



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 in appello iscritto al numero di registro generale 6053 del 2021, proposto da

Associazione Sportiva Dilettantistica Casalnuovo Woman, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Tozzi, Antonio Alberico, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Tozzi in Napoli, via Toledo, 323;

contro

Comune di Capodrise, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Adinolfi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Napoli, sez. VI, n. 3662/2021, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Capodrise;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 marzo 2022 il consigliere Angela Rondano e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Associazione Sportiva Dilettantistica Casalnuovo Woman (di seguito "*Associazione sportiva*") ha impugnato innanzi al Tribunale amministrativo per la Campania-Napoli l'*"Avviso pubblico manifestazione d'interesse relativo all'affidamento in gestione dell'impianto sportivo S. Andrea"*, con cui il Comune di Capodrise ha avviato la procedura per l'affidamento quinquennale in concessione dell'impianto sportivo comunale S. Andrea, in esecuzione della Deliberazione di Giunta Comunale n. 98 del 23 settembre 2020 ("*Atto di indirizzo per la gestione del centro sportivo S. Andrea sito in via Santa Lucia e contestuale approvazione schema di convenzione*") e della determina n. 151 del 10 dicembre 2020 (recante "*Determinazione di criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari della gestione dell'impianto sportivo comunale (privo di rilevanza economica)*"), atti anch'essi impugnati unitamente ad ogni altro connesso, presupposto e consequenziale.

2. La ricorrente, premesso di essere un'associazione sportiva affiliata al CONI e di avere in tale veste interesse ad agire, rientrando nel novero dei soggetti ammessi dal bando a partecipare alla procedura, formulava i seguenti motivi di censura avverso gli atti impugnati: 1) *violazione e falsa applicazione dell'art. 90, comma 23, della Legge n.*

289/2002 e dell'articolo 140 comma 3 del D.Lgs. 50/2016; 2) difetto d'istruttoria per insussistenza dei presupposti, travisamento dei fatti, sviamento e violazione dell'Art.97 della Costituzione; 3) violazione degli articoli 40 e 52 del D.lgs. 50/2016 e ss.mm. e ii. e conseguente violazione dell'articolo 83 comma 8 del D.lgs. 50/2016 e ss.mm. e ii.; 4) violazione del principio di legalità, dell'articolo 48 del testo unico Enti Locali (D.lgs. 267/2000), dell'articolo 97 della Costituzione, sviamento, carenza di motivazione, manifesta ingiustizia.

2.1. In sintesi, con le censure dedotte si sosteneva l'illegittimità della procedura bandita dal Comune di Capodrise, sostanzialmente lamentando che l'utilizzo del campo sportivo oggetto della concessione richiedesse l'esecuzione di molteplici attività di valorizzazione che, lungi dal potere essere definibili come base per attuare una gestione priva di rilevanza economica come stabilito dall'avviso pubblico per manifestazione di interesse (che aveva di conseguenza applicato l'art. 90, comma 25, della legge 27 dicembre 2002, n. 289, norma recante "*Disposizioni per l'attività sportiva dilettantistica*"), avrebbero richiesto il ricorso a un altro tipo di procedura che aprisse alla partecipazione di altri operatori economici oltre alle sole associazioni sportive: a sostegno delle proprie tesi la ricorrente richiamava la delibera n. 1300/2016 dell'ANAC, con la quale si è evidenziato che la gestione di impianti sportivi, come quello in oggetto, se privo di rilevanza economica, rientra in base al vigente quadro normativo nella categoria degli *appalti di servizi*, da assoggettare alla disciplina degli *appalti di servizi sociali* di cui al titolo VI, sez. IV del d. lgs. n. 50/2016. Sarebbe stato, pertanto, superato e comunque inapplicabile alla fattispecie lo schema operativo di cui all'art. 90, comma 25, della legge n. 289/2002 (*gestione in via preferenziale a società e associazioni sportive*) e illegittimo *in parte qua* l'avviso pubblico che aveva limitato la partecipazione alle sole associazioni e società sportive dilettantistiche, soggetti, di

norma, non in grado di eseguire gli ingenti interventi di ristrutturazione di cui l'impianto in questione necessitava per tornare fruibile.

2.2. Si lamentava poi, con un terzo ordine di censure, l'illegittimità della previsione - a pena di esclusione - dell'invio dell'offerta a mezzo posta, invece che mediante l'utilizzo di una piattaforma elettronica, censurando infine, con l'ultimo motivo, l'illegittima attribuzione alla Giunta Comunale del potere di approvare l'offerta qualitativa del soggetto aggiudicatario in via provvisoria.

2.3. Per tali motivi l'Associazione ricorrente domandava, in accoglimento del gravame, l'annullamento dei provvedimenti impugnati e dell'intera procedura di gara *“dichiarando, se del caso, la inefficacia/nullità del contratto medio tempore eventualmente stipulato”*; in subordine, chiedeva l'annullamento delle *“sole clausole illegittime del bando e degli altri documenti di gara, come meglio individuate nel ricorso”*.

