

N. 10778/2012 REG.PROV.COLL.
N. 03875/2012 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 il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3875 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Associazione Sportiva Dilettantistica Atletico Tivoli, in persona del suo rappresentante legale, rappresentata e difesa dagli avv.ti Franco Coccoli e Lorenzo Aureli, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

contro

Comune di Tivoli, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Gianluca Piccinni, con domicilio eletto presso Gianluca Piccinni in Roma, via G.G. Belli, 39;

nei confronti di

CSS Tivoli, in persona del suo rappresentante legale, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Caputo, presso il quale domicilia, in Roma,

via Ugo Ojetti, 144;

per l'annullamento

a) del capitolato speciale d'appalto nonché del disciplinare e delle ulteriori norme sulla base delle quali il Comune di Tivoli ha indetto la procedura di gara per l'affidamento del servizio di gestione dell'impianto sportivo comunale Ripoli in viale G. Picchioni dal 1 giugno 2012 al 31 maggio 2017;

b) delle deliberazioni di G.C. n. 199/2008, n. 244/2009 e n. 164/2011,

nonché, quanto ai motivi aggiunti:

c) della nota prot. n. 35651 del 2 luglio 2012 con cui il Comune di Tivoli ha comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della CSS Tivoli;

d) della determinazione dirigenziale n. 946 del 29 giugno 2012, con cui il Comune di Tivoli ha aggiudicato la gara alla CSS Tivoli, nonché per il risarcimento dei danni.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Tivoli;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale C.S.S. Tivoli, in persona del suo rappresentante legale, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco A. Caputo, con domicilio eletto presso Francesco A. Caputo in Roma, via Ugo Ojetti, 114;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2012 il dott. Antonio Vinciguerra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Associazione Sportiva Dilettantistica Atletico Tivoli ha dal 2006 la gestione dell'impianto sportivo comunale Ripoli.

Con i motivi originari del presente ricorso ha impugnato il capitolato speciale d'appalto e la disciplina della gara d'appalto per l'affidamento in gestione dell'impianto, deciso con delibera 16.7.2008 n. 199 della Giunta Comunale.

Sostiene la ricorrente che l'impianto non ha le caratteristiche indicate dal regolamento per gli impianti sportivi comunali, approvato con delibera 27.7.2004 n. 44 del Consiglio Comunale, per essere classificato tra gli impianti sportivi primari, e pertanto l'affidamento della gestione dovrebbe essere definito dalla procedura semplificata prevista dall'art. 22 del regolamento stesso per gli impianti sportivi senza rilevanza imprenditoriale, mentre invece è stata prescelta la più complessa procedura della gara ad evidenza pubblica di cui all'art. 23. Il Comune di Tivoli si è costituito in giudizio e ha eccepito l'irricevibilità del ricorso, nonché la sua inammissibilità per difetto d'interesse della ricorrente associazione.

Nel merito eccepisce l'infondatezza del gravame, giacché la scelta di

qualificare l'impianto sportivo Ripoli tra gli impianti sportivi primari a rilevanza imprenditoriale, con il conseguente obbligo di disporre l'affidamento mediante selezione ad evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 23 del regolamento, consegue a opere di ristrutturazione svolte nel 2007, che hanno modificato le caratteristiche dell'impianto. Con motivi aggiunti l'Atletico Tivoli ha impugnato la determinazione dirigenziale 29.6.2012 n. 946 di aggiudicazione definitiva al CSS Tivoli della gara per l'affidamento della gestione dell'impianto sportivo Ripoli, contestando omissioni e irregolarità nella domanda di partecipazione alla gara e nella documentazione utile presentata dal CSS Tivoli. Con ulteriore atto di motivi aggiunti, a seguito della presa visione degli atti procedimentali, è contestata la regolare composizione della commissione di gara riguardo alla posizione di un componente tecnico, nonché la legittimità dell'introduzione di sub criteri di valutazione e conseguenti sub punteggi non previsti dal bando.

Il CSS Tivoli si è costituito in giudizio e ha controdedotto alle censure. Inoltre ha presentato ricorso incidentale avverso il disciplinare della gara, nella parte in cui non prevede che la sottoscrizione delle dichiarazioni presentate dalle imprese concorrenti siano sottoscritte, oltre che dal presidente della società rappresentante legale, anche dal vicepresidente che per statuto abbia la rappresentanza in caso di assenza o impedimento del presidente titolare.

Le parti hanno presentato memorie di replica.

La causa è passata in decisione all'udienza dell'8 novembre 2012.

DIRITTO

Occorre rilevare la tardività dell'impugnativa del capitolato speciale e della disciplina di gara, come eccepito dall'Amministrazione resistente.

Ai sensi dell'art. 41, comma 2, del codice del processo amministrativo il termine per i ricorsi avverso gli atti di amministrazioni pubbliche decorre dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza degli atti stessi, ovvero dal giorno in cui sia scaduto il termine per la pubblicazione – se prevista dalla legge o in base alla legge – per gli atti per i quali non sia richiesta notifica individuale.

Il capitolato speciale e la disciplina della gara non hanno destinatari determinati e, pertanto, per essi il termine d'impugnativa decorre dall'ultimo giorno utile – il quindicesimo - per la pubblicazione all'albo pretorio del Comune di Tivoli, che ha avviato la procedura selettiva. Riguardo a detti atti il ricorso, notificato il 10.5.2012 è proposto oltre il termine di decadenza di cui all'art. 29 c.p.a. Conseguono l'irricevibilità del ricorso per l'impugnativa dei provvedimenti predetti e l'inammissibilità del motivo che contesta la legittimità della scelta della procedura di gara a evidenza pubblica e la qualificazione dell'impianto sportivo Ripoli come impianto primario a rilevanza imprenditoriale, secondo le disposizioni del bando e degli

altri atti che definiscono la disciplina di gara.

L'intervenuta definitiva aggiudicazione della gara al CSS Tivoli e la partecipazione e l'ammissione ad essa dell'Atletico Tivoli consolida l'interesse sostanziale del ricorrente e legittima, ai sensi dell'art. 43 c.p.a., l'impugnativa dell'atto sopravvenuto con motivi aggiunti all'originario ricorso, in conformità dei principi di semplificazione e di economia dei mezzi processuali relativi ad una medesima vicenda controversa (Cons.St., VI, 24.1.2012 n. 291).

Per quanto concerne il merito delle altre questioni, in ordine d'interesse va esaminato anzitutto il ricorso incidentale proposto dal CSS Tivoli, poiché la sua astratta fondatezza è idonea a determinare il venir meno dell'interesse alle censure della ricorrente principale.

Nel concreto, peraltro, il ricorso incidentale è infondato.

Il CSS Tivoli lamenta la illegittimità della disciplina di gara nella parte in cui non prevede che la dichiarazione in ordine all'assenza di condanne penali sia resa dal vicepresidente della società aspirante a partecipare alla gara, oltre che dal presidente rappresentante legale, qualora lo statuto societario conferisca al vicepresidente poteri sostitutivi del presidente in caso di assenza o impedimento (nel caso specifico, l'art. 22, u.c., dello statuto dell'associazione Atletico Tivoli stabilisce che le funzioni del presidente sono svolte dal vicepresidente in caso di assenza).

Il disciplinare di gara all'art 2 prevede che i legali rappresentanti delle imprese che abbiano fatto istanza di partecipazione debbono allegare

alla domanda, tra l'altro, una dichiarazione di conformità alle prescrizioni dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture). Norma che al punto c) contempla l'esclusione delle imprese i cui soggetti principali - titolari, direttori tecnici, soci, amministratori muniti di poteri di rappresentanza – siano stati sottoposti a condanna penale per reati gravi ai danni dello Stato o della Comunità Europea che incidono sulla moralità professionale.

La disciplina della gara richiede che il rappresentante legale dell'impresa aspirante rilasci la dichiarazione di assenza delle predette circostanze ostative. Detta dichiarazione, pertanto, impegna la responsabilità del rappresentante ed è valida ancorché non sia contestualmente sottoscritta dal suo vicario, il quale ne assume le funzioni soltanto in caso di assenza (circostanza che, evidentemente, non sussisteva per il presidente dell'Atletico Tivoli al momento in cui ha sottoscritto la dichiarazione negativa).

Nel merito del ricorso principale appare fondato e assorbente delle altre censure, quanto al *petitum* di annullamento, il motivo con il quale è contestata la legittimità della posizione di un membro della commissione di gara il quale riveste contestualmente la qualifica di responsabile unico del procedimento per conto della stazione appaltante. La sua nomina contrasta con la disposizione di cui all'art. 84, comma 4, del codice dei contratti pubblici; norma la quale prescrive che i commissari diversi dal presidente non devono aver

svolto alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La disposizione è riconosciuta dalla giurisprudenza quale garanzia della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa nella gara pubblica, giacché impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto, in grado cioè di incidere sul processo formativo della volontà che ha condotto alla valutazione delle offerte potendone condizionare l'esito (Cons.St., VI, 21.7.2011 n. 4438) e, diversamente da quanto sostengono le difese avversarie, è indirizzata anche ai funzionari dell'amministrazione appaltante che predispongano gli atti della gara o comunque ne siano responsabili (Cons.St., VI, 24.3.2011 n. 1783; V, 25.7.2011 n. 4450).

L'illegittima composizione della commissione di gara determina la necessità di annullare tutti gli atti del relativo procedimento.

Non possono essere riconosciuti elementi di pregiudizio risarcibile, considerato che l'Atletico Tivoli ha conservato la qualifica e le funzioni di gestore dell'impianto sportivo Ripoli conferite nel 2007 e mantenute in via provvisoria fino alla aggiudicazione della gara d'appalto indetta nel 2011 per il 2012, mentre con ordinanza 1.9.2012 n. 3082 questa Sezione aveva accolto la domanda di sospensione cautelare dell'aggiudicazione al CSS Tivoli, consentendo ad Atletico Tivoli di proseguire tuttora la gestione dell'impianto.

Sussistono giusti motivi per compensare, tra le parti le spese del

giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis) definitivamente pronunciando:

- 1) dichiara irricevibile il ricorso principale quanto all'impugnazione del capitolato speciale d'appalto e della disciplina della gara;
- 2) lo accoglie quanto all'impugnazione degli altri provvedimenti, che annulla per l'effetto;
- 3) lo respinge quanto alla richiesta di risarcimento dei danni;
- 4) respinge il ricorso incidentale.

Compensa interamente tra le parti le spese processuali.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Eduardo Pugliese, Presidente

Antonio Vinciguerra, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/12/2012

IL SEGRETARIO

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