

Pubblicato il 18/06/2020

N. 06704/2020 REG.PROV.COLL.

N. 13016/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 13016 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da S.S. Lazio Nuoto Società Sportiva Dilettantistica a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Sterrantino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Sabato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Società Sportiva Dilettantistica Maximo a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alessio Tuccini, Andrea Accardo, Lorenzo Romanelli, Claudia Simonetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale di Roma Capitale - Dipartimento Sport e Politiche Giovanili n. 213/2019 del 17.09.2019, comunicata a mezzo PEC con nota prot. n. 10660 del 18.09.2019, nonché pubblicata sulla piattaforma telematica di Roma Capitale "Tuttogare" in data 18.09.2019, recante l'aggiudicazione definitiva della gara - Codice NUTS ITI43 - CIG 77379083AF, avente ad oggetto la "Procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dell'impianto sportivo capitolino sito in Roma, Via Villa di Lucina n. 80/Via Giustiniano Imperatore, 199 - Codice SIS 8/1";

- di tutti i verbali di gara e della Determinazione Dirigenziale n. 205/2019 del 03.09.2019, di approvazione degli stessi e della graduatoria finale;

- in via subordinata, solo in caso di mancato accoglimento delle istanze di annullamento sopra indicate, di tutta la documentazione di Gara, pubblicata sul sito di Roma Capitale <https://romacapitale.tuttogare.it> a partire dal 3.5.2019, giusta Avviso pubblicato sulla GU 5a Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 51 del 3.5.2019;

- ove occorra e per quanto di ragione, di ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale e comunque connesso agli atti qui impugnati, anche allo stato non conosciuti, con particolare riferimento all'eventuale intervenuta efficacia dell'aggiudicazione ed all'eventuale stipula del contratto;

nonché per la condanna di Roma Capitale:

- al risarcimento in forma specifica, con espressa domanda di conseguire l'aggiudicazione della procedura in oggetto, nonché di stipulare il relativo contratto secondo l'offerta dalla stessa presentata, e, nell'ipotesi in cui nelle more del giudizio venisse stipulato il contratto, per la declaratoria di inefficacia dello stesso ai sensi degli artt. 120 e 121 d.lgs 104/2010 ed il conseguente accoglimento della domanda di subentro;

- in via subordinata, al risarcimento, per equivalente, dei danni subiti dal ricorrente dagli atti amministrativi ivi impugnati, nella misura che sarà determinata e provata in corso di causa o, se del caso, in via equitativa.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di Società Sportiva Dilettantistica Maximo a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 giugno 2020 il dott. Luca Iera e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, conv. con mod. dalla legge 24 aprile 2020, n. 27 e successivamente modificato dall'art. 4 del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso indicato in epigrafe il ricorrente impugna l'aggiudicazione definitiva della gara avente ad oggetto l'affidamento, mediante procedura aperta, della “*concessione del servizio di gestione dell'impianto sportivo capitolino sito in Roma, Via Villa di Lucina n. 80/Via Giustiniano Imperatore, 199*”. Il criterio di aggiudicazione della gara era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 9, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, con offerte al rialzo rispetto alla base complessiva d'asta che prevedeva il canone di Euro 76.000,00 per tre anni.

La graduatoria finale della gara vedeva la controinteressata come prima classificata con un punteggio di 87 su 100 e il ricorrente come seconda classificata con un punteggio di 81,56 su 100 e quindi con uno scarto di 5,44 punti.

Il ricorso è affidato a 9 motivi; i motivi dal n. 1 al n. 4 sono rivolti nei confronti dell'aggiudicazione della gara disposta in favore della controinteressata, mentre i motivi dal n. 5 al n. 9 sono rivolti, in via graduata, nei confronti dell'intera procedura di gara.

2. Con motivi aggiunti presentati il 30 novembre 2019 si integrano con ulteriori 6 motivi le censure del ricorso originario, precisandosi (p. 18, ult. cpv., dei motivi aggiunti) che la censura n. 3 del ricorso e la censura n. 15 dei motivi aggiunti vanno intese come proposte in via graduata all'accoglimento della domanda di annullamento dell'aggiudicazione o alla rinnovazione della sola fase di esame delle offerte già presentate.

Nel costituirsi in giudizio, la stazione appaltante e la controinteressata hanno chiesto il rigetto del gravame, confutando puntualmente i vari motivi di ricorso sia in rito che in merito.

3. Con ordinanza 23 gennaio 2020, n. 436, la Sezione respingeva l'istanza cautelare sulla base della *"sommatoria delibazione, propria della fase cautelare"*.

Nella camera di consiglio del 6 maggio 2020, fissata per la decisione nel merito del gravame, il Collegio disponeva con ordinanza n. 4889 dell'8 maggio 2020 un approfondimento istruttorio volto ad acquisire dalla stazione appaltante una relazione documentata sull'accertamento del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale in capo all'aggiudicataria, stabiliti dall'art. 7.3 del disciplinare di gara. Più in particolare, la richiesta istruttoria era così motivava: *"Ritenuto che dalla documentazione istruttoria relativa alla fase di ammissione dei partecipanti, versata in giudizio, non emergono elementi di chiarezza circa la prova del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale dell'ausiliaria nei termini stabiliti dall'art. 7.3 del disciplinare di gara; che risulta, quindi, non manifesta la ricerca da parte della stazione appaltante degli elementi contabili atti a provare che in capo all'aggiudicataria S.S.D. Maximo a r.l., ed in particolare in ragione del contratto di avvalimento in capo alla S.S.D. Sporting Club Juventus a r.l., la sussistenza dei requisiti di ammissione alla gara previsti dal citato disciplinare; che, ai sensi degli artt. 63 e 64 c.p.a., è opportuno acquisire dall'amministrazione resistente una relazione documentata sull'attività istruttoria attraverso cui si è accertato il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale, stabiliti dal predetto art. 7.3, in capo ai soggetti più volte indicati, in modo da fare emergere le modalità con cui, nel periodo dal 1 gennaio 2015 al 31 dicembre 2017, si sia appurata:*

i. la reale ricorrenza dei requisiti indicati nell'art. 7.3 del disciplinare;

ii. le distinte attività condotte nelle strutture della S.S.D. Sporting Club Juventus a r.l. rientranti nella gestione dell'"impianto natatorio aperto al pubblico" a cui è stato imputato l'"importo minimo pari ad € 900.000,00" ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale espressamente richiesto dall'art. 7.3. del disciplinare".

4. In ottemperanza all'ordinanza n. 4889-2020, la stazione appaltante depositava in giudizio, in data 19 maggio 2020, la relazione istruttoria corroborata dalla documentazione posta a suo fondamento.

5. All'udienza pubblica del 3 giugno 2020, la controversia passava in decisione e, come richiesto dalla stazione appaltante e dalla controinteressata, la Sezione pubblicava, ai sensi dell'art. 120, comma 9, c.p.a., il dispositivo di sentenza n. 5949 del 5 giugno 2020.

6. In virtù del principio della domanda (art. 39 c.p.a. e art. 99 c.p.c.) e di quello di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 34, comma 1, c.p.a. e art. 112 c.p.c.) che caratterizzano la giurisdizione soggettiva del processo amministrativo, in presenza di un'espressa graduazione sull'ordine di esame delle domande e dei motivi di ricorso, il Collegio procede ad esaminare la domanda del ricorrente proposta in via principale e, nell'ambito di questa, i motivi di ricorso proposti in via prioritaria.

7. Il ricorrente impugna, in via principale, l'aggiudicazione della gara disposta in favore della controinteressata. Con il primo motivo del ricorso, denuncia la violazione dell'art. 5, ultimo comma, del disciplinare di gara, in combinato disposto con l'art. 10 del Regolamento del 15 marzo 2018, n. 11, nella parte in cui prevedono, a pena di esclusione, che *“soggetti che siano già concessionari di due impianti sportivi non potranno partecipare alla procedura di affidamento”*. Con la decima censura dei motivi aggiunti, modifica, sostituendolo, il primo motivo del ricorso, evidenziando come il divieto di partecipazione alla gara da parte dei soggetti già concessionari di almeno due impianti sportivi si invererebbe con riferimento all'insieme delle società S.S.D. Maximo a r.l., S.S.D. Sporting Club Juventus a r.l. (ausiliaria operativa della controinteressata) e S.S.D. Juventus Nuoto Roma a r.l. (di proprietà degli stessi soci dell'ausiliaria e legati da vincoli familiari con i soci della S.S.D. Maximo a r.l.), che *“pur presentandosi formalmente come soggetti distinti”* costituiscono in realtà *“un unico centro decisionale”*. Con il secondo motivo del ricorso, contestata la violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 8 del disciplinare di gara recanti la disciplina dell'avvalimento ritenendo che tale istituto sia stato illegittimamente impiegato dalla controinteressata per conseguire una più elevata valutazione dell'offerta. Con la dodicesima censura dei motivi aggiunti, proposta sia in via autonoma che ad integrazione del secondo motivo del ricorso denuncia che l'istituto dell'avvalimento sarebbe stato illegittimamente impiegato dalla controinteressata al fine di conseguire una più elevata valutazione dell'offerta.

Attesa la loro stretta connessione, i motivi, così come sopra precisati, vanno esaminati congiuntamente.

7.1. Le censure non sono fondate.

Ai sensi dell'art. 38, paragrafo 2, della Direttiva 2014/24 sull'aggiudicazione delle concessioni, per soddisfare le *“condizioni di partecipazione”* stabilite dall'amministrazione nel bando di gara, *“l'operatore economico può affidarsi alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con loro. Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore che disporrà delle risorse necessarie per l'intera durata della concessione, per esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di detti soggetti”*.

La previsione europea, per quanto qui interessa, è stata sostanzialmente recepita nel nostro ordinamento nell'art. 89 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

La *ratio* dell'avvalimento è di contribuire all'apertura delle commesse pubbliche alla concorrenza nella misura più ampia possibile e di facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, in quanto obiettivi posti *“a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici”* (cfr., Corte di giustizia, 10 ottobre 2013, causa C-94/12; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 30 aprile 2020, n. 4525).

Per raggiungere tali obiettivi è consentito agli operatori economici, che singolarmente non posseggono i requisiti speciali di partecipazione individuati nell'ambito della propria discrezionalità dalla stazione appaltante, di potere partecipare alla gara facendo affidamento su requisiti posseduti

da uno o più operatori (ausiliari), purchè si dimostri che si dispone effettivamente dei mezzi di tali soggetti *“necessari per l’esecuzione di un determinato appalto”* (cfr., Corte di giustizia, 7 aprile 2016, causa C-324/14).

L’ambito di applicazione dell’avvalimento è quindi circoscritto ai requisiti speciali di partecipazione che la stazione appaltante individua come indispensabili per eseguire l’attività o il servizio. Facendo riferimento alla capacità dell’ausiliaria, il concorrente dimostra di possedere tali requisiti, garantendo così l’amministrazione sulla serietà ed affidabilità della propria partecipazione

È dunque vietato impiegare l’avvalimento laddove l’operatore, in possesso di requisiti di partecipazione, decida di avvalersi (comunque) dei requisiti di un altro operatore al fine di impiegare a proprio vantaggio le capacità tecniche ed economiche dell’ausiliaria in vista della valutazione della propria offerta tecnica e/o economica. In presenza di queste circostanze, il ricorso all’avvalimento realizza una violazione frontale della disposizione che lo prevede.

L’art. 5, ultimo comma, del disciplinare di gara stabilisce, a pena di esclusione, che *“soggetti che siano già concessionari di due impianti sportivi non potranno partecipare alla procedura di affidamento”*. La legge di gara richiama *in parte qua* il divieto di partecipazione alla gara per l’affidamento *“per gli impianti sportivi di proprietà comunale”* contenuto nell’art. 10 del Regolamento comunale n. 11/2018.

Sotto il profilo letterale, la disposizione vieta la partecipazione dell’operatore che risulta essere titolare di due concessioni per impianti sportivi al momento della presentazione della domanda, consentendo viceversa la partecipazione all’operatore che non sia titolare di alcuna concessione oppure che sia titolare di una sola concessione.

Nel caso di specie, la controinteressata era priva dei requisiti speciali di partecipazione e non era titolare, al momento della partecipazione alla gara, di una concessione per impianto sportivo rilasciato dalla stazione appaltante. Si è quindi avvalsa di un operatore economico che le ha consentito di dimostrare il possesso dei requisiti speciali di partecipazione. Atteso che non è contestato tra le parti che la S.S.D. Maximo a r.l. fosse effettivamente priva dei requisiti speciali di partecipazione, la scelta di avvalersi dell’ausiliaria è stata correttamente posta in essere in quanto è volta, non già ad acquisire una migliore valutazione della propria offerta, bensì a consentirle la partecipazione alla gara.

La circostanza che l’operatore scelto per l’avvalimento fosse (anche) titolare di una concessione per impianto sportivo non solo non si risolve nella violazione frontale del divieto di partecipazione previsto dal disciplinare, ma non dà luogo neppure al dedotto aggiramento del divieto. Sotto quest’ultimo profilo, infatti, l’esame della censura relativa all’elusione del divieto presupponeva l’impugnativa - nella specie mancante - della disposizione del disciplinare di gara nella parte in cui non prevede di estendere il divieto di partecipazione nei confronti dei soggetti che *“pur presentandosi formalmente come soggetti distinti siano in realtà caratterizzati da un unico centro decisionale”*.

8. Con il quarto motivo del ricorso, si censura la violazione dell’art. 165 del d.lgs. n. 50 del 2016 in tema di individuazione e valutazione dell’equilibrio economico finanziario dell’offerta dell’aggiudicataria espresso nel Piano Economico di Gestione (PEG) presentato nella procedura di gara. Con la tredicesima censura dei motivi aggiunti, si espone che il PEG della controinteressata sarebbe stato predisposto in violazione dell’art. 17 del disciplinare di gara che obbligava - a pena di esclusione - alla presentazione di un dettagliato PEG per l’intero arco temporale, con *“indicazione*

di costi, fonti di finanziamento, indici di convenienza economica, redditività e sostenibilità finanziaria”, al fine di dimostrare l’equilibrio economico - finanziario della proposta.

Le censure possono essere trattate congiuntamente in quanto strettamente connesse tra loro.

8.1. Le stesse sono infondate.

Il disciplinare di gara prevedeva, all’art. 17, che l’offerta economica dovesse essere corredata da un PEG non soggetto a punteggio, ma costituente *“elemento di verifica della congruità, affidabilità e sostenibilità dell’intervento e dell’offerta proposta”*.

Sotto il profilo del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute dalla stazione appaltante in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta, si è affermato che la discrezionalità c.d. tecnica è sempre suscettibile di *“sindacato esterno nei profili dell’eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà”* (cfr., Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 febbraio 2014, n. 8); che il sindacato è circoscritto *“ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento”* (cfr., Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2012, n. 36).

Sotto il profilo dell’onere di allegazione, al fine dimostrare la sussistenza del vizio dell’eccesso di potere della discrezionalità c.d. tecnica, è onere del ricorrente *“introdurre in giudizio elementi che sul piano sintomatico, in modo pregnante, evidente, e decisivo rendano significativo il vizio di eccesso di potere in cui possa essere incorso l’organo deputato all’esame dell’anomalia”* (cfr., Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 febbraio 2014, n. 8). In base alla diversità ontologica del segmento procedimentale oggetto di contestazione, viene in rilievo un diverso grado di evidenza del vizio, sicchè se si contesta la valutazione di incongruità della propria offerta da parte della stazione appaltante occorrerà dimostrare la *“congruità”* dell’offerta (cfr., Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2012, n. 36), mentre se si contesta la valutazione di congruità dell’offerta degli altri concorrenti occorrerà dimostrarne la *“palese incongruità”* (cfr., Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 febbraio 2014, n. 8).

Il Responsabile unico del procedimento (RUP) ha sottoposto a verifica di anomalia l’offerta dell’aggiudicatario e, sulla base delle risultanze del PEG allegato all’offerta, ne ha accertato la congruità.

Il ricorrente evidenzia, invece, una scarsa economicità dell’offerta presentata dall’aggiudicatario in relazione al PEG, senza tuttavia riuscire a dimostrare la *“palese incongruità”* dell’offerta economica formulata. Ne consegue che gli elementi addotti a sostegno delle censure sono volti ad innescare un inammissibile sindacato sostitutivo del giudice alle valutazioni compiute dall’amministrazione.

9. Con l’undicesimo motivo del ricorso, si denuncia l’assenza in capo all’ausiliaria dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dall’art. 7.3 del disciplinare e dall’art. 83, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Più in particolare, l’aggiudicatario S.S.D. Maximo a r.l. ha dimostrato il possesso dei requisiti speciali grazie all’avvalimento di quelli posseduti e messi a sua disposizione dall’ausiliaria S.S.D. Sporting Club Juventus a r.l. che ha dichiarato, nel contratto di avvalimento del 4 marzo 2019, di possedere e di mettere a disposizione del concorrente *“i propri requisiti di capacità tecnica e professionale, derivanti dall’aver gestito nei tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando (2015-2016-2017), la concessione, da Roma Capitale, del “punto verde qualità” 4.18,*

denominato “Maximo”, al cui interno è presente un impianto natatorio aperto al pubblico, dalla cui gestione ha conseguito un complessivo fatturato di € 1.603.763,46, di cui € 716.119,76 per il 2015; € 535.649,70 per il 2016; € 279.867,38 per il 2017”.

Il Collegio ha chiesto alla stazione appaltante di produrre chiarimenti in ordine alle evidenze istruttorie poste a base della decisione di ammissione del concorrente S.S.D. Maximo a r.l..

9.1. Come ricordato, l'amministrazione ha fornito i chiarimenti con la relazione del 19 maggio 2020.

Nella relazione si evidenzia che il requisito di capacità tecnica e professionale “è funzionale a valutare l'idoneità dell'offerente ad effettuare, a regola d'arte e con buon esito”, il servizio oggetto della concessione. Si è quindi ritenuto che tale capacità dovesse essere comprovata mediante una dichiarazione contenente “l'elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati, di norma, negli ultimi tre anni precedenti la gara, con indicazione degli importi, date e destinatari”. A tal fine, l'art. 7.3 del disciplinare aveva previsto che il concorrente “debba aver gestito nei tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando (2015-2016-2017), anche in associazione con altri soggetti, almeno un impianto natatorio aperto al pubblico (indicare data, Ente/soggetto concedente, tipologia impianto gestito) per un importo minimo pari ad € 900.000,00”. Il possesso di tale requisito avrebbe, infatti, consentito alla stazione appaltante di “individuare oggettivamente la rilevanza ed importanza dell'esperienza pregressa”.

Nella relazione si afferma che, nel caso dell'attuale aggiudicataria, il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale risultava essere stato dimostrato grazie alla “presentazione dei conti annuali per gli anni 2015-2016-2017 (già a sostegno dell'avvalimento per i requisiti di capacità economico-finanziaria)” dell'ausiliaria e dai “contratti di concessione, relativi ai tre anni indicati, stipulati con il Comune di Roma ed inerenti la gestione dell'impianto sportivo “Maximo” di cui innanzi, comprensivo di un impianto natatorio” in capo sempre all'ausiliaria. Sulla base di questi presupposti, conclude la stazione appaltante, risulta che “nei tre anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando, la ausiliaria ha conseguito, nel triennio di riferimento, un fatturato di € 1.603.763,46 - quindi ben maggiore del minimo di € 900.000 - interamente ritratto dall'impianto polisportivo di Via Casal Boccone”.

A conferma della positiva dimostrazione del possesso del requisito, nella relazione si evidenzia come il “codice attività ascritto alla S.S.D. Sporting Club Juventus a r.l.”, evincibile dalla Visura del Registro Imprese, è il n. 93.11.3 (ma in realtà così non è, come di seguito sarà esposto) corrispondente alla “Gestione di impianti sportivi polivalenti” e, quindi, “inclusivo di quelli natatori” e che “l'analisi delle relazioni dei conti annuali per il triennio 2015-2017, nel caso di specie, non consente l'estrapolazione del fatturato specifico inerente il solo polo natatorio, trattandosi, per l'appunto, di un impianto polivalente: nella sostanza, l'importo corrisposto dagli utenti dell'impianto sportivo, consente l'accesso a tutte le attività sportive ivi praticabili, comprese quelle natatorie, rendendo pertanto impossibile distinguere il fatturato derivante dal solo impianto natatorio rispetto a quelli relativi agli altri sport”.

9.2. Alla luce dei chiarimenti forniti e della documentazione prodotta risulta fondata l'undicesima censura dei motivi aggiunti.

Il Collegio è chiamato a verificare se l'operatore economico S.S.D. Sporting Club Juventus a r.l., attraverso il quale l'aggiudicataria ha dimostrato di possedere i requisiti speciali di partecipazione, previsti a pena di esclusione, abbia effettivamente i requisiti richiesti dalla legge di gara.

Come ricordato in precedenza, la partecipazione alla gara non è preclusa all'offerente che non sia in possesso dei relativi requisiti speciali, sempre che tali requisiti siano però in possesso dell'operatore cui si avvale. Ciò comporta che il mancato possesso dei requisiti in capo all'ausiliaria si ripercuote automaticamente nei confronti dell'offerente il quale sarà considerato, fin dal momento dell'offerta, privo dei requisiti di partecipazione, con l'inesorabile conseguenza della sua esclusione dalla competizione.

Il requisito speciale di partecipazione che viene in rilievo è quello del requisito di capacità tecnica e professionale ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. c), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come precisato dal disciplinare di gara all'art. 7.3.

Ai sensi dell'art. 83, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, per i criteri di selezione di cui al precedente comma 1, lettera c), *“le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità”*. Nel caso di specie, il disciplinare di gara (art. 7.3) ha previsto che il possesso di tale requisito è garantito laddove il concorrente dimostra di *“aver gestito nei tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando (2015-2016-2017), anche in associazione con altri soggetti, almeno un impianto natatorio aperto al pubblico (indicare data, Ente/soggetto concedente, tipologia impianto gestito) per un importo minimo pari ad € 900.000,00”*.

La lettera del disciplinare sul possesso del requisito di capacità tecnica e professionale è chiara: il concorrente deve aver gestito un *“impianto natatorio aperto al pubblico”* e la gestione di tale impianto deve avere consentito di realizzare un volume d'affari dal valore economico minimo, nel triennio (2015-2017), di Euro 900.000,00, derivante dalla percezione di entrate nell'esercizio dell'attività di gestione dell'impianto delle piscine.

La *ratio* del possesso del requisito di capacità tecnica e professionale è altrettanto chiara: l'affidabilità tecnica e professionale per gestire l'impianto oggetto di gara è garantita dalla dimostrazione di avere gestito un *“impianto natatorio aperto al pubblico”* di dimensioni tali da avere prodotto un volume d'affari minimo, nel triennio, di Euro 900.000,00.

Come si è già affermato in giurisprudenza (anche nel precedente del Consiglio di Stato, Sez. V, 10 dicembre 2018, n. 6943, richiamato nella relazione istruttoria dalla stazione appaltante), la richiesta della produzione di un *“determinato fatturato non globale, ma specificamente attinente a rapporti identici o analoghi a quello da instaurare in esito al procedimento”* si risolve nella richiesta di un *“requisito di natura tecnica”*; il possesso di tale requisito è *“evidentemente finalizzato a garantire che la selezione venga svolta tra concorrenti che diano prova di adeguata affidabilità nell'espletamento di un determinato servizio, per aver avuto precedenti esperienze nel settore di attività oggetto di gara o in settori analoghi (cfr. Cons. Stato, V, 6 aprile 2017, n. 1608; nonché già Cons. Stato, V, 28 luglio 2015, n. 3717 e 25 giugno 2014, n. 3220)”*, per cui *“il confronto va fatto in concreto tenendo conto del contenuto intrinseco delle prestazioni (Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2227)”* ossia tenendo conto dell'*“attività istituzionale di gestione della piscina”*; la *“prova, in sede di verifica”* del possesso del requisito va quindi *“fornita dando conto degli incassi ricavati nello svolgimento di tale attività”*; ciò comporta che l'operatore doveva, a sua volta, *“fornire in sede di gara documenti idonei allo scopo (arg. ex art. 86, comma 4, ultimo inciso, del d.lgs. n. 50 del 2016), cioè tali da consentire alla pubblica amministrazione la verifica del volume d'affari nel periodo considerato per i singoli servizi realizzati in relazione allo specifico oggetto dell'appalto, sulla base di dati certi, quali risultanti da libri o registri tenuti a norma di legge”*.

9.3. Nella fattispecie, la stazione appaltante avrebbe dovuto accertare in concreto il possesso del requisito tecnico e professionale di partecipazione sulla base del volume d'affari o dei ricavi (o del fatturato specifico là dove previsto per il concorrente in base alla legislazione societaria applicabile), minimo di Euro 900.000,00, per il triennio di riferimento, derivante dalla gestione di *“impianto natatorio aperto al pubblico”*. Tale accertamento doveva essere condotto sulla base di documenti idonei allo scopo cioè tali da consentire alla stazione appaltante di verificare, in relazione a dati certi, il volume d'affari che, nel periodo considerato, è stato raggiunto nella gestione del servizio oggetto dell'appalto.

Dalla relazione istruttoria depositata in giudizio si evince, invece, unicamente il ragionamento logico-giuridico posto a supporto della decisione del RUP di ammettere alla gara il concorrente, senza tuttavia che tale conclusione sia supportata da idonea documentazione circa la sussistenza del requisito speciale di partecipazione indicato a pena di esclusione dal disciplinare di gara (art. 7.3).

La relazione si fonda infatti sui seguenti elementi: i) le *“relazioni dei conti annuali per il triennio 2015-2017”* che l'ausiliaria aveva *“già”* prodotto *“a sostegno dell'avvalimento per i requisiti di capacità economico-finanziaria”*; ii) l'imputabilità dei conti annuali alla gestione di un *“impianto sportivo”* o *“polivalente”* nel cui interno è compreso un *“impianto natatorio”*; iii) la considerazione secondo cui l'analisi dei conti annuali *“non consente l'estrapolazione del fatturato specifico inerente il solo polo natatorio, trattandosi, per l'appunto, di un impianto polivalente [...] rendendo pertanto impossibile distinguere il fatturato derivante dal solo impianto natatorio rispetto a quelli relativi agli altri sport”*.

La stazione appaltante ha, quindi, desunto (o presunto) la sussistenza del possesso del requisito speciale sulla capacità tecnica e professionale dalla dimostrazione del fatturato globale (pari a Euro 1.603.763,46) che l'ausiliaria ha realizzato in relazione a tutte le attività svolte all'interno dell'impianto sportivo avente natura polivalente, senza individuare in concreto il volume d'affari minimo, nel triennio, di Euro 900.000,00 derivante dalle attività sportive relative alla gestione dell'*“impianto natatorio aperto al pubblico”*.

Tuttavia, come emerge dalle dichiarazioni della controinteressata e della stessa stazione appaltante, oltre che dalla documentazione contabile versata in giudizio (tra cui la *“dichiarazione contabile”* del 16 gennaio 2019), nell'impianto gestito dall'ausiliaria vengono svolte varie attività di natura sportiva e quindi attività non esclusivamente natatorie (i cui ricavi vengono indistintamente imputati alla voce contabile *“Entrate attività istituzionali”*); inoltre, l'intera struttura viene impiegata anche per attività non meglio precisate consistenti in *“progetti sociali condivisi (persone anziane, persone con disabilità, ecc.)”* che hanno comunque una rilevante incidenza sui ricavi di fine esercizio (imputati alla voce contabile *“Contributi attività istituzionali”*).

Sulla base di questi presupposti, la stazione appaltante avrebbe dovuto accertare l'imputabilità e la consistenza del volume d'affari prodotto dalla gestione dell'impianto natatorio e non già fermarsi a riscontrare che la documentazione contabile fornita dall'ausiliaria *“non consente l'estrapolazione del fatturato specifico inerente il solo polo natatorio”*; avrebbe dovuto, in altri termini, superare proprio il mero dato contabile, fornito dal concorrente, andando a verificare in concreto, sulla base di dati certi e in relazione ai singoli periodi di esercizio, la sussistenza del requisito di partecipazione richiesto dal disciplinare di gara, ad esempio tramite la prova del volume degli incassi (per il periodo in cui il concorrente era una associazione sportiva dilettantistica) e del fatturato specifico (per il periodo in cui l'associazione aveva assunto la forma societaria) derivante dalla gestione dell'impianto natatorio.

Per altro verso, la stazione appaltante non avrebbe dovuto ritenere che i “conti annuali per gli anni 2015-2016-2017” dell’ausiliaria, “già” prodotti dal concorrente “a sostegno dell’avvalimento per i requisiti di capacità economico-finanziaria” (art. 7.2 del disciplinare), fossero comunque idonei a dimostrare anche il diverso requisito speciale della capacità tecnica e professionale (art. 7.3 del disciplinare), attesa la diversa finalità, come si è evidenziato, di quest’ultimo requisito rispetto al primo.

La stazione appaltante era vincolata all’accertamento dei requisiti di partecipazione da essa stessa posti nelle regole del bando; regole che andavano interpretate letteralmente e applicate rigorosamente al fine del rispetto dei principi di *par condicio*, di trasparenza e di massima partecipazione alla gara.

La stazione appaltante ha invece, come accertato, disatteso le regole da essa stessa poste e che doveva applicare in modo imparziale e trasparente; dall’erronea applicazione di tali regole è scaturita l’ammissione alla gara della S.S.D. Maximo a r.l. che, invece, non poteva parteciparvi, non avendo i requisiti speciali di partecipazione richiesti dal bando a pena di esclusione.

9.4. Si aggiunga, infine, che la Visura del Registro Imprese, depositata con la relazione istruttoria, riguarda la S.S.D. Juventus Nuoto Roma a r.l. che non è quella indicata come ausiliaria della S.S.D. Maximo a r.l.. L’ausiliaria dell’offerente è, infatti, la S.S.D. Sporting Club Juventus a r.l. che è una società formalmente distinta dall’ausiliaria. Ciò dimostra perplessità nell’intera azione amministrativa.

10. Con la quattordicesima censura dei motivi aggiunti, il ricorrente lamenta l’omessa attribuzione di 2,16 punti alla propria offerta economica a seguito dell’erronea applicazione del criterio di attribuzione del punteggio previsto dall’art. 19 del disciplinare.

10.1. Sebbene le deduzioni esposte siano fondate per le ragioni di seguito indicate, la censura è comunque inammissibile per carenza di interesse (art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a. e art. 100 c.p.c.) poiché, anche nell’ipotesi di conferma dell’aggiudicazione, il suo accoglimento non inciderebbe sulla posizione del ricorrente in graduatoria.

Per l’attribuzione del punteggio relativo all’offerta economica (max 30 punti), il disciplinare di gara prevede (art. 19) la seguente formula volta a convertire l’importo offerto in punteggio espresso in trentesimi: offerta economica presentata dal concorrente (numeratore) diviso offerta economica massima che in concreto è stata presentata in gara (denominatore), moltiplicato per 30. A sua volta l’art. 17 del disciplinare stabilisce che l’offerta economica del concorrente è costituita dalla sommatoria tra il rialzo offerto in gara e la base d’asta.

Nel caso di specie la Commissione non ha correttamente applicato la formula di attribuzione del punteggio indicata nel disciplinare. Difatti, mentre ha correttamente calcolato la migliore offerta economica sommando il rialzo offerto alla base d’asta (posta al denominatore), non ha poi calcolato con lo stesso criterio l’offerta economica del ricorrente (posta al numeratore) in quanto ha preso in considerazione unicamente il rialzo offerto senza sommare la base d’asta. In questo modo, è risultata falsata la conversione in trentesimi dell’importo offerto con conseguente attribuzione al ricorrente di 2,16 punti in meno rispetto a quelli dovuti, facendogli così conseguire il punteggio errato di 15,56 in luogo di quello corretto di 17,72.

11. In conclusione, il gravame va accolto nei limiti e nei termini di cui sopra e, per l’effetto, va annullata l’aggiudicazione della gara disposta in favore della S.S.D. Maximo a r.l. poiché viziata da eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione in relazione alla presupposta valutazione

positiva dei requisiti di partecipazione, già diffusamente analizzata. L'amministrazione è, dunque, tenuta a conformarsi alla presente decisione, ri-esercitando il potere amministrativo emendato dai vizi di illegittimità ivi accertati e adottando gli atti amministrativi conseguenti alla presente pronuncia giurisdizionale.

L'accoglimento della domanda di annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della S.S.D. Maximo a r.l. comporta l'assorbimento della domanda subordinata di annullamento dell'intera procedura di gara (censure dalla n. 5 alla n. 9) e degli altri motivi di ricorso proposti, anch'essi in via gradata, nell'ambito della domanda di annullamento dell'aggiudicazione (censura n. 3 del ricorso e censura n. 15 dei motivi aggiunti).

La domanda risarcitoria, in forma specifica o per equivalente, non può essere accolta poiché il ri-esercizio del potere, nei limiti e nei termini ivi stabiliti, esclude la perdita del bene della vita cui aspira il ricorrente.

Il Collegio, nel rispetto delle disposizioni sulla sinteticità degli atti processuali (artt. 3, comma 2 e 120, comma 10, c.p.a.) e dei principi della domanda (art. 39 e art. 99 c.p.c.) e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 34, comma 1, c.p.a. e art. 112 c.p.c.), ha esaminato tutte le questioni e le censure evocate nel gravame ritenendo che eventuali profili non scrutinati in modo espresso siano comunque da respingere alla luce della motivazione complessivamente resa oppure che non siano rilevanti per la soluzione della causa (cfr., Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 aprile 2015, n. 5).

La peculiarità della controversia e la complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione integrale delle spese di giudizio tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul gravame, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti e nei termini di cui in motivazione.

Spese sкомпensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 giugno 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, conv. con mod. dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente
Filippo Maria Tropiano, Primo Referendario
Luca Iera, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Luca Iera

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio