



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 Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1426 del 2020, proposto da M&T s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fausto Colosimo e Giacomo Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Davoli, non costituito in giudizio;

nei confronti

di El Chiringuito s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Antonucci e Alfredo Gualtieri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

di Kairos s.r.l.s. e Vincenzo Gallelli, non costituiti in giudizio;

di Graziano Crispino, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Pitaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- per quanto riguarda il ricorso principale:

del provvedimento prot. n. 4695 del 23 luglio 2020, emesso dal Comune di Davoli e notificato all'esponente in data 12 agosto 2020, con il quale è stata comunicata l'approvazione della graduatoria definitiva (lotti nn. 4 e 5) del «*bando per il rilascio di concessione di aree demaniali marittime per finalità turistico-ricreative*»;

della determinazione del Comune di Davoli n. 7136 del 23 luglio 2020, di approvazione della graduatoria definitiva (lotti nn. 4 e 5) del bando;

della determina del Comune di Davoli n. 5894 del 22 gennaio 2019, di approvazione dello schema di bando;

della nota prot. n. 544 del 24 gennaio 2019 del Comune di Davoli, di pubblicazione del bando;

della determinazione n. 6788 del 28 gennaio 2020 del Comune di Davoli, di nomina della nuova commissione giudicatrice della procedura concorsuale predetta;

del verbale di insediamento della commissione giudicatrice n. 1 del 5 febbraio 2020;

della nota prot. n. 872 del 6 febbraio 2020 emessa dal presidente della commissione;

dei chiarimenti resi dall'avv. Domenico Poerio in data 10 febbraio 2020;

del verbale dell'11 febbraio 2020 prot. n. 993 del responsabile dell'Ufficio Tecnico del Comune di Davoli;

dei verbali di gara della commissione del 21 febbraio 2020, 28 febbraio 2020 e 9 marzo 2020;

della comunicazione del 26 maggio 2020 prot. n. 3324 del presidente della commissione giudicatrice;

del verbale del 28 maggio 2020 prot. n. 3358 del responsabile Ufficio Tecnico del Comune di Davoli;

del verbale della commissione del 4 giugno 2020, di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria dei lotti;

della determinazione prot. n. 3731 del 16 giugno 2020 del Comune di Davoli, di pubblicazione della graduatoria provvisoria;

della presunta nota del 16 luglio 2020 n. prot. 4565 del Comune di Davoli, con cui venivano respinte le osservazioni presentate dalla M&T s.r.l.s. avverso la graduatoria provvisoria;

- per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da Graziano Crispino il 3 dicembre 2020:

della determinazione n. 7136 del 23 luglio 2020 del Comune di Davoli, recante l'approvazione della graduatoria definitiva del bando, nella parte in cui M&T s.r.l.s. è stata ammessa nella graduatoria del lotto n. 4;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di El Chiringuito s.r.l. e di Graziano Crispino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2021 la dott.ssa Martina Arrivi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione n. 5894 del 22 gennaio 2019, il Comune di Davoli ha indetto una procedura aperta, suddivisa in più lotti, per l'assegnazione delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, all'esito della quale il lotto 4 è stato aggiudicato a Graziano Crispino, seguito in graduatoria da M&T s.r.l.s.

1.1. Su ricorso di M&T s.r.l.s., questo Tribunale, con sentenza n. 2128 del 20 dicembre 2019, ha annullato parzialmente gli atti di gara per un vizio dell'atto di nomina della commissione giudicatrice. Specificamente, il T.A.R. ha osservato «- *che dall'accertamento di tale radicale illegittimità dell'atto presupposto consegue la illegittimità derivata, con efficacia*

caducante, di tutti gli atti della procedura ad esso successivi in relazione al lotto n. 4; - che ne consegue l'obbligo dell'amministrazione di rinnovare la gara in parte qua, a partire dalla nomina della Commissione di gara limitatamente al lotto n. 4; - che immune dai vizi siano, invece, gli atti antecedenti alla nomina della Commissione» e, in dispositivo, ha annullato «il provvedimento di nomina della Commissione e tutti gli atti della procedura successivi in relazione al lotto n. 4, salva l'ulteriore attività della p.a. nei termini di cui in parte motiva».

1.2. Con determinazione n. 6788 del 28 gennaio 2020, il Comune, preso atto della sentenza, ha nominato una nuova commissione giudicatrice per la reiterazione parziale della procedura sia per il lotto 4 sia per il lotto 5.

Con verbale n. 1 del 5 febbraio 2020 si è insediata la commissione che, rilevando l'intervenuta apertura delle buste nell'ambito del precedente segmento di gara, ha richiesto un parere legale al fine di individuare la corretta procedura da seguire. Conformemente al parere, la commissione ha valutato in separate sedute le buste contenenti la documentazione amministrativa e tecnica e le buste contenenti l'offerta economica, frattanto conservate presso gli uffici comunali.

All'esito delle valutazioni, con determinazione comunale n. 7136 del 23 luglio 2020, comunicata agli interessati con nota prot. n. 4695 del 23 luglio 2020, è stata approvata la nuova graduatoria che ha confermato l'assegnazione delle concessioni del lotto 4 a Graziano Crispino e del lotto 5 a El Chiringuito s.r.l., entrambi seguiti in graduatoria da M&T s.r.l.s.

2. Con il ricorso in epigrafe, portato alla notifica in data 30 ottobre 2020 e depositato in data 27 novembre 2020, M&T s.r.l.s. ha avverso gli esiti della gara per i lotti 4 e 5 lamentando:

(I) la violazione dei principi di segretezza e di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica poiché la commissione avrebbe valutato le offerte tecniche pur avendo già avuto conoscenza delle offerte economiche;

(II) la violazione del giudicato di cui alla sentenza n. 2128/2019 in ragione del rinnovamento parziale della gara anche per il lotto 5, estraneo al precedente giudizio;

(III) l'errata attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche per entrambi i lotti.

3. Si è costituita El Chiringuito s.r.l., eccependo, limitatamente al lotto 5, l'inammissibilità del gravame per violazione del divieto di proposizione di ricorsi cumulativi poggianti su motivi diversi e per l'omessa impugnazione del provvedimento n. 998 dell'11 febbraio 2020 con cui il Comune aveva annullato la precedente aggiudicazione disponendo il rinnovo delle operazioni di gara relative al lotto 5. La società ha poi dedotto l'infondatezza nel merito delle doglianze.

4. Si è costituito altresì Graziano Crispino che, oltre a chiedere il rigetto nel merito del gravame rispetto al lotto 4, ha:

- eccepito l'irricevibilità del ricorso e l'inammissibilità del primo motivo in quanto coperto dal giudicato di cui alla sentenza n. 2128/2019;

- proposto ricorso incidentale deducendo che M&T s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato un'offerta di gestione dell'area demaniale priva di stagionalità, come invece richiesto dalla *lex specialis* di gara.

5. A sua volta, M&T s.r.l.s. ha eccepito l'inammissibilità del ricorso incidentale deducendo che questo avrebbe dovuto essere proposto nel precedente giudizio e ha rinunciato al ricorso limitatamente agli esiti della gara sul lotto 5.

6. Respinta la domanda cautelare formulata dalla ricorrente principale con ordinanza n. 652 del 14 dicembre 2020, la causa è passata in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 4 maggio 2021.

DIRITTO

7. Preso atto della rinuncia parziale, notificata nel termine di cui all'art. 84, comma 3, cod. proc. amm., e della mancata opposizione delle controparti,

il ricorso va dichiarato estinto limitatamente all'impugnazione dell'aggiudicazione del lotto 5, ai sensi dell'art. 35, comma 2, lett. c), cod. proc. amm. Di conseguenza, l'analisi delle doglianze contenute nel ricorso principale va circoscritta al lotto 4, mentre non è suscettibile di esame il secondo motivo di ricorso, in quanto incentrato sul lotto 5.

8. Tanto premesso, va preliminarmente respinta l'eccezione, sollevata da Graziano Crispino, d'irricevibilità del ricorso principale, in quanto poggiante sull'erroneo presupposto che la vertenza sia assoggettata al rito abbreviato di cui agli artt. 119 e 120 cod. proc. amm. e che quindi il termine per agire decorra dalla pubblicazione del provvedimento di approvazione della graduatoria sull'albo pretorio (23 luglio 2020).

8.1. Come già osservato nella sentenza n. 2128/2019, gli atti impugnati afferiscono a una procedura per la concessione di aree demaniali, dunque estranea alla categoria delle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture di cui all'art. 120, comma 1, cod. proc. amm., nozione da interpretare restrittivamente ai fini processuali, stante il carattere eccezionale e derogatorio del dimidiamiento del termine d'impugnazione.

8.2. Pertanto tale termine, della durata ordinaria di 60 giorni *ex art. 29* cod. proc. amm., non decorre, come sostenuto dal controinteressato, dalla pubblicazione del provvedimento sull'albo pretorio, bensì dalla sua comunicazione individuale al destinatario. Infatti, *«è costante la giurisprudenza (C.d.S. n. 5105/07; C.d.S., n. 870/06; C.d.S., n. 3755/04) nell'affermare che la pubblicità realizzata, per espresso disposto di norma, mediante affissione all'albo dell'ente, opera – a decorrere dall'ultimo giorno della pubblicazione normativamente prevista (cfr. T.A.R. Sicilia – Ca. n. 2123/06) – soltanto nei confronti dei soggetti terzi non diretti destinatari dell'atto; sicché il termine per l'impugnazione riguardante un atto adottato dal Comune può decorrere dalla sua pubblicazione all'albo pretorio solo nel caso in cui si tratti di un provvedimento di carattere generale (Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 16 luglio 2014 n. 1887), fra i*

quali certamente non rientra il provvedimento come quello impugnato nel ricorso in esame (nello stesso senso T.A.R. Catania, (Sicilia)sez. IV, 02/04/2015, n. 938)» (T.A.R. Catanzaro, Sez. II, 20 dicembre 2019, n. 2128).

8.3. Rispetto alla data di comunicazione individuale, avvenuta il 12 agosto 2020, il ricorso, portato alla notifica il 30 ottobre 2020, è dunque tempestivo.

9. La distinzione tra la procedura in esame e quelle disciplinate dal d.lgs. 50/2016 si assottiglia, per converso, su altri piani, giacché, conformandosi alle istanze di matrice europea di tutela della concorrenza, il Comune di Davoli ha condotto l'assegnazione delle concessioni demaniali con i crismi dell'evidenza pubblica.

9.1. In particolare, la rilevanza euro-unitaria della fattispecie influisce sul rapporto tra ricorso principale e incidentale escludente. Mutuando i principi più volte espressi dalla Corte di Giustizia (da ultimo, Corte di Giustizia UE, 5 settembre 2019, C-333/18, Lombardi s.r.l.) e dal Consiglio di Stato (da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2020, n.2330; Id., Sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431), il Collegio ritiene di principiare con l'esame del primo motivo del ricorso principale, poiché contenente una censura che tende alla rinnovazione totale della gara, sicché l'interesse strumentale con essa avanzato resiste alle censure escludenti proposte in via incidentale.

9.2. Secondariamente, in ossequio all'ordine di precedenza delle questioni preliminari ricavabile dall'art. 76, comma 4, cod. proc. amm., si procede all'analisi del ricorso incidentale escludente proposto da Graziano Crispino, per poi concludere con l'esame delle ulteriori censure proposte dalla ricorrente principale e tendenti all'ottenimento dell'aggiudicazione in luogo del controinteressato.

10. Tanto premesso, con il primo motivo di ricorso M&T s.r.l.s. sostiene che il Comune di Davoli non avrebbe potuto disporre una rinnovazione parziale delle procedure di gara, poiché a seguito della precedente

valutazione delle offerte e la pubblicazione degli atti relativi all'aggiudicazione poi annullata, le offerte economiche erano già note anche alla nuova commissione. Di conseguenza, sarebbe stato violato il principio, proprio dei sistemi di aggiudicazione in base all'offerta economicamente più vantaggiosa, di segretezza delle offerte economiche fino all'esaurimento dell'esame delle offerte tecniche nonché l'art. 13 del bando di gara, che imponeva l'esame delle offerte economiche dopo la valutazione delle offerte tecniche.

10.1. Va innanzitutto evidenziato che la rinnovazione parziale delle operazioni è derivata dal *dictum* della sentenza n. 2128/2019, che aveva annullato solamente l'atto di nomina della commissione e quelli successivi. Ciò non di meno, va disattesa l'osservazione del controinteressato secondo cui questa censura costituirebbe di fatto una sorta di appello della sentenza ormai divenuta definitiva, giacché il giudicato non copriva – in quanto non dedotta – la serie procedimentale antecedente alla nomina della commissione. Quanto alla fase della presentazione delle offerte, va poi osservato che essa, benché costituisca parte integrante del procedimento (concorrendo, con atti di impulso del privato, al suo fluire in vista del raggiungimento del suo scopo finale), sfugge, per la natura ontologicamente privatistica degli atti, all'ambito oggettivo della giurisdizione cassatoria del giudice amministrativo, la quale ha ad oggetto esclusivo gli atti espressivi del potere amministrativo e non gli atti privati, come le offerte (Cons. Stato, Sez. III, 8 ottobre 2019, n. 6820).

10.2. Ciò posto, la censura concerne il noto dibattito sulla rinnovazione integrale o parziale degli atti di gara a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, sul quale la giurisprudenza ha assunto posizioni disomogenee.

È indubbio che il principio per cui l'annullamento di un atto inserito in una sequenza procedimentale di per sé comporta la rinnovazione dei soli atti successivi ad esso senza la caducazione di quelli anteriori (in materia di

appalti cfr. art. 77, comma 11, d.lgs. 50/2016) va temperato, nelle procedure di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con il principio che impone la segretezza delle offerte e, in particolare, che la valutazione delle offerte tecniche sia effettuata prima di conoscere il contenuto delle offerte economiche.

Sulla scorta di tale premessa si registrano, tuttavia, decisioni discordanti.

Una parte della giurisprudenza reputa, infatti, necessaria la riedizione dell'intera gara a partire dalla presentazione delle offerte, poiché anche l'astratta conoscibilità di queste inficia il principio di segretezza e separazione delle offerte tecniche ed economiche, determinando l'emersione del rischio che il giudizio sulle prime sia aggiustato in base al contenuto delle seconde, rimanendo irrilevante che la stazione appaltante abbia provveduto a sostituire la commissione valutatrice (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. III, 24 novembre 2016, n. 4934; T.A.R. Roma, Sez. III, Roma, 25 novembre 2019, n. 13475).

Altra parte della giurisprudenza, invece, ritiene che il principio di segretezza e separazione vada a sua volta armonizzato con i principi della conservazione degli atti giuridici nonché di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, ammettendo di conseguenza la rinnovazione parziale degli atti di gara a partire da quello viziato, con l'adozione di apposite cautele, tra cui – in particolare – la nomina di una nuova commissione, volte ad assicurare che la rivalutazione delle offerte sia svolta in condizioni di assoluta imparzialità e indipendenza (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2018, n. 6439; Id., 8 ottobre 2019, n. 6820; T.A.R. Napoli, Sez. I, 16 giugno 2020, nn. 2428 e 2429).

10.3. Tra i due orientamenti il Collegio predilige il secondo, maggiormente seguito negli ultimi pronunciati giurisprudenziali (cfr. altresì T.A.R. Roma, Sez. II *quater*, 4 novembre 2020, n. 11404; Cons. Stato, Sez. III, 19

gennaio 2021, n. 574) e più idoneo a contemperare tutti i principi e le esigenze confliggenti che vengono ad evidenza nella fattispecie.

D'altra parte la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, chiamata a esprimersi sulla tematica, sebbene rispetto al diverso caso dell'illegittima esclusione di una sola impresa concorrente, ha scalfito il dogma della non rinnovabilità parziale delle procedure di gara, statuendo che *«anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell'esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura»*. L'Adunanza Plenaria è giunta a tale conclusione sulla scorta, tra gli altri, del principio di conservazione degli atti giuridici nonché dell'osservazione per cui *«la riapertura della fase di presentazione delle offerte comporta essa stessa un'alterazione del canone della concorrenza, perché le nuove proposte sarebbero formulate da concorrenti che sono a conoscenza o che possono aver conosciuto almeno nei tratti essenziali le originarie offerte degli altri partecipanti alla gara»* (Cons. Stato, Ad. Plen., 26 luglio 2012, n. 30).

Ad avviso del Collegio, le considerazioni dell'Adunanza Plenaria sono mutuabili al caso di specie, ove la rinnovazione degli atti scaturisce da un vizio di composizione dell'originaria commissione di gara. Proprio in relazione a ipotesi fattuali analoghe a quella per cui è causa, si è statuito che *«non può condividersi l'asserita assunta impossibilità di rinnovare parzialmente una gara in presenza di offerte già conosciute, senza che perciò non venga violato il principio di segretezza delle offerte economiche. La impossibilità di rinnovazione parziale dei giudizi anche a buste aperte non è prevista tassativamente dall'ordinamento e non costituisce un dogma assoluto, ma un valore che richiede pur sempre di essere posto in relazione e coordinato con gli altri beni tutelati aventi pari dignità ordinamentale sul piano giuridico, quali nella specie da un lato il*

principio di conservazione degli atti giuridici e di buona amministrazione, e dall'altro, il canone della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive. Inoltre depongono in tal senso anche i criteri di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa che verrebbero frustrati da un rinnovo integrale delle operazioni di gara, comportante un aggravio procedimentale per la dilatazione dei tempi per addivenire all'aggiudicazione. Nel caso concreto, quindi, la "par condicio" tra i medesimi concorrenti, quale vero valore protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, non verrebbe in ogni caso scalfita da un nuovo apprezzamento delle offerte già conosciute, a maggior ragione se quest'ultimo è compiuto da parte di una nuova commissione giudicatrice, come è avvenuto nel caso in esame, la quale non è a conoscenza del contenuto delle offerte precedentemente apprezzate da un diverso seggio concorsuale» (T.A.R. Napoli, Sez. I, 16 giugno 2020, nn. 2428 e 2429; Cons. Stato, Sez. III, 19 gennaio 2021, n. 574).

10.4. In linea con questa impostazione deve ritenersi legittimo il rinnovo parziale delle operazioni, giacché l'imparzialità del nuovo giudizio tecnico è stata salvaguardata dalla presenza di una diversa commissione che, nel suo operato, ha assicurato la separazione degli esami delle offerte tecniche e delle offerte economiche.

In senso contrario non depone la circostanza che la consegna delle buste contenenti le offerte economiche sia avvenuta non alla seduta pubblica all'uopo convocata ma in data antecedente, giacché tale consegna è stata comunque effettuata successivamente all'apertura e alla valutazione delle offerte tecniche.

Va smentita, infine, l'allegazione secondo cui la nuova commissione conoscesse il contenuto delle offerte economiche. Il verbale n. 1 del 5 febbraio 2020, su cui l'asserzione di parte ricorrente poggia, dà atto solamente della conoscibilità astratta delle offerte in ragione della pregressa desecretazione e pubblicazione degli atti di gara, ma non reca

alcuna dichiarazione che sottintenda l'effettiva conoscenza delle stesse da parte della nuova commissione.

Alla luce di quanto sopra, il primo motivo di ricorso si rivela destituito di fondamento.

11. Procedendo all'analisi del ricorso incidentale, con esso Graziano Crispino lamenta la mancata esclusione dalla gara di M&T s.r.l.s. poiché avrebbe presentato un progetto privo di stagionalità, in contrasto con un presupposto essenziale del bando e con la sua dichiarata conformità al Piano Comunale di Spiaggia (P.C.S.) , approvato dal Comune di Davoli con delibera n. 48 del 20 dicembre 2018, il quale stabilisce l'obbligo di stagionalità dei lidi balneari e la loro conseguente chiusura nel periodo autunno/inverno.

11.1. L'eccezione d'inammissibilità del ricorso incidentale, sollevata da M&T s.r.l.s. sul presupposto che il controinteressato avrebbe dovuto muovere tale doglianza nel giudizio conclusosi con la sentenza n. 2128/2019, è infondata. Sul punto è sufficiente osservare che la nuova aggiudicazione del lotto 4 costituisce un provvedimento autonomo rispetto a quello precedentemente annullato. La sua impugnazione, pertanto, legittima il controinteressato alla proposizione di un ricorso incidentale anche per profili d'illegittimità comuni alla precedente aggiudicazione, ormai caducata.

11.2. Nel merito, tuttavia, il ricorso incidentale è infondato.

Innanzitutto, il bando non prevede una specifica clausola di esclusione per le offerte contenenti progetti privi di stagionalità.

Ma pur volendo accedere alla tesi per cui tale caratteristica sia un presupposto imprescindibile per la valutazione dell'offerta, il progetto di M&T s.r.l.s. riveste il carattere della stagionalità, poiché contempla l'insediamento di strutture rimovibili, con possibilità di smontaggio senza demolizione e facile trasportabilità dei componenti (cfr. pag. 2 relazione tecnica della ricorrente principale), oltre ovviamente alla chiusura

dell'attività nel periodo autunnale e invernale. La sola circostanza che in luogo della materiale rimozione delle opere sia prevista la loro messa in sicurezza contro il rischio di erosione costiera non è idonea ad attribuire all'offerta e alle strutture in essa contemplate il carattere della permanenza.

12. Può dunque procedersi all'esame del terzo motivo del ricorso principale, concernente l'asserita erroneità delle valutazioni svolte dalla commissione sulle offerte tecniche. Stante la rinuncia parziale al ricorso, l'analisi viene circoscritta alle valutazioni esperite in vista dell'aggiudicazione del lotto 4.

12.1. Le relative doglianze vanno disattese, poiché tendenti a sostituire il giudizio tecnico della commissione giudicatrice.

Com'è noto, nelle gare pubbliche da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel valutare il pregio tecnico dell'offerta, l'amministrazione esercita la cd. discrezionalità tecnica, poiché chiamata ad applicare regole elastiche ed opinabili. Specificatamente, nell'attribuire i punteggi all'offerta tecnica, l'amministrazione non applica scienze esatte che conducono ad un risultato certo ed univoco, ma formula un giudizio connotato da un fisiologico margine di opinabilità.

Stante il carattere non sostitutivo dell'impugnazione giurisdizionale, per sconfessare il giudizio tecnico espletato dall'amministrazione non è sufficiente evidenziare la sua non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la sua inattendibilità. Laddove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità e non condivisibilità della valutazione tecnico-discrezionale operata dalla P.A., il giudice non può sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo della P.A. la propria, poiché altrimenti andrebbe a sostituire un giudizio opinabile (quello della commissione giudicatrice) con uno altrettanto opinabile (quello del giudice), assumendo così un potere che la legge riserva all'amministrazione (in termini congruenti,

T.A.R. Venezia, Sez. III, 27 novembre 2019, n. 1289; T.A.R. Catanzaro, Sez. II, 16 ottobre 2020, n. 1632).

12.2. Tanto premesso, nel caso di specie, il giudizio formulato dalla commissione giudicatrice non evidenzia profili d'inattendibilità o d'illogicità, rientrando in quella soglia di ineliminabile opinabilità (cd. margine di elasticità) che si ritiene insindacabile.

Nello specifico, M&T s.r.l.s. contesta il punteggio assegnato al criterio A.1. (qualità tecnica dell'offerta – compatibilità generale con il complesso dei vincoli esistenti di carattere territoriale, urbanistico, ambientale e paesaggistico) sull'erroneo assunto dell'identità dei progetti dei concorrenti. Invero, il progetto di M&T s.r.l.s. è caratterizzato da un'unica piattaforma poggiata sull'arenile, mentre quello di Graziano Crispino da più blocchi di dimensioni inferiori, circostanza che evidenzia anche la maggiore compatibilità ambientale e paesaggistica del progetto dell'aggiudicatario, così smentendo la censura d'irragionevolezza della ricorrente.

In ordine al criterio A.2. (qualità tecnica dell'offerta - compatibilità di dettaglio - qualità degli impianti e dei manufatti da realizzare nel corso della concessione), è sufficiente evidenziare che la stessa società ricorrente ammette la non identità dei progetti, assumendone per converso la somiglianza. Ebbene proprio la somiglianza giustifica l'attribuzione di un punteggio simile – ancorché non identico – al progetto di Crispino Graziano (2,93) e a quello di M&T s.r.l.s. (2,40). La genericità delle allegazioni di parte ricorrente non permette di ravvisare alcuna illogicità manifesta nel giudizio della commissione.

La critica al punteggio assegnato per il criterio A.2. (qualità tecnica dell'offerta - compatibilità di dettaglio - fruibilità ed accessibilità diversamente abili oltre lo standard minimo obbligatorio) poggia nuovamente sull'identità dei progetti e sulla superiorità della soluzione di M&T s.r.l.s. per l'accesso dei disabili, senza ulteriori specificazioni. La

censura non può essere positivamente apprezzata in quanto oltremodo generica e tendente a una sostituzione integrale del giudizio tecnico della commissione. In ogni caso, solo la ditta aggiudicataria offre, oltre alla rampa di accesso alla struttura, un servizio di accompagnamento personale dei disabili e apposite carrozzine da mare.

Rispetto al criterio A.5 (qualità tecnica dell'offerta – valutazione standard servizi proposti - densità ombrelloni), la ricorrente sostiene che dal progetto del concorrente non sia evincibile la densità tra gli ombrelloni. L'allegazione è infondata, poiché nella relazione tecnica di Graziano Crispino è espressamente evidenziato che i punti d'ombra dati dagli ombrelloni hanno un interasse minimo di 3,5 m. La densità tra gli ombrelloni della ditta aggiudicataria, dunque, è minore rispetto a quella offerta da M&T s.r.l.s., nel cui progetto gli ombrelloni sono collocati a una distanza di 3,3 m in senso trasversale e 3 m in senso longitudinale.

Anche in ordine al criterio A.5. (qualità tecnica dell'offerta – valutazione standard servizi proposti - miglior organizzazione servizio soccorso e medico-sanitario) la ricorrente assume l'identità dei progetti sulla scorta di allegazioni del tutto generiche, identità comunque insussistente alla luce delle diverse caratteristiche dei servizi di soccorso e sanitari offerti dalle ditte concorrenti.

Quanto al criterio A.5. (qualità tecnica dell'offerta – valutazione standard servizi proposti - servizio pulizia spiagge) la differenza tra i due progetti è evidente, posto che M&T s.r.l.s. offre ogni giorno la pulizia della sola area esterna circostante la struttura realizzanda, mentre Graziano Crispino offre un servizio più ampio, sebbene a cadenza di 15 giorni, consistente nella pulizia dell'arenile adiacente al lotto, per tutta la lunghezza che va dal lungomare alla linea di battigia e per una profondità di almeno 30 metri su entrambi i lati.

Infine, relativamente al criterio A.6 (qualità tecnica dell'offerta - ulteriori servizi proposti), il giudizio è dipeso dalla specificità degli ulteriori servizi

offerti, che per la loro eterogeneità sono stati valutati in via ampiamente tecnico-discrezionale. Pertanto non è possibile attestare, in questa sede, la superiorità o l'inferiorità di una proposta rispetto all'altra, poiché un tale giudizio andrebbe inevitabilmente a sostituire le valutazioni della commissione.

13. Conclusivamente, per le ragioni suesposte, devono essere rigettati in quanto infondati sia il ricorso principale proposto da M&T s.r.l.s. sia il ricorso incidentale di Graziano Crispino.

14. Le spese processuali tra le parti costituite vengono integralmente compensate, avuto riguardo alla particolarità della vicenda e alla parziale novità delle questioni implicate, nonché – rispetto alla ricorrente e Graziano Crispino – alla reciproca soccombenza.

Stante la mancata costituzione del Comune di Davoli, nulla deve disporsi sulle spese nei suoi confronti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi principale e incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede:

- dichiara estinto per rinuncia il ricorso principale proposto avverso l'aggiudicazione del lotto 5;
- rigetta, nel resto, il ricorso principale;
- rigetta il ricorso incidentale;
- compensa le spese di lite tra le parti costituite;
- nulla sulle spese nei confronti delle parti non costituite.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2021, tenutasi in modalità telematica ai sensi del combinato disposto degli artt. 25 d.l. 137/2020, conv. in l. 176/2020 e s.m.i., e 4, comma 1, d.l. 28/2020, conv. in l. 70/2020, con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Arturo Levato, Referendario

Martina Arrivi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Martina Arrivi

IL PRESIDENTE

Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO