Pubblicato il 17/10/2018

N. 00828/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00335/2018 REG.RIC.
N. 00366/2018 REG.RIC.
N. 00369/2018 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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 335 del 2018, proposto da:

Italia Marine Service S.r.l. in proprio e quale Mandataria Ati con Sviluppo Marina Azzurra S.r.l. e Cala Beach Club S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Elisa Burlamacchi, con domicilio eletto presso lo studio Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

contro

Comune di Ameglia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Carrozza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Piera Sommovigo in Genova, via Malta 2 Interno 2 A;

nei confronti

Marine Luxury Management S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Menchini, Francesco Mazzoni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Sergio Menchini in Genova, via Fieschi 3/17;

Valerio Rafanelli, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Ghelli, Giacomo Biagioni, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Ghelli in Giustizia, Pec Registri;
Metalcost S.r.l., Cd Nautica S.r.l., Impresa Individuale Dn di Nesci Davide non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 366 del 2018, proposto da:
Marine Luxury Management S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Menchini, Francesco Mazzoni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Fontana in Genova, via Fieschi;

contro

Comune di Ameglia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Carrozza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Piera Sommovigo in Genova, via Malta 2 Interno 2 A;

nei confronti

Valerio Rafanelli, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Ghelli, Giacomo Biagioni, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Ghelli in Giustizia, Pec Registri;
Italia Marine Service S.r.l., rappresentato e difeso dall'avvocato Elisa Burlamacchi, con domicilio eletto presso lo studio del'avv. Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21 Int. 5-8;
Davide Nesci, Cd Nautica S.r.l., Metalcost S.Rl.L non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 369 del 2018, proposto da:
Italia Marine Service S.r.l. in proprio e nella qualità di mandataria dell'ati costituita con Sviluppo Marina Azzurra S.r.l. Cala Beach Club S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Elisa

Burlamacchi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

contro

Centrale Unica di Committenza Comune di Lerici e Ameglia, Comune di Lerici non costituiti in giudizio;

Comune di Ameglia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Carrozza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Piera Sommovigo in Genova, via Malta 2 Interno 2 A;

nei confronti

Impresa Individuale Rafanelli Valerio, Metalcost S.r.l., Cd Nautica S.r.l., Impresa Individuale Dn di Nesci Davide non costituiti in giudizio;

Marine Luxury Management S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Menchini, Francesco Mazzoni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Fontana in Genova, via Fieschi;

Valerio Rafanelli, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Ghelli, Giacomo Biagioni, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Ghelli in Giustizia, Pec Registri;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 335 del 2018:

per l'annullamento

dell'atto di cui alla pec prot. n. 9634 del 6 aprile 2018 della Centrale Unica di Committenza Comune di Lerici e Ameglia, recante informativa agli operatori economici partecipanti alla gara relativa all' "affidamento in gestione a terzi, ex art. 45 bis del Codice della navigazione, del servizio di gestione degli ormeggi del "Porticciolo di Bocca di Magra" dei soggetti ammessi alla "seconda fase di gara" nonché di tutti gli atti presupposti, conseguenziali e comunque connessi, se lesivi tra cui la determinazione del Responsabile del Servizio Staff, Gare e Contratti Centrale Unica di Committenza del Comune di Lerici 28.3.2018, n. 545, i verbali di gara in data 27.3.2018, 5.4.2018, 12.4.2018, 18.4.2018, l'atto di

cui alla pec prot. n. 11116 del 20 aprile 2018 della Centrale Unica di Committenza Comune di Lerici e Ameglia recante la graduatoria provvisoria e, per quanto occorrer possa, per l'accertamento del diritto della ricorrente a ottenere l'aggiudicazione dell'appalto oggetto del presente ricorso ovvero, in via subordinata, la rinnovazione parziale della procedura di gara, per la declaratoria dell'inefficacia della concessione medio tempore eventualmente sottoscritta, con espressa domanda di subentro ai sensi dell'art. 124 del d.lgs. n. 104 del 2010 e, in subordine, per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni patiti e patiendi dalla ricorrente e alle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a e per il risarcimento del danno per equivalente in misura pari all'utile dell'offerta presentata in gara, maggiorata quantomeno di un ulteriore 5 % a titolo di danno curriculare.

