

Pubblicato il 29/06/2017

**N. 01074/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00687/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 687 del 2017, proposto da:

Associazione di Volontariato ArtisTaras, in persona del legale rappresentante p.t, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimino Crisci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Agnese Caprioli in Lecce, via Scarambone 56;

contro

Comune di Taranto non costituito in giudizio;

nei confronti di

A.T.I. Museion Soc. Coop. - Nobilissima Taranto Ass. Cult - Pro Loco Taranto Ass. Turistica, in persona del legale rappresentante p.t. della Mandataria Capofila Museion Soc. Coop, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

previa tutela cautelare

- della determina n. 275/2017 del 14.4.2017 del Settore Patrimonio del Comune di Taranto – comunicata con nota prot. 68736 del 28.4.2017 – con cui il Dirigente del Settore determinava di aggiudicare definitivamente all'A.T.I. MUSEION Soc. Coop. – NOBILISSIMA TARANTO Ass. Cult. – PROLOCO Ass. Turistica la gara avente ad oggetto la “Concessione della gestione degli Ipogei siti in Via Cava – Città Vecchia Taranto” (CIG 673150125B), in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;
- della nota prot. 68736 del 28.4.2017;
- della determina n. 918/2016 del 22.12.2016, del Settore Patrimonio del Comune di Taranto con cui il Dirigente del Settore Patrimonio, approvando il contenuto dei verbali di gara, procedeva alla “aggiudicazione provvisoria” in favore dell'A.T.I. MUSEION Soc. Coop. – NOBILISSIMA TARANTO Ass. Cult. – PROLOCO Ass. Turistica, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;
- della Determina Dirigenziale n. 667 del 28.9.2016 con cui veniva nominata la Commissione di Gara, nella parte in cui veniva indicato quale Presidente della Commissione il Dott. Michele Matichecchia, nonché in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;
- della Determina Dirigenziale n. 642/2016 del 15.9.2016 con cui veniva nominata la Commissione di Gara, nella parte in cui veniva indicato quale Presidente della Commissione il Dott. Michele Matichecchia, nonché in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;
- del verbale di gara del 17.11.2016, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;

- del verbale di gara del 2.12.2016, nella parte in cui non esclude l'Offerta dell'ATI MUSEION-NOBILISSIMA-PRO LOCO, nonché nella parte in cui attribuisce alla stessa il punteggio di 73,6665, ed in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;
- dell'Avviso Pubblico n. 2 CIG 673150125B del 29.6.2016, redatto e sottoscritto in ogni sua parte dal Dirigente del Settore Patrimonio, Dott. Michele MATICHECCHIA, per la “Concessione della gestione degli Ipogei siti in Via Cava Città Vecchia – Taranto”, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;
- della Deliberazione di Giunta Comunale n. 52 del 16.3.2016, avente ad oggetto l'Atto di Indirizzo per la Gestione dei siti archeologici e degli ipogei comunali, e per l'approvazione della “Carta dei Servizi” e tariffe di ingresso, in ogni parte ritenuta di interesse per l'odierna impugnativa;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale; nonché per la declaratoria di inefficacia
- del contratto eventualmente stipulato *medio tempore* tra l'Amministrazione e l'A.T.I. aggiudicataria; e per la tutela in forma specifica
- attraverso il subentro nel contratto eventualmente stipulato *medio tempore* tra l'Amministrazione e l'A.T.I. aggiudicataria;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2017 il Cons.

Carlo Dibello e udito l'avv. M. Crisci per la ricorrente;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Con ricorso proposto dall'Associazione di Volontariato ArtisTaras, con sede in Crispiano, è stata impugnata la determina del 14 aprile 2017, poi comunicata alla ricorrente in data 28 aprile 2017, con la quale il Dirigente del Settore Patrimonio del Comune di Taranto provvedeva ad aggiudicare definitivamente all'A.T.I. Museion Soc. Coop. – Nobilissima Taranto Ass. Cult. – Proloco Ass. Turistica la gara avente ad oggetto la “*Concessione della gestione degli Ipogei siti in Via Cava – Città Vecchia Taranto*” (CIG 673150125B).

