



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 754 del 2013, proposto dal Comune di Tivoli, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Gianluca Piccinni, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via G.G. Belli, n. 39;

contro

Associazione Sportiva Dilettantistica Atletico Tivoli, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Mario Sanino e Giannino Innocenti, con domicilio eletto presso il primo in Roma, viale Parioli, n. 180;

Css Tivoli, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Caputo, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Ugo Ojetti, n. 114;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE II BIS, n. 10778/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di gestione dell'impianto sportivo comunale di Ripoli;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Associazione Sportiva Dilettantistica Atletico Tivoli e del Css Tivoli;

Visto l'appello incidentale proposto dal Css Tivoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2013 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Piccinini, Sanino e Caputo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Associazione Sportiva Dilettantistica "Atletico Tivoli", avente dal 2006 la gestione dell'impianto sportivo comunale "Ripoli" di Tivoli, proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. per il Lazio avverso il capitolato speciale e la disciplina della gara indetta dal locale Comune per l'affidamento in gestione dell'impianto dal 1° giugno 2012 al 31 maggio 2017 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, contestualmente impugnando anche le deliberazioni di G.C. n. 199/2008, n. 244/2009 e n. 164/2011.

Sosteneva la ricorrente che l'impianto interessato non avesse le caratteristiche previste dal regolamento per gli

impianti sportivi comunali (approvato con la delibera consiliare 27.7.2004 n. 44) per essere classificato tra gli impianti "primari", con la conseguenza che l'affidamento della sua gestione avrebbe dovuto essere conferito attraverso la procedura semplificata prevista dall'art. 22 dello stesso regolamento per le strutture prive di rilevanza imprenditoriale, laddove era stata invece prescelta la più complessa procedura della gara ad evidenza pubblica di cui all'art. 23.

Il Comune di Tivoli, costituitosi in giudizio, eccepiva l'irricevibilità del ricorso, nonché la sua inammissibilità per difetto d'interesse della ricorrente associazione. Nel merito l'Ente eccepiva l'infondatezza del gravame, allegando che la scelta di qualificare l'impianto sportivo "Ripoli" tra gli impianti primari a rilevanza imprenditoriale, con il conseguente obbligo di disporre l'affidamento mediante selezione ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 23 del regolamento, conseguiva alle opere di ristrutturazione svolte nel 2007, che avevano modificato le caratteristiche della struttura.

Con successivi motivi aggiunti la medesima associazione "Atletico Tivoli" impugnava anche la determinazione dirigenziale 29.6.2012 n. 946 di aggiudicazione definitiva della gara per la gestione dell'impianto al CSS (Città dello Sport e della Salute) Tivoli, contestando dapprima varie omissioni ed irregolarità nella domanda di partecipazione alla gara e nella documentazione presentate dall'aggiudicataria, ed in seguito, con ulteriore atto di motivi aggiunti, la regolarità della composizione della commissione di gara con riguardo alla posizione di un suo componente tecnico, nonché la legittimità dell'introduzione di sub - criteri di valutazione e conseguenti sub . punteggi non previsti dal bando.

L'aggiudicataria CSS Tivoli, costituitasi in giudizio, oltre a controdedurre alle censure della ricorrente, presentava un ricorso incidentale avverso il disciplinare della medesima gara, nella parte in cui lo stesso non prevedeva che le dichiarazioni presentate dalle concorrenti ex art. 38 d.lgs. n. 163/2006 dovessero essere rese, oltre che dal rappresentante legale del singolo ente, anche dalla figura che per statuto ne aveva la rappresentanza, come nella specie il vicepresidente dell'associazione avversaria, in caso di assenza o impedimento del titolare.

All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale adito, con la sentenza n. 10778/2012 in epigrafe, così decideva:

- 1) dichiarava irricevibile per tardività il ricorso principale quanto all'impugnazione del capitolato speciale d'appalto e della disciplina della gara;
- 2) respingeva il ricorso incidentale della controinteressata, reputandolo infondato;
- 3) accoglieva l'impugnativa proposta dall'associazione "Atletico Tivoli" avverso i successivi provvedimenti della gara che, per l'effetto, annullava, ritenendo fondata ed assorbente la doglianza sull'illegittimità della posizione del membro della commissione di gara che rivestiva contestualmente la qualifica di responsabile unico del procedimento, per conto della Stazione appaltante, in relazione all'incompatibilità sancita dall'art. 84 del Codice dei contratti pubblici;
- 4) respingeva, infine, la richiesta di risarcimento dei danni avanzata dalla ricorrente.

Ne seguiva l'appello del Comune di Tivoli avverso tale sentenza.

L'Amministrazione opponeva l'inapplicabilità alla procedura in esame, riguardante l'affidamento di un servizio pubblico ai sensi dell'art. 30 del Codice, della previsione dell'art. 84, comma 4, della stessa fonte. E deduceva comunque l'insussistenza in concreto dell'incompatibilità prevista da questa seconda norma.

L'aggiudicataria, dal canto suo, oltre ad argomentare nel senso della legittimità della nomina della commissione, e quindi della fondatezza dell'appello comunale, con appello incidentale riproponeva il proprio ricorso incidentale di primo grado, lamentando che il Tribunale ne avesse frainteso il senso e lo avesse indebitamente respinto.

L'originaria ricorrente, oltre a contrastare le argomentazioni avversarie, riproponeva i motivi di ricorso di prime cure finiti assorbiti.

La Sezione con ordinanza dell'11 marzo 2013 accoglieva la domanda cautelare spiegata dal Comune.

Le parti costituite con successive memorie riprendevano le rispettive tesi ed argomentavano ulteriormente a loro sostegno, l'appellata controdeducendo ai gravami avversari ed il Comune ai motivi dell'originario gravame in questa sede riproposti.

Alla pubblica udienza del 29 ottobre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

1. La Sezione deve dare preliminarmente atto che la decisione in epigrafe non risulta avere formato oggetto d'impugnativa da parte dell'originaria ricorrente con riferimento ai capi di sentenza ad essa sfavorevoli. Sono divenute quindi definitive le statuizioni di irricevibilità dell'originario atto di gravame e di rigetto della domanda risarcitoria, così come quella –rimasta parimenti incontestata- sul valore assorbente del motivo accolto dal T.A.R. rispetto alle altre censure introdotte, che l'originaria ricorrente in questa sede si è limitata a riproporre ai sensi dell'art. 101 cpv. CPA.

2. Tanto premesso, la Sezione deve iniziare la trattazione della controversia dall'esame dell'appello incidentale esperito dall'aggiudicataria, con il quale viene sostanzialmente riproposto il suo ricorso incidentale di prime cure.

2a. Con quest'ultimo atto la CSS Tivoli aveva impugnato il disciplinare della gara nella parte in cui (art. 2, n. 1, secondo alinea) questo non prevedeva che le dichiarazioni presentate dalle concorrenti ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006 dovessero essere rilasciate, oltre che dal rappresentante legale del singolo ente, anche dalla figura che per statuto ne aveva la rappresentanza in caso di assenza o impedimento del titolare, come nella specie il vicepresidente dell'associazione avversaria.

Contestualmente, la ricorrente incidentale aveva impugnato anche l'ammissione alla gara della stessa avversaria, in ragione appunto della mancata presentazione da parte sua della dichiarazione *ex art. 38 cit.* (anche) da parte del proprio vicepresidente.

2b. Il primo Giudice, nel respingere la censura, ha dimostrato effettivamente di averla almeno in parte fraintesa.

Il T.A.R., infatti, dopo avere constatato che la *lex specialis* richiedeva che il rappresentante legale di ciascuna concorrente rilasciasse la dichiarazione di assenza delle note circostanze ostative, ha soggiunto che “*detta dichiarazione ... impegna la responsabilità del rappresentante ed è valida ancorché non sia contestualmente sottoscritta dal suo vicario, il quale ne assume le funzioni soltanto in caso di assenza (circostanza che, evidentemente, non sussisteva per il presidente dell'Atletico Tivoli al momento in cui ha sottoscritto la dichiarazione negativa).*”

L'appellante incidentale ha fatto però esattamente notare, al riguardo:

- che non ha alcun rilievo, rispetto alla doglianza da trattare, la circostanza che all'atto della sottoscrizione della domanda partecipativa il presidente della “Atletico Tivoli” non fosse assente;

- che proprio la possibilità che il disciplinare fosse da intendere nel senso della sufficienza della dichiarazione del solo rappresentante legale era stata oggetto d'impugnativa incidentale.

2c. Nondimeno, la critica riproposta mediante il presente appello incidentale non giova all'aggiudicataria, non potendo determinare l'effetto, da questa auspicato, di un'automatica esclusione dell'avversaria dalla gara. Invero, come si vedrà, alla luce dei peculiari contenuti della *lex specialis*, cui la “Atletico Tivoli” si è fedelmente attenuta, la censura in esame potrebbe portare unicamente alla successiva verifica, in sede di soccorso istruttorio, dei requisiti morali in capo al vicepresidente della medesima appellata, la quale ha tuttavia già documentato (quantomeno fornendo un principio di prova) sin dal primo grado di giudizio che questo non versa in una situazione ostativa.

2d. Il Collegio non intende mettere in discussione l'applicabilità ai bandi di gara del principio di eterointegrazione con riferimento alle previsioni dell'art. 38 d.lgs. cit.; e nemmeno l'interpretazione giurisprudenziale che motivatamente include anche le posizioni di rappresentanza vicaria nel novero di quelle sulle quali va appuntata la

verifica del possesso dei requisiti morali prescritti dallo stesso articolo (C.d.S., V, 23 giugno 2010, n. 3972; 15 gennaio 2008, n. 36).

2e. Ai fini di causa non è però consentito prescindere dalla disamina dei contenuti della *lexspecialis* del caso concreto (concernente, giova ricordarlo, l'affidamento della gestione di un impianto sportivo comunale, e come tale precipuamente rivolta a semplici associazioni sportive).

Ora, è agevole osservare come sul punto in rilievo il disciplinare di gara si limitasse alle seguenti, generiche previsioni.

L'art. 1, all'ultimo comma, stabiliva che *"I concorrenti devono trovarsi in regola con quanto prescritto dall'articolo 38 del d.lgs. 163/2006 e s.m.i."*.

L'art. 2 richiedeva ai partecipanti di dichiarare in seno alla loro istanza di ammissione alla gara, *"redatta in bollo secondo fac-simile allegato "A"* e sottoscritta dal legale rappresentante, *"di essere in regola con tutte le previsioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i."*; e a chiusura dell'elenco delle ulteriori dichiarazioni da rendere contestualmente (vertenti su altri aspetti) lo stesso art. 2 avvertiva: *"Sarà pena esclusione la presentazione di dichiarazioni non conformi a quanto sopra elencato"*.

Il modello di "istanza di partecipazione" predisposto dal Comune e figurante quale allegato "A" del disciplinare, infine, in piena aderenza alla scama disciplina appena illustrata, si limitava a prevedere che l'istanza di partecipazione recasse, sul punto, una dichiarazione del seguente tenore: *"Chiede di essere ammesso alla gara in oggetto A tal proposito dichiara: - di essere in regola con tutte le previsioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 ..."*.

2f. Occorre altresì sottolineare che l'associazione "Atletico Tivoli" nella redazione della propria istanza di ammissione si è puntualmente attenuta alle prescrizioni esposte, avvalendosi del modulo (ad esse coerente) appositamente fornito dalla Stazione appaltante per la bisogna. L'associazione ha dunque calibrato le proprie dichiarazioni sul modello delle prescrizioni che l'Amministrazione aveva impartito, riponendo evidente affidamento sulla loro idoneità ai fini della partecipazione alla gara.

2g. Va inoltre rimarcato che, come si è già esposto, la comminatoria di esclusione recata dal disciplinare si riferiva unicamente al caso della *"presentazione di dichiarazioni non conformi a quanto sopra elencato"* dalla stessa fonte, dove la prescrizione della *lex specialis* così richiamata si esauriva, per quanto qui interessa, nell'imporre la mera dichiarazione, del tutto generica, *"di essere in regola con tutte le previsioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i."* (dichiarazione dalla concorrente puntualmente resa).

Di conseguenza, pur dovendosi ritenere inclusa nel novero delle posizioni soggettive rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 38 cit. anche quella del vicepresidente con poteri vicari di rappresentanza legale in caso di assenza o impedimento del titolare, non per questo la mancata dichiarazione sul possesso dei requisiti morali da parte di tale figura vicaria avrebbe potuto giustificare un'automatica esclusione dalla gara dell'originaria ricorrente. Nello specifico la comminatoria di esclusione dettata dalla *lex specialis*, come si è visto, in luogo di essere posta a presidio -come di consueto- di un obbligo dichiarativo analitico coprente tutte le posizioni richiamate dall'art. 38, accedeva ad un obbligo dichiarativo formulato in termini del tutto generici ed ellittici: obbligo che l'originaria ricorrente aveva appunto fedelmente rispettato.

2h. Da quanto precede consegue che la richiesta dell'appellante incidentale di vedere la concorrente automaticamente esclusa dalla procedura per la sola ragione della mancata dichiarazione sulla condizione specifica del proprio vicepresidente non trova il necessario fondamento nella legge di gara.

2i. Tantomeno una simile richiesta potrebbe imporsi sulla sola logica dell'art. 38 cit..

Come l'appellata non ha mancato di ricordare, infatti, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio nella recente

decisione 16 ottobre 2013 n. 23 ha osservato quanto segue.

*“Naturalmente, in aderenza a quanto affermato da questa medesima Adunanza plenaria con sentenza n. 10 del 2012 a proposito delle fattispecie relative alla cessione di azienda o diramo di azienda, stante la non univocità della norma circa l'onere dichiarativo dell'impresa nelle ipotesi in esame (cui va aggiunta, per il passato, l'incertezza degli indirizzi giurisprudenziali) deve intendersi che, qualora la *lex specialis* non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38 cit., ma soltanto là dove sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione.”*

Nella fattispecie allora esaminata il T.A.R. aveva ritenuto dovuta la dichiarazione ex art. 38 anche relativamente ad un procuratore speciale, traendo da ciò con carattere di automatismo la conclusione dell'espulsione della concorrente dalla gara.

L'Adunanza Plenaria, però, di contrario avviso, ha osservato : *“L'onere di rendere la detta dichiarazione non emergeva, tuttavia, in alcun modo dalla formulazione della *lex specialis* (...) le cui disposizioni, stante il generico rinvio all'art. 38, comma 1 del d.lgs. n. 163, non prendevano affatto in considerazione le posizioni dei procuratori speciali, né di altro soggetto diverso da quelli desumibili in via immediata dal menzionato art. 38 cui la regolamentazione di gara fa rinvio.”* E dalla mancata emersione in concreto dell'esistenza di mende a carico del procuratore speciale l'Adunanza ha desunto la conclusione che non potesse affermarsi un effetto preclusivo dell'ammissione alla gara per il difetto del requisito in questione.

Ebbene, nemmeno nel caso concreto, come si è visto, nella *lex specialis* è dato riscontrare una specifica comminatoria di esclusione.

L'art. 38 cit., inoltre, pur correlando la verifica dei requisiti da esso dettati alle posizioni degli *“amministratori muniti di potere di rappresentanza”*, non è del tutto univoco, nei riguardi degli operatori, nell'includere tra le suddette posizioni anche quelle dei soggetti la cui effettiva investitura di potere rappresentativo sia subordinata alla condizione dell'assenza o impedimento altrui.

Da qui l'applicabilità anche nella fattispecie della conclusione appena vista, vale a dire quella della non configurabilità di un'esclusione automatica, a salvaguardia dell'evidente affidamento riposto dall'associazione sportiva sui contenuti della *lex specialis* da essa rispettata.

21. In conclusione, posto che dall'omessa dichiarazione della *“Atletico Tivoli”* non può farsi discendere senz'altro la sua esclusione dalla gara, ma unicamente il dovere dell'Amministrazione di verificare l'esistenza dei requisiti morali in capo al suo vicepresidente, e poiché in concreto la sussistenza di questi ultimi, oltre ad essere stata documentata dall'appellata quantomeno con un principio di prova, è addirittura incontrovertibile, l'appello incidentale deve essere respinto.

3. Una volta disatteso l'appello incidentale, la Sezione deve dedicarsi alle critiche mosse dal Comune avverso l'accoglimento, da parte del T.A.R., del motivo riguardante l'incompatibilità ascritta al membro della commissione di gara che rivestiva contestualmente anche la posizione di responsabile unico del procedimento per conto della Stazione appaltante, in relazione al disposto dell'art. 84, comma 4, del Codice dei contratti pubblici.

3a. A questo proposito, gli argomenti con cui è stata contestata l'applicabilità di tale norma alla procedura in esame, riguardante l'affidamento di un servizio pubblico ai sensi dell'art. 30 del Codice dei contratti pubblici, non possono che cedere il passo alle indicazioni recentemente espresse dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio con la decisione n. 13 del 2013.

L'Adunanza ha enunciato, infatti, il principio per cui, qualora sia indetta una gara per l'affidamento di concessioni di servizi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla procedura sono applicabili anche in

assenza di un espresso richiamo del bando le disposizioni di cui all'art 84, comma 4 (relativo appunto alle incompatibilità dei componenti della commissione) e comma 10 (relativo ai tempi di nomina della commissione), del Codice dei contratti pubblici, in quanto espressive dei principi di trasparenza e di parità di trattamento richiamati dall'art. 30, comma 3, del medesimo Codice.

3b. Né l'appellante può essere seguita nella parte in cui allega, in via subordinata, l'insussistenza in concreto dell'incompatibilità prevista dal citato art. 84.

Occorre difatti rilevare, per un verso, l'estrema latitudine della previsione codicistica che delinea la causa di incompatibilità in esame, la quale è stata formulata nei seguenti termini : *“I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzioneo incaricotecnicoo amministrativorelativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*. Per altro verso, il fatto che risulta *per tabulas* come il componente della commissione giudicatrice arch. Baccante al momento della relativa investitura del 13 aprile 2012 avesse già firmato, insieme al dirigente, il bando, il capitolato speciale ed il disciplinare di gara (il che già permette di smentire l'indimostrato asserto del Comune circa la sua estraneità alla predisposizione dei medesimi atti), con ciò concorrendo quindi a definire le norme di gara, e svolgendo pertanto un'attività astrattamente idonea ad entrare in conflitto con le successive valutazioni di merito di sua competenza quale membro della commissione, condizionandole.

E' inoltre pacifico che il medesimo componente, in seguito, nel mentre operava come membro della commissione, abbia seguitato in parallelo a disimpegnare le incombenze legate alla posizione di responsabile del procedimento (posizione conferitagli con la determinazione del 5 marzo 2012 di indizione della gara), vale a dire abbia ricoperto un *“incarico amministrativo”* relativo al *“contrattodel cui affidamento si tratta”*, circostanza che parimenti rientra nel fuoco dell'ampia incompatibilità sancita dal comma 4 dell'art. 84.

3c. Donde l'effettiva esistenza dell'incompatibilità rinvenuta dal primo Giudice, e da questi rettamente posta a base dell'invalidazione della procedura di gara.

4. Per quanto attiene, infine, alle osservazioni svolte dal Comune appellante circa la motivazione con cui il Tribunale ha disatteso la domanda risarcitoria formulata a carico dello stesso Ente (il T.A.R. sarebbe incorso nella *“svista”* di ritenere che l'originaria ricorrente avesse sempre avuto, nelle more, l'uso esclusivo dell'impianto, laddove questo per un periodo era stato invece oggetto di uso congiunto con l'avversaria), è agevole osservare come l'appello per questa parte non risulti sorretto da alcun interesse concreto.

Occorre ricordare che l'interesse ad impugnare in appello una sentenza di Tribunale amministrativo regionale si collega necessariamente alla soccombenza, anche parziale, nel relativo giudizio, mancando la quale l'impugnazione è inammissibile.

La giurisprudenza ammette l'interesse della parte ad impugnare una sentenza al solo fine di ottenere una modificazione della sua motivazione solo allorché da quest'ultima possa dedursi un'implicita statuizione contraria all'interesse della parte medesima, nel senso che a questa possa derivare pregiudizio da motivi che, quale premessa necessaria della decisione, siano suscettibili di formare giudicato (C.d.S., Sez. IV, 16 ottobre 1998, n. 1305; 29 gennaio 2008, n. 248; Sez. V, 17 luglio 2004, n. 5127).

Il fatto è che nella fattispecie il presupposto della lesione dell'interesse della parte appellante non emerge, avendo la medesima solo prospettato in termini del tutto vaghi, sul punto, l'opportunità di *“evitare distorte interpretazioni che potrebbero essere utilizzate in altre sedi giudiziarie ai danni del Comune”*.

Donde l'inammissibilità di quest'ultimo aspetto dell'appello.

5. In conclusione, tanto l'appello principale quanto quello incidentale devono essere respinti.

La non univocità degli orientamenti giurisprudenziali esistenti al tempo della proposizione dei gravami sulla

materia del contendere suggerisce di compensare tra le parti le spese anche per questo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, respinge sia l'appello principale che quello incidentale.

Compensa tra le parti le spese processuali del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente FF

Sabato Malinconico, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/12/2013

IL SEGRETARIO

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