

**N. 00434/2010 REG.SEN.
N. 00003/2010 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 Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 21 e 26 della legge 1034/71 e successive modifiche e integrazioni,
Sul ricorso numero di registro generale 3 del 2010, integrato da motivi
aggiunti, proposto da:

Lombardia Nuoto Ssd a r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Maurizio
Boifava, Chiara Ghidotti, Enzo Giacometti, con domicilio eletto presso
Chiara Ghidotti in Brescia, via Solferino, 55;

contro

Comune di Calusco D'Adda, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo
Moroni, con domicilio eletto presso Giuseppe Amato in Brescia, via P. De
Vitalis, 44;

nei confronti di

Foppisport Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Bonomi, Enrico
Codignola, con domicilio eletto presso Enrico Codignola in Brescia, via
Romanino,16;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

Quanto al ricorso introduttivo:

- del bando di gara e del capitolato speciale per l'affidamento “in economia della concessione della gestione del complesso costituente l'impianto natatorio con annesso appartamento nel Comune di Calusco d'Adda;
- del verbale delle operazioni di gara svoltesi in seduta riservata il 28 dicembre 2009, con cui è stata dichiarata aggiudicataria in via provvisoria la controinteressata, giusta comunicazione pervenuta in pari data;
- di ogni altro provvedimento o atto amministrativo connesso od attuativo ed in particolare della determinazione del responsabile del settore tecnico n. 396 del 16 dicembre 2009 e del regolamento comunale per l'acquisizione in economia di lavori, forniture e servizi;

quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva richiamato nell'ordinanza di sgombero del 2 gennaio 2010;
- dell'ordinanza sindacale n. 1/2010 di sgombero ai sensi dell'art. 823 c.c. nonché per la condanna della stazione appaltante alla reintegrazione in forma specifica mediante riedizione delle operazioni di gara ovvero, in via subordinata, stante l'impossibilità di reintegrazione ex art. 2058 c.c., al risarcimento del danno ingiusto;

quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:

- della nota n. 161 del 7 gennaio 2010, nella parte in cui dà atto che la ricorrente è “un'azienda non più gradita a questa Amministrazione e che non sarà più invitata ad alcuna procedura concorsuale ai sensi dell'art. 38 comma 1, lett. f) del d. lgs. 163/06”.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Calusco D'Adda;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Foppisport Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2010 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Avvisate le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000;

Visto l'art. 21, decimo comma, e l'art. 26, quarto e quinto comma, della legge 6 dicembre 1971, n.1034, come rispettivamente modificati dall'art. 3 e dall'art. 9 della legge 21 luglio 2000, n. 205, che consentono al giudice amministrativo, adito in sede cautelare, di definire il giudizio con "sentenza succintamente motivata", ove la causa sia di agevole definizione nel rito o nel merito; Ritenuto di potere adottare tale tipo di sentenza, attesa la completezza del contraddittorio e la superfluità di ulteriore istruttoria;

1. Considerato:

- che la ricorrente ha partecipato alla gara per l'affidamento (in economia, ai sensi dell'art. 125 del d. lgs. 163/06, nonché dell'art. 2 del regolamento comunale per l'acquisizione in economia di lavori, servizi e forniture) della gestione dell'impianto natatorio del Comune di Calusco d'Adda, per un importo del canone a base d'asta di 10.000,00 più IVA, la quale è stata aggiudicata ad altra concorrente;

- che nella lettera di invito a partecipare alla gara il Comune ha specificato che "successivamente al giorno per la presentazione delle offerte in seduta

segreta si procederà all'apertura della busta contenente i documenti di ammissione alla stessa e dopo aver effettuato le verifiche si procederà all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, sulla base dei rialzi presentati si determinerà l'offerta più alta e dunque l'aggiudicatario”;

- che, nel successivo paragrafo della medesima lettera di invito dedicato all'esclusione dalla gara, si precisa che “l'esame della regolarità della documentazione da produrre per la gara avrà luogo presso gli uffici comunali, in data ed ora previste per la gara. Tale esame verrà eseguito in seduta pubblica alla quale codesta Ditta potrà partecipare.”;
- che, nella fattispecie, non risulta essere stata data, ai partecipanti alla gara, alcuna comunicazione in ordine alla data di svolgimento della seduta pubblica per l'esame della documentazione che, al contrario, sarebbe avvenuta, secondo quanto asserito dalla ricorrente e non contestato dalla stazione appaltante, regolarmente costituitasi in giudizio, in seduta segreta, in contrasto con la *lex specialis* di gara (pur non inequivoca) e con i principi generali che dovrebbero, secondo quanto sostenuto nel ricorso, trovare applicazione anche nel caso di affidamento di servizio con il metodo del cottimo;
- che, in ragione di ciò, la ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione, nonché la lettera di invito ed il capitolato speciale della gara, deducendo la contraddittorietà delle disposizioni ora ricordate e l'illegittimità dell'interpretazione delle stesse dando prevalenza alla previsione dello svolgimento delle operazioni di verifica in seduta segreta ovvero, a monte, della stessa previsione della possibilità dell'espletamento delle stesse in seduta segreta;
- che nelle more della pronuncia di questo Tribunale sull'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati, il Comune resistente ha, con

ordinanza n. 1/2010, notificata il 2 gennaio 2010, ordinato lo sgombero degli immobili ai sensi e per gli effetti dell'art. 823, II comma, c.c. entro e non oltre le ore 11.30 del medesimo giorno, avvertendo che, in difetto, si sarebbe proceduto all'esecuzione dell'ordinanza con la forza pubblica, esercitando un potere extra ordinem, il ricorso al quale è stato giustificato dalla necessità di rientrare nel possesso dei beni sopra indicati utilizzando gli strumenti dell'autotutela amministrativa;

- che anche tale provvedimento è stato impugnato, sia per invalidità derivata da quella dell'aggiudicazione, sia per vizi propri conseguenti ad un improprio ricorso all'autotutela (che secondo parte ricorrente presupporrebbe la previa adozione di un atto rispetto a cui esercitare il ritiro o la revoca), ad un inadeguato richiamo all'art. 823 c.c., comma secondo, disciplinante il potere di tutela in via amministrativa dei beni appartenenti al demanio, nonché al travisamento dei presupposti per l'esercizio del potere extra ordinem, non essendo ravvisabile, nel caso di specie, la necessità di garantire un interesse primario tra quelli per la cui tutela è possibile l'adozione di provvedimenti contingibili ed urgenti, dal contenuto atipico;

- che la stazione appaltante si è costituita in giudizio, chiedendo il rigetto della domanda cautelare, senza però nulla specificare in ordine allo specifico vizio formale dedotto con riferimento alla conduzione della gara;

- che dalla documentazione depositata emerge come l'aggiudicazione definitiva sia avvenuta senza nulla precisare in ordine al prescritto accertamento della regolarità dei requisiti posseduti dall'aggiudicataria, in contrasto con quanto prescritto dall'art. 12 del d. lgs. 163/06;

- che, in data 13 gennaio 2010, si è costituita in giudizio anche la controinteressata, la quale ha eccepito l'infondatezza del ricorso,

sostenendo la legittimità dell'operato della stazione appaltante, dovendosi a tale fine considerare che la procedura posta in essere era una procedura di cottimo fiduciario, in quanto tale non assoggettata alle rigide regole della procedura selettiva ordinaria e che, comunque, in ossequio al principio di rotazione, la ricorrente non poteva vantare alcuna pretesa di essere invitata a partecipare alla gara come è invece stato;

- che la ricorrente ha notificato un secondo ricorso per motivi aggiunti, impugnando con esso la nota in cui il Comune, considerato il comportamento tenuto dalla odierna ricorrente, che lo ha costretto al ricorso agli strumenti di autotutela amministrativa per rientrare nella disponibilità dell'impianto, ha comunicato che la ricorrente è "un'azienda non più gradita a questa Amministrazione e che non sarà più invitata ad alcuna procedura concorsuale ai sensi dell'art. 38 comma 1, lett. f) del d. lgs. 163/06"

2. Ritenuto quanto segue:

- che, se anche il cottimo in questione dovesse ritenersi di importo inferiore a 20.000 Euro e, quindi, non potesse trovare applicazione il comma 9 che espressamente impone il rispetto del principio della pubblicità e trasparenza, l'ultimo comma dell'art. 125 del d. lgs. 163/06 comunque prevede che: "*I procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento.....*". Deve, quindi, presumersi - alla luce della copiosa giurisprudenza sulla immanenza del principio di pubblicità -, che l'interpretazione dovuta delle contraddittorie regole di conduzione della gara contenute nella lettera di invito e di cui si è dato conto, sia quella che impone il controllo della regolarità della documentazione in seduta

pubblica e quindi quell'adeguata pubblicità che, invece, è totalmente mancata;

- che tale interpretazione sia l'unica che esclude l'illegittimità delle contraddittorie disposizioni contenute nella lex specialis della gara;

- che, alla luce di quanto sin qui rappresentato, meriti, quindi, positivo apprezzamento il ricorso principale, da cui discende l'annullamento degli atti impugnati, con la sola esclusione del bando di gara e del capitolato speciale, nonché il riconoscimento del risarcimento in forma specifica mediante la riedizione della gara, richiesto in via principale, in ragione del quale la stazione appaltante dovrà assegnare alle ditte già invitate con nota del 17 dicembre 2009 un nuovo termine per la formulazione delle loro offerte;

- che ciò comporti, conseguentemente, la decadenza per invalidità derivata anche dell'aggiudicazione definitiva e della successiva ordinanza di sgombero, a prescindere dall'entrare nel merito delle illegittimità proprie ravvisate nei confronti di quest'ultima, non esistendo un soggetto legittimato alla conduzione degli impianti per effetto dell'annullamento degli atti di gara;

- che il secondo ricorso per motivi aggiunti debba essere dichiarato inammissibile, in quanto la nota con esso impugnata non costituisce un provvedimento che comporta la lesione concreta ed attuale della posizione giuridica della ricorrente. Si tratta, infatti, di una mera dichiarazione di intenti, ma non anche di un vero e proprio provvedimento, in quanto tale non produttiva di effetti diretti ed immediati;

- che le spese seguono l'ordinaria regola della soccombenza e debbono, pertanto, essere poste a carico del Comune nella misura di cui in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia, sezione seconda di Brescia, definitivamente pronunciando, accoglie sia il ricorso introduttivo, che il primo ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annulla gli atti con essi impugnati nei limiti di cui in motivazione.

Dichiara inammissibile il secondo ricorso per motivi aggiunti.

Condanna il Comune resistente al risarcimento del danno in forma specifica mediante riedizione della gara.

Condanna l'Amministrazione al pagamento delle spese del giudizio a favore della ricorrente, nella misura di Euro 2.500,00 (duemilacinquecento,00) oltre ad IVA, C.P.A., rimborso forfetario, nonché al rimborso del contributo unificato dalla stessa anticipato ai sensi del comma 6 bis dell'articolo 13 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, pari ad Euro 1.000,00.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario

Mara Bertagnolli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2010

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

IL SEGRETARIO