



n. ¹⁶⁹²/06 Reg.Sent.
n. 2186/05 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione 3^a ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2186/05 proposto da

Associazione Sportiva Walter Bertini Tennis Club Academy, con sede in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall' avvocato Nadia Restivo, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Corso Magenta, n. 63;

contro

Comune di Milano

in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey e Danilo Parvopasso, con domicilio eletto presso l'Avvocatura comunale in Milano, via della Guastalla, n. 8;

e nei confronti di

Società Sportiva Hockey Club Milano 17 – RAMS, con sede in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Bardelli e Alessandra Bazzani, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Visconti di Modrone, n. 12;

per l'annullamento

Rh

- della determina 27.12.2001 del 9.1.2002 di nomina dei membri esterni della "Commissione per la valutazione delle richieste di affidamento di aree da destinare ad impianti sportivi e di impianti a rilevanza zonale";
- del verbale della Commissione consiliare n. 10 Sport, giovani, tempo libero del 12.12.2001;
- della determinazione dirigenziale n. 1 del 15.1.2002 di parziale modifica della Commissione incaricata (non noto);
- della nota del 18.1.2005 del Settore Sport e Giovani (non nota);
- della determina del Segretario Generale del 1.2.2005 di modifica della composizione della Commissione incaricata di valutare le richieste;
- dell'eventuale provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice incaricata della procedura ristretta-negoziata per la concessione d'uso del Centro Sportivo Kennedy;
- del verbale 12.1.2005 e dei verbali della Commissione giudicatrice nn. 1, 2, 3 e 4 dei giorni 1-3-7. 2. 2005 e 10.5.2005; del verbale di aggiudicazione del 19.5.2005, nonché dei criteri di aggiudicazione, della graduatoria e delle valutazioni effettuate;
- della determinazione dirigenziale n. 179 del 25.5.2005 di approvazione dei lavori della Commissione giudicatrice e di affidamento della concessione d'uso del Centro sportivo Kennedy alla A.S. H.C. Milano 17 RAMS;
- della deliberazione della G.C. n. 1437/2005 del 14.6.2005, esecutiva dal 1.7.2005, di approvazione delle varianti migliorative relative al progetto – offerta presentato dalla A.S. H.C. Milano 17 RAMS;

Rh

- degli artt. 1, 9, 10, 11, 12 della deliberazione C.C. n. 32/98 del 20-21.4.1998 di approvazione dei criteri per l'assegnazione a privati di aree da destinare a impianti sportivi e di impianti a rilevanza zonale;
- della deliberazione regionale C.C. n. 116 del 19.10.2000 del Comune di Milano (non nota);

e per l'annullamento

o la dichiarazione di inefficacia o di nullità del contratto di concessione d'uso eventualmente stipulato con la controinteressata;

e per la condanna

del Comune di Milano alla reintegrazione in forma specifica o, in subordine, al risarcimento danni per equivalente monetario;

sui motivi ulteriori e aggiunti proposti dalla ricorrente nei confronti delle altre parti e notificati rispettivamente in data 13.8.2005, 14.9.2005, 10.10.2005

per l'annullamento

- della determina dirigenziale n. 13 del 22.2.1999 che ha costituito la Commissione incaricata di valutare le richieste di affidamento di aree;
- del provvedimento assessorile 122/2002 del 9.1.2002 che ha nominato nuovi esperti esterni;
- della determina del 10.1.2002 di proposta di nomina di nuova Commissione;
- della determina del Segretario Generale n. 172/2002 del 15.1.2002 di nomina dei membri interni e di costituzione della Commissione;
- del provvedimento sindacale del 28.7.2004 n. 8606297 (non noto);
- della determina 65688 del 18.1.2005 che propone la modifica della Commissione;

Rh

- eventuale approvazione dell'Ufficio Tecnico Comunale del progetto della controinteressata;
- determinazione dirigenziale n. 101 del 25.1.2004 che ha indetto la gara mediante procedura ristretta negoziata pubblicizzata per la concessione d'uso del Centro sportivo Kennedy;
- dell'art. 7 del Criteri per l'assegnazione a privati di aree da destinare a impianti sportivi approvati con deliberazione G.C. n. 32 del 1998;
- degli artt. 8 e 9 del Bando di Gara nella parte in cui richiamano i criteri comunali per l'assegnazione di cui alla G.C. n. 32/1998;
- del parere 28 luglio 2005 n. 727147 del Settore edilizia sportiva e per la cultura;
- della circolare n. 18 del 4 agosto 2004 del Comune di Milano;
- della deliberazione della GC n. 2338 del 7 ottobre 2003;

e per l'annullamento

o la dichiarazione di inefficacia o di nullità del contratto di concessione d'uso eventualmente stipulato con la controinteressata;

e per la condanna

del Comune di Milano alla reintegrazione in forma specifica o, in subordine, al risarcimento danni per equivalente monetario;

sul ricorso incidentale proposto dalla Società Sportiva Hockey Club Milano 17 – RAMS nei confronti della altre parti costituite.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e della Società Sportiva Hockey Club Milano 17 – RAMS;

Visti i motivi ulteriori e aggiunti proposti dalla ricorrente;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Società Sportiva Hockey Club Milano 17 - RAMS;

Viste le memorie difensive delle parti;

Uditi alla pubblica udienza del 14 giugno 2006, relatore il dr. Riccardo Giani, l'avv. Nadia Restivo per la società ricorrente, l'avv. Danilo Parvopasso per il Comune di Milano e l'avv. Alessandra Bazzani per la controinteressata e ricorrente incidentale;

Visti gli atti tutti della causa;

Ritenuto quanto segue in:

FATTO

Con deliberazione n. 1810 del 27.7.2004 la Giunta comunale di Milano autorizzava la concessione in uso a privati del Centro sportivo Kennedy, sito in via Olivieri, n. 15, a soggetto da individuarsi con procedura ad evidenza pubblica. La delibera fissava la durata della concessione in anni cinque, con possibilità però di una durata maggiore, sino ad un massimo di anni 19, in relazione alla presentazione in sede di gara di programmi d'intervento di manutenzione straordinaria e prevedeva l'impegno per il concessionario di mettere l'impianto sportivo a disposizione anche della libera utenza in fasce orarie circoscritte nonché a mantenere le strutture per le discipline del baseball, softball e tennis, salvo inserire ulteriori discipline al fine di una maggiore polifunzionalità dell'impianto.

Con determinazione dirigenziale n. 101 del 25.10.2004 veniva indetta gara mediante procedura ristretta-negoziata pubblicizzata per la concessione del detto Centro sportivo Kennedy, ai sensi del r.d. 2440/1923, del r.d. 827/1924 e dell'art. 14, comma 6,

del Regolamento comunale per la disciplina dei contratti. Venivano altresì predisposti Bando e Disciplinare di gara.

Lo svolgimento della gara veniva affidato a Commissione giudicatrice prevista per la valutazione delle richieste di affidamento di aree a privati da destinare ad impianti sportivi e di impianti di rilevanza zonale, istituita ai sensi dell'art. 7 della deliberazione del Consiglio comunale n. 32 del 20-21.4.1998.

Alla gara partecipavano tre concorrenti, inizialmente tutti ammessi; tuttavia la Milano Baseball 1946 veniva successivamente esclusa nella seduta della Commissione giudicatrice del 10 maggio 2005, in quanto aveva presentato offerta condizionata, in contrasto con la normativa di gara; rimanevano pertanto in gara la ricorrente principale e la controinteressata-ricorrente incidentale.

All'esito della procedura risultava aggiudicataria la Società sportiva H.C. Milano 17 Rams.

Con il ricorso introduttivo del giudizio l'A.S. Walter Bertini Tennis Club Academy impugna l'aggiudicazione, gli atti di gara e gli atti a monte della gara e comunque connessi, indicati in epigrafe, formulando nei loro confronti censure di violazione di legge, violazioni della *lex specialis* ed eccesso di potere. Ulteriori atti della sequenza procedimentale sono stati impugnati dalla ricorrente principale a mezzo di motivi ulteriori e motivi aggiunti con la formulazione di altre censure.

Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, il Comune di Milano e la controinteressata.

La società controinteressata ha altresì proposto ricorso incidentale articolando nei confronti degli atti di gara censure – violazione del bando e del disciplinare, eccesso di

Rt

potere per difetto dei presupposti e sviamento – che avrebbero a suo avviso dovuto comportare l'esclusione della ricorrente principale dalla gara.

Con ordinanze nn. 2304/04 e 2704/05 il Tribunale respingeva le domande incidentali di sospensione avanzate dalla ricorrente.

Alla pubblica udienza del 14 giugno 2006, relatore il dr. Riccardo Giani, sentiti i difensori delle parti come da verbale, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di dover stabilire, preliminarmente, l'ordine di esame, rispettivamente, del ricorso principale, con i relativi motivi aggiunti, e del ricorso incidentale, tenuto conto delle specifiche censure sollevate nella concreta fattispecie.

E' noto, infatti, che secondo la più avveduta giurisprudenza tra ricorso principale e ricorso incidentale non sussiste un rapporto di astratta pregiudizialità dell'un rimedio sull'altro, poiché invero l'ordine logico di priorità nella trattazione dei due ricorsi dipende esclusivamente dalla natura delle censure che si fanno valere con i distinti mezzi (TAR Puglia, Lecce, 20 aprile 2006, n. 1981). Così se può esser vero in generale che l'impugnazione incidentale va esaminata dopo il ricorso principale e solo in caso di riconosciuta fondatezza di quest'ultimo, poiché esso di regola opera come un'eccezione processuale in senso tecnico, è vero altresì che vi sono ipotesi in cui l'esame del ricorso incidentale deve precedere la valutazione del ricorso principale (TAR Lazio, sez. III, 17 gennaio 2005, n. 293).

Ritiene il Collegio che, nel caso di specie, debbano essere previamente esaminate le censure proposte nel ricorso principale che attengono alla legittimità della costituzione

Rf

della Commissione di gara e della sua composizione, trattandosi di doglianze che assumono una posizione di priorità logica, dal momento che il loro accoglimento comporterebbe la illegittimità *ab origine* delle operazioni di gara, il loro consequenziale travolgimento e il connesso superamento, per carenza d'interesse, di tutte le ulteriori censure, contenute nel ricorso principale quanto in quello incidentale, che attengono a momenti della procedura successivi alla costituzione della Commissione stessa.

Con il terzo, quinto, sesto, settimo, ottavo e nono motivi del ricorso principale, e soprattutto con il primo e secondo dei motivi ulteriori proposti con atto notificato in data 13.8.2005, la ricorrente censura le modalità di costituzione e di composizione della Commissione di gara.

Essa si duole – in primo luogo - del fatto che il compito di valutazione delle offerte presentate in gara sia stato affidato non ad una Commissione all'uopo nominata, avente quindi le caratteristiche di temporaneità e straordinarietà, bensì ad un organo permanente del Comune, sedente in pianta stabile e costituito prima della gara. In particolare la ricorrente, in tale prospettiva, censura:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della deliberazione del Consiglio comunale n. 32 del 1998, portante criteri per l'assegnazione a privati di aree da destinare ad impianti sportivi e impianti a rilevanza zonale, ove dispone che la valutazione delle richieste di affidamento è effettuata da una "apposita Commissione", previsione che deve essere letta come richiamo ai principi di straordinarietà e temporaneità dell'organo;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 17 del Regolamento comunale per la disciplina dei contratti, richiamato dall'art. 8 del Bando di gara, che prevede che la nomina dei membri esterni è effettuata con la deliberazione a contrattare, mentre quella

dei dirigenti e funzionari comunali è effettuata con provvedimento del Segretario generale;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 91, comma 2, r.d. n. 827 del 1924 che prevede la facoltà dell'Amministrazione di sentire il parere di Commissione "all' uopo nominata";

- violazione e falsa applicazione dell'art. 21, comma 7, legge 109/94 che prescrive che la Commissione di gara sia costituita dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

In secondo luogo la ricorrente si duole del fatto che i membri esterni chiamati a far parte della Commissione di gara non siano stati scelti sulla base di specifiche competenze in relazione ai lavori oggetto della gara. Nello specifico censura, in tale ottica, violazione e falsa applicazione degli artt. 21, comma 5, legge 109/94 e art. 92, comma 2, DPR 554/1999.

L'Amministrazione resistente, che contesta la fondatezza delle dedotte censure, eccepisce altresì la tardività, sul punto, del ricorso, per non essere stati autonomamente impugnati gli atti relativi alla costituzione della Commissione ma solo in uno con il provvedimento di aggiudicazione.

L'eccezione di tardività è infondata.

Sulla questione ha fatto chiarezza, com'è noto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella fondamentale decisione n. 1 del 2003 con la quale è stato escluso, in tema di gare per l'aggiudicazione dei contratti della pubblica Amministrazione, che debbano essere oggetto di immediata e autonoma impugnazione quelle previsioni della disciplina di gara che non incidano direttamente e immediatamente sull'interesse del soggetto a

RT

partecipare alla gara, e, dunque, non determinino per lo stesso un immediato arresto procedimentale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2005, n. 1079). In particolare è da escludere che debbano essere oggetto di autonoma impugnazione le previsioni disciplinari relative alla composizione della Commissione giudicatrice, gli atti relativi alla stessa dovendo essere impugnati all'esito delle operazioni, quando è compiutamente riscontrabile la lesione alla sfera giuridica dell'interessato (TAR Abruzzo, Pescara, 6 novembre 2003, n. 924).

Nel merito le censure in esame sono fondate.

È pacifico che nella specie il Comune di Milano non abbia provveduto alla nomina di una Commissione di gara istituita *ad hoc*, costituita cioè in relazione alla specifica gara e avente uno spazio di operatività circoscritto alle relative operazioni concorsuali, essendosi ben diversamente servito di una Commissione preesistente alla singola procedura e operante in pianta stabile. Ciò risulta dai documenti versati in atti e dalla comune ricostruzione operata dalle parti. Riferisce infatti il Comune di Milano nella memoria finale che "per l'esame e la valutazione delle offerte tecniche e la formulazione della relativa graduatoria, è stata nominata, con Determinazione del Segretario generale in data 15 gennaio 2002, una Commissione Giudicatrice", i cui componenti esterni sono stati nominati su indicazione "effettuata dall'Assessore allo Sport del Comune di Milano con la comunicazione del 27 dicembre 2001". Quindi è pacifico che la Commissione è stata istituita due anni prima dell'indizione della gara di cui al presente ricorso.

Ritiene il Collegio che la previsione di una Commissione giudicatrice di tal fatta sia illegittima in quanto posta in violazione di principi fondamentali propri del diritto delle

procedure ad evidenza pubblica. A partire infatti dalle leggi pre-costituzionali disciplinanti la contabilità di Stato, il nostro ordinamento ha sempre previsto che l'Amministrazione proceda alla scelta, nell'ambito di gare pubbliche, servendosi di un organo collegiale di carattere tecnico "all'uopo nominato", come si esprime l' art. 91, comma 2, r.d. n. 827 del 1924, cioè non solo distinto dagli ordinari uffici in cui si articola l'Amministrazione, ma avente carattere straordinario e temporaneo, non costituente quindi una struttura stabile, un'articolazione burocratica permanente. Tale concetto viene ribadito dalla normativa in materia di appalti di lavori pubblici (art. 21 legge 109/1994) che, al di là della disciplina di dettaglio, fissa principi di portata generale - Commissione giudicatrice distinta dagli organi di amministrazione attiva, nominata in riferimento alla singola gara, composta da membri dotati di specifica esperienza - che trascendono lo specifico settore dei lavori pubblici e che sono da ritenere operativi in qualsiasi gara pubblica, poiché inverano i valori costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento dell'Amministrazione fissati dall'art. 97 Cost.

L'aver affidato la conduzione della procedura di gara non ad un organo tecnico, straordinario e temporaneo, appositamente costituito, bensì ad una Commissione stabile e che siede permanentemente, risulta quindi illegittimo, comportando l'accoglimento della proposta censura.

La costituzione, così come previsto, di Commissione di valutazione specifica per la gara in esame avrebbe altresì consentito di designare per la stessa membri dotati di una specifica esperienza rapportata alla complessità dei problemi di tipo tecnico, progettuale, urbanistico caratterizzanti la procedura in esame, in forza soprattutto del rilievo che assumono i progetti di manutenzione straordinaria presentati dalle parti, in

luogo di una generica esperienza in ambito sportivo che caratterizza i membri della Commissione di carattere stabile nominata dal Comune, come risulta dai *curricula* depositati in atti. Risulta quindi violato un principio – quello che impone che i membri della Commissioni di gara siano provvisti di specifica e documentata esperienza di settore rapportata alla peculiarità della gara da svolgere – non solo immanente nel sistema (anche in questo caso è possibile richiamare il citato art. 21 legge 109/94) ma di stretta derivazione costituzionale, dal momento che un adeguato e specificamente calibrato livello di professionalità dei componenti l'organo è l'unica garanzia di un effettivo rispetto dei richiamati valori costituzionali di cui all'art. 97 Cost.

Alla luce delle svolte considerazioni il ricorso principale merita di essere accolto. Le censure risultate fondate sono tali da travolgere l'intera procedura concorsuale svolta, dal che consegue, sul piano processuale, l'assorbimento delle ulteriori doglianze del ricorso principale e l'inammissibilità, per difetto d'interesse, del ricorso incidentale, in quanto coinvolgenti momenti procedimentali successivi e travolti dal disposto accoglimento.

All'accoglimento consegue l'annullamento dell'intera procedura svolta, con conseguente soddisfacimento in forma specifica, attraverso la reiterazione della procedura che consegirà all'ottemperanza alla presenza sentenza, della pretesa risarcitoria avanzata dalla ricorrente.

Ritiene tuttavia il Collegio che sussistano giusti motivi per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, terza Sezione, definitivamente

Rf

pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Dichiara inammissibile il ricorso incidentale

Compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Milano il 14 giugno 2006 in camera di consiglio con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano - presidente

Riccardo Giani - referendario est.

Vincenzo Blanda - referendario

Imen: fde
Ric Giani

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 15

(art. 55, l. 27.4.1982, n. 186)

Il Direttore della Sezione,

Carlo...