3. Con la sentenza in epigrafe, l'adito Tribunale amministrativo, accogliendo l'eccezione *in limine* sollevata dall'Amministrazione comunale resistente, ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di legittimazione e interesse in quanto la ricorrente non ha partecipato alla gara e le clausole impuginate non sarebbero *“immediatamente escludenti”* in base alle coordinate ermeneutiche tracciate dalla giurisprudenza.

4. L'appello proposto dall'Associazione ricorrente in primo grado avverso la sentenza è stato affidato a sette motivi di impugnazione, articolati in varie sotto censure, così rubricati: *“1 – ERROR IN IUDICANDO – Sulla ammissibilità del gravame proposto in primo grado – Sulla legittimazione processuale - Sulla portata immediatamente escludente delle clausole della lex specialis. 1.1. - Sull'obbligo di immediata impugnazione della lex specialis. 1.2. – ERROR IN IUDICANDO - Sull'obbligo di immediata impugnazione della lex specialis – 2. ERROR IN IUDICANDO – Sulla portata lesiva della lex specialis. 3.*

– ERROR IN IUDICANDO – *Sull'ammissibilità del ricorso introduttivo. 4. Sulla fondatezza del ricorso introduttivo 4.1. - ERROR IN PROCEDENDO – Omessa motivazione - Sulla violazione e falsa applicazione dell'articolo 90, comma 25, della Legge n. 289/2002 e dell'articolo 140 comma 3 del D.lgs. 50/2016. 5. – ERROR IN PROCEDENDO – Omessa motivazione - Sul difetto d'istruttoria per insussistenza dei presupposti, travisamento dei fatti e sviamento e violazione dell'Art.97 della Costituzione. 6 – ERROR IN PROCEDENDO – Omessa motivazione - Sulla violazione degli articoli 40 e 52 del D.lgs. 50/2016 e ss.mm. e ii. e sulla conseguente violazione dell'articolo 83 comma 8 del D.lgs. 50/2016 e ss.mm. e ii. – ERROR IN PROCEDENDO – omessa motivazione - violazione del principio di legalità, dell'articolo 48 del testo unico enti locali (d.lgs. 267/2000) dell'articolo 97 della costituzione, sviamento, carenza di motivazione, manifesta ingiustizia”.*

4.1. Si è costituito il Comune di Capodrise, il quale ha eccepito preliminarmente l'inammissibilità dell'appello per novità delle censure e ne ha esposto comunque l'infondatezza nel merito, insistendo per la sua reiezione e la conferma della sentenza impugnata.

4.2. Con ordinanza n. 4983/2021 il Collegio ha preso atto della rinuncia all'istanza cautelare da parte dell'appellante.

4.3. All'udienza del 24 marzo 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

5. La sentenza appellata ha ritenuto che l'omessa presentazione della domanda di partecipazione all'impugnato “*Avviso pubblico – Manifestazione di interesse*” abbia precluso all'odierna appellante la possibilità di contestarne la legittimità sulla base del principio giurisprudenziale (ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella decisione n. 4 del 26 aprile 2018) secondo il quale “*l'operatore del settore che non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di*

un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione: e ciò, sia con riferimento alla previgente legislazione nazionale in materia di contratti pubblici, che nell'attuale quadro normativo”.

5.1. La sentenza ha infatti richiamato, ponendolo a fondamento della declaratoria di inammissibilità del gravame, il consolidato orientamento della giurisprudenza secondo il quale:

a) la presentazione di una domanda di partecipazione alla gara non sembra imporre all'operatore del settore alcun sproporzionato sacrificio;

b) in alcun modo la detta domanda di partecipazione può pregiudicare sul piano processuale il medesimo, poiché *“nelle gare pubbliche l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale”* (v. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 marzo 2021 n. 2276; Consiglio di Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507; Id., sez. V, 22 novembre 2017, n. 5438);

c) la situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, è ricollegabile unicamente alla partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione: la procedura cui non si sia partecipato è *res inter alios acta* e non legittima l'operatore economico ad insorgere avverso la medesima (Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n. 4, Adunanza plenaria 25 febbraio 2014, n. 9).

5.2. La sentenza ha poi ritenuto che le impugnate previsioni del contestato avviso pubblico non rientrassero nel novero di quelle *“clausole immediatamente escludenti”* che

sole legittimano l'impugnazione anche dell'operatore economico che non abbia partecipato alla selezione, ricordando che tali sono secondo la giurisprudenza:

a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprendibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001);

c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293);

e) clausole impositive di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come, ad esempio, quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando dei costi della sicurezza "*non soggetti a ribasso*" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421).

5.3. Pertanto, in dichiarata applicazione del principio generale secondo il quale le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate

insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282), postulando perciò la preventiva partecipazione alla gara, ritenuta quindi la non ricorrenza nella fattispecie di alcuna delle su elencate ipotesi cui la pacifica giurisprudenza *“àncora la possibilità di impugnazione che prescinde dalla partecipazione alla selezione”* ed escluso pure che le censure formulate dall'Associazione sportiva possano dirsi rivolte a contestare la scelta dell'Amministrazione di indire una procedura di affidamento, piuttosto che il *quomodo* della stessa (*id est* le modalità di espletamento della selezione), la sentenza di prime cure ha concluso che l'omessa presentazione della domanda di partecipazione abbia reso inammissibile lo scrutinio dei motivi di ricorso.

In definitiva, secondo la sentenza appellata, soltanto se, nel corso o all'esito della procedura, fossero sopravvenuti atti immediatamente lesivi dell'interesse al conseguimento dell'aggiudicazione (che è il *“bene della vita”* perseguito da chi partecipa ad una pubblica gara, la cui indizione non è in sé contestata), impugnando contestualmente tali atti l'Associazione sportiva ricorrente sarebbe stata legittimata a dolersi anche dell'illegittimità della conduzione della procedura perché affidata a soggetto non abilitato.

6. L'Associazione appellante, ribadito di essere *“una Associazione sportiva affiliata al CONI interessata alla promozione dell'integrazione sociale ed allo sviluppo della persona mediante lo sport”* e quindi *“in attuazione del proprio fine statutario interessata a gestire il centro sportivo comunale S. Andrea situato nel Comune di Capodrise”*, contesta la sentenza impugnata, deducendone l'erroneità e domandandone la riforma, laddove ha dichiarato inammissibile il ricorso introduttivo, poiché con le doglianze ivi formulate si lamentava

la non sostenibilità della gestione a fronte degli ingenti costi da sopportare (provati anche mediante l'ausilio di una consulenza di parte) per rendere fruibile l'impianto da affidarsi con la contestata procedura e, di conseguenza, l'estrema difficoltà di parteciparvi per un'associazione sportiva dilettantistica qual è la ricorrente.

L'appellante ha quindi ribadito il proprio interesse ad agire, dato che in caso di accoglimento del ricorso, essa ben potrebbe partecipare alla futura procedura emendata dai vizi prospettati (che, cioè, preveda l'affidamento in gestione di un impianto sportivo già utilizzabile dagli atleti o che consenta alle ASD di avvalersi di società abilitate e competenti all'esecuzione dei lavori edili richiesti).

Evidenzia poi di aver anche richiamato, a supporto del gravame, la delibera dell'ANAC n. 1300 del 14 dicembre 2016 (avente ad oggetto il parere reso su richiesta della Federazione Italiana Sport del Ghiaccio- Comitato regionale Piemonte sull'*"affidamento della gestione degli impianti sportivi a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016"*) la quale ha chiarito che la gestione degli impianti sportivi deve avvenire o mediante affidamento in concessione (qualificabile come *"concessione di servizi"* ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. vv) del Codice, da affidarsi nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 164 e seguenti del Codice stesso, con applicazione delle parti I e II per quanto compatibili), ove si tratti di *impianti con rilevanza economica*, oppure deve essere ricondotta nella categoria degli *appalti di servizi*, da aggiudicare secondo le specifiche previsioni dettate dal Codice per gli *appalti di servizi sociali* di cui al Titolo VI, sez. IV, se la gestione riguarda impianti privi di rilevanza economica.

6.1. L'appellante ha quindi riproposto le censure dedotte con il ricorso di primo grado e non esaminate dalla sentenza impugnata stante la declaratoria di inammissibilità del gravame, incluse quelle rivolte avverso le clausole dell'avviso che prevedevano la presentazione delle offerte mediante l'utilizzo del mezzo postale e in forma

cartacea, in luogo del ricorso alle modalità telematiche, e, inoltre, demandavano a un soggetto asseritamente incompetente- la Giunta Comunale- di approvare l'aggiudicazione.

7. Deve essere innanzitutto esaminata l'eccezione di inammissibilità per novità delle censure sollevata *in limine* dal Comune appellato.

