N. 05915/2021REG.PROV.COLL.
N. 09638/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9638 del 2020, proposto da A.D.S. Tennis e Sport A. Zizzini, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del r.t.i. con A.S.D. Tennis Club Loano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Amedeo Caratti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Associazione Sportiva Dilettantistica Tennis Club Loano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Garassini, Giovanni Corbyons, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone 44;

nei confronti

Comune di Loano, non costituito in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n. 00724/2020, resa tra le parti.

LAVORI PUBBLICI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Associazione Sportiva Dilettantistica Tennis Club Loano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Pescio, in sostituzione dell'Avv. Caratti per delega depositata, Garassini e Corbyons, in collegamento da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria ha accolto il ricorso proposto dall'Associazione sportiva dilettantistica Tennis Club Loano contro il Comune di Loano e nei confronti dell'A.D.S. Tennis e sport educativo Alberto Zizzini, per l'annullamento della determinazione dirigenziale del Comune di Loano rep. n. 359 del 16 settembre 2019 di affidamento in concessione della gestione dell'impianto sportivo dedicato al gioco del tennis alla controinteressata in associazione temporanea d'imprese con l'ASD Tennis Club Toirano, all'esito di una procedura di dialogo competitivo ex art. 64 d.lgs. n. 50 del 2016.

1.1. Il primo giudice - dato atto della proposizione di otto motivi di ricorso principale, nonché di quattro motivi di ricorso incidentale da parte della A.D.S. Tennis e sport educativo Alberto Zizzini e respinta un'eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse (sollevata dalla controinteressata per avere frattanto concluso il contratto di concessione) - ha ritenuto fondato il ricorso principale "*sotto l'assorbente profilo dedotto con il secondo motivo*".

LAVORI PUBBLICI

1.2. Premesso l'inquadramento della gara nell'ambito delle concessioni di pubblici servizi ex art. 3, comma 1, lett. vv), del d.lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare nell'ambito dell'affidamento di un servizio pubblico locale, da esercitare in forma imprenditoriale ed in regime concorrenziale, la sentenza ha ritenuto applicabile l'art. 164, comma 2, del Codice dei contratti pubblici.

Quindi ha reputato che – in riferimento al possesso del seguente requisito obbligatorio richiesto, a pena di inammissibilità dell'istanza, dall'avviso di indizione del dialogo competitivo: "*soggetto con esperienze di gestione di impianti sportivi della specialità sportiva prevalente* (tennis n.d.r.) *praticata all'interno dell'impianto da attestare nella domanda di partecipazione*" – poiché la legge di gara non conteneva l'indicazione di prestazioni "principali" ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, non fossero configurabili raggruppamenti di tipo verticale, essendo perciò ammissibili soltanto le offerte presentate, oltre che da singoli operatori, da raggruppamenti di tipo orizzontale.

Dato che in questi ultimi ogni impresa, anche mandante, deve possedere, quanto meno pro-quota, i requisiti tecnici previsti dal bando e che il raggruppamento capeggiato dalla A.D.S. Tennis e sport educativo Alberto Zizzini era di tipo verticale, ma soprattutto la mandataria non aveva maturato pregresse esperienze di gestione di impianti sportivi di tennis, il motivo è stato accolto, con assorbimento dei restanti sette.

1.3. Il ricorso incidentale è stato dichiarato irricevibile per tardività, ai sensi dell'art. 120, comma 5, Cod. proc. amm., ritenuto applicabile alle procedure di affidamento di concessione di servizi.

1.4. La determinazione dirigenziale impugnata è stata annullata, con condanna del Comune di Loano e della controinteressata al pagamento delle spese del giudizio in favore della ricorrente.

LAVORI PUBBLICI

2. Avverso la sentenza l'Associazione Sportiva Dilettantistica Tennis e sport educativo Alberto Zizzini (d'ora innanzi "Tennis Zizzini"), in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del r.t.i. costituito con la mandante A.S.D. Tennis Club Toirano (d'ora innanzi "r.t.i. Zizzini"), ha avanzato appello con due motivi concernenti la dichiarazione di irricevibilità del ricorso incidentale e con quattro motivi concernenti l'accoglimento del secondo motivo del ricorso principale.

2.1. Il Comune di Loano non si è costituito in appello.

2.2. L'Associazione sportiva dilettantistica Tennis Club Loano (d'ora innanzi "Tennis Club Loano") si è costituita per resistere al gravame ed ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., i sette motivi di ricorso dichiarati assorbiti in primo grado.

2.3. All'udienza del 10 giugno 2021 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie e repliche delle due parti.

3. Si ritiene opportuno prendere le mosse dai motivi di appello concernenti l'accoglimento del secondo motivo del ricorso di Tennis Club Loano.

3.1. Col primo di tali motivi (*Erronea applicazione dell'art. 164 del d.lgs. 50/2016 con parificazione di una concessione di bene non economico ad associazione con scopo mutualistico con l'appalto di servizi*), l'appellante premette che:

- oggetto del bando di gara è l'affidamento in concessione per tre anni di un impianto sportivo adibito al gioco del tennis;
- l'impianto è stato definito "*privo di rilevanza economica*" dallo stesso Comune di Loano;
- i soggetti affidatari possono essere esclusivamente: società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate, federazioni sportive nazionali, senza alcun scopo di lucro, con tariffe determinate

LAVORI PUBBLICI

dal Comune e con la finalità di migliorare nel triennio l'impianto comunale come da proposta di gara;

- non vi sarebbe concorrenza, né carattere imprenditoriale dell'attività, ma unicamente quello mutualistico proprio dell'associazione aggiudicataria, unico soggetto idoneo alla partecipazione;
- la controversia concernente una precedente gara riguardante lo stesso affidamento (oggetto della pronuncia del T.a.r. Liguria n. 826/2018) è stata trattata col rito ordinario.

Date tali premesse, l'appellante, per un verso fa leva sull'asserita appartenenza dell'impianto sportivo al patrimonio indisponibile del Comune, per altro verso richiama l'art. 164, comma 3, del Codice dei contratti pubblici (che esclude dall'applicazione delle disposizioni contenute nella parte III sui contratti di concessione "*i servizi non economici di interesse generale*") e sostiene che la concessione in oggetto non potrebbe qualificarsi come attività economica, avendo finalità mutualistica.

Peraltro, ad avviso dell'appellante, anche ove si ritenesse applicabile il secondo comma dell'art. 164, questo estende alle concessioni l'applicazione delle disposizioni concernenti gli appalti pubblici "*per quanto compatibili*", sicché la sentenza sarebbe mancante della verifica sulle norme compatibili con la concessione in oggetto.

In particolare, i principi e le norme sui requisiti di qualificazione negli appalti di lavori pubblici non potrebbero essere trasposti *sic et simpliciter* alla gestione di un impianto sportivo. Inoltre, nel presente caso, non si discuterebbe di un requisito tecnico per l'esecuzione di un servizio, ma di un requisito di ammissione al dialogo competitivo, richiesto nei confronti dell'a.t.i., e non di ciascuno dei suoi componenti.

LAVORI PUBBLICI

Per la partecipazione alla gara delle a.t.i. la lettera d'invito, non ha (più) richiesto la pregressa gestione di impianti sportivi, ma soltanto l'indicazione delle attività oggetto di affidamento che sarebbero state svolte da ciascuno degli associati: nel caso del r.t.i. appellante, l'attività di gestione dell'impianto è espletata dalla mandante, in possesso del relativo requisito.

3.2. Col secondo motivo (*Erronea interpretazione delle previsioni della lex specialis. La pregressa gestione d'impianti non è una qualifica ma un requisito di partecipazione che può essere posseduto anche solo dall'r.t.i.*) viene esplicitata l'affermazione, già presente nell'illustrazione del primo motivo, secondo cui la "*pregressa esperienza nella gestione di impianti sportivi*" sarebbe requisito previsto soltanto per la fase I di ammissione al dialogo competitivo.

