

N. 01685/2011 REG.PROV.COLL.  
N. 01385/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**  
**sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1385 del 2011, proposto da:

Sport Management Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Lorenzo Bolognini, Andrea Santoro e Francesco De Marini, con domicilio eletto presso Giovanni Zanini in Brescia, via V. Emanuele II, 1;

*contro*

Centro Sportivo San Filippo Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso Alberto Salvadori in Brescia, via XX Settembre, 8;

Comune di Brescia, non costituito in giudizio;

*nei confronti di*

S.S.D. Europa Sporting Club Srl, non costituita in giudizio;

*per l'annullamento*

- del provvedimento prot. n. 420 del 28 settembre 2011 con cui è stata dichiarata l'avvenuta aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento in concessione della gestione dell'impianto natatorio comunale di via Rodi,

n. 20 a Brescia;

- di ogni altro provvedimento, non conosciuto, con cui è stata disposta tale aggiudicazione definitiva;
- dei verbali di gara prot. nr. 350, 351 e 352 del 29 luglio 2011;
- della lettera prot. 346 del 27 luglio 2011, con cui è stata nominata la commissione giudicatrice;
- del bando di gara nella parte in cui ha dettato i criteri di valutazione delle offerte;
- del silenzio serbato sulla richiesta di provvedimento di autotutela contenuto nel preavviso di ricorso;
- di ogni ulteriore atto conseguente, connesso o presupposto anche non conosciuto;

nonché per la condanna

*previa declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, al risarcimento del danno.*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Centro Sportivo San Filippo Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2011 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Visti l'art. 120, sesto comma, e l'art. 60, dallo stesso richiamato, del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che consentono al giudice amministrativo, adito in sede cautelare, di definire il giudizio con "sentenza succintamente motivata", ove la causa sia di agevole definizione nel rito o nel merito e ritenuto di potere adottare tale tipo di sentenza, attesa la completezza del contraddittorio e il decorso di più di dieci giorni dall'ultima notificazione

del ricorso, nonché la superfluità di ulteriore istruttoria;

2. Sentite le parti presenti, le quali non hanno manifestato l'intenzione di proporre motivi aggiunti, regolamento di competenza o di giurisdizione;

3. Premesso in fatto:

La Sport Management s.p.a. ha partecipato alla gara per l'assegnazione della concessione in gestione dell'impianto natatorio, indetta dal Centro sportivo San Filippo s.p.a. (società pubblica partecipata al 100 % dal Comune di Brescia) e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ravvisando nell'operato della stazione appaltante, che ha condotto all'aggiudicazione della gara a favore della S.S.D. Europa Sporting Club s.r.l., una pluralità di illegittimità collegate all'apertura delle buste senza permettere l'accesso al pubblico e alla nomina della commissione, nonché alle modalità con cui ha operato, la Sport Management ha notificato il ricorso in esame, affidato alle seguenti doglianze:

1. violazione del principio di pubblicità delle sedute, con riferimento a quelle in cui sono state aperte le buste contenenti la documentazione amministrativa e le offerte tecniche. Il bando prevedeva la apertura in seduta pubblica di tutte e tre le buste contenenti rispettivamente la documentazione amministrativa, le offerte tecniche e le offerte economiche. Esso limitava la seduta riservata alla sola valutazione delle offerte tecniche. Ciononostante alla prima seduta pubblica non sarebbe stato consentito l'accesso ai rappresentanti della ricorrente (circostanza che parte ricorrente si dichiara disponibile a dimostrare per testi, confutando quanto asserito nella replica all'istanza di autotutela con cui la stazione appaltante si è limitata a dare atto che nel verbale risulta attestato che l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa è avvenuta in seduta pubblica, cui nessuno ha partecipato) e le offerte tecniche sono state aperte in seduta riservata;

2. violazione dell'art. 84 del d. lgs.:

a) perché, diversamente da quanto prescritto dal comma 3, il dirigente della stazione appaltante presente è stato nominato come segretario verbalizzante e non anche presidente, senza alcuna motivazione;

b) in ragione della mancata attestazione del possesso dei requisiti richiesti dal comma 8 in capo ai membri nominati;

c) a seguito della mancanza dell'istruttoria preordinata a verificare l'assenza di professionalità interne all'ente quale condizione legittimante il ricorso a componenti esterni;

d) in relazione al fatto che due membri esterni sono stati indicati nel verbale come testimoni e, quindi, la Commissione parrebbe aver operato solo attraverso il Presidente e il segretario verbalizzante;

3. violazione dei principi di trasparenza, efficienza ed imparzialità, nonché dell'art. 83 del d. lgs. 163/2006 per la mancata specificazione dei criteri da seguire per l'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche. Rispetto ai parametri di valutazione indicati dal bando è stato precisato solo il punteggio massimo possibile, ma non anche i criteri per graduare detto punteggio, riservando così eccessiva discrezionalità alla commissione.

Si è costituita in giudizio la Centro Sportivo S. Filippo s.p.a., eccependo l'infondatezza del ricorso, atteso che la prima seduta della commissione sarebbe avvenuta a porte aperte, consentendo l'accesso a chiunque fosse interessato e che nella seconda seduta pubblica erano presenti tutti i concorrenti, escluso la ricorrente e nessuno di essi ha opposto rimostranze sulle precedenti fasi della procedura.

Per quanto attiene alla valutazione delle offerte tecniche in seduta riservata, ciò sarebbe, secondo la stazione appaltante, conforme al bando, che non risulta essere stato impugnato e, quindi, la censura sarebbe inammissibile.

L'art. 84 del d. lgs. 163/06 sarebbe, inoltre, inapplicabile alla fattispecie, che attiene all'affidamento di una concessione e non ad un appalto ed i principi

di non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità di derivazione comunitaria non risulterebbero essere stati incisi dalla nomina di una commissione composta di membri esterni, dalla chiara professionalità, a prescindere dall'esplicitazione delle ragioni della loro scelta. Peraltro la commissione avrebbe operato come collegio perfetto, atteso che la indicazione di due membri come "testimoni" rappresenterebbe solo un improprio uso del termine, rispetto a soggetti che hanno sicuramente agito come componenti della commissione.

Infine i criteri di valutazione delle offerte tecniche sarebbero puntualmente determinati dal bando, in modo da escludere la discrezionalità della Commissione e rendere legittimo il giudizio espresso in forma numerica;

#### 4. Considerato:

- che, a prescindere dalla prova della preclusione dell'accesso alla seduta pubblica in cui sono state aperte le buste contenenti la documentazione amministrativa, l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche risulta essere avvenuta in seduta riservata, in contrasto non solo con il principio di pubblicità recentemente ribadito dal Consiglio di Stato, nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 13/2001, ma anche con la stessa *lex specialis* della gara. Contrariamente a quanto asserito da parte resistente, infatti, il verbale della prima seduta, pubblica, dà atto solo della <<presenza, integrità e la correttezza delle buste "Domanda di partecipazione", "Offerta tecnica" e Offerta economica">>, dell'avvenuto accantonamento, in ordine progressivo, delle suddette buste, del riscontro della correttezza della sola documentazione contenuta nelle buste n.1;

- che, conseguentemente, deve presumersi che l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche sia avvenuta in occasione della seduta riservata dedicata alla loro valutazione, in contrasto con il principio di pubblicità affermato dalla sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 13/2011 e, prima ancora e soprattutto, con il bando di gara;

- che l'assenza di motivazione dei provvedimenti che hanno condotto alla nomina del dirigente della stazione appaltante come segretario, anziché come presidente della commissione di gara e alla designazione dei componenti della stessa mediante il ricorso a professionalità esterne, inficia la legittimità degli stessi, in quanto viola principi generali applicabili anche in relazione all'affidamento di concessioni di servizi. Il Collegio non ravvisa, infatti, ragione di discostarsi dal precedente di questo Tribunale (sentenza T.A.R. Brescia, II, 5 marzo 2010, n. 1122), in cui si legge, con riferimento all'art. 84 del d. lgs. 163/2006, come la giurisprudenza sia ormai costante nel ritenere che: "la norma sia volta a garantire l'imparzialità della commissione incaricata di valutare le offerte, e quindi, in ultima analisi, un principio fondamentale delle gare come quello della parità fra i concorrenti; si tratta in altre parole, come sottolineato dalla citata TAR Lazio Roma sez. III 21 novembre 2008 n°10565, di norma di rilievo procedimentale, ma non formalistico, che prescinde come tale "da ogni considerazione circa la specifica professionalità, competenza e serietà dei soggetti in concreto nominati", ma che, ove violata, vizia in modo irrimediabile l'esito finale della procedura". Ne discende che la mancata rappresentazione delle ragioni per cui, nella designazione dei membri della commissione giudicatrice, si è fatto ricorso a membri esterni alla stazione appaltante, omettendo anche di assegnare all'unico componente interno il ruolo di Presidente, inficia la legittimità di tutti gli atti adottati da tale commissione;

5. Ritenuto, pertanto, che il ricorso meriti accoglimento sotto i profili ora esaminati;

6. Dato atto dell'accertata chiarezza e puntualità dei criteri utilizzati per la attribuzione dei punteggi, che esclude quell'eccessiva discrezionalità della commissione nella valutazione delle offerte che potrebbe rendere illegittima l'aggiudicazione per violazione del principio di trasparenza;

7. Precisato che deve riconoscersi natura meramente formale e, quindi, non invalidante, all'errore in cui è incorso il verbalizzante nell'indicare come testimoni i membri della commissione che come tali hanno inequivocabilmente agito;

8. Atteso che non è stato prodotto alcun principio di prova del danno asseritamente subito e solo allegato, con la conseguenza che nessun risarcimento risulta essere dovuto, dovendosi presumere pienamente soddisfatta delle pretese della ricorrente la richiesta declaratoria di inefficacia del contratto, rispetto alla quale si ravvisa la sussistenza delle condizioni di legge;

9. Ritenuto che le spese del giudizio debbano seguire l'ordinaria regola della soccombenza;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie il ricorso in esame e per l'effetto annulla gli atti con esso impugnati;
- dichiara l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato;
- respinge l'istanza risarcitoria;
- condanna la stazione appaltante al pagamento delle spese del giudizio, a favore di parte ricorrente, nella misura di Euro 2.000,00 (duemila/00), oltre ad IVA, C.P.A., rimborso forfetario delle spese e rimborso del contributo unificato dalla stessa anticipato ai sensi del comma 6 bis dell'articolo 13 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnoli, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/12/2011

IL SEGRETARIO

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