



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 Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1170 del 2013, proposto da:
A.S.D. Ac Vallata 1999 - Associazione Sportiva Dilettantistica, rappresentato e
difeso dall'avv. Diego Signor, con domicilio eletto presso Francesco Acerboni in
Mestre-Venezia, via Torino, 125;

contro

Comune Di Tarzo, rappresentato e difeso dagli avv. Alberto Gaz, Enrico Gaz, con
domicilio eletto presso Enrico Gaz in Venezia, Santa Croce, 269;

nei confronti di

A.S.D. Tarzo Revine Lago, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Franchin,
Alessandro Tudor, con domicilio eletto presso Alessandro Veronese in Venezia-
Marghera, via delle Industrie, 19/C P. Libra;

per l'annullamento

della determinazione del Responsabile dell'Area Finanziaria/Risorse
Umane/Tributi/Socio-Assistenziale/Personale del Comune di Tarzo n. 24 del

12.7.2013 avente ad oggetto l'affidamento quinquennale della gestione degli impianti sportivi di via Costarnol e via Olimpia - Aggiudicazione definitiva della gestione alla controinteressata; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune Di Tarzo e di A.S.D. Tarzo Revine Lago;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale A.S.D. Tarzo Revine Lago, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Franchin, Alessandro Tudor, con domicilio eletto presso Alessandro Veronese in Venezia-Marghera, via delle Industrie, 19/C P. Libra;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2013 il dott. Roberto Vitanza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Il Collegio ritiene che il giudizio possa essere definito con sentenza in forma semplificata, emessa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio, l'avvenuta ed esaustiva trattazione delle tematiche oggetto di giudizio, nonché la mancata enunciazione di osservazioni oppostive delle parti, rese edotte dal Presidente del Collegio di tale eventualità.

Preliminarmente il Collegio, per motivi di economia processuale, intende esaminare il proposto ricorso incidentale.

I rilievi avanzati dalla controinteressata nel predetto atto non sono fondati.

Infatti la dichiarazione svolta dalla ricorrente, circa il numero di tesserati e le collaborazioni certificate con altre società, non doveva essere accompagnata, secondo quanto indicato nel bando, da alcuna peculiare documentazione.

E' appena il caso di rilevare che il bando, al riguardo, non ha prescritto alcuna rigida formalità per la dimostrazione dei requisiti contestati, per cui le conseguenti attestazioni di parte, comunque formulate, sono utili ai fini della valutazione del punteggio.

Era ed è compito della stazione appaltante accertare la veridicità delle suindicate affermazioni di parte preferibilmente nella stessa sede di gara, così da realizzare un confronto dialettico sul punto, atteso che la stessa, nel bando, non ha sollecitato formule rigide, né ha richiesto particolari certificazioni per individuare il possesso di tali requisiti.

Nel merito il ricorso è fondato con riferimento all'assorbente censura relativa alla omessa comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione definitiva della gestione dei campi da calcio di proprietà dell'amministrazione resistente.

Osserva il Collegio.

Consta dai documenti prodotti in atti (doc. 2 del foliaro di parte ricorrente) che l'amministrazione ha provveduto all'aggiudicazione definitiva della gara al ricorrente (contrariamente a quanto sostenuto nella determina dell'amministrazione, in cui, invece, la stessa rileva la provvisorietà dell'aggiudicazione sino al termine delle verifiche documentali), proprio perché risulta l'approvazione, da parte del dirigente preposto, delle operazioni di gara e la conseguente individuazione del vincitore.

Quindi, la determinazione così assunta a favore del ricorrente, proprio in relazione alla particolare e stabile posizione giuridica, in questo caso, determinatasi, può essere giuridicamente eliminata dalla p.a. soltanto attraverso gli strumenti previsti

dall'ordinamento, in uno con l'adeguata e congrua motivazione del provvedimento di secondo grado, il quale deve necessariamente essere preceduto da un reale confronto dialettico tra le parti nei termini previsti ed indicati dall'art. 7 della L. 241/1990.

Al riguardo, occorre osservare che la pubblica amministrazione conserva indiscutibilmente anche in relazione ai procedimenti di gara per la scelta del contraente il potere di revocare, ovvero di annullare, in via di autotutela il bando e le singole operazioni di gara, quando i criteri di selezione si manifestino come suscettibili di produrre effetti indesiderati o comunque illogici (C.d.S., sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3989), tenendo quindi conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse (C.d.S., sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5374), nei termini indicati e validi per tutta l'azione della p.a., già dall'art. 97 della Carta.

Conforta il riferito orientamento il fatto che le prescrizioni statuite dalla lex specialis, la cui rigida inderogabilità è pacificamente riconosciuta dalla costante giurisprudenza, possono essere superate soltanto previo loro annullamento in sede di autotutela (Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5681).

Ciò è in linea con l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria secondo cui : "l'accertamento dell'idoneità degli offerenti viene di fatto effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici in conformità ai criteri di idoneità economica, finanziaria e tecnica (detti "criteri di selezione qualitativa") di cui agli artt. 31 e 32" della direttiva 92/50 (Corte di Giustizia U.E., 24 gennaio 2008, n. C-532/06) .

Ora, ritiene il Collegio che, secondo un tramandato e costante insegnamento, in materia di evidenza pubblica, fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva, la revoca, ovvero l'annullamento del bando di gara e degli atti successivi, rientra nella ampia potestà discrezionale della P.A., comunque accertata la presenza di concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo

da sconsigliare, la prosecuzione della gara (Cons. Stato Sez. V, 9 aprile 2010, n. 1997).

Pertanto l'aggiudicazione provvisoria determina nell'aggiudicatario soltanto una aspettativa di mero fatto e non già un affidamento qualificato (Cons.St., sez.IV, 6 aprile 2010, n.1907).

Di conseguenza, ove la p.a. decida di revocare, in sede di autotutela, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, l'avvio del relativo provvedimento non dovrà essere neppure notificato al soggetto provvisoriamente aggiudicatario. (Consiglio Stato, sez. V, 24 marzo 2006, n. 1525).

Nel caso di specie è, invece, intervenuta una aggiudicazione definitiva, seppure ancora non efficace (art. 11, comma 7, dpr 163/2006).

Nondimeno, è opinione assolutamente prevalente in giurisprudenza che, in tali casi, debba necessariamente trovare applicazione l'art. 7 della L. 241/1990 di tema di comunicazione di avvio del procedimento (Cons.St., sez. IV 25 luglio 2001, n. 4083; CGA, 18 maggio 2007, n.394).

E' appena il caso di rilevare che il successivo, possibile e generale intervento della p.a. per motivi di legittimità, ovvero di opportunità è soggetto alla disciplina di cui agli artt. 21 quinquies, octies e nonies della L.241/1990, in uno con le statuizioni di cui citato art. 7 Legge 241/1990, la cui conseguente determinazione deve puntualmente esternare le ragioni di illegittimità presenti in costanza dell' interesse pubblico, nonché di considerare il contestuale interesse dei destinatari.

Tali aspetti non emergono punto nella motivazione del provvedimento impugnato, né il procedimento presupposto ha svolto il previsto e necessario confronto dialettico con il destinatario.

Il provvedimento di secondo grado, in questo caso adottato, riguarda, invero, aspetti di sicura valenza discrezionale che attengono ad evenienze interpretative della lex specialis di gara, la cui definitiva elezione richiede necessariamente una

adeguata partecipazione dialettica dell'interessato, riconosciuto aggiudicatario definitivo, sia per motivi deflattivi del possibile contenzioso, sia per costringere la p.a. ad una conveniente motivazione del provvedimento sfavorevole.

In altri termini la illegittimità dei titoli prodotti dal ricorrente, non emerge da rilievi documentali obiettivi ed incontrovertibili, ma si ricava e scaturisce dalla lettura della stessa legge di gara e dalla asserita violazione delle sue prescrizioni; prescrizione che, come dimostra l'aggiudicazione originariamente disposta a favore del ricorrente, si prestano a plurime interpretazioni.

Inoltre, la disponibilità del bene della vita oggetto della procedura ad evidenza pubblica, una volta conclusa la gara ed individuato il vincitore con l'aggiudicazione definitiva, non può più essere oggetto di riesame se non e per i motivi normativamente previsti, con un *contrarius actus*, il quale, quindi, necessita delle garanzie e delle formalità dalla norma previste per l'atto da cassare (Cons. St., sez. V, 30 novembre 2007, 6137).

Nel caso di specie, al di là delle volute ed ambigue rappresentazioni lessicali del provvedimento censurato, il ricorrente non ha potuto esercitare, già nel procedimento di rimozione dell'aggiudicazione definitiva, i suoi diritti di difesa, attesa l'unilaterale ed immediata adozione del nuovo provvedimento sfavorevole da parte della p.a.

L'omissione di tale procedura ed il difetto assoluto di motivazione del provvedimento in questa sede censurato vizia inesorabilmente il provvedimento adottato.

Per tali motivi il ricorso deve essere accolto ed annullata la determinazione in epigrafe indicata, oltre agli atti conseguenti, compreso l'eventuale convenzione eventualmente intervenuta tra le altre parti.

Le spese seguono la soccombenza, con eccezione del controinteressato, rispetto al quale il Collegio ritiene di doverle compensare, e si liquidano nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto in epigrafe censurato e quelli ad esso connessi.

Condanna la parte resistente al pagamento delle spese di lite che liquida in euro 3.000,00 (tremila), oltre IVA e CPA, oltre alla restituzione del contributo unificato come per legge.

Compensa le spese nei confronti del controinteressato.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Enrico Mattei, Referendario

Roberto Vitanza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/11/2013

IL SEGRETARIO

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