L'impugnativa è stata estesa a tutte le operazioni di gara che hanno preceduto l'aggiudicazione definitiva.

Risultano anche impugnati l'avviso pubblico relativo all'indizione della gara e la deliberazione di Giunta Comunale n. 52 del 16 marzo 2016, con la quale l'esecutivo cittadino ha approvato l'Atto di Indirizzo per la Gestione dei siti archeologici e degli ipogei comunali, e per l'approvazione della “Carta dei Servizi” e tariffe di ingresso.

A sostegno del ricorso sono state formulate le seguenti censure, il primo gruppo delle quali viene riproposto *in toto* in sede di formulazione del secondo e terzo motivo di ricorso:

Violazione e/o falsa applicazione *lex specialis* di gara. Violazione e/o falsa applicazione Deliberazione G.C. n. 52 del 16.3.2016. Violazione e/o falsa applicazione Avviso Pubblico n. 2. Violazione e/o falsa applicazione art. 30 D. Lgs 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 95 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 171 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione artt. 47 e 48 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 16 l. r. 17/2013. Violazione e/o falsa applicazione

D. Lgs. 42/04. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e motivazionale. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza ed illogicità. Eccesso di potere per carenza nei presupposti e travisamento dei fatti. Sviamento;

Violazione e/o falsa applicazione art. 77 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione Regolamento Comunale per la Disciplina dei Contratti. Violazione e/o falsa applicazione principio di imparzialità e terzietà. Violazione e/o falsa applicazione art. 84 D. Lgs. 163/2006. Violazione e/o falsa applicazione d. p.r. 207/2010. Violazione e/o falsa applicazione art. 30 D. Lgs 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione artt. 47 e 48 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 171 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione D. Lgs. 42/04. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e motivazionale. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza ed illogicità. Eccesso di potere per carenza nei presupposti e travisamento dei fatti. Sviamento;

Violazione e/o falsa applicazione art. 30 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 95 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione artt. 47 e 48 D. Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 171 D. Lgs. 50/2016. Violazione art. 1 l. 241/1990. Violazione e/o falsa applicazione D. Lgs. 42/04. Violazione e/o falsa applicazione principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara. Violazione del principio di conservazione dei plichi. Violazione principio di imparzialità e parità di trattamento. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e motivazionale. Eccesso di potere per

disparità di trattamento. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza ed illogicità. Eccesso di potere per carenza nei presupposti e travisamento dei fatti. Sviamento.

L'Associazione ricorrente, oltre a domandare l'annullamento dei provvedimenti impugnati con ogni conseguenziale effetto, ha chiesto che il Tar dichiari l'inefficacia del contratto di concessione eventualmente sottoscritto, nonché una declaratoria di subentro nel contratto medesimo, sempre nell'ipotesi di sottoscrizione medio tempore intervenuta tra l'Amministrazione e l'ATI aggiudicataria.

Il Comune di Taranto non si è costituito in giudizio benchè ritualmente intimato.

Anche la controinteressata ATI Museion Soc. Coop. – Nobilissima Taranto Ass. Cult. – Proloco Ass. Turistica non si è costituita in giudizio.

Alla camera di consiglio del 14 giugno 2017, fissata per la trattazione della domanda cautelare, la controversia è passata in decisione nelle forme dell'art. 60 del c. p.a.

Il ricorso è meritevole di accoglimento con riferimento alla censura di illegittima composizione della Commissione di aggiudicazione della procedura ad evidenza pubblica in esame.

Ed invero, malgrado sia stata prospettata una pluralità di censure, rileva il Collegio che la mancata graduazione dei motivi di ricorso determina la possibilità, per il Giudicante, di accoglimento del gravame limitatamente ad un profilo di criticità ritenuto assorbente per ragioni di economia processuale (v. Ad. Plen. Cons. St. n. 5/2015)

Con la sopra citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è, infatti, sancito il principio di diritto in forza del quale

<<nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, non vale a graduare i motivi di ricorso o le domande di annullamento il mero ordine di prospettazione degli stessi>>; e, ancora, che <<nel giudizio impugnatorio di legittimità in primo grado, in mancanza di rituale graduazione dei motivi e delle domande di annullamento, il giudice amministrativo, in base al principio dispositivo e di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, è obbligato ad esaminarli tutti, salvo che non ricorrano i presupposti per disporre l'assorbimento nei casi ascrivibili alle tre tipologie precisate in motivazione (assorbimento per legge, per pregiudizialità necessaria e per ragioni di economia)>>.

Passando dunque alla disamina in concreto della censura concernente l'illegittima composizione della Commissione giudicatrice, si osserva che nella fattispecie portata al vaglio del G.A. si è effettivamente consumata la violazione dell'art. 77, comma 4 del D. Lgs.18 aprile 2016, n. 50.

La disposizione richiamata stabilisce che *“i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*.

E' invece emerso, come correttamente dedotto dalla difesa dell'associazione, che il Presidente della Commissione, dottor Matichecchia, nominato in tale veste con determina dirigenziale n. 642 del 15 settembre 2016 ha redatto, approvato e sottoscritto l'Avviso Pubblico di indizione della gara, di cui alla determina n. 423/2016 del 22 giugno 2016, e tanto nella distinta veste di Dirigente al Patrimonio.

La preventiva redazione dell'atto inditivo della gara controversa è tale da determinare la situazione di incompatibilità che la norma sopra richiamata ha inteso scongiurare.

E' infatti evidente la finalità, perseguita dall'art. 77 comma 4 citato, di evitare che uno dei componenti della Commissione, proprio per il fatto di avere svolto in precedenza attività strettamente correlata al contratto del cui affidamento si tratta, non sia in grado di esercitare la delicatissima funzione di giudice della gara in condizione di effettiva imparzialità e di terzietà rispetto agli operatori economici in competizione tra di loro.

Ritiene il Collegio di dover precisare, sul punto, che il principio di imparzialità dei componenti del seggio di gara va declinato nel senso di garantire loro la cd *virgin mind*, ossia la totale mancanza di un pregiudizio nei riguardi dei partecipanti alla gara stessa.

Tale pregiudizio può essere agevolmente rintracciato in un caso come quello qui in esame, posto che la predisposizione, da parte del Presidente della Commissione di gara, addirittura delle c.d. regole del gioco può influenzare la successiva attività di arbitro della gara.

Dall'accertamento del suddetto vizio di composizione della gara deriva l'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva, atteso il nesso di consequenzialità che avvince gli atti impugnati, per come sottoposti allo scrutinio del G.a..

Il ricorso è dunque accolto alla stregua delle suesposte argomentazioni, con assorbimento delle ulteriori censure e con conseguente obbligo di rinnovazione della gara a partire dalla presentazione delle offerte (sul punto, Tar Lecce, II Sezione, 1040/2016).

Va anche annullato il contratto nelle more eventualmente stipulato tra l'Amministrazione e l'Ati aggiudicataria.

Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

annulla l'aggiudicazione definitiva in epigrafe;

dispone la rinnovazione della gara a partire dalla presentazione delle offerte;

annulla il contratto eventualmente stipulato medio tempore tra l'Amministrazione e l'ATI aggiudicataria.

Condanna il Comune di Taranto alla rifusione delle spese processuali che liquida in € 4.000, 00 oltre accessori di legge e recupero del contributo unificato.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Carlo Dibello, Consigliere, Estensore

Claudia Lattanzi, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Carlo Dibello

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO

