

N. 03339/2012REG.PROV.COLL.
N. 08797/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 8797 del 2011, proposto da Smea s.r.l. , in proprio e quale capogruppo del costituendo R.T.I., in persona del suo legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi M. D'Angiolella, con domicilio eletto presso lo Studio Luponio in Roma, via M. Mercati, 51; Asd Circolo Nautico Posillipo Napoli, in persona del suo legale rappresentante “pro tempore”, in proprio e quale componente del costituendo Rti, Associazione polisportiva dilettantistica Centrosport Brindisi a r. l. , in proprio e quale componente del costituendo Rti, rappresentati e difesi dall'avv. Luigi M. D'Angiolella, con domicilio eletto presso lo Studio Luponio in Roma, via M. Mercati, 51;

contro

il Comune di Ruvo di Puglia, in persona del suo legale rappresentante “pro tempore”, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Fiore, con domicilio eletto presso Pietro Cicerchia in Roma, via Nicotera 24;

nei confronti di

Asd Adriatika Nuoto Mandataria Rti, Rti Asd Fiorentina Nuoto,

rappresentati e difesi dall'avv. Gianfranco Grandaliano, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI -SEZIONE I, n. 1458/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DI IMPIANTO NATATORIO DI PROPRIETA' DEL COMUNE – RISARCIMENTO DANNI, di rigetto del ricorso proposto dall'RTI SMEA –Posillipo per l'annullamento:

- a) dell'aggiudicazione definitiva dell'affidamento in concessione dell'impianto natatorio di proprietà del Comune di Ruvo di Puglia, assunta con determina dirigenziale n. 57 del 8.7.2010, comunicata con nota prot. 16213 del 9.7.2010, pervenuta in data 14.7.2010, in capo alla costituenda A.T.I. formata dalla ASD Adriatika Nuoto con la ASD Fiorentina Nuoto;
- b) di tutti gli atti di gara, compresi i verbali e le operazioni della Commissione incaricata;
- c) per quanto occorra, del bando di gara e del disciplinare;
- d) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale comunque lesivo degli interessi delle ricorrenti; e per il risarcimento del danno in forma specifica, consistente nell'accertamento del diritto delle ricorrenti all'aggiudicazione della gara d'appalto "de qua" e alla stipulazione del relativo contratto o, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente conseguente all'illegittimità delle operazioni di gara e all'illegittima aggiudicazione;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ruvo di Puglia e dell'Asd Adriatika Nuoto -Asd Fiorentina Nuoto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 24 aprile 2012 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia, su delega dell'avv. Luigi D'Angiolella, e Domenico Fiore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.-L'RTI SMEA –Posillipo ha partecipato alla gara per l'affidamento in concessione della gestione dell'impianto natatorio comunale, secondo il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa.

Nove anni la durata della concessione.

Al termine della gara è stato attribuito all'RTI Adriatika Nuoto –Fiorentina Nuoto, dichiarata aggiudicataria con determina dirigenziale 8.7.2010, il punteggio complessivo di 71,34/100 (52,11 per l'offerta tecnica e 19,23 per il “parametro economico”).

L'RTI SMEA –Posillipo si è classificata al secondo posto, con il punteggio totale di 55,43 (48,16 per l'offerta tecnica e 7,27 per il “parametro economico”).

Giova sin da ora precisare che le partecipanti dovevano inviare al Comune la documentazione richiesta in distinti plichi, contrassegnati come : 1) documenti di gara (plico A secondo il bando); 2) offerta tecnica –progetto per la gestione del servizio (plico B secondo il bando); 3) offerta economica (plico C secondo il bando) e 4) documentazione prodotta per la sottoscrizione del contratto.

Avverso i provvedimenti e gli atti i epigrafe indicati l'RTI SMEA –Posillipo ha proposto ricorso e motivi aggiunti davanti al TAR Puglia –Bari, formulando numerose censure.

Con la sentenza in epigrafe il TAR ha respinto il ricorso e l'atto di motivi aggiunti.

Il TAR ha giudicato infondate tutte le questioni sottopostegli dalla SMEA –Posillipo e ha condannato, con vincolo solidale, SMEA, ASD Posillipo e

Associazione Centrosport Brindisi al pagamento delle spese processuali in favore del Comune e del RTI Adriatika Nuoto -Fiorentina Nuoto, liquidandole nella misura di € 8.000,00, oltre agli accessori di legge, per ciascuna parte costituita.

L'RTI SMEA –Posillipo ha chiesto la riforma della sentenza deducendone la erroneità e riproponendo, nella sostanza, le censure mosse in primo grado. L'appellante, nel ritenere “inspiegabilmente gravosa” la condanna alle spese inflitta dal TAR nei suoi confronti, ha contestato la statuizione formulando un apposito motivo d'appello, il IX. , concernente violazione dell'art. 91 e seguenti c. p. c e dell'art. 26 c. p. a. . L'appellante ha poi riproposto la domanda risarcitoria in forma specifica e, in subordine, per equivalente, presentata in primo grado.

Comune e RTI Adriatika Nuoto –Fiorentina Nuoto hanno resistito al gravame chiedendone il rigetto.

L'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza è stata accolta dalla Sezione con l'ordinanza n. 5221/11, limitatamente alla statuizione relativa alla condanna alle spese.

All'udienza del 24.4.2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2.1.- Sulla omessa allegazione della fotocopia del documenti di identità alla offerta economica.

Ad avviso dell'RTI ricorrente, l'offerta economica, in base alla “lex specialis”, oltre a dover essere sottoscritta, doveva essere accompagnata dalla fotocopia del documento di identità del sottoscrittore, documento che invece non si è rinvenuto nell'apposita terza busta –plico C. L'RTI Adriatika Nuoto –Fiorentina Nuoto doveva quindi essere escluso.

IL TAR ha respinto il motivo osservando che “il bando di gara precisava: "nel terzo plico contrassegnato con la lettera C dovrà essere inserita:

“1. Offerta economica (...)... Nella busta non va inserito alcun altro documento”.

A tale significativo elemento deve aggiungersi, a smentita dell'argomento del raggruppamento SMEA, che in ogni caso le fotocopie del documento di identità risultano compiegate alla domanda di partecipazione e alle altre dichiarazioni inserite nella busta A. Inoltre l'art. 38 del d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445, invocato dalle ricorrenti, si riferisce alla diversa ipotesi di istanze e dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà”.

L'appellante ribadisce che l'omessa allegazione del documento di identità ha impedito di verificare con certezza la provenienza della sottoscrizione e la paternità della offerta economica, e che il bando, a pag. 7, nel capitolo AVVERTENZE IMPORTANTI, recava, alla lett. d), la seguente “clausola finale”: “si procederà alla esclusione dalla gara nel caso manchi o risulti incompleto o irregolare alcuno dei documenti richiesti”.

Sul fondamento normativo di tale adempimento l'appellante richiama l'art. 38, comma 3, del d.P.R. n. 445 del 2000. Il profilo di censura relativo alla mancata allegazione del documento di identità inerisce inoltre al fatto che l'offerta economica “incorporava” anche due dichiarazioni di impegno, a costituire l'ATI orizzontale e a uniformarsi alla disciplina di cui all'art. 37 del codice degli appalti pubblici. A detta dell'appellante, la precisazione del bando (v. pag. 6) secondo cui nella busta C “non va inserito alcun altro documento” non può che riferirsi a documentazione spuria rispetto alla offerta economica, ma non al documento di identità, da allegarsi obbligatoriamente alla offerta economica, e alle altre dichiarazioni in essa contenute, “parte essenziale e inscindibile” della stessa offerta e delle altre dichiarazioni in essa contenute, e non “altro documento” vietato dalla lettera del bando.

I rilievi dell'appellante non sono condivisibili.

Il bando, a pag. 6, con riferimento alla busta C (offerta economica), precisa che “nella busta non va inserito alcun altro documento”. La “lex specialis” vieta in maniera puntuale di inserire nella busta alcun altro documento, e la

formulazione della prescrizione non autorizza a uniformarsi alla tesi interpretativa propugnata dall'appellante, specie avendo riguardo al fatto che le fotocopie del documento di identità del medesimo soggetto sottoscrittore della offerta economica sono state inserite nella busta A, contenente la domanda di partecipazione e le dichiarazioni sostitutive indicate a pag. 2 e seguenti del bando. Ma anche a voler ritenere non scervra da incertezze la sopra trascritta prescrizione, si imporrebbe comunque una lettura della stessa idonea a tutelare l'affidamento del partecipante in buona fede, secondo il principio della massima partecipazione.

A ciò si aggiunga che l'offerta economica non è né una istanza, né una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, talché l'art. 38, comma 3, del d.P.R. n. 445/00, secondo cui le dichiarazioni sostitutive debbono essere presentate unitamente a copia fotostatica di un documento di identità del dichiarante, non può trovare applicazione del caso in esame.