L'appellante precisa che, essendo riferito al "soggetto" partecipante alla procedura, il requisito di ammissione sarebbe stato richiesto in capo al r.t.i., e non a ciascuno dei componenti del raggruppamento. A conferma di ciò vi sarebbero:

- l'avviso di indizione della gara laddove ricomprendeva tra i documenti da allegare una relazione illustrativa riguardante genericamente anche "*l'esistenza delle pregresse esperienze di gestione e/o ancora attive, nell'organizzazione di attività sportive, e di formazione di atleti nel gioco del tennis*", riferita all'intero raggruppamento;
- la risposta data dal Comune ad una FAQ, dove precisava che il requisito riguardava la fase I ed era perciò superato nella fase III.

Secondo l'appellante, i requisiti di qualificazione sono infatti soltanto quelli specificamente previsti per tale ultima fase, per la quale la lettera d'invito, dopo aver richiamato l'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, dispone che, in caso di r.t.i., tutti gli associati devono appartenere alla categoria dei soggetti ammessi e possedere "*i requisiti definiti dalla lettera di invito per l'ammissione alla gara […]*", tra i quali, alle lettere da a) ad h), non vi è (più) quello della pregressa esperienza nella gestione degli impianti sportivi.

LAVORI PUBBLICI

Ancora, il bando attribuisce specifico punteggio a tale requisito (fino a 7 punti) e precisa che "*in caso di RTI i requisiti non sono cumulabili e viene valutato solamente l'associato in possesso del requisito in grado di ottenere il maggior punteggio ed in caso di parità verrà valutato solamente uno degli associati*": da ciò la conferma che non di requisito di partecipazione si sarebbe trattato ma di requisito di ammissione al dialogo competitivo ed, in fase di gara, utile esclusivamente per conseguire maggior punteggio tecnico.

3.3. Col terzo (*Nel caso di r.t.i. comunque denominati i requisiti devono essere posseduti dal r.t.i. e non da ogni singolo concorrente*) e col quarto motivo (*Erronea interpretazione del bando di gara laddove il giudice ha escluso la possibilità di r.t.i. verticali pur previsti dal bando che richiede l'indicazione delle parti d'esecuzione*) si censurano le affermazioni della sentenza secondo cui alla gara avrebbero potuto partecipare soltanto r.t.i. orizzontali e pertanto ogni impresa componente avrebbe dovuto essere in possesso dei requisiti o della qualifica di ammissione in misura corrispondente alla sua quota di partecipazione.

In senso contrario a tale ultima affermazione l'appellante richiama la giurisprudenza secondo cui per i servizi e le forniture, per i quali non vi è un sistema di qualificazione SOA normativo, spetta alla stazione appaltante decidere se introdurre sistemi di qualificazione e in che misura disporne la ripartizione in sede di a.t.i.. Osserva quindi che la *lex specialis* non ha previsto alcun requisito di qualificazione indispensabile a carico dei singoli operatori, né ha indicato un requisito minimo, sicché il r.t.i. appellante sarebbe costituito in conformità al bando.

4. I motivi, che, essendo connessi, vanno trattati congiuntamente, sono fondati, nei limiti e per le ragioni di cui appresso.

4.1. Va premesso che, sebbene sia controverso tra le parti se l'impianto sportivo oggetto di concessione (collocato su aree di proprietà privata, delle quali il Comune

LAVORI PUBBLICI

di Loano risulta essere conduttore in forza di contratti di locazione di diritto privato) appartenga o meno al patrimonio indisponibile comunale, la questione, così posta (secondo le reciproche prospettive, per cui l'appartenenza o meno dell'impianto sportivo al patrimonio indisponibile comunale darebbe o non darebbe luogo ad una concessione di beni), non è invece rilevante ai fini della qualificazione della concessione oggetto dell'affidamento né, di conseguenza, dell'individuazione della disciplina applicabile alla procedura di gara.

Allo scopo è sufficiente ribadire che, per gli impianti sportivi, in ragione della centralità della gestione, in vista della quale l'affidamento del bene è strumentale, essa si caratterizza come servizio pubblico.

Come di recente questa Sezione ha evidenziato, in termini assolutamente condivisibili "*nel caso della gestione di impianti sportivi comunali si tratta, in particolare, di un servizio pubblico locale, ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 267/2000, per cui l'utilizzo del patrimonio si fonda con la promozione dello sport che, unitamente all'effetto socializzante ed aggregativo, assume in ruolo di strumento di miglioramento della qualità della vita a beneficio non solo per la salute dei cittadini, ma anche per la vitalità sociale della comunità (culturale, turistico, di immagine del territorio, etc.).*" (Cons. Stato, V, 28 gennaio 2021, n. 858).

Ne discende che, sotto il profilo considerato, l'affidamento in via convenzionale di immobili, strutture, impianti, aree e locali pubblici – anche quando appartenenti al patrimonio indisponibile dell'ente, ai sensi dell'art. 826 del c.c., purché destinati al soddisfacimento dell'interesse della collettività allo svolgimento delle attività sportive – "*non è sussumibile nel paradigma della concessione di beni, ma struttura, per l'appunto, una concessione di servizi*" (Cons. Stato, V, n. 858/21, citata).

4.1.1. Sostiene l'appellante che, anche così qualificato l'oggetto dell'affidamento, la relativa procedura rientrerebbe nella previsione del terzo comma dell'art. 164 del Codice dei contratti pubblici, non del secondo comma, come ritenuto in sentenza.

LAVORI PUBBLICI

Pertanto essa sarebbe sottratta all'applicazione delle disposizioni della parte III del d.lgs. n. 50 del 2016.

La deduzione è corretta poiché risulta dagli atti che l'impianto in questione è stato qualificato "*privo di rilevanza economica*" con deliberazione della Giunta del Comune di Loano n. 83 del 21 settembre 2016 aggiornata con deliberazione n. 96 del 12 ottobre 2017.

In linea generale, infatti, la distinzione dell'art. 164 tra servizi "economici" e "non economici" va letta alla stregua della terminologia delle fonti euro-unitarie, di modo che essa sta a differenziare i servizi remunerativi da quelli non remunerativi, vale a dire i servizi che abbiano o meno la possibilità di coprire i costi di gestione attraverso i corrispettivi dell'attività in ambito concorrenziale.

Il servizio di interesse generale è "non economico" ai sensi e per gli effetti dell'art. 164 del Codice dei contratti pubblici quando non può essere fonte di remunerazione perché il mercato non è in grado o non è interessato a fornire le prestazioni che ne sono oggetto.

Per gli impianti sportivi si è chiarito in giurisprudenza che la redditività "*deve essere apprezzata caso per caso, con riferimento alla soluzione organizzativa prescelta dall'ente locale per soddisfare gli interessi della collettività, alle specifiche modalità della gestione, ai relativi costi ed oneri di manutenzione, alla struttura tariffaria (libera od imposta) per l'utenza, alla disciplina delle quote sociali, alla praticabilità di attività accessorie etc.*" (così Cons. Stato, V, n. 858/21 citata).

Giova precisare che il d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 38, emanato in attuazione della legge delega 8 agosto 2019, n. 86 (contenente, tra l'altro, principi e criteri direttivi in materia di esercizio di impianti sportivi) ha previsto all'art. 6 che gli affidamenti della gestione degli impianti sportivi, che l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente, "*sono disposti nel rispetto delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e della normativa euro-unitaria*

LAVORI PUBBLICI

vigente". Con l'art. 12, comma 1, lett. c), è stato quindi abrogato l'art. 90 (*Disposizioni per l'attività sportiva dilettantistica*), comma 25, della legge 27 dicembre 2002, n. 289.

La disciplina di recente introduzione è tuttavia inapplicabile nel caso di specie, attese la sopravvenienza, nonché la modifica apportata dal d.l. 22 marzo 2021, n. 41, convertito con modificazioni dalla legge 21 maggio 2021, n. 69, che ha disposto (con l'art. 12 bis, comma 1) la proroga al 31 dicembre 2023 dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 38 del 2021.

Con la conseguenza che, nelle more, per l'affidamento degli impianti sportivi aventi rilevanza economica, si segue il già detto modello della concessione di servizi, ai sensi dell'art. 164, comma 2, e dell'art. 3, comma 1, lett. vv), del Codice dei contratti pubblici; per l'affidamento degli impianti non aventi rilevanza economica si segue il modello della concessione strumentale di bene pubblico ovvero della relativa gestione, sottratta all'applicazione del Codice dei contratti pubblici, in coerenza con la previsione dell'art. 164, comma 3, a meno che l'ente locale non preferisca fare ricorso all'appalto di servizi ai sensi degli artt. 140 e seg. dello stesso Codice (cfr. Cons. Stato, V, n. 858/2021, che richiama la delibera ANAC 14 dicembre 2016, n. 1300).

4.1.2. La scelta organizzativa operata dal Comune di Loano per l'utilizzazione dell'impianto di tennis comunale risulta dalle delibere n. 83/2016 e n. 96/2017, su menzionate.

La Giunta comunale ha ivi premesso di voler dare seguito alla su menzionata previsione dell'art. 90, comma 25 (tuttora vigente, essendo stata differita l'abrogazione al 31 dicembre 2023), della legge 27 dicembre 2002, n. 289, quanto all'affidamento di impianti sportivi "*che l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente*", e quindi ha dato conto dell'indicazione normativa – rimasta immutata anche a seguito delle varie modifiche della disposizione, da ultimo introdotte dall'art. 1, comma 361, lett. b), della legge 27 dicembre 2017, n. 205 e

LAVORI PUBBLICI

successivamente dall'art. 13, comma 4, lett. b), del decreto legge 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2018, n. 96 – dell'affidamento "*in via preferenziale*" a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali, mediante modalità di affidamento disciplinate dalla Regione.

Dato ciò, ha fatto applicazione dei criteri e dei "*percorsi per l'affidamento di gestione*" fissati dalla Regione Liguria col T.U. in materia di sport 7 ottobre 2009, n. 40, modificato con la legge regionale 7 agosto 2014, n. 23. Ai sensi dell'art. 20, comma 1, spetta agli enti territoriali proprietari degli impianti sportivi non gestiti direttamente individuare quali di essi abbiano rilevanza economica, differenziando le procedure di selezione dell'affidamento della gestione di tali impianti a seconda che rientrino in una o nell'altra delle due categorie.

Il Comune di Loano, per individuare la categoria di appartenenza dei diversi impianti sportivi comunali, ha richiamato il regolamento comunale vigente approvato con deliberazione del consiglio comunale n. 32 in data 11 agosto 2009 e modificato con deliberazione del consiglio comunale n. 7 in data 22 marzo 2016. In base alle previsioni regolamentari e, dato atto di un'analisi delle "*caratteristiche funzionali e strutturali degli impianti sportivi di proprietà dell'Amministrazione*", effettuata dagli uffici comunali competenti, ha concluso che gli impianti inseriti nell'allegato alle citate deliberazioni (tra cui rientra l'impianto per il gioco del tennis) "*risultano non di rilevanza economica in quanto il risultato delle gestioni risulta negativo*".

Con la prima delle dette delibere, confermata dalla seconda, si è quindi dato mandato, per le concessioni in scadenza al 31 dicembre 2016 (tra cui quella dell'impianto di tennis), al dirigente dell'ufficio competente per l'avvio della procedura ad evidenza pubblica per i nuovi affidamenti utilizzando le prescrizioni dell'art. 18 del regolamento (riguardante gli impianti privi di rilevanza economica,

LAVORIPUBBLICI

mentre l'art. 19 disciplina gli affidamenti degli impianti di rilevanza economica) "*e confermando la compartecipazione economica*" del Comune alle spese di gestione.

Hanno fatto seguito una prima procedura (demandata alla Stazione Unica Appaltante della Regione Liguria, i cui atti sono stati annullati con sentenza del T.a.r. Liguria 4/17 ottobre 2018, n. 826, e successivamente annullata anche in autotutela) e poi la procedura oggetto del presente contenzioso.

Sebbene quest'ultima sia stata indetta ai sensi dell'art. 59, comma 2, del Codice dei contratti pubblici con dialogo competitivo, perché alla precedente procedura erano state ammesse due offerte risultate entrambe anomale, va evidenziato che sia l'atto di indirizzo politico-amministrativo di cui alla deliberazione della Giunta comunale n. 45 del 17 aprile 2019, che gli atti di gara (la determinazione dirigenziale n. 190 del 6 maggio 2019 di approvazione dell'avviso pubblico di indizione di dialogo competitivo e la lettera d'invito/disciplinare di avvio della III fase del dialogo competitivo in esecuzione della determinazione n. 306 del 31 luglio 2019) richiamano espressamente l'art. 18 del regolamento comunale sugli impianti sportivi. Tenuto conto che, come detto, questa disposizione riguarda gli impianti sportivi *privi di rilevanza economica* - contrapponendo le modalità di affidamento della concessione di gestione di tali impianti a quelle di evidenza pubblica secondo il Codice dei contratti pubblici, di cui al successivo art. 19 (riguardante gli impianti aventi rilevanza economica) – e considerato che non risultano revocate, ma anzi confermate, le deliberazioni della Giunta comunale su citate che hanno qualificato come privo di rilevanza economica l'impianto *de quo*, gli atti di indizione e di svolgimento della procedura di gara per la selezione del concessionario vanno necessariamente intesi nel senso che la procedura è stata soltanto *modellata* su quella di cui all'art. 64 del d.lgs. n. 50 del 2016.

In definitiva, l'ente locale non era tenuto all'osservanza delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici in applicazione dell'art. 164, comma 3, perché ha

qualificato il servizio oggetto di concessione come privo di rilevanza economica e non ha ritenuto di fare ricorso all'appalto di servizi ai sensi degli artt. 140 e seg..
La fattispecie rientra nella previsione dell'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016.
Dovendo perciò l'affidamento avvenire "*nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*", l'osservanza della disposizione è stata garantita dall'amministrazione comunale mediante l'indizione di una procedura modellata su quella di cui all'art. 64 del d.lgs. n. 50 del 2016.
Giova evidenziare che negli atti dell'ente locale non mancano profili di incongruenza, quali ad esempio il richiamo esplicito dell'art. 165 del d.lgs. n. 50 del 2016 (in tesi, inapplicabile) ovvero alcuni contenuti dell'avviso pubblico di indizione del dialogo competitivo (che nelle "caratteristiche dell'affidamento" attribuisce al concessionario il "rischio operativo" relativo alla gestione degli impianti, salvo poi a riservare all'esito della fase II la previsione di eventuale contributo economico dell'amministrazione per la compartecipazione alle spese di gestione della struttura e alle spese di investimento presentate) cui corrispondono le FAQ, laddove, dopo aver ribadito la mancanza di rilevanza economica dell'impianto, è stato precisato che "*la procedura del dialogo competitivo demanda al candidato la predisposizione di progettazione e piano economico finanziario: verranno pertanto prese in considerazione anche progettazioni che propongono piani di gestione senza compartecipazione economica da parte dell'ente*".
4.1.3. Malgrado tali incongruenze, rileva, ai fini della decisione, che, nel giudizio, non siano contestate le disposizioni del regolamento comunale sugli impianti sportivi che distinguono, rispettivamente agli artt. 18 e 19, le procedure di affidamento delle relative concessioni, a seconda della rilevanza economica riconosciuta agli impianti sportivi dal Comune di Loano.

LAVORI PUBBLICI

Inoltre, non sono stati impugnati né le deliberazioni della Giunta comunale che vi hanno dato attuazione, qualificando come privo di rilevanza economica l'impianto sportivo comunale per il gioco del tennis, perché in sé non remunerativo, né gli atti di indirizzo politico-gestionale e quelli di indizione della presente procedura di gara che hanno qualificato il servizio di gestione dell'impianto sportivo oggetto di affidamento come non economico.

Ne consegue che, in accoglimento dei primo dei su illustrati motivi, la procedura di affidamento, in applicazione dell'art. 164, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, va ritenuta svincolata dal rispetto delle norme della parte III dello stesso codice e regolata dalla *lex specialis* dettata dall'avviso pubblico di indizione del dialogo competitivo e dalla lettera d'invito/disciplinare, nonché dalle disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016, nei limiti in cui sono richiamate.

4.2. Il motivo (erroneamente) accolto dalla sentenza gravata si fonda proprio su un'apposita previsione della legge di gara, contenuta, come sottolinea l'appellante, non nella lettera d'invito, bensì nell'avviso pubblico di indizione del dialogo competitivo.

Ai fini dell'ammissione a partecipare alla procedura era infatti previsto che i soggetti istanti, "*pena l'inammissibilità dell'istanza*", dovessero possedere, tra gli altri, il requisito obbligatorio esperienziale di "*gestione di impianti sportivi della specialità sportiva prevalente praticata all'interno dell'impianto da attestare nella domanda di partecipazione*".

L'avviso non distingue le candidature provenienti da associazioni ed enti in forma singola da quelle provenienti da associazioni ed enti in forma associata tra loro, nulla prevedendo per la partecipazione in r.t.i.

Esso prescrive che la "*domanda di partecipazione*" per la manifestazione d'interesse sarebbe dovuta provenire dai "*soggetti interessati alla presente procedura*", senza alcunché specificare a proposito delle partecipazioni in associazione; correlato è il dato, evidenziato dall'appellante, che la domanda di partecipazione dovesse essere

LAVORIPUBBLICI

corredata da una relazione illustrativa "*da cui emerge in modo incontrovertibile il possesso di esperienze pregresse e/o ancora attive nella gestione di impianti sportivi e nella organizzazione di attività sportive e di formazione degli atleti nel gioco del tennis*".

Il soggetto istante è perciò preso in considerazione come unico, anche se costituito da più enti o associazioni in r.t.i., ed il requisito di "partecipazione" è configurato come requisito di ammissione al dialogo competitivo riferito, in caso di unica istanza proveniente da più soggetti che si sarebbero associati in r.t.i., al raggruppamento nel suo complesso e non ai singoli componenti.

L'avviso riserva poi alla lettera d'invito alla fase III la specificazione dei termini, delle condizioni e delle modalità di presentazione delle offerte da parte degli enti o delle associazioni concorrenti.

Effettivamente nella lettera d'invito sono specificati i requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante, in particolare nei confronti dei candidati partecipanti in associazione, per i quali si prevede che "*E' ammessa la partecipazione come RTI ai sensi dell'art. 48 del D. Lgs 50/2016 purché tutti i soggetti raggruppati/raggruppandi appartengano alla categoria dei soggetti ammessi alla gara e posseggano i requisiti definiti dalla lettera di invito per l'ammissione alla gara (ad eccezione del direttore sportivo per cui è sufficiente l'indicazione di un solo soggetto a cura della capogruppo ovvero da parte di uno degli associati)*".

Si tratta dei requisiti indicati nelle precedenti lettere da a) ad h), che, come si dirà, sono sostanzialmente requisiti soggettivi di idoneità professionale, tra i quali non è prevista la pregressa esperienza di gestione degli impianti sportivi, che ha portata tecnico-professionale.

4.3. Ritenuto sufficiente all'ammissione al dialogo competitivo il possesso di tale esperienza in capo al r.t.i. nel suo complesso, restano superate le questioni poste dalla qualifica di raggruppamento verticale attribuita al r.t.i. Tennis Zizzini dall'atto costitutivo.

LAVORI PUBBLICI

Fatto salvo quanto si dirà in merito al terzo motivo del ricorso introduttivo, riproposto dal Tennis Club Loano, a proposito della natura e della forma del raggruppamento aggiudicatario, l'accoglimento del primo e del secondo motivo d'appello comporta l'assorbimento dei motivi terzo e quarto.

4.3.1. La sentenza di primo grado va infatti riformata laddove ha ritenuto che il raggruppamento capeggiato dalla A.S.D. Tennis e sport educativo Alberto Zizzini dovesse essere escluso dalla gara perché l'associazione Tennis Zizzini non aveva maturato pregresse esperienze di gestione di impianti sportivi.

All'ammissione al dialogo competitivo era infatti sufficiente il possesso del requisito in capo all'altra componente del raggruppamento, l'ASD Tennis Club Toirano.

5. Con la memoria di costituzione in appello il Tennis Club Loano ha riproposto i seguenti motivi del ricorso introduttivo (che si indicano con l'originaria numerazione, come nell'atto di parte), assorbiti dalla decisione di primo grado.

5.1. Col primo (*Violazione di legge con riferimento agli artt. 2 Carta costituzionale, 1173, 1366 e 1375 codice civile, 14 e ss., 36 e ss. codice civile, anche con riferimento all'art. 2, lett. a), del disciplinare di gara*) si sostiene che il Tennis Zizzini non avrebbe potuto partecipare alla procedura perché mancante dei requisiti soggettivi in quanto non si tratterebbe di un'associazione sportiva dilettantistica, ma - come le vicende dell'ASD nel corso del tempo dimostrerebbero - si sarebbe in presenza di un sodalizio familiare, riconducibile, attualmente, alla forma giuridica dell'impresa familiare ex art. 230 bis cod. civ., avente fine di lucro. Sarebbe perciò aggirata la legge di gara e sarebbero frustrare le finalità del Comune di Loano che concede il bene pubblico all'uso associativo al solo fine di perseguire interessi pubblici e mai quelli dei privati gestori, neppure mediatamente. Si configurerebbe, con ciò, la tipica ipotesi di abuso del diritto, in violazione delle norme costituzionali e del codice civile richiamate in rubrica.

LAVORIPUBBLICI

5.2. Col terzo (*Violazione dell'art. 48 e dell'art. 64 del D.lgs. n. 50/2016 e violazione dell'avviso pubblico di avvio della procedura di dialogo competitivo approvato con determinazione dirigenziale n. 190/2019 nonché della lettera invito/disciplinare per la terza fase approvato con determina dirigenziale n. 306 del 31 luglio 2019*) si censura l'operato del Comune di Loano perché la legge di gara, risultante dalla lettera d'invito/disciplinare, pur avendo richiamato nell'avviso pubblico di dialogo competitivo il d.lgs. n. 50 del 2016, non aveva poi effettuato alcuna suddivisione tra prestazioni principali e secondarie, di modo che non avrebbe potuto essere ammesso alla partecipazione il r.t.i. controinteressato che si è candidato come raggruppamento di imprese di tipo verticale.

5.3. Col quarto motivo (*Violazione/falsa applicazione della lettera d'invito/disciplinare sul contenuto della Busta 2 "Offerta progettuale"*) si premette che, dovendo i partecipanti inserire la documentazione relativa al piano di gestione, individuando quattro piani delle attività, tra le quali la voce "d" (interventi di manutenzione straordinaria), avrebbero dovuto indicare per questa voce "*le modalità di copertura dell'investimento anche dal punto di vista delle garanzie presentate*". Si sostiene, quindi, che dalla relazione del r.t.i. controinteressato si desumerebbero ben sei interventi per i quali non sarebbero state indicate né le modalità di copertura né le garanzie richieste dalla lettera d'invito/disciplinare: avendo fatto riferimento alla futura stipulazione di un mutuo, l'investimento si sarebbe potuto ritenere effettivamente coperto solo se si fosse dimostrata la possibilità di sostenere il mutuo, mentre l'a.t.i. controinteressata non aveva fornito questa dimostrazione, né avrebbero avuto pregio le garanzie degli allegati 8a e 8b in quanto non riferite specificamente all'impresa e prive del richiesto contenuto.

5.4. Col quinto motivo (*Violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016. Difetto di istruttoria e di motivazione*) si afferma che il punteggio attribuito all'a.t.i. controinteressata per il prezzo e per gli altri elementi è tale che, se le offerte

LAVORI PUBBLICI

fossero state più di tre, la sua offerta sarebbe stata soggetta a verifica automatica di anomalia, obbligatoria ex art. 97, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016, di modo che il Comune avrebbe dovuto ragionevolmente procedere alla verifica comunque ai sensi del comma *1* dello stesso art. 97.

5.5. Col sesto motivo (*Violazione degli artt. 7 e 18 del Regolamento sugli impianti sportivi del Comune di Loano*) si evidenzia che l'impianto in questione è privo di rilevanza economica (come deliberato dalla Giunta del Comune di Loano) ed i criteri di selezione delle offerte avrebbero dovuto prevedere la valorizzazione dei titoli di priorità nell'assegnazione indicati dagli artt. 7 e 18 del regolamento, in ordine ai quali il Tennis Club Loano sarebbe stato certamente prevalente, con riguardo alla sede, al numero di tesserati agonistici, all'organizzazione ovvero partecipazione a campionati, tornei e manifestazioni sportive di interesse internazionale e nazionale, al numero di tesserati nei settori giovanili.

5.6. Col settimo motivo (*Violazione dell'art. 95, comma 10 bis del d.lgs. n. 50/2016*) si sostiene che i punteggi riferiti al valore degli aspetti economici dell'offerta superavano il limite del 30% posto dalla norma indicata in rubrica.

5.7. Con l'ottavo motivo (*Violazione dell'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016. Difetto di istruttoria e motivazione. Violazione dell'art. 3 della L. n. 241/1990*) si sostiene l'illegittima composizione della commissione, perché nessun commissario sarebbe stato esperto nel settore della gestione di impianti sportivi dedicati al gioco del tennis e, comunque, in grado di valutare gli aspetti prettamente sportivi con riferimento allo sport del tennis. Tale inesperienza, inoltre, si sarebbe riflessa nell'attribuzione dei punteggi alle due concorrenti, "*profondamente ingiusta e manifestamente illogica*" (per non avere considerato i risultati raggiunti da ciascuno dei due contendenti nei campionati svolti l'anno precedente e le figure di riferimento e lo staff tecnico del Tennis Club Loano, nonché per non aver saputo distinguere le attività di manutenzione ordinaria da quelle di manutenzione straordinaria).

LAVORI PUBBLICI

6. I motivi non sono fondati e vanno respinti per le ragioni che di seguito si espongono.

6.1. La lettera d'invito ha previsto i requisiti soggettivi di partecipazione, fra cui quello dell'essere associazione o società con finalità coerenti con la destinazione d'uso degli impianti, senza finalità di lucro e con democraticità della struttura.

L'associazione Tennis Zizzini è costituita nella forma dell'associazione sportiva dilettantistica ed ha fornito copia dell'atto costitutivo e dello statuto, che sono stati verificati dall'amministrazione e sono risultati conformi ai criteri stabiliti dall'invito.

Il dato formale - unito alla valutazione che il progetto di gestione presentato in gara fosse concepito in modo coerente con l'assenza di finalità lucrativa in capo all'associazione stessa – è sufficiente all'ammissione alla partecipazione.

La ricorrente Tennis Club Loano sembra alludere ad una sorta di simulazione relativa dell'atto costitutivo dell'associazione controinteressata (arg. ex art. 1414, co. 2, cod. civ.) che, in mancanza di accertamento giurisdizionale nella competente sede civile, resta asserzione di parte, priva di rilevanza nella procedura di gara.

Sia la richiamata previsione della lettera d'invito, che, a monte, le disposizioni dell'art. 90, comma 25, della legge n. 289 del 2002, dell'art. 20 del T.U. regionale n. 40 del 2009 e succ.mod. e dell'art. 18 del regolamento comunale sugli impianti sportivi, riferendosi, secondo la dizione di quest'ultimo, a "*Federazioni Sportive Nazionali , Enti di promozione e propaganda sportiva, Società ed Associazioni Sportive senza fini di lucro, che perseguono finalità formative, ricreative e sociali nell'ambito dello sport e del tempo libero*", individuano i soggetti potenziali concessionari in base alla forma associativa che risulta dall'atto costitutivo ed agli elementi e alle finalità che risultano dallo statuto (in particolare: *assenza di finalità di lucro; democraticità della struttura; elettività e gratuità delle prestazioni fornite dagli aderenti; obbligo di redazione del bilancio o rendiconto economico finanziario*), ma non richiedono affatto all'amministrazione ulteriori indagini sulla composizione della compagine o degli

organi associativi, quali quelle che il motivo in oggetto necessariamente presuppone.

Esso va quindi respinto, senza che sia necessario entrare nel merito degli elementi di fatto che, a detta della ricorrente Tennis Club Loano, dovrebbero smentire le risultanze dell'atto costitutivo e dello statuto dell'associazione sportiva dilettantistica controinteressata.

6.2. Il terzo motivo si fonda - così come in parte anche la sentenza gravata - sull'interpretazione che la giurisprudenza amministrativa ha dato dell'art. 48, comma 2, del Codice dei contratti pubblici quando ha affermato che, in mancanza di indicazioni nella legge di gara su quali siano le prestazioni principali e quelle secondarie in un appalto di servizi o forniture, non sono configurabili raggruppamenti di tipo verticale, ma soltanto di tipo orizzontale, nei quali ogni impresa componente, ancorché mandante, deve possedere i requisiti di partecipazione previsti dal bando (cfr. Cons. Stato, V, 5 aprile 2019, n. 2243 e id. 7 ottobre 2020, n.5936, tra le altre).

Si tratta di giurisprudenza inapplicabile nel caso di specie, sia perché essa presuppone che il servizio oggetto di affidamento si componga di diverse prestazioni e che le componenti del raggruppamento abbiano competenze differenziate, attestate dal possesso di requisiti di idoneità e di qualificazione differenziati in riferimento alle diverse prestazioni del servizio; sia perché l'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 non solo non è disposizione espressamente richiamata dalla *lex specialis* della gara *de qua*, ma è anzi incompatibile con la concessione di gestione dell'impianto sportivo oggetto del presente contenzioso, nei termini in cui ne pretende l'applicazione la ricorrente Tennis Club Loano.

6.2.1. Quanto al primo profilo, va ritenuto che l'art. 48, comma 2, sia applicabile soltanto quando nel contesto del servizio da affidare siano identificabili più

LAVORI PUBBLICI

prestazioni, per ciascuna delle quali siano richieste dalla legge di gara *competenze specifiche e differenziate*.

La disposizione risulta infatti corrispondente a quella del precedente comma 1, che, in riferimento agli appalti di lavori, distingue tra lavori di categoria prevalente e lavori di categoria scorporabile, per i quali, tenuto conto del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, è insita la diversità dei requisiti di qualificazione.

Poiché, invece, per gli appalti di servizi non vi è un sistema di qualificazione normativo, spetta alla stazione appaltante decidere se introdurre un sistema di qualificazione ed in che misura disporre la ripartizione dei requisiti tra i partecipanti al r.t.i., ai sensi dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, III, 17 giugno 2019, n. 4025 e, da ultimo, id., V, 12 febbraio 2020, n. 1101).

Ne consegue che, in tanto può rilevare la distinzione tra prestazione principale e prestazioni secondarie, in quanto la stazione appaltante, nel rispetto dell'art. 48, comma 2, abbia indicato nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie ovvero, qualora non vi abbia provveduto, tale distinzione sia comunque praticabile avuto riguardo all'*oggetto dell'appalto* e ai *requisiti di qualificazione* richiesti.

Quando si verta in una situazione oggettiva siffatta - analoga a quella che si verifica negli appalti di lavori nel rapporto tra categoria prevalente e categorie scorporabili- e soltanto nel caso in cui si possa distinguere tra prestazione principale e prestazioni secondarie, è configurabile la qualificazione normativa dei raggruppamenti, che distingue, in correlazione alle prestazioni, il raggruppamento verticale – che si ha quando il mandatario esegue le prestazioni di servizi indicate come principali e i mandanti quelle indicate come secondarie – e il raggruppamento orizzontale – che si ha quando, ferma restando la disomogeneità delle prestazioni, gli operatori economici del raggruppamento eseguono il medesimo tipo di prestazione.

LAVORI PUBBLICI

A tale assetto normativo – già dato nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006 e meglio precisato dal d.lgs. n. 50 del 2016 – si riferisce la decisione dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, 13 giugno 2012, n. 22, laddove ha chiarito che "*La distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali – oggi enunciata sul piano legislativo dall'art. 37, commi 1 e 2, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce) poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale l'a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti oggetto dell'appalto mentre l'a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell'a.t.i. di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili*".

Parimenti la giurisprudenza formatasi successivamente in tema di requisiti di qualificazione negli appalti di servizi va letta tenendo conto del sistema di qualificazione dettato dalla stazione appaltante in ciascuno dei casi oggetto delle relative pronunce.

Pertanto, l'orientamento giurisprudenziale richiamato pure nella sentenza appellata, secondo cui, in caso di mancata indicazione della prestazione principale da parte della stazione appaltante, non sono configurabili raggruppamenti di tipo verticale, sta a significare soltanto che, in assenza di suddivisione espressamente compiuta dalla stazione appaltante, i concorrenti non possano di propria iniziativa scomporre le prestazioni in affidamento in modo da individuare prestazione principale e prestazioni secondarie (cfr. Cons. Stato, sez. V 5 aprile 2019, n. 2243; V, 14 maggio 2018, n. 2855; V, 7 dicembre 2017, n. 5772), potendo perciò partecipare soltanto nella forma del raggruppamento orizzontale. Si tratta però di

LAVORI PUBBLICI

divieto rilevante soltanto in correlazione ai requisiti di qualificazione richiesti dalla legge di gara.

Infatti, quando la stazione appaltante non abbia effettuato la distinzione di cui all'art. 48, comma 2, la giurisprudenza finisce per considerare unitariamente le diverse prestazioni di cui si compone il servizio da affidare, avendo chiarito che "*Il testuale riferimento legislativo al «tipo» di prestazione (e non alla prestazione concretamente svolta, e così ad un concetto astratto piuttosto che concreto) va inteso … nel senso che ciascun operatore economico dev'essere in grado, per le competenze possedute, di partecipare all'esecuzione dell'unica prestazione; quest'ultima, poi, altro non può essere che la prestazione oggetto del servizio da affidare (in tal senso, cfr. Cons. Stato, V, 16 aprile 2013, n. 2093) e le competenze non possono essere che quelle richieste dal bando di gara*" (così Cons. Stato, V, 4 gennaio 2018, n. 51).

Dato quanto sopra, in tale eventualità, ferma restando la natura sostanzialmente orizzontale del raggruppamento, vale poi la regola secondo cui è comunque consentito di indicare, in termini percentuali o descrittivi, le parti del servizio alle quali ciascun componente il raggruppamento si impegna alla stregua di un mero riparto interno delle attività rientrante nelle scelte organizzative del raggruppamento. Si tratta di un riparto coerente con l'onere di specificazione delle parti del servizio previsto dall'art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 e per la cui ammissibilità non è affatto necessario che le parti di servizio assegnate a ciascuno dei componenti il raggruppamento siano perfettamente coincidenti e sovrapponibili fra loro (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922; id., III, 21 gennaio 2019, n. 519).

In sintesi, un'interpretazione non meramente letterale dell'art. 48, comma 2 e 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, ma fedele alla *ratio* (per la quale cfr. Cons. Stato, III, n. 519/2019 citata), comporta il seguente duplice ordine di conseguenze:

LAVORI PUBBLICI

- quanto ai *requisiti di qualificazione*, è necessario, in mancanza di distinzione tra prestazioni principale e secondarie, ai sensi del comma secondo, che ciascun componente il raggruppamento sia in possesso di identica specializzazione professionale, ovvero disponga delle competenze richieste per eseguire la prestazione oggetto del servizio da affidare, da considerarsi come unica anche se descrittivamente complessa; in definitiva, è necessario il possesso, da parte di tutte le imprese del raggruppamento, dei *requisiti soggettivi di idoneità professionale* richiesti per l'esecuzione del servizio oggetto di affidamento, complessivamente considerato (cfr. Cons. Stato, V, 21 febbraio 2020, n. 1319), fatte salve le specifiche previsioni della legge di gara a proposito dei *requisiti di capacità tecnico professionale* (cfr. Cons. Stato, V, n. 1101/2020 citata);
- quanto alla *natura del raggruppamento*, esso va qualificato come orizzontale proprio in ragione di detta identità di competenze, non rilevando in senso contrario il riparto interno di attività ai sensi del comma quarto.

Conseguentemente, dal punto di vista strutturale, è sufficiente che ciascuna impresa del raggruppamento sia coinvolta nell'esecuzione di una o più delle parti di cui si compone il servizio; dal punto di vista funzionale, la mera scomposizione qualitativa interna del r.t.i. è compatibile con l'istituto del r.t.i. orizzontale e non vale ad identificare un r.t.i. verticale, per il quale occorre, invece, una *differente spendita del possesso dei requisiti di qualificazione* (Cons. Stato, III, 8 ottobre 2018, n. 5765 e id., V, n. 7922/19 citata).

Pertanto, se, in linea di principio, a proposito della natura del raggruppamento va data prevalenza alle dichiarazioni rese dalle interessate (cfr. Cons. Stato, III, 24 aprile 2018, n. 2641), è pure coerente con la ricostruzione sistematica che precede l'affermazione giurisprudenziale, che si ribadisce, per la quale "*la diversità delle prestazioni, tale da escludere il carattere orizzontale del raggruppamento, ricorre solo se ciascuna delle imprese possiede specializzazioni e competenze diverse da quelle richieste dal bando,*

finalizzate all'esecuzione di un'attività non corrispondente a quella oggetto del contratto" (cfr. Cons. Stato, V, n. 51/2018, citata; nello stesso senso, Cons. Stato, III, 8 ottobre 2018, n. 5765).

Né è di ostacolo alla su esposta interpretazione dell'art. 48, commi 2 e 4, il disposto del secondo periodo del comma 5 dello stesso articolo. Si ritiene che questo non possa essere interpretato come se collegasse la limitazione della responsabilità solidale delle mandanti alla mera qualificazione del raggruppamento come verticale che le stesse abbiano dato nei documenti di gara. All'opposto, il testo della disposizione favorisce la lettura "sostanzialistica" della partecipazione in forma plurisoggettiva, prevedendo che "*nel caso di servizi e forniture … la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza*", ma precisando che la regola vale "*per gli assuntori di prestazioni secondarie*": ciò, che sta a significare che, a prescindere dal *nomen iuris* attribuito al raggruppamento, quando la prestazione oggetto di affidamento sia considerata come unica, tale quindi da non potersi individuare "prestazioni secondarie", non solo il raggruppamento si deve configurare (sostanzialmente) come orizzontale, ma le imprese che lo compongono non possono che rispondere in solido nei confronti della stazione appaltante ai sensi del primo periodo dello stesso comma 5.

6.2.2. Il caso di specie è connotato dall'essere una concessione di gestione di impianto sportivo per la quale la stazione appaltante:

- non ha individuato prestazioni principale e secondarie, in coerenza peraltro con la natura oggettivamente complessa, ma unica, della prestazione gestionale;
- non ha previsto nella lettera d'invito requisiti di capacità tecnico – professionale ma prevalentemente requisiti soggettivi generali e di idoneità professionale (*lett. a*: tipologia di statuto; *lett. b*: assenza di cause di esclusione ex art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016; *lett. c*: sede operativa in Loano; *lett. d*: non avere atleti affiliati che risultino aver assunto additivi vietati e non essere stati esclusi dall'assegnazione di contributi

regionali; *lett. e*: non avere rinunciato alla gestione di impianti sportivi e non aver subito provvedimenti di decadenza o revoca di concessione; *lett. f*: non essere debitori del Comune di Loano; *lett. g*: essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili; *lett. h*: avere la disponibilità di un direttore sportivo);

- per i partecipanti in r.t.i. ha richiesto in capo a ciascuno dei partecipanti l'appartenenza ad una delle categorie dei soggetti ammessi alla procedura di gara (enti e associazioni sportive o equiparate ex art. 18 del regolamento comunale sugli impianti sportivi) ed il possesso dei requisiti soggettivi elencati nelle lettere da a) ad h) della lettera d'invito (ad eccezione del direttore sportivo per il quale era sufficiente l'indicazione da parte della capogruppo o di uno degli associati);

- ha poi richiesto che l'atto costitutivo del r.t.i., o l'impegno a costituirlo, dovessero indicare "*le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli soggetti raggruppati*" (pag. 2 della lettera d'invito).

Il raggruppamento temporaneo "Zizzini" è composto da due associazioni sportive tennistiche, con eguali competenze; ciascuna delle quali è in possesso dei requisiti soggettivi di cui alle dette lettera da a) a g) della lettera d'invito; la lettera h) è rispettata dal r.t.i.

La suddivisione delle attività oggetto dell'unica prestazione di gestione dell'impianto sportivo, già indicata nell'impegno alla costituzione del raggruppamento presentato in sede di gara, è stata poi riprodotta nell'atto costitutivo del r.t.i. (autenticato nelle firme dal notaio dott. Federico Ruegg in data 7 ottobre 2019, rep. n. 46739 e racc. n. 24410) nei seguenti termini:

- all'associazione "Zizzini" lo svolgimento delle attività relative "*alla parte tecnica-economica ed amministrativa-gestionale*";

- all'associazione "Tennis Club Toirano" lo svolgimento delle attività relative "*alla gestione, manutenzione e decoro del circolo*".

LAVORI PUBBLICI

In tale contesto, a fronte della descrizione delle attività oggetto dell'affidamento quale risulta dagli atti di gara, è evidente che l'atto costitutivo del r.t.i. delinea non già una suddivisione in termini verticali dei servizi fra le componenti del raggruppamento, bensì una mera indicazione delle relative parti nell'ambito d'una ripartizione di natura orizzontale delle prestazioni.

Alla luce di ciò deve escludersi che il raggruppamento abbia una conformazione effettivamente verticale, essendo le due associazioni sportive dilettantistiche in realtà coinvolte - pur con compiti in parte differenziati - in ciascuna delle parti dell'unitaria gestione dell'impianto sportivo.

A fronte della corrispondenza del r.t.i. Zizzini alle prescrizioni della legge di gara, la mera indicazione del *nomen iuris* di raggruppamento di tipo verticale non avrebbe potuto comportarne l'esclusione.

Il terzo motivo dell'originario ricorso, col quale era dedotta la violazione del divieto di partecipazione in forma di r.t.i. verticale va quindi respinto.

6.2.3. Giova osservare che le ragioni di rigetto confermano per altra via la fondatezza del già accolto secondo motivo di appello (oltre che dei restanti due motivi di gravame sopra assorbiti), atteso che la circostanza che la mandante associazione Tennis Club Torano sia l'unica a vantare una specifica esperienza nella gestione di impianti sportivi non vale di per sé a escludere la natura orizzontale del raggruppamento (cfr. Cons. Stato, V, n. 7922/2019 citata) e che il mancato possesso del *requisito di capacità professionale* in capo alla mandataria non viola la legge di gara e le regole applicabili ai r.t.i. negli appalti di servizi, nei limiti in cui sono state richiamate dalla *lex specialis*.

Considerato quanto sopra detto a proposito del tenore dell'avviso pubblico di indizione del dialogo competitivo, trova infatti applicazione il principio giurisprudenziale secondo cui – con l'eccezione del caso di una esplicita e diversa richiesta del bando – è sufficiente che il raggruppamento nel suo complesso

LAVORI PUBBLICI

possieda il requisito di capacità richiesto (ex multis, Cons. Stato, III, 21 settembre 2017, n. 4403, id., V, 2 dicembre 2019, n. 8249); in particolare ove non sia stata espressamente richiesta dalla *lex specialis* la corrispondenza tra le quote di qualificazione e quelle di esecuzione si verte in una situazione nella quale i requisiti di capacità tecnica (ed eventualmente economica) sono previsti per l'intero raggruppamento, senza alcuna distinzione in relazione ai componenti, di talché "*in mancanza di una specifica previsione contenuta nella lex specialis, e in assenza di una norma imperativa con valenza eterointegrativa*", non può disporsi l'esclusione della concorrente (cfr. Cons. Stato, III, 16 novembre 2018, n. 6471, nonché Cons. Stato, III, n. 4025/19 e id., V, n. 1101/20, citate, cui si deve la precisazione circa l'inapplicabilità dei principi enunciati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, n. 6/2019, riguardanti l'affidamento dei lavori, permanendo attuali per l'affidamento dei servizi i principi di cui a Cons. Stato, Ad. plen., n. 27/2014).

Nel caso di specie, come detto, la legge di gara non solo non richiede la corrispondenza tra le quote di qualificazione e quelle di esecuzione, ma nemmeno richiama l'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, a proposito delle diverse misure del possesso dei requisiti da parte di ciascuno dei partecipanti al r.t.i; conseguentemente nemmeno è applicabile la regola che, in tale eventualità, "*la mandataria deve possedere i requisiti in misura maggioritaria*".

Di qui la correttezza della conclusione raggiunta trattando dei motivi di appello, in merito al fatto che alla gara poteva prendere parte il r.t.i. che, nel suo complesso, possedeva il requisito esperienziale, senza che rilevasse che il possesso effettivo del requisito fosse in capo all'associazione mandante piuttosto che alla mandataria.

6.2.4. La sentenza di primo grado va quindi riformata anche nella parte in cui ha condiviso le argomentazioni esposte col terzo motivo del ricorso introduttivo (pur avendone dichiarato l'assorbimento).

LAVORI PUBBLICI

6.3. Il quarto motivo riguarda l'offerta tecnica del r.t.i. aggiudicatario, la quale, ad avviso della ricorrente Tennis Club Loano, avrebbe dovuto essere esclusa perché gli investimenti previsti come interventi di manutenzione straordinaria sull'impianto sarebbero stati indicati senza fornire le garanzie richieste dalla lettera d'invito/disciplinare per la loro copertura.

6.3.1. In punto di fatto, va precisato che:

- l'invito richiede di proporre: "*interventi di manutenzione straordinaria secondo le indicazioni del progetto di gestione (indicando le modalità di copertura dell'investimento anche dal punto di vista delle garanzie presentate)*";

- il r.t.i. Zizzini ha indicato l'importo degli investimenti offerti e ha dichiarato di coprirli mediante un mutuo, chiarendo di essere già in possesso delle garanzie necessarie ed allegando la dichiarazione di una società promotrice finanziaria che, in vista della concessione di un mutuo in relazione all'affidamento della gestione dell'impianto sportivo, qualifica il sig. Alberto Zizzini come "*soggetto solvibile ed affidabile*".

6.3.2. Premesso che la legge di gara richiede soltanto l'indicazione delle "modalità di copertura" e della relative garanzie, non anche l'allegazione di queste ultime, la documentazione prodotta dal r.t.i. aggiudicatario a corredo della propria offerta è rispondente a tale prescrizione, avendo indicato la modalità di copertura mediante ricorso al contratto di mutuo con garanzia personale del sig. Zizzini.

La copertura dell'investimento mediante la stipulazione di un mutuo è ammessa, così come è ammissibile - in difetto di contrarie indicazioni della legge di gara - la garanzia prestata personalmente da una persona fisica, tanto più che, ove anche il mutuo fosse stipulato dal sig. Zizzini, in qualità di vicepresidente e associato, in nome e per conto dell'associazione, egli ne risponderebbe personalmente e solidalmente (arg. ex art. 38 cod. civ.).

LAVORI PUBBLICI

Ciò detto in merito alla non contrarietà alla legge di gara, va precisato che la valutazione di adeguatezza, sia della modalità di copertura che delle garanzie offerte, è rimessa alla valutazione della stazione appaltante e, nel caso di specie, non risulta manifestamente irragionevole.

Tutto quanto sopra comporta che il motivo vada respinto, in disparte la considerazione che l'eventuale insufficienza delle garanzie indicate non avrebbe potuto comportare l'esclusione dell'offerta, non trattandosi della garanzia a corredo dell'offerta (regolarmente prestata con fideiussione in favore del r.t.i. ai sensi dell'art. 5 della lettera d'invito), né della garanzia definitiva ex art. 103 del d.lgs. n. 50 del 2016 (richiamato nello stesso articolo della lettera d'invito).

6.4. Col quinto motivo si lamenta la mancata verifica di anomalia dell'offerta del r.t.i. Zizzini, ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016.

La stessa ricorrente riconosce che la verifica di anomalia non sarebbe obbligatoria ai sensi di tale norma (essendo le offerte in numero inferiore a tre). La scelta del Comune di Loano di non effettuare la verifica di anomalia facoltativa, ai sensi del comma 6 dello stesso art. 97, è discrezionale ed insindacabile, dato che neanche la ricorrente segnala "elementi specifici" di anormalità dell'offerta della controinteressata, da cui desumere l'arbitrarietà manifesta o l'irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione.

Il motivo va quindi respinto.

6.5. Col sesto motivo si assume la violazione degli artt. 7 e 18 del regolamento comunale sugli impianti sportivi in punto di individuazione dei criteri di selezione delle offerte.

L'art. 7 non è pertinente poiché riguarda le "*modalità di assegnazione*" degli impianti a coloro che intendono usufruirne con "*concessione in uso*", quando essi sono gestiti *direttamente* dal Comune di Loano, tanto è vero che la disposizione è

compresa sotto il titolo II riguardante i "*criteri generali per uso impianti sportivi di proprietà comunale gestiti in economia*".

L'art. 18 riguarda invece effettivamente, come già detto, la "*concessione in gestione*" degli impianti sportivi senza rilevanza economica. Tuttavia nessuno degli elementi che la ricorrente assume sarebbero stati trascurati dall'amministrazione nel definire i criteri di selezione delle offerte è contemplato tra quelli dei quali l'art. 18 prevede si sarebbe dovuto "tenere conto" come "priorità"; e segnatamente:

- *sede nel territorio comunale "dalla costituzione" dell'associazione*: per l'art. 18 è sufficiente avere "*sede ed operatività nel territorio in cui è ubicato l'impianto sportivo*", al momento dell'affidamento (giova precisare che gli accenni alla mancanza di "operatività" nel comune di Loano in capo al r.t.i. Zizzini contenuti negli scritti conclusivi dell'appellata sono inammissibili, o tutt' al più irrilevanti, poiché non correlati ad alcun motivo del ricorso introduttivo);
- *maggior numero di iscritti nel settore giovanile:* non è presente nell'art. 18;
- *esperienza nella gestione degli impianti:* è stata richiesta per l'ammissione al dialogo competitivo, secondo quanto esposto sopra;
- *organizzazione ovvero partecipazione ad eventi sportivi, campionati, tornei e manifestazioni sportive di interesse nazionale e internazionale:* non è presente nell'art. 18;
- *coinvolgimento del maggior numero di persone in attività sportive promozionali ed amatoriali:* non è presente nell'art. 18.

Peraltro, la disposizione regolamentare rimette l'individuazione dei criteri di assegnazione e di selezione delle offerte alla discrezionalità del dirigente, sulla scorta dell'atto di indirizzo della giunta comunale, senza vincolare né l'uno né l'altra alle ragioni di priorità elencate nell'art. 18.

Nel caso di specie, la lettera d'invito ha adeguatamente valorizzato gli aspetti più rilevanti della previsione regolamentare, prevedendo criteri di preferenza orientati più sulla qualità delle offerte che sulle caratteristiche soggettive dei concorrenti,

LAVORI PUBBLICI

atteso che, avendo costoro aderito all'invito a partecipare al dialogo competitivo, non solo erano già noti all'amministrazione, ma questa aveva anche acquisito le informazioni richieste per la preventiva selezione qualitativa ex art. 64, comma 2, Codice dei contratti pubblici, richiamato dalla legge speciale.

Il sesto motivo va respinto.

6.6. Col settimo motivo si denuncia una violazione dell'art. 95, comma 10 bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 che non sussiste.

L'offerta economica è costituita esclusivamente dal canone ed a questo è stato attribuito il punteggio massimo di 30 punti su 100, nel rispetto del limite fissato dalla richiamata disposizione.

Non è elemento dell'offerta economica l'intervento di manutenzione straordinaria sugli impianti, in quanto considerato soltanto ai fini dell'attribuzione del punteggio qualitativo.

Il settimo motivo va respinto.

6.7. L'ottavo motivo, col quale si denuncia la violazione dell'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016 e l'erronea attribuzione dei punteggi, è in parte infondato e in parte inammissibile.

6.7.1. L'art. 77 del Codice dei contratti pubblici laddove richiede l'esperienza dei commissari "*nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto*" va interpretato - in riferimento all'affidamento di una concessione di gestione di impianti sportivi – nel senso che i commissari avrebbero dovuto avere esperienza, appunto, di gestione degli *impianti sportivi*, non anche della *disciplina sportiva prevalente ivi praticata*.

La commissione era composta dal dirigente del settore e da un'altra componente, già funzionario comunale nel settore comprendente lo sport, la quale risulta dalla difesa comunale (non smentita dalla ricorrente) avere conseguito un master universitario di livello con tesi sull'affidamento degli impianti sportivi degli enti locali.

LAVORI PUBBLICI

L'art. 77, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, per quanto applicabile, ove inteso come richiamato dalla *lex specialis*, è stato perciò rispettato.

6.7.2. Le censure riferite all'operato della commissione di gara nell'attribuzione dei punteggi sono inammissibili perché attengono alla valutazione discrezionale delle offerte. Questa è stata solo genericamente censurata dalla ricorrente con argomenti che, essendo inidonei a dimostrarne la manifesta irragionevolezza, non consentono di superare l'insindacabilità in sede giurisdizionale del giudizio tecnico della commissione di gara.

Anche l'ottavo motivo va complessivamente respinto.

7. In conclusione, accogliendo i corrispondenti motivi di gravame ed in riforma della sentenza gravata, va respinto il secondo motivo del ricorso di Tennis Club Loano; vanno respinti anche i motivi riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.; pertanto va respinto integralmente il detto ricorso, confermandosi la legittimità della determinazione dirigenziale del Comune di Loano di affidamento della concessione in gestione dell'impianto sportivo al r.t.i. Zizzini.

7.1. Conseguentemente vanno dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse i motivi di appello concernenti la dichiarazione di irricevibilità del ricorso incidentale (asseritamente adottata in violazione dell'art. 73 Cod. proc. civ. –primo motivo- e comunque errando sul termine per proporre il ricorso incidentale, ritenuto essere quello di trenta piuttosto che di sessanta giorni, nonché sull'individuazione del *dies quo* da cui far decorrere il termine per l'impugnazione – secondo motivo).

7.2. Sussistono giusti motivi per compensare le spese dei due gradi di giudizio, attesa la controvertibilità delle questioni, di rito e di merito, poste dal ricorso.

P.Q.M.

LAVORI PUBBLICI

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie secondo quanto specificato in motivazione e, respinti i motivi riproposti ai sensi dell'art. 101 Cod. proc. amm., in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso proposto dal Tennis Club Loano.

Compensa integralmente le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 10 giugno 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla legge n. 176 del 2020, come da ultimo modificato dall'art. 6, comma 1, lett. e), del d.l. n. 44 del 2021, convertito dalla legge n. 76 del 2021, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI