

N. 00413/2016REG.PROV.COLL.

N. 05139/2015 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 5139 del 2015, proposto dalla ASD CN Posillipo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Felice Laudadio e Alberto Saggiomo, con domicilio eletto presso l'avvocato Felice Laudadio in Roma, via G. G. Belli, n. 39;

contro

ASD Alba Oriens, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice e Isabella Loiodice, con domicilio eletto presso l'avvocato Aldo Loiodice in Roma, via Ombrone, 12/B;
il Comune di San Sebastiano al Vesuvio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Valerio Barone, con domicilio eletto presso l'avvocato Stefano Vinti in Roma, via Emilia, n. 88;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania, Napoli, Sezione III, n. 02565/2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento in gestione temporanea del complesso di piscine coperte di piazza della Meridiana.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ASD Alba Oriens e del Comune di San Sebastiano al Vesuvio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2015 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Felice Laudadio, Alberto Saggiomo, Isabella Loiodice e Andrea Barone, su delega dell'avvocato Valerio Barone;

FATTO

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. III, con la sentenza 8 maggio 2015, n. 2565, ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dall'appellata A.S.D. Alba Oriens e, per l'effetto, ha annullato i provvedimenti impugnati (determinazioni del Responsabile del Settore tecnico e Patrimonio n. 268 R.G. dell'11 settembre 2014 e del

Responsabile del VI Settore n. 363 R.G. del 1° dicembre 2014 per la gestione bimestrale dell'impianto di piscine coperte di Piazza della Meridiana), dichiarando l'inefficacia del contratto nei termini di cui in motivazione.

Il TAR ha rilevato che:

- Nel giudizio *de quo* sono stati impugnati i provvedimenti con cui, nelle more della definizione del giudizio avverso l'aggiudicazione disposta con determinazione n. 227 del 15 luglio 2014, il Comune di San Sebastiano al Vesuvio ha affidato provvisoriamente all'A.S.D. C.N. Posillipo la gestione temporanea del complesso di piscine coperte in Piazza della Meridiana;
- L'affidamento della gestione della piscina comunale (da far rientrare nell'ipotesi di cui all'allegato IIB, n. 26 - servizi ricreativi, culturali e sportivi - d.lgs. n. 163-06) resta comunque soggetta ai principi di evidenza pubblica e di buon andamento della pubblica amministrazione;
- Pertanto, è censurabile la scelta del Comune di non dare adeguata pubblicità della gara e di non interpellare la ricorrente ai fini della presentazione di un'offerta alla gara senza bando, senza fornire in relazione a ciò alcuna motivazione;
- L'attività posta in essere è illegittima, costituendo principio immanente alle procedure di affidamento di contratti pubblici il rispetto dei principi di derivazione comunitaria che impongono nella generalità dei casi l'apertura alla concorrenza e la parità di trattamento tra gli operatori;
- Nel caso di specie, una volta riconosciuta la necessità di operare in via d'urgenza per le esigenze rappresentate nelle determinazioni, al fine di impedire soprattutto il deterioramento delle strutture e prevenire fenomeni di vandalismo, non v'era motivo di disconoscere la necessità di una diversa modalità di selezione del contraente, consentendo la concorrenzialità tra gli operatori del settore;
- L'aver preso parte alla procedura indetta con la determinazione n. 227 del 15 luglio 2014 costituisce titolo alla pretesa di essere invitata a formulare una propria proposta per l'affidamento provvisorio e fonda la sua legittimazione alla presente impugnativa, in ragione della possibilità di ottenere l'affidamento;
- Prescegliendo di percorrere la diversa strada dell'affidamento temporaneo, non si potevano eludere le ragioni che imponevano la ricerca del contraente attraverso una selezione anche informale, non concentrandosi unicamente sull'aggiudicataria e senza trascurare la posizione della ricorrente e di altri potenziali interessati;
- Essendo tale possibilità percorribile senza incidere sui tempi di una pronta determinazione, essendo il Comune in possesso dei nominativi di tutti i potenziali interessati, individuabili nei partecipanti alla procedura selettiva, non si giustifica nella specie l'affidamento diretto, con interpello rivolto a un unico operatore, né la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 57 d.lgs. n. 163-06, richiamato dalla difesa dell'Ente, per procedere in tal senso;
- Resta esclusa la risarcibilità del danno per perdita di chance, ancorato a sua volta al giudizio prognostico sull'esito favorevole che il procedimento avrebbe arrecato.

