

Publicato il 22/12/2017

N. 00975/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00478/2017 REG.RIC.
N. 00490/2017 REG.RIC.

 logo

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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 478 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Societa' Verdemare S.n.c. di Nepita Katia e Pizzolla Ernesta, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Massa, Ilaria Deluigi, Ramona Zappia, con domicilio eletto presso lo studio Ilaria Deluigi in Genova, via Roma 11/1;

contro

Comune di Taggia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianemilio Genovesi, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Nicolo' Bacigalupo, 4/21;

nei confronti di

Alni S.r.l. con Socio Unico, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Inglese, Giovanni

Olivieri, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Inglese in Genova, via Porta degli Archi 3;

Rosada Marco, rappresentato e difeso dagli avvocati Ilaria Dagnino, Andrea Mozzati, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Mozzati in Genova, via Corsica N. 2 Int.11;

sul ricorso numero di registro generale 490 del 2017, proposto da:

Marco Rosada, rappresentato e difeso dagli avvocati Ilaria Dagnino, Andrea Mozzati, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Mozzati in Genova, via Corsica N. 2 Int.11;

contro

Comune di Taggia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianemilio Genovesi, con domicilio eletto presso lo studio Gianemilio Genovesi in Genova, via Nicolo' Bacigalupo, 4/21;

nei confronti di

Alni S.r.l. con Socio Unico, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Inglese, Giovanni Olivieri, con domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Inglese in Genova, via Porta degli Archi 3;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 478 del 2017:

per l'annullamento

della determinazione del Responsabile U.O. 2 Tutela e Valorizzazione del Territorio del Comune di Taggia n. 659 reg. generale del 13/6/2017 recante aggiudicazione definitiva alla Soc. Alni s.r.l. della procedura aperta per l'affidamento in gestione - mediante concessione di servizio- delle spiagge libere attrezzate

"Ruffini" (lotto A della procedura de qua -periodo 2017-2020) e dell'avviso di avvenuta aggiudicazione della procedura di gara datato 15/6/2017 a firma del RUP nonché della nota del Comune 13/6/2017 prot. n. 13076; • dei verbali di gara nelle parti relative all'apertura delle buste B in seduta riservata e all'attribuzione dei punteggi, nonché della proposta di aggiudicazione di cui ai verbali n. 3 del 24/5/2017 della Commissione giudicatrice e n. 4 del 1/6/2017 del Seggio di Gara;

bando di gara e capitolato d'oneri per l'affidamento in gestione di n. 2 spiagge libere attrezzate (Ruffini e Comunali) e relativi allegati;

deliberazione G.C. n. 66 del 13/04/2017;

determinazione n. 473 del 2/5/2015 del responsabile U.O. Tutela e Valorizzazione del Territorio di approvazione del bando e degli allegati;

determinazione del Responsabile U.O. 2 Tutela e Valorizzazione del Territorio n. 549 reg. gen. del 18/5/2017 di nomina della Commissione giudicatrice e del Seggio di gara per la procedura di gara de qua;

della nota 15/6/2017 prot. n. 13253 dell'Ufficio Patrimonio con cui è stata respinta l'istanza della Soc. Verdemare di annullamento in autotutela della procedura di gara de qua;

di tutti gli eventuali provvedimenti -sconosciuti- di immissione dell'impresa aggiudicataria nella gestione del servizio de quo.,

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente concluso a seguito della gara de qua nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi a causa degli illegittimi provvedimenti impugnati.

Nonché per l'annullamento (in aggiunta agli atti già impugnati con l'atto introduttivo del giudizio):

del provvedimento del Responsabile del Servizio Patrimonio del Comune di Taggia 28 luglio 2017 n. 17273 recante comunicazione di avvenuta efficacia dell'aggiudicazione di cui sopra e disposizione di esecuzione anticipata del contratto ai sensi dell'art. 32, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016;

dell'autorizzazione ai sensi dell'art. 45 bis Cod. Nav. N. 11 del 27 luglio 2017 del Responsabile della Struttura Unica Demanio Marittimo del Comune di Taggia,

della nota del Responsabile del Servizio Ufficio Patrimonio del Comune di Taggia prot. n. 17266 del 28 luglio 2017;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente concluso a seguito della gara de qua nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi a causa degli illegittimi provvedimenti impugnati.

quanto al ricorso n. 490 del 2017:

per l'annullamento

della determinazione dell'U.O. 2 Tutela e Valorizzazione del Territorio del Comune di Taggia 13/6/2017, n. 659, recante aggiudicazione definitiva alla Soc. Alni s.r.l. della gara per l'affidamento della concessione del servizio di gestione della spiaggia libera attrezzata "Ruffini" per il periodo 2017/2020 (lotto A);

della nota del Comune di Taggia 13/6/2017, prot. n. 13076 (di comunicazione della suddetta aggiudicazione);

dell'avviso di avvenuta aggiudicazione della gara 15/6/2017;

della deliberazione G.C. 3/7/2017, n. 131, con la quale è stato espresso indirizzo favorevole in merito alla gestione provvisoria della

spiaggia libera attrezzata "Ruffini", da parte di Alni s.r.l., a far data dal 1°/7/2017 e "nelle more dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva" alla medesima Società;

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ivi compresi i verbali del Seggio di gara 18/5/2017, 24/5/2017 e 1/6/2017, nonché della Commissione di gara 24/5/2017 nelle parti in cui è stata illegittimamente ammessa alla procedura l'aggiudicataria Alni s.r.l. e assegnati alla stessa 15 punti in relazione al criterio di valutazione relativo all'esperienza gestionale pregressa, oltre che, ove occorra, del bando e del Capitolato d'onori nei limiti di quanto specificato nel presente ricorso;

della determinazione dell'U.O. 2 Tutela e Valorizzazione del Territorio del Comune di Taggia 6/7/2017, n. 771 recante "affidamento provvisorio nelle more dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva" (conosciuta, a seguito del deposito in giudizio, il 17/7/2017);

dell'avviso di "avvenuta efficacia aggiudicazione" della concessione del servizio di gestione della spiaggia libera attrezzata "Ruffini" per il periodo 2017/2020 (lotto A) datato 28/7/2017;

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ivi compresi la comunicazione circa l'avvenuta efficacia dell'aggiudicazione, nonché l'autorizzazione ex art. 45 bis Cod. Nav. ad Alni s.r.l..

Nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente concluso a seguito della gara de qua nonché per il risarcimento dei danni subiti e subendi a causa degli illegittimi provvedimenti impugnati.

Visti i ricorsi i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Taggia e di Alni S.r.l. con Socio Unico e di Rosada Marco e di Alni S.r.l. con Socio Unico e di Comune di Taggia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2017 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso (iscritto al n. 478/17 di R.G.) notificato il 6 luglio 2017 al Comune di Taggia e ai controinteressati la Società Verdemare s.n.c., ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, i provvedimenti di cui ai nn. 1 – 7 dell'epigrafe.

La ricorrente ha premesso nella narrativa in fatto di avere partecipato alla gara bandita dal Comune di Taggia per l'affidamento della concessione di servizi della spiaggia libera attrezzata "Ruffini" e di essersi classificata al terzo posto.

Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara e delle Linee guida regionali per le SLA, richiamate dalla lex specialis stessa e dell'art. 95 D.Lgs. n. 50/2016. Difetto del presupposto legittimante e travisamento di fatti decisivi. Illogicità. Contraddittorietà e manifesta ingiustizia. Difetto di istruttoria e di motivazione. Nullità dell'offerta per irrealizzabilità. Perplessità, in quanto le offerte della prima

classificata e della seconda, comportando un'occupazione della spiaggia mediante installazioni tale da superare i limiti consentiti dalle linee guida regionali, espressamente richiamate dal bando, sarebbero irrealizzabili ovvero, in subordine, avrebbero dovuto conseguire un punteggio notevolmente più basso di quello conseguito; inoltre, non avendo l'aggiudicataria e la seconda classificata, prodotto alcun dettagliato preventivo, non avrebbero dovuto conseguire i punteggi relativi alla spesa; infine anche il punteggio relativo all'esperienza nel settore sarebbe stato attribuito erroneamente sia alla prima classificata la quale si sarebbe avvalsa della collaborazione di un soggetto estraneo alla propria compagine societaria e neppure con rapporto di lavoro dipendente, mentre il secondo classificato non avrebbe prodotto l'autocertificazione necessaria a comprovare il possesso della pregressa esperienza;

violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in materia di pubblicità delle sedute di gara per l'apertura delle offerte tecniche. Violazione dell'art. 30 D.Lgs. n. 50/2016 nonché degli artt. 3 e 97 Cost. nonché di trasparenza, correttezza, imparzialità e buon andamento della P.A., in quanto le buste contenenti l'offerta tecnica e quella economica sarebbero state aperte in seduta riservata;

Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 77 D.Lgs. 50/2016. Difetto del presupposto legittimante. Travisamento di fatti decisivi. Difetto di istruttoria e di motivazione. Violazione dei principi di imparzialità, efficienza e buon andamento della P.A. ex artt. 3 e 9 Cost., in quanto il RUP si è nominato da solo quale membro della Commissione, ha presieduto il seggio di gara ed ha approvato gli atti, inoltre anche gli altri due componenti della commissione sarebbero stati illegittimamente nominati in quanto avrebbero svolto attività

prodromica nella preparazione della documentazione di gara. Da ultimo il geometra Boeri, membro della Commissione di gara sarebbe gerarchicamente dipendente dal geometra Nuvoloni presidente della Commissione;

Incompatibilità, incompetenza, violazione degli artt. 48 e 107 d.lgs. 267/00, violazione dell'art. 77 d.lgs. 50/16, in quanto il RUP che ha nominato la Commissione si è anche autonominato componente della stessa;

Violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi che disciplinano gli affidamenti di contratti secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e segnatamente degli artt. 30, 83 e 95 D.Lgs. 50/2016 e degli artt. 3 e 97 Cost. Violazione delle "Linee guida per le spiagge libere attrezzate" di cui alla DGR n. 512/2004 nonché delle "Linee guida per l'apertura degli stabilimenti balneari e spiagge libere attrezzate", di cui alla DGR n. 156/2013.

Contraddittorietà. Difetto di istruttoria e di motivazione. Illogicità, manifesta ingiustizia, contraddittorietà, sviamento, in quanto le linee guida regionali, richiamate nel bando, sarebbero state violate sotto i seguenti profili: a) sarebbe stata richiesta ai concorrenti una somma maggiore di quella del canone demaniale senza che il Comune abbia messo a disposizione del gestore alcunchè; b) la gara si sarebbe svolta mediante procedure aperta anziché procedura ristretta; c) la selezione non sarebbe avvenuta sulla base della qualità del progetto; d) sarebbe stata valorizzata fino a 15 punti l'esperienza professionale che costituisce un requisito soggettivo di ammissione alla gara; e) l'attribuzione di punteggi sulla base del dato della spesa senza alcuna valutazione della qualità dell'investimento sarebbe illogica; f) la previsione generica di un fatturato senza che lo stesso sia stato

riferito all'attività oggetto di gara e l'assenza di requisiti minimi di partecipazione; g) non sarebbe stata realizzata alcuna forma di separazione tra l'offerta tecnica e quella economica, h) il bando non indicherebbe il valore della concessione.

La ricorrente concludeva per l'accoglimento del ricorso e l'annullamento, previa sospensiva, dei provvedimenti impugnati con vittoria delle spese di giudizio.

Veniva formulata altresì domanda risarcitoria.

Si costituivano in giudizio l'amministrazione intimata e i due controinteressati.

Con ordinanza 21 luglio 2017 n. 184 è stata respinta l'istanza incidentale di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Con atto notificato in data 5 settembre 2017 e depositato il successivo 15 settembre 2017 l'aggiudicataria ha proposto ricorso incidentale, deducendo i seguenti motivi:

Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83 comma 9 e 89 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. e degli artt. 10 e 11.1 lett. b) del bando di gara nonché dei principi di par condicio, trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa – Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, disparità di trattamento, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia grave e manifesta, in quanto il contratto di avvalimento prodotto dalla ricorrente sarebbe privo di data certa;

Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 9.1 e 9.2 del Capitolato d'Oneri nonché dei principi di par condicio, trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa, eccesso di potere per

errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, disparità di trattamento, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia grave e manifesta in quanto i preventivi di spesa allegati alla domanda della ricorrente non sarebbero sottoscritti e avrebbero dovuto essere computati al netto dell’IVA;

Violazione e/o falsa applicazione delle norme e dei principi in materia di pubblicità delle sedute di gara per l’apertura delle offerte tecniche ed economiche e dell’art. 30 del d.lgs. n. 50/2016 nonché dei principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità dell’azione amministrativa di cui all’art. 1 della legge n. 241/1990 e s.m.i. – Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, disparità di trattamento, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia grave e manifesta, in quanto sia l’offerta tecnica che quella economica sarebbero state aperte in seduta riservata;

Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 77 del d.lgs. n. 50/2016 nonché dei principi di imparzialità, buon andamento ed efficienza dell’azione amministrativa di cui agli artt. 3 e 97 Cost e all’art. 1 della legge n. 241/1990 e s.m.i. – Incompatibilità – Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, disparità di trattamento, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia grave e manifesta, in quanto il RUP si è nominato quale membro della Commissione, ha presieduto il seggio di gara ed ha approvato gli atti, inoltre anche gli altri due componenti della commissione sarebbero stati illegittimamente nominati in quanto avrebbero svolto attività prodromica nella preparazione della documentazione di gara. Da

ultimo il geometra Boeri, membro della Commissione di gara sarebbe gerarchicamente dipendente dal geometra Nuvoloni presidente della Commissione;

Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016 sotto altro profilo – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 48 e 107 del d.lgs. n. 267/2000 – Incompatibilità – Incompetenza, in quanto il RUP che ha nominato la Commissione si è anche autonomamente componente della stessa;

Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30, 83 e 95 del d.lgs. n. 50/2016 nonché delle norme e dei principi in materia di affidamento di contratti pubblici in base all'offerta economicamente più vantaggiosa – Violazione e/o falsa applicazione delle “Linee Guida le spiagge libere attrezzate” di cui alla D.G.R. n. 512/2004 nonché delle “Linee Guida per l'apertura degli stabilimenti balneari e spiagge libere attrezzate” di cui alla D.G.R. n. 156/2013 – Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, disparità di trattamento, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia grave e manifesta – sviamento in quanto: a) sarebbe stata richiesta una somma maggiore a quella del canone demaniale senza che il Comune abbia messo a disposizione del gestore alcunchè; b) la gara si sarebbe svolta mediante procedura aperta anziché procedura ristretta; c) la selezione non sarebbe avvenuta sulla base della qualità del progetto; d) è stata valorizzata fino a 15 punti l'esperienza professionale che costituisce un requisito soggettivo di ammissione alla gara; e) l'attribuzione di punteggi sulla base del dato della spesa senza alcuna valutazione della qualità dell'investimento sarebbe illogica; f) la previsione generica di un fatturato senza che lo stesso sia stato riferito all'attività oggetto di

gara e l'assenza di requisiti minimi di partecipazione; g) non è stata realizzata alcuna forma di separazione tra l'offerta tecnica e quella economica, h) il bando non indicherebbe il valore della concessione.

Con atto notificato in data 12 settembre 2017 e depositato il successivo 25 settembre 2017 la ricorrente ha impugnato, con motivi aggiunti, il provvedimento di cui ai nn. 8 – 9 – 10 dell'epigrafe deducendo i motivi già dedotti in principalità.

All'udienza pubblica del 24 novembre il ricorso è passato in decisione.

Con successivo ricorso (iscritto al n. 490/17 di R.G.) notificato in data 13 luglio 2017 e depositato in pari data il sig. Marco Rosada ha impugnato gli atti di cui ai nn. 1 – 5 dell'epigrafe.

Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi:

Violazione artt. 30, 83 e 89, d.lgs. n. 50/2016. Violazione art. 9, Capitolato d'oneri. Difetto di istruttoria. Violazione art. 97 Cost. in quanto all'aggiudicataria sarebbe stato attribuito il punteggio massimo relativamente all'esperienza nel settore senza che, tuttavia, la stessa avesse mai gestito uno stabilimento balneare e ciò soltanto sulla base dell'impegno ad assumere una unità di personale che avrebbe gestito nel passato una spiaggia libera attrezzata per cinque anni;

Violazione artt. 30 e 89, d.lgs. n. 50/2016. Violazione artt. 10 e 11 bando di gara. Difetto di istruttoria. Violazione art. 97 Cost. in quanto il contratto di avvalimento, prodotto dall'aggiudicataria per dimostrare il possesso del requisito della capacità economica e finanziaria, sarebbe generico ed indeterminato e come tale inidoneo a traslare sulla aggiudicataria il possesso del requisito in parola;

Illegittimità in via derivata. Violazione artt. 30 e 89, d.lgs. n. 50/2016, Violazione artt. 10, 11 e 12, bando di gara. Violazione art. 9, Capitolato d'oneri. Difetto di istruttoria. Violazione art. 97 Cost. in quanto l'indirizzo della Giunta per l'anticipazione dell'avvio del servizio ripeterebbe i vizi degli atti presupposti;

Violazione art. 32, commi 13 e 8, d.lgs. n. 50/2016. Difetto di istruttoria, Illogicità. Violazione art. 97 Cost. in quanto difetterebbero i presupposti per l'avvio anticipato del servizio;

Incompetenza. Violazione artt. 48 e 107, d.lgs. n. 267/2000. Violazione artt. 18 e 26, Statuto Comune Taggia. Sviamento di potere, in quanto mediante l'assunzione dell'avviso sull'assunzione anticipata la Giunta si sarebbe arrogata una competenza gestionale che appartiene ai dirigenti.

Il ricorrente concludeva per l'annullamento degli atti e la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione intimata e la controinteressata.

Con ordinanza 21 luglio 2017 n. 185 veniva fissata l'udienza pubblica per la trattazione del merito del ricorso.

Con atto notificato in data 11 settembre 2017 e depositato in data 15 settembre 2017 l'aggiudicataria ha proposto ricorso incidentale, deducendo i seguenti motivi:

Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 11 lett. a) e 16 del bando di gara, dell'Allegato A al bando medesimo, dell'art. 83 d.lgs. n. 50/2016 nonché dei principi di par condicio, trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa – Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, disparità di

trattamento, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia grave e manifesta, in quanto il ricorrente avrebbe dovuto essere escluso per difetto del requisito della iscrizione presso la CCIAA dal momento che avrebbe un codice ATECO non afferente il settore di gara;

Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 11.1 lett. b) e 16 del bando di gara, dell'Allegato A al bando medesimo, dell'art. 83 comma 1 lett. b), 4 e 5 del d.lgs. n. 50/2016 nonché dei principi di par condicio, trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa – Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, disparità di trattamento, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia grave e manifesta, in quanto il ricorrente non avrebbe provato adeguatamente, essendosi limitato a presentare un foglio con i presunti ricavi e vendite con il timbro di una consulente fiscale, il requisito del fatturato;

Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 9.1 e 9.2 del Capitolato d'Oneri nonché dei principi di par condicio, trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa – Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, disparità di trattamento, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia grave e manifesta in quanto il ricorrente non avrebbe allegato il cronoprogramma e non avrebbe allegato alcun preventivo sottoscritto dai fornitori, inoltre i prezzi sarebbero stati considerati come comprensivi di IVA, da ultimo lo scaglionamento temporale dell'installazione degli allestimenti avrebbe impedito alla spiaggia di rispettare le leggi in materia;

Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 9.3 del Capitolato d'Oneri nonché dei principi di par condicio, trasparenza, imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa – Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, disparità di trattamento, contraddittorietà, illogicità e ingiustizia grave e manifesta nell'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice, in quanto il ricorrente avrebbe proposto, a titolo di attività di animazione, una serie di attività che richiedendo un impegno modestissimo non avrebbero meritato l'elevato punteggio ad esse attribuite dalla Commissione.

Con atto notificato in data 16 settembre 2017 e depositato in data 22 settembre 2017 il ricorrente ha impugnato, con motivi aggiunti, gli atti di cui ai nn. 6 – 7 – 8 dell'epigrafe.

Tali atti recanti l'affidamento provvisorio del servizio e di intervenuta efficacia dell'aggiudicazione sarebbero viziati in via derivata dall'illegittimità che affligge gli atti presupposti impugnati con il ricorso principale.

Con atto notificato in data 11 ottobre 2017 e depositato il successivo 20 ottobre 2017 il ricorrente ha impugnato, in via cautelativa, il bando di gara nella parte in cui dovesse essere interpretato come richiedente l'iscrizione alla CCIAA per la medesima attività oggetto della gara de qua.

Alla udienza del 24 novembre 2017 il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

I ricorsi devono essere riuniti stante la loro evidente connessione oggettiva e soggettiva ed emergendo la opportunità di una loro trattazione unitaria per ragioni di economia processuale.

Sul punto deve essere disattesa la richiesta della ricorrente Verdemare s.n.c. finalizzata a mantenere separati i processi.

In particolare, secondo la ricorrente, la presenza nel ricorso n. 490/17 di domande finalizzate ad ottenere l'esclusione dalla procedura della aggiudicataria ai sensi dell'art. 120, comma 2 – bis, c.p.a. impedirebbe la riunione che altrimenti determinerebbe una inammissibile commistione dei riti.

La ricorrente Verdemare s.n.c. adduce a sostegno della propria istanza una ordinanza del Consiglio di Stato (14 marzo 2017 n. 1059).

La tesi non persuade.

Deve rilevarsi, in primo luogo come la scelta della riunione della cause sia rimessa alla discrezionalità del giudice ove, come nella specie difettino, prescrizioni normative finalizzate esplicitamente a vincolare in senso negativo o positivo la scelta del giudice stesso.

In questo senso la previsione di cui all'art. 70 c.p.a. pone come unico limite alla riunione la sussistenza di un rapporto di connessione tra le cause.

Né la circostanza che tra le domande, principali e incidentali, dei due ricorsi ne figurino alcune riconducibili al genus di cui all'art. 120, comma 2 – bis, c.p.a. può impedire la riunione.

Da un primo punto di vista la tesi della ricorrente, ove condotta alle sue logiche conseguenze, condurrebbe se mai e prioritariamente a dichiarare l'inammissibilità dei ricorsi, azionati con il rito di cui all'art. 120 c.p.a., contenenti domande riconducibili alle ipotesi di cui all'art. 120 comma 2 – bis c.p.a. ovvero, in subordine, la declaratoria delle domande finalizzate a censurare l'ammissione o l'esclusione dei

concorrenti. Conseguenza questa inammissibile in assenza di apposita sanzione legale.

Da altro punto di vista occorre rilevare che se la pronuncia del Consiglio di Stato sembra escludere la possibilità di proporre domande diverse da quelle contemplate dall'art. 120, comma 2 –bis c.p.a. mediante il rito superspeciale di cui al citato comma non sembra escludere che, ove la parte sia ancora in termini, possa proporre le domande di cui all'art. 120, comma 2 – bis c.p.a. mediante un ordinario ricorso ex art. 120 c.p.a..

Deve, infatti, rilevarsi come le esigenze di celerità e di rapida definizione delle questioni preliminari della gara poste a fondamento della previsione di cui all'art. 120, commi 2 – bis e 6 – bis c.p.a. non vengano frustrate allorchè, per la particolare rapidità della procedura, la gara si concluda prima dello spirare dei termini di cui al comma 2 – bis dell'art. 120 c.p.a.

In ogni caso nella specie deve rilevarsi, come verrà precisato in seguito, come le censure riconducibili al genus dei vizi di cui all'art. 120, comma 2 – bis, c.p.a. debbano essere disattese.

Al rigetto delle censure riconducibili al rito superspeciale di cui all'art. 120, comma 2 – bis, c.p.a. consegue, pertanto, quale che possa essere l'opinione in ordine alla possibilità di una trattazione congiunta o meno dei riti, la possibilità di disporre la riunione.

Ciò posto il Collegio ritiene di dovere esaminare preliminarmente il ricorso n. 490/17 attesa la sua improcedibilità per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale spiegato dalla aggiudicataria.

Il primo motivo di ricorso incidentale è finalizzato a censurare l'ammissione del ricorrente Marco Rosada in quanto non iscritto alla CCIAA nel settore di pertinenza dell'oggetto della gara.

Il motivo è fondato.

L'art. 11 del bando di gara ha previsto espressamente tra i requisiti di carattere generale l'iscrizione alla camera di commercio competente per territorio o al corrispondente registro professionale o commerciale dello Stato di appartenenza per attività che consentano l'espletamento dei servizi oggetto del presente appalto.

La norma è chiara nel richiedere quale requisito di carattere generale l'iscrizione alla camera di commercio relativamente ad attività che consentano l'espletamento dei servizi oggetto dell'appalto.

Si tratta di una disposizione immediatamente escludente che ove non condivisa doveva essere fatta oggetto di immediata impugnazione. L'impugnativa per motivi aggiunti proposta dalla ricorrente principale deve pertanto ritenersi tardiva, non essendo stato il relativo motivo proposto tempestivamente avverso il bando di gara.

La ricorrente principale non è iscritta alla CCIAA per l'attività che consentano l'espletamento del servizio posto che risulta iscritta con il codice ATECORI n. 46499 per attività di commercio all'ingrosso di prodotti vari non alimentari.

L'attività di gestione di stabilimenti balneari marittimi, lacuali e fluviali, invece, è contraddistinta dal codice ATECORI 932920.

Difettando del relativo requisito la ricorrente Rosada doveva essere esclusa con conseguente improcedibilità del ricorso.

Il Collegio, tuttavia, ritiene di non procedere all'esame delle censure escludenti dedotte con il ricorso principale atteso l'esito del connesso ricorso n. 478/17.

Deve a questo punto essere esaminato il ricorso n. 478/17.

Il concreto atteggiarsi delle censure dedotte in via principale e in via incidentale può essere riassunto come segue.

Ricorso principale e incidentale sono strutturati secondo un primo gruppo di censure finalizzate ad ottenere l'esclusione, rispettivamente dell'aggiudicataria e della ricorrente principale. Seguono un gruppo di censure, dedotte in via principale e incidentale, finalizzate alla rideterminazione del punteggio di gara al fine conseguire ovvero di mantenere l'aggiudicazione. Da ultimo sono proposte, in via subordinata, censure, identicamente dedotte in via principale e in via incidentale, finalizzate alla caducazione dell'intera gara.

Tale complesso articolarsi delle censure impone al Collegio un preciso ordine di esame. Devono, in primo luogo, essere scrutinate le censure finalizzate ad ottenere l'esclusione dei candidati, trattando dapprima l'esame delle censure dedotte in via incidentale e successivamente quelle in via principale.

Ciò in quanto non avendo titolo un soggetto legittimamente escluso da una gara a censurarne l'esito le successive doglianze possono essere esaminate esclusivamente ove le stesse siano proposte da soggetti legittimamente ammessi alla gara.

Ove le censure escludenti siano state disattese il Collegio dovrà esaminare le censure finalizzate alla caducazione dell'intera gara le quali, identiche nel contenuto, sono state dedotte in via subordinata da entrambe le concorrenti oggi ricorrenti principale e incidentale. Infatti una volta che le ricorrenti principali ed incidentali siano legittimamente in gara all'accoglimento delle censure relative al merito della gara conseguirà immancabilmente la necessità di esaminare le censure, lo si ripete identiche, finalizzate a determinare la caducazione dell'intera gara proposte specularmente dai due soggetti.

Ne consegue che tali censure rivestono carattere preliminare rispetto a quelle volte a censurare l'esito della gara posto che queste ultime potranno essere esaminate solo nel caso in cui le censure finalizzate alla caducazione della intera gara siano respinte.

Chiarito l'ordine di esame delle questioni il Collegio provvederà all'esame delle censure escludenti dedotte in via incidentale dall'aggiudicataria.

L'aggiudicataria ha dedotto in via incidentale il difetto dei requisiti di partecipazione in capo alla ricorrente principale in quanto il contratto di avvalimento prodotto dalla stessa non avrebbe data certa.

Il motivo non è fondato.

Risulta, infatti, che la ricorrente avesse inserito il contratto di avvalimento nella busta contenente l'offerta tecnica. Tale circostanza rende evidente come la certezza della data del rapporto di avvalimento possa essere ricondotta al momento di presentazione dell'offerta, momento da cui, ai sensi dell'art. 2704 c.c., si può ragionevolmente desumere l'anteriorità del documento.

Alla luce di tale circostanza la concessione del soccorso istruttorio da parte della Commissione appare del tutto legittima.

Deve procedersi a questo punto all'esame della censura dedotta con il primo motivo di ricorso principale finalizzata alla esclusione della offerta della aggiudicataria per contrasto con le linee guida regionali richiamate dal bando che stabiliscono un rapporto tra superficie libera della spiaggia e superficie coperta.

L'art. 1 del capitolato d'oneri ha stabilito che l'affidamento dovrà avvenire: "in conformità delle 'Linee guida per le spiagge libere e libere attrezzate e criteri per la concessione di nuovi stabilimenti balneari' approvate con Deliberazione della Giunta Regionale della

Liguria n. 512 del 25/05/2004 e modificate con D.G.R. n. 246 del 10.3.2015 nonché delle ‘Linee guida per l’apertura degli stabilimenti balneari e spiagge libere attrezzate’ approvate con D.G.R. n. 156 del 15.02.2013 così come modificate dalla D.G.R. n. 1057 del 2.08.2013”.

Tale esplicita previsione della *lex specialis* consente di escludere che alla fattispecie si applichi la previsione di cui all’art. 11 – ter l.r. 13/99 come modificato dalla l.r. 14/16 atteso l’univoco rinvio operato dalla *lex specialis* alle linee guida. Appare necessario rilevare come tale disposizione della *lex specialis* non sia stata fatta oggetto di impugnazione onde l’incontestabilità della disposizione.

Le linee guida, per quanto riguarda le spiagge libere attrezzate, hanno previsto un rapporto tra la superficie della spiaggia che deve rimanere libera e quella che può essere occupata da installazioni del gestore.

In particolare è stato stabilito all’art.5 punto n. 5 che “la superficie occupata dai volumi di servizio di qualunque natura (chioschi, bar, spogliatoi, docce, ecc.) non può superare il 20% dell’area in concessione e comunque non può superare i 50 mq di superficie coperta”. Il successivo pt. n. 7 dell’art. 5 ha previsto che: “il numero di cabine spogliatoio non può essere superiore a 10”. Il successivo pt. n. 8 ha previsto che: “l’eventuale noleggio di ombrelloni, sdraio e lettini avviene giornalmente e su richiesta fermo restando che almeno il 50% dell’area in concessione e il 50% del fronte mare devono rimanere liberi da ogni tipo di attrezzatura del gestore”.

Deve rilevarsi come le linee guida contemplino tre ipotesi: a) i volumi di servizio; b) le cabine spogliatoio; c) le attrezzature.

A tal riguardo occorre precisare che la previsione di cui al pt. n. 5 sia riferita esclusivamente alle strutture che possono essere qualificate come volumi e ciò sia per l'inequivoco tenore della disposizione, sia per la presenza dell'elencazione esemplificativa che si riferisce esclusivamente a volumi (chioschi, bar, spogliatoi, docce) sia per la presenza al pt n. 8 di una disposizione che contempla qualsiasi attrezzatura del gestore, con ciò distinguendo le attrezzature dai volumi.

Pertanto il limite del 20% dell'area e dei 50 mq deve essere riferito esclusivamente ai volumi.

Fermo restando tale limite volumi e attrezzature non possono comunque superare il 50% della superficie in concessione.

L'offerta della aggiudicataria, tuttavia, pare rispettare tali limiti.

La relazione del consulente tecnico della ricorrente evidenzia come la superficie occupata dai volumi occupi mq 30 con ciò rispettando il limite dei 50 mq previsto dalle linee guida (doc n. 29 delle produzioni ricorrente 11 luglio 2017).

Le altre superfici indicate nella relazione tecnica allestimento area bimbi e allestimento area disabili non configurandosi quali volumi non devono essere computate ai fini della valutazione del rispetto del limite dei 50 mq stabiliti dalle linee guida.

La relazione poi non dimostra che la somma della superficie occupata da tutte e tre le tipologie di allestimenti superi il limite del 50% della superficie della concessione.

Ne consegue sotto questo profilo l'infondatezza del motivo.

La ricorrente ha prodotto poi una relazione tecnica successiva all'affidamento provvisorio del servizio alla aggiudicataria dalla quale si evincerebbe la mancata ottemperanza all'offerta e comunque il

superamento dei rapporti tra superficie libera e occupata stabiliti dalle linee guida (doc n. 43 prod. ricorrente 2 novembre 2017).

La nuova relazione tecnica, tuttavia, non pare dirimente.

La mancata installazione di tutte le attrezzature offerte, infatti, attiene alla fase esecutiva del rapporto che non vale di per sé a qualificare come illegittima o irrealizzabile l'offerta.

Per quanto riguarda il superamento del limite del 50% della superficie della concessione occorre rilevare come l'area giochi per i bambini possa e debba essere realizzata nella parte in cui oggi sono stati posizionati gli ombrelloni atteso che l'offerta non contempla questi ultimi.

Trattandosi, tuttavia, di aspetti che attengono alla fase di esecuzione del rapporto non possono di per sé condurre ad una declaratoria di inammissibilità dell'offerta.

Il Collegio, chiarita l'infondatezza delle censure escludenti, ritiene di procedere all'esame delle censure finalizzate alla caducazione dell'intera gara.

Infatti, essendo tali censure dedotte in maniera identica e speculare dal ricorrente principale e da quello incidentale, le stesse devono essere esaminate in via preliminare rispetto alle altre finalizzate ad ottenere un diverso punteggio.

Deve ritenersi fondata la censura, dedotta con il secondo motivo del ricorso principale e con il terzo motivo di ricorso incidentale, relativa alla apertura in seduta riservata delle buste contenenti l'offerta tecnica e delle buste contenenti l'offerta economica.

A tal riguardo il bando ha previsto che i concorrenti utilizzassero due buste la prima denominata busta A contenente la documentazione amministrativa, la seconda denominata busta B contenente l'offerta

tecnica. La previsione del bando, tuttavia, non ha previsto alcunchè relativamente all'offerta economica, non prevedendo in particolare la separazione delle due offerte e le modalità per evitare che l'apertura dell'offerta economica potesse avvenire prima dell'attribuzione dei punteggi dell'offerta tecnica. La formulazione del bando ha, pertanto, determinato un'indebita commistione dei profili relativi all'offerta tecnica con quelli relativi all'offerta economica.

Il bando deve pertanto ritenersi illegittimo per contrasto con i principi di trasparenza e imparzialità recepiti dall'art. 30 d.lgs. 50/16.

Fondata appare anche la censura relativa all'apertura in seduta segreta delle offerte tecniche.

A tal riguardo l'art. 17 del bando ha espressamente stabilito che "in una seconda seduta riservata, la Commissione Giudicatrice, procederà alla riapertura dei plichi contenenti la documentazione tecnica". Tale disposizione, facendo riferimento alla riapertura dei plichi, rende evidente come l'apertura dei plichi dovesse avvenire dapprima in seduta pubblica al fine di consentire eventuali contestazioni sul contenuto e che l'esame dovesse avvenire poi in una ulteriore seduta riservata.

Nella specie ciò non è avvenuto in quanto, come evidenziato dal verbale di gara, nella seduta del 18 maggio 2017 la Commissione ha provveduto alla apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa mentre ha verificato "la presenza e l'integrità delle buste contenenti le offerte tecniche che verranno valutate in separata seduta dalla Commissione tecnica". In sostanza la commissione si è limitata a prendere atto della presenza e della integrità delle buste contenenti l'offerta tecnica senza tuttavia aprirle.

Nella successiva seduta del 24 maggio 2017 la Commissione “constatata l'integrità dei sigilli delle buste come siglate dai componenti del seggio di gara...” ha proceduto all'apertura delle buste stesse.

Ne risulta la violazione delle disposizioni del bando che hanno previsto l'apertura delle buste in seduta pubblica e la conseguente illegittimità della procedura.

Non possono essere esaminati gli argomenti eccepiti dalla seconda classificata Rosada in quanto, avendo la stessa dovuto essere esclusa dalla gara, in accoglimento del ricorso incidentale spiegato dall'aggiudicataria nel ricorso n. 490/17, neppure la stessa ha titolo ad interloquire sugli esiti e le modalità della gara stessa.

L'accoglimento di tale censura, che determina la caducazione dell'intera gara, determina altresì, l'assorbimento delle altre.

La domanda risarcitoria deve essere respinta in quanto, da un lato, la necessaria riedizione del potere non consente di formulare neppure in via prognostica un giudizio in ordine alla futura aggiudicazione della gara alla ricorrente e in quanto, da altro punto di vista, la ricorrente non ha documentato spese necessarie alla partecipazione che possano essere ristrate.

Il regolamento delle spese di giudizio si conforma alle peculiarità del caso di specie.

Le spese della ricorrente Verdemare s.n.c. devono essere poste a carico della amministrazione comunale mentre nei confronti delle altre parti per entrambi i giudizi le stesse devono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in

epigrafe proposti, dichiara improcedibile il ricorso n. 490/17 accoglie il ricorso n. 478/17 e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'amministrazione comunale al pagamento in favore della ricorrente soc. Verdemare s.n.c. delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi €. 4000, 00 (quattromila/00) oltre IVA e CPA come per legge, compensa integralmente le spese tra le altre parti, per entrambi i giudizi.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere, Estensore

Angelo Vitali, Consigliere

L'ESTENSORE

Luca Morbelli

IL PRESIDENTE

Roberto Pupilella

IL SEGRETARIO