

N. 03361/2014REG.PROV.COLL.
N. 01566/2013 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1566 del 2013, proposto da F.lli Abbriata & C. s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Diego Vaiano e Mauro Vallerga, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

contro

Autorità Portuale di Savona, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Erika Podesta', Monica Bonifacino, con domicilio eletto presso Gianluca Contaldi in Roma, via Pierluigi Da Palestrina, 63;

nei confronti di

Società Scomix s.r.l., Lorenza Dellepiane, Fabio Atzori, Società Grigel Sas, Comune di Albissola Marina, Regione Liguria;

Società Albea Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Gerbi, Francesco Massa, Giovann Candido Di Gioia, con domicilio eletto presso Giovan Candido Di Gioia in Roma, piazza G. Mazzini, 27;

Agenzia del demanio - Filiale di Genova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA - GENOVA: SEZIONE I n. 1592/2012, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Savona, della s.r.l. Società Albea e dell'Agenzia del Demanio Filiale di Genova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2014 il consigliere Maurizio Meschino e uditi per le parti l'avvocato Vallergera, l'avvocato Contaldi per delega degli avvocati Bonifacino e Podestà, gli avvocati Di Gioia e Massa e l'avvocato dello Stato Pio Marrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando prot n. 2091 dell'8 marzo 2012, l'Autorità portuale di Savona ha indetto una procedura di selezione pubblica per

“l’assentimento di una concessione demaniale marittima ad una attività turistico-ricreativa e più specificamente ad un complesso balneare commerciale in Comune di Albissola Marina”, con aggiudicazione, all’esito, a Scomix s.r.l./Albea s.r.l./Lorenza Dellepiane/Fabio Atzori con decreto n. 36 del 12 giugno 2012 del Presidente dell’Autorità portuale.

2. La F.lli Abbriata & C. s.a.s. (in seguito “ricorrente”), con il ricorso n. 683 del 2012, e motivi aggiunti, proposto al Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, ha chiesto l’annullamento:

-a) con il ricorso introduttivo:

- del decreto 12.6.2012, n. 36 del presidente dell’Autorità portuale di Savona
- del bando 8.3.2011, n. 2091;
- degli allegati A, B, C, e D del bando stesso;
- dell’ordinanza balneare 12/2011 del presidente dell’Autorità portuale di Savona;
- della deliberazione 27.10.2011, n. 88 del comitato portuale;
- del decreto 30.4.2012, n. 23/2012 del presidente dell’Autorità portuale;
- del decreto 30.4.2012, n. 25/2012 del presidente dell’Autorità portuale;
- dei verbali delle commissioni di gara e giudicatrice;
- della graduatoria;
- dei punteggi assegnati a ciascuna offerta;
- della nota 12.6.2012, n. 5299 dell’Autorità portuale di Savona;

- b) con il ricorso per motivi aggiunti:
- della nota 14.6.2012, n. 5398 dell'Autorità portuale;
- della nota 22.6.2012, n. 5660 dell'Autorità portuale;
- della concessione 29.6.2012, n. 00Z04 dell'Autorità portuale;
- della nota 15.6.2012, n. 5441 dell'Autorità portuale di Savona;
- dell'autorizzazione 29.6.2012, n. 99 dell'Autorità portuale;
- dell'autorizzazione sanitaria 9.7.2012, n. 10966 e della licenza 9.7.2012, n. 10937 del Comune di Albissola Marina;

3. La S.r.l Albea ha proposto ricorso incidentale, notificato il 9 agosto 2012 e depositato il 20 agosto successivo, con cui ha chiesto l'annullamento degli atti con cui la ricorrente era stata ammessa alla gara.

4. Il Tribunale adito, con la sentenza n. 1592 del 2012, ha accolto il ricorso incidentale e, per l'effetto, ha dichiarato inammissibili i ricorsi proposti dalla ricorrente che ha condannato al pagamento delle spese del giudizio liquidate in euro 3.000,00.

5. Con l'appello in epigrafe è chiesto l'annullamento della sentenza di primo grado, con l'integrale riesame e accoglimento dei motivi dedotti in prime cure e, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati e che sia disposto che la concessione *de qua* venga assegnata alla ricorrente ovvero che l'amministrazione provveda in tal senso.

E' stata anche proposta domanda cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza, rinunciata dalla ricorrente alla camera di consiglio del 14 maggio 2013.

La s.r.l. Albea ha proposto appello incidentale.

6. All'udienza del 5 giugno 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Nella sentenza di primo grado si esaminano in via preliminare i motivi dedotti con il ricorso incidentale, dei quali:

- sono respinti quelli recanti i vizi della domanda di partecipazione, che secondo il ricorrente incidentale avrebbero comportato la non ammissione della s.a.s. F.lli Abbriata alla procedura *de qua*, relativi alla mancata sottoscrizione della domanda da parte di entrambi i soci della s.a.s., in violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici, in seguito "codice") e del bando di gara, e per la mancata menzione del nominativo di tutti i soggetti titolari della legale rappresentanza della società; afferma infatti il primo giudice, quanto al primo profilo, che il bando prevedeva la possibilità della sottoscrizione da parte "di persona munita della rappresentanza legale", ciò che è avvenuto, e, per il secondo, che, essendo la detta procedura comunque vincolata ai principi generali del codice, l'Amministrazione avrebbe dovuto applicare l'art. 46, comma 1, per regolarizzare la domanda, non potendo perciò essere considerato ostativo all'ammissibilità della stessa il vizio di cui si tratta;

- è invece accolto il motivo con cui si asserisce che la domanda di partecipazione della ricorrente risulta contraddittoria quanto alla dichiarazione richiesta sul rispetto delle norme relative ai piani individuali di emersione del lavoro irregolare e che disciplinano il lavoro dei disabili; afferma infatti il primo giudice che il fac-simile

della domanda recava le due ipotesi alternative, in relazione a non essersi avvalsa l'impresa dei piani individuali di emersione ovvero di essersi questi conclusi e all'essere tenuta o meno al rispetto delle norme sul lavoro dei disabili, e che l'impresa ha travisato l'intento della stazione appaltante di comprendere la effettiva situazione al riguardo, rendendo una dichiarazione perplessa e contraddittoria, con inosservanza delle prescrizioni del bando e conseguente obbligo di esclusione della s.a.s. F.lli Abbriata.

2. Nell'appello principale si censura la sentenza impugnata anzitutto quanto alle statuizioni sulla insufficienza della dichiarazione resa dalla ricorrente, deducendo che:

- ai sensi del bando di gara e, in coerenza, del modello di dichiarazione della domanda, la previsione di "riportare una delle due scelte" è stata prevista soltanto riguardo al rispetto delle norme sul diritto al lavoro dei disabili, per cui, avendo dichiarato la ricorrente "di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili (l. 12 marzo 1999, n. 68) l'impresa non è tenuta al rispetto delle norme che disciplinano il lavoro dei disabili", risulta evidente che essa ha con ciò reso noto di essere in regola con le dette norme e perciò di non violarle in quanto non soggetta alle stesse; le due situazioni indicate nel bando non sono infatti alternative e incompatibili, poiché non essere assoggettati alle norme citate non è che un modo per essere in regola, con titolo quindi ad essere ammessi alla procedura di cui si tratta;
- l'Amministrazione peraltro avrebbe ben potuto accertare presso la

Camera di commercio, che, alla data utile per la scadenza della domanda, il numero di dipendenti della società ricorrente era inferiore alla soglia di 15 unità richiesta dall'art. 3 della legge n. 68 del 1999 (*Norme per il diritto al lavoro dei disabili*);

- neppure si può considerare “travisata” la dichiarazione resa dalla ricorrente sui piani individuali di emersione, considerato che, ai sensi dell'articolo 1-bis, comma 14, della legge n. 383 del 2001 (*Primi interventi per il rilancio dell'economia*), la posizione di un'impresa che si avvale dei piani di emersione e quella di una che abbia concluso il relativo periodo sono equivalenti, potendo essere entrambe ammesse alle gare e che, nella specie, non essendo stato richiesto di indicare una scelta tra le due situazioni, l'Amministrazione ha ottenuto l'informazione voluta, consistente nell'insussistenza della causa ostativa alla partecipazione, dovendo essere tutelato l'affidamento della ricorrente sulla sufficienza di una dichiarazione conforme a quanto richiesto;

- dovendosi comunque considerare che, seppur ritenuta l'imprecisione delle dichiarazioni rese, comunque non avrebbe potuto essere sanzionata con l'esclusione della ricorrente poiché a questa non imputabile essendovi stata indotta dalla scarsa chiarezza della *lex specialis*;

- in ogni caso l'Amministrazione avrebbe dovuto attivare una richiesta di chiarimenti ai sensi dell'art. 46, comma 1, del codice, che, come indicato in giurisprudenza, è tipicamente da riferire alle situazioni come quella di specie, in cui le dichiarazioni non mancano del tutto e

la società partecipante ha dichiarato formalmente di non incorrere nelle previste cause di esclusione, venendo irrogata, altrimenti, una sanzione sproporzionata alla tenuità dell'omissione.

3. Ciò dedotto nell'appello sono riproposte le censure avanzate in primo grado avverso gli atti di gara.

4. Con l'appello incidentale si chiede la riforma della sentenza impugnata, nella parte in cui ha respinto il motivo di ricorso incidentale per cui la s.a.s. F.lli Abbriata avrebbe dovuto essere esclusa in quanto la sua dichiarazione sul possesso dei prescritti requisiti per la stipula dei contratti e sull'assenza di cause di esclusione dalla gara non è stata sottoscritta da tutti i soci accomandatari, né integrata dall'indicazione delle generalità dei rappresentanti legali e del possesso dei requisiti in capo a questi; ciò che ha comportato la violazione di quanto espressamente previsto dagli articoli 5 e 11, sub busta A, e punto 3), del bando, in riferimento evidente all'art. 38 del codice, al cui riguardo la giurisprudenza ha anche chiarito che le relative dichiarazioni devono essere rese da entrambi i soci di una s.r.l. al 50%, con esclusione perciò, nella specie, dell'applicazione dell'art. 46, comma 1, del medesimo codice.

Sono quindi riproposti i motivi del ricorso incidentale di primo grado assorbiti nel relativo giudizio.

5. La ricorrente, con la memoria depositata in giudizio il 5 maggio 2014, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso incidentale in primo grado, e quindi dell'appello incidentale, proposti dalla s.r.l. Albea, poiché, essendo intervenuta l'aggiudicazione a favore del

raggruppamento formato da più soggetti (Scomix s.r.l./Albea s.r.l./Lorenza Dellepiane/Fabio Atzori), tutti questi avrebbero dovuto presentare i ricorsi in assenza di mandato a favore della Albea.

6. L'eccezione, sostanzialmente riprodotiva di uno dei motivi di ricorso in primo grado, è da respingere.

Infatti tutti i soggetti sopra indicati hanno firmato la domanda di partecipazione alla procedura di cui si tratta, precisando che ciascuno dei soggetti diversi da Albea avrebbe acquistato il 25% del capitale di questa in caso di aggiudicazione (doc. n. 1 del fascicolo 4.3 di parte in primo grado); intervenuta l'aggiudicazione (provvedimento n. 36 del 12 giugno 2012) è seguita la variazione delle quote sociali nel senso sopra detto (visura camerale aggiornata al 4 luglio 2012, doc. n. 3 del detto fascicolo), risultando perciò la s.r.l. Albea legittimata a resistere in giudizio e alla proposizione dei conseguenti atti processuali.

Devesi anche osservare che la suddetta domanda di partecipazione risulta coerente con quanto prescritto dall'art. 5 del bando, per il quale sono legittimati a partecipare alla gara *“persone fisiche, imprese individuali, società consorzi e imprese in genere, compresi i raggruppamenti temporanei di concorrenti, già iscritti o che si impegnano a iscriversi alla Camera di Commercio per lo svolgimento di attività turistico-ricreative e in particolare attività di stabilimento balneare e servizi complementari e di supporto, nonché di ristorazione e somministrazione di bevande”*, trattandosi di formulazione particolarmente ampia da cui non vi è ragione di ritenere esclusi i partecipanti, poi aggiudicatari, in quanto firmatari della domanda di partecipazione come società (Scomix e Albea) e persone fisiche

(Dellepiane e Atzori), formalmente impegnati, in caso di aggiudicazione, a confluire in Albea con l'iscrizione di questa alla Camera di commercio con oggetto sociale identico a quello richiesto, come consentito dal bando e, come detto, poi in fatto avvenuto e riscontrabile dalla visura camerale aggiornata al 4 luglio 2012.

L'Amministrazione ha quindi conosciuto fin dall'inizio la configurazione soggettiva del potenziale aggiudicatario che, come visto, si è poi in fatto conformemente definita, permanendo perciò chiaro lungo la procedura il contenuto dell'offerta, quale fosse il soggetto eventualmente affidatario e quali le relative quote dei soggetti partecipanti alla gara.

7. La censura dedotta con l'appello principale riguardo al contenuto delle dichiarazioni rese dalla s.a.s. F.lli Abbriata è fondata per le ragioni che seguono.

7.1. La questione prioritaria in controversia è se la dichiarazione richiesta sui piani individuali di emersione e sul rispetto delle norme a tutela del lavoro dei disabili sia stata presentata dalla s.a.s. F.lli Abbriata in conformità a quanto richiesto dal bando e se l'irritualità eventualmente riscontrabile al riguardo non risulti tale da escludere l'applicazione dell'art. 46, comma 1, del codice.

7.2. Per l'esame della questione è necessario anzitutto riportare le norme di riferimento e i testi del bando e della dichiarazione di conseguenza presentata dalla F.lli Abbriata.

La normativa rilevante è data dall'art. 1-*bis*, comma 14, della legge n. 383 del 2001, e dall'art. 17 della legge n. 68 del 1999, per i quali:

- *“I soggetti che si avvalgono dei piani individuali di emersione sono esclusi dalle gare di appalto pubblico fino alla conclusione del periodo di emersione” (art.1-bis, comma 14, cit.);*

- *“Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione.” (art. 17, cit.).*

L'art. 11 del bando, nell'elencare la documentazione da includere (nella relativa busta A) prevede (al punto 3), che le società, consorzi e imprese in genere, devono rendere: a) *“la dichiarazione sostitutiva, ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445/2000, integrata nella domanda di partecipazione redatta secondo il modello allegata sotto la lettera “B” e attestante ...-che l'impresa non si avvale dei piani individuali di emersione (PIE) previsti dalla legge n. 338/2001 oppure che l'impresa si è avvalsa dei piani individuali di emersione di cui alla legge n. 338/2001, ma che il periodo di emersione si è concluso...-di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili (L. 12 marzo 1999, n. 68) ovvero che l'impresa non è tenuta al rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili (L. 12 marzo 1999, n. 68)”*; b) *“il mancato inserimento nella busta “A” dei documenti di cui ai punti da 1) a 9) con le indicazioni contenute nei suddetti punti comporta l'esclusione dalla gara.”*

L'allegato “B” riproduce lo stesso testo completando quello di cui sopra sub b) con la seguente indicazione: *“(riportare solo una delle due scelte)”*.

La s.a.s. F.lli Abbriata nella dichiarazione afferma “-*che l'impresa non si avvale dei piani individuali di emersione (PIE) previsti dalla legge n. 338/2001 oppure che l'impresa si è avvalsa dei piani individuali di emersione di cui alla legge n. 338/2001, ma che il periodo di emersione si è concluso; -di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili (L. 12 marzo 1999, n. 68) l'impresa non è tenuta al rispetto delle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili (L. 12 marzo 1999, n. 68)*”.

7.3. Per il riscontro della corrispondenza della dichiarazione resa a quella richiesta dal bando, a pena di esclusione, è utile richiamare che la giurisprudenza di questo Consiglio riguardo, in particolare, alla dichiarazione di essere in regola sulla normativa a tutela del lavoro dei disabili, ha affermato che:

- la dichiarazione in questione costituisce un fondamentale requisito di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica, indipendentemente perciò anche dalla sua previsione nella *lex specialis*, considerato il tenore dell'art. 17 della legge n. 68 del 1999 (Sez. V, 29 gennaio 2013, n. 857);
- la conseguente esclusione dalla gara deve essere di certo disposta quando la dichiarazione manchi ma non anche se, essendo stata resa, appaia di tenore equivoco o contraddittorio inducendo soltanto margini di dubbio sull'effettiva volontà del dichiarante, dovendosi ricorrere in tal caso all'applicazione dell'art. 46, comma 1, del codice (Sez. III, 9 maggio 2014, n. 2376), a meno che la contraddittorietà della dichiarazione sia tale da farla risultare come inesistente, con esclusione del potere di chiedere chiarimenti o integrazioni (Sez. III,

18 aprile 2011, n. 2385; Sez. V, 24 marzo 2011, n. 1792).

7.4. Ad avviso del Collegio nella specie si versa nel primo caso, di dichiarazioni eventualmente irregolari ma non mancanti, poiché:

- a) lo scopo sostanziale perseguito dalla stazione appaltante con la richiesta delle dichiarazioni di cui si tratta è quello di conoscere se i concorrenti si trovino in situazione di inosservanza degli obblighi previsti dalla legislazione sulla tutela del lavoro dei disabili ovvero si avvalgano di PIE, dovendo in tal caso essere escluse;
- b) la dichiarazione della s.a.s. F.lli Abbriata riguardo alle norme sul lavoro dei disabili non è tale da far escludere l'osservanza delle stesse, considerato in particolare che a fronte dell'indicazione di riportare una delle due scelte la ricorrente non riproduce la disgiuntiva "ovvero" e afferma sequenzialmente di essere in regola con le norme e di non essere tenuta al loro rispetto, cioè a dire di essere in regola in quanto non tenuta;
- c) ugualmente nella dichiarazione sui PIE non è indicato che l'impresa si avvale di piani per cui è in corso il periodo di emersione, unica affermazione espressamente idonea all'esclusione dalla procedura;
- d) il Collegio non disconosce che in entrambi i casi le dichiarazioni non appaiono recare puntualmente l'informazione richiesta dell'Amministrazione, essendo ipotizzabili margini di dubbio al riguardo, ma ritiene anche, per quanto sopra considerato sul loro contenuto, che non possa neppure essere affermato che siano tali da far escludere con certezza che l'informazione sia stata resa,

riscontrandosi perciò non l'omissione delle stesse ma una loro irregolarità da verificare con il ricorso all'art. 46, comma 1, per eventualmente superarla.

8. Si espongono ed esaminano ora qui di seguito le censure dedotte in primo grado dalla ricorrente qui riproposte.

8.1. Violazione e falsa applicazione degli articoli 5 e 11 del bando anche in relazione agli articoli da 34 a 39 del codice e ai principi di cui agli articoli 18 e 19 del d.P.R. 15 febbraio 1952, n. 328 (*Approvazione del regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione*), poiché la Scomix s.r.l./Albea s.r.l./Lorenza Dellepiane/Fabio Atzori non avrebbero potuto essere ammessi alla gara, in quanto né soggetti singoli né consorzio o raggruppamento temporaneo costituito o costituendo, come richiesto dalla *lex specialis*, essendo stata presentata la domanda di partecipazione da quattro soggetti distinti e non essendo sufficiente a configurare una idonea formazione plurisoggettiva l'indicazione per cui, in caso di aggiudicazione, Fabio Atzori, Lorenza Dellepiane e Scomox s.r.l. avrebbero acquistato da Giuseppe Carosso il 75% del capitale sociale Albea s.r.l., divenendo questa titolare della concessione previa iscrizione alla Camera di commercio per lo svolgimento di attività turistico ricreative; conseguendo anche da ciò una illegittima implementazione dell'offerta in tale modo presentata da uno solo dei partecipanti (Albea) e, inoltre, la violazione del principio della non alterazione della compagine sociale del raggruppamento posto dall'art. 37, comma 9, del codice, dovendo inoltre tutti i partecipanti, poiché tali *uti singuli*, iscriversi poi alla

Camera di commercio per lo svolgimento delle attività richieste.

La censura è infondata come già esposto al riguardo nel precedente punto 6.

8.2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del bando anche in relazione ai principi di cui agli articoli 2, 83 e 84 del codice, in ragione:

-a) della mancata verifica in seduta pubblica del contenuto dei plichi recanti l'offerta tecnica;

-b) della insufficiente indicazione delle modalità e del luogo di custodia dei plichi, risultando dai verbali di gara soltanto che i documenti sarebbero stati custoditi "in un mobile chiuso a chiave nell'ufficio del RUP" (verbale n. 3).

I motivi sono infondati, poiché:

- a) la procedura in concreto svolta risulta corrispondente a quella prescritta dal bando; questo infatti dispone, all'art. 11, che il "plico" presentato dai concorrenti deve contenere le buste "A" "B" e "C" recanti, rispettivamente, le scritte esterne "DOCUMENTAZIONE", "OFFERTA TECNICA" e "OFFERTA ECONOMICA", essendo perciò riferito il termine "documentazione" soltanto alla busta "A" e, all'art. 12, che "*La commissione di gara procederà in seduta pubblica all'apertura dei plichi ed alla verifica della regolarità della documentazione. Dopo di che le offerte progettuali saranno valutate in sedute riservate...*"; ciò che è avvenuto nella seduta pubblica della commissione del 2 maggio 2012 in cui sono stati aperti i plichi e la verifica è stata eseguita per la documentazione contenuta nella busta "A";

- b) non vi sono ragioni per ritenere lesa la garanzia dell'integrità della

documentazione, assunta nella responsabilità del Responsabile del procedimento, risultando dal verbale della seduta pubblica del 2 maggio 2012 che lo stesso (Presidente della commissione) “*consegna brevi manu alla Commissione cinque plichi sigillati contenenti le offerte pervenute dai soggetti concorrenti, fin ora custoditi in mobile chiuso a chiave nell’ufficio dello stesso RUP*”, venendo eseguita la medesima procedura nella seduta pubblica dell’11 giugno 2012 quanto alle buste “C”, non avendo prodotto l’appellante, infine, alcun principio di prova sulla concreta possibilità della non integrità o alterazione della documentazione stessa.

8.3 Violazione e falsa applicazione dell’art.12 del bando anche in relazione all’art. 11 del regolamento per la disciplina dei contratti pubblici dell’Autorità portuale di Savona e ai principi di cui agli artt. 2, 83 e 84 del codice, in ragione dell’apertura delle buste contenenti le offerte tecniche non da parte della “commissione di gara” ma della “commissione giudicatrice” che è organo del tutto diverso per composizione e compiti e perciò incompetente al riguardo.

Il motivo è infondato.

Questo Consiglio ha chiarito, con principio applicabile alla procedura di cui si tratta considerati i “criteri di valutazione” dell’offerta ai sensi dell’art. 7 del bando, che “*Legittimamente la Stazione appaltante prevede nel disciplinare di gara che il procedimento di aggiudicazione di un appalto secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sia affidato a due commissioni differenti, qualora senza alcuna commistione tra i diversi momenti procedurali ad una siano affidati i compiti tipici del seggio di gara c.d. “aggiudicatrice”, e*

all'altra c.d. "giudicatrice" vengano affidati in via esclusiva le valutazioni delle offerte ai sensi dell'art. 84 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163." (Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 249), non essendo stata questa modalità peraltro esclusa dal bando, risultando nella specie riunite nella stessa persona le funzioni di Presidente delle due commissioni (altresì Responsabile del procedimento), né essendovi stata impugnazione da parte della ricorrente dei decreti di nomina delle due commissioni emanati il 30 aprile 2012 (decreti del Presidente dell'Autorità portuale n. 23 e n. 25 del 2012).

8.4. Violazione e falsa applicazione degli articoli 7, 11 e 12 del bando anche in relazione all'art. 3 della legge n. 241 del 1990 e ai principi di cui agli artt. 2, 83 e 84 del codice, in ragione dell'attribuzione alle offerte tecniche del solo punteggio numerico, senza motivazione in presenza della previa determinazione dei criteri soltanto in via di massima.

Il motivo è infondato, poiché: nell'art. 7 del bando (punto 1) per il progetto è prevista l'assegnazione del punteggio massimo di 63 punti, suddivisi in punteggi massimi da assegnare in relazione a dieci "sottocriteri" puntualmente specificati; nell'allegato "A" al verbale della seduta riservata della commissione giudicatrice dell'1 giugno 2012 risultano partitamente assegnati a ciascuna offerta i detti punteggi; ne consegue l'osservanza dell'indirizzo costantemente affermato da questo Consiglio, per cui *"...per quanto attiene alla valutazione delle offerte da parte di una Commissione di gara, il punteggio numerico assegnato ai singoli elementi di valutazione dell'offerta integra una*

sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci prestabilito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi di soglia, sia sufficientemente articolato, chiaro ed analitico da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare le singole posizioni in applicazione di puntuali canoni predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità: onde solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione del punteggio attribuito.” (Sez. V, 11 febbraio 2014, n. 661).

8.5. Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del bando anche in relazione alla violazione dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per vari profili e difetto di motivazione, per avere la commissione giudicatrice svolto l'esame delle offerte tecniche in 5 sedute così violando in particolare il principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara.

Il motivo è infondato, considerato che la commissione giudicatrice si è riunita nei giorni dal 14 maggio al 1° giugno 2012 (verbale n. 3 dell'11 giugno 2012) non risultando perciò un'ingiustificata diluizione dei tempi di esame delle offerte tecniche, a fronte di 5 offerte da valutare nelle numerose e specifiche componenti di cui all'art. 7 del bando.

8.6. Violazione e falsa applicazione degli articoli 83 e 84 del codice, in relazione al principio della separazione tra potere politico e gestionale, a causa della presenza tra i componenti della commissione di gara di un rappresentante politico, il Vicesindaco del Comune di Albissola

Marina.

Il motivo è infondato, dovendosi considerare che il commissario in questione non riveste cariche politiche nell'Amministrazione appaltante, l'Autorità portuale di Savona, essendo Vice sindaco del citato Comune e non risultando perciò la violazione, in particolare, dell'art. 84, comma quinto, del codice, per il quale non possono essere nominati commissari coloro che abbiano rivestito cariche di pubblico amministratore nel biennio precedente relativamente a contratti affidati dalle amministrazioni presso cui hanno prestato servizio.

8.7. Violazione e falsa applicazione degli articoli 7, 8, 9 e 18 della legge 28 gennaio 1994, n. 84 (*Riordino della legislazione in materia portuale*), per essere stati adottati gli atti di gara, a partire dal bando, dal solo Presidente dell'Autorità portuale e non dal Comitato portuale, trattandosi di concessione di durata superiore a quattro anni.

Il motivo è infondato, poiché con delibera n. 88 del 27 ottobre 2001 il Comitato portuale ha espresso parere favorevole "*all'avvio di procedure ad evidenza pubblica finalizzate all'assentimento di concessioni demaniali marittime in Comune di Albissola Marina ...relativamente a stabilimento balneare*" e ha demandato al Presidente "*l'espletamento di tutti gli atti e le valutazioni conseguenti*".

8.8. Violazione e falsa applicazione degli articoli 36 e 37 del codice della navigazione e degli articoli 6, 12,13 e 14 del relativo regolamento di esecuzione, anche in relazione alle leggi n. 85 del 2010 (articoli da 1 a 4), n. 13 del 1999 (articoli 10 e 12) e alle disposizioni del P.U.D. Ligure, considerato che l'area oggetto della concessione include anche

pertinenze demaniali con la necessità, perciò, del previo assenso dell'Agencia del demanio, nella specie non richiesto né acquisito.

Il motivo è infondato, essendo sufficiente richiamare che: ai sensi dell'articolo 5, comma secondo, del d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85 (*Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42.*), “sono in ogni caso esclusi dal trasferimento...; i porti e gli aeroporti di rilevanza economica nazionale e internazionale, secondo la normativa di settore...”; con decreto ministeriale del 6 aprile 1994 è stato decretato che “La circoscrizione territoriale del Porto di Savona è costituita dalle aree demaniali marittime, dalle opere portuali e dagli antistanti spazi acquei, compresi nel tratto di costa che va dalla Punta di Bergeggi fino alla sponda destra di Rio Sodino” (in Comune di Albissola Marina, come risultante anche dal sopra citato parere del Comitato portuale); in ogni caso gli articoli 2 e 9 del bando dispongono, rispettivamente, che “l'esatta consistenza della concessione e la regolamentazione d'uso delle aree demaniali di cui trattasi saranno determinati in modo puntuale, tenuto conto del progetto realizzato, nel titolo concessorio, in base alla normativa vigente” e che, infine, “...gli interventi negli ambiti portuali da realizzarsi da parte di soggetti privati, sono assentiti sotto il profilo ...demaniale mediante conferenza di servizi”, con la partecipazione a questa perciò del soggetto pubblico rilevante per quanto di competenza.

8.9. Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 della legge regionale 28 aprile 1999, n. 13 (recante in particolare *Disciplina di difesa della costa*) anche in relazione all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 (*Codice dei beni culturali e del paesaggio*), per non essere stato acquisito il previsto parere

della Regione Liguria per il profilo paesaggistico-ambientale, rilevandosi inoltre che l'assenso della Regione è necessario per ogni progetto da realizzare sul suolo demaniale, rendendo la sua mancanza in fatto non confrontabili le offerte in gara.

Il motivo è infondato, considerato, da un lato, che il parere della Regione non può che riguardare il progetto definitivo approvato, afferendo ciò alla conferenza di servizi sopra citata, competente anche per il profilo "paesistico-ambientale" e, dall'altro, quanto già sopra esposto sulla esclusione dal trasferimento di cui al "federalismo demaniale" dell'area di cui si tratta.

8.10. Violazione dell'art. 37 del codice della navigazione anche in relazione all'art. 97 della Costituzione, per la mancata osservanza del criterio, ivi posto, dell'assegnazione della concessione al soggetto che meglio assicuri l'interesse pubblico alla sua migliore fruizione e non a quello che assicuri il più elevato ritorno economico al concedente, come invece previsto nella specie dal bando con attribuzione a tale elemento del punteggio prevalente.

Il motivo è infondato, poiché i parametri di valutazione, e relativi punteggi, stabiliti nel bando mostrano una adeguata considerazione dei profili non soltanto economici dell'offerta, come risulta dall'articolo 7, considerato che i parametri di cui ai punti da 1 a 4, comportano l'attribuzione di un punteggio di punti 138 sul totale di 180 (ci si riferisce al "Quadro complessivo, materiali, caratteristiche, tecnologie costruttive, impianti", con punteggio massimo di 63, alla "Balneazione e uso della spiaggia", punti 30, alla "Somministrazione

di alimenti, bevande e altre attività”, punti 10, al “Piano di gestione”, punti 35).

8.11. Violazione e falsa applicazione dell’art. 37 del codice della navigazione, degli articoli 3 e 12 del Piano di utilizzo delle aree demaniali marittime dell’Autorità portuale, dell’art. 9 del P.U.D della Regione Liguria, ai sensi dei quali le opere sulle aree in questione devono essere, al contempo, massimamente amovibili, realizzate con materiali eco-compatibili e tali da lasciare al più aperta la visuale verso il mare, laddove, il progetto del gruppo aggiudicatario comporta rilevanti cementificazioni aventi l’effetto di impedire la visuale del mare (“edificio in muratura su due piani”, “nuova piscina in muratura”, “ristorante con terrazza con affaccio sulla piscina e sul mare” e altri interventi non coerenti con le dette prescrizioni), risultando al confronto chiaramente più adeguata la proposta della società ricorrente.

Il motivo non può essere accolto, comportando la censura una valutazione comparativa di merito tra le offerte, preclusa al giudice, trattandosi di valutazione che contempla il confronto dell’intero quadro delle stesse, sindacabile soltanto per palese irragionevolezza, illogicità o travisamento dei fatti vizianti in radice il giudizio discrezionale reso dall’Amministrazione, ciò che nella specie non risulta.

8.12. Violazione degli articoli 7 e 12 del bando anche in relazione all’art. 97 della Costituzione, per avere l’aggiudicatario celato parte delle volumetrie da realizzare, computandovi anche la vasca

preesistente della piscina, e per essere stato altresì indebitamente avvantaggiato, quanto: all'attribuzione rispetto al quadro A ("Interventi delle attività proposte e quadro di gestione") di 20 punti a fronte dei 12,93 della ricorrente, restando sconosciuto il parametro di calcolo; alla mancata attribuzione di punteggio alla ricorrente per l'utilizzo di fonti di energia rinnovabile, pur avendo proposto l'installazione di pannelli solari sul tetto del vano ascensore, e per l'utilizzo di materiali eco-sostenibili e/o riciclati, pur avendo essa proposto la creazione con tali materiali di un volume per la raccolta differenziata e di cabine; all'attribuzione dello stesso punteggio all'aggiudicatario e alla ricorrente per la previsione di strutture possibilmente amovibili, laddove il primo non vi ha provveduto; per la mancata attribuzione di punteggio alla ricorrente riguardo al superamento delle barriere architettoniche, pur avendo essa proposto interventi specifici al riguardo.

I motivi sono infondati, poiché: sulle volumetrie da realizzare l'art. 2 del bando prescrive il limite minimo della garanzia "dei volumi oggi edificati"; dal verbale della commissione giudicatrice del 1° giugno 2012, emerge che: per il quadro A sono stati considerati tutti i previsti parametri specifici preordinati nel bando, risultando perciò esplicitato il criterio di attribuzione del punteggio; i parametri di attribuzione dei punteggi per l'utilizzo delle fonti rinnovabili e di materiali ecosostenibili sono stati preminentemente applicati per i "nuovi interventi", in relazione alla prevalenza di questi; il punteggio per tali interventi in quanto amovibili è stato pari a 2 per tutti i concorrenti,

non emergendo, come già sopra visto, profili di vizio delle valutazioni sindacabili dal giudice.

Il Collegio deve, a questo riguardo rilevare, infine, che le censure ulteriormente prospettate afferiscono tutte alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione, non potendo il giudice sindacare la congruità comparativa di "opere di accessibilità al mare e alla balneazione", peraltro nell'appello non specificate (pag. 50) ovvero del punteggio per un ulteriore WC o per l'asserito maggior numero di cabine per disabili, comportando ciò un non spettante giudizio di merito afferente alla comparazione delle offerte in relazione ad aspetti specifici di carattere eminentemente tecnico.

Nell'appello si censurano infine per illegittimità derivata, in via tuzioristica, una serie di atti consequenziali a quelli impugnati, ciò che non può essere accolto risultando verificata la legittimità degli atti presupposti.

9. Per le ragioni che precedono la sentenza appellata deve essere confermata con diversa motivazione, e, per l'effetto, sono respinti i ricorsi, e motivi aggiunti, proposti in primo grado, dovendosi di conseguenza dichiarare improcedibile l'appello incidentale per carenza di interesse.

La particolare articolazione della controversia, in fatto e in diritto, giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta),

pronunciando sugli appelli, conferma con diversa motivazione la sentenza di primo grado e, per l'effetto, respinge il ricorso originario e motivi aggiunti; dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2014, con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/07/2014

IL SEGRETARIO

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