

N. 00373/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00224/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Nel giudizio introdotto con il ricorso 224/14, proposto da Sportevolution Polisportiva - associazione sportiva dilettantistica (A.S.D.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, assistita e difesa dagli avv. ti Dal Piaz, Russo e Traversa, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Trento, via Dordi 4;

contro

Azienda Municipale Sviluppo Arco - A.M.S.A. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, assistita e difesa dall'avv. A. Dalponte, con domicilio eletto presso il suo studio in Trento, via S. Trinità 14;

il Comune di Arco in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. B. Zampiero, con domicilio presso il T.R.G.A., sede di Trento, ex art. 25 c.p.a.;

nei confronti di

Amici Nuoto Riva - società sportiva dilettantistica a r.l., e Limite Zero Sport System S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio

in principalità:

- per l'annullamento del provvedimento per l'assegnazione definitiva della gestione del complesso balneare in Arco, loc. Prabi e del relativo verbale;

- di ogni altro atto presupposto connesso e consequenziale, compresi:

- degli atti adottati dalla Stazione appaltante, i verbali delle operazioni di gara e relativi allegati, e l'aggiudicazione provvisoria;

- della *lex specialis* di gara e, così, del bando, dell'avviso e dei relativi allegati e modelli, nonché delle note e delle risposte fornite dalla Stazione appaltante sulla procedura di gara, ove pregiudizievoli;

- del rigetto, anche implicito, dell'istanza di autotutela ai sensi dell'art. 243-bis del d. lgs. 163/2006;

in via subordinata, ove necessario

- per l'annullamento, ovvero per la dichiarazione di inefficacia, del contratto di affidamento;

- e per la dichiarazione di subentro della A.S.D. Sportevolution Polisportiva nel medesimo contratto;

- per l'accertamento e la condanna al risarcimento dei danni patiti e patiendi dalla A.S.D. Sportevolution Polisportiva in conseguenza dei provvedimenti impugnati e comunque ad essi connessi, da quantificarsi, eventualmente in via equitativa, anche in corso di causa.

in via subordinata, ove necessario,

per l'annullamento, e conseguente rinnovo, dell'intera procedura di gara e per ogni consequenziale provvedimento di legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.M.S.A. S.r.l. e del Comune di Arco;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, X comma, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2014 il cons. avv. A. Gabbricci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Va preliminarmente rammentato che l'art. 120 c.p.a., il quale reca disposizioni specifiche per i giudizi di cui all'articolo 119, I comma, lett. a) – e, cioè, avverso i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, e dunque applicabile alla fattispecie – è stato ampiamente novellato dall'art. 40, I comma, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014, n. 114.

1.2. Le nuove previsioni si applicano, ex art. 40 cit., II comma, ai giudizi introdotti con ricorso depositato, in primo grado, in data successiva alla data d'entrata in vigore del decreto legge,

avvenuta, secondo l'art. 54, il giorno seguente alla sua pubblicazione (G.U. 24 giugno 2014, n. 144): dunque, anche al presente giudizio, il cui ricorso introttivo è stato depositato il 3 luglio 2014.

In particolare, il VI comma dispone attualmente che “al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con il principio di sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2, le parti contengono le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato”, e il giudice sarà tenuto a esaminare “tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti”.

1.3. Tale decreto non è stato ancora emanato, ma la norma primaria comunque ribadisce il principio di sinteticità dell'intero giudizio in questa materia, già stabilito dal seguente ed immutato art. 120, X comma, per il quale “[t]utti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente”, nelle forme semplificate di cui all'articolo 74; e ciò per quel fine di celerità, stabilito dal IX comma, il quale, dopo la citata novellazione, prevede come “Il Tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro trenta giorni dall'udienza di discussione”.

2.1.1. Il Collegio, applicando alla presente decisione il rammentato principio di sinteticità, quanto ai fatti di causa può limitarsi a rappresentare che l'Azienda Municipale Sviluppo Arco - A.M.S.A. S.r.l. ha bandito una gara per l'assegnazione della gestione quadriennale del complesso balneare in località Prabi, da affidare al concorrente che avesse presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 83 del d. lgs. 12 aprile 2006, applicando i criteri di valutazione stabiliti nella *lex specialis* di gara.

2.1.2. Al termine della procedura, al primo posto si è collocata Amici Nuoto Riva, società sportiva dilettantistica (s.s.d.) a r.l., cui il servizio è stato aggiudicato il 30 aprile 2014, e con la quale si è poi stipulato anche il contratto per la gestione dell'impianto, sottoscritto il 21 maggio 2014; seconda è giunta Limite Zero Sport System S.r.l., mentre terza è risultata Sportevolution Polisportiva s.s.d., la quale ha proposto il ricorso in esame.

2.2. Tale gravame censura il provvedimento di aggiudicazione sia per vizi propri sia per invalidità derivata.

In sintesi, viene anzitutto rilevata la violazione e l'erronea applicazione degli artt. 2, 10, 11, 12, 13, 46, 79, 83, 86 e seguenti del d. lgs. 163/06, del D.P.R. n. 207/10, della l. 241/90, del d.P.R. 445/00, dell'art. 97 Cost., della *lex specialis* di gara e, ancora, l'inosservanza dei principi di libero mercato e libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

Inoltre, si censura l'affidamento del servizio alla controinteressata per eccesso di potere sotto il profilo del difetto d'istruttoria e di motivazione, omessa ed erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, violazione dei principi di *par condicio*, buon andamento, imparzialità, economicità, efficacia e trasparenza dell'azione amministrativa, sviamento, illogicità, contradditorietà, irragionevolezza e ingiustizia manifesta.

2.3. Ebbene, va intanto riconosciuto il difetto di legittimazione passiva del Comune di Arco, essendo tutti gli atti impugnati riconducibili ad A.M.S.A. S.r.l., dotata di propria distinta soggettività.

2.4.1. Passando quindi all'esame dei motivi di gravame, va intanto escluso, come invece si afferma nella prima parte della censura, che il provvedimento impugnato sia viziato solo perché comunicato in ritardo, ciò che incide soltanto sulla decorrenza del termine d'impugnazione.

2.4.2. Va invece considerato il secondo profilo della stessa censura, in cui si sostiene che Amici Nuoto Riva non avrebbe uno dei requisiti di partecipazione richiesti dalla *lex specialis*, e, cioè, aver “gestito impianti analoghi per almeno 4 anni”.

2.4.3. In realtà, per quanto si desume dalla documentazione prodotta dall'Amministrazione, Amici Nuoto Riva è stato il precedente gestore della struttura di Prabi, e non si è limitato alla sola assistenza e sorveglianza dei bagnanti, come viceversa sostiene la ricorrente, citando un documento che non è però destinato ad accettare il contenuto di quella prestazione.

2.4.4. Ancora, in un'interpretazione della disciplina di gara, conforme al principio della massima partecipazione, si deve ritenere che la conduzione almeno quadriennale si realizzhi anche se l'impianto, avendo strutture all'aperto, sia integralmente operativo soltanto per una parte di ciascuno dei quattro anni concordati.

2.4.5. Infine, al possesso del requisito, richiesto dal bando non è di ostacolo, che, dalla visura rilasciata dalla C.C.I.A., non risulti aperta un'unità locale della Amici Nuoto Riva per l'attività di gestione di impianti sportivi: ciò che rileva è soltanto l'effettivo svolgimento delle relative prestazioni, in conformità a un titolo legittimo.

2.4.6. A questo punto, riconosciuto il titolo di partecipazione alla prima classificata, è irrilevante se la seconda vi fosse stata o no legittimamente ammessa.

3.1. Vanno allora esaminate le censure, presentate dalla ricorrente in via subordinata, e che riguardano l'intera procedura di gara, in funzione della sua eventuale rinnovazione integrale.

3.2.1. Orbene, come già accennato, il bando stabilisce che l'aggiudicazione sarebbe stata disposta mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e richiama espressamente l'art. 83 del d. lgs. 163/06, il cui II comma dispone che il bando elenca i criteri di valutazione, e precisa la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, mentre il IV comma aggiunge che lo stesso bando prevede per ogni criterio, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi: era così escluso, secondo la ricorrente, che l'articolazione dei criteri valutativi potesse essere stabilita dalla Commissione giudicatrice dopo la presentazione delle offerte, e sia pure prima della loro apertura.

3.2.2. Nella fattispecie, il bando, oltre al corrispettivo annuale, per cui è prevista l'assegnazione *fino* a 40 punti, indica i seguenti criteri tecnici: “b) società ed associazioni sportive dilettantistiche punti 5; c) esperienza *fino* a 40 punti; d) iscrizione Albo società sportive del CONI punti 5; e) certificazione di qualità punti 10”.

3.2.3. Tali criteri, secondo la ricorrente, sarebbero del tutto genericci, e mancherebbe qualsiasi meccanismo di attribuzione e graduazione rispetto al servizio in questione, e da ciò l'illegittimità degli atti impugnati.

Infatti, seguita Sportevolution, “per lo svolgimento delle procedure comparative ... è necessaria la previa indicazione e l'attribuzione di un peso specifico ai parametri di giudizio”: principio, di rilievo comunitario, che deriva “dall'esigenza di ridurre gli apprezzamenti discrezionali della Pubblica Amministrazione, garantendo in tal modo sia l'imparzialità delle valutazioni nell'essenziale tutela della *par condicio* tra i soggetti interessati... sia la trasparenza dell'*agere pubblico*”.

3.2.4. Ancora, per quanto specificatamente riguarda i parametri, ampiamente discrezionali, dell'esperienza gestionale e delle certificazioni di qualità, la commissione di gara ha inizialmente stabilito che i punteggi sarebbero stati attribuiti secondo una valutazione comparativa fra le varie offerte.

Nel medesimo verbale viene poi specificato, quanto alle esperienze, che la Commissione, "tenendo in considerazione il numero di esse, la loro durata, la tipologia degli impianti natatori gestiti dando preponderanza a quelli analoghi all'impianto posto a gara ... dopo ampio confronto, all'unanimità, decide di assegnare punti 40 ad [ANR] ... punti 35 ad [ASD Sportevolution] ... punti 20 alla [LZA]".

3.2.5. Ebbene, soggiunge la ricorrente, una tale condotta sarebbe chiaramente illegittima.

I presunti sub-criteri non sono stati predeterminati nella *lex specialis*, né sarebbe stato loro attribuito alcun sub-punteggio o criterio di modulazione: sarebbero stati soltanto elencati, senza che vi fosse riconlegato "alcuno specifico criterio di assegnazione, né sotto forma di peso, né sotto forma di punteggio: di talché risulta impossibile comprendere sia l'oggetto specifico della comparazione, sia l'*iter* logico giuridico che ha condotto all'assegnazione dei punteggi medesimi, con conseguente illegittimità dell'intera procedura di gara".

3.3.1. Ancora, lamenta Sportevolution come la procedura, qui seguita, violi i principi di pubblicità per le sedute di gara e di segretezza dell'offerta economica, stabiliti per la selezione da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3.3.2. Invero, dal verbale di gara del giorno 8 aprile 2014 si desume che la commissione, in seduta pubblica, nell'occasione ha aperto i plichi contenenti le offerte, ed ha esaminato la documentazione amministrativa.

Sono stati quindi congedati i rappresentanti delle concorrenti, e la commissione ha proseguito i lavori in seduta riservata: ha allora fissato i sub criteri di valutazione delle offerte ed ha aperto le offerte economiche dei concorrenti, assegnando il relativo punteggio; solo a questo punto ha aperto le buste con le offerte tecniche, e ha assegnato i relativi punteggi.

3.3.3. Orbene, la procedura applicata violerebbe, anzitutto, i principi di trasparenza e pubblicità delle procedure di gara, appunto perché l'offerta tecnica è stata esaminata in sede riservata: all'opposto, «come evidenziato dal Consiglio di Stato, Ad. Plen., 28.07.2011, n. 13 (e recepito dal Legislatore agli artt. 120 e 283 del DPR n. 207/2010) ... "anche l'offerta tecnica deve essere aperta in seduta pubblica, trattandosi di un'operazione che, come per la documentazione amministrativa e l'offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento"».

3.3.4. Inoltre, prosegue Sportevolution, quando la procedura di gara sia caratterizzata dall'aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa - e, quindi, da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica - il principio di segretezza richiede che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, sia interdetta al seggio di gara la conoscenza delle percentuali di ribasso offerte, per evitare ogni possibile influenza sulla valutazione dell'offerta tecnica stessa.

3.3.5. Tale principio, per quanto si è visto, avrebbe dovuto trovare puntuale applicazione nel caso di specie, giacché, nella valutazione dell'offerta qualitativa, la commissione ha operato con ampia

discrezionalità sui punteggi: per cui la preventiva conoscenza dell'offerta economica inficerebbe inevitabilmente l'intera procedura di gara.

4.1. Le censure esposte sub § 3 vanno nel complesso accolte.

Invero:

- le offerte tecniche sono state correttamente esaminate in seduta riservata, ma la commissione avrebbe dovuto procedere in seduta pubblica all'apertura delle buste, contenenti la documentazione tecnica, per prendere atto del relativo contenuto e per verificare l'effettiva presenza dei documenti richiesti dalla *lex specialis* di gara (cfr. C.d.S. a.p., 28 luglio 2011, n. 13; nonché, per gli appalti di lavori, l'art.12 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 luglio 2012, n. 94, il quale ha modificato l'art. 120 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207);

- in violazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, la valutazione delle offerte tecniche è stata compiuta senza un'adeguata preliminare specificazione dei subcriteri e dei parametri per la loro valutazione e l'assegnazione dei punteggi: non è così possibile comprendere per quale ragione la controinteressata sia stata preferita alla ricorrente;

- le offerte economiche si sarebbero dovute aprire, in seduta pubblica, solo dopo che la commissione avesse completato l'esame delle offerte tecniche, divulgando i punteggi assegnati: infatti, nelle gare per le quali è prevista l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per principio generale, deve essere mantenuta la segretezza delle offerte economiche fino all'esaurimento dell'esame delle offerte tecniche da parte della commissione, allo scopo di evitare che la conoscenza del prezzo offerto possa influenzare i membri della commissione nella formazione dei giudizi tecnici (“la conoscenza di elementi economici dell'offerta da parte della commissione è di per sé idonea a determinare un condizionamento, anche in astratto, da parte dell'organo deputato alla valutazione dell'offerta, alterandone la serenità ed imparzialità valutativa”: così, da ultimo, C.d.S., III, 13 ottobre 2014, n. 5057).

4.2.1. In conclusione, sono state qui violate dalla stazione appaltante alcune regole di sistema, imprescindibili per tutte le gare, in cui l'Amministrazione sceglie il contraente secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 83 del d. lgs. 163/06, peraltro espressamente richiamato nel bando.

4.2.2. Non può condurre a esiti diversi il richiamo, nelle difese A.M.S.A., alla l.p. 23/90: la circostanza che questa non contenga disposizioni dettagliate sul procedimento di aggiudicazione non significa, evidentemente, che lo stesso possa svolgersi in violazione dei principi d'imparzialità, parità di trattamento e trasparenza, ormai pacificamente acquisiti nell'ordinamento nazionale, di riflesso a quello comunitario.

4.2.3. Va egualmente respinta l'altra difesa proposta dall'Azienda resistente, per cui l'appalto *de quo* riguarderebbe un servizio da includere tra quelli “ricreativi culturali e sportivi”, cui si applicherebbe, ex art. 20, I comma, del d. lgs. 163/2006, i soli artt. 68, 65 e 225 dello stesso codice degli appalti.

4.2.4. Invero, come già rilevato, è lo stesso bando a richiamare l'art. 83 del d. lgs. 163/06 e, dunque, i comuni principi in materia di aggiudicazione all'offerta più vantaggiosa, mentre gli atti di gara non si riferiscono in alcun modo all'applicazione della disciplina speciale, invocata per la prima volta nel controricorso.

D'altra parte, la resistente giustifica la rilevanza della disciplina speciale, in quanto il servizio include “l'attività didattica delle discipline natatorie”: tuttavia, in mancanza di una più approfondita giustificazione, si tratta, rispetto alla complessiva gestione della piscina, di una componente che non può ritenersi determinante nell'individuazione del servizio, il quale va dunque disciplinato secondo la disciplina generale.

