

Publicato il 22/10/2019

N. 00805/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00603/2018 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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 603 del 2018, proposto da A.S.D. Polisportiva Sanremo 2000 e A.S.D. Golden Sanremese, rappresentate e difese dall'avvocato Giulio Bettazzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Sanremo, rappresentato e difeso dagli avvocati Sara Rossi e Danilo Sfamurri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di -OMISSIS-, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale 23/08/2018 n. 2540, con cui il comune di Sanremo ha approvato gli atti della procedura negoziata ex art. 36, comma 2 lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016 per la concessione

del servizio di gestione del complesso calcistico -OMISSIS- per tre anni rinnovabili, aggiudicando la concessione alla controparte -OMISSIS-.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 ottobre 2019 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 14.9.2018 e depositato il successivo 28.9.2018 le due associazioni sportive in epigrafe, parti di un costituendo raggruppamento classificatosi secondo in graduatoria in gara con soli due concorrenti, hanno impugnato la determinazione dirigenziale 23/08/2018 n. 2540, con cui il comune di Sanremo ha approvato gli atti della procedura negoziata ex art. 36, comma 2 lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016 per la concessione del servizio di gestione del complesso calcistico -OMISSIS- per tre anni rinnovabili, aggiudicando la concessione alla controparte -OMISSIS-, gestore uscente del servizio in via di proroga.

A sostegno del gravame hanno dedotto due motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione dell'art. 80 comma 5 lett. c) del D.Lgs. 50/2016 in punto causa di esclusione, difetto di istruttoria e motivazione.

Lamentano che la controparte avrebbe dovuto essere esclusa in quanto responsabile di un grave inadempimento della precedente concessione, vuoi per avere omesso di volturare a suo nome le

utenze di acqua, luce ed elettricità, con ciò causando al comune indebiti esborsi per € 157.996,59, vuoi per avere omesso di corrispondere al comune il canone per i periodi di proroga e/o di affidamento diretto.

Inoltre, uno dei soci della -OMISSIS-, il signor -OMISSIS- -OMISSIS-, è stato condannato dal Tribunale di Imperia, in primo grado, per fatti di minaccia ed estorsione (condanna attualmente in fase di appello) posti in essere nella sua qualità di presidente di società sportiva nei confronti di propri affiliati, ciò che integrerebbe un grave illecito professionale incidente sull'integrità ed affidabilità della -OMISSIS-..

2. Violazione dell'art. 36 comma 1 D.Lgs. 50/2016, eccesso di potere sui presupposti, travisamento, illogicità, difetto di istruttoria e motivazione.

Lamentano la violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 comma 1 del D.Lgs. 50/2016.

Si è costituito in giudizio il comune di Sanremo, il quale, pur non contestando specificamente la omessa volturazione delle utenze, ha controdedotto in diritto sui singoli motivi di ricorso, instando per la sua reiezione.

Con ordinanza 25.10.2018, n. 245 la sezione ha rigettato la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, disponendo la trasmissione dell'ordinanza alla Procura della Repubblica presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti della Liguria, in relazione ai possibili profili di danno erariale della vicenda.

Alla pubblica udienza del 2 ottobre 2019 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

Il ricorso è infondato.

1. Quanto al primo motivo di ricorso, osserva il collegio che, ai sensi dell'art. 80 comma 5 del D. Lgs. n. 50/2016, le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: “lett. c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità; [...] c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili”.

Orbene, la lettera c-ter costituisce la specificazione, sul piano del diritto civile, dei gravi illeciti professionali di cui alla precedente lettera c), tali da rendere dubbia l'affidabilità negoziale dell'operatore. La disposizione – che, operando come eccezione alla regola generale di massima apertura alla concorrenza delle gare pubbliche, è soggetta ad interpretazione restrittiva ex art. 14 disp. prel cod. civ. - chiarisce che le significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione, per essere considerate alla stregua di un grave illecito civile, debbono avere causato la risoluzione per inadempimento, ovvero la condanna al risarcimento del danno od altre sanzioni comparabili (p.e., l'applicazione di penali).

E ciò, sul presupposto che l'importanza di un inadempimento e della sua gravità in vista della risoluzione contrattuale è rimessa all'interesse ed alla valutazione discrezionale dell'altra parte

contrattuale (art. 1455 cod. civ.), che potrebbe tollerarlo senza chiedere la risoluzione del contratto o costituire in mora il debitore inadempiente.

Nel caso di specie, benché sia pacifica e non contestata la mancata volturazione a proprio nome delle utenze comunali da parte della controinteressata -OMISSIS-, è un fatto che il comune di Sanremo sia rimasto inerte, senza attivare i rimedi previsti dall'ordinamento civile per reagire agli inadempimenti contrattuali della controparte (risoluzione e risarcimento del danno).

Al di là dei possibili profili di danno erariale - che hanno determinato la trasmissione dell'ordinanza cautelare alla Procura della Repubblica presso la Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti della Liguria - non ricorrono dunque gli estremi per disporre l'esclusione dalla procedura di gara de qua della -OMISSIS-.

Sotto il secondo profilo, attinente alla condanna sportiva e penale segnalata in capo al signor -OMISSIS-, osserva il collegio che la ricorrente non ha dedotto e provato che lo stesso sia socio di maggioranza, o che ricopra le cariche e/o eserciti nell'ambito della controinteressata -OMISSIS-. le funzioni specificamente previste dall'art. 80 comma 3 del codice dei contratti pubblici.

A ciò si aggiunga che le condanne in questione sono relative a fatti commessi nell'interesse o a vantaggio di una società diversa dalla odierna controinteressata: difatti, a differenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 comma 3 del D. Lgs. n. 50/2016 – che fa espresso riferimento all'esclusione di cui ai precedenti commi 1 e 2 - il giudizio circa l'integrità ed affidabilità professionale di cui all'art. 80 comma 5 lett. c) non concerne i soggetti titolari di specifiche cariche sociali di cui al comma 3, ma “l'operatore economico”, sicché è

necessario che la condanna ritenuta rilevante ai fini dell'esclusione riguardi condotte poste in essere nell'interesse dell'impresa concorrente o a suo vantaggio, e pertanto a questa direttamente riconducibili ex art. 5 del D. Lgs. 8.6.2001, n. 231 (cfr., in tal senso, T.A.R. Liguria, II, 12.7.2019, n. 613; T.R.G.A. Trentino - Alto Adige, Bolzano, 22.1.2019, n. 14; T.A.R. Lombardia, I, 29.1.2018, n. 250).

2. Quanto al secondo motivo di ricorso, giova richiamare l'art. 36 comma 1 del D. Lgs. n. 50/2016, a mente del quale "l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50".

Come chiarito anche dalle linee guida ANAC n. 4, approvate con delibera del Consiglio n. 206 del 1.03.2018 "[...] *La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione*" (punto 3.6).

In sostanza, il principio di rotazione deve considerarsi servente e strumentale rispetto al principio di concorrenza su cui è imperniato tutto il sistema degli appalti, ed opera dunque soltanto nel caso in cui l'amministrazione abbia selezionato o comunque limitato il numero degli operatori cui attingere per gli inviti.

Diversamente, allorché – come è successo nel caso di specie (cfr. la determinazione dirigenziale n. 1449 del 18/05/2018, doc. 18 delle produzioni 28.9.2018 di parte ricorrente) – l'amministrazione abbia fatto precedere l'invito da un'indagine di mercato volta ad acquisire manifestazioni di interesse da parte di tutti gli operatori economici operanti sul mercato per l'affidamento del servizio in questione e, successivamente, abbia invitato tutti quegli operatori economici (tra cui il precedente affidatario) che avevano manifestato interesse, senza operare alcuna selezione e/o limitazione, non vi è spazio alcuno per l'applicazione del principio, che altrimenti opererebbe – paradossalmente rispetto alla *ratio legis* - in senso anti-concorrenziale (cfr., in caso analogo, T.A.R. Campania, Salerno, I, 5.11.2018, n. 1574, e la giurisprudenza ivi citata).

Sussistono i presupposti di legge per compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 2 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Angelo Vitali

IL PRESIDENTE
Roberto Pupilella

IL SEGRETARIO