



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 Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1244 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla S.M.E.A. S.r.l., dalla A.S.D. Circolo Nautico Posillipo Napoli e dalla Associazione polisportiva dilettantistica Centrosport Brindisi a r.l., e dal R.T.I. formato dalle stesse, rappresentati e difesi dall'avv. Luigi M. D'Angiolella, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Semeraro in Bari, via Abate Gimma n. 73;

***contro***

Comune di Ruvo di Puglia, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Fiore, con domicilio eletto presso l'avv. Generoso Donofrio in Bari, via Giulio Petroni n. 78;

***nei confronti di***

R.T.I. costituito dalla A.S.D. Adriatika Nuoto con la A.S.D.

Fiorentina Nuoto, nonché dalle medesime in proprio, rappresentati e difesi dall'avv. Gianfranco Grandaliano, con domicilio eletto in Bari, corso Cavour, 60;

***per l'annullamento***

a) dell'aggiudicazione definitiva dell'affidamento in concessione dell'impianto natatorio di proprietà del Comune di Ruvo di Puglia, assunta con determina dirigenziale n. 57 del giorno 8.7.2010, comunicata con nota prot. 16213 del 9.7.2010, pervenuta in data 14.7.2010, in capo alla costituenda A.T.I. formata dalla A.S.D. Adriatika Nuoto e A.S.D. Fiorentina Nuoto;

b) di tutti gli atti di gara, compresi i verbali tutti e le operazioni della Commissione incaricata;

c) per quanto occorra, del bando di gara e del disciplinare;

d) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale comunque lesivo degli interessi delle ricorrenti,

nonché per il risarcimento

del danno in forma specifica, consistente nell'accertamento del diritto delle ricorrenti all'aggiudicazione della gara d'appalto *de qua* ed alla stipulazione del relativo contratto o, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente conseguente all'illegittimità delle operazioni di gara ed all'illegittima aggiudicazione.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Ruvo di Puglia, del R.T.I. costituito dalla A.S.D. Adriatika Nuoto con la A.S.D.

Fiorentina Nuoto, nonché delle medesime in proprio;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2011 il cons.  
Giuseppina Adamo e uditi per le parti i difensori, avv.ti Lorenzo  
Amoruso, per delega dell'avv. Luigi D'Angiolella, Domenico Fiore e  
Gianfranco Grandaliano;  
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

#### FATTO

La S.M.E.A. S.r.l., la A.S.D. Circolo Nautico Posillipo Napoli, l'Associazione polisportiva dilettantistica Centrosport Brindisi a r.l., quali soggetti in costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, e la stessa A.T.I. costituenda contestano gli atti della gara relativa all'affidamento in concessione dell'impianto natatorio di proprietà del Comune di Ruvo di Puglia. Al termine della procedura è risultata aggiudicataria definitiva la A.T.I. formata dalla A.S.D. Adriatika Nuoto e dalla A.S.D. Fiorentina Nuoto (determina dirigenziale n. 57 del giorno 8 luglio 2010). Chiedono altresì il risarcimento del danno in forma specifica (consistente nell'accertamento del loro diritto all'aggiudicazione dell'appalto e alla stipulazione del relativo contratto), o, in subordine, per equivalente. Si sono costituite l'Amministrazione intimata e le controinteressate, chiedendo il rigetto del ricorso. La parte istante ha poi proposto motivi aggiunti (contro i medesimi

atti impugnati in origine), notificati il 3 settembre 2010.

Sulle conclusioni delle parti la causa è stata riservata per la decisione all'udienza del 22 giugno 2011.

## DIRITTO

A. Le censure dedotte con il ricorso originario e con l'atto successivamente notificato sono infondate.

A.1. Secondo la prospettazione delle ricorrenti, l'offerta economica in base alla *lex specialis*, oltre a dover essere sottoscritta, doveva essere accompagnata dalla fotocopia del documento di identità, documento che invece non si è rinvenuto nell'apposita terza busta.

In realtà, al proposito il bando di gara precisava "Nel terzo plico contrassegnato con la lettera C dovrà essere inserita:

1. Offerta economica (...)

Nella busta non va inserito alcun altro documento".

A tale significativo elemento deve aggiungersi, a smentita dell'argomento del raggruppamento S.M.E.A., che in ogni caso le fotocopie del documento di identità risultano compiegate alla domanda di partecipazione e alle altre dichiarazioni inserite nella busta A. Inoltre l'articolo 38 del d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445, invocato dalle ricorrenti si riferisce alla diversa ipotesi di istanze e dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà.

Le deducenti reputano inoltre falsa la dichiarazione dell'aggiudicataria in ordine al rispetto della normativa sul lavoro dei disabili, di cui all'articolo 17 della legge 3 marzo 1999 n. 68, e ciò

perché, secondo le informazioni assunte, le due associazioni sportive non hanno dipendenti.

È evidente che la circostanza riferita non renda affatto inattendibile la dichiarazione, ma anzi conferma che non sono ipotizzabili violazioni della disciplina citata, semplicemente in quanto in definitiva le aggiudicatarie (anche quali associazioni sportive) non rientrano nella sfera soggettiva dell'obbligo.

Non convincente si rivela pure la contestazione relativa alla valutazione dell'offerta tecnica. I rilievi si presentano del tutto generici e impingono nel merito dell'azione amministrativa, senza dimostrare che essa sia inficiata da evidenti errori o altri vizi logici. In particolare, la circostanza che le associazioni non abbiano dipendenti non ne sminuisce la professionalità, una volta che esse abbiano dimostrato una rilevante esperienza nel settore maturata attraverso l'utilizzo di rapporti di collaborazione.

Allo stesso esito non si sottrae la censura riguardante la mancata produzione di due referenze bancarie (una per ognuna delle associazioni sportive aggiudicatarie), mentre di fatto tale attestazione dell'affidabilità finanziaria è stata presentata solo dalla Adriatica Nuoto.

Rispetto a tale adempimento, il bando di gara si limita a prescrivere: "Nel primo plico contrassegnato con la lettera A) dovranno essere inseriti:

(...) 3) Referenza bancaria, a dimostrazione della solidità finanziaria

ed economica".

Al proposito non è possibile invocare l'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163: la gara infatti riguarda l'affidamento di una concessione.

In base all'articolo 30, comma settimo, del medesimo decreto legislativo, infatti, la procedura non è in sé soggetta al codice dei contratti pubblici, di cui sono applicabili solo le disposizioni della parte IV ("Contenzioso") e l'articolo 143, comma settimo (che riguarda le caratteristiche sotto il profilo economico-finanziario dell'offerta e del contratto), in quanto compatibile.

Per il resto l'articolo 30, comma terzo, impone solamente: "La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi".

Eguale infondata è la contestazione (ampliata poi con i motivi aggiunti) riguardante la cauzione provvisoria, per la quale ha "provveduto solo una delle componenti del raggruppamento (ASD Adriatica Nuoto) e non entrambe".

L'argomento attoreo pare collegarsi con la previsione del bando,

laddove specifica "In caso di A.T.I. non ancora formalmente costituita, la polizza fideiussoria deve essere cointestata a tutte le imprese interessate, mandante/i e mandataria, anche se sottoscritta solo da quest'ultima".

In realtà tale previsione è estranea alla fattispecie concreta nella quale le aggiudicatarie hanno provveduto alla costituzione della cauzione provvisoria di euro 1.080,00 con il versamento in contanti, come ovviamente consentito anche dal bando (pagina 4, n. 4). Tale forma, infatti, non pone problemi né di riferibilità dell'impegno (esistendo la somma nella sua materialità) né, tanto meno, di successiva, eventuale escussione.

A.2. Tale conclusione non è smentita dai motivi aggiunti, nei quali il versamento viene ricondotto al pegno irregolare, in conformità con l'articolo 75 del codice dei contratti pubblici, e viene richiamata l'interpretazione data dal T.A.R. Sardegna, prima Sezione, 29 maggio 2008 n. 1106.

Tale pronuncia, ricordato l'orientamento giurisprudenziale in tema di polizza fideiussoria (per cui la garanzia provvisoria dev'essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, a tutte le imprese facenti parte del costituendo raggruppamento), ritiene che non diverse possano essere le conclusioni nell'ipotesi in cui la garanzia provvisoria sia costituita mediante deposito cauzionale.

Ora, anche a prescindere dalle differenze nella disciplina di gara nelle fattispecie concrete (in particolare in riferimento alla clausola del

bando esaminato del Giudice sardo, la quale qualificava espressamente il deposito come pegno, aspetto che in questa sede non è possibile approfondire) e alle conseguenze della configurazione, presente in giurisprudenza (per tutte: Consiglio di Stato, 11 dicembre 2007 n. 6362) della cauzione come caparra confirmatoria o come clausola penale, deve osservarsi che l'equiparazione operata nella citata sentenza solleva notevoli dubbi.

La ragione della necessità della cosiddetta cointestazione della garanzia in capo a tutti i partecipanti all'associazione temporanea di imprese discende infatti dalla stessa funzione della fideiussione, in cui un soggetto garantisce nei confronti del creditore (in questo caso, la stazione appaltante) un'obbligazione di una parte estranea al rapporto contrattuale; sicché il riferimento espresso a tutti i partecipanti al raggruppamento è indispensabile per definire l'ampiezza dell'obbligo del garante.

Nel caso del versamento in contanti il rapporto rimane circoscritto al concorrente (eventualmente costituito in A.T.I.) e all'amministrazione appaltante.

È in questa prospettiva che deve essere letta la decisione, nella parte in cui afferma: "I diritti reali di garanzia, fra cui il pegno, si caratterizzano per il rapporto di accessorietà che li lega all'obbligazione garantita, cosicché la garanzia opera solo ed esclusivamente in relazione alla specifica obbligazione alla quale accede.

La circostanza che il pegno si costituisca mettendo la *res* a disposizione del creditore non gli consente tuttavia di soddisfarsi sul bene se non in relazione all'inadempimento dell'obbligazione garantita, mentre l'adempimento della detta obbligazione comporta l'automatica estinzione del diritto di garanzia".

In realtà, l'obbligo principale è nell'ipotesi concreta (di cauzione in contanti) già compiutamente definito dagli atti d'indizione della gara ed assunto sia dalla mandataria sia dalla mandante, attraverso la domanda di partecipazione che ambedue hanno sottoscritto.

In concreto, poi, da un lato, il bonifico attraverso il quale veniva versata la somma reca quale causale la "costituzione di cauzione provvisoria così come richiesto dal bando di gara per l'affidamento in concessione della gestione piscina comunale", dall'altro, il bando stesso (pagina 7) espressamente ribadiva: "k) L'offerta vincola il concorrente per 180 giorni". Non potevano perciò sussistere dubbi né sui soggetti obbligati né sul contenuto dell'obbligo, anche in assenza di un'espressa menzione di tutti i soggetti dell'associazione e pare quindi ingiustificata da tale punto di vista la conclusione cui è pervenuto il T.A.R., per il quale "il deposito cauzionale è stata effettuato dalla sola Banca..., per cui non poteva che garantire" [esclusivamente] "l'adempimento di quest'ultima.

Ne consegue che giammai la Stazione appaltante avrebbe potuto trattenere la cauzione per l'inadempimento di una delle altre imprese del costituendo raggruppamento".

Quanto al secondo motivo aggiunto che contiene una serie complessa di censure, occorre precisare che né per il progetto, né per la documentazione richiesta, relativa alla pregressa esperienza nella gestione di impianti, erano prescritte particolari formalità e neppure la semplice sottoscrizione.

Solo le dichiarazioni di affiliazione alla Federazione italiana nuoto e di aggregazione a discipline sportive associate dovevano essere rilasciate nei modi previsti dal d.p.r. n. 445/2000, modalità che risultano rispettate (come dimostrato nella produzione dell'aggiudicataria in data 16 settembre 2010).

Non trova poi un preciso riscontro negli atti d'indizione il generico rilievo della S.M.E.A. in ordine alla necessità che tali ultime dichiarazioni dovessero essere effettuate da ambedue le associazioni.

Il terzo motivo aggiunto, che riprende le censure rubricate sub I) nel ricorso originario (con l'aggiunta che la fotocopia del documento d'identità era vieppiù indispensabile, visto che nel corpo dell'offerta economica le associazioni si impegnavano a costituire il raggruppamento), è infondato per le stesse ragioni sopra evidenziate sub A.1.

Denuncia infine la S.M.E.A. che, in sede di verifica delle dichiarazioni, ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, del codice dei contratti pubblici, non sarebbero stati prodotti dal raggruppamento aggiudicatario né il certificato camerale né lo statuto della Adriatica Nuoto in copia conforme.

Non considerano però le istanti che le associazioni sportive non sono tenute all'iscrizione camerale e che, in ogni caso, lo statuto risulta depositato in copia conforme (in uno con l'atto costitutivo), come concordemente affermato dall'Amministrazione e dalla controinteressata e attestato dalle relative produzioni documentali.

L'azione demolitoria dev'essere dunque respinta, così come quella risarcitoria, difettando l'elemento dell'ingiustizia del danno, in presenza di un'azione amministrativa risultata esente dai vizi dedotti.

Le spese seguono la soccombenza, come da liquidazione equitativa in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna con vincolo solidale la S.M.E.A. S.r.l., la A.S.D. Circolo Nautico Posillipo Napoli e la Associazione polisportiva dilettantistica Centrosport Brindisi a r.l. al pagamento delle spese processuali in favore del Comune di Ruvo di Puglia e del raggruppamento temporaneo d'impresa costituito dalla A.S.D. Adriatika Nuoto e dalla A.S.D. Fiorentina Nuoto, nella misura di euro 8000,00, oltre accessori di legge, per ciascuna parte costituita.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 giugno

2011 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Giuseppina Adamo, Consigliere, Estensore

Savio Picone, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/10/2011

IL SEGRETARIO

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