

Publicato il 26/01/2022

N. 00044/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00248/2021 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 l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 248 del 2021, proposto da
Arci-Comitato Provinciale di Pescara, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Federico Massa, Marco Savini,
con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Pescara, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Paola Di Marco, Fabrizio Paolini, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto
presso lo studio Paola Di Marco in Pescara, piazza Italia, 1;

nei confronti

Marco Tinari, rappresentato e difeso dall'avvocato Herbert Simone, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari
in parte qua e/o nei limiti dei motivi di ricorso:

del provvedimento dirigenziale Prot. n.0087049/2021 del 18.5.2021 con il quale è stata comunicato che nella seduta pubblica del 14/05/2021 la ricorrente è stata esclusa dalle successive operazioni di gara;

del verbale n. 8 della Commissione giudicatrice redatto nella seduta riservata del 13.5.2021;

del verbale n. 9 della Commissione giudicatrice redatto nella seduta riservata del 14.5.2021;

della determina dirigenziale n. 4 del 13.4.2021;

del provvedimento di aggiudicazione del lotto n. 1 a Tinari Marco, della stipula della relativa convenzione e per l'affidamento del servizio anche ove disposto in via di urgenza;

della determina di nomina della commissione giudicatrice;

di ogni altro atto antecedente, presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché allo stato non conosciuto.

e per la declaratoria di inefficacia del contratto di concessione, ove stipulato, ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. c) e d), o, comunque, dell'art. 122 c.p.a. ed il conseguente subentro della ricorrente nell'appalto

e per la conseguente condanna

del Comune di Pescara, previa dichiarazione di inefficacia e/o caducazione, della convenzione medio tempore eventualmente stipulata con l'aggiudicatario ad:

a) assegnare la gestione del Lotto 1 in favore della ricorrente;

b) disporre la stipula della convenzione per il Lotto 1 con la ricorrente, con pronuncia da valere anche quale reintegrazione in forma specifica del danno subito;

c) in subordine: in considerazione dell'eventuale impossibilità di reintegrazione in forma specifica, al risarcimento del danno subito conseguente all'illegittimità dei provvedimenti amministrativi impugnati e dell'iter seguito dall'amministrazione nella procedura de qua, con conseguente condanna;

d) in via ulteriormente subordinata, provvedere all'annullamento dell'intera procedura di gara divisa per lotti, e ad affidare la concessione oggetto dell'indicata procedura agli operatori risultati aggiudicatari sino all'anno scorso (annualità 2020) della gestione delle spiagge libere del Comune di Pescara, e ciò almeno fino al momento della definizione di una nuova e distinta procedura di evidenza pubblica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pescara e di Marco Tinari;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2021 il dott. Massimiliano Balloriani e uditi per le parti i difensori Federico Massa, Marco Savini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Considerato che:

-con provvedimento n. 4 del 13.4.2021, il Comune resistente ha pubblicato l'avviso pubblico per l'affidamento temporaneo delle spiagge libere del Comune di Pescara e della gestione delle attività connesse alla balneazione, suddividendo la gara in 5 lotti, corrispondenti a servizi da svolgere su cinque tratti di spiaggia differenti, e precisando nell'avviso (art. 3) che *“Ciascun concorrente può presentare offerta per un solo lotto o per tutti i cinque lotti, ma potrà aggiudicarsi un solo lotto; pertanto, nel caso in cui un concorrente risulti aggiudicatario in uno dei lotti, sarà escluso dai successivi lotti per i quali ha presentato offerta. Si precisa che nel caso in cui un concorrente sia aggiudicatario di uno dei lotti ma sia anche l'unico concorrente ammesso in altri lotti potrà aggiudicarsi anche i restanti lotti per i quali ha presentato offerta.”*;

- la ricorrente ARCI Pescara ha presentato le offerte per tutti e cinque i lotti, e la commissione di gara l'ha valutata come prima in graduatoria per il lotto 1

(al secondo posto il controinteressato Tinari Marco), conseguentemente escludendola da tutti gli altri lotti a cui aveva partecipato;

- durante la seduta deputata alla valutazione delle offerte per il secondo lotto, tuttavia, la commissione di gara, rilevando una situazione di collegamento tra la ricorrente e altro concorrente per il lotto 2 (Pas partecipazione attiva studentesca aps), ha escluso entrambi i concorrenti, dunque anche la ricorrente stessa, dalla intera procedura, ai sensi dell'articolo 80 del d.lgs. 56 del 2016, conseguentemente disponendo l'annullamento della proposta di aggiudicazione del lotto 1 nonché proponendo l'aggiudicazione di quest'ultimo al controinteressato;

- tale esclusione è stata poi comunicata alla ricorrente con il provvedimento qui gravato;

- la ricorrente ritiene, citando giurisprudenza a sostegno, che nel caso di gara distinta in lotti plurimi dovrebbero ravvisarsi tante autonome e distinte procedure di gara per quanti sono i lotti con conseguente inapplicabilità delle disposizioni di cui alla lett. m) comma 5 art. 80; - che *“Non esistono, tra Arci Pescara e PAS ASP, meccanismi di controllo o anche solo di condizionamento quali quelli disciplinati dall'art. 2359 del codice civile. Né, in concreto, sussistono gli elementi di collegamento che la commissione ha rilevato (o meglio, che ha creduto di rilevare) nel caso di specie”*; che *“La ricorrente rappresenta un'articolazione territoriale dell'associazione nazionale ARCI, ed è a quest'ultima che l'altro operatore escluso nell'ambito della procedura di aggiudicazione del lotto n. 2, vale a dire l'associazione PAS, aderisce”* non potendosi dunque applicare i criteri di collegamento degli enti lucrativi; che sarebbe stato in ogni caso violato l'art. 77, comma 4, secondo cui *“i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”*, atteso che, il dott. Gaetano Silverii, dirigente del settore Pianificazione del territorio, nell'ambito della procedura dedotta nelle premesse in fatto, avrebbe svolto oltre alle funzioni di presidente della commissione di gara anche la seguente attività amministrativa: - redazione degli allegati tecnici costituenti parte

integrante delle delibere di G.M. nn. 64 e 145 del 2021; predisposizione dell'avviso pubblico per l'affidamento temporaneo delle spiagge libere, e pubblicazione dello stesso; - nomina della commissione di gara; - funzioni di R.U.P. della intera procedura di assegnazione delle concessioni messe a bando;

- predisposizione delle proposte di esclusione e/o di aggiudicazione per ogni singolo lotto messo a gara;
- alla udienza del 10 dicembre 2021 la causa è passata in decisione;
- il ricorso è infondato;
- come recentemente chiarito in giurisprudenza (Consiglio di Stato 6481 del 2021), la esclusione prevista nel caso di cui all'articolo 80 comma 5, lett. m), del nuovo codice degli appalti pubblici, non trova applicazione nel caso di appalti suddivisi in lotti plurimi, atteso che essi sono valutati in giurisprudenza come tante gare distinte, e dunque il collegamento sostanziale o formale tra due partecipanti in due distinti lotti non integra il divieto della offerta plurima nella medesima gara che tale disposizione mira a rendere effettivo;
- tuttavia, nel caso, come quello di specie, in cui i distinti lotti siano tra loro collegati attraverso la previsione del divieto di aggiudicazione plurima di più di un lotto per operatore economico, la regola in esame deve trovare di nuovo applicazione, in quanto ne riemerge la ratio di preservare condotte elusive anticoncorrenziali, che nella specie si sostanziano nell'aggirare il divieto di aggiudicazione plurima imposto dalla stazione appaltante (Consiglio di Stato sentenza 6481 del 2021);
- passando alla ulteriore questione, il Collegio rileva che sono emersi, come si rileva dal verbale n. 9 della commissione di gara, elementi indiziari plurimi e concordanti che depongono per la riferibilità, delle offerte presentate dalla ricorrente e ad ASP associazione studentesca, a un unico centro decisionale;
- è stato infatti rilevato che: le offerte hanno la medesima impaginazione e impostazione grafica; le relazioni tecnico descrittive hanno contenuti per gran parte identici e si utilizzano spesso espressioni sovrapponibili; sono stati allegati convenzioni e protocolli d'intesa con gli stessi soggetti; hanno in

allegato una medesima brochure; le tavole allegate alle offerte hanno la stessa grafica e formato; la cauzione prevista dall'avviso di gara è stata rilasciata dalla medesima compagnia assicurativa e a distanza di soli 10 minuti l'una dall'altra; lo statuto dall'ASP risulta depositato presso la sede ARCI; entrambe aderiscono all'associazione nazionale ARCI aps;

- ad avviso del Collegio si tratta di elementi sufficienti per dedurre, attraverso un ragionamento probabilistico e presuntivo, la provenienza di entrambe le offerte da un unico centro decisionale, tenendo conto del fatto che, secondo la giurisprudenza, ai fini dell'individuazione del collegamento sostanziale tra imprese di cui all'art. 80, c. 5, lett. m), D.Lgs. n. 50/2016, i relativi indizi devono essere valutati nel loro insieme per riscontrare i requisiti di gravità, precisione e concordanza idonei a legittimare la sanzione, e che la valutazione operata dalla stazione appaltante, circa l'unicità del centro decisionale, postula semplicemente l'astratta idoneità a determinare un concordamento delle offerte, non essendo necessario che l'alterazione del confronto concorrenziale si sia effettivamente realizzata nel caso concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie di pericolo (Tar Milano, sentenza 517 del 2021); e la riconducibilità delle offerte a un unico centro decisionale deve essere quindi valutata con un ragionamento presuntivo e probabilistico (Consiglio di Stato sentenza 393 del 2021);

- del resto la ricorrente non contesta le riferite circostanze in fatto ma si limita a farle rientrare nel normale inserimento di entrambi gli enti nella medesima organizzazione associativa nazionale, da cui discenderebbe l'utilizzo dei medesimi professionisti, riferimenti e tecnici di fiducia;

- tali deduzioni, tuttavia, lungi dal negare l'oggettività del riscontrato collegamento, tentano di giustificarlo per tutti i casi in cui si tratti di operatori riconducibili ad associazioni confederate, ipotesi che non è assolutamente esclusa dalla fattispecie normativa in questione;

- passando dunque all'ultima questione, ai sensi del comma 4 dell'articolo 77 del d.lgs. 50 del 2016, "4. I commissari non devono aver svolto ne' possono svolgere

alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara e' valutata con riferimento alla singola procedura";

- è bene vero che il RUP ha predisposto gli atti di gara e poi ha nominato sé stesso presidente della commissione, tuttavia, in concreto, e nei limiti delle censure esposte nel caso di specie, gli viene contestata l'applicazione non di punteggi e criteri predisposti nel bando da egli stesso confezionato, ma l'applicazione di una norma di legge (l'articolo 80 cit.) ai fini della ricorrenza dei presupposti per l'esclusione di offerte riconducibili al medesimo centro decisionale;

- in sostanza nel cono di valutazione sottoposto allo scrutinio del giudice non si ravvisano ragioni di incompatibilità in relazione alle concrete determinazioni contestate al RUP/presidente della commissione (Tar Firenze, sentenza 927 del 2021);

- le spese possono essere compensate in ragione della particolarità della questione trattata;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere

Massimiliano Ballorani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Massimiliano Balloriani

IL PRESIDENTE
Paolo Passoni

IL SEGRETARIO