

Publicato il 28/11/2017

N. 05596/2017 REG.PROV.COLL.
N. 03097/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3097 del 2017, proposto da:
Green Park Asd Tennis, rappresentato e difeso dall'avvocato
Gianluca Caporaso, con domicilio eletto presso il suo studio in
Napoli, via Cervantes 55/27;

contro

Comune di Benevento, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Anna Rita Pennino,
con domicilio eletto presso lo studio Virginia Lista in Napoli, via
Epomeo;

nei confronti di

Associazione Sportiva Dilettantistica Tennis Club 2002,
rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Beatrice, con domicilio
eletto presso lo studio Angelo Rossi in Napoli, via G. Porzio Isola
C/8;

per l'annullamento

- a) della determinazione n. 67 del 17.7.2017, con cui il Comune di Benevento ha aggiudicato in via definitiva alla ASD Tennis Club 2002 la procedura selettiva per l'affidamento in concessione dell'impianto sportivo comunale di tennis sito al Viale Atlantici;
- b) della nota prot. 63221 del 20.7.2017, notificata in pari data, con cui sono state fissate per il giorno 24.7.2017 le operazioni di consegna dell'impianto all'aggiudicataria nonché di quella del 24.07.2017 di diniego al differimento della consegna;
- c) di tutti i verbali di gara;
- d) della determinazione di ammissione alla gara della controinteressata, di cui si è avuta conoscenza con la comunicazione di aggiudicazione provvisoria di cui alla nota prot.34662 del 23.6.2017, ricevuta il 27.6.2017, in difetto della pubblicazione sul profilo della committente dell'elenco degli ammessi;
- e) dell'avviso pubblico in parte qua, nonché, ove occorra, del regolamento del Comune di Benevento per la gestione degli impianti sportivi di cui alla delibera C.C. n.30/13 e n.66/15 in parte qua, della nota comunale prot.n.62430 del 18.07.2017 comunicata a mezzo pec il 19.07.2017 e del provvedimento di nomina della Commissione (tra cui la determina n.50/17);
- f) di ogni altro atto e provvedimento ai precedenti presupposto o conseguente, ancorché ignoto negli estremi;
nonché:
- g) per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il subentro della ricorrente e/o per il risarcimento in via specifica;
- h) in via graduata, per il risarcimento dei danni in via generica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Benevento e di Associazione Sportiva Dilettantistica Tennis Club 2002;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2017 il dott. Fabrizio D'Alessandri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con avviso pubblico del 4.5.2017, adottato in attuazione alla determinazione dirigenziale n.35 del 24.4.2017, pubblicato sul solo profilo della committente, il Comune di Benevento ha indetto la procedura selettiva ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n.50 del 2016, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per “l'affidamento in gestione dell'impianto sportivo comunale tennis di viale Atlantici” per 10 anni, consentendo la partecipazione: “a) alle società ed associazioni sportive dilettantistiche, federazioni sportive nazionali, Enti di promozione sportiva ; b) soggetti diversi da quelli di cui al precedente punto e, comunque, anche aventi configurazione giuridica in forma imprenditoriale, purché associati o consorziati con uno o più soggetti innanzi evidenziati”.

Alla procedura di gara hanno partecipato solamente la parte ricorrente e la controinteressata Associazione Sportiva Dilettantistica Tennis Club 2002.

La Commissione di gara, con determinazione dirigenziale n. 50 del 9.6.2017, all'esito dell'attribuzione dei punteggi, ha aggiudicato la gara in via definitiva alla ASD Tennis Club 2002.

Parte ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione, chiedendone l'annullamento, previa adozione di misura cautelare, unitamente a ogni altro atto presupposto o conseguente, e ha chiesto anche la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e il suo subentro nel rapporto concessorio a titolo di risarcimento in via specifica o, in via gradata, il risarcimento dei danni in via generica.

Ha dedotto a sostegno del ricorso i seguenti motivi:

- 1) VIOLAZIONE DEI PRINCIPI COMUNITARI DI CONCORRENZA E DIVIETO DI CONCENTRAZIONE E MONOPOLIO;
- 2) VIOLAZIONE ART.83 D.L.VO 50/16. DIFETTO DELLA CAPACITA' ECONOMICA E FINANZIARIA. DIFETTO DI ISTRUTTORIA. VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ECCESSO DI POTERE. SVIAMENTO;
- 3) NULLITA' DELL'OFFERTA ECONOMICA PER VIOLAZIONE DEGLI ELEMENTI ESSENZIALI DELLA STESSA. OMESSA APPLICAZIONE ART.167 D.L.VO 50/2016;
- 4) VIOLAZIONE ART.95, 163 SS. D.L.VO 50/16. VIOLAZIONE DEL GIUSTO

PROCEDIMENTO E DEL PRINCIPIO DI NON
DISCRIMINAZIONE. VIOLAZIONE

ART.97 COST.;

5) VIOLAZIONE ART.42 D.L.VO 50/16, VIOLAZIONE
D.L.VO 39/13.

ILLEGITTIMITA' NELLA COMPOSIZIONE DELLA
COMMISSIONE DI GARA.

VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO.

VIOLAZIONE DELLA PAR CONDIZIONE

DELL'ART. 97 COST.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Benevento e la
controinteressata Associazione Sportiva Dilettantistica Tennis Club
2002.

L'adito T.A.R. con ordinanza n. 1242/2017 ha accolto l'istanza
cautelare "atteso che il ricorso pare assistito da fumus boni iuris in
relazione al profilo della mancata indicazione nel bando del valore di
concessione (imposta dall' art. 167 del D.Lgs. n. 50/2016), nonché a
quello inerente all'attribuzione di punteggi per l'offerta sulla base
anche di requisiti soggettivi e non solo di requisiti oggettivi
dell'offerta";

DIRITTO

- 1) Il ricorso si palesa fondato nei termini che seguono.
- 2) Infondato è il primo motivo di ricorso genericamente incentrato
sulla violazione dei principi
sovranazionali di divieto di concentrazione e monopolio per la
circostanza che l'impresa controinteressata già gestisce l'unico altro
impianto sportivo di proprietà della città di Benevento dedicato al
gioco del tennis.

L'affidamento, infatti, è avvenuto tramite una procedura di gara nel pieno rispetto, quindi, dei principi di concorrenza, né l'ordinamento positivo detta divieti di concentrazione in casi simili.

Ciò stante, anche, che i due impianti sportivi di proprietà del Comune non sono gli unici impianti pubblici e privati dedicati al tennis nella città di Benevento.

3) Il secondo motivo di ricorso è incentrato sull'omessa dimostrazione da parte dell'aggiudicataria del possesso del requisito di capacità economica e finanziaria, ex art.83 D.L.vo 50/16, idoneo ad assicurare il regolare svolgimento del servizio per il lungo termine di 10 anni e l'adempimento degli obblighi di cui all'affidamento tra cui la realizzazione delle opere di miglioria dell'impianto offerte dalla concorrente in sede di gara per l'importo di € 89.433,78 oltre a tutte le spese di manutenzione ordinaria, straordinaria e dei costi di gestione (acqua, luce, gas, rifiuti, ecc.).

A tale scopo, secondo parte ricorrente, non risulterebbe idoneo il documento, a firma della dott.sa Piera Altieri, esibito dalla aggiudicataria al fine dell'assegnazione del punteggio per l'offerta tecnica in cui la professionista assume, alla data del 31.12.26, "una idoneità finanziaria per un importo di € 70.000,00". Ciò tanto più in quanto Tennis Club 2002 sarebbe già esposta verso il medesimo Comune di altro gravoso impegno economico per il relevantissimo importo di € 2.221.000,00 per un progetto di manutenzione di lavori straordinari e di realizzazione di nuovi corpi di fabbrica relativo all'altro impianto comunale gestito.

La censura è infondata.

La dimostrazione di documentata affidabilità economica viene indicata nell'avviso di selezione non come requisito di partecipazione

a pena di esclusione ma come elemento considerato nell'offerta tecnica ai fini dell'attribuzione di un punteggio (Art. 5 Criteri di aggiudicazione - OFFERTA TECNICA n. 7).

Inoltre, in assenza dell'indicazione di una specifica modalità con la quale documentare l'affidabilità economica, non appare irragionevole la certificazione prestata da un revisore contabile iscritto al Registro dei Revisori contabili tenuto presso il Ministero della Giustizia, che ha attestato l'idoneità finanziaria della Associazione per un importo pari a € 70.000,00 sulla base dell'analisi dei conti annuali.

Né in questa sede ha rilevanza l'altro rapporto di gestione in corso tra il Comune e l'aggiudicataria.

4) Nel terzo motivo di ricorso la parte ricorrente ha dedotto la nullità dell'aggiudicazione alla controinteressata per non avere l'offerta tenuto conto del necessario valore di concessione di cui all'art.167 D.L.vo 50/2017, ovverosia per la mancanza nell'offerta di un dato essenziale ai fini della corretta valutazione della fattibilità e convenienza del servizio.

In via subordinata ha formulato una censura relativa all'assenza nella lex specialis di gara dell'indicazione del valore di concessione e conseguente omessa applicazione dell'art.167 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, ovverosia del valore "costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi". La lex specialis si sarebbe, infatti, limita a individuare il solo canone annuale di concessione, senza dare nessuna indicazione sul valore

complessivo della concessione come richiesto dalla normativa vigente.

Il motivo si palesa fondato quale vizio della *lex specialis*.

L'offerta non riporta il valore complessivo in quanto non previsto nella *lex specialis* e, in questo, l'assenza di un riferimento al valore di concessione nella medesima offerta non rende semplicemente invalida la stessa bensì è conseguenziale a un vizio del bando.

Il Collegio ritiene di aderire all'indirizzo secondo cui l'art. 167, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 50/2016 impone, anche con riferimento alle concessioni, l'inserimento nella legge di gara del "valore di una concessione, costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi".

La previsione è vincolante e costituisce recepimento, nell'ordinamento italiano, dell'art. 8 della direttiva n. 2014/23/UE, senza alcuna statuizione (ed in questo è una significativa differenza con la direttiva comunitaria) di soglie minime di applicabilità o di una qualche esenzione per le concessioni di minore valore economico. Questa soluzione è già stata affermata dal Consiglio di Stato anche sotto il vigore del previgente D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Conseguentemente, l'indicazione del valore della concessione nel bando è essenziale ed obbligatoria e ciò per garantire al partecipante alla procedura la possibilità di formulare la propria offerta nella più completa conoscenza dei dati economici del servizio da svolgere (T.A.R. Toscana Firenze Sez. II, 14-02-2017, n. 239). E' illegittimo il bando di gara che non ha dato applicazione alla previsione dell'art.

167, comma 1 e 2 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che impone, anche con riferimento alle concessioni, l'inserimento nella lex specialis della procedura, del valore di una concessione (T.A.R. Toscana Firenze Sez. II, 01-02-2017, n. 173). Né tale omissione può essere ovviata mediante la sola indicazione del canone di concessione (Corte Stato, sez.III, 14.06.2017, n.2926).

Da rigettare è, al riguardo, l'eccezione di tardività formulata in proposito dal Comune, secondo cui il vizio in esame, in quanto inficiante la possibilità di formulare correttamente l'offerta, andava fatto valere immediatamente mediante impugnativa del bando e non, *a posteriori*, in sede di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva.

Al riguardo si rileva che in materia di concorsi e selezioni pubbliche sussiste un onere di immediata impugnazione del bando di concorso pubblico proprio nel caso di clausole escludenti, riguardanti requisiti di partecipazione che siano *ex se* ostativi all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (T.A.R. Campania Napoli Sez. VIII, 19-10-2017, n. 4884).

Tale non è l'omissione dell'indicazione del valore di concessione.

Inoltre, l'omissione negli atti di gara dell'indicazione del valore di concessione, seppure tale indicazione è volta alla possibilità di una corretta valutazione della fattibilità e convenienza del servizio, non ha impedito alla parte ricorrente, che peraltro era in possesso di dati sul servizio essendo il soggetto gestore dell'impianto, di formulare la sua offerta, non risultando quindi né lesiva, né impeditiva per la stessa.

La parte in questione non ha subito alcuna diretta lesione da tale assenza e il suo interesse concreto all'impugnativa è sorto solo a seguito dell'aggiudicazione definitiva.

Il motivo di ricorso deve, quindi, essere accolto nei termini indicati inerenti all'illegittimità degli atti di gara.

5) Nel quarto motivo di ricorso, parte ricorrente ha dedotto l'illegittimità dei criteri di selezione, per l'asserito evidente contrasto con i principi generali che informano le gare pubbliche a fronte di una indebita commistione tra requisiti soggettivi ed oggettivi, in contrasto con l'art.95, comma 6, D.Lgs. n. 50/16.

Deduce la parte ricorrente che il bando ha previsto l'attribuzione di 80 punti per l'offerta tecnica e di 20 punti per quella economica, e che degli 80 punti previsti per l'offerta tecnica ben 57 punti accedono a requisiti soggettivi, come tali inidonei a valutare la migliore offerta.

In particolare, è stato dato peso ai seguenti elementi:

- numero dei tesserati residenti nella provincia di Benevento (max 8 punti);
- attività di serie e di categoria (max 10 punti);
- anzianità di affiliazione alla Federazione Sportiva Nazionale (max 4 punti);
- anzianità di iscrizione al CONI (max 4 punti);
- titoli sportivi e benemerienze (max 4 punti);
- presenza di dirigenti di livello regionale/nazionale (max 5 punti);
- qualificazione degli istruttori e allenatori (max 7 punti);
- sede legale in Benevento da almeno 30 mesi (max 7 punti).

Il motivo è fondato.

Costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione.

Tale criterio affonda le sue radici nell'esigenza di aprire il mercato premiando le offerte più competitive ove presentate da imprese comunque affidabili, unitamente al canone di par condicio che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo, e trova il suo sostanziale supporto logico nel bisogno di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che invece attengono all'offerta e all'aggiudicazione (T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 25-02-2016, n. 355; T.A.R. Lazio Roma Sez. II, 04-01-2016, n. 1)

In particolare la normativa comunitaria e nazionale pongono una chiara e ragionevole distinzione tra requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta, cosicché la stazione appaltante non può confondere gli stessi in fase di individuazione dei punteggi da attribuire alle offerte (T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, 23-08-2017, n. 799).

Non è, infatti, ammessa alcuna commistione tra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi attinenti all'aggiudicazione (Cons. Stato Sez. V, 20-03-2006, n. 1446).

Al riguardo, la giurisprudenza ha comunque indicato che il divieto di commistione fra criteri soggettivi e oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione non risulta eluso o violato allorché gli aspetti organizzativi o le professionalità risultanti dal curriculum personale sono destinati a essere apprezzati quale garanzia della migliore prestazione del servizio, come elementi, cioè,

incidenti sulle modalità esecutive dello specifico servizio e, quindi, come parametri afferenti alle caratteristiche oggettive dell'offerta (T.A.R. Toscana Firenze Sez. I, 25-02-2016, n. 355), così che il divieto di commistione tra requisiti di qualificazione e criteri di valutazione dell'offerta non può essere inteso in termini assoluti, escludendo quindi che qualunque elemento che faccia riferimento al profilo soggettivo dei concorrenti possa essere preso in considerazione ai fini della valutazione dei contenuti qualitativi dell'offerta; occorre infatti procedere ad un'analisi specifica della singola fattispecie per verificare se vi sia un'effettiva e coerente corrispondenza tra il criterio di valutazione individuato, ancorché di natura soggettiva, e il contenuto qualitativo dell'offerta, e quale sia l'effettiva incidenza di tale criterio rispetto alla scelta della miglior offerta. (Consiglio di Stato Sez. III 27 settembre 2016 n.2611).

Al riguardo il Collegio, pur dando atto di questi ultimi assunti, rileva come, tuttavia, i criteri utilizzati dalla stazione appaltante per l'attribuzione dei punteggi, e in particolare il numero dei tesserati residenti nella provincia di Benevento, l'anzianità di affiliazione alla Federazione Sportiva Nazionale e l'anzianità di iscrizione al CONI, si palesano come inerenti al profilo soggettivo, integrando il vizio lamentato da parte ricorrente. Né al riguardo ha rilevanza la circostanza che i medesimi criteri siano stati indicati nel regolamento per la concessione degli impianti sportivi approvato con Delibera del Consiglio Comunale n.30 del 5/06/2013 (e precisamente dall'art.7) e che lo stesso non sia stato impugnato in sede di ricorso, in quanto gli stessi non si palesavano come vincolanti ai fini della *lex specialis* della gara in questione.

6) Per le suesposte ragioni il ricorso va accolto nei termini indicati.

Il Collegio, inoltre, seppure non ha elementi certi relativamente alla circostanza se sia intervenuta o meno la stipula del contratto, ritiene di dover dichiarare l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con decorrenza ab origine. Del resto, che la dichiarazione di inefficacia del contratto possa essere pronunciata anche nelle ipotesi in cui l'annullamento dell'atto di aggiudicazione comporta la necessità di ripetizione della gara è stato di recente riconosciuto dalla Corte di Cassazione (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 22 marzo 2017 n. 7295). Non è, invece, possibile disporre il subentro della ricorrente, non essendo stato acclarato, allo stato, il titolo della stessa a conseguire l'aggiudicazione, a fronte della necessità di rinnovazione integrale della gara.

Quanto alla domanda risarcitoria per equivalente, il Collegio ritiene che la stessa non possa essere accolta, giacché – come è noto – l'illegittimità di un provvedimento amministrativo per vizi procedurali che impongano il rinnovato esercizio del potere comporta che la richiesta di risarcimento del danno sia suscettibile di valutazione solo all'esito della nuova manifestazione di volontà dell'Amministrazione, ove – come nel caso di specie – persistano in capo all'Amministrazione stessa significativi margini di discrezionalità in sede di riesercizio del potere. Inoltre la stessa risulta del tutto sformata di prova sia sull'an del danno subito che sul quantum.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti,

Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini e limiti indicati in motivazione, con conseguente annullamento *in parte qua* degli atti impugnati e declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Condanna il Comune di Benevento e il controinteressato al pagamento delle spese di lite che liquida in complessivi euro 4.000,00, in ragione di euro 2.000 per ciascuna delle parti soccombenti, oltre accessori se dovuti, e alla refusione del contributo unificato (in parti uguali) qualora effettivamente versato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Michelangelo Maria Liguori, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio D'Alessandri

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO