



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 5478 del 2009, proposto da:
Circolo Casetta Bianca Ss.D.R.L., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Giovannelli, con domicilio eletto presso
Paolo Giovannelli in Roma, via Sabotino, 2/A;

contro

Comune di Campagnano di Roma, in persona del sindaco p.t., rappresentato e
difeso dall'avv. Mauro Taglioni, con domicilio eletto presso Jozsef Muller in Roma,
via Crescenzo, 43;

nei confronti di

Ati Asdagepi, costituita da Agepi quale Capogruppo e da - Ssd Sistemi Integrati per
Lo Sport Soc. Sportiva s.r.l., e da - Res Ambiente 91 s.r.l., non costituite;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II TER n.
03946/2009 03946/2009 , resa tra le parti, concernente
AGGIUDICAZIONE GARA PER GESTIONE PISCINA COMUNALE -
RISARCIMENTO DANNI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Campagnano di Roma;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 aprile 2010 il Cons. Aniello Cerreto e uditi per le parti gli avvocati Giovannelli e Taglione;
Visto il dispositivo di decisione n. 289/2010;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe, il TAR Lazio ha dichiarato inammissibile il ricorso, con richiesta anche di risarcimento del danno, proposto da Circolo Casetta Bianca (secondo classificato con punti 57) avverso gli atti della gara indetta dal comune di Campagnano di Roma per la concessione della gestione della piscina comunale coperta di Monterazzano, aggiudicata all'ATI ASDAGEPI (prima classificata con punti 74).

In particolare il Tribunale, condividendo l'eccezione formulata dalle parti resistenti, ha rilevato che il requisito dell'esperienza nella gestione di piscine pubbliche di almeno venticinque metri era previsto nell'avviso di gara ai fini dell'ammissione e che il Circolo ricorrente non possedeva detto requisito e doveva essere escluso dalla gara, per cui non era ammissibile la pretesa del ricorrente di togliere ad altri concorrenti il punteggio legittimamente attribuito in virtù delle regole di gara per l'esperienza nella gestione di piscine pubbliche; che di conseguenza erano inammissibili per mancato superamento della prova di resistenza. Le ulteriori censure tendenti alla sottrazione all'aggiudicataria di ulteriori 7 punti per la qualificazione degli istruttori ed all'attribuzione alla medesima di 5 punti.

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello il ricorrente originario, facendo presente che in vista dell'udienza di merito presso il TAR, fissata per il 9 marzo 2009, aveva rilevato con memoria conclusiva che il decorso di oltre due anni dall'aggiudicazione aveva modificato la situazione in modo da rendere non più vantaggioso il risarcimento del danno in forma specifica, optando esclusivamente per il risarcimento del danno in forma equivalente (per un ammontare complessivo di circa euro 996.000,00).

Ha quindi dedotto quanto segue:

-il TAR ha fondato la sua decisione sul presupposto che era inammissibile il motivo di ricorso concernente la richiesta di annullamento dell'attribuzione di 16 punti all'aggiudicataria, ritenendo che la clausola del bando che prevedeva tale punteggio per la particolare esperienza nella gestione di piscine pubbliche di almeno 25 metri dovesse essere impugnata nel termine di decadenza decorrente dalla pubblicazione del bando, ma la clausola non era immediatamente lesiva, possedendo la ricorrente tutti i requisiti per partecipare alla gara ed incidendo la prescrizione solo sull'attribuzione del punteggio complessivo;

-di conseguenza essendo ammissibile il predetto motivo dovevano essere esaminati dal TAR anche le altre censure;

-il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria, tendente all'esclusione dalla gara dell'istante per non aver mai gestito una piscina di 25 metri di proprietà di un Ente pubblico, era inammissibile per mancata indicazione del nome del legale rappresentante della società Capogruppo della relativa ATI.

L'appellante ha poi espressamente riproposto tutte le censure di primo grado che il TAR aveva assorbito e precisamente:

-illegittimità dell'attribuzione all'aggiudicataria di 16 punti (1 per rispondenza dell'attività svolta, + 5 per esperienza nella gestione di piscine coperte di almeno 25 metri ultimi cinque anni, + 10 per attestazioni rilasciate da Enti pubblici

proprietari di piscine), in quanto attinenti a requisiti di carattere soggettivo che non potevano essere presi in considerazione ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

-illegittimità dell'avviso di gara e del capitolato speciale nella parte in cui si richiedeva il requisito della gestione di una piscina coperta di lunghezza non inferiore a 25 metri di proprietà di Ente pubblico non ravvisandosi ragioni per escludere la gestione di piscine di soggetti privati;

-illegittimità dell'attribuzione all'aggiudicataria di ulteriori punti 6 per qualificazione istruttori;

-illegittimità dell'attribuzione del punteggio al programma di gestione operativa per difetto di motivazione;

-illegittimità dell'aggiudicazione definitiva per vizi derivati dall'illegittimità dell'aggiudicazione provvisoria.

Ha quindi insistito per il risarcimento del danno in forma equivalente.

3. Costitutosi in giudizio, il comune di Campagnano di Roma ha chiesto il rigetto dell'appello eccependo l'inammissibilità del ricorso originario per mancata immediata impugnativa nel termine di decadenza della prescrizione che richiedeva, per la partecipazione alla gara, la gestione nell'ultimo quinquennio di almeno una piscina coperta di lunghezza non inferiore a 25 metri di proprietà di un Ente pubblico per un periodo consecutivo di almeno 36 mesi, mentre il ricorrente non possedeva tale requisito. Infatti il ricorso era stato notificato il 22 giugno 2007 mentre la domanda di partecipazione del ricorrente alla gara risale al 26 marzo 2007 e quindi era stato proposto oltre il termine di 60 giorni dalla conoscenza del bando di gara.

4. Con memoria conclusiva, il ricorrente ha chiesto l'accoglimento dell'appello, rilevando che il cardine della controversia è costituito dall'individuazione del momento in cui sorge l'onere dell'impugnativa di una clausola della disciplina di

gara potenzialmente lesiva ; che l'istante non poteva sapere al momento della pubblicazione del bando se alla gara avrebbe partecipato qualche concorrente avente il requisito di aver gestito una piscina pubblica coperta di almeno 25 metri, per cui la lesione della sua posizione si era verificata solo al momento dell'aggiudicazione della gara ; che il mancato possesso di tale requisito non era espressamente sanzionato dalla disciplina di gara a pena di esclusione, per cui non sussisteva l'inammissibilità pronunciata dal TAR, tanto più che il ricorrente era stato ammesso alla gara e si era classificato al secondo posto della graduatoria.

All'udienza del 27 aprile 2010, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5.L'appello è infondato.

5.1.Priva di pregio è la doglianza con la quale si sostiene che il TAR sarebbe caduto in errore nel dichiarare inammissibile il motivo di ricorso concernente la richiesta di annullamento dell'attribuzione di 16 punti all'aggiudicataria per la particolare esperienza nella gestione di piscine pubbliche di almeno 25 metri.

Occorre tener presente che sia l'avviso di gara (art. 3) sia il capitolato speciale (art. 4) enunciavano i requisiti di partecipazione alla gara tra cui quello di aver gestito nell'ultimo quinquennio almeno una piscina coperta di lunghezza non inferiore a 25 metri di proprietà di un ente pubblico per un periodo consecutivo di almeno trentasei mesi, precisando che il possesso di tutti i requisiti richiesti doveva risultare alla data di pubblicazione del capitolato speciale.

Di conseguenza, la menzionata disposizione della disciplina di gara non solo era chiara nel senso di richiedere un determinato requisito per la partecipazione alla gara ma espressamente stabiliva che esso doveva essere posseduto al momento della partecipazione alla gara , il che evidentemente non poteva che essere richiesto a pena di esclusione.

Pertanto, la ricorrente avrebbe dovuto eventualmente impugnare immediatamente la disciplina di gara e non attenderne l'esito, essendo la lesività di un atto aspetto oggettivo e indipendente dai requisiti posseduti dagli altri partecipanti alla gara.

Detto requisito costituiva poi sostanzialmente anche elemento di valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio (esperienza nella gestione di piscine coperte di almeno 25 metri di proprietà di Ente pubblico negli ; attestazioni di gestione soddisfacente rilasciate da enti pubblici proprietari di piscine). Per cui, nel caso in esame, è condivisibile l'assunto del TAR secondo cui il requisito dell'esperienza nella gestione di piscine pubbliche di almeno venticinque metri era previsto nell'avviso di gara ai fini dell'ammissione e che il Circolo ricorrente non possedeva detto requisito e doveva essere escluso dalla gara, per cui non era ammissibile la pretesa del ricorrente di togliere ad altri concorrenti il punteggio legittimamente attribuito in virtù delle regole di gara per l'esperienza nella gestione di piscine pubbliche.

E' pur vero che il ricorrente di fatto non era stato escluso dalla gara, ma ciò non impediva al TAR di esaminare la situazione complessiva in quanto l'istante aveva con la memoria conclusiva dichiarato di non aver più interesse all'azione di annullamento ma soltanto alla domanda di risarcimento del danno in forma equivalente.

D'altra parte, è pacificamente ammesso (cfr. Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009, n. 2138 e 19 novembre 2009 n.7247; sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3103; sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 37), che i bandi di gare d'appalto pubblico possono prevedere requisiti di partecipazione più rigorosi di quelli indicati dalla legge purché non discriminanti ed abnormi rispetto alle regole proprie del settore e che possano pertanto pretendere l'attestazione di requisiti di capacità diversi ed ulteriori dalla semplice iscrizione in albi o elenchi. Le previsioni recate nelle relative disposizioni normative di settore sono volte a stabilire una semplice presunzione di possesso

dei requisiti minimi per la partecipazione alla gara, che pertanto ben possono essere derogati (o meglio incrementati, sotto l'aspetto qualitativo e quantitativo) dall'amministrazione in relazione alle peculiari caratteristiche del servizio da appaltare.

Le scelte così operate, ampiamente discrezionali, impingono nel merito dell'azione amministrativa e si sottraggono, pertanto, al sindacato del giudice amministrativo, salvo che non siano *ictu oculi* manifestamente irragionevoli, irrazionali, arbitrarie o sproporzionate, specie avuto riguardo alla specificità dell'oggetto ed all'esigenza di non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e di non preconstituire situazioni di privilegio.

Né appare di per sé irragionevole, sproporzionata o discriminatoria la richiesta di specifici requisiti di esperienza nella gestione di piscine pubbliche, trattandosi nella specie proprio dell'affidamento in concessione dell'impianta natatorio comunale.

5.2. Ne discende che sono inammissibili per mancato superamento della prova di resistenza. le ulteriori doglianze del ricorrente tendenti alla sottrazione all'aggiudicataria di 7 punti per la qualificazione degli istruttori ed all'attribuzione alla medesima di 5 punti, essendo di 17 punti la differenza di punteggio tra il ricorrente e l'ATI prima in graduatoria.

5.3. Una volta accertato che l'istante non aveva titolo a partecipare alla gara ne consegue l'infondatezza della domanda di risarcimento del danno per equivalente.

6. Per quanto considerato, l'appello va respinto.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese del presente grado di giudizio per la particolarità della vicenda.

P.Q.M.

Respinge l'appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/08/2010

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

Il Dirigente della Sezione