828; III, 11 febbraio 2013, n. 763).

1c Non è superfluo aggiungere che all'eccezione dell'aggiudicataria l'appellante non ha in alcun modo replicato.

Ad ogni modo, è pur vero che la determina di aggiudicazione definitiva in atti era risultata, almeno nell'immediato, carente di attestazione di copertura finanziaria, e versava quindi in una

condizione di non esecutività discendente dall'art. 151, comma 4, d.lgs. n. 267/2000, a norma del quale *“i provvedimenti dei responsabili dei servizi che comportano impegni di spesa ... sono esecutivi con l'apposizione del visto di regolarità contabile attestante la copertura finanziaria”* (in precedenza, l'art. 55 della legge n. 142/1990 correlava a tale ipotesi addirittura una condizione di nullità: cfr. C.d.S., IV, n. 2718 del 25 maggio 2005).

Ciò non toglie, però, che tale atto, pur carente di esecutività, radicasse un onere di immediata impugnativa, secondo la logica espressa dalla decisione dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio n. 31 del 31 luglio 2012 (pubblicata prima di quando l'A.T.I. appellante risulti aver preso conoscenza dell'aggiudicazione definitiva).

La detta decisione ha chiarito che l'onere di agire in giudizio contro l'aggiudicazione definitiva di cui si sia venuti a conoscenza è immediato, e la sua insorgenza non può essere differita all'esito del successivo controllo sul possesso dei requisiti di gara in capo all'aggiudicataria ai sensi dell'art. 11, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006.

In particolare, va sottolineato che nel giudizio definito dall'Adunanza Plenaria la parte allora appellante aveva sottoposto a questo Consiglio la tesi che l'aggiudicazione definitiva diverrebbe lesiva solo nel momento in cui acquista efficacia legittimando la successiva stipulazione del contratto di appalto, con la conseguenza che soltanto in tale momento sorgerebbe l'interesse ad impugnarla (tesi sorretta dal richiamo della giurisprudenza formatasi in tema di interesse all'impugnazione di atti soggetti a controllo successivo, dove è solo all'esito positivo del controllo che si ricollega l'efficacia del

provvedimento, e quindi la sua lesività).

L'Adunanza plenaria ha disatteso, però, una simile impostazione, osservando che il richiamo della figura dell'atto ad efficacia subordinata a controllo successivo non risultava pertinente alla vicenda, per le peculiari caratteristiche dell'aggiudicazione definitiva e dei suoi effetti. E puntualizzando che la detta aggiudicazione, comunque, da un lato fa sorgere in capo all'aggiudicatario un'aspettativa alla stipulazione del contratto di appalto; dall'altro, produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della stazione appaltante o altre vicende non prevedibili né controllabili, del "bene della vita" costituito dall'aggiudicazione.

Donde la conferma dell'onere di un immediato ricorso anche da parte dell'odierna appellante, e, data l'assenza di questo, la fondatezza dell'eccezione di improcedibilità del presente appello.

2 La declaratoria di improcedibilità dell'appello non potrebbe, d'altra parte, reputarsi impedita dal fatto che, benché la ricorrente non possa più aspirare all'aggiudicazione, potrebbe eventualmente residuare, da parte sua, un interesse all'accertamento dell'illegittimità della sua esclusione ai fini esclusivamente risarcitori.

2a Viene in rilievo, al riguardo, la previsione dell'art. 34, comma 3, C.P.A., secondo la quale *"Quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori"*.

La Sezione ha osservato, peraltro, che l'applicazione di tale norma

presuppone un'espressa istanza dell'interessato (V, 6 dicembre 2010, n. 8550; 14 dicembre 2011, n. 6539).

Questa soluzione, come è stato difatti osservato dall'approfondita pronuncia da ultimo citata:

“a) è coerente con il contesto normativo che disciplina l'azione di risarcimento del danno (che può essere proposta insieme alla domanda di annullamento, durante la pendenza del relativo giudizio, ovvero in via autonoma);

b) è rispettosa del principio generale della domanda (art. 34, co. 1, c.p.a.);

c) attribuisce un significato utile all'inciso "...se sussiste l'interesse ai fini risarcitori" di cui al co. 3 dell'art. 34, in relazione all'obbligo del giudice di dichiarare improcedibile il ricorso se sopravviene il difetto di interesse, ex art. 35, co. 1, lett. c) c.p.a., obbligo che non concerne solo il ricorso per annullamento ma tutte le domande proponibili davanti al g.a.;

d) è conforme al principio di economia dei mezzi processuali (quale corollario della ragionevole durata del processo, art. 2, co. 2, c.p.a.), per cui in mancanza di una espressa volontà della parte (in qualunque forma manifestata sino all'udienza di discussione), si evita una inutile attività giurisdizionale volta a stabilire se il provvedimento sia o meno illegittimo;

e) sotto il profilo sistematico è coerente con la lettera e la ratio dell'art. 104 c.p.a. che, dopo aver ribadito il divieto nel processo amministrativo di proporre domande nuove in appello, introduce tre eccezioni, la prima delle quali incentrata proprio sull'art. 34, co. 3, c.p.a.; "si tratta di un temperamento specifico per il processo amministrativo, innovativamente introdotto dal c.p.a., di cui non vi era traccia nel sistema previgente. La portata dell'eccezione al divieto di domande nuove, fatta dall'art. 104, co. 1, c.p.a., mediante richiamo all'art. 34, co. 3, è da intendersi

nel senso che la domanda di accertamento dell'illegittimità in funzione dell'interesse risarcitorio (indispensabile atteso che il giudice non può pronunciarsi ex officio ritenendo compresa la richiesta di accertamento in quella di annullamento), formulata per la prima volta in appello, non costituisce domanda nuova inammissibile, rispetto all'originaria domanda di annullamento, se nelle more tra giudizio di primo grado e di appello, è venuto meno l'interesse all'annullamento dell'atto, ma residua l'interesse al riscontro della sua illegittimità" (così C.d.S., V, 30 giugno 2011, n. 3913)."

Per le ragioni testé ricordate l'applicazione dell'art. 34, comma 3, C.P.A. presuppone, dunque, una specifica richiesta di parte a ciò rivolta (in direzione analoga cfr. le più recenti decisioni di questo Consiglio, Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6541; IV, 7 novembre 2012, n. 5674, e 28 dicembre 2012, n. 6703; VI, 20 luglio 2011, n. 4388).

Una simile iniziativa nella specie non è stata però assunta.

2b Senza dire, infine, che, come la Sezione in fattispecie simile ha parimenti già osservato, concludendo appunto per l'improcedibilità del relativo ricorso, *"l'annullamento dell'esclusione dalla gara, di per sé solo, non dà luogo al risarcimento del danno, ma solo in una fattispecie concreta nella quale l'interessato dimostri la concreta possibilità, attraverso il rinnovo delle operazioni di gara, di poter quantomeno avere in astratto titolo all'aggiudicazione. In tal senso la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare come "la domanda di risarcimento del danno non può essere valutata in presenza della sola illegittimità dell'esclusione, non rilevando al momento un "danno risarcibile" connesso direttamente a tale illegittimità." (Consiglio Stato, sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 751)"* (così C.d.S., V, 18 febbraio 2009, n.

950).

3 Per le ragioni complessivamente esposte il presente appello deve pertanto essere dichiarato improcedibile.

Una disamina complessiva della vicenda oggetto di causa giustifica, però, un'equitativa compensazione delle spese processuali di questo grado di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Compensa tra le parti le spese processuali del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 18 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/04/2014

IL SEGRETARIO

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