L'avvenuta produzione della fotocopia del documento di identità del sottoscrittore della offerta economica nel plico A è idonea a soddisfare l'interesse della stazione appaltante di disporre di un'adeguata certezza in ordine alla provenienza della offerta economica –e delle contestuali, “incorporate” dichiarazioni di impegno- del firmatario della offerta medesima. In questa peculiare situazione non era richiesto –anzi, era vietato- che il plico C contenesse una ulteriore fotocopia del documento di identità del firmatario della offerta economica, non sussistendo alcuna lesione del principio della “par condicio” dei concorrenti. Opinare in modo diverso, ossia seguire l'iter argomentativo indicato dall'appellante, avrebbe voluto dire dare ingresso a una tesi eccessivamente formalistica, in contrasto sia con il “favor participationis”, sia con il principio della strumentalità delle forme rispetto alla correttezza della gara, sia con il principio della essenzialità delle prescrizioni sanzionatorie rispetto alle esigenze di interesse pubblico che l'Amministrazione ha il dovere di

tutelare.

Correttamente dunque il TAR ha ritenuto che l'RTI Adriatica Nuoto –Fiorentina Nuoto si sia attenuta alle prescrizioni del bando.

2.2.- Sulle dichiarazioni dell'aggiudicataria di essere in regola con le norme che disciplinano il lavoro dei disabili (art. 17 della l. n. 68 del 1999; circ. Min. lav. n. 41/00).

Nel ricorso al TAR l'RTI SMEA –Posillipo aveva lamentato il fatto che l'RTI aggiudicatario avesse reso le dichiarazioni di cui all'art. 17 della l. n. 68/99, norma che presuppone di avere minimo 15 dipendenti, pur non avendo in realtà alcun dipendente.

Il TAR ha respinto la censura osservando come la circostanza che le ASD Adriatika Nuoto e Fiorentina Nuoto non abbiano dipendenti “non renda affatto inattendibile la dichiarazione, ma anzi conferma che non sono ipotizzabili violazioni della disciplina citata, semplicemente in quanto in definitiva le aggiudicatarie (anche quali associazioni sportive) non rientrano nella sfera soggettiva dell'obbligo”.

A detta dell'appellante, l'RTI aggiudicatario ha dichiarato di avere assolto obblighi ai quali non ha adempiuto. Le dichiarazioni erano richieste e dovute “ex lege” e prescritte dalla “lex specialis” (art. 2/h) del bando, pag. 3: “dichiarazione sostitutiva...dalla quale risulti... h) di essere in regola con le norme che disciplinano il lavoro dei disabili, ai sensi dell'art. 17 della l. 13.3.1999, n. 68, circolare del Ministero del Lavoro n. 41/2000”). Il TAR avrebbe errato nell'ammettere che vi è stata una dichiarazione non veritiera, considerandola tuttavia irrilevante, quantunque il bando, al capitolo AVVERTENZE IMPORTANTI, recasse, alla lett. d), la seguente “clausola finale”: “si procederà alla esclusione dalla gara nel caso manchi o risulti incompleto o irregolare alcuno dei documenti richiesti”.

Il motivo non coglie il segno.

Le dichiarazioni ex art. 17 cit. sono richieste dalla l. n. 68/99 allo scopo di

imporre –evidentemente nel corso del rapporto di gestione dell’impianto– l’osservanza delle norme in materia di assunzione dei disabili e di versamento dei contributi assistenziali e previdenziali. Correttamente le appellate rimarcano che le dichiarazioni stesse costituiscono un impegno in tal senso a prescindere dalla esistenza, al momento della presentazione della domanda, di rapporti di lavoro in corso di svolgimento. La finalità suindicata si persegue imponendo l’obbligo della relativa dichiarazione di regolarità anche se l’impresa non rientra nei casi previsti dall’art. 3 della l. n. 68/99. In questo contesto, se l’RTI aggiudicatario avesse ommesso di rendere la dichiarazione, appare verosimile che in giudizio si sarebbe discusso della mancanza delle dichiarazioni, ex art. 2/h) del bando. E’ dunque corretta la decisione del TAR sul punto, secondo la quale in sede di domanda di partecipazione a una gara, in base al bando anche i soggetti esonerati per legge dalla osservanza della normativa sul diritto al lavoro dei disabili erano tenuti a produrre la dichiarazione “de qua”, dovendosi inoltre dare rilievo alla affermazione “sostanzialistica” del Giudice di primo grado secondo la quale l’art. 17 della l. n. 68/99 non può ritenersi violato in quanto le aggiudicatarie non ricadono entro la sfera soggettiva dell’obbligo.

2.3.- Sulla incongruenza dei punteggi attribuiti per la offerta tecnica.

Il TAR ha giudicato “non convincente pure la contestazione relativa alla valutazione dell’offerta tecnica. I rilievi si presentano del tutto generici e impingono nel merito dell’azione amministrativa, senza dimostrare che essa sia inficiata da evidenti errori o altri vizi logici. In particolare, la circostanza che le associazioni non abbiano dipendenti non ne sminuisce la professionalità, una volta che esse abbiano dimostrato una rilevante esperienza nel settore maturata attraverso l’utilizzo di rapporti di collaborazione”.

Con il terzo motivo d’appello l’RTI SMEA –Posillipo ripropone i rilievi dedotti in primo grado.

Si premette che la censura è rilevante, visto che la differenza di punteggio complessiva tra l'RTI aggiudicatario e quello appellante è stata di soli punti 2,96 su 100.

La valutazione della offerta tecnica è stata eseguita su atti né sottoscritti, né siglati dall'RTI aggiudicatario, "senza dipendenti" (il Circolo Nautico Posillipo, si osserva, ha invece, da solo, 36 dipendenti).

Non si comprende come l'ASD Adriatika Nuoto e l'ASD Fiorentina Nuoto abbiano potuto ottenere un punteggio massimo, o comunque molto alto –di qui la riproposta censura di incongruenza, difetto di istruttoria e di motivazione- per diversi parametri tra i quali, in particolare, l'esperienza di gestione di impianti natatori (p. 4,50/5), l'esperienza per programmi e progetti sportivi (p. 10/10), l'anzianità di aggregazione discipline sportive associate o enti promozioni sportive (p. 5/5).

Per giustificare l'esperienza di gestione impianti natatori e l'esperienza per programmi e progetti sportivi la commissione si è basata su una relazione sulle attività della sola ASD Fiorentina Nuoto, non sottoscritta né siglata.

Il punteggio di 5/5 per il parametro "anzianità di aggregazione discipline sportive associate" si basa su dichiarazioni della sola Fiorentina Nuoto. Più in generale, ci si è basati su atti che non risultano provenienti dall'ATI aggiudicataria.

Nella seconda parte del motivo (v. pagine 14 e 15 ric. app.) l'appellante lamenta la omessa fissazione di criteri attendibili per attribuire i punteggi, che sono stati assegnati in maniera arbitraria. Né potrebbe sostenersi che, trattandosi di affidamento di concessione, non si è vincolati allo schema dell'appalto (anche se in questo senso dispone il bando, al quale la stazione appaltante si è autovincolata, poiché l'art. 30, comma 3, del codice degli appalti pubblici, che riguarda le concessioni, prevede che "la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare,

dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”).

Anche il motivo sopra riassunto è infondato e va respinto.

In termini generali va osservato che la commissione di gara, per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, gode di un'ampia discrezionalità nella suddivisione del punteggio da attribuire agli elementi costituenti l'offerta tecnica, secondo i criteri predefiniti nella “lex specialis” di gara. Tale discrezionalità, di natura tecnico-amministrativa, non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale se non in presenza di evidenti irrazionalità e incongruenze, non potendosi ritenere tali l'elaborazione, da parte della commissione, di modalità di graduazione del punteggio.

Guardando più da vicino al caso in esame si impongono le seguenti osservazioni.

Sulla prima parte del motivo proposto, che ruota in misura notevole sul rilievo, ripetuto più volte, per cui l'ASD Adriatika Nuoto e l'ASD Fiorentina Nuoto non hanno dipendenti, va sottolineato, con il TAR, che “la circostanza che le due associazioni non abbiano dipendenti non ne sminuisce la professionalità, una volta che esse abbiano dimostrato una rilevante esperienza nel settore maturata attraverso l'utilizzo di rapporti di collaborazione”.

Ciascun concorrente ha invero la facoltà di organizzare la propria attività come ritiene più opportuno.

Nella specie, dai modelli 770/10 (anno 2009) prodotti in giudizio dalla difesa dell'RTI aggiudicatario (v. fasc. Adriatika, elenco documenti 3.9.2010, dal quale risultano depositate una ventina di certificazioni di lavoro autonomo, provvigioni e redditi diversi), emerge l'impiego di

numerosi collaboratori, elemento rivelatore di un'organizzazione stabile capace di realizzare i progetti indicati nella documentazione allegata alla domanda di partecipazione.

In secondo luogo, e sotto un diverso profilo, la documentazione comprovante a) l'esperienza di collaborazione con la FIN e/o con il Comitato paralimpico italiano, nella gestione di impianti e/o di programmi e progetti sportivi legati alle attività natatorie; b) l'esperienza nella gestione di impianti natatori (cfr. il quarto e il quinto indicatore di valutazione della offerta tecnica), oltre al progetto per la gestione dell'impianto natatorio –programmazione di diverse attività agonistiche, ludiche, ecc... (cfr. il sesto indicatore di valutazione) è sicuramente riconducibile all'ASD Fiorentina Nuoto. Infatti, né per il progetto di gestione, né per la documentazione richiesta, relativa alla esperienza precedente nella gestione di impianti, erano prescritte particolari formalità e neppure la semplice sottoscrizione (conf. bando, pag. 5). Solo le dichiarazioni di affiliazione alla Federazione italiana nuoto e di aggregazione a discipline sportive associate dovevano essere rilasciate nei modi previsti dal d.P.R. n. 445/2000, modalità che risultano rispettate (come dimostrato nella produzione documentale dell'aggiudicataria del 16 settembre 2010).

Nel caso in esame la stazione appaltante, con riferimento ai 75 punti attribuibili per la offerta tecnica, ha individuato una serie di parametri / indicatori, rispondenti all'esigenza di graduare il punteggio per le diverse sub voci (cfr. bando, pag. 6: per ogni criterio saranno definiti uno o più indicatori...), offrendo così un sostegno adeguato alla motivazione del punteggio come è stato in concreto attribuito, risultando la griglia di sottovoci idonea a guidare l'esercizio della discrezionalità tecnica della commissione, rendendo effettiva la possibilità di controllo al giudice.

L'appellante pone in risalto che il punteggio differenziale con l'RTI aggiudicatario sarebbe stato soltanto di punti 2,96 su 100.

In realtà, dalla graduatoria finale si ricava che l'RTI SMEA –Posillipo si è classificato al secondo posto, con il punteggio totale di 55,43 (48,16 per l'offerta tecnica e 7,27 per il “parametro economico”), mentre all'RTI Adriatika Nuoto –Fiorentina Nuoto, dichiarata aggiudicataria, è stato assegnato il punteggio complessivo di 71,34/100 (52,11 per l'offerta tecnica e 19,23 per il “parametro economico”).

Il punteggio differenziale è dunque assai significativo: circa 16 punti.

Ciò posto, ribadita la limitatezza dell'ambito del sindacato esercitabile dal Giudice amministrativo sugli apprezzamenti formulati dalla commissione, da un lato le scelte fatte dalla stazione appaltante, e i sub punteggi attribuiti, con riguardo alla “esperienza gestione impianti natatori” (4,5 punti all'RTP aggiudicatario, 3,5 all'appellante), e alla “esperienza collaborazione FIN e/o CIP per gestione impianti e/o programmi e progetti sportivi” (10 punti per Adriatika e 10 per SMEA) non presentano profili di evidente incongruenza o irragionevolezza. Dall'altro, per ciò che attiene all'indicatore della “anzianità di aggregazione discipline sportive associate” (5 punti ad Adriatika, zero punti a SMEA), anche a voler ipotizzare una diversa modalità di assegnazione del sub punteggio; se anche, cioè, la commissione avesse attribuito, all'appellante, per l'indicatore suindicato, il punteggio massimo previsto dalla “lex specialis”, SMEA non sarebbe riuscita a classificarsi al primo posto nella graduatoria finale.

Non risulta dunque alcun esercizio distorto del potere valutativo da parte della stazione appaltante.

2.4.- Sulla referenza bancaria presentata solo da Adriatika anziché da entrambe le partecipanti.

Il bando, a pag. 4, prevedeva che occorresse depositare, “a dimostrazione della solidità finanziaria ed economica”, una “referenza bancaria”.

La referenza è stata presentata solo da Adriatika Nuoto, anziché da Adriatika e da Fiorentina Nuoto.

Il TAR ha ritenuto non invocabile l'art. 38 del d. lgs. n. 163/06 dato che "la gara riguarda l'affidamento di una concessione. In base all'articolo 30, comma settimo, del medesimo decreto legislativo –ha proseguito il TAR-, la procedura non è in sé soggetta al codice dei contratti pubblici, di cui sono applicabili solo le disposizioni della parte IV ("Contenzioso") e l'articolo 143, comma settimo (che riguarda le caratteristiche sotto il profilo economico-finanziario dell'offerta e del contratto), in quanto compatibile. Per il resto l'articolo 30, comma terzo, impone solamente: "La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi".

L'appellante osserva che, trattandosi di referenza bancaria, la referenza stessa doveva essere prodotta da entrambe le partecipanti. E poiché nell'ATI orizzontale ogni impresa riunita è responsabile, nei confronti della stazione appaltante, della esecuzione della intera opera o del servizio, ne discende che ambedue le componenti dell'RTI aggiudicatario avevano l'obbligo di presentare autonoma referenza bancaria. Non avendolo fatto, l'RTI Adriatika Nuoto -Fiorentina Nuoto andava escluso. Il TAR avrebbe errato nel ritenere inapplicabile, alla procedura "de qua", la disciplina di cui al codice dei contratti pubblici, trattandosi di concessione ex art. 30 del decreto n. 163/06. L'appellante rileva che la stazione appaltante ha inteso autovincolarsi alla normativa in tema di pubblici appalti, con conseguente diretta applicazione del codice dei contratti pubblici. Si noti infine che a pag. 4 del bando, nel caso di associazione non ancora costituita, era previsto quanto segue: "...assume l'impegno, in caso di aggiudicazione, a

uniformarsi alla disciplina vigente in tema di contratti pubblici con riguardo alle associazioni temporanee...”.

Il Collegio ritiene che, indipendentemente dalla soluzione da dare alla questione che riguarda l'applicabilità, alla fattispecie, dell'art. 30, comma 7, del d. lgs. n. 163/06, o del codice degli appalti pubblici nel suo complesso, il motivo dedotto sia infondato e vada respinto.

Anche muovendo dall'assunto, dal quale prendono le mosse tutte le parti in causa, dell'applicabilità del codice, resta che il bando di gara, a pag. 4, nell'elencare i documenti da presentare e da inserire nella busta A, prevedeva anche la “referenza bancaria, a dimostrazione della solidità finanziaria ed economica”, senza specificare nulla per il caso in cui il richiedente fosse una ATI non ancora costituita. Ora, in assenza di una espressa disposizione nel disciplinare di gara, come è accaduto nel caso di specie, la presentazione da parte del solo mandatario delle referenze bancarie assolve la dimostrazione del requisito, tenuto conto che il raggruppamento si qualifica dimostrando cumulativamente il possesso dei requisiti richiesti per il singolo partecipante.

Di contro il bando, nel disciplinare i requisiti di partecipazione, specificava le integrazioni documentali occorrenti nel caso in cui la domanda di partecipazione fosse presentata da un RTI non ancora costituito, come nell'ipotesi di cui a pag. 4, punto 2), lett. s) e t).

In generale, per la giurisprudenza, in materia di procedure ad evidenza pubblica, le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui é tenuta l'impresa partecipante alla gara sono di stretta interpretazione, dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, e restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la “par condicio” dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione (Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 3213 del 2010).

In questa prospettiva, sussistendo elementi di incertezza nella formulazione del bando, il criterio interpretativo adottato dalla commissione non poteva che essere coerente con il principio diretto a favorire la massima partecipazione delle imprese alle procedure di gara (giurisprudenza univoca sul punto).

Peraltro, qualora la partecipazione a una pubblica gara avvenga in RTI, solo i requisiti generali di partecipazione, in quanto relativi alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto gli aspetti dell'ordine pubblico e della moralità devono essere posseduti da tutte le imprese raggruppate, data la preminenza dell'interesse pubblico alla moralità e all'affidabilità del soggetto chiamato a eseguire l'appalto; diversamente, i requisiti di natura economico-finanziaria sono ritenuti pacificamente cumulabili nella ipotesi di partecipazione riunita, con la conseguenza che i requisiti vanno riferiti al raggruppamento quale unico soggetto che si avvale delle sue articolazioni organizzative. Detto altrimenti, una diversa interpretazione, conforme alla tesi dell'appellante, sarebbe (stata) contraria alla "ratio" delle ATI e degli RTI, che tendono ad estendere la partecipazione alle gare anche ad imprese che, singolarmente, non sarebbero in grado di sostenere l'onere dell'appalto, con conseguente ampliamento della dinamica concorrenziale.

In tali sensi va corretta la motivazione dell'appellata sentenza.

2.5.- Sulla cauzione provvisoria prestata solo dall'ASD Adriatika Nuoto anziché da entrambe le associazioni.

L'RTI SMEA si era doluto del fatto che la cauzione provvisoria fosse stata versata solamente da parte della mandataria Adriatika, e non anche della mandante futura associata.

Il TAR ha giudicato infondata la contestazione, ampliata coi motivi aggiunti, rilevando, in sintesi, che:

-l'argomentazione di SMEA "pare collegarsi con la previsione del bando (pag. 4) per cui "in caso di A.T.I. non ancora formalmente costituita, la

polizza fideiussoria deve essere cointestata a tutte le imprese interessate, mandante/i e mandataria, anche se sottoscritta solo da quest'ultima";

-in realtà tale previsione è estranea alla fattispecie concreta, nella quale le aggiudicatricie hanno provveduto alla costituzione della cauzione provvisoria di euro 1.080,00 con il versamento in contanti, come consentito anche dal bando (pagina 4, n. 4). Tale forma, infatti, non pone problemi né di riferibilità dell'impegno (esistendo la somma nella sua materialità) né, tanto meno, di successiva, eventuale escussione;

-tale conclusione non è smentita dai motivi aggiunti, nei quali il versamento viene ricondotto al pegno irregolare, in conformità con l'articolo 75 del codice dei contratti pubblici, e viene richiamata l'interpretazione data dal T.A.R. Sardegna, prima sezione, 29 maggio 2008 n. 1106", interpretazione che viene confutata dal TAR Puglia (v. pagine 8 e 9 sent.).

Sub V. l'appellante ripropone la censura rilevando che la intestazione della garanzia provvisoria a tutte le imprese facenti parte del costituendo RTI riguarda sia la polizza fideiussoria sia il deposito cauzionale a titolo di pegno a favore dell'Amministrazione aggiudicatrice. Il TAR ha trascurato il fatto che il soggetto aggiudicatario era un costituendo RTI di tipo orizzontale e, di conseguenza, ciascuna delle partecipanti risponde per l'intera prestazione alla stazione appaltante.

Il motivo è infondato, la decisione del TAR sul punto è corretta.

Nelle procedure a evidenza pubblica per la scelta del contraente la cauzione provvisoria versata dai partecipanti svolge una duplice funzione di garanzia per l'amministrazione appaltante, sia per il caso in cui l'affidatario non si presti a stipulare il relativo contratto, sia per la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese in sede di partecipazione alla gara in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa prescritti dal bando o dalla lettera di invito, così da garantire l'affidabilità della offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla

correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla disciplina della gara (Cons. St. , V, n. 3746/09 e sez. IV n. 4789/04).

La cauzione provvisoria rappresenta, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'Amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente.

Con il versamento della cauzione provvisoria in contanti è stata pienamente soddisfatta la funzione di garanzia perseguita dall'Amministrazione appaltante; è stata assolta l'esigenza di garantire l'affidabilità dell'offerta, e la necessità di una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'Amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente, e questo a prescindere dal fatto che il suddetto versamento sia stato eseguito a nome di una associazione facente parte dell'ATI, dall'ATI nel suo complesso o da tutte le associazioni che compongono l'ATI. In modo condivisibile il TAR ha affermato che la prescrizione del bando sulla cointestazione della polizza fideiussoria a mandante e mandataria è estranea alla fattispecie in esame, nella quale la cauzione provvisoria è stata costituita mediante versamento in contanti, come espressamente consentito dal bando.

2.6.- Sulla omessa sottoscrizione e/o siglatura di documentazione dell'ASD Fiorentina Nuoto. Sub VI. , motivo incentrato sulla mancata sottoscrizione e/o siglatura del progetto tecnico presentato dal RTI aggiudicatario, e della documentazione comprovante l'esperienza nella gestione di impianti natatori e l'esperienza di collaborazione con la FIN e/o il CIP nella gestione di impianti e/o progetti sportivi, si è già osservato sopra, al p. 2.3., "in finem", che la documentazione anzidetta è sicuramente riconducibile all'ASD Fiorentina Nuoto. La "paternità" delle relazioni non è revocabile in dubbio. Infatti, né per il progetto di gestione, né per la documentazione richiesta, relativa alla esperienza precedente nella gestione di impianti, erano

prescritte particolari formalità e neppure la semplice sottoscrizione (conf. bando, pag. 5). Solo le dichiarazioni di affiliazione alla Federazione italiana nuoto e di aggregazione a discipline sportive associate dovevano essere rilasciate nei modi previsti dal d.P.R. n. 445/2000, modalità che risultano rispettate (come dimostrato nella produzione documentale dell'aggiudicataria del 16 settembre 2010). Di qui la sicura attribuibilità della documentazione in argomento, inserita nel plico B, all'ASD Fiorentina Nuoto. A ciò si aggiunga che il bando (v. pag. 5) non specificava che tale documentazione avrebbe dovuto essere prodotta da ambedue le ASD: di qui la sufficienza della produzione documentale da parte della Fiorentina Nuoto.

2.7.- (Dichiarazioni della sola ASD Fiorentina Nuoto anziché di ambedue le associazioni). Sub VII. (v. bando, pp. 4. e 5. –plico B, fine pag. 5 –inizio pag. 6), l'appellante evidenzia che le dichiarazioni sulla affiliazione alla FIN e sulla anzianità di aggregazione a federazioni sportive nazionali e a discipline sportive associate risultano sottoscritte dalla sola ASD Fiorentina Nuoto. Conseguenza del rigetto del motivo da parte del TAR è che il Comune affida la concessione a uno dei soggetti che opera nella sua piscina senza la prova della affiliazione alla FIN e senza la prova della anzianità di aggregazione.

Per superare anche questo motivo vale osservare che la “lex specialis” non richiedeva che le dichiarazioni in questione dovessero essere fatte da entrambe le ASD.

2.8.- Sull'omessa deposito dello statuto e del certificato della CCIAA da parte dell'Adriatika Nuoto. “Denuncia infine la S.M.E.A. –così il TAR, in sentenza, sul punto- che in sede di verifica delle dichiarazioni ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, del codice dei contratti pubblici, non sarebbero stati prodotti dal raggruppamento aggiudicatario né il certificato camerale né lo statuto della Adriatika Nuoto in copia conforme. Non

considerano però le istanti che le associazioni sportive non sono tenute all'iscrizione camerale e che, in ogni caso, lo statuto risulta depositato in copia conforme (in uno con l'atto costitutivo), come concordemente affermato dall'Amministrazione e dalla controinteressata e attestato dalle relative produzioni documentali”.

Nell'appello l'RTI SMEA, premesso che con nota del 9.7.2010 il Comune aveva chiesto all'RTI aggiudicataria, ai sensi dell'art. 48, comma 2, del d. lgs. n. 163/06, di presentare entro 30 giorni il certificato di iscrizione alla CCIAA, “di data non anteriore a sei mesi da quella fissata per la gara, dal quale risulti che a carico della società non sono in corso procedure di fallimento, di concordato preventivo, di amministrazione controllata e di liquidazione volontaria o coatta amministrativa aperte in virtù di sentenze o di decreti negli ultimi cinque anni”, pena l'applicazione dell'art. 48, comma 1, del codice dei contratti pubblici, vale a dire pena l'esclusione del concorrente dalla procedura, insiste sull'omesso deposito del certificato camerale e quindi sul fatto che non è stato comprovato che a carico delle ASD aggiudicatarie non sono in corso procedure fallimentari rilevando, circa l'insussistenza di un obbligo di iscrizione camerale, a) che le ASD possono iscriversi alla CCIAA, e b) che in ogni caso rimane elusa la chiesta verifica delle dichiarazioni per ciò che riguarda la prova che “non sono in corso procedure di fallimento... negli ultimi cinque anni”. Né l'aggiudicataria ha altrimenti comprovato detto elemento. Tra i requisiti di carattere generale di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163/06 vi è quello di non trovarsi in stato di fallimento (v. lett. a).

Anche questo motivo può essere respinto.

E' vero che, sulla base del bando di gara (pag. 3), nel plico A doveva essere inserita una dichiarazione sostitutiva dalla quale risultasse tra l'altro l'iscrizione alla CCIAA per la specifica attività di gestione di impianti sportivi natatori,

E' vero anche però che le ASD, le quali non perseguono fini di lucro (conf. art. 4 statuto Adriatika), anche se possono svolgere attività economica e partecipare a gare d'appalto, non hanno l'obbligo di iscrizione alla CCIAA. In questo contesto, il bando di gara andava interpretato nel senso che la partecipazione alla procedura –e l'aggiudicazione- non potevano dirsi impedita dalla mancata iscrizione alla CCIAA. Detto altrimenti, non essendo l'iscrizione alla Camera di commercio requisito indefettibile per partecipare alla gara, il bando non poteva essere interpretato “in senso escludente”. Perciò in modo plausibile la stazione appaltante ha considerato il bando non escludente, interpretandolo così in maniera non discriminatoria, e ha ritenuto che la mancata esibizione del certificato di iscrizione alla CCIAA non potesse essere motivo di esclusione dalla procedura.

2.9.- Dalle considerazioni su esposte discende “de plano” anche il rigetto della domanda risarcitoria.

2.10.- Sulla statuizione di primo grado in materia di condanna alle spese di lite. Quanto infine alla dedotta violazione degli articoli 91 ss. c. p. c. e 26 c. p. a. (l'RTI SMEA è stato condannato dal TAR a pagare le spese a favore del Comune e dell'RTI aggiudicatario nella misura di € 8.000,00 per parte, per complessivi € 16.000,00, “oltre agli accessori di legge”) , non viene in rilievo né una svista del Giudice né la disciplina sui danni da lite temeraria, avendo il TAR liquidato in via equitativa le spese secondo la regola della soccombenza. Inoltre non si rilevano palesi incongruità nella liquidazione delle spese rispetto al valore della controversia e ai criteri generali di liquidazione dettati dalla tariffa forense.

2.11- Ciò non toglie che, con riguardo a questo grado di giudizio, nella complessità e nella controvertibilità di alcune delle questioni trattate (oltre al p. 2.8.) questo Collegio ravvisi, in base al combinato disposto di cui agli articoli 26, comma 1, c. p. a. e 92, comma 2, c. p. c. , eccezionali ragioni per

l'integrale compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 24 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/06/2012

IL SEGRETARIO

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