L'appellante contestava la sentenza del TAR, deducendo:

- *Error in iudicando* in relazione all'art. 57 d.lgs. 163-2006 - erroneo esame su un punto decisivo della controversia;
- *Error in iudicando et in procedendo* in relazione alla mancata declaratoria di tardività del ricorso di primo grado.

2. Con l'appello in esame si chiedeva la rielezione del ricorso di primo grado.

Si costituiva l'Amministrazione appellata, chiedendo l'accoglimento dell'appello.

All'udienza pubblica del 10 dicembre 2015 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Ritiene il Collegio che la fattispecie in esame rientri nell'ambito di quelle descritte dall'art. 57 d.lgs. n. 163-06, con conseguente fondatezza del primo motivo d'appello, restando quindi assorbito il secondo motivo d'appello per ragioni di economia processuale.

Il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando di cui all'art. 57, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili d'interpretazione estensiva (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2255).

In base al comma 2, lett. c) di tale previsione normativa, l'affidamento diretto è consentito nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.

2. Nel caso in esame, il Comune di San Sebastiano al Vesuvio ha ritenuto, in via temporanea e facendo salvi gli effetti della decisione del giudizio promosso da Alba Oriens sugli atti di gara, di poter affidare la gestione dell'impianto natatorio all'appellante Circolo Posillipo.

Il Comune, compatibilmente con tale disposizione, ha evidenziato nel provvedimento contestato che tale affidamento si era reso necessario per evitare di far fronte a costi non sostenibili derivanti dal pericolo di un'eventuale "non gestione" della struttura per un tempo apprezzabile e non predeterminabile, con connessa evidente alta probabilità di danni che all'ente sarebbe potuta derivare dall'eventuale danneggiamento degli impianti.

Tale eventualità, circostanziata e verosimile, avrebbe comportato l'esigenza di dover provvedere ai lavori di manutenzione straordinaria per assicurare i relativi adempimenti, funzionali all'affidamento della struttura all'avente titolo, a seguito della procedura di gara impugnata con separato giudizio.

L'Amministrazione, nel valutare i presupposti per l'affidamento senza gara, ha valutato ragionevolmente i presupposti dell'urgenza in vista di effettuare l'affidamento provvisorio della piscina, oggetto di contestazione in questo giudizio.

La valutazione della sussistenza dell'estrema urgenza di salvaguardare la struttura, senza lasciarla inutilizzata con i rischi di vandalismi e di deterioramenti, è derivata da eventi che non possono ritenersi prevedibili e che non sono imputabili nella specie all'Amministrazione.

Non emergono dunque elementi tali da evidenziare una macroscopica illogicità, irrazionalità della stessa, ovvero un travisamento dei fatti.

2. Inoltre, anche la scelta dell'affidatario temporaneo, pure rientrando nell'ambito dei poteri discrezionali dell'Amministrazione, non evidenzia l'illogicità o l'irrazionalità della stessa, tenuto conto che il Circolo Posillipo risultava essere il preferibile, potenziale, soggetto interessato, al quale affidare la gestione dell'impianto.

Infatti, nella procedura di gara conclusa e impugnata dall'appellata Alba Oriens, hanno partecipato vari concorrenti, ma solo ed esclusivamente due di questi, Alba Oriens e il Circolo Posillipo, hanno dimostrato interesse alla gestione dell'impianto, fornendo la comprova dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione al bando.

È ragionevole, pertanto, che nell'individuazione d'urgenza di un soggetto cui affidare in via temporanea la gestione dell'impianto natatorio sia stato preferito il Circolo Posillipo, che era già risultato aggiudicatario della predetta gara, proprio in funzione di trasparenza e di tutela della concorrenza, tenuto sempre conto che all'esito del giudizio sulla gara predetta, avrebbe dovuto subentrare il soggetto che ne sarebbe risultato legittimato.

4. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere respinto il ricorso di primo grado, in quanto infondato.

Le spese di lite del doppio grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto n. 5139 del 2015, lo accoglie e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa 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 10 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Nicola Gaviano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 03/02/2016

IL SEGRETARIO

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