quanto al ricorso n. 366 del 2018:

per l'annullamento

della determinazione del responsabile del Corpo di Polizia Locale del Comune di Ameglia n. 248 del 10/05/2018, con il quale la Centrale unica di committenza dei comuni di Lerici ed Ameglia ha aggiudicato alla controinteressata ditta individuale Rafanelli Valerio la procedura aperta per l'affidamento della gestione, ex art. 45-bis del codice della navigazione, del servizio di gestione degli ormeggi del Porticciolo di Bocca di Magra..

quanto al ricorso n. 369 del 2018:

per l'annullamento

della determina del Responsabile del Corpo di Polizia Locale del Comune di Ameglia n. 248 del 10.5.2018 (comunicata in data 14.5.2018) recante aggiudicazione della gara per l'"affidamento in gestione a terzi, ex art. 45 bis del Codice della navigazione, del servizio di gestione degli ormeggi del "Porticciolo di Bocca di Magra" alla ditta Rafanelli Valerio nonché di tutti gli atti ad essa presupposti, conseguenziali e comunque connessi, se lesivi, tra cui l'autorizzazione prot. n. 10021 del 15.5.2018 rilasciata dal Responsabile dell'Ufficio Demanio Marittimo del Comune di Ameglia ai sensi dell'art. 45 bis

cod. nav. a favore della ditta Rafanelli Valerio, il verbale di verifica delle giustificazioni dell'offerta anomala ex art. 97 d.lgs. 50/2016 in data 7.5.2018, l'atto di cui alla pec prot. n. 11116 del 20 aprile 2018 della Centrale Unica di Committenza Comune di Lerici e Ameglia recante la graduatoria provvisoria, l'atto di cui alla pec prot. n. 9634 del 6 aprile 2018 della Centrale Unica di Committenza Comune di Lerici e Ameglia, recante informativa agli operatori economici dei soggetti ammessi alla "seconda fase di gara", la determinazione del Responsabile del Servizio Staff, Gare e Contratti Centrale Unica di Committenza del Comune di Lerici 28.3.2018, n. 545, i verbali di gara in data 27.3.2018, 5.4.2018, 12.4.2018, 18.4.2018 e, in parte qua, del Bando e del Disciplinare di gara nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente a ottenere l'aggiudicazione dell'appalto oggetto del presente contenzioso ovvero, in via subordinata, la rinnovazione parziale della procedura di gara per la declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto medio tempore eventualmente sottoscritto, con espressa domanda di subentro ai sensi dell'art. 124 del d.lgs. n. 104 del 2010 sia nel predetto contratto sia nella concessione demaniale ex art. 45 bis previa del pari dichiarazione della sua inefficacia e, in subordine, per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni patiti e patiendi dalla ricorrente e alle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a e per il risarcimento del danno per equivalente in misura pari all'utile dell'offerta presentata in gara, maggiorata quantomeno di un ulteriore 5 % a titolo di danno curriculare.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Ameglia e di Marine Luxury Management S.r.l. e di Valerio Rafanelli e di Comune di Ameglia e di Valerio Rafanelli e di Italia Marine Service S.r.l. e di Comune di Ameglia e di Marine Luxury Management S.r.l. e di Valerio Rafanelli;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 settembre 2018 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 un primo ricorso, iscritto al n. 335/18 di R.G., notificato il 7 maggio 2018 all'amministrazione intimata e ai controinteressati, e depositato in data 14 maggio 2018, la società Ital Marine Service s.r.l. in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo dell'ati con le società Sviluppo Marina Azzurra srl e Cala beach club s.r.l., ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, i provvedimenti di ammissione dei controinteressati alla gara relativa all'"affidamento in gestione a terzi, ex art. 45 bis del Codice della navigazione, del servizio di gestione degli ormeggi del "Porticciolo di Bocca di Magra".
Si tratta in particolare delle nota pec prot. n. 9634 del 6 aprile 2018 della Centrale Unica di Committenza Comune di Lerici e Ameglia e degli atti a questa precedenti e segnatamente la determinazione del Responsabile del Servizio Staff, Gare e Contratti Centrale Unica di Committenza del Comune di Lerici 28.3.2018, n. 545, i verbali di gara in data 27.3.2018, 5.4.2018, 12.4.2018, 18.4.2018, l'atto di cui alla pec prot. n. 11116 del 20 aprile 2018 della Centrale Unica di Committenza Comune di Lerici e Ameglia.
Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:
1) violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 83 D.Lgs. n. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione punto 4.2, lett. a) del Disciplinare di gara - Eccesso di potere per travisamento dei fatti – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione – Eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità manifesta in quanto l'aggiudicataria ditta individuale Rafanelli Valerio nonché la seconda classificata società Metalcost s.r.l. nonché l'ultima classificata risulterebbero iscritte alla CCIAA per un'attività diversa da quella

relativa all'oggetto dell'appalto, mentre la quarta classificata società Marine Luxury management s.r.l. risulterebbe inattiva;

2) violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 83 D.Lgs. n. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione punto 4.4, lett. a) del Disciplinare di gara - Eccesso di potere per travisamento dei fatti – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione – Eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità manifesta, in quanto l'aggiudicataria non disporrebbe dei requisiti di capacità tecnico – organizzativa di cui all'art.4.4 lett. a) del disciplinare di gara;

3) Ulteriore violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 83 D.Lgs. n. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione punto 4.4, lett. b) e lett. c) del Disciplinare di gara - Eccesso di potere per travisamento dei fatti – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione – Eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità manifesta in quanto l'aggiudicataria non disporrebbe neppure dei requisiti di capacità tecnica organizzativa di cui al'art.4.4 lett. b) e c) del disciplinare di gara;

4) violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 83 D.Lgs. n. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione punto 4.4, lett. a) del Disciplinare di gara - Eccesso di potere per travisamento dei fatti – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione – Eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità manifesta, in quanto la seconda classificata non avrebbe dimostrato di possedere dei requisiti di capacità tecnico – organizzativa di cui all'art.4.4 lett. a) del disciplinare di gara;

5) violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 83 D.Lgs. n. 50/2016 - Violazione e falsa applicazione punto 4.4, lett. a) del Disciplinare di gara - Eccesso di potere per travisamento dei fatti – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione – Eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità manifesta in quanto la società Marine Luxury Management s.r.l., quarta classificata, non disporrebbe dei requisiti di capacità tecnico – organizzativa di cui all'art.4.4 lett. a), b) e c) del disciplinare di gara;

6) violazione lex specialis di gara. Violazione di principi, di buon andamento della pubblica amministrazione e del giusto procedimento. Illogicità manifesta, carenza di istruttoria e contraddittorietà in quanto l'ammissione alla gara di candidati privi del possesso di requisiti evidenzierebbe un macroscopico difetto di istruttoria.

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

Si costituivano in giudizio l'amministrazione intimata, l'aggiudicataria e la società Marine Luxury Management s.r.l.

Quest'ultima proponeva altresì ricorso incidentale finalizzato a censurare l'ammissione della ricorrente principale deducendo con unico articolato motivo la violazione dell'art. 80, comma 5, lettera c), del d.lgs. n. 50/2016 – violazione dell'art. III.2.2 del bando - violazione degli art. 4.1 e 4.5 del disciplinare – violazione dell'art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 – violazione dell'art. 80, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016 – eccesso di potere per contraddittorieta' fra atti della stessa amministrazione – manifesta irragionevolezza in quanto la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa atteso che la società Sviluppo Marina Azzurra s.r.l., per il tramite della società Marina Azzurra Yachting s.r.l., si sarebbe resa responsabile di gravi illeciti professionali.

Con ordinanza 22 giugno 2018 n. 142 è stata accolta la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

All'udienza pubblica del 19 settembre 2018 il ricorso è passato in decisione.

Con un secondo ricorso, iscritto al n. 366/18 di R.G. la società Marine Luxury Management s.r.l. ha impugnato gli atti in epigrafe di aggiudicazione della gara ed in particolare la determinazione del responsabile del Corpo di Polizia Locale del Comune di Ameglia n. 248 del 10/05/2018 di aggiudicazione della gara e gli atti ad essa precedenti.

Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi:

1) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95 del d. lgs. n. 50/2016 - violazione e/o falsa applicazione dei punti II.2 e IV.2 del bando di gara – violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2, 16.2, 17.3, 19 del disciplinare di gara e dell'allegato 8 – violazione e/o falsa applicazione degli artt. 4 e 6 del capitolato speciale, in quanto erroneamente la Commissione non ha attribuito all'offerta della ricorrente che ha offerto il rialzo più alto il massimo del punteggio;

2) eccesso di potere per disparita' di trattamento – violazione del principio della par condicio competitorum – violazione del principio di imparzialita' di cui all'art. 97 cost.in quanto la Commissione avrebbe manipolato l'offerta della ricorrente;

3) illegittimità della lex specialis di gara nella parte in cui fosse intesa nel senso di legittimare l'operazione posta in essere dalla Commissione.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Ameglia e i controinteressati Valerio Rafanelli aggiudicatario e Ital marine service s.r.l.

Con motivi aggiunti notificati in data 8 giugno 2018 e depositati in pari data è stata impugnata l'autorizzazione del responsabile del Demanio del Comune di Ameglia 15 maggio 2018 n. 10021.

Con ordinanza 20 giugno 2018 n. 143 è stata accolta al domanda cautelare.

All'udienza del 19 settembre 2018 il ricorso è passato in decisione.

Con un terzo ricorso, iscritto al n. 369/18 di R.G., notificato il primo giugno 2018 all'amministrazione intimata e ai controinteressati, e depositato in pari data, la società Ital Marine Service s.r.l. in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo dell'ati con le Società Sviluppo Marina Azzurra s.r.l. e Cala Beach Club s.r.l., ha impugnato, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, il provvedimento di aggiudicazione della gara relativa all'"affidamento in gestione a terzi, ex art. 45 bis del Codice della navigazione, del servizio di gestione degli ormeggi del "Porticciolo di Bocca di Magra" nonché i presupposti provvedimenti di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi:

1) 1) Illegittimità derivata dell'aggiudicazione dall'illegittimità del provvedimento di ammissione alla gara, illegittimità che è stata tempestivamente dedotta con il ricorso n. 335/18;

1) 2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 D.Lgs. n. 50/2016 - Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste in quanto la stazione appaltante avrebbe erroneamente ritenuto non anomala l'offerta dell'aggiudicataria;

1) 3) Ulteriore illegittimità derivata - Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 D.Lgs. n. 50/2016 e violazione punto 4.2 lett. a) e 4.4. lett. a) del Disciplinare di gara - Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste, in quanto la seconda classificata metalcost s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa per difetto del possesso dei requisiti ovvero per anomalia dell'offerta;

2) 4) Ulteriore illegittimità derivata - Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 D.Lgs. n. 50/2016 e violazione punto 4.2 lett. a) e 4.4. lett. a) del Disciplinare di gara - Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste in quanto la quarta e la quinta classificata avrebbero dovuto essere escluse, con conseguente illegittimità della aggiudicazione, per difetto dei requisiti;

1) 5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 D.Lgs. n. 50/2016 – Violazione e falsa applicazione dell'art. 16 del Disciplinare di gara e dell'art. 6 del Capitolato speciale – Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste in quanto la Commissione avrebbe omesso di esaminare le relazioni tecniche predisposte dai candidati attribuendo a tutti il punteggio massimo di 70; inoltre la lex specialis di gara sarebbe illegittima in quanto recherebbe clausole inidonee ad individuare l'offerta migliore;

1) 6) Illegittimità derivata dell'autorizzazione dell'Ufficio Demanio marittimo rilasciata ai sensi dell'art. 45 bis cod. nav, in quanto la conseguente

autorizzazione demaniale alla gestione dell'area sarebbe illegittima in via derivata.

La ricorrente concludeva per l'annullamento dei provvedimenti impugnati, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ed il risarcimento del danno.

Si sono costituiti l'amministrazione intimata la controinteressata e la società marine Luxury Management.

Con ordinanza 22 giugno 2018 n. 144 è stata accolta la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

All'udienza pubblica del 19 settembre 2018 il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

I ricorsi devono essere riuniti stante la loro evidente connessione oggettiva e soggettiva.

Il ricorso n. 335/18, proposto dalla Ital Marine Service s.r.l., è rivolto avverso gli atti di ammissione alla gara per l'"affidamento in gestione a terzi, ex art. 45 bis del Codice della navigazione, del servizio di gestione degli ormeggi del "Porticciolo di Bocca di Magra". Con tale ricorso viene contestata l'ammissione alla gara di tutti i concorrenti.

Con il successivo ricorso, n. 369/18, la Ital Marine Service s.r.l. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione della gara alla controinteressata ditta individuale Rafanelli Valerio.

Lo stesso provvedimento di aggiudicazione è stato impugnato, con ricorso n. 366/18, dalla società Marine Luxury Management.

In primo luogo occorre stabilire l'ordine di esame dei gravami.

A tal riguardo è utile riproporre la graduatoria finale della gara che ha visto aggiudicataria la ditta Rafanelli Valerio con punti 100,00, seguita da Metalcost srl con punti 98,64, ATI Italia Marine Service con punti 92,73, Marine Luxury Management srl con punti 83,64 e CD Nautica srl con punti 79,09.

In sede di verifica di anomalia dell'offerta, tuttavia, la Metalcost s.r.l. ha ricusato di fornire i chiarimenti richiesti (doc n. 26 prod. ricorrente 6 giugno

2018). Tale comportamento omissivo non è stato sanzionato dalla stazione appaltante.

La quarta aggiudicataria Luxury Marine Management s.r.l. ha proposto autonomamente ricorso avverso l'aggiudicazione ed ha proposto ricorso incidentale, nell'ambito del ricorso n. 335/18, finalizzato alla esclusione della ricorrente principale.

In conclusione la terza classificata Ital Marine Service ha impugnato le ammissioni degli altri concorrenti (r.g. 335/18) e successivamente l'aggiudicazione (r.g. 369/18); la quarta classificata ha impugnato l'aggiudicazione (r.g. 366/19) e in via incidentale la stessa ammissione della ricorrente Ital Marine Service (rg. 335/18).

A tal riguardo occorre rilevare come entrambi i gravami, principale e incidentale proposti nell'ambito del ricorso n. 335/18, debbano essere scrutinati atteso che il loro eventuale accoglimento, determinando l'esclusione di tutti i concorrenti, imporrebbe alla amministrazione la rinnovazione della gara, con conseguenti chances di aggiudicazione in capo alle imprese. Di contro l'accoglimento del ricorso incidentale determinerebbe l'improcedibilità dei ricorsi spiegati da Ital Marine Service s.r.l..

A tal riguardo occorre rilevare che nel processo amministrativo in materia di appalti di opere pubbliche deve ritenersi doveroso l'esame del ricorso principale, a fronte della proposizione di un ricorso incidentale cd. escludente ed a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produca come effetto conformativo un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale: un simile genere di vantaggio può essere rinvenuto anche in quello al successivo riesame, in autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento (TAR Veneto I, 2 marzo 2018 n. 254).

Il caso di specie presenta alcune particolarità rispetto alle fattispecie decise dalla giurisprudenza.

Da un lato esiste in graduatoria un terzo, l'ultimo classificato, che sarebbe giovato dall'accoglimento del ricorso incidentale e dall'altro il ricorso incidentale non è stato proposto dall'aggiudicatario ma dal quarto classificato che aspira a diventare aggiudicatario in forza dell'accoglimento del proprio gravame.

Ne consegue che l'accoglimento del ricorso principale n. 335/18 determinando l'esclusione dalla gara, tra le altre della società Marine Luxury Management s.r.l., determinerebbe l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso n. 366/18 spiegato dalla stessa società avverso l'aggiudicazione.

L'esame del ricorso n. 335/18 e della contestuale impugnazione incidentale costituisce, pertanto, il fulcro sul quale ruota tutta la odierna controversia.

Il Collegio ritiene di esaminare il ricorso incidentale proposto dalla società Marine Luxury management s.r.l. nell'ambito del ricorso n. 335/18 avverso gli atti di ammissione di tutti i concorrenti.

Deve preliminarmente essere esaminata e disattesa l'eccezione di inammissibilità e tardività del gravame incidentale sollevata dalla ricorrente principale.

Dal momento che i provvedimenti di ammissione di tutti i concorrenti sono stati comunicati dalla stazione appaltante con PEC in data 6 aprile 2018 il ricorso incidentale notificato in data 18 maggio 2018, sarebbe tardivo essendo stato proposto successivamente al decorso del termine di trenta giorni di cui all'art. 120, comma 2 – bis, d.lgs. 104/10.

L'eccezione si fonda su un passo della sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 26 aprile 2018 n. 4 secondo cui la contestazione dell'ammissione del ricorrente principale deve avvenire, anche se dedotta in via incidentale, nel termine di trenta giorni, dalla pubblicazione dell'ammissione del concorrente ricorrente principale sul profilo della stazione appaltante.

La tesi non convince.

Il disposto dell'art. 120, comma 6 – bis, d.lgs. 104/10 consente il rinvio della camera di consiglio per la proposizione del ricorso incidentale. Tale norma non avrebbe senso ove la decorrenza del termine per proporre ricorso incidentale fosse la stessa di quella prevista per il ricorso principale.

Né la distinzione, operata dalla adunanza plenaria, tra impugnative incidentali che hanno ad oggetto il provvedimento di ammissione del ricorrente principale (che sarebbero soggette alla stessa decorrenza del termine prevista per il ricorso principale) e impugnative incidentali aventi ad oggetto provvedimenti diversi, pur se refluenti sulla impugnativa principale (ad esempio lex specialis di gara nel senso invocato dal ricorrente principale), la cui decorrenza inizierebbe dal momento di notificazione del ricorso principale, appare persuasiva.

Da un lato, tale distinzione non trova alcun aggancio normativo nel citato art. 120, comma 6 – bis, d.lgs. 104/10 che non distingue gli oggetti delle impugnative incidentali.

Inoltre, la preclusione di cui al comma 2 – bis si riferisce esclusivamente ai "successivi atti delle procedura di affidamento", con ciò escludendo dal divieto gli atti di ammissione, ove la contestazione sia proposta nell'ambito dello stesso giudizio superspeciale di cui all'art. 120, comma 2 – bis, d.lgs. 104/10.

L'interpretazione proposta dalla a.p. inoltre confligge con le norme costituzionali sul diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. di parità delle parti nel processo di cui all'art. 111, comma 2 Cost. Infine tale interpretazione potrebbe incoraggiare la proposizione di impugnative principali da parte dei concorrenti, al fine di non precludersi le contestazioni relative all'ammissione alla gara rispetto ad eventuali ricorsi nel caso di successiva aggiudicazione.

Il ricorso incidentale deve, pertanto, ritenersi tempestivo.

Il ricorso incidentale appare, tuttavia, infondato.

Tale impugnativa si articola in un'unica censura con cui si lamenta la mancata esclusione della ricorrente principale che sarebbe incorsa nella causa di

esclusione di cui alla art. 80, comma 5 lett. c) d.lgs. 50/16 secondo cui: "la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione".

In particolare la mandataria società Sviluppo Marina Azzurra s.r.l. sarebbe controllata totalmente da un'altra società, la MC management s.r.l., la quale a sua volta controllerebbe totalmente la società Marina Azzurra Yachting s.r.l. che sarebbe stata destinataria di un'ordinanza contingibile ed urgente del Comune di Ameglia in data 22 gennaio 2018 per avere abbandonato la concessione dopo avere effettuato lavori non autorizzati tali da pregiudicare la sicurezza dell'area.

Inoltre le tre società farebbero capo ad unica persona la sig.ra Rita Teresa De Luca che sarebbe anche nonna paterna del figlio della sig.ra Ilaria Ulivelli, legale rappresentante della società Italia Marine Service mandataria dell'ati ricorrente.

La complessa articolazione societaria di cui si è dato conto costituirebbe il mezzo per eludere la norma imperativa di cui sopra.

La censura è infondata.

La tassatività della cause di esclusione impedisce che comportamenti riconducibili ad un soggetto possano essere imputati a soggetti diversi in

assenza di una specifica disposizione in tal senso.

Da altro punto di vista occorre rilevare come la società Marina Azzurra Yachting s.r.l. non abbia intrattenuto rapporti con il Comune di Ameglia ma con la concessionaria Ameglia servizi turistici s.r.l. .

Da ultimo, l'ordinanza sindacale contingibile e urgente 22 gennaio 2018, pur dando atto di una situazione pericolosa cagionata dal comportamento della Marina Azzurra yachting s.r.l., non ha compiuto un accertamento specifico in ordine alla sussistenza di un illecito professionale grave in capo alla predetta società, accertamento che avrebbe richiesto l'analisi non solo del comportamento di tale società ma anche della concessionaria e dell'ente, al fine di chiarire i rispettivi ruoli e responsabilità nella vicenda.

Ne deriva l'infondatezza del ricorso incidentale.

Il ricorso principale è fondato.

Devono essere esaminati congiuntamente i primi tre motivi con cui si contesta il possesso dei requisiti per la partecipazione alla gara da parte della ditta individuale aggiudicataria.

La lex specialis di gara, per quanto di interesse in questa sede, ha previsto quanto segue.

L'art. 4.2 del disciplinare di gara, rubricato requisiti di idoneità professionale, ha stabilito che: "l'operatore economico deve possedere ai sensi del comma 3 dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016: a) iscrizione nel registro della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato o presso i competenti ordini professionali per attività inerenti all'oggetto dell'appalto. L'oggetto sociale risultante dal certifica di iscrizione CCIAA, dovrà espressamente riportare i riferimenti alle attività da svolgere nel servizio oggetto di gara. In caso di RTI il predetto requisito dovrà necessariamente essere detenuto dall'impresa mandataria del raggruppamento medesimo…".

L'art. 4.3 del disciplinare, rubricato requisiti di capacità economico finanziaria, ha stabilito tra l'altro che: "b) aver realizzato un fatturato globale dell'impresa

nel corso dell'ultimo triennio 2015-2016 -2017 di importo non inferiore ad € 1.000.000,00, cioè pari al valore stimato della gestione, oneri fiscali esclusi".

L'art. 4.4 del disciplinare di gara, rubricato requisiti di capacità tecnico organizzativa ha stabilito che: "a) aver svolto attività di gestione di porti turistici, analogo a quello di Bocca di Magra, per almeno 5 anni o che si presentino in associazione temporanea d'impresa con società o operatori del settore nautico, o che siano in grado di dimostrare di possedere i requisiti ed il knowhow necessario in termini di professionalità per gestire il porto; b) essere in possesso di risorse strutturali, strumentali, umane e finanziarie sufficienti a garantire la corretta prestazione dei servizi oggetto dell'affidamento; c) di disporre di una sede operativa sul Territorio Nazionale, composta di personale e strumenti, con indicazione dell'esatta ubicazione".

L'oggetto della concessione era individuato come segue: "affidamento in gestione a terzi ai sensi dell'art. 45 – bis del codice della navigazione del servizio di gestione degli ormeggi del porticciolo di Bocca di Magra Comune di Ameglia (area demaniale marittima di mq 18000, e mq 235 di area scoperta, in concessione al Comune di Ameglia con una capacità di circa 223 posti barca di cui 100 riservati ai residenti a tariffa agevolata).

Orbene dalla visura camerale relativa alla ditta individuale aggiudicataria si evince come quest'ultima avesse il seguente oggetto sociale principale: "commercio all'ingrosso di autovetture autoveicoli motoveicoli e imbarcazioni" e quale oggetto sociale secondario: "ristorazione con somministrazione, gestione di piccole darsene".

Per ammissione dello stesso aggiudicatario l'attività di gestione di piccole darsene è avvenuta con denuncia in data 15 marzo 2018 e con decorrenza 20 febbraio 2018 (pag. n. 12 memoria 18 giugno 2018).

Il Collegio rileva come la gestione di piccole darsene non sia congruente con l'oggetto della concessione de qua che ha ad oggetto uno specchio acqueo di 18000 mq e 223 posti barca.

Da altro punto di vista la circostanza che l'attività secondaria della ditta individuale Rafanelli Valerio sia iniziata per espressa ammissione dello stesso in data 20 febbraio 2018 esclude che nel caso di specie ricorra il requisito di capacità tecnica e organizzativa di cui al punto n. 4.4 del disciplinare di gara.

A tal riguardo sempre nella memoria l'aggiudicatario dichiara di avere gestito dal 2010 una banchina per dieci imbarcazioni (pag. n. 15 memoria 18 giungo 2018).

Tale dichiarazione rende evidente il difetto del requisito posto che la gestione di una banchina per dieci imbarcazioni non può essere considerata analoga all'attività di gestione di un porto con 223 posti barca.

Parimenti l'esperienza professionale addotta dall'aggiudicatario relativa alle esperienze con la società "Non solo auto s.r.l." non va al di là di una attività di rimessaggio e di gestione di un numero esiguo di posti barca.

Né il principio del favor partecipationis, pure invocato dall'aggiudicatario, può spingersi ad ammettere alla gara soggetti privi dei prescritti requisiti pena la violazione del contrapposto principio di par condicio.

L'aggiudicatario Valerio Rafanelli, pertanto, doveva essere escluso dalla gara.

Alle stesse conclusioni si deve giungere per quanto riguarda la seconda classificata Metalcost s.r.l..

Lo scrutinio del motivo è necessario in quanto la Metalcost s.r.l., pur non avendo dato seguito alla richiesta di chiarimenti formulata dalla stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, non è stata formalmente esclusa dalla gara.

Orbene la visura camerale evidenzia come la Metalcost. s.r.l. risulti svolgere le seguenti attività: "rimessaggio imbarcazioni su terreno di proprietà, costruzione e riparazione di imbarcazioni da diporto e non".

Si tratta di un'attività completamente diversa da quella oggetto di gara dal momento che il rimessaggio prescinde completamente dallo svolgimento di attività di assistenza alle imbarcazioni durante le manovre negli specchi acquei.

E ancora le stesse osservazioni possono valere per le imprese CD Nautica e DN di Nesci Davide, anche se data la posizione di ultima classificata in graduatoria il motivo non sia sorretto da un interesse sostanziale.

Per quanto invece attiene alla società Marine Luxury Management s.r.l. il Collegio osserva che la visura camerale attesti che tale società risulta inattiva.

La concorrente Marine Luxury ha, tuttavia, sostenuto che la situazione di inattività non potrebbe assumere rilievo ai fini della sua esclusione dalla gara, attesa la mancata previsione di una sanzione specifica nella lex specialis. Il requisito, nella prospettazione della parte, contemplava l'iscrizione alla CCIAA, nulla disponendo in ordine al suo stato di attività o inattività.

La tesi non persuade.

Invero l'iscrizione al registro delle imprese serve a dimostrare il concreto svolgimento dell'attività richiesta dall'appalto; è evidente, pertanto, che l'impresa debba risultare "attiva", poiché, in caso contrario, non vi potrebbe essere la maturazione di alcuna esperienza" (Tar Campania, Napoli, Sez. IV, 23.11.2017, n. 5516, Tar Campania, Salerno, I, 28.10.2016, n. 2360; Cons. Stato, Sez. IV,

20.4.2009, n. 2380; Sez. V, 19.2.2003, n. 925).

L'accoglimento del ricorso R.G. n. 335/18 determinando l'esclusione dalla gara di tutte le concorrenti produce una serie di conseguenze sugli altri gravami proposti avverso la stessa procedura.

In primo luogo determina l'improcedibilità del gravame proposto dalla concorrente Marine Luxury Management s.r.l. (ricorso n. 366/18). Invero dovendo essere esclusa dalla gara la concorrente non aveva titolo per contestarne gli esiti con conseguente improcedibilità del gravame.

In secondo luogo l'accoglimento del ricorso n. 335/18 determina l'accoglimento anche del successivo gravame (ricorso n. 369/18) proposto dalla stessa Italia Marine Service s.r.l. avverso il provvedimento di aggiudicazione e gli altri provvedimenti conseguenti.

Tali provvedimenti, infatti, sono stati gravati anche mediante la deduzione dell'illegittimità derivata dall'illegittimità delle ammissioni degli altri concorrenti onde l'accertamento della fondatezza del gravame pregiudiziale determina l'accoglimento anche del gravame conseguente.

La domanda di risarcimento del danno deve essere respinta per difetto del nesso causale.

L'offerta della ricorrente ha conseguito il punteggio di 92,73 a fronte di un punteggio massimo complessivo di punti 100. Pertanto l'offerta deve essere sottoposta a verifica di anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lgs. 50/16.

Non essendo certa l'aggiudicazione la domanda di risarcimento del danno deve essere respinta.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti, accoglie il ricorso principale n. 335/18, respinge il ricorso incidentale e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, accoglie il ricorso n. 369/18 e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati. Dichiara improcedibile il ricorso n. 366/18.

Respinge la domanda risarcitoria proposta nei ricorsi nn. 335/18 e 369/18.

Condanna il Comune di Ameglia, la ditta Valerio Rafanelli e Marine Luxury Management S.r.l., in solido tra loro, al pagamento in favore della ati ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi €. 10000 (diecimila/00) oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 19 settembre 2018 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