



**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 Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5997 del 2014, proposto da:  
Ministero dell'Economia e delle Finanze, Comando Generale della Guardia di  
Finanza - Quartier Generale Uff. Amministrazione - Sezione Acquisti,  
rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura gen. dello Stato, domiciliata in  
Roma, via dei Portoghesi, 12;

***contro***

Asd Libero Sport, rappresentato e difeso dall'avv. Guido Romanelli, con domicilio  
eletto presso Guido Romanelli in Roma, via Pacuvio, 34;

***nei confronti di***

Asd Ginnica 3;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n. 04627/2014, resa tra  
le parti, concernente affidamento in concessione di centri estivi - ris. danno

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asd Libero Sport;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 ottobre 2014 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Antonio Grumetto (avv. St.) e Guido Romanelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

1. Con l'appello in esame, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ed il Comando Generale della Guardia di Finanza impugnano la sentenza 5 maggio 2014 n. 4627, con la quale il TAR per il Lazio, sez. II, in accoglimento del ricorso proposto dalla associazione sportiva dilettantistica Libero Sport, ha annullato l'aggiudicazione dell'appalto per la gestione dei "centri estivi", presso il circolo di Villa Spada in Roma, adottata in favore della associazione Ginnica 3 di Roma.

La sentenza impugnata afferma, in particolare:

- innanzi tutto, è fondata "la censura con cui parte ricorrente lamenta la intervenuta violazione delle regole in tema di trasparenza e pubblicità delle operazioni di gara"; ciò in quanto "la fase di apertura delle buste contenenti le offerte non risulta operata in ottemperanza alle vigenti regole in tema di pubblicità delle operazioni di gara, finendo per rendere la relativa seduta della Commissione di gara una seduta oggettivamente riservata, anziché pubblica";

- "la necessità della seduta pubblica è funzionale alla garanzia di controllo, anche da parte dei concorrenti, dell'integrità dei plichi e di immodificabilità della documentazione prodotta dai concorrenti in sede di offerta". Al contrario, nel caso di specie, il tutto si è svolto in seduta di fatto riservata, "non avendo l'avviso pubblico licenziato dalla stazione appaltante recato alcuna indicazione circa la data, l'ora e il luogo di apertura delle offerte, né, per quanto risulta, avendovi la stazione

appaltante successivamente provveduto”;

- inoltre, è fondato il motivo di ricorso con il quale l'associazione ricorrente lamenta l'assenza, in capo all'aggiudicataria, del requisito di attività pregressa richiesto. Ciò in quanto questa non ha svolto – come richiesto dal bando – servizio di gestione senza demerito di centri estivi nell'ultimo triennio, ma avendo, al contrario, svolto mera attività di partenariato della associazione Sport 4U per conto del Comune di Poggio Mirteto, e “peraltro, per le sole attività motorie di base, preagonistiche e agonistiche”.

Avverso tale decisione, vengono proposti i seguenti motivi di appello:

a) erronea applicazione dei principi di pubblicità e trasparenza conseguente alla seduta non pubblica della commissione di gara; violazione e falsa applicazione artt. 2 e 30 d. lgs. n. 163/20056 e art. 2 Direttiva 2004/18/CE; inammissibilità e irricevibilità del ricorso; difetto di interesse; ciò in quanto “il ricorso alla seduta riservata per gare informali della specie è prassi consolidata nell'ambito dei Reparti logistico-amministrativi della Guardia di Finanza . . . in osservanza della tuttora vigente circolare n. 20000 datata 24 luglio 2006 del Comando Generale”. Inoltre, avendo l'associazione ricorrente in I grado, partecipato alla gara “conoscendo tutti i presupposti giuridici afferenti la procedura stessa”, ricorre ora chiaramente il difetto di interesse comportante l'inammissibilità del ricorso;

b) travisamento dei presupposti di fatto riferiti al ritenuto possesso, in capo all'aggiudicataria, del requisito di attività pregressa; ciò in quanto l'associazione Sport 4U “ha dichiarato che l'aggiudicataria ha svolto l'attività di centri estive presso le sue strutture di Roccantica (RI)”, il che “rappresenta una procedura sufficientemente esaustiva rispetto a quanto richiesto nel disciplinare di gara”;

c) violazione e falsa applicazione dell'art. 37Cpa; omessa motivazione; erronea percezione degli atti di causa; inammissibilità e/o irricevibilità del ricorso”; poiché la notifica del ricorso alla controinteressata ass. Ginnica 3 “è avvenuto dopo che i

termini per la proposizione del ricorso stesso erano ormai spirati”, avendo essa beneficiato di una rimessione in termini per il tramite di ordinanza, senza che nella sentenza impugnata vi sia “qualunque considerazione in ordine alle motivazioni della rimessione in termini, senza che sia stata esperita alcuna valutazione sulla sussistenza di un eventuale errore scusabile o meno e senza che il TAR abbia sciolto la relativa riserva contenuta nella citata ordinanza”..

Si è costituita in giudizio l'associazione sportiva dilettantistica “Libero Sport”, che ha concluso per il rigetto dell'appello, stante la sua infondatezza.

Con ordinanza 30 luglio 2014 n. 3760, questo Consiglio di Stato ha rigettato l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata.

All'udienza di trattazione, la causa è stata riservata in decisione.

## DIRITTO

2. L'appello è infondato e deve essere, pertanto, respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

E', innanzi tutto, infondato il terzo motivo di appello – il cui esame appare preliminare rispetto ai primi due motivi di impugnazione proposti, posto che il suo accoglimento comporterebbe la declaratoria di irricevibilità per tardività del ricorso instaurativo del giudizio di I grado.

Con ordinanza 24 ottobre 2013 n. 9133, il TAR per il Lazio, ha così disposto:

“Rilevato che merita di essere accolta, in ragione di quanto esposto dalla ricorrente, l'istanza della stessa di rimessione in termini per la notificazione del ricorso alla controinteressata, impregiudicata ovviamente ogni statuizione in rito e nel merito del proposto ricorso, anche con riguardo al profilo della tempestività dello stesso”.

Il giudice di I grado ha, in tal modo, fatto applicazione non solo del generale principio di cui all'art. 37 Cpa (la cui violazione è evocata dall'appellante), ma anche dell'art. 44, co. 4, Cpa, in base al quale “il giudice, se ritiene che l'esito negativo della notificazione dipenda da causa non imputabile al notificante, fissa al

ricorrente un termine perentorio per rinnovarla” (che è quanto avvenuto con l’ordinanza in esame).

E’ del tutto evidente che anche in questo caso – come, in generale, con riferimento all’istituto dell’errore scusabile di cui all’art. 37 Cpa – il giudice è tenuto ad un prudente apprezzamento delle condizioni oggettive che sorreggono la decisione di concessione della rimessione in termini, posto che con tale ultimo istituto si incide – derogandovi – sulla perentorietà dei termini di esercizio dell’azione.

Orbene, nel caso di specie, in relazione a quanto disposto dal giudice di I grado, con il motivo di appello non viene evidenziata una particolare “irragionevolezza” della misura adottata, ovvero specifiche censure in ordine ai presupposti di fatto della detta misura (sui quali, si veda, inoltre, quanto esposto dall’appellata a pagg. 17 – 19 della memoria del 24 luglio 2014).

D’altra parte, il TAR non aveva assunto alcuna specifica “riserva” in ordine ad una possibile riconsiderazione, in sede di esame del ricorso nel merito, della rimessione in termini, ma aveva solo effettuato una ovvia precisazione di non consumazione del potere generale di valutazione del ricorso instaurativo anche “con riguardo al profilo di tempestività dello stesso”.

Per le ragioni esposte, il terzo motivo di appello deve essere rigettato.

3. Anche il primo motivo di appello è infondato.

Occorre, innanzi tutto, precisare che la circostanza che il ricorrente in I grado abbia partecipato alla gara non comporta ex se acquiescenza ad eventuali clausole illegittime e ad altrettanto illegittime applicazioni di queste nel corso della procedura; inoltre – salvo che per il caso di clausole immediatamente escludenti – l’interesse ad agire sorge solo con il completamento (e la mancata aggiudicazione) della procedura di gara.

Questa Sezione (sent. 6 marzo 2013 n. 1380), ha già avuto modo di esaminare la valenza e generalità del principio di pubblicità delle sedute della Commissione di

gara, sulla scorta di quanto in precedenza statuito dall'Adunanza Plenaria 28 luglio 2011 n. 13, ed in attuazione dei generali principi di trasparenza e pubblicità enunciati dall'art. 2 d. lgs. n. 163/2006, con considerazioni che ben possono essere ribadite nella presente sede. Si è, in particolare, affermato, che

- “la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato”;

- la regola ora richiamata costituisce “corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno . . . in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti e, come tale, merita di essere confermata e ribadita con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica. Tale operazione, infatti, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento”.

Nel caso di specie, è incontestato che tali regole di trasparenza e pubblicità delle sedute della commissione di gara non siano state applicate, con ciò contravvenendo agli obblighi di trasparenza e pubblicità sopra enunciati, i quali – contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante (pag. 7 appp.) – trovano applicazione anche per le concessioni di servizi, ai sensi dell'art. 30, co. 3, d. lgs. n. 163/2006.

Né, a fronte di precisi e ribaditi obblighi di legge, la procedura illegittima attuata dall'amministrazione può trovare giustificazione in una circolare

dell'amministrazione medesima o in una prassi costantemente seguita.

4. E' infondato anche il secondo motivo di appello.

Ed infatti, deve essere condiviso quanto affermato dalla sentenza impugnata in ordine al difetto, in capo all'aggiudicataria, del requisito di svolgimento dell'attività oggetto dell'affidamento nel triennio precedente.

A tal fine, non può essere considerato soddisfacente – in disparte ogni considerazione in ordine alla effettiva sufficienza della documentazione esibita – l'aver svolto, non già come affidatario diretto per conto di pubbliche amministrazioni, ma in virtù di un rapporto di "partenariato", attività di gestione di centri estivi, e ciò a maggior ragione laddove tale attività sia riferita non già alla gestione nel suo complesso, ma solo alla cura dello svolgimento di talune attività svolte in detti centri.

Per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello proposto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze e Comando generale della Guardia di Finanza (n. 5997/2014 r.g.), lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere  
Diego Sabatino, Consigliere  
Raffaele Potenza, Consigliere  
Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2015

IL SEGRETARIO

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