7.1. Essa è infondata.

7.2. L'Associazione appellante ha già in primo grado dedotto che i costi per rendere l'impianto "utilizzabile" sarebbero difficilmente sostenibili nell'arco temporale della gestione e che, trattandosi di associazione priva di scopo di lucro, difficilmente avrebbe potuto recuperare gli ingenti importi necessari per la ristrutturazione e l'allestimento della struttura, lamentando, inoltre, che fosse anche mancata una quantificazione dei costi delle opere per valorizzare e rendere fruibile l'impianto, sicché in definitiva sarebbe stato estremamente difficoltoso per un'associazione o società sportiva dilettantistica, quale essa è, partecipare alla procedura di affidamento in gestione e comunque formulare un'offerta congrua, seria e sostenibile: questo nucleo centrale delle doglianze articolate dall'Associazione appellante, anche ai fini di radicare il proprio interesse ad agire per l'annullamento dell'avviso pubblico in questione, è rimasto sostanzialmente immutato nei due gradi di giudizio (come si evince dal raffronto tra le doglianze articolate negli atti introduttivi dei rispettivi gravami; si veda al riguardo anche la memoria di replica del 15 maggio 2021 depositata nel giudizio di primo grado, ove testualmente si assume che *"non è dato comprendere come possa seriamente una società dilettantistica gestire una struttura sportiva che allo stato, per poter essere minimamente funzionante, necessità di opere di riadattamento per un valore stimato non inferiore a € 761.250,00 e tanto, va rimarcato, per un periodo di gestione che gli atti di gara impugnati indicano in soli 5 anni eventualmente prorogabili"*).

7.3. Pertanto, nessun nuovo elemento di diritto è stato introdotto con il ricorso in appello, salvo esporre argomentazioni più articolate e diffuse in conseguenza della necessità di confutare, mediante una critica puntuale e specifica, le statuizioni della sentenza di primo grado che ha negato l'interesse all'impugnazione in capo all'Associazione ricorrente.

8. Tanto premesso, l'appello è fondato alla stregua delle seguenti osservazioni.

8.1. Va anzitutto riformata la declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto di interesse e legittimazione ad opera della sentenza impugnata.

8.2. Al riguardo, importa premettere che mediante l'avviso pubblico impugnato il Comune di Capodrise ha inteso avviare la procedura per l'affidamento in concessione del complesso sportivo comunale S. Andrea finalizzata alla valorizzazione dell'immobile e all'utilizzo dello stesso (nel rispetto degli oneri e delle prescrizioni previste dal contratto di concessione e dalle proposte e modalità di gestione offerte in sede di gara), ponendo a carico del concessionario anche la realizzazione di interventi di ristrutturazione e di allestimento non meglio specificati (cfr. pag. 2 Avviso a manifestare interesse).

L'avviso pubblico per manifestazione di interesse stabiliva inoltre che *“alla concessione non si applicano le disposizioni del D.lgs. 50/2016 salvo per via analogica quanto espressamente richiamato negli atti del procedimento”*.

8.2.1. L'Associazione ricorrente ha, pertanto, lamentato l'impossibilità di presentare un'offerta congrua per gestire l'intero impianto sportivo e di formulare *ex ante* un calcolo di convenienza economica ai fini della partecipazione alla procedura, alla luce dei costi certamente ingenti (anche se non quantificati negli atti di gara) per l'esecuzione delle attività di ristrutturazione e di efficientamento necessarie a rendere uti-

lizzabile e fruibile il complesso, che allo stato, come dimostrato mediante una consulenza tecnica di parte e non contestato dall'Amministrazione, verserebbe in una situazione di totale abbandono tale da impedire l'espletamento di pratiche sportive in piena sicurezza.

8.2.2. In particolare, con il ricorso introduttivo, l'Associazione aveva anzitutto censurato l'illegittimità della decisione del Comune di affidare in gestione un impianto sportivo privo di rilevanza economica mediante lo strumento dell'affidamento ai sensi dell'art. 90, comma 25, legge 289/2002 e non dell'appalto di servizi, così come affermato dalla Delibera ANAC n. 1300 del 14.12.2016, asserendo che tale scelta in ordine allo strumento giuridico da utilizzare avrebbe inciso in modo determinante sull'espletamento della procedura di gara, perché solo in caso di appalto di servizi trovano integrale applicazione il Codice dei contratti e le più stringenti prescrizioni in tema di concorrenza e *favor participationis*.

È stata altresì censurata l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione comunale nella parte in cui ha totalmente ommesso di considerare che le società e le associazioni sportive dilettantistiche, unici operatori ammessi a partecipare alla procedura di gara (cfr. pag. 4 Avviso a manifestare interesse), non avessero le competenze per rendere agibile l'impianto sportivo, ponendo in essere gli interventi strutturali posti a esclusivo carico del concessionario e curando in proprio gli ingenti lavori di ammodernamento della struttura, attività che, oltre a esulare dal proprio oggetto sociale, avrebbero dovuto essere eseguite senza preve precise indicazioni sull'entità dei lavori, sul loro costo stimato e sul valore complessivo della concessione.

Inoltre, è stato rappresentato come il lasso temporale di gestione della struttura (soli 5 anni eventualmente rinnovabili) e l'assenza di precisi riferimenti economici in ordine ai costi ed agli utili di gestione avessero reso la partecipazione alla procedura in

questione impossibile o comunque incongruamente difficoltosa, mediante la previsione di oneri sproporzionati e non esigibili da associazioni sportive (quale è l'appellante), in quanto sprovviste di competenze relative all'attività di rifacimento dell'impianto e perciò non in grado di eseguire autonomamente quelle opere di efficientamento e ristrutturazione delle strutture esistenti e del manto erboso richieste dalla documentazione di gara.

In sostanza, l'Associazione ricorrente ha censurato l'illogicità ed irragionevolezza, nonché la manifesta contrarietà al principio del *favor participationis*, della scelta di restringere il novero dei partecipanti alle sole società ed associazioni sportive affiliate secondo le regole previste dal CONI, imponendo nel contempo alle stesse obblighi esecutivi sproporzionati consistenti nell'espletamento di lavori di ristrutturazione e di allestimento dell'impianto sportivo.

8.2.3. Alla luce delle doglianze formulate il Collegio qui rileva come la mancata partecipazione alla procedura selettiva dell'Associazione ricorrente non le preclude la possibilità di contestare la legittimità delle censurate previsioni della *lex specialis*.

8.2.4. Deve invece riconoscersi l'interesse e la legittimazione dell'Associazione appellante a contestare le impugnate previsioni dell'avviso pubblico, siccome certamente rientranti nel novero delle "*clausole immediatamente escludenti*", al fine di ottenere la riedizione di una procedura emendata dai censurati vizi di legittimità.

8.2.5. Infatti, con i motivi di ricorso l'odierna appellante ha rappresentato compiutamente le ragioni oggettive, per un'associazione sportiva dilettantistica quale essa è, di impossibilità o di estrema difficoltà a prendere parte alla procedura *de qua*, evidenziando che l'attuale situazione del campo sportivo comunale richiede necessariamente, per la relativa "*valorizzazione ed utilizzo*" (costituenti, secondo lo stesso avviso

pubblico, oggetto della concessione: cfr. pag. 2 avviso), molteplici attività di ristrutturazione e di efficientamento, estranee al perimetro delle competenze e capacità degli unici soggetti ammessi a partecipare alla procedura, vale a dire le associazioni e società sportive dilettantistiche, le quali non hanno nel proprio *core business* le attività di costruzione e ristrutturazione degli impianti sportivi, ma solo quella della loro gestione.

8.2.6. Si è censurata, pertanto, l'irragionevolezza della scelta amministrativa di indire la procedura di affidamento in questione riservando la possibilità di parteciparvi alle sole società e/o associazioni sportive, le quali, come future concessionarie dell'impianto, sarebbero state obbligate ad effettuare le attività preliminari necessarie alla gestione, realizzando autonomamente gli interventi di ristrutturazione e allestimento della struttura (che avrebbero dovuto essere invece affidate dall'Amministrazione comunale a ditte competenti nel settore).

Sotto altro profilo, si è poi lamentato che il ridotto lasso temporale di gestione della struttura prevista dalla *lex specialis*, seppure astrattamente riconducibile ad una attività priva di rilevanza economica, nel caso di specie non fosse in linea con l'attuale condizione dell'impianto che necessitava di opere di rifacimento sia delle strutture esistenti che del manto erboso le quali, per loro entità economica e per la relativa sostenibilità nel tempo, avrebbero richiesto il ricorso ad altri strumenti previsti dal vigente ordinamento.

8.2.7. L'Associazione appellante ha, pertanto, un interesse concreto, diretto e attuale a censurare le clausole dell'avviso pubblico impeditive della sua partecipazione alla procedura selettiva.

L'appellante si duole, infatti, che le regole contestate, per come congegnate, abbiano comportato l'impossibilità o comunque l'estrema difficoltà di formulare un'offerta

seria e ponderata, lamentando che tali limitazioni delle sue concrete possibilità di accesso alla gara siano derivate anche dalla mancanza nella avviso pubblico di elementi essenziali minimi, quali la specificazione negli atti di gara della tipologia di prestazioni edili da eseguire, del loro valore economico e dei correlati investimenti per gli interventi richiesti al futuro concessionario, nella totale assenza nella documentazione di gara di elementi che consentano di evincere, anche solo indirettamente e in via approssimativa, gli introiti economici ricavabili dalla gestione mediante i quali finanziare le suddette attività di rifacimento dell'impianto.

Ebbene, le prospettate illegittimità certamente radicavano l'interesse e la legittimazione dell'appellante a dolersi delle modalità di espletamento della procedura, anche in caso di mancata partecipazione alla stessa. Infatti, all'aspirante concorrente alla procedura di affidamento non è stata garantita la possibilità di formulare la propria offerta nella più completa conoscenza dei dati economici del servizio da svolgere.

8.2.8. Pertanto, nel caso di specie le previsioni impugnate rientravano nel novero delle clausole immediatamente escludenti che fanno sorgere in capo ai soggetti interessati a una procedura di affidamento l'onere di immediata impugnativa dei relativi atti indittivi.

In particolare rileva il Collegio che, per quanto finora detto, nella specie ricorrano le seguenti ipotesi di clausole immediatamente escludenti: *a)* disposizioni irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); *b)* bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione; *c)* clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della pro-

cedura concorsuale; *d*) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001); *e*) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293).

Nel caso di specie la ricorrente ha contestato le clausole dell'avviso pubblico sotto un duplice profilo, ovvero lamentandone l'illegittimità sia per non aver previsto il valore della concessione, sia per eccessiva ed ingiustificata onerosità (stante la necessaria realizzazione dei detti lavori di ristrutturazione e allestimento della struttura posti a carico esclusivo del gestore, senza una reale quantificazione che consentisse di comprendere *ex ante* come possano essere recuperati tali costi nell'arco temporale di durata della concessione), lamentando che tale onerosità si riflettesse inevitabilmente, elidendola, sulla possibilità di una ponderazione seria della offerta.

Invero, alla luce dei sopra riportati principi giurisprudenziali, deve ritenersi che l'ambito di immediata impugnabilità di un bando di gara non è circoscritto alle sole sue clausole *stricto sensu* escludenti, ma ricomprende anche altre evenienze particolari, tra le quali quella in cui la *lex specialis* del caso concreto non sia tale da consentire la formulazione di una seria e ponderata offerta ovvero qualora si sia in presenza di disposizioni abnormi o illogiche che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica del partecipante alla gara. L'onere di immediata impugnativa delle prescrizioni di gara in evenienze della specie appare per altro verso un rimedio quanto mai efficace per evitare che un operatore economico partecipi alla gara in via "*esplorativa*", se non addirittura opportunistica, ossia con la riserva mentale di impugnarne gli esiti, laddove sfavorevoli, denunciando proprio la vaghezza delle regole circa gli elementi strutturali ed i contenuti dell'offerta.

Pertanto, l'Associazione non aveva alcun onere di presentare una domanda di partecipazione alla procedura in esame, pur in assenza degli elementi minimi che le consentissero la formulazione di un'offerta ponderata, al solo fine di essere poi legittimata a impugnarne le regole. Non era infatti ragionevolmente esigibile che l'operatore economico assumesse il rischio legato alla gestione in concessione del campo sportivo senza conoscere preventivamente né il valore della concessione (considerata in base agli atti di gara priva di rilevanza economica) né le concrete attività da porre in essere per garantire la corretta fruibilità dell'intero centro sportivo.

La mancata presentazione della domanda di partecipazione non è dunque ascrivibile esclusivamente alla libera scelta dell'operatore economico, cui non si poteva qui richiedere di assumere il rischio operativo insito al contratto di concessione. Infatti, nel caso di specie non ricorre un'ipotesi di mera difficoltà nella presentazione dell'offerta per incapacità soggettiva dell'Associazione appellante di assumere il cd. rischio operativo, ma di oggettiva impossibilità della presentazione da parte della stessa Associazione sportiva, alla quale veniva sì formalmente consentita la partecipazione alla procedura, ma al contempo era imposto l'onere sproporzionato di eseguire ingenti lavori di rifacimento della struttura, in assenza di indicazioni precise sulla loro entità, sul relativo costo stimato e sul valore complessivo della concessione (stabilendo peraltro l'assenza di remunerazione, diretta o indiretta, a favore del concessionario, con la rendicontazione e il reimpiego di tutte le entrate derivanti dallo sfruttamento dell'impianto a beneficio dell'impianto stesso per opere di manutenzione ordinaria e straordinaria e per l'acquisto di mobili e attrezzature per lo sport).

8.2.9. Le previsioni dell'avviso pubblico impugnato, impeditive della partecipazione alla procedura selettiva dell'associazione interessata, andavano pertanto immediatamente impugunate: ne consegue l'ammissibilità del ricorso di primo grado.

8.3. Vanno pertanto esaminate le censure articolate con il ricorso introduttivo riproposte in questa sede dall'appellante.

8.4. Esse sono fondate.

In particolare, sono fondate in via assorbente sia le doglianze con cui si è censurata l'illegittimità della decisione del Comune di affidare in gestione un impianto sportivo privo di rilevanza economica mediante l'indizione di una procedura ai sensi dell'art. 90, comma 25 della legge 289/2002, sia quelle con cui si è impugnato l'avviso a manifestare interesse nella parte in cui ha richiesto al concessionario la realizzazione di opere di ristrutturazione e di allestimento, che esulavano dalle capacità degli unici soggetti ammessi alla presentazione delle offerte, vale a dire le sole associazioni e società sportive dilettantistiche.

8.5. In primo luogo, deve convenirsi con l'appellante sul fatto che non poteva qui trovare applicazione l'art. 90, comma 25, della legge 289/2002 a mente del quale *"nei casi in cui l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e Federazioni sportive nazionali, sulla base di convenzioni che ne stabiliscono i criteri d'uso e previa determinazione di criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari"*.

8.6. Infatti, l'impianto sportivo in questione, al momento dell'indizione della procedura di affidamento, non era perfettamente efficiente e funzionante, ma in condizioni tali (cfr. documentazione fotografica di cui alla perizia di parte appellante) da necessitare dell'apporto di notevoli risorse economiche per la sua *"valorizzazione"* e, prima ancora, per il suo *"utilizzo"*.

In particolare, le suddette criticità (rimaste sostanzialmente prive di adeguata contestazione da parte dell'Amministrazione comunale che ha incentrato le proprie difese

essenzialmente sui soli profili di ammissibilità del ricorso, limitandosi di fatto a insistere per la conferma della sentenza di primo grado, ribadendo l'assenza di interesse ad agire e legittimazione in capo all'Associazione appellante per la mancata partecipazione all'avviso, senza però confutarne nel merito gli argomentati rilievi) sono state dimostrate dall'appellante con l'ausilio di una consulenza tecnica di parte, che evidenzia la condizione di degrado e di inutilizzabilità in cui versa attualmente l'intero impianto sportivo, stimando i relativi importi (secondo il vigente prezzario regionale delle Opere Pubbliche) per le specifiche lavorazioni di rifacimento e ristrutturazione del medesimo impianto (concernenti il campo di calcio, l'impianto elettrico, gli spogliatoi, le tribune, la pista di atletica, i servizi igienici, le aree verdi e la recinzione) per un totale pari a circa € 760.000,00.

Di conseguenza, come ben argomentato da parte appellante, le attuali condizioni del campo sportivo "Sant'Andrea" di Capodrise e l'entità degli investimenti necessari alla funzionalità dell'impianto, puntualmente illustrati nell'elaborato peritale asseverato (aspetti, come detto, non specificamente contestati dall'Amministrazione comunale), non potevano essere del tutto trascurate nella scelta di ricorrere ad una procedura di gara basata sull'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 90, comma 25, della Legge 289/2002.

Ne deriva che la procedura in questione doveva ricondursi non allo schema operativo di cui all'art. 90, comma 25, della legge citata (gestione in via preferenziale a società e ad associazioni sportive), ma al più, se riguardante un impianto privo di rilevanza economica, alla categoria degli appalti di servizi, secondo la disciplina del Codice dei contratti pubblici, affidando la gestione dell'impianto sportivo quale servizio reso per conto dell'Amministrazione e in assenza di rischio operativo: ciò a maggior ragione nel caso di specie laddove l'utile gestione dell'impianto sportivo

presuppone il preliminare disimpegno di onerose attività di riadattamento della struttura funzionali a renderla fruibile e quindi concretamente “affidabile in gestione”.

8.7. In secondo luogo, deve condividersi quanto evidenziato dall’ANAC nella propria Delibera n. 1300 del 14.12.2016, mediante la quale è stato precisato che nel vigente quadro normativo “(...) *la gestione degli impianti sportivi privi di rilevanza economica, sottratta alla disciplina delle concessioni di servizi, deve essere ricondotta nella categoria degli “appalti di servizi”, da aggiudicare secondo le specifiche previsioni dettate dal Codice per gli appalti di servizi sociali di cui al Titolo VI, sez. IV. Resta ferma, inoltre, la disciplina di cui all’art. 36 per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di cui all’art. 35. Si ritiene pertanto, che a seguito dell’entrata in vigore del nuovo Codice, che ha dettato una specifica disciplina per le concessioni di servizi e che ha incluso la “gestione degli impianti sportivi” nell’Allegato IX del Codice, quale appalto di servizi, debba ritenersi superata e non più applicabile la previsione di cui all’art. 90, comma 25 della l. 289/2002, sopra richiamato, dettata in un differente contesto normativo.*”

8.7.1. In sostanza, l’appellante (il quale per inciso non ha mai sostenuto, come assume la difesa del Comune, che un appalto di servizi non possa essere affidato ad Associazioni sportive) ha contestato in radice la scelta, rivelatasi effettivamente illegittima e irragionevole, di accorpate mediante un affidamento in gestione ex art. 90, comma 25, legge 289/2002 (gestione in via preferenziale a società ed associazioni sportive) le attività edilizie di rifacimento della struttura con le attività di gestione della stessa.

8.8. Sotto altro concorrente profilo, e come già anticipato esaminando i profili di ammissibilità del ricorso introduttivo, acclarato che la gestione dell’impianto sportivo in parola doveva essere affidata nel rispetto delle previsioni di cui all’art. 164 e

seguenti del Codice dei contratti pubblici ovvero (in caso di impianto privo di rilevanza economica) sottratta alla disciplina delle concessioni e ricondotta nella categoria degli “appalti di servizi”, da aggiudicare come sopra specificato, è altresì censurabile l’operato dell’Amministrazione comunale che, nel predisporre gli atti della procedura ponendo a carico del gestore l’obbligo di realizzare corpose opere edili di riqualificazione dell’impianto, ha ommesso di indicare (come richiesto dall’art 167, commi 1 e 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, norma che ha recepito l’art. 8, commi 2 e 3, della Direttiva 2014/23/UE, senza alcuna previsione di soglie minime di applicabilità o di eccezioni per le concessioni di minore valore economico) il valore complessivo della concessione; tale valore, peraltro, ben avrebbe potuto evincersi, anche solo in via presuntiva, dalla quantificazione delle opere minime necessarie a rendere l’impianto sportivo idoneo all’uso e fruibile da parte dell’utenza, mediante la stima degli incassi conseguenti alla gestione dell’impianto sportivo per tutta la durata dell’affidamento che avrebbero dovuto ristorare gli investimenti posti a carico del gestore (cfr. sull’illegittimità del bando di gara che non ha dato applicazione alla previsione del menzionato art. 167 del D.Lgs. 50/2016 e sulla non rimediabilità di tale omissione mediante la sola indicazione del canone di concessione: Cons. Stato, Sez. III, 14.06.2017, n. 2926).

8.8.1. Invero, la determinazione del valore dell’affidamento (*id est*: dell’importo del servizio oggetto di concessione calcolato tenendo conto dei ricavi ipotizzabili in relazione alla sua futura gestione) assume rilievo sotto molteplici aspetti: essa deve, in particolare, ritenersi essenziale per fornire una corretta e completa informazione agli operatori economici potenzialmente interessati a gestire il servizio affinché non siano posti in una situazione di estrema incertezza nella formulazione della propria

offerta, e tanto in ossequio ai principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione.

8.8.2. L'avviso pubblico impugnato non conteneva invece tale indicazione, mancando anche di quantificare i lavori posti a carico del gestore e i ricavi ipotizzati per ristorarlo dei relativi costi.

8.9. Sono altresì fondate e vanno accolte le censure articolate con il terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

8.9.1. L'aver limitato la partecipazione alla gara alle sole società e associazioni sportive dilettantistiche affiliate secondo le regole previste dal CONI ha impedito all'appellante di formulare un'offerta congrua e ponderata che tenesse conto di tutte le attività richieste per garantire la corretta fruizione del centro sportivo.

La rilevanza di tali lavori avrebbe dovuto indurre ragionevolmente l'Amministrazione ad aprire l'affidamento alla partecipazione anche di operatori economici qualificati nel settore delle attività di ristrutturazione edili ai sensi del codice degli appalti e del vigente regolamento di attuazione.

Infatti le attività richieste al concessionario, funzionali alla gestione dell'impianto (*id est*: la realizzazione di opere di ristrutturazione e di allestimento) esulavano dalle capacità degli unici soggetti ammessi alla presentazione delle offerte, ossia le ASD: queste ultime non posseggono requisiti, attestazioni e competenze specifiche per eseguire i lavori di rifacimento della struttura da affidare, oltre a non essere state poste nelle condizioni di poter adeguatamente valutare la convenienza della partecipazione alla procedura (stante l'assenza di qualsivoglia dato economico circa i lavori da realizzare e gli utili di gestione stimati).

Pertanto, nella specie circoscrivere esclusivamente a soggetti, quali sono le società e/o associazioni sportive, la possibilità di partecipare a tale affidamento è da ritenersi

scelta amministrativa irragionevole atteso che per un verso tali soggetti non sono in grado di poter autonomamente effettuare le attività di costruzione e ristrutturazione degli impianti sportivi, per altro verso difficilmente potrebbero sopportare gli ingenti costi necessari al rifacimento della struttura nell'arco temporale di riferimento della concessione.

8.9.2. Al riguardo, giova anche evidenziare che la *lex specialis* della procedura di affidamento in gestione imponeva ai partecipanti di eseguire in proprio i lavori, non risultando dalla documentazione di gara che gli stessi fossero sub-appaltabili o eseguibili successivamente da altra ditta (cfr. avviso pubblico pag. 7 che prevedeva la presentazione di un cronoprogramma da parte dei soli concorrenti e non di terzi e pag. 13, ove si prevedeva che i lavori erano a carico del soggetto giuridico affidatario, senza alcuna possibilità di demandarne l'esecuzione a soggetti terzi).

9. In conclusione, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado deve essere dichiarato ammissibile e accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati nei sensi precisati in motivazione, per la fondatezza delle censure articolate con il secondo e il terzo motivo del ricorso introduttivo qui riproposte, con assorbimento di ogni altra doglianza.

10. Sussistono giusti motivi, per la novità e complessità delle questioni trattate e per il complessivo andamento del giudizio, per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, dichiara ammissibile il ricorso di primo grado e lo accoglie, annullando gli atti con esso impugnati nei sensi di cui in motivazione.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO