

Publicato il 26/04/2019

N. 00617/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00893/2018 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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 893 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Asd Boxe Salvemini, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Anedda, Isabella Martini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Livorno, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesca Abeniacar, Lucia Macchia, Maria Teresa Zenti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Asd Accademia Pugilistica Livornese, Eos S.S.D.S.R.L. non costituiti in giudizio;

Asd Spes Fortitude, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ettore Puppo, Francesco Donati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del verbale delle procedure concorsuali aperte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento della palestra, tra le altre, “Fermi “, sita in Livorno, Via Lamarmora n. 37, pubblicato sul sito del Comune di Livorno in data 28.05.2018, nella parte in cui la commissione propone l'aggiudicazione della palestra “Fermi” all'associazione che risulta seconda classificata e cioè l'ASD Spes Fortitude (la prima classificata ha esercitato diritto di opzione per altro impianto sportivo – palestra “Cosmelli” Lotto 3), anziché all'ASD Boxe Salvemini che, come emergerà nel corpo del presente ricorso, sulla base della corretta attribuzione dei punteggi sia per l'offerta tecnica che economica, risulta classificata prima; nonché nella parte in cui attribuisce i relativi punteggi sia per l'offerta tecnica che l'offerta economica, sempre relativamente alla palestra “Fermi”, come anche riportato nella tabella riepilogativa di cui all'allegato A;

- di ogni altro atto o provvedimento comunque inerente o connesso, preparatorio, presupposto o consequenziale, anche se non comunicato o conosciuto, in quanto lesivo della posizione giuridica del ricorrente;

nonché per l'accertamento e il riconoscimento,

della diversa posizione in graduatoria della ricorrente ASD Boxe Salvemini, quale vincitrice della procedura concorsuale, e conseguentemente, del diritto della ricorrente ASD Boxe Salvemini all'aggiudicazione della palestra “Fermi”, nonché,

per il risarcimento dei danni derivati al ricorrente a seguito dell'emanazione del provvedimento impugnato;

previa concessione di misura cautelare, ex art 55 D. Lgs. 104/2010.

con vittoria competenze e spese di causa;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da ASD BOXE SALVEMINI il 7\8\2018:

- per la dichiarazione di nullità dell'offerta economica presentata dalla ASD Spes Fortitude e, conseguentemente esclusione della stessa dalla procedura di

gara, con annullamento della determinazione n. 5423 di data 29.06.2018, relativa all'aggiudicazione della palestra "Fermi" all'ASD Spes Fortitude, nonché del verbale delle procedure concorsuali aperte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento della palestra, tra le altre, "Fermi", sita in Livorno, Via Lamarmora n. 37, pubblicato sul sito del Comune di Livorno in data 28.05.2018, nella parte in cui la commissione propone l'aggiudicazione della palestra "Fermi" all'associazione che risulta seconda classificata e cioè l'ASD Spes Fortitude (la prima classificata ha esercitato diritto di opzione per altro impianto sportivo – palestra "Cosmelli" Lotto 3 anziché all'ASD Boxe Salvemini che, sulla base della corretta attribuzione dei punteggi sia per l'offerta tecnica che economica, risulta classificata prima; nonché nella parte in cui attribuisce i relativi punteggi sia per l'offerta tecnica che l'offerta economica, sempre relativamente alla palestra "Fermi", come anche riportato nella tabella riepilogativa di cui all'allegato A;

- per l'accertamento ed il riconoscimento della diversa posizione in graduatoria della ricorrente ASD Boxe Salvemini, quale vincitrice della procedura concorsuale, e conseguentemente, il diritto della stessa all'aggiudicazione della palestra "Fermi";
- per l'annullamento in subordine dell'avviso di n. 3 distinte procedure concorsuali aperte per la concessione di n. 3 palestre di proprietà comunale, ed il relativo capitolato, circa le disposizioni inerenti la palestra "Fermi" e di ogni altro atto o provvedimento comunque inerente o connesso, preparatorio, presupposto o consequenziale, anche se non comunicato o conosciuto, in quanto lesivo della posizione giuridica della ricorrente;
- per la condanna dell'Amministrazione Comunale al risarcimento dei danni derivati alla ricorrente a seguito dell'emanazione del provvedimento impugnato;
- con vittoria di spese e compensi di giudizio, oltre Iva e Cap come per legge.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Livorno e di Asd Spes Fortitude;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2019 il consigliere Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Asd Boxe Salvemini, premesso di aver partecipato alla gara indetta dal Comune di Livorno per l'affidamento della Palestra "Fermi" con il sistema della offerta economicamente più vantaggiosa e di essersi collocata al terzo posto della graduatoria, impugna i verbali della commissione deducendo come primo motivo la violazione dell'art. 11 del disciplinare di gara in quanto la commissione avrebbe attribuito il punteggio in modo proporzionale a tutti i concorrenti ammessi anche in relazione ai criteri di valutazione per i quali il bando non prevedeva una assegnazione percentuale.

A dire della ricorrente la formula prevista dalla *lex specialis* avrebbe imposto che laddove non era prevista una assegnazione percentuale la commissione di gara avrebbe dovuto attribuire il punteggio al solo concorrente che sotto il profilo considerato aveva presentato l'offerta migliore e non anche agli altri.

Il motivo non ha pregio.

Il senso della distinzione operata dall'art. 11 del disciplinare di gara fra criteri di valutazione che consentivano una attribuzione di punteggio in modo proporzionale e criteri che non consentivano una ripartizione percentuale risiede nella diversa natura dei parametri individuati, alcuni dei quali, essendo legati a dati meramente quantitativi, consentivano una assegnazione dei punti con criterio percentuale secondo un calcolo aritmetico, mentre altri, essendo di natura qualitativa, presupponevano un apprezzamento discrezionale della commissione.

Ciò non significa, tuttavia che in tali ipotesi il punteggio dovesse essere attribuito solo alla offerta risultata (sotto il profilo considerato) migliore, ma

solo che il peso relativo di ciascuna offerta non avrebbe potuto essere il risultato della applicazione di una formula matematica dipendendo da una valutazione sintetica e qualitativa del seggio di gara.

Con il secondo motivo la Ads ricorrente si duole che la prima classificata non sia stata esclusa nonostante la sua offerta fosse priva della indicazione del contributo richiesto alla a.c., così come richiesto dal bando.

Il motivo è inammissibile per carenza di interesse non potendo ritrarre la terza classificata alcun vantaggio attuale dalla esclusione della prima.

La censura è peraltro anche priva di fondamento atteso che la *lex specialis* prevedeva la indicazione del “contributo richiesto”, lasciando così aperta la possibilità della mancata indicazione in caso di rinuncia al diritto.

Con ricorso per motivi aggiunti la Ads Box Salvemini ha impugnato la aggiudicazione definitiva.

Le prime due censure del ricorso per motivi aggiunti riproducono nella sostanza quelle già formulate nel ricorso principale e vanno, quindi, parimenti, respinte.

Con la terza doglianza si contesta, in via subordinata, la illegittimità dei criteri di valutazione per i quali la *lex specialis* non prevedeva l'attribuzione del punteggio secondo un criterio percentuale a cagione della loro asserita genericità.

Anche tale motivo non merita accoglimento.

Infatti, a mente dell'art. 95 comma 8 del D.Lgs 50/2016 la articolazione dei criteri di valutazione in sub criteri e sub pesi non è obbligatoria (“possono essere previsti”). La scelta fra criteri più generici e criteri puntuali costituisce una opzione legittima e, come chiarito dal giudice amministrativo d'appello (Consiglio di Stato sez. V, 14/01/2019, n.291), refluisce sulla consistenza che deve avere la motivazione a supporto della valutazione effettuata, nel senso che solo nel caso in cui i criteri siano previsti in modo puntuale è consentita la motivazione mediante attribuzione di punteggio numerico.

Nel caso di specie, tuttavia, la censura non si appunta sulla motivazione della valutazione delle offerte effettuata dal seggio di gara ma investe a monte l'avviso che, per quanto già detto, risulta immune dal vizio prospettato.

Con il quarto motivo la ricorrente deduce che alla stregua della normativa che disciplina la organizzazione degli enti locali (Dl.Gs 267/00) il ruolo di Presidente della Commissione avrebbe dovuto essere attribuito al dirigente del Comune competente in materia di sport.

La doglianza non ha pregio.

Il Dirigente del Settore interessato interviene di regola nella fase precedente l'affidamento per stabilirne le condizioni tecniche ed economiche.

Egli si trova, quindi, nella situazione di incompatibilità codificata dall'art. 77 comma 4 del D.Lgs 50/2016 secondo cui i commissari non devono avere svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

L'osservazione che fa riferimento alla non derogabilità per implicito delle competenze dei dirigenti previste dal TUEL non è esatta atteso che l'art. 107 comma 4 del D.Lgs 267/00 è teso a salvaguardare il principio della separazione fra scelte politico amministrative devolute agli organi politici e attività gestionale attribuita ai dirigenti, mentre nulla dispone in ordine al riparto di funzioni interno ai dirigenti che per lo specifico profilo che qui interessa risulta essere interamente disciplinato dall'art. 77 comma 4 del codice dei contratti.

Il ricorso deve, pertanto, essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso principale e quello per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Condanna la ricorrente alla refusione delle spese di giudizio che liquida In Euro 1.500 oltre IVA e c.p.a. a favore della Amministrazione e 1.500 oltre

IVA e c.p.a. nei confronti della controinteressata.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Raffaello Gisondi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaello Gisondi

IL PRESIDENTE
Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO