



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 771 del 2013, proposto da:
Sport Management Spa SSD, rappresentato e difeso dagli avv. Lorenzo Bolognini,
Andrea Santoro, Francesco De Marini, con domicilio eletto presso Avv. Lorenza
Marasca in Ancona, via Calatafimi, 2;

contro

Comune di Fano, rappresentato e difeso dall'avv. Nicolo' Marcello, con domicilio
eletto presso Francesco Perugini in Ancona, via Metauro, 47;

nei confronti di

ASD Fanum Fortunae Nuoto Fano, rappresentato e difeso dagli avv. Aldo
Valentini, Gianluca Saccomandi, con domicilio eletto presso Avv. Domenico
D'Alessio in Ancona, via Giannelli, 36;

per l'annullamento

- del provvedimento n. 1698 del 4.9.2013 del Dirigente del Settore 8° Servizi-
Cultura-Turismo-Sport con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva alla ASD

Fanum Fortunae Nuoto Fano della gestione della piscina "Dini Salvalai" dal 24.11.2012 al 30.06.2014;

- degli atti connessi e presupposti del procedimento indicati in ricorso;

nonchè

per declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ed per l'aggiudicazione dalla gara alla ricorrente o, in subordine

per risarcimento del danno per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Fano e di ASD Fanum Fortunae Nuoto Fano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2014 il dott. Gianluca Morri e uditi per le parti i difensori Gabriele Cappello su delega dell'avv. Santoro; Francesca Talevi su delega dell'avv. Nicolò; Gianluca Saccomandi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierno ricorso ha per oggetto i provvedimenti con cui il Comune di Fano, in esecuzione delle sentenze di questo Tribunale 13.3.2013 n. 213 e 11.6.2013 n. 445, riconvocava l'originaria commissione di gara e disponeva l'aggiudicazione in favore di ASD Fanum Fortunae Nuoto Fano (conformemente a quanto disposto a seguito dell'originaria graduatoria annullata con la sentenza n. 213/2013), previa rivalutazione parziale delle offerte ai soli fini dell'attribuzione del punteggio previsto dall'art. 7 punto 2a) del Bando relativo al criterio "organizzazione", con particolare riferimento all'espletamento del servizio di segreteria e di pulizia

giornaliera dell'impianto (in relazione al quale potevano essere assegnati fino a 15 punti).

2. Va innanzitutto disatteso il primo motivo di ricorso attraverso cui si deduce eccesso di potere e violazione delle regole di concorrenza poiché, in sede di esecuzione della concessione, ASD Fanum Fortunae Nuoto Fano avrebbe modificato le condizioni di gestione dell'impianto indicate nell'offerta.

Come ha correttamente osservato la controinteressata resistente, trattasi di vicende successive alla gara e che riguardano l'attuazione del contratto. Di conseguenza non hanno alcuna attinenza con le ragioni per le quali è stata confermata l'originaria aggiudicazione in favore della stessa.

3. Va invece condiviso il secondo ed articolato motivo di ricorso, nella parte in cui si deduce violazione della lex specialis, nonché eccesso di potere per violazione della par condicio, travisamento dei fatti, carenza dei presupposti, illogicità e incongruità della motivazione.

3.1 Al riguardo è opportuno ricordare che questo Tribunale, con la citata sentenza n. 213/2013, prendeva atto che il progetto di ASD Fanum Fortunae Nuoto Fano otteneva una valutazione "buona", cui corrispondeva il coefficiente di 0,75 e il punteggio pari a 11,25, mentre quello della ricorrente otteneva invece una valutazione "sufficiente", cui corrispondeva il coefficiente di 0,25 e il punteggio pari a 3,75.

Esaminando i due progetti con la dovuta attenzione, rilevava tuttavia che tale differenza non trovava una plausibile e obiettiva giustificazione e, pur senza voler sostituire il giudizio discrezionale della commissione con quello dell'organo giudicante, metteva in luce che il progetto di ASD Fanum Fortunae Nuoto Fano:

- si componeva di sole 3 pagine, con indicazioni anche molto generiche;

- pur riferendo di esperienze e specializzazioni in possesso del personale di segreteria, non indicava di quali esperienze e di quali specializzazioni si trattasse (neppure con riferimento ai titoli di studio);
- non veniva quantificato il monte ore complessivo del servizio di segreteria, indicandosi soltanto l'apertura dello stesso per il periodo diurno, con esclusione delle fasce dalle 12.30 alle 15.00 e dalle 20.30 alle 22.30 (in tale periodo le mansioni di segreteria avrebbero dovuto essere garantite da altre figure abilitate presenti nell'impianto; figure tuttavia non meglio identificate, qualificate e quantificate);
- il sabato e la domenica il servizio veniva invece ridotto in base all'orario di apertura, senza altro specificare;
- il progetto di pulizia veniva descritto genericamente, senza indicare le concrete modalità operative di espletamento dello stesso, materiali, prodotti, attrezzi e il personale addetto.

Il progetto dell'odierna ricorrente risultava invece articolato in circa 130 pagine (ancorché molte delle quali contenenti informazioni non richieste o non attinenti alla segreteria e alla pulizia dell'impianto, ovvero standardizzate, ridondanti e in parte erronee), da cui era comunque possibile estrapolare:

- che il monte ore dedicato al servizio di segreteria (84 ore settimanali), avrebbe coperto la fascia dalle ore 8.30 alle ore 22.45 (da lunedì a venerdì) con orario ridotto il sabato (dalle 8.45 alle 18.00) e la domenica (dalle 9.00 alle 12.30);
- veniva indicato il numero degli operatori e il curriculum di ciascuno di essi;
- veniva descritto analiticamente il modello organizzativo del settore reception;
- erano previste analisi di customer satisfaction e di controllo gestionale;
- la descrizione del servizio di pulizia si componeva di quasi dieci pagine indicando, oltre al monte ore dedicato al servizio, anche il piano di pulizia e sanificazione per ambienti (con dettagli, frequenza degli interventi, prodotti e strumenti impiegati) oltre a contenere il manuale di autocontrollo per la valutazione del rischio igienico.

Tali informazioni avrebbero quindi imposto, alla commissione, innanzitutto un onere motivazionale di tipo comparativo, stante l'assenza di criteri prestabiliti per l'applicazione del parametro in esame, avente contenuto in parte discrezionale (quindi non del tutto automatico).

3.2 Dopo la sentenza n. 445/2013, l'originaria commissione si riuniva in data 8.8.2013 redigendo un verbale attraverso cui mostrava di aver esaminato i due progetti, senza tuttavia giungere a conclusioni di merito riguardo al punteggio assegnabile a ciascuno di essi.

Valutazioni comparative si riscontrano invece nel verbale del giorno successivo, in cui si legge che: "Il progetto della Fanum Fortunae risponde in maniera precisa ed appropriata agli elementi di valutazione richiesti dal bando di gara al punto 7) 2a). La descrizione è sintetica, ma esaustiva e pertinente, fornendo gli elementi essenziali ad illustrare compiutamente le modalità proposte per la gestione dell'impianto.

Il progetto della Sport Management risulta pertinente alla richiesta del bando limitatamente alle pagg 5, 55, 56 e da 71 a 79.

Il resto dell'elaborato è non richiesto, in larga parte non pertinente, comunque non suscettibile di valutazione.

In sintesi emerge che la Sport Management, per lunghi tratti del progetto di gestione, abbia confezionato un ridondante quadro della sua struttura organizzativa, delle strategie aziendali di marketing, ecc..., con il risultato di esulare in nozioni non attinenti a quanto richiesto in sede di gara, a scapito della chiarezza con cui il concorrente avrebbe dovuto esporre i propri intenti nel contesto dell'impianto natatorio di Fano, incorrendo anche, inevitabilmente, in evidenti riferimenti, sia alla gestione, sia alla struttura, del tutto fuori contesto. Appare evidente che si tratta di un progetto passepartout, predisposto per ogni tipo di impianto. La Commissione ritiene che questo modo generico di proporre un

progetto di gestione sia improprio e fuorviante rendendo peraltro particolarmente complessa e disagiata l'attività di valutazione e comparazione”.

La Commissione assegnava pertanto i seguenti giudizi/punteggi:

Fanum Fortunae: buono, corrispondente a punti 11,25;

Sport Management: sufficiente, corrispondente a punti 3,75.

Ciò determinava la riaggiudicazione in favore della prima, avendo ottenuto un punteggio complessivo pari a 83,04 (contro punti 78,99 attribuiti alla ricorrente), come in origine.

3.3 A giudizio del Collegio, tale motivazione non mette tuttavia in luce le concrete e sostanziali ragioni di prevalenza del progetto della controinteressata (considerato buono) rispetto al progetto dell'odierna ricorrente (considerato sufficiente), salvo doverle individuare in questioni di carattere formale/espositivo di cui la Commissione pare volersi lamentare a causa del “superlavoro” chiamata a svolgere per leggere e filtrare le circa 130 pagine di cui si compone il documento di Sport Management e per la cui stesura non erano invece prescritti limiti (di spazio, di forma e di contenuto) e/o tecniche espositive particolari (non potendosi quindi rimproverare l'offerente per essere stato prolisso o ridondante, stante l'assenza di indirizzi che avrebbe invece dovuto fornire la stazione appaltante, attraverso la *lex specialis*, per esigenze di omogeneità e di semplificazione dell'esame comparativo).

In tal caso la valutazione finisce inevitabilmente per privilegiare gli aspetti formali anziché entrare nel merito e nella sostanza delle proposte ricevute.

Di fatto la Commissione giudica “buono” il progetto di ASD perché si presenta di facile e immediata lettura, mentre il progetto di Sport Management viene giudicato “sufficiente” perché richiede un esame complesso, difficoltoso e defaticante.

Ciò emerge chiaramente dal seguente inciso: “La Commissione ritiene che questo modo generico di proporre un progetto di gestione sia improprio e fuorviante rendendo peraltro particolarmente complessa e disagiata l'attività di valutazione e

comparazione”, evidenziando così l’adozione di un criterio selettivo (quasi punitivo per aver scritto troppo) non previsto dalla lex specialis, atteso che, a ben guardare (per quanto si è detto in precedenza e per come si vedrà di seguito), il progetto di Sport Management è tutt’altro che generico e comunque (per quanto interessa) meno generico di quello proposto da ASD.

La stessa Commissione riconosce, infatti, che il progetto di Sport Management risulti pertinente alla richiesta del bando (quindi tarato sull’impianto in esame) limitatamente alle pagg 5, 55, 56 e da 71 a 79, da cui si rileva in maniera chiara ed obiettiva:

- n. 84 ore (e relativa articolazione giornaliera) di apertura del servizio segreteria, unitamente ai requisiti tecnico/professionali delle tre figure ivi addette (pag. 5);
- il modello organizzativo del settore reception e dell’area custodia e sorveglianza (pagg. 55 e 56);
- l’analitica descrizione dell’area pulizia e sanificazione, inclusa l’indicazione del monte ore annuo dedicato all’attività (circa 3.500) ed equivalenti risorse di personale impiegato (circa 2,24 FTE) (pagg. da 71 a 79).

Omette tuttavia di fornire qualsiasi motivazione comparativa (tecnica e di merito) con le corrispondenti informazioni estrapolabili dal progetto di ASD (ossia: nr. ore di apertura del servizio di segreteria e sua organizzazione, personale addetto e relativa qualificazione, organizzazione e svolgimento del servizio di pulizia), al fine di spiegare (e convincere) perché quest’ultimo progetto risulti decisamente migliore (non in termini descrittivo/espositivi, ma pratico/operativi) dell’altro (giustificando quindi un divario di ben 7,5 punti su 15).

Tale omissione, pertanto, rivela l’impossibilità, da parte della Commissione, di fornire obiettive ragioni giustificatrici della ritenuta prevalenza, confermando così implicitamente quanto rilevato da questo Tribunale con la ricordata sentenza n. 213/2013 circa la sostanziale equivalenza (di merito) delle due proposte;

conclusione giudiziaria formulata sulla base delle stesse informazioni che l'odierna Commissione, nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica, ha ritenuto comunque pertinenti e quindi valutabili e confrontabili con le corrispondenti informazioni desumibili dal progetto di ASD, senza che ciò determini una indebita interferenza dell'organo giudicante nei poteri riservati all'amministrazione.

4. La parte impugnatoria dell'odierno ricorso va quindi accolta, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

5. La ricorrente formula inoltre ed in via principale, istanza di risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione della gara previa eventuale declaratoria di inefficacia del contratto.

Considerato che quest'ultimo non risulta essere stato stipulato, anche tale istanza deve trovare accoglimento per le ragioni sopra indicate e considerato che i progetti sono stati esaminati in sede amministrativa per ben tre volte (di cui una, la seconda, ad opera di commissione in parziale diversa composizione). Di conseguenza va affermata, non essendo state rilevate, da parte della stazione appaltante, obiettive differenze sostanziali tra i due progetti, l'equivalenza tecnico-qualitativa degli stessi in relazione al punteggio previsto dall'art. 7 punto 2a) del Bando e relativo al criterio "organizzazione", con particolare riferimento all'espletamento del servizio di segreteria e di pulizia giornaliera dell'impianto.

Ciò rende complessivamente migliore l'offerta della ricorrente alla quale avrebbe dovuto essere attribuito uno dei seguenti punteggi (a discrezione della Commissione):

- punti 78,99 (qualora il progetto fosse stato giudicato "sufficiente"). Di conseguenza ASD avrebbe dovuto ottenere punti 75,54 (per progetto altrettanto "sufficiente");

- punti 82,74 (qualora il progetto fosse stato giudicato "medio"). Di conseguenza ASD avrebbe dovuto ottenere punti 79,29 (per progetto altrettanto "medio");

- punti 86,49 (qualora il progetto fosse stato giudicato “buono”). Di conseguenza ASD avrebbe dovuto ottenere punti 83,04 (per progetto altrettanto “buono”);
- punti 90,24 (qualora il progetto fosse stato giudicato “ottimo”). Di conseguenza ASD avrebbe dovuto ottenere punti 86,79 (per progetto altrettanto “ottimo”).

6. L’istanza di risarcimento e/o di indennizzo per le spese sostenute nei mesi estivi (che la ricorrente quantifica in € 6.000 o diversa misura definita anche in via equitativa), non può invece trovare accoglimento per le ragioni che seguono:

- non viene dimostrata l’impossibilità di riutilizzare (quantomeno in parte) il materiale acquistato nel periodo estivo, atteso che la ricorrente gestisce anche altri impianti simili. Altra parte del materiale potrebbe comunque essere impiegata nell’impianto di Fano a seguito dell’aggiudicazione della gara disposta in questa sede;
- il subentro nella gestione in corso e con l’impianto in funzione esonera verosimilmente la ricorrente da alcune spese di preparazione dello stesso; spese che avrebbe invece dovuto risostenere se questo fosse rimasto chiuso (compensatio lucri cum damno);
- dopo la sentenza di questo Tribunale 11.6.2013 n. 445 l’impianto veniva chiuso con decorrenza 30.6.2013 anche in attesa delle nuove determinazioni del Comune, per cui nulla autorizzava formalmente la ricorrente a porre in essere tutte le attività necessarie per la riapertura, comportandosi come avrebbe fatto l’aggiudicatario definitivo. Peraltro sulla sentenza n. 213/2013 non si è ancora formato il giudicato (risultante pendente ricorso in appello), e tale circostanza consigliava quindi maggiore prudenza e moderazione.

7. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono poste a carico del Comune di Fano nella misura liquidata in dispositivo, tenuto conto della parziale fondatezza del gravame. Per ragioni equitative si dispone invece la compensazione tra la ricorrente e la controinteressata.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati. Dispone che la gara sia aggiudicata in favore della ricorrente.

Condanna il Comune di Fano al pagamento, a favore della ricorrente, delle spese processuali nella misura di € 2.000 (duemila), a titolo di onorari di difesa e competenze, oltre ad IVA, CPA e al recupero del contributo unificato come per legge.

Spese compensate tra la ricorrente e la controinteressata.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Autorità amministrativa ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF, Estensore

Tommaso Capitano, Consigliere

Francesca Aprile, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2014

IL SEGRETARIO

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