

N. 02534/2010 REG.SEN.
N. 01179/2009 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 1179 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Associazione Sportiva Dilettantistica Pinguini, rappresentata e difesa dall'avv. Raffaella Rubino, con domicilio eletto presso Raffaella Rubino in Genova, via Carducci,3/6;

contro

Provincia di Genova, rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Giovannetti, Valentina Manzone, Carlo Scaglia, con domicilio eletto presso Valentina Manzone in Genova, Piazzale Mazzini 2;

nei confronti di

Acquarium Vallescivia, Societa' Sportiva Dilettantistica A Rl, rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Ghibellini, Stefano Ghibellini, con domicilio eletto presso Alessandro Ghibellini in

Genova, via R. Ceccardi 1/15;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale 21 settembre 2009 prot. 5650/109896 con cui è stata deliberata l'aggiudicazione definitiva del servizio di gestione della piscina di Ronco Scrivia alla Società Aquarium Vallescrivina Società Sportiva Dilettantistica a r.l. ed inoltre di ogni atto connesso e, specificamente, del verbale di gara di ammissione delle candidature in data 25 agosto 2009, della determinazione dirigenziale 25 agosto 2009 prot. 5087/100427 di ammissione delle candidature, nel verbale di gara 1 settembre 2009 di apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica (nella parte in cui la commissione ha proceduto anche nei confronti del controinteressata), nel verbale di gara 4 settembre 2009 di valutazione delle offerte tecniche (in parte qua), del verbale di gara 11 settembre 2009 di valutazione delle offerte economiche e di formulazione della graduatoria finale (in parte qua), nonché per la dichiarazione di inefficacia e/o nullità del contratto stipulato tra Provincia di Genova e Società Aquarium Vallescrivina S.S.D.;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Genova e di Aquarium Vallescrivina, Società Sportiva Dilettantistica a r. l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Aquarium Vallescrivina S.S.D. a r. l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2010 il dott. Raffaele Prosperi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 20 ed il 21 novembre 2009 l'Associazione Dilettantistica Pinguini impugnava, chiedendone l'annullamento, gli atti con i quali la Provincia di Genova aveva definitivamente aggiudicato il servizio novennale di gestione della piscina di Ronco Scrivia all'attuale controinteressata e ricorrente incidentale Società Aquarium Vallescrivina Società Sportiva Dilettantistica a r.l.

Esponesse in fatto la ricorrente che la gara si era svolta mediante procedura aperta ai sensi dell'art. 55 co. 1 D. Lgs. 163/06 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di seguito descriveva lo svolgimento delle operazioni che l'avevano vista in sede definitiva piazzata al secondo posto.

L'Associazione Pinguini deduceva il seguente motivo di ricorso:

Violazione degli artt. 8 e 10 delle norme di partecipazione alla gara, della lex specialis, del principio di par condicio tra i concorrenti. Difetto di motivazione. Ai sensi dell'art. 8 delle norme di partecipazione alla gara, era prescritto che le tre buste da presentare da parte del singolo concorrente - tra cui quella contenente l'offerta

tecnica - dovessero essere sigillate sui lembi di chiusura con ceralacca o con striscia di carta incollata o nastro adesivo o altra sigillatura con timbro e sigla sulla chiusura medesima e che la presentazione di offerte non chiuse e sigillate avrebbe comportato l'esclusione dalla gara. La busta contenente l'offerta tecnica dell'aggiudicataria, pur presentando evidenti segni di sigillatura con ceralacca e timbri era risultata aperta e nonostante ciò la commissione esaminatrice aveva disposto la sigillazione del plico e la continuazione delle operazioni senza altra decisione. Per pacifica giurisprudenza, la presenza nella legge di gara di un'espressa comminatoria di esclusione della domanda di partecipazione a fronte del mancato rispetto di determinate prescrizioni impone l'esecuzione incondizionata della previsione, poiché alla stazione appaltante non è rimessa alcuna discrezionalità di valutazione su quanto riscontrato e quindi la commissione non poteva che applicare un atto dovuto cui era vincolata, procedendo perciò all'esclusione della concorrente e non a sanatorie immotivate.

