**N. 01430/2012 REG.PROV.COLL.**

**N. 02049/2011 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2049 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da SSD Sport Management s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Galantino, Emilio Toma e Gianfranco Grandaliano, con domicilio eletto presso il primo in Bari, via Dante Alighieri, 33;

*contro*

Comune di Castellana Grotte, rappresentato e difeso dall’avv. Pio Tommaso Caputo, con domicilio eletto in Bari, via Calefati, 158;

*nei confronti di*

SSD Nuoto Castellana a r.l. (già ASD Nuoto Castellana), rappresentata e difesa dall’avv. Natalizia Airò, con domicilio eletto presso lo studio Lubelli in Bari, via Melo, 35; Fimco Sport SSD a r.l. unipersonale; Pantaleo Nicola, rappresentato e difeso dall’avv. Davide De Vivo, con domicilio eletto in Bari, via Andrea da Bari, 157;

*per l’annullamento,*

*previa sospensione dell’efficacia,*

- dell’aggiudicazione disposta dal Comune di Castellana Grotte, in favore dell’ASD Nuoto Castellana, della procedura di gara con oggetto l’affidamento in concessione dell’impianto natatorio (piscina comunale) indetta con determinazione n. 85 del 4 agosto 2011 del Servizio cultura - pubblica istruzione - tempo libero dello stesso Comune e così:

- della determina del Servizio cultura - pubblica istruzione - tempo libero n. 120 del 20 ottobre 2011 (conosciuta solo per il richiamo operatone nella determina n. 126/2011) di approvazione dei verbali della commissione di gara e di aggiudicazione provvisoria in favore dell’ASD Nuoto Castellana;

- della determina del medesimo Servizio n. 126 del 20 ottobre 2011 di aggiudicazione definitiva;

- delle determinazioni assunte dalla commissione di gara nelle sedute del 6, 7, 13, 26, 27 settembre e 3 ottobre 2011 e dei relativi verbali nella parte afferente l’attribuzione dei punteggi alla ricorrente ed all’aggiudicataria;

- della nota del Comune di Castellana Grotte del 7.10.2011 di risposta all’istanza della ricorrente del 4.10.2011;

- ove occorra e limitatamente all’interesse della ricorrente, nella parte in cui gli stessi provvedimenti riconoscono preferenza e maggior punteggio a concorrenti che abbiano significativo radicamento sul territorio comunale (quattro punti per aver svolto attività a Castellana Grotte):

- della delibera di G.M. n. 124 del 22 luglio 2011 a mezzo della quale si è disposta l’indizione della gara;

- della determina del servizio cultura - pubblica istruzione - tempo libero n. 85 del 4 agosto 2011 di approvazione del bando - disciplinare di gara;

- del bando - disciplinare di gara;

- degli artt. 5, 9 e 10 del Regolamento di disciplina delle modalità di affidamento del servizio di gestione degli impianti sportivi comunali (rilevato dal sito del Comune) laddove prevedono che nell’esperimento di apposite procedure previste dalla normativa vigente per tale affidamento questo debba essere operato in via preferenziale, a società sportive ed associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali, che abbiano significativo radicamento sul territorio comunale ovvero che abbiano un radicamento sul territorio comunale di almeno due anni;

e con declaratoria di inefficacia e conseguente caducazione del contratto;

nonché per il subentro della ricorrente nell’aggiudicazione e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente;

quanto al primo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 16 dicembre 2011, per l’annullamento

della clausola del bando - disciplinare di gara nella parte in cui dovesse ritenersi prevedere l’esclusione del concorrente in caso di omessa presentazione della “dichiarazione rilasciata da un istituto bancario attestante che il concorrente aggiudicatario possiede una capacità economica e finanziaria per la gestione della piscina comunale pari al valore dell’appalto”;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti depositati rispettivamente in data 16 dicembre 2011 ed in data 2 febbraio 2012 ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castellana Grotte, di SSD Nuoto Castellana a r.l. e di Pantaleo Nicola;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata SSD Nuoto Castellana a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell’udienza pubblica del giorno 10 maggio 2012 per le parti i difensori avv.ti Emilio Toma, Pio Tommaso Caputo e Natalizia Airò;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

La ricorrente principale SSD Sport Management s.p.a. è risultata seconda classificata nella procedura di gara (indetta con determinazione n. 85 del 4 agosto 2011) avente ad oggetto l’affidamento in concessione dell’impianto di piscina comunale del Comune di Castellana Grotte.

La stessa impugna con l’atto introduttivo l’aggiudicazione provvisoria e quella definitiva in favore della controinteressata SSD Nuoto Castellana a r.l.

Contesta, altresì, gli altri atti della procedura indicati in ricorso.

Chiede dichiararsi l’inefficacia del contratto, il subentro nell’aggiudicazione e la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente.

Si costituivano l’Amministrazione comunale, la controinteressata SSD Nuoto Castellana a r.l. e Pantaleo Nicola, resistendo al gravame.

Ciò premesso, ritiene questo Collegio che debba preliminarmente essere esaminato, secondo l’insegnamento di Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, il ricorso incidentale proposto da SSD Nuoto Castellana a r.l. in quanto avente contenuto “paralizzante” della pretesa azionata in via principale.

Nel caso di specie, infatti, il ricorso incidentale è diretto a contestare la legittimazione della ricorrente principale SSD Sport Management s.p.a. mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara.

Il ricorso incidentale è fondato.

Invero, come correttamente rilevato dalla controinteressata SSD Nuoto Castellana a r.l., in forza del disciplinare di gara (cfr. pag. 4, lett. e) il concorrente deve produrre, a pena di esclusione, “dichiarazione rilasciata da un istituto bancario attestante che il concorrente aggiudicatario possiede una capacità economica e finanziaria per la gestione della piscina comunale pari al valore dell’appalto”.

Le dichiarazioni prodotte dalla ricorrente principale (sia quella del 1° settembre 2011, sia quella - tardiva - del 7 settembre 2011) non sono conformi a detta inequivoca prescrizione, non essendovi alcun riferimento - da parte dell’istituto bancario - alla capacità economica e finanziaria per la gestione della piscina comunale pari al valore dell’appalto.

Con riferimento alla questione relativa alla validità della suddetta causa di esclusione, va rimarcato che la procedura per cui è causa, venendo in rilievo un bando pubblicato in data 11 agosto 2011 e quindi successivamente rispetto alla data di entrata in vigore del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, è soggetta - *ratione temporis* - alla previsione normativa di cui all’art. 46, comma 1 *bis* d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (comma introdotto dall’art. 4 decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 2011, n. 106) che sancisce il principio di tassatività delle cause di esclusione.

La clausola del disciplinare di gara relativa alle referenze bancarie (pag. 4, lett. e) è comunque legittima, alla luce della nuova normativa, grazie al rinvio operato dal citato comma 1 *bis* dell’art. 46 dlgs n. 163/2006 ad altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, tra cui - si deve ritenere anche - l’art. 41, in virtù del quale la stazione appaltante ha la possibilità di precisare nella *lex specialis* di gara i requisiti di capacità economica e finanziaria, come legittimamente avvenuto nel caso di specie relativamente alla suddetta prescrizione circa la documentazione attestante le referenze bancarie.

Pertanto, la ricorrente principale andava esclusa dalla gara per violazione della menzionata clausola del disciplinare di gara (*i.e.* omessa produzione entro il termine perentorio del 6 settembre 2011 di una dichiarazione conforme alla prescrizione del disciplinare stesso).

L’unica dichiarazione conforme è quella (tardiva) del 14 settembre 2011.

Tuttavia, il termine ultimo (avente indiscusso carattere perentorio, la cui violazione comporta l’esclusione dalla gara) entro cui presentare una dichiarazione (evidentemente conforme alle prescrizioni di gara) circa le referenze bancarie era - come detto - il 6 settembre 2011, ore 16.30 (cfr. pag. 5 del disciplinare di gara).

La sola dichiarazione tempestivamente prodotta dalla ricorrente principale è quella (difforme rispetto alla specifica prescrizione del disciplinare) del 1° settembre 2011.

La referenza bancaria del 7 settembre 2011 (comunque difforme al pari della precedente) è tardiva, come tardiva è la dichiarazione (questa volta conforme) del 14 settembre 2011.

E’ pur vero che la dichiarazione del 14 settembre 2011 è stata depositata a seguito della richiesta del 13 settembre 2011 di integrazione documentale da parte della stazione appaltante.

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6965; Cons. Stato, Sez. V, 21 ottobre 2011, n. 5639; Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2001, n. 4981), laddove la documentazione prodotta dal concorrente relativa ad un requisito di partecipazione richiesto a pena di esclusione sia presente (e non già totalmente carente), di guisa che sussiste un “indizio” circa il possesso del requisito stesso ovvero del documento richiesto, è possibile ed anzi doverosa l’integrazione documentale (cd. dovere di soccorso da parte della stazione appaltante) *ex* art. 46, comma 1 d.lgs. n. 163/2006.

Tuttavia, nel caso di specie, l’unica referenza bancaria presentata dalla ricorrente principale SSD entro il termine perentorio del 6 settembre 2011 (e cioè quella del 1° settembre 2011 avente ad oggetto: “Referenze bancarie della ditta Sport Management s.p.a. in merito all’affidamento in concessione del servizio di gestione dell’impianto natatorio comunale di via Renato Dell’Andro”, così formulata: “A seguito di precisa richiesta del nostro cliente, la ditta Sport Management s.p.a. con sede in Via Settembrini, 5, 37123 Verona, si lascia referenza bancaria in merito all’iscrizione in oggetto. Dichiariamo che la stessa è valida società regolarmente iscritta al Reg. imprese di Verona numero 00212136 PI ..., opera con il nostro Istituto da giugno 2005 con regolarità e correttezza, ed è positivamente conosciuta nel settore in cui opera. Quanto sopra vi è comunicato in via riservata per il vostro uso esclusivo, sulla base di notizie in nostro possesso, come normale prassi, senza responsabilità o garanzia alcuna da parte nostra”) non può essere considerata un “indizio” in ordine al possesso del requisito *ex* lett. e - pag. 4 del disciplinare di gara (dichiarazione rilasciata da un istituto bancario attestante che il concorrente aggiudicatario possiede capacità economica e finanziaria per la gestione della piscina comunale pari almeno al valore dell’appalto), tale da legittimare il soccorso della stazione appaltante.

Infatti, la referenza bancaria del 1° settembre 2011, pur avendo espressamente ad oggetto la procedura di affidamento in concessione per cui è causa, si riferisce genericamente alla regolarità e correttezza della SSD Sport Management s.p.a. nei rapporti con l’istituto bancario, ma non evidenzia alcunché in ordine al requisito (espressamente richiesto, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara) relativo al possesso della capacità economica e finanziaria per la gestione della piscina comunale pari almeno al valore dell’appalto.

Ne deriva che la menzionata dichiarazione del 1° settembre 2011 non ha nulla a che vedere con quanto specificamente richiesto dal disciplinare di gara (pag. 4, lett. e).

Né tale dichiarazione - come visto in precedenza - è contenuta nella tardiva referenza bancaria del 7 settembre 2011 (che si limita a specificare che la precedente dichiarazione del 1° settembre 2011 fa riferimento al bando - disciplinare di gara per l’affidamento in concessione dell’impianto natatorio di Castellana Grotte).

Tale dichiarazione è presente, in modo corretto e conforme alla *lex specialis* di gara, soltanto nella referenza bancaria (tardiva) del 14 settembre 2011 (resa a seguito della richiesta della stazione appaltante di integrazione documentale del 13 settembre 2011).

Ne consegue che non può considerarsi in alcun modo ammissibile il soccorso *ex* art. 46, comma 1 dlgs n. 163/2006 operato dalla stazione appaltante con la richiesta di integrazione documentale del 13 settembre 2011.

La ricorrente principale SSD Sport Management andava, pertanto, esclusa dalla gara.

Dalle argomentazioni espresse in precedenza discende l’accoglimento del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Società SSD Nuoto Castellana a r.l. e la consequenziale declaratoria di inammissibilità del ricorso principale, integrato da motivi aggiunti.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

In considerazione della natura, della peculiarità e dell’esito della presente controversia, nonché della qualità delle parti, sussistono gravi ed eccezionali ragioni di equità per compensare le spese di giudizio nei confronti del Comune di Castellana Grotte.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto, integrato da motivi aggiunti, così provvede:

1) accoglie il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata società SSD Nuoto Castellana a r.l.;

2) dichiara inammissibile il ricorso principale, integrato da motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente principale SSD Sport Management s.p.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore della Società SSD Nuoto Castellana a r.l., liquidate in complessivi €. 2.500,00, oltre accessori come per legge.

Condanna la ricorrente principale SSD Sport Management s.p.a. al pagamento delle spese di giudizio in favore di Pantaleo Nicola, liquidate in complessivi €. 2.500,00, oltre accessori come per legge.

Compensa le spese di giudizio nei confronti del Comune di Castellana Grotte.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2012 con l’intervento dei magistrati:

Savio Picone, Presidente FF

Paolo Amovilli, Referendario

Francesco Cocomile, Referendario, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/07/2012

IL SEGRETARIO

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