

Publicato il 09/04/2019

N. 00333/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00491/2018 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 Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 491 del 2018, proposto da Promoter Sport Scsd, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Carmela Gigante, Giorgio Tedesco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Valentina Marchesano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giulia Carestia, Monica Cattoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giulia Carestia in Bologna, piazza Maggiore 6;

nei confronti

Associazione Polisportiva Dilettantistica Pontececchio Calcio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Beatrice Belli, Giovanni Battista Frisoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Beatrice Belli in Bologna, Strada Maggiore 47;

per l'annullamento dei seguenti atti :

- Bando di gara relativo alla procedura aperta, per l'affidamento del “Servizio di gestione dei centri sportivi del centri sportivi del Quartiere Savena, per il periodo 1 febbraio 2018 – 14 dicembre 2019”, suddiviso in 3 lotti, PG n. 192058 – 2018 Esecutivo del 10/05/2018 – Aggiudicazione dei lotti 1 e 2 inerenti la gestione dei complessi sportivi del Quartiere Savena;

- dei verbali di gara;

- qualsiasi atto e/o provvedimento connesso o presupposto o conseguente e conseguente caducazione/inefficacia/invalidità/nullità/annullamento, previa sospensione degli

effetti e dell'esecuzione, dell'aggiudicazione e dei contratti eventualmente stipulati medio

tempore; oltre al risarcimento dei danni subiti e subendi, in forma specifica tramite la declaratoria

dell'obbligo di perfezionare l'aggiudicazione con la ricorrente anziché con il controinteressato o – soltanto in subordine e comunque con riserva di gravame – per equivalente tramite il pagamento di una somma da precisarsi in corso di causa o – subordinatamente – da determinarsi in via generica e con rinvio ad apposito giudizio per la quantificazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Bologna e di Associazione Polisportiva Dilettantistica Pontececchio Calcio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 marzo 2019 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe sono stati impugnati i seguenti atti :

- 1). Bando di gara - procedura aperta - per l'affidamento del servizio di "Gestione dei centri sportivi del Quartiere Savena per il periodo 1 febbraio 2018-14 dicembre 2019";
- 2). Determinazione dirigenziale PG. n 192058 - 2018 di aggiudicazione dei lotti 1) e 2) inerenti la gestione dei centri sportivi di cui sopra;
- 3). verbali di gara;
- 4). qualsiasi atto e/o provvedimento connesso o presupposto o conseguente a quelli di cui sopra, ancorché a oggi ignoto.

Il ricorso è stato affidato ai seguenti 4 motivi di diritto :

1. Manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato con conseguente inattendibilità complessiva dell'offerta; profili di illogicità, irragionevolezza e inadeguatezza;
2. Violazione di legge con riferimento all'art. 97 DLGS 50/2016: violazione di legge con riferimento ai principi generali in materia di anomalia e congruità dell'offerta in sede di affidamento di contratti pubblici; eccesso di potere sotto il profilo della assente e/o

insufficiente motivazione, illogicità e contraddittorietà, travisamento dei fatti e dei presupposti, illegittimità derivata;

3. Violazione del principio della immutabilità dell'offerta; violazione del principio della par condicio tra i concorrenti, anomalia delle offerte, erronea valutazione degli elementi di fatto e di diritto; difetto di istruttoria;

4. Mancata esclusione della partecipazione alla gara della APD Pontevecchio calcio; violazione e falsa applicazione del regolamento comunale degli impianti sportivi, erronea valutazione degli elementi di fatto e di diritto; difetto di istruttoria.

In data 04.07.2018 si è costituita in giudizio l'Associazione Polisportiva Dilettantistica Pontevecchio calcio eccependo l'inammissibilità, l'improcedibilità e, comunque, l'infondatezza in fatto ed in diritto del ricorso in oggetto.

In data 12.07.2018 si è costituito in giudizio il Comune di Bologna.

Le parti hanno depositato successive memorie e documenti.

Con ord. n. 172/2018 il Tar ha respinto la domanda cautelare; il Consiglio di Stato ha confermato il disposto cautelare (cfr., ord. n. 4901/2018) precisando che sussiste <l'assenza di emergenti preclusioni di diritto per l'utilizzazione da parte delle società sportive dilettantistiche di personale volontario; e la sostanziale idoneità delle giustificazioni fornite in relazione alla procedura di vaglio della anomalia dell'offerta; e l'assenza di rilevanti e preclusivi profili di inadempimento di pregressi rapporti contrattuali intrattenuti dalla aggiudicataria>.

I). Giova richiamare le vicende in fatto :

a). Il Comune di Bologna, Quartiere Savena, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della gestione, per il periodo 1

febbraio 2018-14 dicembre 2019, di tre impianti sportivi di Quartiere, costituenti lotti separati:

lotto 1) CENTRO SPORTIVO "ALBERTO MARIO" ;

lotto 2) CENTRO SPORTIVO "ALDO CERE" ;

lotto 3) CENTRO SPORTIVO "BONZI DUE MADONNE" .

b). Era prevista l'aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95 2 c. del d.lgs 50/2016, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

c). Per i due centri sportivi che qui interessano, lotto 1 e lotto 2, sono pervenute due offerte, rispettivamente della ricorrente Promoter SCSD e della controinteressata APD Pontevecchio Calcio.

Si precisa che l'impianto sportivo A.Mario era precedentemente gestito dalla APD Pontevecchio Calcio mentre l'impianto sportivo Aldo Cerè era gestito dalla ricorrente Promoter Sport SCSD.

d). la lex specialis di gara (lettera G.3) prevedeva : <saranno ammesse a pena di esclusione offerte solo in ribasso rispetto all'importo posto a base di gara soggetto a ribasso>;

e). Il RUP, ex art. 97 3.c. del dlgs 50/2016, ha sottoposto a verifica le offerte presentate dalla aggiudicataria relativamente ad entrambi i lotti.

Dopo approfondite valutazioni, il RUP ha comunicato l'esito positivo della verifica di congruità dell'offerta e della verifica dei requisiti dichiarati, proponendo l'aggiudicazione del primo e del secondo lotto alla ADP Pontevecchio Calcio.

f). Con determinazione dirigenziale PG. 192058/2018 del 10.5.2018, parzialmente rettificata con atto PG. 255070/2018, è stata disposta l'aggiudicazione della gestione di entrambi gli impianti sportivi alla APD Pontevecchio Calcio.

g). In data 11.06.2018 Promoter SCSD ha proposto ricorso avverso l'aggiudicazione e gli atti di gara della procedura in oggetto.

II). Tanto premesso occorre passare al merito del ricorso.

L'impugnativa è da respingere nel merito.

1). Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente deduce i vizi di erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'Amministrazione nonché profili di illogicità, irragionevolezza, inadeguatezza in relazione al procedimento di verifica delle offerte economiche presentate dalla controinteressata.

La ricorrente lamenta che nelle giustificazioni la aggiudicataria avrebbe illegittimamente esplicitato costi di manodopera inferiori a quelli indicati nell'offerta mentre invece, prendendo per buoni quelli riportati nelle offerte, l'Amministrazione avrebbe dovuto escludere ADP Pontevecchio Calcio.

Il Comune di Bologna replica che la censura è priva di fondamento.

Lo stesso Comune richiama quella giurisprudenza che ammette che, nel corso della verifica di congruità, l'operatore possa apportare modifiche alle voci di costo.

La controinteressata replica con memoria depositata in data 17.7.2018.

Nel caso di specie, l'aggiudicataria nelle giustificazioni ha precisato di avere riportato nell'offerta economica i costi della manodopera indicati nel bando per una errata interpretazione del modulo di offerta e ha evidenziato che tale indicazione era in netto contrasto con quanto dichiarato nelle offerte tecniche e cioè che essa non ha dipendenti ed il lavoro (pulizie, manutenzione ordinaria, custodia, segreteria) sarebbe stato svolto essenzialmente da associati volontari, salvo che per le attività di più marcata professionalità.

Il RUP ha ritenuto plausibili le giustificazioni addotte.

2). Con il secondo motivo di ricorso si deduce violazione di legge ed eccesso di potere da parte dell'Amministrazione per avere tenuto illegittimamente in considerazione meccanismi di natura pattizia, a cui la APD Pontevecchio Calcio ha fatto ricorso, che prevedono la rinuncia da parte dei lavoratori al trattamento economico che sarebbe loro spettante in virtù della integrale applicazione dei diritti riconosciuti dalla contrattazione collettiva di riferimento .

La ricorrente sostiene inoltre che, nel caso di specie, la facoltà di rettificare le voci di costo indicate nell'offerta, non fosse applicabile trattandosi di differenze eccessive e attinenti a costi troppo importanti nella gestione del servizio, come quelli della manodopera.

In replica il Comune di Bologna sostiene che nell'offerta tecnica di Pontevecchio era ben specificato che l'attività sarebbe stata svolta da volontari, che il modello e la struttura organizzativa erano fondati esclusivamente su personale volontario, mentre le altre attività più specialistiche sarebbero state svolte con l'apporto di imprese esterne.

3). Con il terzo motivo di ricorso si deduce la violazione del principio di immutabilità delle offerte, della par condicio, nonché erronea valutazione di elementi di fatto e di diritto sostenendo che la richiesta di giustificazioni non può tradursi in una sorta di soccorso istruttorio, ammettendo il completamento o la riformulazione delle offerte perché ciò altererebbe la par condicio tra i concorrenti ed il principio di certezza delle situazioni giuridiche.

La ricorrente, con la memoria depositata in data 4.3.2019, ribadisce le censure già dedotte.

Tuttavia, alla pagina 4 della suddetta memoria, amplia il thema decidendum con il riferimento ai n. 4 addetti come custodi e a una

incongruenza dei dati riportati, dapprima nella offerta tecnica della controinteressata e dopo nella giustificazione sulla sostenibilità dell'offerta; la memoria contiene anche, alla pagina 8, un riferimento al sistema di videosorveglianza e ai sensori.

Il Comune di Bologna, con la memoria depositata in data 8.3.2019, solleva l'inammissibilità delle nuove censure dedotte in data 4.3.2019 dalla ricorrente.

In via preliminare, il Collegio aderisce alla eccezione formulata dal Comune circa il fatto che la memoria datata 4.3.2019 contiene profili di doglianza nuovi rispetto ai motivi di ricorso; gli stessi sono dunque inammissibili.

Come noto, nel processo amministrativo sono inammissibili le censure dedotte in memoria non notificata alla controparte sia nell'ipotesi in cui risultino completamente nuove e non ricollegabili ad argomentazioni espresse nel ricorso introduttivo sia quando, pur richiamandosi ad un motivo già ritualmente dedotto, introducano elementi sostanzialmente nuovi, ovvero in origine non indicati, con conseguente violazione del termine decadenziale e del principio del contraddittorio, essendo affidato alla memoria difensiva il solo compito di una mera illustrazione esplicativa dei precedenti motivi di gravame senza possibilità di ampliare il "thema decidendum" (cfr., Consiglio di Stato, sez. III, 17 maggio 2012 n. 2878).

Passando al merito tutte le censure sub 1)-2) e 3) devono essere trattate insieme per connessione oggettiva e non meritano condivisione.

In linea generale, vanno richiamati gli orientamenti giurisprudenziali relativi al procedimento di verifica e al divieto di modifiche dell'offerta.

Come noto, per consolidata giurisprudenza (cfr. T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 63) il giudizio di congruità non è diretto ad evidenziare singole inesattezze dell'offerta (la c.d. "caccia all'errore"), ma mira ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile ed affidabile e, dunque, se sia o meno in grado di offrire serio affidamento circa la corretta esecuzione della prestazione richiesta (tra le tante: Consiglio di Stato, sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; id., sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565).

Pur restando fermo il principio per cui in un appalto l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione – pena la violazione della par condicio tra i concorrenti – ciò non toglie che, avendo la verifica di anomalia, così come quella di congruità, la finalità di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia di quelli che militano a favore, sia di quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme.

Come noto, l'esigenza di permettere all'offerente di presentare chiarimenti deve essere temperata con l'altrettanto importante principio secondo il quale l'offerta "non" può essere modificata in sede di gara, pena l'evidente violazione della par condicio dei concorrenti.

In buona sostanza, il contraddittorio deve essere in qualche misura limitato, nel senso che al concorrente non può essere consentito di ribaltare o rimodulare la proposta con la quale partecipa alla gara.

E' dunque evidente che il sub-procedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti

dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile. La giurisprudenza ha affermato che – se le modificazioni vanno a modificare il prezzo offerto, falsando del tutto la graduatoria e ponendosi in rotta di collisione con il principio della par condicio tra concorrenti - queste costituiscono “non” una giustificazione, ma un'inammissibile modificazione strutturale dell'offerta, dunque della futura proposta contrattuale, in una fase di termini largamente scaduti ed in una fase, la giustificazione delle anomalie, che deve verificare la serietà di un'offerta nei suoi termini di formulazione e la cui modificazione si pone quindi in contrasto irrimediabile tanto dello scopo principale della stessa verifica, quanto con i principi posti a governo dello svolgimento delle pubbliche gare.

Nel caso di specie, il Collegio ritiene che la censura dedotta :

a). è smentita per tabulas in quanto <non> vi è stata alcuna modifica all'offerta in quanto le giustificazioni hanno messo in risalto un errore materiale nella compilazione dell'offerta economica, il cui valore finale è rimasto immutato.

La controinteressata aggiudicataria chiarisce, con deposito di memoria in data 17.7.2018 e di documenti allegati, che <l'offerta economica presentata è stata redatta sul modello fac-simile predisposto dalla amministrazione. In detto modello (specificamente modello 2 allegato al bando) era prevista l'indicazione espressa del costo della manodopera e detto elemento costitutivo dell'offerta è stato letto ed erroneamente interpretato dalla concorrente....le indicazioni per la compilazione del modello hanno portato la Pontevecchio a ritenere vincolante l'indicazione di un costo di manodopera dal momento che si è (erroneamente) ritenuto che a

fronte della indicazione di un costo di manodopera pari a “0” detta voce sarebbe stata comunque valorizzata dalla SA con riferimento al costo base indicato in bando. Per tale ragione la dichiarazione resa dalla Pontevecchio nella compilazione del modello 2 porta la cifra indicativa esposta dalla amministrazione nel bando>.

b). nell’offerta tecnica presentata si legge che <la struttura organizzativa è composta interamente da personale volontario> e che la controinteressata <non> ha personale dipendente.

c). in ogni caso, è perfettamente legittimo l’utilizzo del personale volontario che rientra nella libertà imprenditoriale di organizzazione del lavoro.

La giurisprudenza ha affermato i seguenti principi :

a). “le associazioni di volontariato possono partecipare alle gare per l’affidamento di pubblici servizi nei casi in cui l’attività oggetto di gara sia funzionale allo scopo associativo dell’ente e compatibile con la disciplina statutaria di esso” (T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 23 gennaio 2017 n. 39; Consiglio di Stato, n.116/2016).

b). una sentenza della Corte di Giustizia (CGE 23.12.2009, causa C-305/08) ha chiarito che la nozione comunitaria di imprenditore non presuppone la coesistenza dello scopo di lucro dell’impresa e che pertanto l’assenza di fine di lucro non è di per sé ostativa della partecipazione ad appalti pubblici.

c). l’utilizzo del soccorso istruttorio è pure legittimo in quanto principio di carattere generale al fine di poter utilizzare una documentazione completa ed esauriente.

4). Con il quarto motivo di ricorso si lamenta – infine - la mancata esclusione dell’aggiudicataria dalla gara, con conseguente violazione e falsa applicazione del Regolamento comunale sugli impianti sportivi,

difetto di istruttoria, erronea valutazione di elementi di fatto e di diritto.

La ricorrente sostiene che, nella precedente gestione dell'impianto sportivo Alberto Mario la Pontevecchio Calcio si sarebbe resa inadempiente agli obblighi contrattuali in quanto non avrebbe realizzato un intervento straordinario cui si era impegnata, cioè il ripristino del drenaggio nel campo sportivo.

Inoltre l'aggiudicataria sarebbe debitrice nei confronti dell'Amministrazione comunale per mancato rimborso delle utenze per gli anni dal 2012 al 2015 e nei confronti del precedente gestore dell'impianto per le quote d'uso.

Secondo la ricorrente, alla luce delle inadempienze segnalate, la ASD Pontevecchio Calcio avrebbe dovuto subire la decadenza dalle precedenti concessioni ed assegnazioni e avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

In replica il Comune sostiene che, in via preliminare, la censura sia inammissibile /irricevibile per inutile decorso del termine di impugnazione del provvedimento di ammissione, ai sensi dell'art. 120 comma 2bis cpa il quale dispone che l'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento.

Il provvedimento di ammissione PG. 421525/2018(doc.2) è stato adottato in data 20/11/2017 ed in pari data è stato comunicato ai partecipanti via PEC. Sono quindi ampiamente trascorsi i 30 giorni per la sua impugnazione.

Il Collegio condivide l'argomentazione circa la tardività della censura.

La censura è in ogni caso infondata in quanto non sussistono gli inadempimenti evidenziati dalla ricorrente alla luce della lettura della relazione del Quartiere (allegata in atti).

Pertanto, il ricorso è da respingere.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando :

Respinge il ricorso.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio nella misura di € 3.000,00 oltre accessori come per legge in favore di ciascuna delle controparti.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 20 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere, Estensore

Jessica Bonetto, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Maria Ada Russo

IL PRESIDENTE
Giancarlo Mozzarelli

IL SEGRETARIO