

# usicivici/demanio/risorse

beni comuni, proprietà collettive, diritto demaniale e delle risorse naturali

usicivici.it

## Giurisprudenza

### T.A.R. Campania Napoli Sez. III, Sentenza 8 maggio 2015, n. 2568

sul ricorso numero di registro generale 4415 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

A.S.D. A.O., rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Massa, con domicilio eletto presso Annunziata Supino in Napoli, viale Gramsci 19;

#### **contro**

Comune di San Sebastiano al Vesuvio in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Valerio Barone, con domicilio eletto presso Valerio Barone in Napoli, piazza Sannazzaro,71;

#### **nei confronti di**

A.S.D. C.N. Posillipo, rappresentata e difesa dagli avv. Felice Laudadio, Alberto Saggiomo, con domicilio eletto presso Felice Laudadio in Napoli, Via Caracciolo N.15;

#### **per l'annullamento**

dell'aggiudicazione definitiva prot. n.8184 del 2014 e la determinazione n. 258 del 1.9.2014 recante aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento in concessione del servizio di gestione della piscina comunale sita nel Comune di San Sebastiano al Vesuvio.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Sebastiano al Vesuvio in Persona del Sindaco P.T. e di A.S.D. C.N. Posillipo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 23 aprile 2015 il dott. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

## Svolgimento del processo

1.1. Con il gravame in epigrafe, notificato in data 8.9.2014 e depositato il giorno successivo, la A.S.D. A.O., associazione dilettantistica dedita alla gestione di impianti natatori, impugna la determinazione n. 258 del 1.9.2014 con la quale il Comune di S. Sebastiano al Vesuvio ha aggiudicato in via definitiva all'A.S.D. C.N. Posillipo la gestione per anni due della piscina comunale sita in piazza Meridiana a seguito di gara d'appalto a cui la medesima ha partecipato. Sono pure oggetto di gravame tutti i presupposti verbali della commissione aggiudicatrice.

Con successivi motivi aggiunti la predetta determinazione è stata impugnata nella parte in cui non ha proceduto all'esclusione dalla gara della controinteressata, per carenza dei requisiti di partecipazione.

Viene spiegata in seno ai motivi aggiunti, domanda di risarcimento dei danni, formulata in via principale come diritto all'aggiudicazione della gara e in via subordinata, qualora non fosse possibile il subentro della deducente nella gestione del servizio, per equivalente monetario sotto varie voci di danno.

1.2. Si costituiva il Comune intimato con memoria e documenti prodotti il 23.9.2014.

Anche la controinteressata A.S.D. C.N. Posillipo si costituiva con memoria e documenti del 10.9.2014.

La ricorrente depositava memorie e repliche il 18.11.2014, il 5.1.2015, il 10.1.2015 il 4.4.2015 e l'11.4.2015.

Il Comune produceva memorie il 4.11.2014 e il 5.1.2015.

La controinteressata depositava memorie e repliche il 25.9.2014, il 5.11.2014 (con contestuali ricorsi incidentali non paralizzanti), il 5.1.2015, il 7.2.2015, il 7.4.2015 e il 10.4.2015.

Alla Camera di Consiglio del 20.11.2014 la Sezione accoglieva la domanda cautelare diffusamente motivando il fumus boni iuris dei motivi aggiunti.

L'Ordinanza veniva sospesa dal Consiglio di Stato unicamente in attesa e nelle more della definizione del giudizio nel merito.

Alla Camera di Consiglio del 19.2.2015 la Sezione disponeva istruttoria con Ordinanza collegiale n. 1229/2015 ordinando all'Agenzia del Demanio, all'Autorità portuale di Napoli, al Comune di S. Sebastiano al Vesuvio e alla stessa controinteressata, di produrre diversi documenti ritenuti necessari ai fini del decidere.

L'incombente veniva ottemperato nei termini assegnati da tutte le parti onerate.

Alla pubblica Udienza del 23 aprile 2015 sulle conclusioni delle parti il gravame è stato trattenuto a sentenza.

1.1. Con i due motivi del ricorso principale la ricorrente censura l'operato della commissione di gara nella parte in cui non le ha attribuito alcun punteggio per la documentata gestione della piscina di Ardea in via Tevere, di cui ha provato la conduzione dal 2007 al 2012. Ciò in quanto sarebbe errata l'affermazione di cui al relativo verbale, secondo cui non poteva essere attribuito alcun punteggio per siffatta gestione siccome non effettuata nel triennio precedente la scadenza del bando di gara.

1.2. Con i motivi aggiunti la deducente censura l'ammissione alla gara del C.N. Posillipo, con il primo contestandola ove fondata sulla ritenuta spendibilità della piscina di Via Posillipo in quanto la controinteressata non ne sarebbe proprietaria come invece affermato in sede di gara; con il secondo poiché non iscritta alla Camera di Commercio e con il terzo poiché non avrebbe comprovato l'avvenuta gestione con soddisfazione del committente nei trienni antecedente la scadenza del bando, della piscina "C. Poerio; con il quarto mezzo completa tale ultima doglianza censurando l'attribuzione operata a favore del C.N. Posillipo di ulteriori 15 punti per la gestione della predetta piscina.

#### Motivi della decisione

1.1. Con i due motivi del ricorso principale la ricorrente censura l'operato della commissione di gara nella parte in cui non le ha attribuito alcun punteggio per la documentata gestione della piscina di Ardea in via Tevere, di cui ha provato la conduzione dal 2007 al 2012. Ciò in quanto sarebbe errata l'affermazione di cui al relativo verbale, secondo cui non poteva essere attribuito alcun punteggio per siffatta gestione siccome non effettuata nel triennio precedente la scadenza del bando di gara.

Ad avviso della deducente siffatta lettura della legge di gara è erronea poiché in essa non è dato cogliere alcun riferimento alla necessità che il triennio minimo sia antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle domande.

1.2. Il Collegio non ritiene persuasivo tale assunto defensionale, attesa la chiara formulazione dell'art. 10 dell'avviso in atti, in forza del quale il punteggio supplementare doveva essere riconosciuto ove l'impianto aggiuntivo fosse stato gestito "nel triennio precedente", dovendo intuitivamente intendersi per triennio precedente solo quello immediatamente precedente la scadenza dell'avviso, non rilevando, conseguentemente, un triennio di gestione ove non collocato immediatamente prima della scadenza del termine ultimo di presentazione delle istanze di partecipazione alla procedura concorsuale per cui è controversia.

Ragion per cui ben ha operato la commissione di gara laddove non ha attribuito punteggio supplementare alla A.S. D. A.O. per la gestione della piscina di Ardea, siccome il triennio invocato non si colloca mediamente prima della scadenza del 28.7.2014, data ultima per la presentazione delle domande di ammissione, atteso che l'invocata gestione è cessata il 2012.

Il ricorso principale si profila dunque infondato e va per l'effetto respinto.

Può approdarsi allo scrutinio dei motivi aggiunti, ritualmente e tempestivamente

notificati e depositati il 18 ottobre 2014.

2.1. Con il terzo e cruciale motivo di ricorso la ricorrente, rubricando violazione delle medesime norme e principi, lamenta che l'Associazione C.N. Posillipo sia stata illegittimamente ammessa a partecipare alla gara, dovendo invece essere esclusa, in quanto non ha dimostrato il possesso del requisito di partecipazione definito all'art. 5 lett. g) dell'avviso pubblico, ossia la gestione a regola d'arte di almeno una struttura natatoria ad uso pubblico con soddisfazione del committente e senza aver commesso un errore grave per non meno di tre anni nell'ultimo decennio. Precisa in proposito la ricorrente che la controinteressata ha dichiarato ai fini dell'admissio, come prima struttura valida la piscina "C. Poerio" sita in Napoli al Corso V. Emanuele, per la quale ha prodotto un attestato (doc. 12 ricorrente) con il quale il Presidente della F.I.N. (Federazione italiana nuoto) dichiara che il C.N. Posillipo ha gestito detta piscina a far data dal 25.10.1997 e comunque per non meno di tre anni nell'ultimo decennio decorrente dal 28.7.2014 - data di scadenza del bando - senza aver commesso un errore grave e con soddisfazione del committente.

L'A.S.D. A.O. tuttavia sostiene che dalla documentazione a corredo di siffatta attestazione non emerge che la controinteressata abbia gestito tale piscina per un intero triennio antecedente la scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara de qua, essendo la piscina "C. Poerio" di proprietà comunale, affidata al CONI con convenzione del 19.7.1996 insieme ad altre 12 strutture, per sei anni prorogabili di altrettanto periodo. Il Coni a sua volta affidava l'impianto in questione alla FIN con verbale di consegna del 29.7.1997 e successivamente il Consiglio federale della FIN con Delib. n. 195 del 1997 deliberava di procedere a subaffidare la gestione della piscina in questione al CN Posillipo.

