

Pubblicato il 21/03/2018

N. 00685/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01065/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1065 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Associazione Sportiva Dilettantistica Catanzaro Nuoto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Gualtieri e Demetrio Verbaro, elettivamente domiciliata presso il loro Studio, in Catanzaro, alla via Vittorio Veneto, n. 48;

contro

Comune di Catanzaro, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Giacomo Farrelli e Saverio Molica, elettivamente domiciliato presso il proprio Ufficio legale, in Catanzaro, alla via Giovanni Jannoni, 68;

nei confronti di

A.S.D. Calabria Swim Race, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Saitta, elettivamente domiciliata presso lo Studio dell'avvocato Fausto Colosimo, in Catanzaro, alla via Milano, n. 15-bis;

per l'annullamento

con il ricorso principale:

- della determinazione del dirigente del Settore Patrimonio del Comune di Catanzaro dell'11 settembre 2017, n. 2301, di aggiudicazione definitiva alla ASD Calabria Swim Race dell'affidamento in concessione d'uso della Piscina Comunale "Vinicio Calì";
- del verbale del 27 luglio 2017, n. 3, nella parte in cui ammette al prosieguo della gara la ditta ASD Calabria Swim Race;
- ove occorra, degli altri verbali e atti della procedura nella parte in cui non prevedono l'esclusione della stessa ditta;
- del verbale del 3 agosto 2017, n. 5, nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'allegato G al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207;
- ove occorra, di tutti i verbali e del bando di gara ove venisse interpretato nel senso d'imporre il confronto a coppie anche in caso di presenza di due soli concorrenti;

con declaratoria di inefficacia del contratto ove nelle more stipulato e subentro della ricorrente nel contratto e nell'esecuzione, nonché per la declaratoria del diritto di accesso agli atti della ditta aggiudicataria e condanna della stazione appaltante al loro rilascio, previo annullamento della nota negatoria del diritto d'accesso a firma del RUP del 21 settembre 2017, prot. n. 87505;

con i motivi aggiunti:

- della determinazione del Comune di Catanzaro del 9 ottobre 2017, n. 2557, con cui l'ASD Catanzaro Nuoto è stata esclusa dalla gara per l'affidamento in concessione d'uso della piscina comunale;
- e, ove occorra, per la declaratoria di nullità o l'annullamento del bando di gara nella parte in cui dovesse imporre il necessario possesso della partita IVA ai fini della partecipazione alla procedura.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Catanzaro e di A.S.D. Calabria Swim Race;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2018 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Si controverte dell'aggiudicazione alla A.S.D. Calabria Swim Race della gara, indetta dal Comune di Catanzaro, per l'affidamento in concessione d'uso della piscina comunale Vinicio Calì per la durata di anni 12.

Infatti, l'A.S.D. Catanzaro Nuoto, unico altro soggetto partecipante alla gara, ha contestato d'innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale l'operato dell'amministrazione dapprima quanto alla mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria e, in via subordinata, quanto all'utilizzo del criterio di valutazione del confronto a coppie delle offerte tecniche; successivamente, con la proposizione di motivi aggiunti, quanto alla propria esclusione dalla gara, disposta dal Comune di Catanzaro nelle more del giudizio e all'esito delle verifiche sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione.

2. – Costituitesi per resistere al ricorso sia l'amministrazione intimata, sia l'associazione controinteressata, le parti hanno discusso all'udienza pubblica del 14 marzo 2018, all'esito della quale il ricorso è stato spedito in decisione.

3. – Come anticipato, pendente ricorso il Comune di Catanzaro, con determinazione del Dirigente del Settore Patrimonio, Provveditorato, Partecipate del 9 ottobre 2017, n. 2557, ha escluso dalla gara A.S.D. Catanzaro Nuoto per difetto del requisito di capacità economica.

3.1. – L'art. 7 del bando di gara, infatti, prevede la necessità che gli operatori economici partecipanti alla gara abbiano prodotto, nel triennio 2014-2016, un fatturato di almeno € 130.500,00 con riferimento allo specifico settore di attività oggetto di concessione (gestione piscine).

La ricorrente aveva dichiarato di aver prodotto un fatturato di € 231.285,00; tuttavia, essa era priva di partita IVA e di una posizione contributiva presso INPS e INAIL, e gli incassi dichiarati – dimostrati mediante la produzione di schede contabili - si riferivano alle quote associative, presumibilmente di attività istituzionali.

4. – Con motivi aggiunti, l’A.S.D. Catanzaro Nuoto ha dedotto che un simile provvedimento viola i principi – europei e nazionali – in materia di partecipazione alle gare pubbliche, il bando di gara, la normativa in materia di associazioni sportive dilettantistiche; sarebbe frutto di sviamento di potere, eccesso di potere per carenza dei presupposti, travisamento dei fatti, illogicità, ingiustizia manifesta, violazione del principio della *par condicio* e della massima partecipazione; configurerebbe un abuso di diritto.

Segnatamente, l’associazione ricorrente sarebbe legittimamente priva di partita IVA, avendo svolto le sole attività istituzionali previste dallo statuto; in maniera del tutto corretta avrebbe dimostrato il requisito di capacità economica mediante la produzione delle schede contabili riportanti tutte le somme ricevute.

Né il possesso di partita IVA risulta essenziale, in forza di legge o del bando, per poter partecipare a procedure di evidenza pubblica. Anzi, se la legge di gara avesse una clausola in tal senso interpretabile, sarebbe sul punto illegittima.

Ciò che conta è la dimostrazione, sulla base del regime fiscale applicabile, di un volume d’affari adeguato a quanto richiesto dall’amministrazione aggiudicatrice.

5. – Il Tribunale condivide le argomentazioni spese dalla ricorrente. Ciò, tuttavia, non conduce a ritenere illegittimo il provvedimento impugnato.

5.1. – Innanzitutto, va premesso che la categoria degli operatori economici ammessi a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica è ampia e variegata, in ragione del principio, di derivazione europea, del *favor participationis*.

Tra di essi vi sono, senza dubbio alcuno, le associazioni sportive dilettantistiche.

Anzi, l’art. 90, comma 25 l. 27 dicembre 2002, n. 289, stabilisce che nei casi in cui l’ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata in via preferenziale a società sportive dilettantistiche senza scopo di lucro e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e Federazioni sportive nazionali.

Ora, poiché alcuni operatori economici ammessi dalla legge a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica possono ricadere nell'ambito di applicazione di regimi fiscali agevolati (è il caso, appunto, delle associazioni sportive dilettantistiche), è necessario dare una interpretazione sistematica delle clausole delle leggi speciali di gara che richiedano, quale requisito di capacità economico-finanziaria, il raggiungimento di una determinata soglia di fatturato.

La nozione di "fatturato", in tali contesti, non coincide quella propria del diritto tributario, ma va piuttosto intesa in termini di volume d'affari; anzi, più ampiamente, di misura dei corrispettivi percepiti in corrispondenza dell'offerta di determinate prestazioni.

5.2. – L'A.S.D. Catanzaro Nuoto, quindi, non avrebbe potuto essere esclusa per il solo fatto di non essere titolare della partita IVA, della posizione contributiva presso INPS e INAIL, di non aver prodotto un fatturato secondo la nozione propria del diritto tributario.

5.3. – Il Collegio deve però rilevare come il provvedimento assuma, quale ragione dell'esclusione dalla gara dell'A.S.D. Catanzaro Nuoto, non solo gli elementi di cui si è fin qui ragionato, ma anche il fatto che le somme da essa incassate sono costituite prevalentemente dalle quote associative mensilmente incassate (dato che emerge con evidenza dall'esame delle schede contabili prodotte in sede di gara e versate in atti dall'amministrazione).

Tali somme, in altri termini, non costituiscono corrispettivi percepiti quale controprestazione per l'esercizio dell'attività cui la gara si riferisce (gestione piscine), bensì contributi versati dagli associati per il raggiungimento dei più ampi scopi associativi.

Tra questi ultimi vi è, sì, la gestione degli impianti sportivi (art. 2, capoversi II, n. 2) dello Statuto), ma anche molti altri, quali la partecipazione a gare, la promozione dell'istruzione tecnica, la realizzazione di eventi ricreativi, la promozione della pesca sportiva, delle attività subacquee e del nuoto pinnato.

Le somme di cui si tratta non sono, pertanto, utili a soddisfare il requisito di capacità economico-finanziaria del fatturato, sebbene inteso nel senso più ampio *supra* specificato.

5.4. – In conclusione, il provvedimento di esclusione sfugge alle critiche mossegli.

6. – Occorre, a questo punto, interrogarsi se la legittima sopravvenuta esclusione del soggetto ricorrente conduca, in ossequio al tradizionale orientamento della giustizia amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 febbraio 2012, n. 892), all'improcedibilità del ricorso principale; o se, al contrario, debbano esaminarsi quei motivi che mirano all'esclusione dell'aggiudicatario, i quali porterebbero, in una gara con due soli partecipanti, alla caducazione dell'intera procedura.

In altre parole, occorre verificare se debba trovare tutela l'interesse strumentale dell'associazione ricorrente alla ripetizione della gara, in un'applicazione ampia dei principi affermatasi nella giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente (cfr. CGUE sentenza 4 luglio 2013 in causa C-100/12, Fastweb; CGUE sentenza 5 aprile 2016 in causa C-689/13, Puligenica).

Ritiene il Collegio che la risposta debba essere negativa.

6.1. – Da un lato, parte ricorrente non ha mai affermato di agire per perseguire un simile interesse strumentale, insistendo nel richiedere solo l'annullamento dell'aggiudicazione, la dichiarazione di inefficacia del contratto e il subentro nel contratto e nell'esecuzione dello stesso (cfr. conclusioni rassegnate con la memoria del 14 febbraio 2018, richiamate nella memoria di replica del 2 marzo 2018).

Quindi, una eventuale sentenza i cui effetti escludano l'affidamento della gestione della piscina comunale all'associazione ricorrente ma conducano piuttosto alla riedizione della gara si discosterebbe dal *petitum* dell'azione esperita d'innanzi a questo Tribunale, così come precisato da parte ricorrente.

6.2. – Dall'altro lato, l'art. 1, par. 3 della Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, meglio nota come *Direttiva ricorsi*, stabilisce che gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata.

Tale previsione è stata interpretata dalla giurisprudenza europea (cfr. CGUE sentenza 19 giugno 2003, in causa C-249/01, *Hackermüller*) nel senso che, quando "viene riconosciuto all'offerente il

diritto di contestare la fondatezza di detto motivo di esclusione nell'ambito della procedura di ricorso avviata da quest'ultimo per contestare la legittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha ritenuto la sua offerta come la migliore, non si può escludere che, al termine di tale procedura, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta avrebbe dovuto effettivamente essere esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere lesa dalla violazione da lui denunciata”.

Quindi, “nell'ambito della procedura di ricorso (...) aperta a detto offerente, quest'ultimo dev'essere legittimato a contestare la fondatezza del motivo di esclusione in base al quale l'autorità responsabile delle procedure di ricorso ritiene di concludere che egli non sia stato o non rischi di essere lesa dalla decisione di cui denuncia l'illegittimità”.

6.3. – Nel caso di specie, l'associazione ricorrente ha avuto la possibilità, nell'ambito della presente procedura giurisdizionale, di contestare i motivi della sua esclusione, determinata dall'amministrazione aggiudicatrice.

Una volta appurata la legittimità dell'esclusione, il diritto europeo non richiede che debbano essere esaminati anche i motivi di ricorso che contestino l'aggiudicazione ad altro concorrente della procedura di gara.

6.4. – Tali conclusioni, d'altro canto, si sposano perfettamente con la natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, la quale è intesa ad apprestare tutela al privato in caso di lesione dei suoi interessi legittimi, e non ad assicurare un controllo generalizzato di legittimità dell'azione amministrativa.

6.5. – Il ricorso principale deve quindi essere dichiarato improcedibile.

7. – Le spese di lite debbono essere regolate secondo il principio della soccombenza.

P.Q.M.

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

a) rigetta il ricorso per motivi aggiunti;

b) dichiara improcedibile il ricorso principale;

c) condanna A.S.D. Catanzaro Nuoto, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, alla rifusione, in favore del Comune di Catanzaro, in persona del Sindaco in carica, e di A.S.D. Swim Race, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, delle spese e competenze di lite, che liquida nella misura di € 2.500,00 ciascuno, oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Referendario, Estensore

Germana Lo Sapio, Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Tallaro

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO