



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 2206 del 2012, proposto da:
Circolo Tennis Veritas - associazione sportiva dilettantistica, rappresentato e difeso
dagli avv. Annamaria Tassetto, Franco Zambelli e Mario Ettore Verino, con
domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, via Barnaba Tortolini 13;

contro

Comune di Mogliano Veneto, rappresentato e difeso dall'avv. Alfredo Biagini, con
domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via di Porta Castello 33;

nei confronti di

Tennis Club Mogliano - associazione sportiva dilettantistica, rappresentato e difeso
dagli avv. Primo Michielan e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso quest'ultimo,
in Roma, via Confalonieri, 5;
Leopoldo Arcari;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 00319/2012, resa tra le parti, concernente affidamento concessione in uso e gestione dell'impianto sportivo comunale per il tennis

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Mogliano Veneto e di Tennis Club Mogliano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2013 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Mario Ettore Verino, Angelo Clarizia su delega dell'avv. Alfredo Biagini, e Luigi Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Mogliano Veneto ha indetto, giusta avviso pubblico in data 16 novembre 2010, una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento in concessione dell'uso e della gestione dell'impianto sportivo comunale di via Colelli, comprendente cinque campi da tennis, uno di calcetto ed annesso fabbricato ad uso spogliatoio e servizio bar.

1.1 La stessa è stata aggiudicata in via definitiva all'associazione sportiva dilettantistica Circolo Tennis Veritas, ma contro questo esito è insorta davanti al TAR Veneto l'associazione sportiva dilettantistica Tennis Club Mogliano, seconda classificata. La predetta ricorrente ha contestato, tra l'altro, che l'aggiudicataria avesse dimostrato il possesso del requisito consistente nell'esperienza maturata nella gestione di impianti sportivi imposto dal bando, sul rilievo che la stessa aveva

a tal fine fatto ricorso all'avvalimento ex art. 49 d.lgs. n. 163/2006 (con la polisportiva Marzenego), istituto non consentito in una procedura di affidamento in concessione di servizi pubblici.

1.2 Il Circolo Tennis Veritas ha dal canto suo ha proposto ricorso incidentale, con il quale ha censurato la mancata esclusione del Tennis Club Mogliano sotto vari profili.

1.3 Nelle more del giudizio il comune annullava in via di autotutela l'aggiudicazione, escludendo il Circolo Tennis Veritas. Ciò sul rilievo che la procedura di affidamento dovesse qualificarsi come concessione di bene pubblico, nella quale non è consentito l'avvalimento.

1.4 Da qui la separata impugnativa della medesima aggiudicataria.

Nel proprio ricorso questa ha dedotto, per quanto qui ancora di interesse, che:

- l'amministrazione avrebbe previamente dovuto rimuovere in autotutela il provvedimento tacito formatosi sull'informativa ex art. 243-*bis* d.lgs. n. 163/2006 presentata dal Tennis Club Mogliano;
- l'avvalimento è istituto di generale applicazione, e dunque valevole, in virtù del richiamo contenuto nell'art. 30 del codice dei contratti, anche nelle procedure di affidamento di concessioni di pubblici servizi, quale quello oggetto della gara in contestazione, e non già di concessione di bene pubblico, come invece ritenuto dall'amministrazione;
- l'annullamento è stato disposto, in violazione dell'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, entro un termine non ragionevole (9 mesi dall'aggiudicazione), in assenza di valide ragioni di pubblico interesse e senza adeguata considerazione delle legittime aspettative dell'aggiudicatario.

2. Riuniti i ricorsi, il TAR adito:

- ha dichiarato improcedibile l'impugnativa proposta dal Tennis Club Mogliano, perché superata dalla determinazione di ritiro in autotutela dell'aggiudicazione;

- ha respinto l'impugnazione del Tennis Club Veritas avverso tale determinazione, conseguentemente dichiarando improcedibile il ricorso incidentale del Tennis Club Mogliano.

2.1 In primo luogo, il TAR ha reputato non necessario rimuovere previamente il diniego di autotutela formatosi *per silentium* sull'istanza ex art. 243-bis d.lgs. n. 163/2006 formulata dal Tennis Club Mogliano, dovendo questo considerarsi automaticamente travolto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.

Quindi, aderendo alla qualificazione data dall'amministrazione al contratto posto a gara, ha escluso che con riguardo a tale tipologia di contratto possa farsi ricorso all'avvalimento per comprovare il possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara. Sul punto, ha ritenuto di escludere che si trattasse di concessione di servizio pubblico, in ragione dell'autonomia riconosciuta al concessionario nella fissazione delle tariffe di accesso all'impianto.

Peraltro, ha evidenziato che il requisito oggetto di avvalimento, consistente nell' "*esperienza maturata nella conduzione di impianti sportivi e similari*", pari ad almeno tre anni nel quinquennio antecedente all'indizione della gara, ha natura strettamente soggettiva, e come tale è insuscettibile di avvalimento, giacché esso non implica la messa a disposizione di risorse e mezzi aziendali, ma si traduce nell'estensione in favore dell'amministrazione concedente della garanzia di esatto adempimento del contratto posto a gara, in relazione alla quale esigenza è consentito unicamente l'avvalimento del volume d'affari e non quello esperienziale in contestazione.

Ha infine ritenuto che l'associazione originaria aggiudicataria non avesse maturato alcun affidamento ragionevole, visto che l'annullamento in autotutela è stato emesso anteriormente alla stipula del contratto.

3. Nell'appellare la presente decisione, il Circolo Tennis Veritas obietta che:

- il TAR non ha tenuto conto dell'affidamento maturato dai partecipanti alla gara circa l'applicabilità ad essa del codice dei contratti pubblici, cui la *lex specialis* fa plurimi rinvii, e come evincibile dal comportamento tenuto dall'amministrazione fino all'inopinata determinazione in autotutela (I motivo);
- la concessione oggetto di affidamento ha un oggetto più ampio del mero uso del bene, concernendo anche la relativa gestione, dando dunque luogo un servizio pubblico, coerentemente con la natura patrimoniale indisponibile ex art. 826 cod. civ. degli impianti sportivi comunali, in quanto appunto destinati all'esercizio di attività corrispondenti a bisogni generali della collettività, irrilevante essendo a tal fine l'esenzione da vincoli tariffari, donde l'applicabilità dei principi del codice dei contratti pubblici, ivi compreso dunque l'avvalimento (II motivo);
- il preteso interesse pubblico alla base del provvedimento di autotutela impugnato altro non è che quello al mero ripristino della legalità asseritamente violata con l'aggiudicazione in proprio favore, pacificamente insufficiente a giustificare di per sé il potere di autotutela, tanto più nel caso di specie, atteso il lungo tempo trascorso rispetto all'aggiudicazione ritirata, ancorché prima della stipulazione del contratto (III motivo);
- il TAR non ha motivato in ordine al rigetto del motivo con cui si era rilevato che l'annullamento dell'aggiudicazione avrebbe dovuto previamente rimuovere il diniego di autotutela tacitamente formatosi sull'istanza ex art. 243-*bis* cod. contr. pubbl. promossa dal Tennis Club Mogliano (IV motivo);
- l'avvalimento è istituto di carattere generale, a salvaguardia della massima partecipazione alle procedure di affidamento, come affermato dalla giurisprudenza e dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per le concessioni di servizi pubblici, cosicché lo stesso deve ritenersi operante anche per le concessioni di beni pubblici, non essendovi ragione per discriminare questi ultimi con riguardo a tale profilo; il TAR è in ogni caso incorso in ultrapetizione nell'affermare che il

requisito in contestazione non sia suscettibile di avvalimento, poiché la relativa censura è stata dedotta dal Tennis Club Mogliano nel ricorso avverso l'aggiudicazione, poi dichiarato improcedibile in seguito al ritiro in autotutela di quest'ultima, oltretutto errando nel reputare il requisito in contestazione suscettibile di avvalimento, in quanto di carattere tecnico-organizzativo (V motivo);

- il TAR non avrebbe dovuto dichiarare improcedibile il ricorso incidentale escludente, da essa appellante proposto con riguardo al ricorso principale di controparte avverso l'aggiudicazione, essendo indubbio l'interesse all'esame nel merito delle censure di cui esso si sostanzia, malgrado il rilievo dell'improcedibilità di detto ricorso principale (VI motivo).

4. Si è costituito il Tennis Club Mogliano, con controricorso contenente appello incidentale condizionato.

4.1 Ha controdedotto all'appello principale evidenziando che:

- nell'ambito di gare per l'affidamento di concessioni amministrative, il richiamo al codice dei contratti pubblici opera limitatamente alle disposizioni oggetto di espresso richiamo, tra le quali non vi è nel caso di specie l'art. 49;

- se in astratto la gestione di impianti sportivi può sostanziare un servizio pubblico, tale evenienza deve nel caso di specie essere esclusa, poiché nelle condizioni applicabili alla concessione posta a gara vi è solo l'obbligo per l'affidataria di consentire la fruizione gratuita degli impianti a terzi, costituente espressione del potere dell'amministrazione concedente di disciplinare l'uso del bene pubblico, laddove è rimessa alle autonome determinazioni del concessionario la fissazione delle tariffe di accesso per quanto concerne la gestione economica degli impianti medesimi;

- il TAR ha ritenuto che l'aggiudicataria non avesse dimostrato il requisito di esperienza nella gestione di impianti sportivi anche perché nel contratto di

avvalimento con l'ausiliaria polisportiva Marzenego, presentato in sede di gara, non sono debitamente specificati i mezzi e le attrezzature aziendali messe a disposizione da quest'ultima;

- non vi è l'ultrapetizione lamentata dall'appellante principale, in quanto l'impossibilità di ricorrere all'avvalimento per il requisito in questione era stata dedotta nel ricorso avverso l'aggiudicazione e non necessitava pertanto di essere riproposto nel ricorso incidentale sull'impugnativa avverso l'annullamento in autotutela di detta aggiudicazione.

4.2 In caso di accoglimento dell'appello principale, il Tennis Club Mogliano chiede che venga esaminato il proprio ricorso principale di primo grado avverso la ridetta aggiudicazione, sottolineando che le censure in esso contenute attengono all'ammissione alla gara del Circolo Tennis Veritas, mentre il ricorso di quest'ultimo verte sulla fase successiva.

Esse consistono:

- nell'aver l'ausiliaria, polisportiva Marzenego, omesso la dichiarazione, imposta dal bando, circa l'inesistenza di contenziosi o morosità nei confronti della stazione appaltante;

- nella contraddittorietà tra dichiarazione e contratto di avvalimento, la prima riferita al solo requisito esperienziale, ed il secondo comprensivo anche di personale ed attrezzature, peraltro non specificate, come invece imposto dall'art. 88 del regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici, con conseguente insuperabile incertezza dell'offerta;

- l'ausiliaria è in ogni caso priva del requisito di partecipazione in discussione, visto che l'impianto da essa gestito non comprende campi da tennis;

- la stessa risulta dissoltasi nell'ottobre 2010, anteriormente alla data della dichiarazione di avvalimento;

- il contratto di avvalimento non risulta stipulato dal rappresentante legale della polisportiva.

4.3 Infine, il Tennis Club Mogliano ha riproposto la domanda risarcitoria per equivalente, già svolta in primo grado, basata sul presupposto che essa avrebbe conseguito l'aggiudicazione "in caso di corretta applicazione delle regole che disciplinano la gara pubblica in oggetto".

A questo riguardo, invoca il ristoro del mancato utile, nella misura minima conseguita da controparte per effetto della gestione provvisoria nelle more del presente contenzioso, pari ad € 75.548,95 quale ricostruita per l'esercizio 2011, cui vanno aggiunti gli ulteriori proventi di gestione, da calcolarsi a mezzo di CTU, oltre al danno curriculare, che reputa debba essere quantificato nella misura tra l'1 ed il 5 per cento dell'importo contrattuale posto a gara.

5. Si è costituito in questo giudizio anche il comune di Mogliano, in resistenza nei confronti dell'appellante principale nonché della domanda risarcitoria riproposta dal Tennis Club Mogliano.

A quest'ultimo riguardo evidenzia che lo stesso ha consegnato spontaneamente gli impianti all'originaria aggiudicataria all'esito della gara e che essa amministrazione ha prontamente provveduto a rimuovere in autotutela l'aggiudicazione in favore della stessa.

DIRITTO

1. Così riassunte le domande e le prospettazioni delle parti, deve innanzitutto essere precisato che la determinazione di annullamento in autotutela oggetto dell'appello principale si fonda sull'inapplicabilità dell'istituto dell'avvalimento alle concessioni d'uso di beni pubblici.

Questa essendo la ragione fondante tale atto, è condivisibile la critica che ad essa viene rivolta nel secondo motivo d'appello, dovendo il contratto posto a base della

gara in contestazione essere invece qualificato come concessione di pubblico servizio.

1.1 Ciò sulla base delle seguenti considerazioni:

- il bene affidato in uso rientra, e su ciò non vi è contestazione, nella previsione dell'ultimo capoverso dell'art. 826 cod. civ., ossia in quella relativa ai beni di proprietà dei comuni destinati ad un pubblico servizio e perciò assoggettati al regime dei beni patrimoniali indisponibili, i quali, giustamente disposto dall'art. 828, non possono essere sottratti alla loro destinazione (decidendo una questione di giurisdizione, questa Sezione si è espressa negli stessi termini proprio con riguardo ad una fattispecie di concessione di impianti sportivi comunali: sentenza 6 febbraio 2013 n. 698);

- su tali beni insiste dunque un vincolo funzionale, coerente con la loro vocazione naturale ad essere impiegati in favore della collettività, per attività di interesse generale;

- non vi è dubbio che la conduzione di impianti sportivi sottenda a tale tipologia di attività, essendo sufficiente ricordare che l'ordinamento sportivo è connotato da un'organizzazione di stampo pubblicistico, con al vertice il CONI, ente pubblico, e quindi le federazioni sportive, qualificate dalla legge istitutiva di detto ente come organi dello stesso, soggetti incaricate di funzioni di interesse generale, consistenti nella promozione ed organizzazione dello sport (artt. 2, 3 e 5 legge n. 426/1942, istitutiva del CONI);

- ed infatti, come giustamente osserva l'appellante, oggetto di concessione non è solo il loro uso, ma anche la relativa gestione, trattandosi, per quanto poc'anzi detto, di attività rivolta a finalità di pubblico interesse, consistenti nel caso di specie nella fruizione di campi sportivi;

- plurime previsioni della legge di gara, ancora una volta debitamente evidenziate dall'appellante, si pongono in questa prospettiva, assoggettando il privato

concessionario a vincoli gestionali puntuali, esorbitanti rispetto alla conduzione di un'attività di impresa;

- si allude agli artt. 2, 3 e 6 del foglio condizioni posto a gara, variamente concernenti attività di valorizzazione degli impianti in relazione alle esigenze della collettività sportiva; di organizzazione di eventi a rilevanza sociale; e di predisposizione di un programma di promozione della pratica sportiva presso i giovani e le scuole), nonché ad obblighi di rendicontazione ed a poteri di controllo ed ispezione dell'amministrazione concedente (artt. 3 e 12 del citato foglio condizioni, nonché art. 2 del bando di gara);

- contrariamente a quanto assume parte appellata, e quanto ritenuto dal TAR, è irrilevante il riconoscimento in favore del concessionario di autonomia tariffaria per l'accesso agli impianti;

- detta autonomia si pone in relazione allo sfruttamento in termini economico-impresariali del bene oggetto di concessione, in relazione all'attività strettamente privata che lo stesso consente e che coesiste con gli obblighi di servizio pubblico sopra detti, al fine di consentire l'equilibrio complessivo della gestione e consentire al concessionario di ricavare dalla stessa un utile.

Alla stregua di quanto finora osservato, non vi è dubbio quindi che ricorrano tutti gli indici che la giurisprudenza richiede per qualificare un'attività come servizio pubblico, e cioè:

a) l'imputabilità e la titolarità in capo all'ente pubblico;

b) la sua destinazione a soddisfare interesse di carattere generale della collettività;

c) la predisposizione di un programma di gestione, vincolante per il privato incaricato della gestione, con la previsione obblighi di condotta e l'imposizione di standards qualitativi;

d) il mantenimento in capo all'amministrazione concedente di poteri di indirizzo, vigilanza ed intervento, affinché il programma sia rispettato (in questi termini, Cass., sez. un., 27 maggio 2009, n. 12252).

1.2 Ne consegue che l'appello principale è fondato in relazione al II motivo.

Il relativo accoglimento è sufficiente ad annullare l'atto di autotutela impugnato in primo grado dall'appellante Circolo Tennis Veritas, in riforma dunque del pertinente capo della sentenza di primo grado, perché ne infirma il relativo fondamento giustificativo, come visto sopra.

1.3 Possono dunque essere assorbiti gli altri motivi d'appello, con l'eccezione del VI, nel quale si critica la statuizione di improcedibilità del ricorso proposto dal Tennis Club Mogliano, in funzione della riproposizione del ricorso incidentale escludente proposto dalla medesima appellante principale Circolo Tennis Veritas.

2. Anche questo motivo è fondato.

Si deve infatti rilevare che il TAR avrebbe potuto adottare tale statuizione, alternativamente:

- qualora l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione non fosse stato impugnato dall'aggiudicataria, perché con ciò si sarebbe in effetti cristallizzato l'assetto determinatosi per effetto dell'atto di ritiro, in tal modo facendo conseguire stabilmente in via amministrativa al Tennis club Mogliano l'utilità pretesa con la propria impugnativa giurisdizionale, privando quest'ultima associazione dell'interesse ad essa sotteso;
- in via consequenziale al rigetto dell'impugnativa proposta dal Circolo Tennis Veritas avverso l'annullamento in autotutela adottato in suo danno.

Quest'ultima è proprio l'ipotesi che si addice al caso oggetto del presente giudizio, visto che l'associazione sportiva da ultimo menzionata ha reagito avverso tale determinazione di ritiro.

3. Da ciò si trae la conseguenza che devono essere esaminati con priorità i motivi del ricorso incidentale dalla stessa proposto in funzione paralizzante del ricorso principale del Tennis Club Mogliano.

Infatti, contrariamente a quanto afferma quest'ultimo, i motivi in cui tale ricorso incidentale si sostanzia sono indiscutibilmente volti a contestarne l'ammissione, cosicché, imponendo la verifica della legittimazione ad agire, deve farsi applicazione dei principi stabiliti dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 7 aprile 2011, n. 4.

3.1 Con il primo motivo l'appellante principale sostiene che il Tennis Club Mogliano non avrebbe comprovato il requisito dell'esperienza nella conduzione di impianti sportivi similari imposto dall'art. 3, n. 1), del bando di gara, essendosi limitato a dichiarare precedenti esperienze gestionali, ed avendo la commissione di gara supplito all'omessa produzione di documenti a comprova di essa con quelli già in suo possesso.

Il motivo non può essere accolto, giacché l'art. 6 del bando, relativo alla documentazione amministrativa non impone di comprovare il requisito in questione. E' vero che il citato art. 3, n. 1), recita "dimostrazione dell'esperienza...", ma, una volta dichiarata quest'ultima nella domanda di ammissione alla gara, come avvenuto nel caso di specie, tale prova ben può essere conseguita sulla base dei documenti già in possesso della stazione appaltante, in ragione del fatto che la dichiarante era il gestore uscente.

3.2 Con il secondo motivo si censura l'omessa produzione dello statuto sociale in copia autentica, imposta invece dall'art. 6 del bando sopra citato.

Il motivo non può trovare ingresso.

L'autenticità è chiaramente imposta allo scopo di assicurare la stazione appaltante circa la genuinità del documento prodotto ed in questa visuale prospettica deve essere apprezzata la comminatoria di esclusione prevista dalla legge di gara. Come

giustamente osserva il Tennis Club Mogliano, si tratta di un elemento estrinseco rispetto al contenuto documentale, che in quanto strumentale alle suddette esigenze di certezza, può essere supplito con altri mezzi idonei allo scopo, tra i quali, l'attestazione di conformità del presidente dell'associazione dichiarante e della pregressa esperienza contrattuale intercorsa tra la medesima e l'amministrazione aggiudicatrice.

Conseguentemente, non può ritenersi integrata nel caso di specie alcuna lesione dell'interesse sostanziale alla base della suddetta comminatoria.

3.3 Il terzo ed il quarto motivo pretendono di estendere la medesima sanzione della *lex specialis* per asserite carenze ed inadeguatezze dei piani (di conduzione dell'impianto delle attività sportive e ricreative e delle migliorie ed investimenti) in cui si sostanzia l'offerta tecnica, in tal modo confondendo i piani dei requisiti di ammissibilità di quest'ultima con i profili di carattere valutativo (ed infatti nei motivi in esame l'appellante principale si spinge sino a censurare l'attribuzione dei punteggi per essi).

Si tratta quindi di motivi evidentemente infondati.

3.4 Parimenti non condivisibile è il quinto ed ultimo motivo incidentale, concernente l'attribuzione di punti per l'investimento offerto al lordo dell'Iva e non già al netto, in misura tale da consentire al Tennis Club Mogliano di raggiungere la soglia minima di 60 punti stabilita dal bando.

Sul punto la deducente non ha chiarito il punto centrale della questione e se cioè tale imposta risulti completamente neutrale per l'associazione, circostanza che, invece, quest'ultima contesta, in ragione della sua natura di ente non esercente in via esclusiva o principale attività di impresa, giusto il disposto dell'art. 4, comma 4, del testo unico sull'Iva di cui al d.p.r. n. 633/1972.

4. Può dunque passarsi ai motivi del ricorso principale del Tennis Club Mogliano avverso l'aggiudicazione in favore della Tennis Club Veritas e diretta a contestare l'ammissione di questa alla gara e, conseguentemente, l'aggiudicazione.

Sono fondati i primi due motivi, con rilievo assorbente rispetto agli altri, con i quali si sostiene che l'avvalimento cui l'associazione aggiudicataria ha fatto ricorso non poteva in realtà essere ammesso. E ciò tanto perché il bando di gara non contiene alcun richiamo all'art. 49 del codice dei contratti pubblici, né è riconducibile ad alcuno dei principi applicabili alle concessioni di servizi giustamente disposto dall'art. 30, comma 3, del medesimo codice, quanto perché detto istituto è stato nel caso di specie impiegato al fine di comprovare un requisito di carattere soggettivo.

4.1 In relazione al primo profilo, va ricordato che per incontrastato orientamento della giurisprudenza amministrativa, dalla quale non vi è motivo di discostarsi, l'applicabilità alle concessioni delle disposizioni del codice dei contratti deve essere espressamente resa manifesta dall'amministrazione aggiudicatrice attraverso il richiamo nella legge di gara (da ultimo: C.d.S., sez. V, 3 maggio 2013, n. 2552). La quale *lex specialis* è circoscritta evidentemente al bando ed al disciplinare di gara, non potendo estendersi agli atti della commissione di gara, come invece sembra pretendere il Tennis Club Veritas.

4.2 Né si ritiene che l'avvalimento sia sussumibile in alcuno dei principi stabiliti dall'art. 30, comma 3, citato.

Pur condividendo con detti principi la finalità di consentire la massima partecipazione alle gare d'appalto, lo stesso, nondimeno, non può porsi in rapporto di necessaria strumentalità con gli stessi.

Esclusi evidentemente la trasparenza ed adeguata pubblicità, i principi di non discriminazione e proporzionalità attengono ai requisiti di partecipazione, imponendo che essi siano coerenti con l'oggetto del contratto posto a gara e non

determinino una restrizione eccedente scopi che con la previsione di tali requisiti si vuole perseguire. Il mutuo riconoscimento ha rilievo diretto con la creazione di un mercato unico europeo, nel quale le imprese site in ciascuno stato membro possano concorrere a procedure di affidamento indette in altri paesi europei in condizioni di parità con quelle dove si svolge la gara, sulla base del previo riconoscimento, da parte di ciascuno Stato membro, delle altrui normative e procedure cui è subordinato sul piano interno il riconoscimento e l'attribuzione di qualificazioni ed attestazioni di capacità e qualità degli operatori economici.

Per contro, l'avvalimento ha rilievo una volta appurato che queste precondizioni, irrinunciabili in un mercato comune, sono state rispettate nella conformazione della legge di gara, consentendosi quindi la più ampia partecipazione alle imprese europee.

Ciò, del resto, si evince dallo stesso art. 30, comma 3, in esame, il quale dopo avere richiamato i ridetti principi, impone lo svolgimento di una gara informale con la partecipazione di almeno cinque soggetti *“se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione”*.

In altri termini, è esclusivamente nell'ambito dell'individuazione dei requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura di gara che va apprezzato il rispetto dei principi in questione, mentre l'avvalimento dà luogo ad una scelta discrezionale ulteriore dell'amministrazione concedente, non imposta dalla disposizione in esame, di consentire la partecipazione a soggetti non singolarmente in possesso di detti requisiti.

Il che, oltretutto, si pone in stretta correlazione con la caratteristica fondamentale dell'istituto concessorio, ravvisabile nella sostituzione del privato concessionario all'amministrazione.

Infatti, se la spinta comunitaria all'apertura al confronto competitivo di attività di pertinenza di quest'ultima suscettibili di sfruttamento economico ha condotto

all'assimilazione dell'istituto concessorio, una volta tipicamente espressivo di discrezionalità amministrativa, alle regole dell'evidenza pubblica proprie degli appalti, la limitazione di tale travaso, quale fissata dall'art. 30, comma 3, in commento, si spiega con la necessità di mantenere in capo all'amministrazione un margine di manovra, pur nell'ambito dei suddetti principi, in sede di definizione delle caratteristiche del potenziale concessionario.

4.3 Con riguardo al secondo profilo, va osservato che la clausola del bando di cui si controverte (art. 3), intitolata requisiti di partecipazione, richiede espressamente l'esperienza almeno triennale nel quinquennio antecedente *“nella conduzione di impianti similari”* (n. 1).

Essa va letto in combinato con il successivo art. 5, concernente i criteri di valutazione delle offerte, il quale prevede l'attribuzione fino a 10 punti, testualmente, per l' *“esperienza gestionale di impianti per il tennis (oltre al requisito minimo di cui al precedente punto 3)”*.

Conseguentemente, è indiscutibile che mentre l'esperienza triennale nell'ultimo quinquennio costituiva un requisito minimo di idoneità soggettiva, necessario per l'ammissione alla procedura, la gestione specifica di impianti per il tennis, ulteriore rispetto a quella impiegata ai fini di detta ammissione, ineriva alla diversa fase della valutazione delle offerte.

Ciò in quanto deve ritenersi che, in virtù della volontà contrattuale manifestata dall'amministrazione concedente nel bando di gara, il requisito dell'esperienza sia stato correlato, in coerenza con l'*intuitus personae* che connota l'istituto della concessione amministrava, alle qualità del privato contraente, conseguentemente essendone esclusa la deducibilità *in obligatione* ai sensi degli artt. 1173 e 1321 cod. civ. (cfr. al riguardo quanto stabilito nella sentenza di questa Sezione, 5 novembre 2012, n. 5595). Visto in termini di teoria generale di diritto dei contratti pubblici,

attraverso tale (insindacabile) scelta l'amministrazione ha inteso elevare l'esperienza a requisito di idoneità professionale, non comprovabile tramite avvalimento.

4.3.1 Va poi osservato che, nell'imporre quale ulteriore requisito di ammissione anche il possesso di capacità organizzativa ed operativa adeguata (art. 3, n. 3 del bando), l'amministrazione concedente ha implicitamente escluso la possibilità di ricorrere all'avvalimento.

5. Alla luce di tutto quanto sopra detto, oltre all'appello principale, deve essere accolto l'appello incidentale condizionato e, in riforma della sentenza di primo grado, deve essere accolto il ricorso principale proposto dall'odierna appellante incidentale Tennis Club Mogliano avverso l'altrui aggiudicazione.

Nessuna somma può esserle riconosciuta invece a titolo di risarcimento danni, visto che la stessa associazione ha prodotto il contratto di concessione quindicennale da essa stipulato con l'amministrazione nelle more di questo giudizio d'appello.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate tra tutte le parti in causa in ragione del numero e della complessità delle questioni trattate, salvo il contributo unificato ex art. 9 d.p.r. n. 115/2002, che va rimborsato dal comune alle associazioni appellanti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie gli appelli principale ed incidentale;

per l'effetto, in riforma della sentenza appellata:

- accoglie i ricorsi di primo grado, annullando gli atti con essi rispettivamente impugnati.

- compensa integralmente tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio, ponendo a carico del comune di Mogliano Veneto il contributo unificato ex art. 9 d.p.r. n. 115/2002 versato dalle appellanti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/05/2013

IL SEGRETARIO

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