In seguito a questi atti il CONI Servizi s.p.a - subentrato ex lege al CONI - in data 15.7.2005 stipulava scrittura privata (Doc. 19 produzione ricorrente) con il Comitato regionale campano della FIN per la gestione dell'impianto natatorio "C. Poerio" fino al termine massimo del 18.7.2008.

Finalmente, il 9.10.2006 veniva sottoscritta una scrittura privata (doc. 20 produzione ricorrente) tra la FIN e il C.N. Posillipo per la gestione da parte di quest'ultima della piscina "C. Poerio" per una durata che andava dal 31.8.2006 al 18.7.2008. All'art. 3 di tale convenzione si stabiliva che "è in ogni caso esclusa ogni possibilità di eventuale ulteriore proroga o rinnovo del presente contratto successivo al 18 luglio 2008, data alla quale scadrà senza necessità di disdetta alcuna".

Dall'insieme dei citati atti convenzionali consegue per la deducente che la piscina "C. Poerio" addotta dal C.N. Posillipo quale requisito di partecipazione alla gara e che gli ha addirittura consentito di ottenere ben 15 punti, non è stata gestita dalla controinteressata per almeno tre anni nell'ultimo decennio come prescriveva l'art 5, lett. g) dell'avviso pubblico, atteso che l'utile gestione correva dal 31.8.2006 al 18.7.2008, ossia per un periodo di tempo inferiore ai due anni.

Soggiunge la deducente che nel caso in cui si volesse opinare che la Commissione anziché considerare ai fini dell'admissio la gestione della piscina "C. Poerio" avesse invece tenuto conto di quella di via Posillipo, pure allegata dalla controinteressata, avrebbe dovuto comunque escluderla dalla gara poiché riguardo a tale ultimo

impianto l'impresa ha dichiarato (doc. 11 produzione ricorrente) che "nessun contratto e certificato di regolare esecuzione del servizio viene prodotto (...) trattandosi di struttura di proprietà del'A.S.D. C.N. Posillipo", laddove le risultanze agli atti di causa proverebbero la falsità di tale dichiarazione poiché la piscina di Via Posillipo non sarebbe di proprietà della controinteressata.

2.2. Con il quarto mezzo la ricorrente, in logico sviluppo delle doglianze or ora riassunte, censura l'operato espresso nei vari verbali di gara, relativamente all'attribuzione del punteggio complementare attraverso l'applicazione della griglia di punteggio predisposta dalla commissione per il caso di documentata gestione di un impianto ulteriore rispetto a quello valevole ai fini dell'ammissione alla procedura; griglia che contemplava il riconoscimento di 20 punti nel caso in cui il concorrente avesse gestito nel triennio precedente un impianto natatorio olimpionico, 15 per un impianto agonistico ove possono svolgersi attività ufficiali della FSN e DSA e 10 punti per gli impianti sportivi di esercizio.

Al Posillipo sono stati riconosciuti 15 punti per la gestione della piscina "C. Poerio e in virtù di tale supplementare punteggio essa è risultata aggiudicataria della gara.

Relativamente a tale impianto la controinteressata ha prodotto un'attestazione del presidente della F.I.N. (doc 12 ricorrente) che dichiara che il Posillipo gestisce la piscina C. Poerio "comunque per non meno di tre anni nell'ultimo decennio decorrente dal 28.07.2014".

Detto punteggio non poteva essere attribuito perché la invocata gestione triennale nell'ultimo decennio non è stata provata.

Ne consegue che la controinteressata, oltre a non poter partecipare, non poteva vedersi attribuito l'ulteriore punteggio di 15 per la gestione della piscina C. Poerio.

2.3. Sulla scorta di attenta disamina della documentazione prodotta in causa da tutte le parti litiganti nonché degli esiti dell'istruttoria disposta dalla Sezione con Ordinanza n. 1229/2015, il Collegio deve pervenire alla valutazione di fondatezza dei motivi terzo e quarto, oltre che, come si dirà appresso, del primo, incentrato sulla mancata prova dell'asserita pretesa proprietà della piscina di Via Posillipo 5 in capo alla controinteressata, dovendo quindi confermare la delibazione di fondatezza del gravame incidentale, già funditus motivata con la precedente ordinanza cautelare n. 1954/2014.

2.4. Orbene, coglie nel segno quanto sostenuto dalla difesa della ricorrente nella memoria prodotta il 5.12.2015, ossia che la documentazione versata in atti dal Posillipo e in particolare la deliberazione del consiglio federale della F.I.N. del 1.8.2008 n.72 nonché la n. 139/2008, che suffragherebbero l'infondata tesi espressa più volte dalla controinteressata nelle pletoriche memorie depositate (mediamente di circa 38-40 pagine) non possono essere dal Tribunale considerate in quanto non sono state prodotte in sede di gara, né in esito alla richiesta in data 30.7.2014 del presidente della commissione volta ad acquisire copia dei contratti o atti comprovanti la gestione a regola d'arte, con soddisfazione del committente e senza aver commesso errore grave, di un impianto natatorio nel triennio antecedente il decennio decorrente a ritroso dal 28.7.2014, data di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Ragion per cui, gli unici atti e documenti sui quali il Collegio dovrà appuntare attenzione e disamina non possono che essere quelli prodotti dal Comune di S. Sebastiano al Vesuvio il 12.3.2015 in ottemperanza alla disposta istruttoria collegiale.

Ebbene, in tale produzione figurano: la scrittura privata tra la FIN e il C.N. Posillipo asseritamente del 21.4.2011; la nota prot. 3132 del 12.4.2010 del Dirigente della direzione centrale IX del Comune di Napoli al CONI di proroga di una pregressa convenzione; la scrittura privata tra il Coni servizi s.p.a e la Fin del 15.7.2005, la nota del 9.7.1996 del Coni avente ad oggetto la richiesta di affidamento della gestione di impianti.

Orbene, tutti gli atti appena indicati non rilevano nel caso di specie ai fini della comprova del requisito della gestione triennale nel decennio antecedente la scadenza del suindicato termine, al pari degli ultimi due atti prodotti, ovverosia la scrittura privata tra la FIN e il C.N. Posillipo del 18.12.1997 e il verbale di consegna tra il CONI e la Fin del 25.7.1997 in quanto atti che si collocano al di fuori del triennio di riferimento e che non vedono quale parte contrattuale il Posillipo, eccezion fatta per la convenzione asseritamente stipulata il 21.8.2014 tra la Fin e il C.N. Posillipo (doc. 1).

Trattasi, invero, dell'unico atto nel quale interviene il C.N. Posillipo ed è una scrittura privata di concessione in via temporanea da parte della FIN al C.N. Posillipo dell'impianto natatorio di Corso V. Emanuele, denominato "piscina C. Poerio".

La convenzione in disamina risulta sottoscritta in data 9.10.2006 tra la FIN e il Circolo Nautico Posillipo e registrata il 18.10.2006 al n. 10981, come emerge da quanto è leggibile in alto a sinistra della prima pagina.

L'affidamento convenuto con il presente contratto corre dal 31.8.2006 al 18 luglio 2008 e a norma del punto 3 dell'articolato convenzionale in esame, "è in ogni caso esclusa ogni possibile proroga o rinnovo del presente contratto successivo al 18 luglio 2008".

Ebbene, non vengono prodotte ulteriori convenzioni o ulteriori atti di affidamento o proroghe della gestione della piscina "C.Poerio" da parte del C.N. Posillipo, risultando pertanto confermato quanto peraltro già accertato in sede cautelare ed evidenziato dal Collegio con la citata Ordinanza, ovverosia la circostanza che la controinteressata ha provato di aver effettuato la gestione della piscina de qua solo dal 31.8.2006 al 18.7.2008, ragion per cui non è stata comprovata la gestione per un triennio decorrente a ritroso dal 28 luglio 2014, arrestandosi il periodo nel quale la piscina C. Poerio è stata gestita dal C.N. Posillipo, all'arco temporale, inferiore a due anni, corrente dal 31 agosto 2006 al 18 luglio 2008.

Alcun valore probatorio può quindi essere annesso alla dichiarazione del presidente della FIN del 7.8.2014 prodotta in allegato alla nota di invio della richiesta documentazione da parte della controinteressata, con la quale il predetto certificava che il C.N. Posillipo avrebbe gestito la piscina C. Poerio "per non meno di tre anni nell'ultimo decennio", atteso che siffatta dichiarazione non è supportata dalla documentazione ufficiale comprovante la gestione della piscina per il periodo rilevante, risultando pertanto confinata detta certificazione al rango delle mere

attestazioni producibili in sede di gara ma necessitanti poi in sede di verifica documentale del possesso dei requisiti dichiarati, di essere suffragata dalla documentazione ufficiale.

Del pari non trova riscontro nella documentazione versata in atti la dichiarazione contenuta nell'offerta tecnica del C.N. Posillipo e prodotta dalla ricorrente, di aver gestito la piscina "C. Poerio" per un triennio collocato nel decennio antecedente la scadenza del termine di presentazione delle offerte, al pari della contestuale dichiarazione di essere proprietario della piscina di Via Posillipo.

2.5. Conviene anche sottolineare che non può essere seguita la tesi della controinteressata, secondo la quale alla rilevata carenza documentale l'amministrazione avrebbe dovuto rimediare ponendo mano all'esercizio del potere sanzionatorio alternativo recato per via della modifica dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, mediante l'inserimento del comma 2 - bis in forza del quale "2-bis. La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 Euro", in tal modo non potendosi sanzionare con l'esclusione dalla gara il mancato possesso del requisito della gestione triennale di un impianto natatorio nell'ultimo decennio.

2.6. Al riguardo deve il Collegio in toto dissentire da siffatta linea difensiva, la quale anzitutto non tiene conto della tipologia di elementi e dichiarazioni la cui carenza non può condurre all'estromissione dalla procedura di gara e, in secondo luogo, ove interpretata nel senso voluto dal C.N. Posillipo, la norma non sfuggirebbe a fondati dubbi di infrazione costituzionale.

Quanto al profilo oggettivo va infatti osservato che il novero degli elementi e dichiarazioni la cui carenza è soggetta all'applicazione della sanzione alternativa, va strettamente limitato a quelli di cui al comma 2, come recita la norma, ovvero alle dichiarazioni comprovanti il possesso dei requisiti ma non può essere esteso fino a consentire di sanare non l'omessa prova o autocertificazione del possesso dei requisiti stessi bensì la loro totale impossidenza o assenza.

In altri termini, qualora un concorrente non abbia adeguatamente dichiarato o comprovato di possedere i requisiti generali, la stazione appaltante non può escluderlo dalla gara ma deve applicare ai suoi danni la sanzione alternativa definita dalla norma.

Viceversa, ciò che all'evidenza non è consentito sanare è non la mera prova, ma la radicale insussistenza dei requisiti stessi.

La novella, invero, è volta a superare e combattere il formalismo certificativo e probatorio nelle gare d'appalto, ma non può certo essere intesa come una valvola di sfogo per consentire di ammettere alle gare pubbliche soggetti del tutto privi dei requisiti generali soggettivi di partecipazione.

Nel caso contrario, ove cioè la disposizione in disamina dovesse essere intesa, come

infondatamente sostiene la difesa del C.N. Posillipo, come norma che impedisca di escludere dalla gara un'impresa che non sia in possesso di un requisito minimo di partecipazione, sarebbero evidenti i profili di incostituzionalità dell'art. 38, comma 2-bis del D.Lgs. n. 163 del 2006, collidendo con i canoni costituzionali di uguaglianza, imparzialità e buon andamento direttamente promananti dall'art. 97 della Costituzione.

Si finirebbe, invero, per legittimare la partecipazione alle pubbliche gare di soggetti inidonei in quanto non titolari di requisiti soggettivi prescritti dalle *leges speciales*, a tutto detrimento della "grundnorm" di cui all'art. 97, infrangendosi il buon andamento dell'amministrazione e frustrandosi in toto lo stesso sistema di accertamento dei requisiti soggettivi di partecipazione alle procedure di gara.

In definitiva, stante l'illustrata carenza in capo al C.N. Posillipo del requisito di cui all'art. 5, lett. g) dell'avviso pubblico per non avere gestito con soddisfazione del committente e senza aver commesso un errore grave un impianto natatorio nel triennio compreso nell'ultimo decennio decorrente a ritroso dal 28.7.2014, la controinteressata non poteva vedersi attribuito il punteggio supplementare di 15 punti, assegnate in virtù della ritenuta gestione triennale della piscina predetta.

I motivi terzo e quarto sono pertanto fondati e vanno accolti.

3.1. Va ora scrutinato il primo motivo aggiunto, con il quale la deducente contesta che la controinteressata sia stata ammessa a partecipare alla gara per effetto della ritenuta comprovata gestione dell'impianto di via Posillipo, relativamente al quale ha dichiarato di non poter produrre il certificato di regolare esecuzione del servizio da parte del committente in quanto proprietaria dell'impianto stesso. In tal modo per la ricorrente il C.N. Posillipo ha "bypassato" la necessità di comprovare la corretta gestione di una piscina dovendo all'uopo produrre una dichiarazione del committente, elemento non prodotto. Con il che la controinteressata è stata illegittimamente ammessa dalla gara mentre avrebbe dovuto essere esclusa.

**La documentazione versata in atti dalla deducente proverebbe poi che il C.N. Posillipo non è affatto proprietario della piscina di via Posillipo, che è di proprietà pubblica.**

3.2. Al riguardo il Collegio ha disposto apposita istruttoria, richiedendo all'Autorità portuale di Napoli e all'Agenzia del demanio di attestare e documentare se la piscina di Via Posillipo, gestita dal C.N. Posillipo, sia o meno di proprietà demaniale.

Le Amministrazioni citate hanno puntualmente ed esaustivamente ottemperato, depositando il 26 marzo e il 1 aprile 2015 copiosa documentazione, dalla quale è consentito trarre le seguenti considerazioni.

L'Agenzia del Demanio attesta che l'Ente autonomo Porto di Napoli autorizzò il Circolo nautico Posillipo a realizzare la piscina di via Posillipo 5 "su area appartenente al demanio marittimo oggetto di richiesta di concessione, come risulta dall'atto unico di collaudo dell'Ufficio del Genio Civile per le opere marittime del 19 novembre 1970".

L'Autorità portuale ha poi prodotto atto di concessione n. 62/2010 in forza del quale venne concesso al C.N. Posillipo l'utilizzo, tra l'altro, della piscina in questione,



precisandosi che detta concessione aveva "la durata di mesi 48 (quarantotto a decorrere dal 1 gennaio 2006 e terminando col 31 dicembre 2009, nel qual giorno il concessionario deve sgombrare a proprie spese il bene demaniale (...) e quindi riconsegnarlo in pristino stato all'Autorità portuale di Napoli" (concessione cit., pag. 6). Tale concessione è stata prorogata ex lege fino al 31.12.2015 dall'art. 1, comma 18, del D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con L. n. 25 del 2010.

La controinteressata ha invece prodotto il 16.3.2015 un verbale di riunione del 16.5.1985 e la concessione demaniale n. 55 del 2006 rilasciata dall'Autorità portuale di Napoli.

Ebbene, dal contenuto di ambedue gli atti indicati il Collegio trae sufficienti elementi per poter affermare che la piscina di via Posillipo è tuttora di proprietà dello Stato siccome appartenente al demanio marittimo.

Invero, il citato verbale di riunione, redatto da funzionari della Capitaneria di Porto, dell'U.T.E., del Genio civile di Napoli e da un rappresentante del C.N. Posillipo, aveva lo scopo di completare le operazioni di verifica delle destinazioni delle "aree demaniali marittime, identificate e misurate, che attualmente sono occupate dal Circolo nautico Posillipo", dandosi atto che il medesimo "occupa una zona demaniale marittima"comprendente la piscina in questione.

Del pari, con la concessione n. 55/1996 al predetto circolo venivano concesse in uso "zone demaniali marittime", tra cui una "piscina rettangolare di mq. 599,86" con la chiara consapevolezza da parte del concessionario di non essere proprietario delle aree in analisi, tra cui la piscina, tanto che esse gli venivano semplicemente concesse in uso e con lo specifico "obbligo di corrispondere all'Autorità Portuale di Napoli, in riconoscimento della demanialità del bene concesso e in corrispettivo della presente concessione" un canone.

Di tal ch  appare chiaro che sia alla data del 16.5.1985 che alla successiva data di stipula della concessione n. 55/1996 il Circolo nautico Posillipo era un mero concessionario di bene demaniale e che la piscina per cui   controversia non era affatto nella propriet  del predetto Circolo ma gli veniva concessa in uso dallo Stato, in persona dell'Autorit  portuale di Napoli.

**3.3. Ne consegue sul piano giuridico che ai sensi dell'art. 49 del Codice della navigazione qualunque manufatto realizzato anche da terzi su aree appartenenti al demanio marittimo, alla scadenza del periodo di concessione in uso delle aree stesse, viene acquisito di diritto al demanio statale, accessione che per la giurisprudenza si verifica ipso iure anche se la concessione stessa venga rinnovata, in quanto il rinnovo, a differenza della proroga, importa una nuova concessione in senso proprio (Cass. Civ., Sez. III, 24.3.2004, n. 5842; Cass. Civ., Sez. I, 5.5.1998 n. 4504).**

Il Consiglio di Stato, aderendo al rassegnato orientamento, ha peraltro precisato che esso non trova applicazione ai casi in cui la concessione venga rinnovata con atti espressi prima della sua scadenza, fenomeno che fa ritenere che "la concessione stessa non pu  ritenersi cessata e non pu  pertanto trovare applicazione l'art. 49 del codice della navigazione" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 1.2.2013 n. 626).

Il Consiglio ha in linea generale precisato in argomento che "Il manufatto sovrastante all'area demaniale marittima (in muratura ad un piano adibito a ristorante) nasce come proprietà privata superficaria acquisita a titolo originario dal concessionario del sedime, sebbene il suo diritto sia di durata temporanea e pari a quella della concessione. Perché se ne verifichi il mutamento del titolo e della titolarità è dunque necessaria la cessazione della concessione, evento al quale è collegato con effetto legale automatico" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 giugno 2013 n. 3196).

Viceversa, "il principio dell'accessione gratuita di cui al ricordato art. 49 Cod. nav. non trova applicazione quando il titolo concessorio è stato oggetto di rinnovo automatico prima della data di naturale scadenza della concessione -nel caso di specie, in forza di una espressa norma di legge- tanto da configurare il rinnovo stesso, al di là del nomen iuris, come una piena proroga dell'originario rapporto e senza soluzione di continuità" (Cons. di Stato, Sez. VI, 26 maggio 2010, n. 3348).

Ciò posto, osserva il Collegio come nel caso all'esame la concessione demaniale è sorta per la prima volta nel 1996 in virtù dell'atto concessorio n. 55/1996 sopra citato, il quale è scaduto il 31.12.1997. Dopo di che il bene, ossia la piscina, è immediatamente entrato a far parte del demanio marittimo e solo con la successiva concessione n. 22 del 24.3.2005 pure prodotta dalla controinteressata il 20.3.2015 è stato concesso nuovamente in uso al C.N. Posillipo.

Ragion per cui il regime attuale della piscina è quello di bene demaniale in uso al privato C.N. Posillipo fino al 31.12.2015 in virtù della proroga legale della concessione n. 62 del 19.10.2010 di cui si è sopra detto, atteso che tra la scadenza della prima concessione il 31.12.1997 e il rinnovo della medesima è intercorso un lasso di tempo di ben sette anni, senza considerare che il bene risultava essere pacificamente del demanio già con l'atto del maggio 1985 sopra analizzato.

Da tanto consegue che il Posillipo ha affermato una circostanza non suffragata dalla documentazione versata in atti quando ha dichiarato in sede di gara di essere proprietario della piscina di Via Posillipo 5.

3.4. Ma in radice pone in luce il Collegio che quand'anche la controinteressata fosse stata realmente proprietaria dell'impianto in questione, giammai avrebbe potuto autocertificarne la sua avvenuta gestione senza aver commesso errore grave e con soddisfazione del committente, come prescrive l'art 8, lett. g) dell'avviso in atti, poiché non poteva certo rilasciare un'attestazione che doveva promanare da un committente.

Difettando pertanto l'alterità soggettiva postulata dalla ricordata norma della legge di gara allorché ha fatto riferimento alla soddisfazione del committente, il C.N. Posillipo non ha provato di aver gestito l'impianto de quo conformemente a quanto prescritto dall'art. 5 lett. g) dell'avviso pubblico.

Da ciò discende che il C.N. Posillipo, non essendo stato in grado di provare di aver gestito neanche un impianto natatorio nel triennio compreso nel decennio antecedente la data di scadenza del bando in analisi, non poteva essere ammesso a partecipare alla gara, atteso che neanche la piscina di Corso V. Emanuele "C. Poerio" è stata da esso gestita nel triennio in questione, ragion per cui la controinteressata

non possedeva i requisiti per essere ammessa alla gara e doveva essere esclusa.

Né a maggior ragione poteva essere dichiarata aggiudicataria in virtù dell'attribuzione del punteggio premiale generato dall'aver gestito nel triennio precedente la data di scadenza del bando, con soddisfazione del committente e senza aver commesso errore grave, un altro impianto natatorio.

Non rivestendo, pertanto, il C.N. Posillipo la posizione di partecipante legittimo e di aggiudicatario non poteva conseguentemente spiegare ricorso incidentale, che va per l'effetto dichiarato inammissibile, non potendo dunque il Collegio procedere al suo scrutinio, atteso che esso non riveste natura paralizzante poiché censura l'attribuzione alla ricorrente del punteggio di 8 punti attribuitole dalla commissione di gara.

L'accoglimento del terzo motivo di ricorso incentrato sull'illegittimità dell'ammissione alla gara del C.N. Posillipo rende superfluo lo scrutinio del primo, con il quale la ricorrente mira alla declaratoria di esclusione della controinteressata per non essere iscritta alla Camera di Commercio, motivo che può essere assorbito per effetto dell'acclarata fondatezza del terzo.

Non rivestendo, pertanto, il C.N. Posillipo la posizione di partecipante legittimo e di aggiudicatario non poteva conseguentemente spiegare ricorso incidentale, che va per l'effetto dichiarato inammissibile, non potendo dunque il Collegio procedere al suo scrutinio, atteso che esso non riveste natura paralizzante poiché censura l'attribuzione alla ricorrente del punteggio di 8 punti attribuitole dalla commissione di gara.

L'obbligo per il giudice di esaminare per primo il ricorso incidentale sussiste infatti, per giurisprudenza consolidata, solo ove esso sia di tipo paralizzante, contestando la stessa ammissione alla gara del ricorrente principale (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 27 maggio 2014, n. 2715).

In definitiva, alla luce delle considerazioni finora svolte, il ricorso principale si profila infondato, mentre il ricorso per motivi aggiunti è fondato e pertanto meritevole di essere accolto, dovendosi annullare la impugnata determinazione nella parte in cui ha ammesso alla gara e poi dichiarato aggiudicataria definitiva il C.N. Posillipo.

I due ricorsi incidentali spiegati da quest'ultimo sono inammissibili per difetto di legittimazione a ricorrere.

4.1. La domanda risarcitoria va accolta in forma specifica, così come formulata in via principale dalla ricoprente, allorché invoca il suo diritto all'aggiudicazione dell'appalto e solo "nella denegata ipotesi in cui (...) non fosse possibile affidare la gestione alla ditta ricorrente, essa avrebbe diritto al risarcimento dei danni nei termini di seguito esposti" (ricorso per motivi aggiunti, pag. 46).

Ne consegue che la commissione dovrà essere prontamente riconvocata e riformulare la graduatoria, escludendo dalla gara il C.N. Posillipo, ragion per cui la migliore offerta risulta essere quella della A.O., che dovrà essere nominata aggiudicataria e subentrare negli eventuali contratti provvisori che il Comune ha stipulato per la gestione temporanea della piscina per cui è causa.

Inoltre, considerato che l'A.S.D. A.O. ha offerto in rialzo rispetto al canone di 37 mila Euro posto a base di gara, un canone annuo di ben 78.000,00, ne consegue che il Comune di S. Sebastiano al Vesuvio ha subito un danno economico essendo stato il servizio affidato ad un corrispettivo inferiore a quello che avrebbe versato la ricorrente.

Su tale circostanza dovrà essere provocata un'inchiesta da parte della Procura Regionale della Corte dei Conti della Campania che dovrà accertare la sussistenza di estremi di responsabilità amministrativa per danno erariale per effetto della delineata minore entrata che è derivata all'Ente locale quale conseguenza del mancato'affidamento della gestione della piscina de qua alla A.O..

Copia conforme della presente sentenza nonché copia della documentazione prodotta in ottemperanza all'Ordinanza istruttoria dalle parti pubbliche e dalla controinteressata, copia della documentazione prodotta in allegato al ricorso principale e ai motivi aggiunti e copia di questi ultimi dovranno pertanto essere trasmesse a cura della Segreteria della Sezione, alla Procura Regionale della Corte dei Conti della Campania a far tempo dal deposito della presente sentenza.

Le spese seguono la soccombenza nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sul ricorso e sui relativi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così provvede:

1. Respinge il ricorso principale.
2. Accoglie i motivi aggiunti e per effetto annulla la determina n. 258/2014 e tutti i verbali di gara nella parte in cui hanno ammesso a partecipare alla gara e hanno dichiarato aggiudicataria definitiva l'A.S.D. C.N. Posillipo.
3. Accoglie la domanda risarcitoria in forma specifica nei sensi di cui in motivazione.
4. Dichiarà inammissibili i ricorsi incidentali presentati dall'A.S. D. C.N. Posillipo.
5. Condanna il Comune di S. Sebastiano al Vesuvio a pagare all'A.S.D. A.O. le spese di lite, che liquida in Euro 3.000,00 oltre accessori e rimborso del contributo unificato versato all'Erario per i motivi aggiunti.
6. Dispone che a cura della Segreteria copia conforme della presente sentenza nonché copia della documentazione specificata in motivazione venga trasmessa a far data dal deposito della presente sentenza, alla Procura Regionale della Corte dei Conti della Campania perché valuti la sussistenza di estremi di responsabilità amministrativa per danno erariale.

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

Così deciso in Napoli nella Camera di consiglio del giorno 23 aprile 2015 con

l'intervento dei Magistrati:

Vincenzo Cernese, Presidente FF

Alfonso Graziano, Primo Referendario, Estensore

Giuseppe Esposito, Primo Referendario