Il 19 febbraio 2010, a seguito dell'esecuzione della domanda di accesso ai documenti da parte della Provincia di Genova avvenuta il precedente 21 gennaio, la ricorrente notificava ulteriore motivo aggiunto concernente il piano economico finanziario presentato dall'aggiudicataria:

Violazione dell'art. 10 delle norme di partecipazione alla gara, della *lex specialis*, del principio di *par condicio* tra i concorrenti, dell'art. 4

del progetto offerta. Difetto di motivazione. L'offerta economica dell'aggiudicataria indica lo sconto sul contributo di cui all'art. 16 del capitolato speciale d'oneri pari al 2,2% dell'importo dei costi di interventi programmati nel piano di riqualificazione pari a €. 455.000,00. Dal piano economico-finanziario di Aquarium si ricava invece un importo dei costi di interventi programmati pari a complessivi €. 430.000,00.

La ricorrente concludeva per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese.

Si sono costituiti in giudizio la Società Aquarium Vallescrivina Società Sportiva Dilettantistica a r.l. e la Provincia di Genova, sostenendo l'infondatezza del ricorso, la tardività dei motivi aggiunti e chiedendone il rigetto ed inoltre, il 17 dicembre 2009 la controinteressata notificava ricorso incidentale recanti i seguenti motivi:

A. Con riguardo agli atti di ammissione di ASD Pinguini alla gara.

1. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 34 D. Lgs. 163/07 e della lex specialis che a tale normativa fa espresso riferimento, nonché del principio di par condicio nelle gare pubbliche, dell'art. 10 delle norme di partecipazione alla gara, dei principi fondamentali di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, travisamento dei fatti Ingiustizia grave e manifesta. La ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa, perché alle associazioni

prive di personalità giuridica, come appunto l'Associazione Dilettantistica Pinguini, non è consentito dal D. Lgs. 163/06 di partecipare agli appalti pubblici; infatti se alle società commerciali di persone è ammissibile la partecipazione alle gare pubbliche, ciò è possibile perché questo tipo di enti sono soggetti ad un penetrante sistema di controlli, tra cui il regime pubblicitario dell'iscrizione nel registro delle imprese, e sono contraddistinte dal regime giuridico della responsabilità patrimoniale dei soci e degli amministratori, del tutto inesistente per le associazioni non riconosciute.

2.Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38 D. Lgs. 163/07 e della lex specialis che tale normativa ha espresso riferimento, nonché del principio di par condicio nelle gare pubbliche, dell'art. 4 del progetto offerta 10 e degli artt. 3 e 10 delle norme di partecipazione alla gara, dei principi fondamentali di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, travisamento dei fatti Ingiustizia grave e manifesta. In primo luogo l'attestazione della sussistenza dei requisiti generali di ammissione è stata presentata solo per il legale rappresentante della ricorrente e non, come avrebbe dovuto essere, anche per i componenti del consiglio direttivo il quale, secondo statuto, è l'organo amministrativo dell'associazione. In secondo luogo il piano economico-finanziario non è stato nemmeno sottoscritto, mentre spettava al consiglio direttivo la deliberazione a impegnare l'Associazione in relazione all'offerta in gara. Quindi si è

sostanzialmente di fronte ad offerta carente, in quanto sottoscritta e presentata da soggetto non abilitato a contrarre con la pubblica amministrazione.

B. Con riguardo al verbale del 25 agosto 2009 in cui si attesta che la busta "B" di Aquarium Vallescivria risultata aperta e alla determinazione dirigenziale in pari data prot. 5087/100427.

3. Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis, nonché del principio di par condicio nelle gare pubbliche, dell'art. 10 delle norme di partecipazione alla gara, dei principi fondamentali di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione. Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, travisamento dei fatti Ingiustizia grave e manifesta. I principi in materia di sigillatura del plico contenente l'offerta, a tutela della segretezza e di immodificabilità della stessa e nell'osservanza del principio della par condicio si riferiscono alle buste contenenti l'offerta economica e non quella tecnica, in considerazione degli effetti che la conoscenza dell'offerta economica può produrre sulla valutazione di quella tecnica e non viceversa. A ciò si deve aggiungere che il contenuto della busta contenente l'offerta tecnica non è fuoriuscito dalla busta medesima comunque sigillata sui lembi di chiusura in origine.

C. Con riguardo agli artt. 8 e 10 delle norme di partecipazione in relazione all'art. 5 del progetto offerta.

4. Violazione dei principi fondamentali di imparzialità al buon

andamento della Pubblica Amministrazione e del principio del favor participationis. Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza. Ingiustizia grave e manifesta. L'art. 8 delle norme di partecipazione stabilisce che all'interno di un unico plico debbano essere inserite tre buste, mentre l'art. 5 del progetto offerta stabilisce che l'offerta possa essere nel suo complesso fascicolata in un unico fascicolo. Tali previsioni appaiono in netto irragionevole contrasto tra esse.

5. Violazione dei principi fondamentali di imparzialità al buon andamento della Pubblica Amministrazione e del principio del favor participationis. Eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità ed irragionevolezza. Ingiustizia grave e manifesta per eccessivo formalismo. L'art. 10 delle norme di partecipazione è irragionevole, laddove prevede l'esclusione per le offerte tecniche ed economiche non presentate in busta chiusa e sigillata sui lembi di chiusura, visto l'eccessivo formalismo imposto a fronte di assenza di vantaggi per l'Amministrazione. Le esigenze di segretezza, immutabilità dell'offerta e par condicio dei concorrenti devono ritenersi tutelate già con l'inserimento in un unico plico principale, chiuso sigillato di tutti i documenti di gara.

L'aggiudicataria concludeva per l'accoglimento del ricorso incidentale.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Devono dapprima essere esaminati, per ragioni di ordine logico, i primi due motivi del ricorso incidentale, concernenti la partecipazione alla gara della ricorrente principale.

Con il primo motivo l'Acquarium Vallescriviva sostiene che la ricorrente principale dovesse essere esclusa dalla gara ai sensi dell'art. 34 D. Lgs. 163/06 e dell'art. 2 delle norme di partecipazione, in quanto associazione non riconosciuta e quindi priva di personalità giuridica.

Il Collegio condivide pienamente quanto affermato dalle difese dell'A.S.D. Pinguini.

Se l'art. 2 delle norme di partecipazione indica quali soggetti concorrenti quelli elencati dall'art. 34 D. Lgs. 163/06 che non riporta le associazioni non riconosciute, esso non può che considerarsi meramente indicativo. A prescindere dalla mancanza di tassatività nell'elencazione di cui all'art. 34 predetto (Cons. Stato, VI, 16 giugno 2009 n. 3897), solamente in questo modo può risolversi l'antinomia (apparente) con l'art. 3 punto 8 delle stesse norme di partecipazione, il quale recita espressamente che i concorrenti non devono essere sottoposti alle sanzioni interdittive di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231, includendo espressamente tra questi le associazioni prive di personalità giuridica. Tale interpretazione non può che essere quella corretta, alla luce di una serie di principi che governano il sistema: in primo luogo l'art. 20 del D. Lgs. 163/06 che, rinviando all'allegato II B, esclude l'applicazione in blocco dello

stesso D. Lgs. 163/06 ai servizi sportivi, in secondo luogo l'art. 30 stesso D. Lgs., il quale prevede che le concessioni di servizi vengano attribuite sulla base dei principi del codice degli appalti senza un'applicazione pedissequa, in terzo luogo l'art. 90 co. 25 L. 289/02 (legge finanziaria per il 2003) stabilisce gli impianti sportivi degli enti pubblici territoriali vengano affidati in via preferenziale a società e ad associazioni sportive dilettantistiche, notoriamente in grande parte non riconosciute. Questa ultima previsione ha trovato attuazione nella legge regionale ligure n. 40/09, con la conseguenza pratica di una larga attribuzione di impianti sportivi a soggetti non riconosciuti. La Sezione, pur nell'adesione a quanto espresso dalle difese della ricorrente principale delle regole statutarie delle associazioni sportive e sulle garanzie patrimoniali, rileva la sufficienza delle considerazioni finora espresse per ritenere l'infondatezza della censura.

Con il secondo motivo la ricorrente incidentale si duole che la sussistenza dei requisiti di ammissione da parte della Associazione Pinguini sia stata presentata solo per il legale rappresentante e non per l'intero consiglio direttivo, organo amministrativo del soggetto, ed inoltre che il piano economico finanziario allegato non sia stato sottoscritto.

Il motivo è infondato.

A fronte dell'assenza nelle norme di partecipazione di una previsione espressa inerente la presentazione dei requisiti in capo all'organo o agli organi di vertice delle associazioni non riconosciute, devono

valere i principi di cui all'art. 38 cod. civ., per cui delle obbligazioni assunte dalle associazioni non riconosciute rispondono anche personalmente e solidalmente coloro i quali hanno agito in nome e per conto dell'associazione stessa: nel caso di specie quindi, andavano presentati, così come è stato, le attestazioni della sussistenza dei requisiti esclusivamente per Franco Falcone, presidente ed unico rappresentante legale dell'Associazione Dilettantistica Pinguini, non avendo rappresentanza alcuna gli altri componenti del consiglio direttivo.

Quanto alla mancata sottoscrizione del piano economico finanziario, questo è un allegato all'offerta economica ed è questa ultima che va sottoscritta, mentre per il piano, fascicolato a corredo, non vi sono prescrizioni in tal senso, né se ne può interpretare in qualche modo l'esistenza.

Passando al ricorso principale, si deve dapprima sgombrare il campo dal motivo aggiunto, concernente il piano economico finanziario offerto dall'aggiudicataria.

L'eccezione di tardività sollevata dalle controparti è fondata.

Il piano economico finanziario è stato infatti prodotto in giudizio dalle difese della Provincia di Genova il 2 dicembre 2009 in vista della trattazione della domanda cautelare poi rinunciata.

La proposizione del motivo aggiunto in data 19 febbraio 2010 è avvenuta evidentemente oltre il termine di legge.

L'esame del motivo unico del ricorso può avvenire congiuntamente

all'esame dei residui tre motivi del ricorso incidentale.

Il motivo proposto con il ricorso principale censura l'illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura, visto che la busta contenente l'offerta tecnica era stata rinvenuta aperta dalla commissione al momento dell'apertura del plico inviato dalla società Aquarium Vallescivria.

Il fatto non è contestato, ma le controparti rilevano che in ogni caso le tre singole buste - contenenti la prima la domanda di ammissione, la seconda l'offerta economica, la terza appunto l'offerta tecnica - si trovavano al momento del ricevimento in un plico chiuso, da questo erano state estratte senza che i documenti relativi all'offerta tecnica fuoriuscissero, che dunque la par condicio non era stata violata e che per ragioni di interesse pubblico connesse al principio del favor participationis si era correttamente proceduto ad una nuova sigillatura, mantenendo il segreto sui contenuti.

Il motivo è fondato.

L'art. 8 delle norme di partecipazione stabilisce che "le tre buste devono essere sigillate sui lembi di chiusura con ceralacca o con striscia di carta incollata o nastro adesivo personalizzato o sigillatura equivalente, recanti a scavalco su detti lembi di chiusura di timbro dell'offerente e la sigla"; per il seguente art. 10 lett. C "le offerte tecniche ed economiche non presentate in busta chiusa e sigillata sui lembi di chiusura costituiscono motivo di esclusione dalla procedura di gara".

Questa Sezione ha affermato con recentissima pronuncia che l'espressa comminatoria di esclusione di un partecipante ad una gara pubblica stabilita negli atti recanti la *lex specialis* ha, secondo pacifica giurisprudenza amministrativa, valore di autovincolo per l'amministrazione procedente: una volta indicato nel bando - o nella lettera di invito o nel disciplinare o nel capitolato speciale - la necessità che i singoli partecipanti tengano conto di una serie di precisi adempimenti a pena di esclusione nel caso di omissione, l'amministrazione ha discrezionalmente operato una scelta sulle modalità di redazione della domanda di partecipazione, ponendo a se stessa e a tutti gli offerenti regole inequivocabili, dalle quali tanto l'amministrazione, quanto gli offerenti non potranno prescindere e ciò proprio ove, si ripete, la sanzione dell'esclusione sia, come nel caso di specie, del tutto univoca.

Perciò all'omissione dell'adempimento dovrà forzatamente seguire l'allontanamento dalla gara, né potranno soccorrere eventuali interpretazioni inerenti l'utilità della clausola ai fini del rispetto degli scopi perseguiti dalla stazione appaltante, dato che la rilevanza sostanziale per valutare la regolarità di una domanda di partecipazione deve essere considerata dal giudice amministrativo solamente nei casi in cui la P.A. procedente non ha ritenuto di prevedere espressamente l'ipotesi dell'esclusione.

Il principio del *favor participationis* non può essere quindi invocato, perché da un lato esso viene superato da norme di specie e perché

dall'altro verrebbe sacrificato il principio della par condicio, in quanto l'espressa comminatoria di esclusione va rispettata in ossequio alla posizione degli altri concorrenti che hanno rispettato la clausola vincolante (T.A.R. Liguria, 2^a, 15 aprile 2010 n. 1792).

Né tantomeno sono utili i rilievi e le operazioni svolti dalla commissione di gara, inerenti gli uni il fatto che comunque nessuno ha potuto conoscere i contenuti dell'offerta tecnica, perché non fuoriusciti, le altre l'immediata richiusura (la busta era probabilmente scollata): da un lato, prescindendo dalla predetta vincolatività della clausola, la mancata conoscenza non può essere dimostrata, dall'altro la richiusura non può avere valore di sanatoria.

Dalle considerazioni sin qui svolte consegue anche l'infondatezza del terzo motivo del ricorso incidentale, in cui si sostiene che il vincolo della sigillatura della busta riguardasse la sola offerta economica: il richiamo agli artt. 8 e 10 delle norme di partecipazione rende invece evidente l'ampiezza della previsione.

Infondato appare poi il quarto motivo del ricorso incidentale, secondo il quale l'offerta andava complessivamente fascicolata e quindi non vi sarebbe stata ragione di chiudere necessariamente parti della medesima in buste separate ed autonomamente sigillate.

L'art. 5 del progetto offerta non può che essere necessariamente interpretato come riferito alla fascicolazione delle singole tre parti dell'offerta – domanda di partecipazione, offerta tecnica ed offerta economica - visto che non si potrebbe altrimenti comprendere il

combinato disposto degli artt. 8 e 10 sull'obbligo a pena di esclusione della rigorosa separazione in tre buste sigillate, timbrate e siglate.

Resta da esaminare l'ultimo motivo del ricorso incidentale, concernente l'irrazionalità per eccessivo formalismo, della clausola che prevede l'esclusione dalla gara del concorrente che ha presentato nella sua domanda le buste relative alle offerte tecnica o economica aperte, visto anche che esse si trovavano di già in un ulteriore plico chiuso.

Anche tale censura è infondata.

Il il Collegio non ritiene che la clausola possa essere ritenuta irragionevole e sproporzionata: la segretezza dei contenuti essenziali delle domande di partecipazione è un bene cardine dei pubblici appalti. Se effettivamente la clausola dell'esclusione delle offerte recanti buste contenenti l'offerta economica o quella tecnica dolosamente o erroneamente aperte appare estremamente rigorosa, soprattutto se in presenza di un'ulteriore chiusura generale, non è oggettivamente caratterizzata da quella arbitrarietà o irrazionalità rappresentate, vista appunto la rigida tutela affidata alla P.A. nell'attuazione della par condicio.

Per le suesposte considerazioni il ricorso principale deve essere accolto e va annullata l'aggiudicazione definitiva alla società Aquarium Vallescivria del servizio di gestione della piscina di Ronco Scivria di cui in controversia.

Inoltre, ai sensi dell'art. 10 D. Lgs. 20 marzo 2010 n. 53, deve essere accolta la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato il 4 novembre 2009 tra la Provincia di Genova e la società Aquarium Vallescrivìa per la gestione del servizio: infatti dalla presente sentenza deriva l'esclusione della società Aquarium Vallescrivìa dalla gara e l'obbligo di aggiudicare il medesimo servizio all'Associazione Sportiva Pinguini classificatasi seconda nella graduatoria.

L'inefficacia decorre dal giorno di pubblicazione del dispositivo della presente sentenza, ritenendo salvi gli effetti del contratto finora maturati, in analogia con i principi discendenti dall'art. 2126 cod. civ. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Liguria, sez. 2[^], definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, respinge il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati e dichiara inefficace il contratto stipulato tra la Provincia di Genova e la controinteressata.

Condanna la Provincia di Genova e la Società Aquarium Vallescrivìa S.S.D. al pagamento delle spese di giudizio a favore della ricorrente, liquidandole in complessivi €. 4.000,00 (quattromila/00) da dividersi in €. 1.500,00 (millecinquecento/00) a carico della Provincia e €. 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a carico della Aquarium Vallescrivìa S.S.D..

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Antonio Bianchi, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Da Assegnare Magistrato, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/05/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO