



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 il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 218 del 2011, proposto da:
Società H2o Sport Coop. Sport.Dilettantistica, rappresentata e difesa dagli avv. ti
Giuseppe Ruta e Marina De Maioribus, con domicilio eletto presso Giuseppe Ruta
in Campobasso, Corso Vittorio Emanuele 23;

contro

Comune di Isernia in persona del Sindaco in carica., rappresentato e difeso
dall'avv. Alda Colesanti, con domicilio eletto presso Tommaso Bucci in
Campobasso, via Principe di Piemonte 29;

per l'annullamento

del bando di gara e del capitolato d'appalto pubblicato sulla G.U. in data 23
maggio 2011, nonchè della deliberazione di G.C. di affidamento della gestione ed
approvazione degli atti necessari per la gara n.69 del 10.05.2011 e della determina
dirigenziale di indizione della gara n.229 del 17.05.2011, ed a tutti gli atti
presupposti, conseguenti e connessi ancorchè non conosciuti

Visto il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Isernia in Persona del Sindaco ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 luglio 2011 il dott. Goffredo Zaccardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Società indicata in epigrafe ha impugnato il bando di gara adottato dal Comune di Isernia per l'affidamento in gestione dell'impianto natatorio di proprietà comunale situato in contrada Le Piane nella parte in cui (vedi clausola III. 1. 4 del bando depositato in atti) dispone che non siano ammesse associazioni di più soggetti per la partecipazione alla gara ed è escluso l'istituto dell'avvalimento nonché gli atti connessi e consequenziali.

Nel ricorso la clausola in questione è censurata perché in contrasto con i principi di carattere comunitario secondo cui è generalizzata la possibilità di partecipare alle procedure concorsuali pubbliche per ogni tipo di affidamento, sia singolarmente che in forma associata, fermo restando il possesso dei necessari requisiti tecnici e finanziari ed, inoltre, perché la possibilità di introdurre restrizioni alla capacità tecnica dei concorrenti incontra il limite della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto alla natura specifica dell'oggetto della procedura concorsuale.

La difesa della ricorrente deduce, altresì, la violazione della Direttiva Unificata n. 18 del 2004 che in materia di aggiudicazione di contratti pubblici prevede la generale applicazione dell'istituto dell'avvalimento.

Le censure sono, ad avviso del Collegio, meritevoli di accoglimento.

L'articolo 30 del D. Lvo n. 163 del 12 aprile 2006 recante il Codice dei contratti pubblici prevede che alle concessioni di servizi, nozione nella quale rientra pacificamente l'oggetto della gara qui in esame che attiene alla gestione della piscina comunale, non si applichino le norme del medesimo Codice e, quindi, anche dell'articolo 49 che consente in via generale ai concorrenti di soddisfare il possesso dei requisiti di carattere "economico, finanziario, tecnico, organizzativo" attraverso il ricorso ad altri soggetti o in associazione o per avvalimento, con salvezza però delle disposizioni di deroga del principio della generale inapplicabilità delle norme del Codice dettate nello stesso articolo.

Viene qui in rilievo, in particolare il terzo comma dell'articolo 30 qui richiamato che afferma esplicitamente l'applicabilità dei principi del Trattato e di quelli "generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità".

Il rispetto di questi principi generali, in particolare del principio di non discriminazione e di proporzionalità, postula senza dubbio che sia consentita la facoltà di riunirsi in associazione per soddisfare i requisiti di partecipazione ovvero di avvalersi di altri soggetti per conseguire lo stesso effetto.

Sul punto specifico della portata generale del principio in questione va considerata, tra le altre numerose decisioni, la sentenza n. 9577 del 29 dicembre 2010 del Consiglio di Stato, sezione sesta, punti 9 e seguenti ove si afferma testualmente che una norma restrittiva dell'avvalimento "sarebbe contraria al diritto comunitario "e che" non vi sono limiti legali quantitativi al ricorso all'avvalimento, potendo lo stesso essere utilizzato anche per le percentuali di capacità minima richiesti dalla legge per ciascun singolo mandante".

Non è poi da trascurare la circostanza che proprio in ordine alla questione oggetto del presente giudizio l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici abbia espresso un parere in linea con le considerazioni sin qui espresse con nota n. 0071091 del 5 luglio 2011 acquisita agli atti di causa.

Ciò posto la clausola del bando qui censurata è illegittima e va annullata.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e condanna il Comune resistente al pagamento di € 500,00 a favore della parte ricorrente.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 27 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Goffredo Zaccardi, Presidente, Estensore

Orazio Ciliberti, Consigliere

Rita Tricarico, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/12/2011

IL SEGRETARIO

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