



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 672 del 2012, proposto da:

Nuova Sportiva Societa' Sportiva Dilettantistica a.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria Costituenda Team Marche CIS, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Pianesi, Fabio Dani, con domicilio eletto presso l'Avv. Luigi Pianesi, in Ancona, viale della Vittoria, 6;

contro

Comune di Osimo, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Galvani, con domicilio eletto presso l'Avv. Andrea Galvani, in Ancona, corso Mazzini, 156;

nei confronti di

Team Osimo Nuoto A.S.D., rappresentata e difesa dall'avv. Donato Maniscalco, con domicilio eletto presso l'Avv. Piero Novelli, in Ancona, corso Mazzini, 107;

per l'annullamento

- della deliberazione della Giunta Comunale di Osimo n. 170 del 22 agosto 2012, recante l'affidamento alla Associazione Sportiva controinteressata della gestione dell'impianto natatorio di Via Vescovara per l'anno agonistico 2012/2013;
- della deliberazione della Giunta Comunale n. 164 dell'1 agosto 2012, recante l'indizione della procedura concorrenziale, mediante approvazione di avviso pubblico;
- dell'avviso pubblico allegato alla deliberazione G.C. n. 164 dell' 1 agosto 2012, nonché, per quanto occorrer possa, della deliberazione consigliere n. 103 del 21 novembre 2007 di approvazione del Regolamento per la concessione in gestione di impianti sportivi;
- di qualsivoglia ulteriore provvedimento, antecedente e/o successivo, non cognito;

per la declaratoria

di inefficacia del contratto di concessione se ed in quanto stipulato; nonché, per il risarcimento del danno subito dalla ricorrente nella misura da quantificare in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Osimo e di Team Osimo Nuoto A.S.D.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2013 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza 14/1/2013, n. 52;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società sportiva ricorrente impugna i provvedimenti con cui il Comune di Osimo ha affidato alla controinteressata la gestione della piscina comunale di via Vescovara per il periodo 1/9/2012-31/8/2013.

La ricorrente, in a.t.i. con la società Team Marche CIS di Falconara Marittima, ha preso parte alla procedura ad evidenza pubblica indetta dal Comune per l'individuazione del gestore, ma nonostante abbia presentato la migliore offerta (ossia, un canone da riconoscere al concedente pari a € 30.000,00 anziché a € 28.550,00 come previsto dall'avviso di gara, e un corrispettivo a carico dell'amministrazione di € 20.000,00 anziché di € 25.000,00, come previsto dall'avviso di gara) non è risultata aggiudicataria in quanto il bando prevedeva come requisito preferenziale l'essere il gestore una società sportiva avente sede nel territorio di Osimo.

2. Il provvedimento di aggiudicazione viene impugnato per i seguenti motivi:

- violazione art. 30 D.Lgs. n. 163/2006 e dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento;
- violazione art. 90, comma 25, L. n. 289/2002 e artt. 18 e 19 L.R. n. 5/2012 (illegittimità del requisito preferenziale previsto dal bando di gara);
- in ogni caso, erroneità dei presupposti ed errata applicazione del bando, in quanto per "locali" non possono essere intese solo le società sportive osimane, ma perlomeno anche quelle della Provincia di Ancona (per cui, avendo la mandante Team Marche CIS sede a Falconara Marittima, l'a.t.i. capeggiata da Nuova Sportiva soddisfaceva il suddetto requisito preferenziale e doveva essere individuata quale aggiudicataria);
- violazione dei principi di trasparenza e pubblicità (in quanto il Comune non ha dato pubblicità alle sedute di gara e dunque non è dato sapere quando e da chi sono state aperte le offerte e se tali operazioni sono avvenute in seduta pubblica).

La ricorrente propone altresì domanda di risarcimento del danno.

3. Si sono costituiti sia il Comune che la controinteressata, eccependo che:

- il servizio di che trattasi è privo di rilevanza economica;
- il Comune ha inteso privilegiare le società osimane in quanto ha voluto garantire che la piscina continui a costituire un punto di aggregazione della collettività locale;
- nella specie non andavano osservate tutte le regole stabilite per gli appalti relativi a servizi aventi rilevanza economica;
- la ricorrente e la sua mandante sono società a responsabilità limitata e dunque perseguono un fine di lucro, nel mentre il Comune aveva riservato la partecipazione a soggetti non aventi fine di lucro;
- la domanda risarcitoria non merita accoglimento, in via principale quale conseguenza dell'infondatezza della domanda impugnatoria e in subordine perché nessuna colpa può essere ritenuta sussistente in capo all'amministrazione e perché l'accoglimento del ricorso implica al limite la ripetizione della procedura. Né può essere accolta la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, visto che esso è stato stipulato nel mese di ottobre 2012 ed ha una durata di soli 12 mesi.

4. Nella camera di consiglio dell'8 novembre 2012, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Collegio ha sollevato d'ufficio la questione relativa all'avvenuta formulazione o meno della domanda di reintegrazione in forma specifica (questione sulla quale il difensore della ricorrente ha replicato già in sede di discussione orale).

All'esito della discussione, il Tribunale, con ordinanza n. 531/2012, ha fissato per il 10 gennaio 2013 l'udienza di trattazione del merito.

In vista della celebrazione dell'udienza pubblica la ricorrente, con memoria depositata in data 21/12/2012, ha ribadito la fondatezza delle censure dedotte ed ha precisato che la domanda di reintegrazione in forma specifica (*id est*, domanda di subentro, previa declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato) è contenuta nel ricorso introduttivo e che, laddove il Tribunale dovesse ritenere non possibile dal punto di vista tecnico il subentro, il risarcimento deve essere disposto per equivalente e che la somma da liquidare in via equitativa deve comprendere anche il c.d. danno curriculare.

Con memorie di replica depositate in data 21 e 28 dicembre 2012, la difesa del Comune ha eccepito l'inammissibilità della domanda formulata nella citata memoria non notificata ed ha quindi dichiarato di non accettare il contraddittorio sulla domanda di risarcimento del c.d. danno curriculare (in quanto formulata per la prima volta in memoria). In generale, ha eccepito l'inammissibilità della domanda risarcitoria per genericità, in quanto non può essere chiesta al giudice la liquidazione del danno patrimoniale in via equitativa per supplire alle carenze probatorie della parte attrice.

5. Premesso quanto sopra, la domanda impugnatoria va accolta, atteso che:

- l'avviso del Comune secondo cui il servizio in argomento non avrebbe rilevanza economica non è condivisibile. In effetti, sono le stesse deduzioni rassegnate dalla controinteressata nella memoria di costituzione a confermare che la gestione di impianti sportivi pubblici (nella specie, la piscina di Osimo) produce utili economici anche rilevanti. Né ad escludere tale natura è sufficiente il fatto che le tariffe praticate dal gestore debbono essere concordate con il Comune e che esistono altri vincoli a carico dell'aggiudicatario, in quanto questo risponde pur sempre alla finalità ultima del servizio, che è quella di consentire alle società sportive ed ai singoli utenti di poter utilizzare un impianto sportivo pubblico (e del resto quello della sottoposizione delle tariffe all'approvazione dell'autorità concedente è un fenomeno del tutto comune in materia di concessioni di beni e servizi pubblici);

- nel caso in esame, poi, la qualificazione del servizio come non avente rilevanza economica costituisce un *posterius* rispetto alla decisione dell'amministrazione di affidarlo a società locali. Si assiste, cioè, ad un'inversione logica del procedimento, nel senso che la Giunta Comunale ha qualificato il servizio come non avente rilevanza economica al solo di fine di giustificare a posteriori la propria decisione. Fra l'altro, il discorso potrebbe avere una sua logica se la partecipazione alla gara fosse stata riservata solo a società sportive dilettantistiche osimane, mentre il bando non inibiva l'accesso anche a concorrenti aventi sedi in altri comuni (tanto è vero che l'a.t.i. capeggiata dalla ricorrente non è stata esclusa);

- è del tutto infondato, poi, l'assunto della controinteressata secondo cui la ricorrente non avrebbe potuto partecipare poiché costituita nella forma giuridica della s.r.l. In effetti, l'art. 90 della L. n. 289/2002 prevede espressamente che le società sportive dilettantistiche (S.S.D.) possano anche assumere la veste giuridica di s.r.l., gli unici vincoli essendo quelli di indicare nella ragione sociale la natura di S.S.D. e di destinare tutti gli utili ad attività societarie. E lo statuto della ricorrente si conforma perfettamente al dettato normativo (vedasi l'art. 3 dello Statuto, riportato nella visura camerale della ricorrente, in cui si precisa chiaramente che la società non ha fini di lucro. Analoga clausola è contenuta nello Statuto della mandante Team Marche CIS S.r.l.). Né può sostenersi che il progetto dell'a.t.i. sarebbe irrealizzabile in quanto espressamente legato ad un periodo di gestione pari almeno a 10 anni. In effetti, *in parte qua* la ricorrente nell'offerta tecnica si limita ad esporre all'amministrazione la convenienza di un affidamento prolungato della gestione (illustrando gli investimenti che essa ricorrente potrebbe effettuare in un determinato arco temporale), ma senza che tali puntualizzazioni possano essere qualificate come una condizione ai sensi dell'art. 1353 c.c. In ogni caso, l'amministrazione non l'ha esclusa dalla gara per avere presentato un'offerta

condizionata;

- ma anche a voler prescindere da tutto quanto detto, il Comune ha violato la normativa regionale di riferimento, ed in particolare gli artt. 18 e 19 della L.R. n. 5/2012, attuativi proprio dell'art. 90, comma 25, della L. n. 289/2002. L'art. 18, comma 3, prevede espressamente che *“L'uso degli impianti sportivi deve essere improntato alla massima fruibilità per la pratica di attività sportive, ricreative e sociali ed è garantito, sulla base di criteri obiettivi, a tutte le società e associazioni sportive che praticano le attività a cui l'impianto è destinato”, mentre l'art. 19, per quanto di interesse, dispone che “1. I soggetti cui affidare la gestione degli impianti sportivi sono individuati tra coloro che presentano idonei requisiti, in base a procedure di evidenza pubblica nel rispetto della normativa vigente.*

2. La gestione degli impianti sportivi è affidata, in via preferenziale, a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e Federazioni sportive nazionali.

3. Gli enti territoriali provvedono a stipulare con i soggetti affidatari convenzioni che stabiliscono i criteri d'uso degli impianti sportivi, nel rispetto delle finalità del presente Capo.

4. L'uso dell'impianto sportivo è garantito anche a società e associazioni sportive non affidatarie...”;

- come è evidente, le predette disposizioni vietano la limitazione della partecipazione ai soli soggetti aventi sedi nel Comune che indice la gara. Questa limitazione non potrebbe, come suol dirsi, essere “fatta rientrare dalla finestra” *sub specie* di criterio preferenziale di aggiudicazione, tanto più quando tale criterio prevale in maniera del tutto irragionevole su altri che hanno la logica priorità (*in primis*, ovviamente, la convenienza dell'offerta tecnico-economica), soprattutto in tempi di notevole contrazione delle risorse finanziarie a disposizione degli enti locali. Ed infatti, esaminando la motivazione della deliberazione di G.M. n. 170/2012, emerge palesemente che, pur a fronte di un'offerta più conveniente, il Comune, applicando il criterio preferenziale in argomento, ha aggiudicato la gestione alla controinteressata;

- *in parte qua*, la normativa regionale prevale su quella statale eventualmente difforme (ma il comma 25 dell'art. 90 della L. n. 289/2002 contiene disposizioni analoghe), trattandosi di ambito riservato dalla legge nazionale alla competenza delle Regioni. Né rileva la disposizione introdotta dall'art. 4, comma 8, del D.L. n. 95/2012 (in seguito modificato dal D.L. n. 179/2012), sia perché la norma fa salvi gli affidamenti senza gara disposti prima della sua entrata in vigore, e non certo quelli disposti in epoca successiva (e la deliberazione di G.C. impugnata con il presente ricorso è stata adottata in un momento in cui la norma era già entrata in vigore), sia perché nella specie non si è in presenza di un affidamento diretto, essendosi svolta una procedura ad evidenza pubblica;

- *ad abundantiam*, si deve poi rilevare la illogicità della decisione qui avversata, nella parte in cui ritiene estranea al contesto territoriale locale una società che opera nel vicino Comune di Falconara Marittima. In questo senso, seppure si volesse dare adeguato rilievo giuridico alle esigenze di valorizzazione delle realtà sportive dilettantistiche locali, la decisione del Comune sarebbe in ogni caso sproporzionata, sia alla luce delle mutate condizioni dei collegamenti viari rispetto ad alcuni decenni addietro, sia perché gli artt. 18 e 19 della L.R. n. 5/2012 prevedono espressamente che l'affidamento della gestione di impianti sportivi pubblici ad un determinato soggetto non priva le altre società sportive e gli utenti individuali della possibilità di fruire degli impianti stessi. Ciò è tanto vero che di recente il Tribunale ha dovuto esaminare, per ora solo in sede cautelare, vicende nelle quali era insorta controversia fra il nuovo gestore della piscina comunale e altra società sportiva a proposito della sufficienza degli spazi che il gestore aveva riservato alle altre società sportive (vedasi i ricorsi nn. 790/2010 e 880/2011 R.G.).

Sono quindi fugate le preoccupazioni del Comune sul fatto che l'affidamento della gestione ad una società “straniera” impedisca alle società sportive ed ai singoli utenti osimani di fruire della piscina;

- risulta altresì violato il principio di pubblicità delle sedute di gara, visto che l'amministrazione non ha chiarito quando e come sono stati aperti i plichi contenenti le offerte (tale violazione, anche se nella specie non è in discussione il contenuto delle offerte stesse, rileva in quanto, ad esempio, l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe potuto essere incompleta dal punto di vista documentale e dunque suscettibile di esclusione).

6. La domanda impugnatoria va dunque accolta, con conseguente annullamento della clausola del bando impugnata e del provvedimento di aggiudicazione.

7. Vanno a questo punto esaminate le domande risarcitorie, premettendo che, in generale, gli appalti aventi ad oggetto la gestione di un bene o di un servizio pubblici si prestano teoricamente ad un subentro "in corsa", eventualmente anche mediante un prolungamento del periodo di gestione, in modo da completare quello previsto dal bando.

8. Nella specie, però, il problema è duplice:

- in primo luogo, si tratta di stabilire se la ricorrente ha proposto domanda di subentro;

- in secondo luogo, occorre verificare se in concreto il subentro è possibile.

8.1. Con riguardo al primo problema, per quanto il Tribunale voglia leggere ed interpretare *in bonam partem* il ricorso introduttivo (la memoria non notificata del 28/12/2012 non è infatti esaminabile, come correttamente eccepito dalla difesa del Comune, se non per l'appunto come memoria, ossia limitatamente all'esposizione delle ragioni per le quali la ricorrente ritiene che la domanda di subentro fosse stata in realtà proposta nel ricorso introduttivo), la domanda di subentro non è stata proposta. In effetti, il ricorso affronta la questione a pagina 2 (dove ci si limita a chiedere il risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente, con riserva di quantificarli in corso di causa) e a pagina 12, in sede di conclusioni (dove la ricorrente si limita a reiterare, anche dal punto di vista letterale, quanto già detto a pagina 2 dell'atto introduttivo). Ora, si deve anzitutto evidenziare che in molti casi, soprattutto all'indomani dell'attribuzione al G.A. della giurisdizione esclusiva *in subiecta materia*, i TAR e il Consiglio di Stato hanno assunto al riguardo un atteggiamento improntato ad un certo *favor*, tanto è vero che molto spesso veniva, ad esempio, pronunciata d'ufficio la nullità (o l'annullamento) del contratto anche in assenza di una espressa domanda di parte, sul presupposto che questo costituisse conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione (e una di queste vicende, decisa in primo grado dal TAR Lecce con sentenza n. 3721/2004, è poi approdata in Cassazione proprio perché la ditta aggiudicataria censurava le decisioni del Tribunale leccese e del Consiglio di Stato *in parte qua*, essendo stata per l'appunto pronunciata la nullità – da parte del TAR – e l'inefficacia del contratto – da parte del Consiglio di Stato - in assenza di domanda di parte. Vedasi la nota ordinanza delle SS.UU. n. 27169/2007); si deve però altresì sottolineare che nel corso degli anni la giurisprudenza amministrativa ha in parte corretto tale atteggiamento, applicando i consolidati principi processuali che si compendiano nelle disposizioni di cui agli artt. 101 e 112 c.p.c. In sostanza, come attualmente è confermato dall'art. 124 cod. proc. amm., la domanda di reintegrazione in forma specifica (che nelle controversie in esame viene denominata "domanda di subentro") è una domanda diversa rispetto a quella impugnatoria e non necessariamente compresa nella stessa. *A fortiori*, il discorso vale per la domanda risarcitoria per equivalente, alla quale si applicano, *mutatis mutandis*, le stesse regole valide per il processo civile. Questo postula in primo luogo che le domande *de quibus* debbono essere proposte espressamente in atti notificati al convenuto e, in particolare per quanto concerne la domanda risarcitoria per equivalente, essere congruamente motivate, anche con riguardo al *quantum* (essendo del tutto evidente che, anche prescindendo dal discorso sul rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa, la conoscenza da parte del convenuto della somma pretesa dall'attore può condizionare in modo spesso determinante anche la condotta processuale del convenuto stesso, non potendosi, ad esempio, escludere che, a fronte di una richiesta non particolarmente esosa e documentata, il convenuto possa transare la lite in sede

stragiudiziale). Con specifico riferimento alla domanda di subentro, invece, la sua formale proposizione consente alla stazione appaltante di far presenti al giudice, ai sensi e per gli effetti dell'art. 122 cod. proc. amm., quali possono essere gli ostacoli di natura tecnica che impediscono di accogliere la domanda stessa.

8.2. Come si può vedere, dunque, alla luce delle disposizioni del Codice del processo amministrativo - nonché di quelle del c.p.c. dianzi richiamate - non si può considerare formalmente proposta una domanda di subentro ellittica e "nascosta" all'interno del ricorso (se non addirittura rimasta solo nella mente o nella penna di parte ricorrente).

In ragione di quanto detto, non si può nemmeno ritenere che la domanda di reintegrazione in forma specifica deve intendersi compresa in quella di declaratoria di inefficacia del contratto, e ciò proprio perché l'art. 124 cod. proc. amm. distingue chiaramente i due momenti. Inoltre, la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto ben può essere finalizzata esclusivamente a provocare la fine anticipata del rapporto negoziale insorto all'esito della gara e l'indizione di una nuova procedura.

Pertanto, la domanda di subentro non può trovare accoglimento, in quanto non proposta (il che risolve anche la seconda delle questioni indicate al precedente punto 8).

Ne consegue, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., la reiezione della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, visto che la domanda di subentro non è stata proposta e che non si versa in alcune delle illegittimità "gravi" di cui all'art. 121 cod. proc. amm.

9. La domanda di risarcimento del danno per equivalente è invece inammissibile allo stato, in parte per genericità e in parte perché proposta con la citata memoria non notificata del 28/12/2012.

Anche in questo caso, oltre al discorso generale fatto al punto 8.1., si deve richiamare la prima giurisprudenza che si è formata sull'art. 6 della L. n. 205/2000, la quale, come è risaputo, ha in molti casi accolto la domanda di risarcimento del danno per equivalente, applicando - anche d'ufficio - il criterio di liquidazione del danno desumibile dall'art. 345 della L. n. 2248/1865 All. F (ossia il 10% dell'offerta economica, depurato del ribasso d'asta praticato dalla ditta ricorrente). E pure a questo riguardo la successiva evoluzione giurisprudenziale ha fatto registrare un parziale *revirement*, avendo il Consiglio di Stato chiarito che anche la domanda di risarcimento per equivalente deve essere provata tanto nell'*an* che nel *quantum* (e a questo proposito vi sono sentenze in cui il giudice di appello è stato particolarmente rigido, richiedendo una prova rigorosa della *deminutio* patrimoniale subita dal ricorrente - vedasi, ad esempio, Cons. Stato, VI, n. 3144/2009). Non a caso l'art. 124 cod. proc. amm. evidenzia che il danno risarcibile per equivalente è solo quello "...subito e provato...".

Nella specie, la società ricorrente non ha chiarito in alcun modo quale sia l'ammontare del danno subito, la qual cosa è di impedimento anche all'applicazione del criterio di cui al citato art. 345 (ammesso che il Tribunale ritenga di poter applicare d'ufficio il criterio medesimo), visto che nella presente gara le offerte dovevano essere formulate in parte in aumento sul canone annuo spettante al Comune e in parte in ribasso sul contributo che il Comune eroga annualmente al gestore; il Tribunale non è pertanto in grado di stabilire quale sia il danno patito dalla ricorrente.

Per il danno curriculare, invece, va dichiarata l'inammissibilità della domanda, in quanto formulata per la prima volta con la memoria non notificata del 21 dicembre 2012.

10. In conclusione:

- va accolta la domanda impugnatoria, con conseguente annullamento della clausola dell'avviso di gara contestata e dell'aggiudicazione;
- va respinta, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto;
- vanno dichiarate inammissibili le domande risarcitorie.

Le spese di giudizio, liquidate in dispositivo, vanno in parte compensate e in parte addossate al Comune. Spese compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie la domanda impugnatoria;
- respinge la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto;
- dichiara inammissibili le domande risarcitorie;
- condanna il Comune di Osimo al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio, che ritiene di liquidare in complessivi € 4.000,00, che compensa per la metà. Spese compensate nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore

Giovanni Ruiu, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/01/2013

IL SEGRETARIO

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