5.1. Il ricorso va pertanto accolto, quanto alla domanda d'annullamento riferita ai vizi procedurali sin qui considerati e va così dichiarata, ex art. 122 c.p.a., e con effetto retroattivo, l'inefficacia del contratto quadriennale nel frattempo stipulato con la società controinteressata.

5.2. Qualora l'Amministrazione intenda riaffidare nuovamente in gestione l'impianto, non v'è dubbio che si dovrà procedere alla rinnovazione integrale della procedura, in conformità alle prescrizioni contenute nella presente motivazione.

Da un canto, pertanto, si dovranno riaprire i termini per la presentazione di nuove offerte, tecniche ed economiche; dall'altro, andrà adeguatamente integrata la *lex specialis* di gara, quanto ai criteri per la valutazione delle offerte tecniche.

5.3.1. Resta così da esaminare la domanda risarcitoria.

Nel ricorso introduttivo, vi è invero un mero riferimento ai “danni patiti e patiendi … in conseguenza dei provvedimenti impugnati e comunque ad essi connessi, da quantificarsi, eventualmente in via equitativa, anche in corso di causa”.

5.3.2. Nella memoria depositata nella fase conclusiva si afferma che l'illegittimo comportamento della Stazione appaltante ha determinato l'impossibilità, per la società ricorrente, “di gestire il servizio per la stagione balneare trascorsa, con il conseguente evidente pregiudizio sia sotto il profilo economico – pari al canone stagionale offerto – sia sotto il profilo dell'immagine, di *chance* e curricolare, stante la mancata acquisizione di ulteriore esperienza e qualificazione, nonché mancato incremento delle qualità imprenditoriali connesse alla capacità tecnica richiesta dalla *lex specialis*”

5.4.1. Orbene, osserva il Collegio come, secondo la condivisibile giurisprudenza, il risarcimento del danno a carico della pubblica Amministrazione non è conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale di un suo provvedimento: in particolare, “il risarcimento conseguente a lesione di interesse legittimo pretensivo, è subordinato, pur in presenza di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso), alla dimostrazione, ancorché fondata con il ricorso a presunzioni, della spettanza definitiva del bene collegata a tale interesse” (così C.d.S., III, 9 giugno 2014, n. 2896; conf. *ex multis*, IV, 1 luglio 2014, n. 3295).

5.4.2. Nel caso, una volta respinta la censura che avrebbe condotto all'esclusione del primo classificato dalla procedura di gara, la ricorrente non ha altrimenti dimostrato che avrebbe ottenuto l'aggiudicazione del servizio, ove il procedimento si fosse svolto nell'osservanza delle disposizioni invece violate: sicché il danno che essa lamenta non può esserne riconosciuto.

5.4.3. D'altra parte, l'annullamento integrale della procedura, e la dichiarazione d'inefficacia *ex tunc* del contratto, attribuisce a Sportevolution la stessa possibilità di conseguire il servizio – con i relativi vantaggi – di cui essa disponeva all'avvio della procedura di gara annullata.

6. Il ricorso va in conclusione parzialmente accolto nei termini fin qui esposti.

Le spese, parzialmente compensate, seguono per il residuo la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa per la regione autonoma del Trentino - Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- a) dichiara il difetto di legittimazione passiva del Comune di Arco;
- b) annulla il provvedimento di assegnazione definitiva della gestione del complesso balneare in Arco, loc. Prabi e del relativo verbale, nonché gli atti presupposti della procedura di gara secondo quanto stabilito in motivazione;
- c) dichiara l'inefficacia del contratto di affidamento 21 maggio 2014;
- d) rigetta la domanda di risarcimento dei danni.

Compensa integralmente le spese di giudizio tra il Comune di Arco e le altre parti, e parzialmente tra la ricorrente Sportevolution e A.M.S.A. S.r.l., che condanna alla rifusione del residuo, in favore della ricorrente, liquidandolo in € 3.000,00 per compensi, oltre i.v.a. e c.p.a..

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio addì 9 ottobre 2014 con l'intervento dei signori magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Angelo Gabbricci, Consigliere, Estensore

Alma Chiettini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/10/2014

IL SEGRETARIO

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