

N. 00027/2010 REG.SEN.

N. 00082/2009 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 della Valle D'Aosta**

**(Sezione Unica)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 82 del 2009, proposto da:  
Societa' Cooperativa Regisport a R.L., in persona del legale  
rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Giunti, con  
domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Valle d'Aosta, in Aosta,  
piazza Accademia S. Anselmo, 2;

***contro***

Comune di Saint-Vincent, in persona del legale rappresentante,  
rappresentato e difeso dall'avv. Giorgio Santilli, con domicilio eletto  
presso la Segreteria del T.A.R. Valle d'Aosta, in Aosta, piazza Accademia  
S. Anselmo, 2;

***nei confronti di***

Associazione Sportiva Centro Nuoto Saint Vincent, in persona del legale  
rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Hebert D'Herin e

Fabio Fantini, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo, in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

***per l'annullamento***

- della determinazione n. 574, del 30 settembre 2009, adottata dal Segretario del Comune di Saint-Vincent, pubblicata a decorrere dalla stessa data, avente ad oggetto: “aggiudicazione definitiva affidamento in concessione della gestione delle piscine coperta e scoperta ed annesso palazzetto dello sport di Saint Vincent – 01/10/2009 – 30/09/2018”;
- della lettera del Segretario comunale di Saint-Vincent del 30 settembre 2009, avente ad oggetto: “Gara di affidamento in concessione della gestione delle piscine coperta e scoperta ed annesso palazzetto dello sport di Saint Vincent (periodo 1/10/2009-30/09/2018) – comunicazione di esclusione”;
- se del caso, della determinazione n. 442, del 24 luglio 2009, adottata dal Segretario del Comune di Saint Vincent, pubblicata a decorrere dal 28 luglio 2009, avente ad oggetto l’indizione della gara;
- sempre se del caso, del punto 3.3, lettera b), del bando di gara;
- di ogni atto comunque presupposto, preordinato, connesso e conseguente;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Saint-Vincent e dell’Associazione Sportiva ‘Centro Nuoto Saint Vincent’;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Associazione medesima;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2010 il cons. Maddalena Filippi e uditi per le parti gli avvocati: Andrea Giunti per la società ricorrente, Giorgio Santilli per il Comune resistente e Hebert d'Herin per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO e DIRITTO

1. - Oggetto della controversia all'esame è la procedura di gara indetta per l'affidamento in concessione della "*gestione delle piscine coperta e scoperta ed annesso palazzetto dello sport del Comune di Saint-Vincent*", per il periodo 1° ottobre 2009–30 settembre 2018.

1.a - Con il ricorso principale – notificato il 13 novembre 2009 al Comune di Saint-Vincent e alla impresa aggiudicataria - la Società Cooperativa Regisport a r.l. (di seguito, Regisport) impugna la propria esclusione dalla gara e il provvedimento di aggiudicazione definitiva all'Associazione Sportiva 'Centro Nuoto Saint Vincent'.

Nelle premesse in fatto si espone quanto segue:

- in data 24 luglio 2009, con determinazione n. 442, il Segretario del Comune di Saint-Vincent approvava i documenti di gara per l'affidamento in concessione della gestione dell'impianto in questione, con procedura aperta e con termine per la consegna delle offerte fissato alle ore 12.00 del 12 agosto 2009;

- in data 17 agosto 2009, con determinazione n. 496, il Segretario comunale approvava i verbali della Commissione e la provvisoria

aggiudicazione della gara – cui avevano partecipato due sole imprese - alla società ricorrente;

- in data 30 settembre 2009, con determinazione n. 574, il Segretario comunale – rilevato che <<le verifiche eseguite non confermano le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione del concorrente Regisport Srl e relative al possesso dei requisiti di cui al punto 3-3/b del Bando di gara>> in quanto l'impianto indicato dalla società <<non può ritenersi 'analogo'>> nel senso richiesto dalla *lex specialis* - disponeva l'esclusione dalla gara della ricorrente e affidava in via definitiva la gestione della struttura all'Associazione Sportiva 'Centro Nuoto Saint Vincent', risultata prima in graduatoria ed unica classificata.

1.b – Insieme al provvedimento di esclusione e di aggiudicazione definitiva, la società ricorrente impugna - se del caso – gli atti di indizione del procedimento di gara ed in particolare il punto 3.3, lettera b), del bando.

1.c – In data 27 novembre 2009 si è costituito in giudizio il Comune di Saint-Vincent chiedendo il rigetto del ricorso.

Anche l'intimata Associazione Sportiva 'Centro Nuoto Saint Vincent' si è costituita in giudizio – in data 9 dicembre 2009 – contestualmente proponendo ricorso incidentale.

1.d – Alla camera di consiglio dell'11 dicembre 2009 la società ricorrente ha rinunciato all'istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati.

All'udienza del 10 febbraio 2010 la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione.

2. - Ragioni di priorità logica inducono il Collegio ad iniziare l'esame dall'impugnativa incidentale.

2.a - Con il motivo centrale la aggiudicataria Associazione Sportiva 'Centro Nuoto Saint Vincent' rileva che la ricorrente principale - in sede di presentazione della propria offerta - non ha prodotto il piano economico finanziario, sottolineando che tale documento è previsto dal bando, in più punti, come "obbligatorio" in relazione alla necessità di dimostrare la fattibilità economica dell'investimento.

Ad avviso della ricorrente incidentale, l'operato della Commissione giudicatrice è da ritenersi illegittimo sotto più di un profilo:

- a) prima di tutto, per la mancata esclusione di Regisport, una volta accertato che la relativa offerta non conteneva il piano economico finanziario;
- b) in secondo luogo, per aver consentito a tale società di integrare l'offerta tecnica mediante la produzione del piano;
- c) da ultimo, per aver consentito alla società medesima di modificare il contenuto della propria offerta successivamente al termine di scadenza fissato dal bando.

2.b – Il motivo è fondato sotto tutti i profili dedotti.

Il bando di gara stabiliva – con riguardo all'offerta tecnica e all'elemento valutativo relativo agli "interventi di riqualificazione dell'impianto sportivo" (punto 5.1.2-Parte 2°) – che, <<*al fine di dimostrare la fattibilità*

*economica dell'investimento in relazione ai ricavi e costi sostenuti per i servizi e la gestione>>, il concorrente avrebbe dovuto <<obbligatoriamente presentare un piano economico finanziario>>.*

Nei medesimi termini – anche quanto alla obbligatorietà – questo adempimento veniva poi riportato nella parte del bando (punto 10 – criterio di aggiudicazione) ove erano richiamati gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica.

Come si legge nel verbale n. 2 – relativo alla seduta del 13 agosto 2009 – la Commissione ha rilevato che << *il piano economico-finanziario previsto al punto 10 del bando di gara . . . redatto dal concorrente n. 1 risulta poco esaustivo*>> e ha quindi ritenuto << *opportuno richiedere alla Regisport S.c.r.l. di provvedere ad integrare l'offerta tecnica presentando un piano economico finanziario dettagliato, completo di costi di gestione (compresi gli oneri di ammortamento relativi agli investimenti proposti) e dei ricavi previsti, al fine di dimostrare la fattibilità economica dell'investimento complessivamente proposto*>>.

In effetti - come risulta dagli atti (doc. 10 della ricorrente incidentale) - l'offerta tecnica presentata dalla ricorrente principale si limitava a specificare, sotto il titolo "piano economico e finanziario", che << *la fattibilità economica degli investimenti proposti per una spesa complessiva di 110.000,00 euro, suddivisa in 50/ 35/ 25.000,00 euro l'anno, è giustificata:*

- per circa il 15% annuo dalla stima dei minori costi conseguenti;*
- per circa il 15% annuo dalla stima dei maggiori ricavi conseguenti;*
- per circa il 25% annuo dalla stima dei minori oneri fiscali conseguenti;*

- per il restante 45% annuo dal minor canone offerto per la gestione negli anni di ammortamento degli investimenti stessi>>.

La specificazione appena riportata - come osserva la ricorrente incidentale - non può essere definita un piano economico finanziario, ma una mera e generica imputazione degli investimenti proposti.

E' vero – come sottolinea la ricorrente principale – che il bando non specificava nel dettaglio i contenuti e le voci in cui avrebbe dovuto essere articolato il piano economico finanziario.

Va però sottolineato che la Commissione – rilevando la scarsa “esaustività” del piano e individuandone le carenze nella mancata indicazione dei costi di gestione e dei ricavi previsti – implicitamente ha riconosciuto come, in assenza di tali indicazioni, l’offerta nemmeno conteneva gli elementi essenziali, oggetto di necessaria considerazione in sede di valutazione della fattibilità economica dell’investimento complessivamente proposto.

E tanto basta ad escludere che l’offerta di Regisport fosse corredata del documento cui il bando ha inteso fare riferimento al punto 5.1.2 della Parte 2°.

D'altra parte, è la stessa ricorrente principale a dichiarare – nella sezione dell’offerta dedicata al “piano economico finanziario” - che tale piano è stato <<stimato e non redatto per le citate ragioni di tempo>>.

Tanto è vero che l’integrazione documentale – trasmessa con nota che reca il seguente oggetto: “richiesta piano finanziario” - è costituita da una “Relazione al piano economico finanziario” e da un prospetto contenente

il vero e proprio “Piano economico finanziario” in cui sono elencate le varie voci di costo (<<*personale; collaboraz./promozioni; canone; acquisto prodotti vari; spese energia; amministrazione; imposte; investimenti; spese varie*>>) e di ricavo (<<*società/associaz.; corsi/scuole; anziani/disabili; nuoto libero; corsi vari; sauna; palestra/tennis; pubblicità; bar; servizi vari*>>), singolarmente indicate per ognuno degli anni della prevista durata del rapporto (2009-2018).

Il piano – che in effetti viene a sostituire le sette righe indicate nell’offerta – risulta così presentato solo il 14 agosto 2009, dunque ben oltre il termine di scadenza fissato nel bando.

Quanto poi alla circostanza che il bando non contenesse l’espressa comminatoria dell’esclusione dalla gara, in caso di mancata presentazione del piano economico finanziario, è sufficiente il rilievo che – come sottolinea la ricorrente incidentale – la previsione di obbligatorietà (più volte ribadita dal bando, come già accennato) equivale nella sostanza ad una comminatoria di tale contenuto.

Nemmeno è rilevante, da ultimo, la circostanza che la *lex specialis* - avendo stabilito la scadenza per la presentazione dell’offerta in una data successiva di soli 15 giorni rispetto a quella di pubblicazione del bando, fissata, per di più, in pieno periodo estivo (12 agosto) – non avrebbe consentito la materiale redazione del piano economico finanziario: sul punto basta la considerazione che la richiesta di integrazione documentale formulata dalla Commissione è pervenuta via fax a Regisport il 13 agosto 2009 e che la trasmissione della nuova documentazione – contenente la relazione ed il piano economico finanziario – è stata spedita dalla società il giorno



successivo (doc. 6 della controinteressata, ove la data, per una svista, viene indicata come 14 “luglio” 2009).

2.c – Il motivo è poi fondato nella parte in cui deduce violazione dell’articolo 46 del codice dei contratti pubblici (approvato con decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

Come esattamente rileva la ricorrente incidentale, il potere di chiedere chiarimenti o integrazioni – che questa disposizione attribuisce alla commissione di gara - vale limitatamente alla documentazione relativa ai requisiti di partecipazione (di ordine generale, di capacità economica-finanziaria e di capacità tecnico-professionale) e non si estende sino a ricomprendere elementi dell’offerta (tecnica e/o economica).

In questo senso la giurisprudenza ha sottolineato come il potere-dovere dell’amministrazione di chiedere un’integrazione documentale - codificato dal richiamato articolo 46 - può riferirsi esclusivamente alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di partecipazione: di conseguenza, non può essere invocato per supplire all’inosservanza di adempimenti procedurali significativi (Sez. V, 22 febbraio 2010 , n. 1038; 27 marzo 2009 , n. 1840).

2.d - Il motivo è fondato altresì nella parte in cui si sostiene che – attraverso la presentazione della richiesta integrazione documentale – Regisport ha in realtà effettuato una vera e propria integrazione del contenuto dell’offerta tecnica.

Sul punto è sufficiente la lettura della documentazione trasmessa dall’impresa in risposta alla richiesta della Commissione, ove compare –

per la prima volta – la previsione di <<*ulteriori investimenti di 10.000,00 euro per gli anni 2013 e 2014*>>, non indicati nell’offerta originaria.

Attraverso l’integrazione documentale è stata così consentita una integrazione dell’offerta, in palese violazione della *par condicio* tra le concorrenti.

Anche sul punto la giurisprudenza ha chiarito come il potere di soccorso sancito dall’articolo 46 del codice dei contratti pubblici incontra il limite del divieto di stravolgimento dell’offerta originaria, la quale non può trasformarsi - per il tramite dei chiarimenti e delle integrazioni documentali forniti dall’impresa - in un *quid* di sostanzialmente nuovo o diverso (Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2009 , n. 826).

3. – Il ricorso incidentale va dunque accolto e per l’effetto – in considerazione dell’accertata illegittimità della mancata esclusione dell’offerta di Regisport – viene meno l’interesse alla decisione del ricorso principale, nella parte in cui impugna gli atti conclusivi del procedimento di gara: per tale parte il ricorso principale va quindi dichiarato improcedibile.

4. - L’interesse ad una decisione nel merito residua invece - come evidenziato dalla società ricorrente nell’ultima memoria - con riguardo alla impugnazione, *in parte qua*, del bando di gara.

La norma della *lex specialis* oggetto di contestazione è il punto del 3.3, lettera b) – concernente i “requisiti di carattere economico-finanziario e capacità tecnico-professionale (artt. 41 e 42 D.Lgs.)” – ai sensi del quale <<*il concorrente deve aver gestito nei tre anni antecedenti la data di pubblicazione del*

*presente bando almeno un impianto natatorio analogo costituito da almeno una piscina coperta, una scoperta e palestra per una durata minima di sei mesi continuativi>>.*

4.a – Con un primo motivo si deduce illogicità e sviamento in relazione al requisito concernente la gestione di un impianto “analogo”: ad avviso della società ricorrente il requisito era in realtà riferito ad un impianto “identico” a quello oggetto dell’affidamento, attualmente gestito dalla associazione controinteressata.

La censura non è fondata

Come viene bene evidenziato nella memoria del Comune, la gestione di cui è questione riguarda un “complesso polivalente”, idoneo ad ospitare l’esercizio di diverse discipline sportive, sia al coperto, sia all’aria aperta, ed anche manifestazioni non sportive di vario genere, come campionati di tennis-tavolo, calcio-balilla, pallavolo, mostre feline, ecc.

Il punto 2.1 del bando contiene una dettagliata descrizione dell’impianto come complesso costituito dalle seguenti componenti:

*<<n. 1 Palestra con campo da pallacanestro/pallavolo/calciotto con annesse tribune;*

*n. 1 palestrina per attività sportive varie;*

*n. 1 piscina coperta con: n. 1 vasca grande 25 ml x 8 corsie omologate da ml 2 e n. vasca piccola ml 17 x 5;*

*n. 1 piscina scoperta con: n. 1 vasca grande 25 ml x 5 corsie da 2,5 ml e n. 1 vasca piccola ml 10 x 5;*

*Spogliatoi e docce a servizio delle palestre e delle piscine;*

*n. 2 bar (n. 1 interno alla struttura e n. 1 a servizio della piscina scoperta);*

*zona verde;*

*locali tecnici;*

*n. 1 campo da tennis coperto con annessi servizi igienici e zona verde>>.*

Proprio la complessità e l'articolazione della struttura oggetto di affidamento impediscono di ritenere che il requisito previsto dal bando fosse riferito ad un impianto "identico": l'analogia richiesta doveva intendersi riferita – non alle singole strutture sportive – ma al profilo della 'contestuale' gestione di più impianti, non necessariamente identici.

4.c – Le considerazioni appena svolte conducono invece a ritenere fondata la medesima censura di irragionevolezza dedotta avverso il secondo requisito di carattere economico-finanziario e di capacità tecnico-professionale, stabilito dall'impugnata norma della *lex specialis*.

Deve infatti ritenersi che - tenuto conto della complessità dell'impianto - non sia ragionevole contenere in soli sei mesi la durata minima della gestione utile ai fini dell'integrazione del requisito di partecipazione.

Proprio la presenza, nel medesimo complesso, di impianti sportivi così diversi, di due bar, di spazi verdi, di strutture collocate al coperto, e di altre situate all'aria aperta – induce a ritenere che un periodo addirittura inferiore all'anno solare non offra elementi sufficienti per una valutazione circa la serietà dell'offerta sotto i due diversi profili, quello economico-finanziario e quello della capacità tecnico-professionale. Tanto più se si considera la durata – nove anni – della gestione oggetto di affidamento (stesso principio in ordine alla ragionevolezza del requisito, si ricava da Cons. St., Sez. VI, 11 gennaio 2010, n. 14).

4.d – Sul punto, non possono invece essere condivise le considerazioni con cui l'associazione controinteressata eccepisce l'inammissibilità della censura per difetto di interesse, in relazione alla circostanza che la stessa ricorrente afferma di gestire <<da oltre dieci anni svariati impianti di gran lunga più impegnativi rispetto a quello oggetto di gara>>, e tenuto altresì conto che l'esclusione dalla gara della ricorrente medesima non è motivata dal difetto di continuità temporale della pregressa gestione.

Le deduzioni su cui si fonda l'eccezione non sono conferenti.

Che la ricorrente abbia interesse ad una pronuncia sulla legittimità della impugnata disposizione della *lex specialis* emerge con evidenza se solo si considera la diversa incidenza - in termini di partecipazione - di un requisito di maggiore severità sotto il profilo del carattere economico-finanziario e della capacità tecnico-professionale, tenuto conto che l'Associazione aggiudicataria ha presentato come referenze una gestione degli impianti per un periodo inferiore all'anno.

In definitiva, l'interesse della ricorrente va affermato sotto i due profili:

- a) in quanto contesta la legittimità dell'intero procedimento, ha interesse al suo rinnovarsi;
- b) in quanto contesta la legittimità del requisito, sottrae - allo stato - una possibilità di aggiudicazione alla (unica) concorrente.

5. – Il ricorso principale va quindi in parte dichiarato improcedibile e va invece accolto nella parte in cui impugna il punto 3.3, lettera b) del bando, limitatamente alla previsione che circoscrive in soli sei mesi la durata della gestione rilevante ai fini della integrazione del requisito di partecipazione.

Di conseguenza, è annullata l'intera procedura, inclusa l'aggiudicazione all'Associazione controinteressata.

Le spese e le competenze di giudizio – tenuto conto della parziale soccombenza - possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta:

- accoglie il ricorso incidentale;
- in parte dichiara improcedibile, in parte accoglie il ricorso principale, e per l'effetto annulla, in parte qua, l'art. 3.3, lett. b) del bando e l'aggiudicazione definitiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Paolo Turco, Presidente

Maddalena Filippi, Consigliere, Estensore

Silvio Ignazio Silvestri, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/03/2010

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

IL SEGRETARIO