

Publicato il 06/09/2021

N. 01966/2021 REG.PROV.COLL.
N. 02333/2020 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 2333 del 2020, proposto da Larioevents S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Dal Molin e Giuliana Valagussa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso lo studio dell'avv. Alessandro Dal Molin in Milano, Piazza Armando Diaz, 7;

contro

Comune di Barzio, in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Claudio Linzola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Docore Società a Responsabilità Limitata Semplificata, non costituita in giudizio;

per l'annullamento:

- della determinazione del responsabile del servizio tecnico del Comune di Barzio del 27 novembre 2020 n. 95 registro, n. 304 registro generale, di

aggiudicazione della procedura aperta per la concessione della struttura denominata “Centro fondo” in località Piani di Bobbio, comunicata in pari data;

- di tutti gli atti preordinati, conseguenti e/o comunque connessi, tra cui, in particolare:

- il chiarimento di gara fornito dal RUP della stazione appaltante (doc. 2);

- i verbali di gara;

nonché per l'annullamento e/o declaratoria di inefficacia,

ai sensi degli articoli 121 e 122 c.p.a, del contratto eventualmente stipulato tra il Comune e la società controinteressata;

e per la conseguente condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno ingiusto asseritamente subito dalla ricorrente per effetto degli impugnati provvedimenti, da risarcirsi, in via principale, in forma specifica mediante subentro nel contratto eventualmente *medio tempore* stipulato, ovvero, solo in subordine, per equivalente mediante il pagamento di una cifra a ristoro dei danni subiti e subendi, da quantificarsi in corso di causa anche in via equitativa, unitamente ad interessi e rivalutazione monetaria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Barzio;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza del giorno 21 aprile 2021, celebrata nelle forme di cui all'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall'art. 6 del d.l. 1° aprile 2021, n. 44 e al decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020, la relazione del dott. Oscar Marongiu, e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Larioevents S.r.l. ha partecipato alla procedura aperta, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dal Comune di Barzio per individuare il concessionario della struttura denominata "Centro Fondo" in Località Piani di Bobbio per la gestione di attività di pubblico esercizio, classificandosi al secondo posto. La gara è stata aggiudicata alla Società Docore S.r.l.s., che ha ottenuto 94,00 punti, mentre Larioevents S.r.l. ha ottenuto 71,60 punti.

Con l'odierno ricorso Larioevents S.r.l. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe e, in particolare, la determinazione di aggiudicazione della gara in favore di Docore S.r.l.s., deducendone l'illegittimità sulla base dei seguenti motivi:

- 1) violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 164 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 6.2. del Disciplinare di gara;
- 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione degli artt. 10 e 11 del Disciplinare di gara; illegittimità del chiarimento reso dal RUP.

La ricorrente, inoltre, chiede che venga accertato il suo diritto a conseguire l'aggiudicazione della gara, nonché l'annullamento o la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e il conseguente subentro nell'esecuzione dello stesso o, in via subordinata, il risarcimento per equivalente del danno ingiusto asseritamente subito.

Si è costituito in giudizio il Comune intimato, chiedendo la reiezione del ricorso.

Alla camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2021 la Sezione, con ordinanza n. 16/2021, ha respinto l'istanza cautelare.

Avverso l'ordinanza n. 16/2021 la ricorrente ha proposto appello cautelare dinanzi al Consiglio di Stato il quale, con ordinanza n. 1476/2021 della Quinta Sezione, ha respinto l'appello.

Nelle more del giudizio il Comune ha stipulato il contratto di concessione con la controinteressata.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno ribadito le proprie difese con memorie e repliche.

All'udienza del giorno 21 aprile 2021, svoltasi in modalità da remoto, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è infondato; di seguito le motivazioni della sentenza, rese nella modalità redazionale semplificata di cui al combinato disposto degli artt. 120, comma 10, e 74 del c.p.a.

2.1. Con il primo motivo la ricorrente contesta la mancata esclusione dalla gara della controinteressata. Quest'ultima, a dire della ricorrente, sarebbe priva dei requisiti di partecipazione in quanto, pur essendo iscritta nel Registro della Camera di Commercio, risultava inattiva sia al momento della presentazione dell'offerta che al momento dell'aggiudicazione.

2.1.1. La tesi non persuade.

Come già rilevato nella fase cautelare, il disciplinare di gara, al punto 6.2 richiede, tra i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016, la mera "*Iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, per attività inerenti l'oggetto dell'appalto*", senza attribuire alcun rilievo alla circostanza che la posizione dell'impresa iscritta sia o meno attiva.

La società Docore Srls, pertanto, ad avviso del Collegio deve ritenersi in possesso del requisito in questione, in quanto iscritta nel Registro delle Imprese presso la Camera di Commercio di Como-Lecco in data 27.10.2020.

Ciò trova conforto, peraltro, nella stessa giurisprudenza richiamata dalla ricorrente, secondo la quale l'utilità sostanziale dell'iscrizione camerale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico (C.d.S., Sez. V, n. 6341/2019, che richiama anche C.d.S., Sez. III, n. 5170/2017 e C.d.S., Sez. V, n. 5257/2019), poiché l'individuazione ontologica della tipologia d'azienda, al di là dell'oggetto sociale indicato nell'atto costitutivo o nello statuto societario, può avvenire solo attraverso l'attività,

principale o prevalente, che sia in concreto espletata (laddove si tratti di impresa operativa da tempo) e/o comunque documentata (in caso di impresa appena costituita, come nella fattispecie) dall'iscrizione alla Camera di Commercio.

Del resto, la soluzione restrittiva sostenuta dalla ricorrente si porrebbe in contrasto con il principio del *favor participationis* e precluderebbe irragionevolmente la partecipazione alla gara delle società, come la controinteressata, di più recente costituzione.

La censura, pertanto, va respinta.

2.2. Con il secondo motivo la ricorrente lamenta, sotto un primo profilo, che la ripartizione del punteggio per la “esperienza gestionale” (36 punti) tra i criteri A1 (“*Curriculum operatore economico, numero anni di esperienza nella gestione di bar, ristoranti e strutture similari maturati negli ultimi 15 anni. La commissione assegnerà 3 punti per ogni anno d’esercizio fino ad un massimo di 30 punti. Punti max: 30*”) e A2 (“*Curriculum operatore economico, numero anni di esperienza nella gestione di bar, ristoranti e strutture similari maturati negli ultimi 15 anni in ambiti sciabili come definiti dagli strumenti urbanistici PGT-PTCP. La commissione assegnerà 1 punto per ogni anno d’esercizio fino ad un massimo di 6 punti. Punti max: 6*”) sarebbe priva di alcuna logica ai fini della gestione di un’attività di pubblico esercizio per la somministrazione di alimenti e bevande come quella in questione. A dire della ricorrente, infatti, nella fattispecie, tenuto conto dell’oggetto della procedura (concessione della struttura denominata “Centro Fondo” in Località Piani di Bobbio per la gestione di attività di pubblico esercizio), sarebbe sufficiente, per l’operatore economico che partecipa alla gara, dimostrare di avere un’esperienza pregressa nella gestione di bar, ristoranti e strutture similari (criterio A1), mentre non vi sarebbero ragioni per richiedere anche l’esperienza nella gestione di analoghi esercizi in ambiti sciabili (criterio A2).

La ricorrente contesta anche il chiarimento fornito dal Comune in relazione ai suindicati criteri, poiché tale chiarimento attribuirebbe illegittimamente alle disposizioni di gara un significato e una portata maggiori rispetto a ciò che

risulta dal loro testo. Altro, infatti, sarebbe affermare che per la valutazione dell'esperienza gestionale si terrà conto del *curriculum* dell'operatore economico, da intendersi necessariamente quale concorrente/partecipante alla gara (secondo quanto testualmente previsto dalla *lex specialis*), altro sarebbe invece consentire al concorrente di dimostrare l'esperienza gestionale tenendo conto della “*esperienza maturata negli ultimi 15 anni, anche in altra impresa/società, dai soggetti muniti di poteri di rappresentanza che costituiscono la società*” (secondo quanto indicato nel chiarimento *de quo*). Deduce al riguardo la ricorrente che, qualora l'operatore economico avesse voluto ottenere ulteriori punti per l'offerta tecnica in relazione alla pregressa esperienza gestionale, ben avrebbe potuto partecipare alla procedura con un raggruppamento temporaneo di concorrenti, come espressamente ammesso dall'articolo 7 del Disciplinare di gara.

La ricorrente, quindi, lamenta che, per effetto dell'erronea interpretazione del Disciplinare di gara in relazione all'attribuzione dei punteggi per le voci A1 e A2, avallata dal chiarimento fornito dal Comune, l'esito della gara sarebbe stato completamente stravolto, atteso che:

- la società Docore Srls ha ottenuto complessivamente 33 punti per l'esperienza gestionale pregressa, di cui 30 punti in relazione al paragrafo A1), per l'attività di gestione del Rifugio Cesare Benigni, assimilata a quella di bar-ristorante, svolta dalla signora Elisa Rodighiero (legale rappresentante e socio al 40% della controinteressata) per 14 anni, e 3 punti in relazione al paragrafo A2), per la gestione dell'Ostello Rifugio Trifoglio nel Comune di Valtorta (in località Ceresola) da parte dei soci Caterina Giuseppina Rossi e Martino Rodeghiero da maggio 2017 a giugno 2020, per un totale di tre anni di gestione;
- tuttavia, appurata l'illegittimità del chiarimento fornito dal Comune (nella parte in cui consente di attingere all'esperienza dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza dell'operatore economico pur se maturata in diverse aziende), alla società controinteressata non avrebbe dovuto essere riconosciuto alcun

punto in relazione alla pregressa esperienza, con la conseguenza che la società Docore S.r.l.s. sarebbe dovuta risultare seconda in graduatoria, collocandosi dietro alla ricorrente.

Sotto diverso profilo la ricorrente lamenta poi che il Comune, in ogni caso, avrebbe attribuito i punteggi all'offerta tecnica di Docore S.r.l.s. in misura superiore rispetto a quanto previsto dal Disciplinare di gara, atteso che:

i) per quanto riguarda i punteggi relativi al criterio A1 (assegnati, come visto, in considerazione dell'attività di gestione del Rifugio Benigni in Valle Brembana svolta dalla signora Elisa Rodeghiero), la struttura funziona come rifugio solo da metà giugno a metà settembre (in maniera, peraltro, non sempre continuativa), mentre per la restante parte dell'anno sarebbe adibita a bivacco (locale invernale), struttura certamente non equiparabile né a un bar né a un ristorante, per la cui gestione, quindi, non dovrebbe essere riconosciuto un punteggio "pieno" di tre punti per ciascun anno di gestione, ma un punteggio da computarsi in misura proporzionale;

ii) per quanto riguarda, invece, i punteggi relativi al criterio A2 (assegnati sulla base dell'asserita gestione, da parte dei signori Caterina Giuseppina Rossi e Martino Rodeghiero, dell'Ostello Rifugio Trifoglio), la controinteressata avrebbe fornito dichiarazioni non veritiere, in quanto l'Ostello in questione era gestito dalla società La Quercia S.r.l. e quest'ultima risulta essere stata amministrata per due anni, dal luglio 2018 al luglio 2020, dal sig. Martino Rodeghiero, e per un anno, dal luglio 2017 al luglio 2018, dalla sig.ra Elisa Rodeghiero, senza alcun ruolo nella società per la sig.ra Caterina Giuseppina Rossi (v. visura camerale *sub* doc. 18 della ricorrente); il Comune, quindi, avrebbe potuto riconoscere all'offerta della controinteressata al massimo due punti per l'esperienza del sig. Martino Rodeghiero in luogo dei tre punti effettivamente riconosciuti, dal momento che l'esperienza pregressa della sig.ra Elisa Rodeghiero era già stata considerata per il criterio A1 e il chiarimento di gara (pur contestato, come visto) prevedeva l'impossibilità di cumulare entrambe le esperienze (per i criteri A1 e A2).

2.2.1. Le censure non colgono nel segno.

Al riguardo, è sufficiente osservare che:

- rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione la scelta dei criteri di attribuzione del punteggio per valutare l'esperienza professionale dei concorrenti, e tale scelta non può essere sindacata dal giudice amministrativo al di fuori dei casi di macroscopica irragionevolezza, illogicità o travisamento;
- nella fattispecie, la scelta di prevedere due distinti criteri, l'uno (A1) concernente, più genericamente, la *“esperienza nella gestione di bar, ristoranti e strutture similari maturati negli ultimi 15 anni?”* e l'altro (A2) concernente, in maniera più specifica, la *“esperienza nella gestione di bar, ristoranti e strutture similari maturati negli ultimi 15 anni in ambiti sciabili”*, non può ritenersi irragionevole, considerato che la gara ha ad oggetto proprio la gestione di una struttura collocata in una nota località sciistica che, come tale, presenta caratteristiche peculiari;
- il chiarimento contestato dalla ricorrente, ad avviso del Collegio, ha contenuto meramente esplicativo delle disposizioni della *lex specialis*, quindi è immune dalle censure dedotte, in quanto si limita a chiarire, senza modificare la portata della legge di gara, che il criterio della *“esperienza nella gestione di bar, ristoranti e strutture similari”* non si riferisce solo – in termini eccessivamente formalistici – all'operatore economico (società/persona giuridica o persona fisica) che presenta l'offerta, ma anche – in una più ragionevole ottica sostanzialistica – ai soggetti muniti di poteri di rappresentanza che costituiscono la società (i quali possono aver maturato esperienze anche in altra impresa/società), fermo restando il divieto di cumulo di entrambe le esperienze;
- anche a voler ammettere, come dedotto da parte ricorrente, che il Rifugio Benigni in Valle Brembana, gestito dalla signora Elisa Rodeghiero, funzioni come rifugio solo da metà giugno a metà settembre, tale circostanza non consente di limitare l'attribuzione del relativo punteggio in misura proporzionale, atteso che il Disciplinare fa espresso riferimento agli *“anni”* di

esperienza e non ai “mesi” (“3 punti per ogni anno d’esercizio fino ad un massimo di 30 punti” per il criterio A1 e “1 punto per ogni anno d’esercizio fino ad un massimo di 6 punti” per il criterio A2); e in ogni caso, la invocata riduzione proporzionale del punteggio per il criterio A1 non potrebbe comunque comportare un sovvertimento della graduatoria, poiché l’aggiudicataria manterrebbe 14 punti per il criterio in parola, che le consentirebbero di rimanere prima in graduatoria (in quanto, nello specifico, l’offerta tecnica Docore S.r.l.s. conserverebbe 49,80 punti anziché 65,80, a fronte dei 41,40 punti di Larioevents S.r.l.);

- infine, la sottrazione a Docore S.r.l.s. di un punto per il criterio A2, in considerazione del fatto che la sig.ra Caterina Giuseppina Rossi non avrebbe svolto alcun ruolo nella società La Quercia S.r.l. per la gestione dell’Ostello Rifugio Trifoglio, non consentirebbe comunque alla ricorrente di superare la prova di resistenza, atteso il considerevole divario di punteggio finale tra la prima classificata (94,00 punti) e la ricorrente (71,60 punti).

Le censure, pertanto, vanno tutte respinte.

2.3. In definitiva, il ricorso è infondato e va respinto.

Le spese del giudizio, nondimeno, possono essere compensate tra le parti costituite, tenuto conto della peculiarità della vicenda; nulla deve statuirsi, peraltro, nei confronti della controinteressata non costituita.

P.Q.M.

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

Spese compensate tra le parti costituite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2021, tenutasi con collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams ai sensi dell’art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito in legge 18 dicembre 2020, n. 176, come modificato dall’art. 6 del d.l. 1° aprile 2021,

n. 44 e del decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 dicembre 2020,
con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Oscar Marongiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Oscar Marongiu

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO