

Pubblicato il 09/01/2019

N. 00040/2019 REG.PROV.COLL.
N. 02194/2018 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 per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2194 del 2018, proposto da
AC Victoria a.s.d., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Motta e
Roberto Corbetta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.
Cristina Vismara, in Milano, via Savarè n. 1;

contro

Comune di Calolziocorte, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni
Liguori, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Emilio Carlo
Magnoni, in Milano, largo Augusto n. 3;

Provincia di Lecco, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Gandino,
con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata
andreagandino@pec.ordineavvocatitorino.it;

nei confronti

Associazione Calcio Dilettantistico Calolziocorte, non costituita in
giudizio;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia:

1) della determinazione del Funzionario Responsabile del Settore Servizi alla Persona e alla Famiglia della Città di Calolziocorte resa in data 27.07.2018 - Reg. Gen. Numero 402 – Numero Settoriale 72 che ha approvato la proposta di determinazione n. 32 del 27.07.2018 avente ad oggetto “Affidamento in concessione degli impianti sportivi comunali per il periodo dal 01.08.2018 al 31.07.2021”, determina pubblicata all’Albo Pretorio della Città di Calolziocorte dal 27.07.2018 all’11.08.2018;

2) della determinazione dirigenziale della Provincia di Lecco n. 686 del 26.07.2018 avente ad oggetto “SUA. Lecco. Comune di Calolziocorte. Affidamento in concessione degli impianti sportivi comunali per il periodo dal 01.08.2018 al 31.07.2021. Aggiudicazione”, con la quale si determinava di approvare “...il verbale di gara ed il report di procedura SINTEL ID 98305488 relativi all'affidamento del servizio di gestione degli impianti sportivi comunali, per il periodo dal 01.08.2018 al 31.07.2021 ...”, nonché di procedere con l'aggiudicazione e di affidare conseguentemente la concessione in argomento, alla Associazione Calcio Dilettantistico Calolziocorte con sede in 23801 Calolziocorte (LC) Via Centro Sportivo Comunale snc – PI/ CF 02908670132 con un punteggio complessivo di 70,80/100 ed un ribasso offerto del 15% sull'importo di Euro 30.000,00 a base d'asta;

nonché

3) dei verbali di gara e di ogni altro atto connesso, prodromico e successivo, conseguente e/o conseguenziale e comunque lesivo degli interessi della ricorrente, compreso, ove occorra, la deliberazione, di data ed estremi sconosciuti, di riapertura dei termini per la

presentazione delle offerte assunta dalla stazione appaltante e dell'avviso di riapertura dei termini pubblicato in data 10.7.2018 alle ore 12.50.04;

4) per quanto occorra, del provvedimento di rigetto dell'istanza di annullamento in autotutela reso dalla Provincia di Lecco in data 31.07.2018 – prot. 41953/2018,

per la condanna

in forma specifica, ai sensi degli articoli 121 e 122 Cod. proc. amm., attraverso l'aggiudicazione della procedura di gara all'odierna ricorrente e contestuale annullamento e/o caducazione ovvero declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato

ovvero, in subordine, disponendo la rinnovazione degli atti di gara a partire dalla fase successiva alla presentazione delle offerte

e, in via graduata per il risarcimento dei danni per equivalente da quantificarsi in corso di causa ovvero rimesso alla valutazione equitativa dell'adito Tribunale, danni da imputare al mancato utile e perdita di chance.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Calolziocorte e della Provincia di Lecco;

Visti tutti gli atti e i documenti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2018 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

La Provincia di Lecco, in qualità di Stazione Unica Appaltante – SUA ha bandito, nell'interesse del Comune di Calolziocorte, la procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione degli impianti sportivi insistenti sul territorio comunale per il periodo 1°.08.2018/31.07.2021, da aggiudicare all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Hanno partecipato alla gara la Associazione sportiva dilettantistica AC Victoria a.s.d., odierna ricorrente, e, dopo la riapertura del termine di presentazione delle offerte, l'Associazione Calcio Dilettantistico Calolziocorte, odierna controinteressata.

La Commissione di gara, dopo aver escluso AC Victoria a.s.d per aver presentato offerta quale concorrente singolo pur avendo dichiarato nella relazione tecnica che avrebbero cooperato alla gestione anche altre Associazioni sportive, ha poi aggiudicato la concessione all'Associazione Calcio Dilettantistico Calolziocorte.

Gli esiti della gara sono contestati da AC Victoria, che con il ricorso introduttivo del giudizio domanda l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, degli atti in epigrafe compiutamente individuati, oltre alla declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, al subentro nel servizio, o alla riattivazione della procedura ad evidenza pubblica, e, in subordine, il risarcimento dei danni per mancato utile e perdita di chance.

Si sono costituiti in giudizio la Provincia di Lecco e il Comune di Calolziocorte, entrambi dapprima con atto di mera forma e poi con memorie difensive, contestando la prospettazione avversaria e concludendo per la reiezione del ricorso.

Non si è, invece, costituita in giudizio l'Associazione Calcio Dilettantistico Calolziocorte, pure ritualmente evocata.

Le parti hanno ulteriormente argomentato le rispettive posizioni in successivi scritti difensivi, insistendo per l'accoglimento delle già rassegnate conclusioni.

Rigettata dal Tribunale la domanda cautelare, la causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 20 dicembre 2018 e in quella sede trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Viene all'esame di questo Tribunale Amministrativo Regionale il ricorso proposto da AC Victoria a.s.d. contro la sua esclusione dalla procedura aperta bandita dalla Provincia di Lecco, quale SUA, nell'interesse del Comune di Calolziocorte per l'affidamento in concessione del servizio di gestione degli impianti sportivi insistenti sul territorio comunale per il periodo 1°.08.2018/31.07.2021, nonché contro l'aggiudicazione del contratto medesimo all'Associazione Calcio Dilettantistico Calolziocorte.

2.1. Con il primo motivo di impugnazione la ricorrente deduce il vizio di "Violazione e falsa applicazione dell'art. 79 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50; violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del disciplinare di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione sul punto; errata valutazione dei presupposti; contraddittorietà e travisamento dei fatti; violazione del principio della par condicio tra i concorrenti, nonché del principio di imparzialità e trasparenza".

Contesta la deducente la decisione della stazione appaltante di prorogare il termine per la presentazione delle offerte: la proroga ha consentito alla controinteressata di partecipare alla gara, laddove alla

scadenza originaria del termine c'era la sola offerta della deducete medesima.

Evidenzia la AC Victoria a.s.d. che la proroga è stata disposta dopo la scadenza del termine così prorogato; e che non si è verificato alcun malfunzionamento della piattaforma Sintel sulla quale dovevano essere caricate le offerte, ma un semplice rallentamento durato complessivamente non più di trenta minuti.

2.2.1. La doglianza è infondata.

2.2.2. E' documentato in atti un rallentamento della piattaforma telematica su cui dovevano essere caricate le offerte in prossimità della scadenza del termine di presentazione delle offerte stesse: la circostanza è idonea a giustificare la decisione della stazione appaltante di riaprire il suddetto termine, in applicazione del disposto dell'articolo 79, comma 5 bis, D.Lgs. n. 50/2016.

Invero, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica in cui vi è un'unica modalità di presentazione dell'offerta, predeterminata dalla stazione appaltante, o prescritta dalla legge, senza margine di scelta per il concorrente, e il cui controllo è sottratto al concorrente stesso, il malfunzionamento del sistema di presentazione dell'offerta non può andare a danno dell'offerente.

Nella logica di leale collaborazione che informa i rapporti tra Amministrazione e amministrato, il concorrente deve farsi parte diligente nel presentare correttamente e tempestivamente la propria offerta, e la stazione appaltante deve mettere l'operatore economico in condizione di partecipare alla gara. Pertanto, a fronte di un malfunzionamento del sistema telematico di gestione della gara, tale da aver realmente interferito sull'intervallo di presentazione dell'offerta stabilito dalla disciplina di gara, la Stazione appaltante è

tenuta, nelle forme più adeguate alla fattispecie, a ripristinare tale intervallo, compromesso dal malfunzionamento, in modo da dare la possibilità all'operatore economico di presentare la propria offerta, così da garantire la par condicio competitorum.

2.2.3. Né vale obiettare che l'Amministrazione era priva del potere di proroga, essendo nelle more venuto a scadenza il termine da prorogare.

In disparte il dato terminologico (avendo la Provincia disposto una riapertura del termine e non una proroga dello stesso), il punto è che, proprio per le ragioni sopra indicate, non può andare a discapito dell'operatore economico la circostanza che la stazione appaltante non si avveda tempestivamente del malfunzionamento del sistema: se il problema, ancorché antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, emerge successivamente alla scadenza dello stesso, l'Amministrazione dispone la riapertura del termine adottando un provvedimento con finalità sovrapponibili a quelle della proroga (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 4135/2017).

3.1.1. Con il secondo motivo di impugnazione la ricorrente deduce il vizio di "Violazione e falsa applicazione dell'art. 7.1 del disciplinare di gara nonché dell'art. 11 del relativo capitolato speciale d'appalto; eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione sul punto; contraddittorietà e apoditticità della motivazione; travisamento dei fatti", avverso la propria esclusione dalla gara.

Il provvedimento espulsivo è stato disposto perché AC Victoria a.s.d., pur avendo presentato l'offerta singolarmente, nella relazione tecnica che accompagnava la relativa offerta essa dichiarava che nello svolgimento di molte attività si sarebbe avvalsa della collaborazione

di altre associazioni sportive, senza tuttavia aver fatto far ricorso né all'avvalimento, né al subappalto.

Secondo la deducente, invece, l'offerta così formulata sarebbe conforme alla legge di gara, avendo prospettato rapporti di mera collaborazione con associazioni sportive del territorio, che non possono essere configurati né in termini di avvalimento, né in termini di subappalto. Rappresenta, inoltre, la ricorrente che anche l'aggiudicataria, che ha dichiarato di non avere dipendenti, dovrà necessariamente ricorrere a collaborazioni.

3.1.2. Con il terzo motivo di impugnazione la ricorrente deduce il vizio di "Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 in relazione all'articolo 7.1 del disciplinare di gara e all'art. 11 del relativo capitolato speciale d'appalto; violazione del principio del favor participationis", sempre avverso la propria esclusione dalla gara.

Secondo la deducente male avrebbe fatto la stazione appaltante a non attivare il soccorso istruttorio, impedendole di spiegare il ruolo, all'interno della concessione, delle collaborazioni con altre Associazioni sportive.

3.2.1. Le doglianze, che possono essere trattate congiuntamente, sono entrambe infondate.

3.2.2. Il Capitolato speciale nell'elencare gli oneri a carico del gestore (articolo 11) include il «coinvolgimento, nella gestione dei servizi sportivi, delle associazioni sportive del territorio che, a diverso titolo, utilizzano gli impianti».

Sennonché, come bene messo in luce dalle difese delle Amministrazioni resistenti, AC Victoria a.s.d. è andata ben oltre nel coinvolgimento di altre due associazioni sportive, che pure non

avevano presentato offerte congiuntamente all'odierna ricorrente. Nella relazione tecnica che accompagna l'offerta della ricorrente si legge, infatti, che le Associazioni sportive Virtus in Ludis e Carpe Diem Basket, unitamente alla offerente, si occuperanno anche della manutenzione ordinaria degli impianti sportivi, della promozione delle attività svolte all'interno delle strutture medesime, della gestione del bar – punto di ristoro interno.

Correttamente la stazione appaltante ha ritenuto che un siffatto progetto fosse incompatibile con un offerente in forma singola, non avendo la AC Victoria a.s.d. nemmeno fatto ricorso agli istituti dell'avvalimento o del subappalto per qualificare l'intervento di Virtus in Ludis e di Carpe Diem Basket. L'incoerenza dell'offerta giustifica la sanzione espulsiva.

3.2.3. D'altro canto, la suvvisa incongruenza non è nemmeno suscettibile di essere sanata attraverso lo strumento del soccorso istruttorio. Il comma 9 dell'articolo 83 del D.Lgs. n. 50/2016 sottrae espressamente dall'ambito di applicazione dell'istituto l'offerta tecnica e l'offerta economica. Consentire all'offerente di porre rimedio a eventuali carenze (anche in termini di chiarezza) dell'offerta, successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle stesse e vieppiù a buste aperte, significherebbe violare la par condicio dei concorrenti.

4.1. Con il quarto motivo di impugnazione la ricorrente deduce il vizio di “Violazione e mancata applicazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 6.3 del disciplinare di gara; eccesso di potere per illogicità e manifesta irragionevolezza, errata valutazione dei documenti di gara e conseguente illogicità della motivazione; disparità di trattamento; violazione della par condicio e

del principio della responsabilità; violazione dei principi che regolano l'evidenza pubblica”.

Lamenta la deducente che nell'offerta economica della ricorrente non ci sarebbe concordanza tra la percentuale del ribasso e il valore dello stesso in termini assoluti: il che darebbe luogo a una incertezza non sanabile con il soccorso istruttorio.

4.2.1. La doglianza è infondata.

4.2.2. Il disciplinare di gara (punto 6.3. – allegato “E”) prevedeva l'indicazione del solo ribasso offerto: a sistema è stata caricata da parte della controinteressata un'offerta economica contenente un ribasso, a lettere e in cifre, del 15% (doc. 7 fascicolo della Provincia di Lecco) e la concessione è stata aggiudicata con un ribasso del 15% sulla base d'asta.

Pertanto è irrilevante che nel solo modulo “E” l'aggiudicataria, anziché limitarsi a indicare la percentuale del ribasso, lo abbia anche quantificato in termini assoluti, incorrendo in palese errore materiale, posto che non è mai sorto alcun dubbio sull'effettiva volontà dell'offerente.

5.1. Con il quinto motivo di impugnazione la ricorrente deduce il vizio di “Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 co. 5 lett. c) D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50; eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione; violazione del principio di imparzialità della P.A. par condicio dei concorrenti”.

Ritiene la deducente che la controinteressata doveva essere esclusa dalla gara perché era risultata gravemente inadempiente degli obblighi discendenti dalla precedente concessione degli impianti sportivi in questione.

5.2. La doglianza è infondata.

La valutazione della affidabilità professionale della concorrente in relazione a inadempimenti contrattuali di cui la stessa si sia resa responsabile è di norma rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, con la conseguenza che, ove questa ritenga di non attivarsi per l'esclusione dalla gara, è precluso al Giudice amministrativo di pronunciarsi rispetto a poteri non ancora esercitati.

6. In conclusione il ricorso è infondato e viene pertanto respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna AC Victoria a.d.s. a rifondere al Comune di Calolziocorte e alla Provincia di Lecco le spese di giudizio, che liquida per ciascun resistente in Euro 2.000,00, oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandra Tagliasacchi

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO