



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 946 del 2016, proposto da:
A.S.D. Handball Estense, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Elisabetta Buranello, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Collegio di Spagna, 15;

contro

Comune di Ferrara, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Edoardo Nannetti, Cristina Balli, Matilde Indelli, Barbara Montini, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.Cristina Balli in Bologna, via Altabella 3;

nei confronti di

A.S.D. Ariosto Pallamano, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione n.DD 2016-1865, PG 2016-114607 del 13.10.2016 del Dirigente del Servizio Settore Servizi alla Persona Istruzione Formazione - U.O

Sport e Tempo Libero di approvazione dei verbali di gara e della proposta di aggiudicazione della concessione per la gestione, in orario extrascolastico, della palestra con annessi spogliatoi e servizi igienici, appartenente alla Scuola Primaria "G. Bombonati" sita in Ferrara in via Boschetto angolo via De Marchi, di proprietà del Comune di Ferrara Aggiudicazione all'A.S.D. Ariosto Pallamano di cui è stato dato avviso all'odierna ricorrente con comunicazione mail a firma del Sig. Davide Covi, del Comune di Ferrara, del 26/10/2016;

nonché e per quanto occorrer possa

- della deliberazione della Giunta Comunale di Ferrara n. GC2016-401;
- della determinazione Dirigenziale del Settore Servizi alla Persona Istruzione Formazione - U.O. Sport e Tempo Libero n.DD-2016-1379 del 29.07.2016;
- del Bando di evidenza pubblica finalizzato alla concessione per l'affidamento in gestione, in orario extrascolastico, della Palestra appartenente alla Scuola Primaria "G.Bombonati" sita in Ferrara tra le vie Boschetto e De Marchi, di proprietà del Comune di Ferrara", a cura del Settore Servizi alla Persona - U.O. Sport e Tempo Libero, PG 86252/2016 pubblicato il giorno 8 agosto 2016 sul sito internet del Comune di Ferrara;
- dei verbali relativi alla prima e seconda seduta di gara, tenutesi rispettivamente il 14.09.2016 e il 26.09.2016, nella parte in cui gli stessi hanno implicitamente disposto l'ammissione alla procedura del concorrente ASD Aristo Pallamano;
- delle Determinazioni Dirigenziali del 13.09.2016 PG 101360/2016, PG 101362/2016 PG 101336/2016 e PG 101363/2016 del Dirigente del settore servizi alla Persona con cui è stata nominata la Commissione di aggiudicazione;
- di tutti i verbali delle sedute di gara, della proposta di aggiudicazione e di ogni altro atto interno alla procedura de qua, ancorché non cogniti alla ricorrente;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale a quelli impugnati, ancorché non cogniti alla ricorrente;

per l'accertamento e la dichiarazione
dell'inefficacia della Convenzione di concessione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Ferrara;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2017 il dott. Giovanni Ricchiuto
e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso l'associazione "ASD Handall Estense" ha impugnato l'aggiudicazione della concessione per la gestione della palestra del Comune di Ferrara disposta nei confronti dell'A.S.D. Ariosto pallamano.

Nel ricorso si è evidenziato che il Comune di Ferrara aveva avviato la procedura ad evidenza pubblica finalizzata alla "concessione per l'affidamento in gestione", per 4 (quattro) anni, della palestra appartenente alla Scuola Primaria "G. Bombonai" (il c.d. "Palaboschetto"), procedura che veniva aggiudicata all'A.S.D. Ariosto pallamano, con punti 98,51, mentre risultava seconda classificata l'associazione Handball Estense, con punti 92,50.

Il bando, con il quale la procedura è stata indetta, prevedeva - a carico dell'affidatario - il pagamento di un Canone concessorio da corrispondere all'Amministrazione comunale pari ad Euro/anno 6.893,50 (oltre IVA), accordando al contempo un "*contributo economico annuo a sostegno dei costi di funzionamento e gestione*", pari ad Euro 40.000,00, quale importo a base di gara soggetto a ribasso.

Sempre il bando rinviava alle disposizioni contenute nella L.R. 6 luglio 2007, n. 11 *"Disciplina delle modalità di affidamento della gestione di impianti sportivi di proprietà degli enti locali"* e soprattutto, al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo codice dei contratti pubblici).

Nell'impugnare i provvedimenti sopra citati si è sostenuta l'esistenza dei seguenti vizi:

1. la violazione dell'art. 93, comma 8, del D.lgs. 50/2016, in relazione a quanto previsto dall'art. 83 comma 9, dello stesso D.lgs. 50/2016 in materia di "soccorso istruttorio", in quanto l'A.S.D. Ariosto, pur avendo costituito garanzia provvisoria mediante deposito cauzionale, non avrebbe inserito nella Busta A) l'impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, nel caso in cui "l'Ariosto" fosse risultata aggiudicataria, documentazione quest'ultima che sarebbe stata depositata solo a seguito del soccorso istruttorio;
2. la violazione dell'art. 31 del D.lgs. 50/2016 con riferimento alla nomina del Responsabile Unico del Procedimento e dell'art. 77, comma 4, del D.lgs. 50/2016 per incompatibilità tra le funzioni di RUP e di componente della Commissione di aggiudicazione;
3. la violazione dell'art. 45 del D.lgs. 50/2016 e dell'art. 8.1 del Bando e l'eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, in quanto l'A.S.D. Ariosto Pallamano si sarebbe avvalsa di un soggetto privo dei requisiti richiesti;
4. la violazione dell'art. 77 del D. Lgs. 50/2016 e dei principi di trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa, per mancata giustificazione della scelta dei commissari circa le competenze possedute da questi ultimi.

Si è costituito il Comune di Ferrara che ha contestato le argomentazioni proposte chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Non si è costituita l'ASD Ariosto pallamano, malgrado fosse stata correttamente intimata in qualità di soggetto controinteressato.

A seguito della camera di consiglio del 20 dicembre 2016 questo Tribunale ha respinto l'istanza cautelare, in considerazione del venir meno dei presupposti di urgenza a seguito dell'avvenuta fissazione dell'udienza pubblica per il 4 aprile 2017. Nel corso di quest'ultima, uditi i procuratori delle parti costituite, il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è da accogliere risultando fondato il primo motivo.

1.1 Nel corso dell'esame della documentazione amministrativa la Commissione ha rilevato che l'A.S.D. Ariosto Pallamano, pur avendo presentato la cauzione provvisoria, non avrebbe depositato l'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto.

1.2 A seguito di una nuova convocazione l'associazione sopra citata ha poi prodotto una polizza fideiussoria provvisoria, priva della data di emissione, contenente anche l'impegno di cui all'art. 93, comma 8, del D. Lgs. 50/2016.

A fronte di ciò la ricorrente afferma che la mancanza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva, non costituisca un'ipotesi sanabile mediante l'istituto del soccorso istruttorio.

Si sostiene, inoltre, che l'assenza dell'apposizione di una data sul documento prodotto dall'aggiudicataria, e quindi la circostanza che quest'ultimo sia stato formato dopo la scadenza del bando, avrebbe dovuto impedire all'Amministrazione dal considerare ammissibile la documentazione prodotta.

1.3 Al contrario, il Comune di Ferrara sostiene la legittimità del soccorso istruttorio e della documentazione presentata dall'ASD Ariosto, in considerazione della nuova formulazione dell'art. 83 comma 9 del D. Lgs 50/2016 che

consentirebbe la sanabilità di una qualsiasi carenza documentale, a prescindere dal fatto che quest'ultima sia prevista o meno a pena di esclusione.

L'Amministrazione comunale da ultimo, ha confermato nella propria memoria di costituzione che la polizza fidejussoria era stata rilasciata effettivamente in una fase successiva alla presentazione della domanda in sede di gara, circostanza tuttavia che non sarebbe dirimente.

1.4 Premesse le posizioni delle parti in causa è necessario chiarire, in primo luogo, che il testo dell'attuale e vigente art. 83 comma 9 del D. Lgs. 50/2016 corrisponde alla formulazione contenuta nell'art. 75 comma 8 del D. Lgs. 163/2006, disposizioni che sanciscono il principio in base al quale l'offerta deve essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario.

1.5 Risultando confermata anche nel nuovo codice la disciplina preesistente, ed in particolare per quanto concerne l'espressa esclusione dell'offerta priva dell'impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria, è possibile estendere anche all'art. 83 comma 9 del D. Lgs. n. 50/2016, l'orientamento giurisprudenziale formatosi nella vigenza del precedente codice dei contratti.

1.6 Si è, infatti, affermato che se *"..la norma sulla cauzione provvisoria va intesa nel senso che la stazione appaltante non può escludere il concorrente che abbia presentato una cauzione di importo non sufficiente o connotata da altre irregolarità, dovendosi consentire, in tali casi, in applicazione del c.d soccorso istruttorio di cui all'art. 46 comma 1... al contrario la mancata presentazione dell'impegno di fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto integra una causa testuale di esclusione, coerente con il canone della tassatività posto dall'art. 46 comma 1 bis. n. 163 del 2006 (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 30/11/2015, n. 13503)"*.

1.7 Va evidenziato, inoltre, che con l'art. 83 comma 9 del D.Lgs. 50/2016, il Legislatore ha sostanzialmente confermato il perimetro dell'istituto del soccorso

istruttorio contenuto nel vecchio codice dei contratti pubblici, escludendo che quest'ultimo istruttorio possa essere utilizzato per integrare l'offerta, circoscrivendone l'utilizzo alle “*carenze di qualsiasi elemento formale*” e alla mancanza e all'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo.

Ne consegue che anche la disposizione di cui all'art. 83 comma 9 non è suscettibile ad essere estesa, in assenza di un'espressa disposizione legislativa, alle ipotesi in relazione alle quali è stata correlata espressamente l'esclusione della procedura.

Dette fattispecie sono state qualificate dal Legislatore come presupposti essenziali della domanda, in relazione al rilievo che la presentazione dell'impegno a prestare la garanzia definitiva riveste ai fini dello svolgimento della procedura di gara.

1.8 E' allora evidente che anche nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici deve ritenersi pienamente applicabile quell'orientamento giurisprudenziale, già formatosi, ed in base al quale il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni riguardanti elementi essenziali ai fini della partecipazione, pena la violazione della par condicio fra concorrenti, ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (Cons. Stato Sez. V, 28-12-2016, n. 5488).

Detta interpretazione è stata, da ultimo condivisa anche da recenti pronunce che hanno affermato che in caso di mancata produzione della garanzia ex art. 93 del nuovo Codice dei contratti pubblici non possa farsi ricorso al soccorso istruttorio, in quanto l'art. 83 del D.lgs. 50/2016 prevede il soccorso istruttorio solo per “le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda”, e tale non si può qualificare la mancanza della garanzia (Tar Lazio, sez. I ter, 18 gennaio 2017, n. 878).

1.9 La determinazione di aggiudicazione, ed i verbali ed i provvedimenti ad essa correlati, risultano pertanto illegittimi per violazione dell'art. 93, comma 8, del

D.lgs. 50/2016 per non avere l'amministrazione procedente provveduto all'automatica esclusione del concorrente poi risultato aggiudicatario.

2. Si consideri, inoltre, che come espressamente riconosciuto dalla difesa del Comune di Ferrara l'impegno presentato all'esito del soccorso istruttorio è stato predisposto dopo la presentazione della domanda, mediante la produzione di un'ulteriore polizza fideiussoria che ha duplicato il deposito cauzionale già costituito.

2.1 Sul punto è necessario ricordare come sia precluso al concorrente di dotarsi, anche successivamente alla scadenza del termine all'uopo stabilito, di un elemento di partecipazione in precedenza non posseduto, sussistendo l'onere della parte interessata di dimostrare la natura meramente formale dell'errore contenuto nella dichiarazione (Cons. Stato Sez. III, 02-03-2017, n. 976).

Nelle gare pubbliche il soccorso istruttorio è volto a chiarire e completare dichiarazioni, certificati o documenti comunque già esistenti, a rettificare errori materiali o refusi, ma non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione (Cons. Stato Sez. III, 26-06-2015, n. 3225).

L'introduzione di elementi o fatti nuovi, successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, deve ritenersi assolutamente non consentita, in quanto in violazione della fondamentale regola della par condicio dei concorrenti.

In definitiva l'accoglimento della sopra citata censura consente di assorbire le ulteriori doglianze proposte.

Il ricorso è, pertanto, fondato e va accolto, annullando il provvedimento di aggiudicazione sopra citato, unitamente agli atti ad esso presupposti.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in considerazione del limitato valore della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla la determinazione di aggiudicazione, unitamente agli atti ad essa presupposti.

Condanna il Comune di Ferrara al pagamento delle spese di lite che liquida in euro 3.000,00 (tremila//00) oltre oneri di legge e con refusione del contributo unificato.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere

Giovanni Ricchiuto, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Ricchiuto

IL PRESIDENTE
Giancarlo Mozzarelli

IL SEGRETARIO