T.A.R. Veneto, Sez. I, 31 marzo 209, n. 1030

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
(prima sezione)

con l'intervento dei magistrati
Claudio Rovis - Presidente f.f.
Fulvio Rocco - Consigliere, relatore
Alessandra Farina - Consigliere
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 527/09, proposto dalla Società Sportiva U.S.D. "XXX" in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti F.C. e R.A. con elezione di domicilio presso lo studio del primo in Venezia-Mestre, Piazza F., 22;

CONTRO

il Comune "YYY" in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti V.D. e F.Z., con elezione di domicilio presso lo studio del secondo in Venezia-Mestre, Via C., 22,

NEI CONRONTI E CON RICORSO INCIDENTALE DI

Società Sportiva "ZZZ" in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti S.D.P., A.C. e D.F. con domicilio presso la Segreteria del T.A.R., ai sensi dell'art. 35 R.D. 26.6.1924 n. 1054;

per l'annullamento

della determinazione del Responsabile Area servizi territoriali del Comune "YYY" n. 004 in data 14.1.2009 ad oggetto: "Aggiudicazione servizio di gestione mediante custodia, funzionamento e manutenzione ordinaria del Palazzetto dello Sport";

in *parte qua* del verbale della Commissione di gara in data 11.12.2008;

della nota del Responsabile dell'Area tecnica del Comune "YYY" in data 16.12.2008 prot. 16883;

in *parte qua* della determinazione del Responsabile dell'Area tecnica del Comune "YYY" in data 11.11.2008 n. 236 e dell'allegato bando e disciplinare di gara ed in particolare della previsione di cui al punto E);

nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente.

Visto il ricorso, notificato il 7.2.2009 e depositato presso la Segreteria il 18.2.2009, con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune "YYY";

visto il controricorso e ricorso incidentale della società Società Sportiva "ZZZ";

visti gli atti tutti di causa;

uditi all'udienza camerale del 25 marzo 2009 (relatore il Consigliere Fulvio Rocco) i procuratori delle parti costituite come da verbale d'udienza;

considerato

che, per il combinato disposto dell'art. 23, XI comma, e dell'art. 26, IV e V comma, della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, nella camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio, verificato che non v'è necessità di procedere ad adempimenti istruttori e sentite sul punto le parti presenti, può definire il giudizio con sentenza succintamente motivata;

che, nel corso dell'udienza camerale fissata nel giudizio in epigrafe, il Collegio ha comunicato alle parti presenti come, all'esito, avrebbe potuto essere emessa decisione in forma semplificata, e queste non hanno espresso rilievi o riserve;

che sussistono i presupposti per pronunciare tale sentenza nella presente controversia.
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:
Il ricorso principale, proposto dalla U.S.D. "XXX", va accolto.
Tale società sportiva ha presentato la proprio offerta nella gara bandita dal Comune "YYY" e avente per oggetto l'aggiudicazione del servizio dello sport per il periodo di tre anni.
A tale gara ha partecipato anche la Società Sportiva "ZZZ", gestore uscente dell'impianto medesimo.
L'aggiudicazione doveva avvenire in base al criterio del prezzo più basso sull'importo complessivo a base d'asta di € 120.000,00.
U.S.D. "XXX" ha presentato un'offerta al ribasso del 16,99%, corrispondente ad un canone di € 99.744,00.
"ZZZ" ha, per contro, offerto un ribasso pari allo 0,1%, corrispondente ad un canone di € 119.880,00, ma si è comunque aggiudicata il servizio ai sensi di quanto disposto dal punto E) dal disciplinare di gara, laddove - per quanto qui segnatamente interessa - si afferma che "l'aggiudicazione definitiva è condizionata all'eventuale diritto di prelazione esercitato dall'attuale concessionario a parità di condizioni".
A ragione, U.D.S. "XXX" ha chiesto l'annullamento di tale clausola della *lex specialis*, con la conseguente caducazione dell'aggiudicazione disposta a favore di "ZZZ", stante la sua ben evidente difformità non soltanto rispetto al generale principio dell'unicità dell'offerta (cfr. art. 11, comma b, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163), ma anche - e soprattutto - dei parimenti generali principi di tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della non discriminazione tra le imprese concorrenti (cfr. al riguardo il secondo "*considerando*" della direttiva 18/4/2004/CE, nonché, per la specifica illegittimità della clausola di prelazione, T.A.R. Toscana, Sez. II, 27 aprile 2007 n. 719, T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, 10 febbraio 2006 n. 183 e - soprattutto - Cons. Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2005 n. 7616).
L'intrinseca illegittimità della clausola in questione non consente la sua operatività in dipendenza di quanto eventualmente in precedenza concordato dall'Amministrazione che affida il servizio con il gestore uscente, stante l'assodata inopponibilità ai terzi di tale disciplina "*contra ius*"; né, sempre in relazione a tale pattuizione, possono ragionevolmente introdursi eccezioni di inoppugnabilità da parte delle difese del Comune e della controinteressata, ovvero raffronti con un mero "*obiter dictum*" contenuto nella sentenza di questa Sezione n. 3299 dd. 30 ottobre 2001, in ordine alla quale la sussistenza del diritto di prelazione non aveva formato oggetto di contestazione e che è stata comunque resa su fattispecie risalente ad epoca precedente alla predetta direttiva 2004/18/CE.
Va, peraltro, accolto anche il ricorso incidentale proposto da "ZZZ" in ordine al quale – e a differenza di quanto affermato dalla ricorrente principale – sussiste un ben evidente interesse strumentale della controinteressata ad un rinnovato esercizio dell'azione amministrativa in ordine al rapporto controverso (cfr. sul punto, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 1997 n. 1116).
Risulta infatti altrettanto fondata la deduzione della parte controinteressata secondo cui, ove essa fosse stata resa edotta dell'illegittimità della clausola di prelazione in suo favore, avrebbe per certo proposto un'offerta diversa.
Pertanto, anche nei riguardi della ricorrente incidentale l'Amministrazione comunale comunque violato i principi generali della tutela dell'affidamento e di parità di trattamento, promananti entrambi del predetto "*secondo considerando*" della direttiva

2004/18/CE, nonché dall'obbligo dell'imparzialità dell'azione amministrativa importo dall'art. 97 Cost..
Dal congiunto accoglimento del ricorso principale e del ricorso incidentale discende, nell'ipotesi di due sole offerte valide presentate (come, per l'appunto, nel caso di specie) l'obbligo dell'integrale rifacimento della procedura di scelta del contraente (cfr. Cons. Stato, A.P., 10 novembre 2008 n. 11).
3- Le spese e gli onorari del giudizio possono essere integralmente compensante tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, accoglie il ricorso incidentale ed il ricorso principale in epigrafe, e per l'effetto annulla gli atti impugnati.
Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.
Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio addì 25 marzo 2009.
Il Presidente L'Estensore
Il Segretario

SENTENZA DEPOSITATA IN SEGRETERIA
il……..…n.……
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
Il Direttore della Prima Sezione