



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 5751 del 2017, proposto da: Mytennis Associazione Dilettantistica per la Promozione del Tennis in proprio e quale Mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con Tennis Club Genova 1893 A.S.D., S.S. Trionfo Ligure 1907 A.S.D., LTA A.S.D.- non costituiti in giudizio- in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Bilanci, domiciliato ex art. 25 Cod. proc. amm. presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Comune di Genova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Paola Pessagno, Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, 14; Società Cooperativa Sportiva Dilettantistica Park Tennis Club, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con CUS GENOVA- A.S.D., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato

e difeso dall'avvocato Alvisè Vergerio Di Cesana, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G.P. Da Palestrina n. 19; Centro Universitario Sportivo Genova Associazione Sportiva Dilettantistica - Cus Genova -A.S.D, in proprio e in qualità di mandante del costituendo raggruppamento temporaneo con Soc. Coop. Sportiva Dilettantistica Park Tennis Club;

nei confronti di

Società Cooperativa Sportiva Dilettantistica Park Tennis Club, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con CUS GENOVA- A.S.D., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alvisè Vergerio Di Cesana, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G.P. Da Palestrina n. 19; Centro Universitario Sportivo Genova Associazione Sportiva Dilettantistica - Cus Genova -A.S.D, in proprio e in qualità di mandante del costituendo raggruppamento temporaneo con Soc. Coop. Sportiva Dilettantistica Park Tennis Club;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LIGURIA – GENOVA, Sezione II, n. 00596/2017, resa tra le parti, concernente l'annullamento dell'atto di aggiudicazione al costituendo raggruppamento Mytennis della gara per la concessione del servizio del gestione del parco pubblico di Valletta Cambiaso, in Genova, e dell'impianto sportivo sito al suo interno, composto da 5 campi da tennis e dallo stadio "Beppe Croce", comprensivo di palestre, spogliatoi, uffici e servizi;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Genova e della Soc. Coop. Sportiva Dilettantistica Park Tennis Club e del Centro Universitario Sportivo Genova Associazione Sportiva Dilettantistica – Cus Genova – A.S.D;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2017 il Cons. Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Bilanci, Vergerio di Cesana, Pafundi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Mytennis Associazione Dilettantistica per la promozione del tennis (d'ora in avanti soltanto "*Mytennis*") ha impugnato la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, II, 10 luglio 2017, n. 596, che ha accolto il ricorso proposto da Società Cooperativa Sportiva Dilettantistica Park Tennis Club (nel prosieguo soltanto "*Park Tennis*") e dal Centro Universitario Sportivo Genova Associazione Sportiva Dilettantistica (d'ora in avanti soltanto "*Cus Genova*" o "*CUS*"), respingendo il ricorso incidentale proposto dall'odierna appellante.

La vicenda oggetto del presente giudizio attiene alla concessione da parte del Comune di Genova (nel prosieguo, "*il Comune*" o "*il Comune appellato*"), per il periodo di otto mesi, del servizio di gestione del parco pubblico di Valletta Cambiaso e dell'impianto sportivo di proprietà comunale posto al suo interno, costituito da cinque campi da tennis, con lo stadio "Beppe Croce", comprensivo di palestre, spogliatoi, uffici e servizi.

Detto parco era stato dato in concessione dal Comune alla Federazione Italiana Tennis con convenzione del 2007; sub-concessionaria dell'impianto dal 2012 al 2016 era stata Mytennis, associazione odierna appellante. Nel 2016 la Federazione Italiana Tennis aveva riconsegnato la struttura al Comune.

Sin da quel momento il Comune era stato reiteratamente sollecitato dalle associazioni sportive in questione (Parktennis- Cus Genova e Mytennis) allo svolgimento di una gara per la concessione dell'impianto. Tuttavia, nell' attesa

dell'approvazione del nuovo Regolamento sportivo e dell'indizione di una gara europea per l'affidamento, mediante procedura di partenariato pubblico-privato, il Comune aveva avviato un'indagine di mercato mediante avviso pubblico per manifestazione di interesse, ai sensi dell'art. 216 comma 9 del D.Lgs.vo 50 del 2016, al fine di individuare l'operatore economico per la gestione della struttura per il periodo di otto mesi.

Criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 10 punti all'offerta economica e di 90 punti all'offerta tecnico-qualitativa. Le partecipanti dovevano, altresì, predisporre un progetto di utilizzo dell'impianto.

Pervenivano al Comune le manifestazioni di interesse di due concorrenti: il raggruppamento costituito da Mytennis ed altre associazioni (Tennis Club Genova 1893, Trionfo Ligure 1907 e LTA) e quello costituito da Park Tennis e Cus Genova.

La procedura era regolata dalla lettera di invito, che stabiliva i criteri di valutazione dell'offerta tecnica. In particolare, gli elementi tecnico-qualitativi, per un punteggio massimo di 90 punti, venivano ripartiti come di seguito descritto.

All'attività svolta e al progetto di utilizzo venivano attribuiti 80 punti, in base ai criteri specificati nei paragrafi da B.1.1. a B.1.5.

Il criterio di valutazione di cui al punto B.1.2., denominato *“attività svolta a favore delle scuole, dei disabili e degli anziani”*), per il quale era prevista l'attribuzione di un punteggio massimo di 22 punti, era a sua volta suddiviso nei sub-criteri di seguito indicati, specificati alle lettere a), b) e c):

a) fasce di orari giornalieri (quante ore al giorno), destinati alla promozione di attività sportiva e ricreativa a favore di fasce deboli e/o protette (scuole, disabili, minori e/o giovani in condizioni di disagio certificato, altri soggetti svantaggiati in carico ai Servizi Sociali del Comune di Genova o all'ASL, e alle sue diramazioni e

strutture territoriali), con previsione di 0,50 punti per ogni ora per un massimo di sette punti;

b) fasce di orari giornalieri (quante ore al giorno) destinati alla promozione di attività sportiva e ricreativa a favore di minori (0,50 punti per ogni ora), con un punteggio massimo di otto punti;

c) piano tariffario per le attività del presente titolo, a fini ricreativi e/o sociali e riserva di spazi e orari a favore della Civica Amministrazione, con preferenza per le fasce di cui alla lettera a), con un punteggio massimo di sette punti.

Il paragrafo B.1.6 prevedeva, invece, la presentazione da parte delle concorrenti di un “progetto di utilizzo”, con attribuzione di un punteggio massimo di dieci punti, stabilendo che in sede di offerta dovesse essere redatto e prodotto *“un progetto sintetico, esaustivo e dettagliato che dovrà dimostrare di creare forti sinergie con soggetti associativi, agenzie educative e sociali del territorio, in ordine alla gestione dell'impianto e delle attività”*. Il progetto avrebbe dovuto essere elaborato e sviluppato tenendo anche conto, tra l'altro, delle puntuali indicazioni specificate nella lettera di invito, quali: la previsione di utilizzo libero di porzioni dell'impianto, anche affidate a terzi, al fine di mantenere e garantire l'equilibrio economico-finanziario della gestione; l'elaborazione di un dettagliato piano degli orari di apertura previsti per lo svolgimento di un esercizio annuale tipo, con adeguata programmazione di aperture prolungate e/o straordinarie in occasione di eventi e manifestazioni organizzate dallo stesso gestore o da altre realtà culturali e commerciali della zona.

Il progetto *de quo* doveva, altresì, prevedere la possibilità di utilizzo dell'impianto, per un numero di giornate non superiore a tredici, dal Comune di Genova o da parte di soggetti dallo stesso individuati ed indicati, per manifestazioni di interesse pubblico. In tal caso, le spese sostenute per utenze, anche determinate in via forfettaria, riferite al periodo della manifestazione, non sarebbero state poste a carico dell'affidatario della gestione, bensì degli organizzatori.

All'esito della procedura di gara aggiudicataria risultava Mytennis, con l'attribuzione di 92,80 punti a fronte del punteggio di 78,39 attribuito all'altra concorrente. Il Comune riteneva, infatti, di attribuire all'offerta tecnica del Raggruppamento temporaneo costituito da Park Tennis e da CUS Genova zero punti con riferimento alle sezioni B.1.2, lett. b) e c) della lettera di invito (relative alle fasce di orari giornalieri riservate ai minori -la prima- ed al piano tariffario con riserva di spazi per il Comune -la seconda) e 1,50 punti per la sezione B.1.2, lett. a) della lettera di invito (relativa alle ore dedicate alle "fasce deboli" di utenti); mentre all'offerta tecnica del Raggruppamento temporaneo Mytennis, per le tre sezioni su indicate, attribuiva il massimo dei punti, pari a 22.

Tale valutazione si fondava sul presupposto che le relative tre sezioni della lettera d'invito dovessero essere interpretate come riferite ad una proposta progettuale di gestione dell'impianto e non ad un requisito di esperienza maturato con riferimento ad attività pregresse: pertanto, nel verbale della seduta del 29 dicembre 2016, la Commissione precisava che l'offerta tecnica del RT Park Tennis-CUS *"al punto B1.2) non esplicitava l'attività da svolgere nell'impianto sportivo in oggetto, ma svolta in altri impianti nella loro disponibilità"* ; e che, nonostante ciò, *"da una attenta lettura del progetto di utilizzo, la commissione ha ritenuto di attribuire comunque un punteggio relativamente al punto B.1.2 lettera a), sulla base delle ore indicate a vantaggio delle fasce protette di cui al bando"*.

Con ricorso n. 168 del 2017, notificato il 3 marzo 2017, Parktennis e Cus Genova impugnavano dinanzi al T.a.r., insieme a tutti gli atti presupposti, il provvedimento di aggiudicazione, adottato con determinazione del 24 febbraio 2017, contestando l'attribuzione del punteggio alle offerte tecniche, ai fini dell'aggiudicazione ad esso della gara, e deducendo altresì vizi della procedura, ai fini della riedizione della stessa.

In relazione al primo profilo, il Raggruppamento ricorrente sosteneva che i criteri di valutazione su indicati dovessero interpretarsi in conformità alla Legge regionale Liguria 40 del 2009, ovvero come requisiti di esperienza e non come requisiti progettuali e che quindi, correttamente, aveva fatto riferimento alla sua esperienza pregressa ed all'attività svolta a favore delle categorie protette indicate in tali punti della lettera di invito (scuole, disabili, anziani, minori). Al contrario, l'offerta di Mytennis era stata erroneamente strutturata come proposta progettuale mentre, secondo l'assunto della ricorrente, a tale profilo doveva ritenersi dedicato solo il punto B.1.6, denominato "Progetto di utilizzo". La ricorrente invocava, a conforto della sua prospettazione, anche la nota di chiarimenti del 24 novembre 2016 proveniente dallo stesso Comune. Ove le sezioni in questione fossero intese come relative ad un progetto, la lettera di invito e la procedura sarebbero state illegittime, con conseguente annullamento della selezione.

Con specifico riferimento al dichiarato interesse alla riedizione della gara, parte ricorrente deduceva sette ordini di censure così sintetizzabili:

- mancanza del verbale della seduta riservata della Commissione del 21 dicembre 2016, con impossibilità di comprendere le operazioni di attribuzione dei punteggi (IV motivo);
- mancanza della necessaria previa predisposizione di criteri e sub-criteri, per l'attribuzione dei punteggi (V motivo);
- anomalia e assenza di giustificazione di un affidamento per soli otto mesi, tale da renderlo assimilabile piuttosto ad una "proroga", mentre l'art. 8 del Regolamento comunale stabilisce la durata minima in cinque anni, e in modo da incidere così sul valore dell'appalto, volutamente al di sotto della soglia comunitaria (VI motivo);
- la procedura di gara non è stata preceduta dalla deliberazione del Consiglio comunale o della Giunta (VII motivo);

- sono stati assegnati ai concorrenti termini eccessivamente brevi per la presentazione delle manifestazioni di interesse e per la presentazione delle offerte, in violazione degli artt. 61 e 173 D.Lgs. 50 del 2016, (motivo VIII);
- non è prevista la *"presentazione di apposito Piano Finanziario a dimostrazione dell'equilibrio economico dell'affidamento"*, sicché *"risulta impossibile accertare se le offerte presentate dai diversi concorrenti siano effettivamente concrete e serie, oltre che sorrette da elementi di congruità ed equilibrio che possano garantire, come previsto per legge, la 'tenuta' della concessione"* (IX motivo);
- mancata integrale applicazione del D.Lgs. 50 del 2016, come dimostrerebbe l'avvenuta aggiudicazione provvisoria (X motivo).

L'aggiudicataria Mytennis si costituiva in giudizio, proponendo ricorso incidentale con cui impugnava la nota di chiarimenti resi dal Comune in data 25 novembre 2016 e la lettera di invito, ove interpretata nel senso indicato dalla nota predetta, ovvero nel senso che le sezioni B.1.2., lett. a), b), e c) siano relative a requisiti di esperienza, per contrasto con i principi delle concessioni di servizi e con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base dell'elemento qualità-prezzo: in tesi, tali profili imporrebbero l'elaborazione di un progetto di gestione del servizio e l'attribuzione al medesimo di una significativa e preponderante parte del punteggio.

Con un secondo ordine di censure, la ricorrente incidentale contestava poi l'ammissione del Raggruppamento Park Tennis-Cus e assumeva che questo dovesse essere escluso dalla competizione per aver presentato una proposta tecnico-qualitativa non comprensiva di tutti gli elementi di valutazione prescritti dalla lettera di invito; per mancanza, nell'offerta economica, della dichiarazione di voler procedere alla sub-concessione; per morosità del Cus Genova nei confronti del Comune per canoni non versati relativi alla concessione di altro impianto sportivo comunale. Mytennis sollevava, altresì, specifiche doglianze relative alla

lettera di invito, deducendone l'illegittimità nella parte in cui, in maniera illogica e contraddittoria, non aveva richiesto, come in analoghe gare, l'assenza di morosità dei concorrenti quale requisito di partecipazione e nella parte in cui non aveva, comunque, previsto che la morosità nei pagamenti dovuti a favore di Enti pubblici comportasse l'attribuzione di un punteggio peggiore; nella parte in cui non aveva previsto l'esclusione della partecipazione a soggetti che avessero la disponibilità di impianti analoghi e vicini (come quelli di proprietà di Parktennis e Cus), al fine di evitare la creazione di posizioni dominanti o lo sviamento della clientela, con pregiudizio per l'impianto comunale; nonché nella parte in cui non imponeva la presentazione di un Piano Economico Finanziario, in modo da rendere attendibili le offerte economiche dei concorrenti. Secondo la prospettazione della ricorrente incidentale la lettera di invito sarebbe stata, altresì, illegittima per non aver stabilito criteri e sotto-criteri di valutazione dei progetti, avendo rimesso all'assoluta discrezionalità dei Commissari l'attribuzione dei punteggi.

La ricorrente incidentale lamentava, inoltre, la manifesta erroneità e illogicità dei punteggi attribuiti a Park Tennis- Cus, avendo quest'ultimo requisiti assolutamente inferiori rispetto a Mytennis (che organizza da molti anni un torneo internazionale di tennis, secondo in Italia solo agli Internazionali di Roma ed eletto nel 2014 miglior Challenger al mondo); e deduceva, pure, l'assoluta inattendibilità dell'offerta economica del RTI avversario, che prevedeva un incremento del 368% del canone di base.

Il T.A.R. accoglieva il ricorso proposto da Park Tennis e Cus Genova, condividendo l'interpretazione delle ricorrenti in base alla quale i criteri di valutazione in questione dovessero essere riferiti a requisiti di esperienza ed alla attività già svolta e non ad un progetto, in quanto integralmente riproduttivi dei criteri di cui all'art. 21 della Legge Regionale Liguria 40 del 2009.

Il T.A.R. esaminava anche il ricorso incidentale di Mytennis: e riteneva i motivi ivi dedotti in parte infondati, in parte inammissibili in quanto generici.

Pertanto, il giudice di prime cure sanciva l'obbligo per l'Amministrazione di aggiudicare la concessione alla ricorrente Park Tennis-CUS, a seguito dell'annullamento dei punteggi per le sezioni B.1.1. e B.1.2. dell'offerta del RT Mytennis.

Avverso la sentenza di primo grado ha proposto appello il Raggruppamento temporaneo Mytennis, domandando la riforma e l'annullamento della pronuncia per i seguenti motivi: erroneità della sentenza appellata per eccesso di potere giurisdizionale e per omessa pronuncia; violazione dell'art. 113 Cod. proc. civ. ed errata applicazione degli artt. 30, 95, 103, 105, 172 e 173 D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, dell'art. 21 L.R. Liguria 7 ottobre 2009 n. 40 e dell'art. 7 del Regolamento comunale sugli impianti sportivi (approvato con delib. C.C. 71/2010), anche in relazione agli artt. 1362 e ss. Cod. civ.

Secondo la prospettazione dell'appellante la sentenza sarebbe, dunque, erronea nella parte in cui ha accolto il ricorso principale, senza esaminare prioritariamente il ricorso incidentale avente carattere paralizzante o escludente, e, in ogni caso, meritevole di riforma per aver respinto il ricorso incidentale, ritenendo i motivi ivi formulati in parte inammissibili, in parte infondati.

Si è costituito in giudizio il Comune di Genova, il quale ha domandato che il Collegio disattenda l'interpretazione fornita dal giudice di prime cure in merito ai criteri indicati nella lettera di invito ai punti B.1.1. e B.1.2., in quanto gli stessi si riferirebbero a requisiti progettuali e, di conseguenza, non già all'attività svolta ed alle ore già destinate alle categorie protette, bensì alle attività da svolgere e da destinarsi a favore delle medesime. Il Comune appellato ha chiesto, pertanto, di confermare la legittimità dell'operato della Commissione giudicatrice nella valutazione delle offerte tecniche e nell'attribuzione dei punteggi, confermando

l'aggiudicazione in favore di Mytennis, in quanto l'offerta della concorrente Park Tennis, non indicando l'attività da svolgere, era carente sotto i profili evidenziati.

Nelle memorie depositate il Comune precisava di non aver ancora stipulato il contratto con Park Tennis, lasciando di fatto l'impianto nella gestione e nella disponibilità dell'odierna appellante.

Con ordinanza cautelare, la Sezione ha sospeso l'esecutività della sentenza ritenendo sussistesse il *periculum in mora*, anche al fine di consentire a Mytennis lo svolgimento di un torneo internazionale.

Si costituiva in giudizio il Raggruppamento controinteressato costituito da Park Tennis e da Cus Genova, il quale depositava un controricorso e memorie difensive con le quali domandava respingersi l'appello, con conferma della sentenza impugnata, in quanto immune da vizi ed errori sia nella parte della motivazione che aveva accolto, ritenendolo fondato e assorbente, il primo motivo del ricorso principale, sia con riguardo alla decisione di rigetto del ricorso incidentale, in quanto inammissibile e infondato. Il Raggruppamento appellato riproponeva altresì, in subordine, le censure formulate nel ricorso di primo grado, non esaminate dal T.A.R. in quanto ritenute assorbite, volte ad evidenziare profili di illegittimità della *lex specialis* ovvero nello svolgimento della procedura selettiva.

All'udienza del 16 novembre 2017, il difensore della parte appellante dichiarava di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza.

Nella stessa udienza la causa veniva discussa e trattenuta in decisione; quindi, all'esito della camera di consiglio, veniva pubblicato il dispositivo della sentenza di accoglimento del ricorso in appello proposto da Mytennis.

DIRITTO

Il Collegio osserva come prioritario rilievo assume, ai fini della decisione della presente controversia, l'ordine di esame dei ricorsi. L'appellante lamenta, infatti, che il T.a.r. non ha esaminato prioritariamente il suo ricorso incidentale, sul

presupposto che l'ammissione di Park Tennis-Cus non è stata impugnata direttamente, ma soltanto in via mediata, come possibile conseguenza di un'asserita illegittimità della *lex specialis*; pertanto, il giudice di prime cure ha esaminato per primo il ricorso incidentale; e lo ha accolto per l'assorbente profilo dedotto con il primo motivo, inerente all'interpretazione degli elementi tecnico-qualitativi dell'offerta, intesi quali requisiti di esperienza, e alla conseguente ritenuta erroneità nell'attribuzione dei punteggi assegnati alle proposte delle concorrenti.

Così facendo il T.a.r. avrebbe violato i principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa (sin dalla decisione del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9), che impongono il prioritario esame del ricorso incidentale avente carattere escludente.

Per tali ragioni, l'appellante ha riproposto i motivi del ricorso incidentale, domandandone l'esame prioritario rispetto ai motivi di appello inerenti la corretta qualificazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica.

La censura è priva di pregio e va disattesa.

Il Collegio qui rileva come il T.A.R., con motivazione immune da censure, abbia correttamente ritenuto che il ricorso incidentale non avesse carattere paralizzante o escludente; ed ha, pertanto, proceduto alla preliminare valutazione del ricorso principale, accogliendone il primo motivo, ritenuto fondato e assorbente.

Ed invero, come acutamente osservato dalla difesa del Raggruppamento appellato nel suo controricorso, il motivo in esame risulta smentito dallo stesso testo dell'appello, in cui si afferma che la ricorrente incidentale avrebbe presentato censure volte *“alla conservazione degli effetti dell'aggiudicazione in suo favore”*, e *“in subordine motivi volti alla riedizione della gara”*; ed infine che *“l'esame prioritario del ricorso incidentale si imponeva comunque anche a fronte dell'impugnazione della lettera di invito”*.

Coerentemente a tali affermazioni, quindi, il giudice di prime cure ha rilevato che l'impugnativa della ricorrente incidentale era volta a censurare direttamente la

lettera di invito e la nota di chiarimenti, ove interpretata nel senso prospettato dalla ricorrente principale; e che le doglianze rivolte all'ammissione di quest'ultima erano proposte soltanto in via indiretta ed immediata.

Non si imponeva, pertanto, un prioritario esame del ricorso incidentale.

Ad ogni modo, il T.a.r. ha proceduto anche all'esame del ricorso incidentale; e, con motivazione corretta e pienamente condivisa dal Collegio, lo ha respinto, ritenendo i motivi ivi articolati in parte infondati, in parte inammissibili.

Ed invero, ad avviso della Sezione, le censure dedotte da parte appellante avverso l'impugnata sentenza, in relazione ai motivi dedotti con il ricorso incidentale di primo grado, riproposti nell'atto di appello, non colgono nel segno.

In particolare, infondata è la doglianza in base alla quale Park Tennis- Cus avrebbe dovuto essere esclusa per morosità nei confronti del Comune in relazione al pagamento dei canoni per la concessione di altri impianti comunali (tra cui lo Stadio Carlini di Genova), sulla base dell'assunto per cui tale condotta integrerebbe un grave illecito professionale che ne minerebbe l'affidabilità ovvero una grave violazione, definitivamente accertata, nell'esecuzione di un precedente contratto di gestione. In relazione a tale profilo, immune da censure risulta la motivazione dell'impugnata sentenza lì dove evidenzia, da un lato, come sia improprio il richiamo alle previsioni di cui all'art. 80, commi 4 e 5, del D.Lgs. 50 del 2016, invocate dall'appellante, in quanto in concreto inapplicabili alla fattispecie in esame, difettandone i presupposti di fatto; dall'altro, come la corretta esecuzione del rapporto concessorio sia adeguatamente presidiata dalla garanzia fideiussoria ex art. 93 comma 8 del Nuovo codice dei contratti, prescritta dalla lettera di invito. In aggiunta, si osserva che, *in primis*, non si tratta di un inadempimento definitivamente accertato, non contestato in giudizio ovvero confermato all'esito di un giudizio; ed inoltre, che la valutazione della gravità dell'evento verificatosi o della negligenza ed errore professionale dell'operatore economico spetta

all'Amministrazione alla quale il legislatore riserva l'individuazione, avente carattere discrezionale, del punto di rottura dell'affidabilità della controparte contrattuale, tale da precludere la stipulazione di futuri rapporti negoziali, desumibile anche da vicende pregresse.

Alla luce di tali argomentazioni, appare pure infondato il motivo del ricorso incidentale volto a censurare la lettera di invito nella parte in cui non ha previsto, come in gare aventi analogo oggetto, l'assenza di morosità nei confronti del Comune tra i requisiti di ammissione della procedura.

Parimenti destituita di fondamento è la censura in base alla quale la sentenza impugnata sarebbe erronea lì dove non ha ritenuto che Park Tennis-Cus doveva essere esclusa in relazione all'omessa redazione di un Piano tariffario, avendo ritenuto che detto piano sia relativo ad un'esperienza pregressa dei concorrenti e non ad una proposta, in vista dell'eventuale gestione dell'impianto.

La censura è priva di pregio, poiché la redazione di un Piano tariffario non costituiva requisito di ammissione alla gara, bensì criterio di valutazione dell'offerta tecnica: di conseguenza, la sua eventuale omessa predisposizione da parte del Raggruppamento concorrente- oltre ad essere smentita, *per tabulas*, dalle risultanze degli atti di giudizio e dalla documentazione di gara- non dà luogo ad una causa di esclusione dell'offerta della concorrente, bensì soltanto alla mancata attribuzione del punteggio previsto per tale voce.

L'appellante adduce, poi, che Park Tennis-Cus avrebbe dovuto essere escluso stante l'omessa dichiarazione, nell'offerta economica, della quota parte del servizio che si intende sub-concedere a terzi, deducendo, altresì, l'illegittimità della lettera di invito ove non ha previsto una tale omissione come causa di esclusione. Pertanto, erroneamente il T.A.R. avrebbe ritenuto infondato tale motivo del ricorso incidentale. Anche tale doglianza palesa la sua infondatezza, posto che, come correttamente rilevato nell'impugnata sentenza, la generica disponibilità

all'assegnazione di spazi ad associazioni e/o società sportive eventualmente interessate non integra affatto una dichiarazione di sub-concessione; né si intravedono plausibili ragioni per cui la lettera di invito dovesse contenere una siffatta causa di esclusione (tenuto conto, altresì, della circostanza che il possibile utilizzo da parte di terzi, compresa la possibilità di affitto o sub-concessione di porzioni della struttura, era previsto anche al fine di garantire l'equilibrio economico-finanziario della gestione).

Inammissibile, perché dedotto in modo generico, è il motivo di ricorso incidentale volto a censurare l'attendibilità dell'offerta economica di Park Tennis Cus lì dove prevedeva un rialzo pari al 368 % rispetto al canone base.

Il Collegio rileva, altresì, come sia priva di pregio e vada disattesa anche la censura volta a dedurre l'illegittimità della lettera di invito nella parte in cui non impone la presentazione di un Piano Economico Finanziario come elemento della domanda, in modo da rendere attendibili le offerte economiche, a maggior ragione a fronte di un rialzo così rilevante formulato nell'offerta del raggruppamento avversario. Ed invero, correttamente la sentenza appellata ha evidenziato come l'affidabilità dell'offerta economica e la corretta esecuzione del rapporto concessorio sia adeguatamente presidiata dall'impegno di un fideiussore (istituto bancario o assicurativo) a rilasciare garanzia fideiussoria, ex art. 93 comma 8 del D.Lgs. n.50 del 2016, come specificamente previsto dalla lettera di invito. A tale argomento si aggiunga che, espressamente, la lettera di invito stabiliva la necessaria previsione di utilizzo libero di porzioni dell'impianto, anche affidate a terzi, proprio al fine di mantenere l'equilibrio economico-finanziario della gestione, compresa la possibilità *“di affittare a terzi porzioni del bene in fasce orarie all'uopo disponibili o eventualmente sub concedere parte delle attività esercitate nell'impianto, nei limiti stabiliti dall'art. 3, comma 3 del Capitolato allegato alla D.D. 2016-133.5A-71”* (cfr. nota di chiarimenti del 24

novembre 2016), in tal modo supplendo alla carenza lamentata da entrambe le parti.

Neppure può ravvisarsi l'illegittimità della *lex specialis* lì dove non ha dato rilievo, ai fini dell'esclusione dalla procedura o dell'attribuzione di un punteggio peggiore all'offerta, alla disponibilità, da parte dei concorrenti, di impianti sportivi analoghi o limitrofi a quelli oggetto della procedura in questione: non appare configurabile, difatti, in tale omessa previsione né un effetto distorsivo per la concorrenza né l'addotto pregiudizio per il pubblico impianto.

Deve anche ritenersi che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante mediante riproposizione dei motivi del ricorso incidentale, la sentenza impugnata non è affatto erronea nella parte in cui ha ritenuto che la lettera di invito abbia previsto l'attribuzione di punteggi e la fissazione di criteri di valutazione manifestamente incomprensibili, illogici e tali da impedire ai concorrenti di formulare in modo adeguato le proprie proposte tecnico qualitative.

Secondo il granitico orientamento della giurisprudenza amministrativa la Stazione appaltante ha piena discrezionalità nella determinazione dei requisiti di ammissione alla gara e dei criteri di valutazione delle offerte, sindacabili in sede giurisdizionale soltanto ove manifestamente illogici, irragionevoli o sproporzionati.

Parimenti infondata è la censura, articolata nel terzo motivo di ricorso incidentale del RT Mytennis e riproposta nell'atto di appello, al punto 4), volta a evidenziare l'illegittimità dell'operato della Commissione, deducendo l'illogicità e la manifesta erroneità della valutazione del progetto presentato dal raggruppamento appellato e della conseguente attività di attribuzione dei punteggi, posto che, da un lato, RT Park Tennis- Cus non avrebbe presentato il progetto prescritto dal punto B.1.6. né un dettagliato piano degli orari per un esercizio tipo (sicché ne conseguirebbe l'impossibilità di verificare la fattibilità del progetto, vista l'indicazione di orari di apertura generici e di attività diverse, senza specifica indicazione degli orari e degli

spazi ad esse dedicati); dall'altro *“ha indicato requisiti incomparabilmente inferiori rispetto a quelli del raggruppamento odierno appellante”*.

La censura non coglie nel segno, posto che, come correttamente rilevato nella sentenza impugnata, l'offerta tecnica di Park Tennis contiene la parte concernente il progetto di utilizzo, oggetto del criterio di valutazione B.1.6, corredato del piano programma-tipo delle attività, conseguendo, in relazione a tale voce, una valutazione di 10 punti.

Ad ogni modo, il Collegio osserva sul punto che i giudizi formulati dalla Commissione non risultano né incongrui né illogici né insufficientemente motivati, irragionevoli o lesivi del principio di proporzionalità o della *par condicio competitorum*. Peraltro, appare evidente che tali rilievi sconfinano nel merito delle valutazioni tecnico-discrezionali della Commissione. Tuttavia, per costante giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, III, 13 dicembre 2016 n. 5232; id., V, 26 luglio 2016, n. 3359), in sede di gara pubblica, il giudice di legittimità può spingere il proprio accertamento fino a controllare l'attendibilità delle valutazioni tecniche eseguite dalla Stazione appaltante, al fine di verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato con utilizzo delle regole conformi a criteri di logicità, congruità e ragionevolezza, ma non può sostituirsi a questa negli apprezzamenti di merito: sicché, a fronte dei giudizi tecnici della Commissione, sono inammissibili le censure con cui il ricorrente non evidenzia macroscopiche irrazionalità o incongruenze, né palesi illogicità o travisamenti.

Il Collegio, pertanto, condivide la motivazione della sentenza appellata in relazione a tali censure, articolate dalla ricorrente incidentale, lì dove evidenzia che siffatte doglianze si esauriscono in una critica al merito dei punteggi assegnati (in relazione ad aspetti relativi, ad esempio, alla qualificazione degli istruttori, agli eventi e alle manifestazioni sportive organizzate o ai risultati conseguiti), come tali sottratti al sindacato giurisdizionale.

Quanto poi all'insufficienza motivazionale nei giudizi espressi dalla Commissione, il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, che la Sezione condivide e a cui intende conformarsi, è nel senso di ritenere il punteggio numerico, assegnato ai singoli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, idoneo ad integrare una motivazione sufficiente, purché siano prefissati, con chiarezza e adeguato grado di dettaglio, i criteri di valutazione, prevedendo un punteggio minimo ed uno massimo.

Nel caso di specie, l'aspetto tecnico-qualitativo dell'offerta avrebbe dovuto essere declinato e valutato secondo i criteri e i sub-criteri indicati, in maniera specifica e dettagliata, nella lettera di invito.

Per le medesime ragioni su esposte, da intendersi qui integralmente riportate per brevità, devono essere pure disattese, ad avviso della Sezione, le censure proposte dal raggruppamento appellato e non esaminate dal T.a.r., stante il rilievo fondante e assorbente riconosciuto al primo motivo del ricorso principale. Tali doglianze, riproposte dall'appellata "*per mero tuziorismo*", nell'eventuale ipotesi di accoglimento delle deduzioni dell'appellante, erano difatti volte ad evidenziare, in primo luogo, vizi che inficerebbero la legittimità della procedura di gara, quali il difetto assoluto del verbale di seduta riservata della Commissione giudicatrice del 21 dicembre 2016, vista la presenza in atti delle sole griglie valutative, non recanti alcuna motivazione della Commissione in relazione al punteggio numerico massimo da assegnare alle concorrenti per ciascuno dei criteri indicati dalla lettera di invito, lamentando che le relative valutazioni fossero del tutto disancorate da ogni criterio logico sì da rendere impossibile la ricostruzione dell'*iter* seguito dai commissari e sfociato nell'attribuzione del punteggio; in secondo luogo, tali doglianze erano volte a stigmatizzare profili relativi alla legge di gara, quali la breve durata della concessione prevista dal bando, che la renderebbe assimilabile piuttosto ad una

proroga, ovvero l'assegnazione ai concessionari di termini eccessivamente brevi per la presentazione delle manifestazioni di interesse e delle offerte.

In relazione a tali doglianze il Collegio qui rileva come si tratti, con tutta evidenza, di profili discrezionali attinenti al merito dell'azione amministrativa e, dunque, non sindacabili in sede giurisdizionale. Inoltre, non si riscontra alcuna assenza di verbalizzazione posto che il punteggio numerico, assegnato nella fattispecie in esame dalla Commissione ai singoli elementi di valutazione dell'offerta tecnico-qualitativa, risulta idoneo ad integrare una motivazione sufficiente, in quanto erano stati predeterminati dalla legge di gara, in modo chiaro e puntuale, i criteri e i sub-criteri di valutazione dell'offerta, con la previsione del punteggio massimo attribuibile alle singole voci.

Allo stesso modo, prive di pregio e infondate si rilevano le censure sulla carenza dei presupposti per l'affidamento *de quo*, in ragione dell'indizione con mera determina dirigenziale ed in assenza della necessaria programmazione o espressione di assenso degli Organi competenti ex art. 42 del D.lgs.267/2000 Testo Unico degli Enti Locali (ovvero il Consiglio Comunale e la Giunta).

Alla luce dell'infondatezza ovvero dell'inammissibilità delle censure articolate nei motivi proposti con il ricorso incidentale, respinto del T.a.r., come pure delle doglianze dell'appellata, non esaminate dai giudici di prime cure perché ritenute assorbite, appare dunque evidente come il punto centrale della presente controversia sia allora quello relativo all'interpretazione dei criteri di valutazione: ovvero se questi debbano intendersi come riferiti a requisiti di esperienza e all'attività sportiva svolta e pregressa, come ritenuto dalla sentenza appellata, ovvero debbano intendersi quali requisiti progettuali, e come tali vadano riferiti alle attività da svolgere e alle ore da destinarsi alle categorie protette.

Con la sentenza impugnata, il Tribunale amministrativo regionale ha ritenuto che i cinque elementi tecnico qualitativi, (di cui alle sezioni B.1-B.5) previsti dalla lettera

di invito riproducano pedissequamente quelli stabiliti dalla Legge regionale Liguria n. 40 del 2009.

Ai sensi dell'art. 21 commi 1 e 2 di tale normativa: *“1. Gli enti territoriali, nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 20, comma 1, affidano, in ogni caso, la gestione degli impianti sportivi tenendo conto del possesso dei seguenti requisiti da parte dei soggetti richiedenti, attribuendo ad ogni requisito punteggi omogenei e proporzionati: a) rispondenza dell'attività svolta al tipo di impianto sportivo ed alle attività sportive in esso praticabili; b) attività svolta a favore dei giovani, dei disabili e degli anziani; c) esperienza nella gestione di impianti sportivi; d) qualificazione degli istruttori e degli allenatori; e) livello di attività svolta; f) anzianità di svolgimento dell'attività in ambito sportivo; g) numero di tesserati per le attività sportive che possono svolgersi nell'impianto. 2. Gli enti territoriali, al fine della valutazione delle offerte, possono individuare ulteriori requisiti in aggiunta a quelli di cui al comma 1, anche con riferimento alla economicità di gestione e alla conseguente ricaduta sulle tariffe applicate.”.*

Pertanto, secondo l'opzione ermeneutica condivisa dal giudice di prime cure, il criterio di cui alla sezione B.1.1. (denominato *“rispondenza dell'attività svolta al tipo di impianto sportivo e alle attività sportive in esso praticabili”*), riferito nello specifico alla *“forma giuridica, oggetto sociale, attività svolta che abbiano corrispondenza con la tipologia dell'impianto sportivo”*, con la previsione di un punteggio massimo attribuibile di 12 punti, corrisponde alla lettera a) della Legge Regionale ; quello di cui alla sezione B.1.2. (denominato *“attività svolta a favore delle scuole, dei disabili e degli anziani”*), con un punteggio massimo di 22 punti, corrisponde alla lettera b) della L.R.; quello previsto dal punto B.1.3 (riferito alla *“qualificazione degli istruttori e allenatori”* - massimo punti 9) corrisponde alla lettera d) della L.R.; il criterio contemplato al paragrafo B.1.4 (*“esperienza nella gestione di impianti sportivi, livello di attività svolta in ambito sportivo”*- massimo 15 punti), in base al quale oggetto di valutazione sarebbe stata la relazione riportante l'elencazione di tutte le esperienze maturate nella gestione di impianti sportivi, con particolare attenzione all'ultimo triennio

(massimo sette punti), nonché gli eventi e le manifestazioni sportive organizzate dal concorrente e i risultati conseguiti nelle competizioni agonistiche (massimo punti otto), corrisponderebbe alle lettere c) ed e) della L.R.; infine il criterio di cui alla sezione B.1.5 riferito all' *“anzianità di svolgimento dell'attività svolta in ambito sportivo e numero di tesserati per le attività sportive che possono svolgersi nell'impianto”*, con un punteggio massimo di 12 punti, corrisponderebbe alle lettere f) e g) della L.R.. Secondo tale prospettazione, il Comune ha poi aggiunto un unico requisito ulteriore di valutazione delle offerte, attinente al “progetto di utilizzo”, che non trova riscontro in quelli legali.

Alla luce di tali premesse, il giudice di prime cure è pervenuto alla conclusione in base alla quale tutti i criteri legali, nonché quelli di cui alle voci da B.1.1 a B.1.5 ,che di essi fanno puntuale applicazione, riferendosi, letteralmente, all'attività “svolta”, alla “esperienza” od alla “anzianità”, riguardino le pregresse attività di gestione, non certo quelle future, proposte in vista dell'eventuale gestione dell'impianto sportivo oggetto di gara, che troverebbero invece la sede naturale esclusivamente nella voce B.1.6 “progetto di utilizzo”.

A conforto di tale interpretazione, il T.a.r. ha richiamato la nota di chiarimenti del 24.11.2016 del Comune, resi su richiesta del Raggruppamento Park Tennis- Cus. Quest'ultimo chiedeva, in particolare, all'Amministrazione di conoscere *“se i criteri di valutazione di cui alle voci B.1.1. - B.1.5 siano riferiti a requisiti effettivi dei partecipanti come parrebbe evincersi dal testo della L.R. 40/09, ovvero anche al dettaglio delle attività che si intendono proporre nella relativa offerta;”* e *“se, in particolare, la voce B.1. della lettera invito si riferisca ad attività eventualmente esercitata, ivi compresa la sezione "piano tariffario", ovvero ad attività in "progetto" e, quindi, future e/o previste”*.

Con la nota del 24 novembre 2016, impugnata dalla ricorrente incidentale Mytennis, il Comune rispondeva testualmente: *“i criteri di valutazione di cui ai punti da B.1.1. a B.1.5 della lettera di invito sono riferiti a requisiti in possesso dei partecipanti, in*

conformità a quanto previsto dall'art. 21, comma 1 della L.R.40/2009, il quale stabilisce che gli Enti territoriali tengono conto, nella redazione dei bandi, del possesso di tali requisiti da parte dei richiedenti, attribuendo ad ognuno di essi punteggi omogenei e proporzionati; parimenti, la voce B.1.2. è riferita a requisito in possesso dell'istante e quindi ad attività e dallo stesso esercitata e destinata, in particolare, alle scuole, ai disabili ed agli anziani;(...);ai sensi del punto B.1.6., si richiede, infine, ai concorrenti di predisporre un progetto di utilizzo dell'impianto, che contempli l'eventuale previsione di utilizzo libero di porzioni della struttura, intendendosi, con tale espressione, la possibilità, al fine di mantenere l'equilibrio economico-finanziario della gestione, di affittare a terzi porzioni del bene in fasce orarie all'uopo disponibili o eventualmente sub concedere parte delle attività esercitate nell'impianto, nei limiti stabiliti dall'art. 3, comma 3 del Capitolato allegato alla D.D. 2016-133.5A-71.”

Pertanto, le sezioni da B.1. a B.5. della lettera di invito, interpretata anche alla luce dei suddetti chiarimenti, dovevano essere riferiti, secondo la prospettazione accolta nella sentenza impugnata, ad attività pregresse: ne conseguiva l'illegittimità dei punteggi attribuiti alla proposta di Mytennis dalla Commissione per le voci B.1.2. lettere a), b) e c), per un totale di 22 punti, e B.1.1. (punti 12), in quanto l'aggiudicataria aveva formulato la propria offerta tecnica, anche per quanto riguarda le predette sezioni, senza fare riferimento alla proprie attività pregresse, ma declinandola al futuro ed in termini di proposta di gestione dell'impianto sportivo. Per tali ragioni, Park Tennis avrebbe dovuto risultare senz'altro vincitrice della gara.

L'appellante ha censurato l'interpretazione dei criteri di valutazione offerta dalla sentenza impugnata, deducendone l'erroneità nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso principale, ritenendo che le sezioni B.1.1. e B.1.2. lett. a), b), c) della lettera di invito siano relative ad “attività pregressa”, e, comunque, lì dove ha ritenuto che l'offerta tecnica dell'odierna appellante sia rivolta solo al futuro e non contenga indicazioni sull'esperienza maturata e sull'attività di gestione già svolta.

Il Collegio ritiene di non condividere l'opzione ermeneutica offerta dal T.a.r., in relazione ai criteri di valutazione in oggetto, essenzialmente fondata sulla nota di chiarimenti del 25 novembre 2016 provenienti dal Comune.

In primo luogo, si osserva come tale interpretazione porta a ritenere che una parte preponderante e significativa del punteggio (ben 70 punti su 80) siano relativi all'esperienza pregressa dei concorrenti, attribuendo al progetto di gestione dell'impianto soltanto un massimo di 10 punti, ovvero quelli della sezione B.1.6. relativa alla redazione del progetto di utilizzo.

Tuttavia, tale tesi non convince per le ragioni di seguito esposte.

In primo luogo, l'opzione in esame appare contraddetta dall'interpretazione letterale e sistematica della *lex specialis*, le cui clausole devono essere interpretate le une per mezzo delle altre. A tale proposito, il Collegio rileva come un attento esame della lettera di invito consenta di ritenere che questa abbia inteso dare rilievo, anche nella sezione B.1.1. e B.1.2. lettere a), b), c), ad un progetto di gestione riferito all'impianto sportivo oggetto della concessione da affidarsi, e non già soltanto alla mera esperienza pregressa dei concorrenti, acquisita nella precedente gestione di altre strutture.

Come evidenziato, la sezione B1 è suddivisa in una serie di sotto sezioni (da B.1.1 a B.1.6), con attribuzione di distinti punteggi, alcune relative ad esperienze pregresse ed altre al "progetto" di gestione dell'impianto, ovvero la vera e propria "proposta tecnico-qualitativa" dell'attività che verrà svolta.

E' indubitabile- ed infatti costituisce profilo non contestato- che riguardano espressamente l'esperienza pregressa (e non un progetto), sia la sezione B.1.4 (max pt. 15), relativa alla *"esperienza nella gestione di impianti sportivi, livello di attività svolta in ambito sportivo"*, sia la sezione B.1.5 (max pt. 12), relativa a *"anzianità di svolgimento dell'attività svolta in ambito sportivo e numero di tesserati per le attività sportive che possono svolgersi nell'impianto"*.

L'utilizzo dei termini "esperienza" e "anzianità di svolgimento", assenti nelle precedenti sezioni, qualificano espressamente l'attività che è stata svolta, così connotando in maniera chiara il criterio di valutazione come riferito all'esperienza pregressa. Pertanto, come correttamente dedotto dall'appellante, il mero riferimento, contenuto nelle varie sezioni della lettera di invito, all'"attività svolta", in assenza di ulteriori precisazioni, è di per sé "neutro", ai fini della qualificazione in termini di requisito di esperienza o di requisito progettuale dei relativi elementi di valutazione delle proposte tecnico- qualitative.

Nel paragrafo introduttivo degli elementi tecnico-qualitativi si dispone che *“Il concorrente dovrà presentare un'adeguata proposta tecnico-qualitativa, a pena d'esclusione, contenente tutti gli elementi di valutazione congruenti con gli obiettivi e con le caratteristiche generali, tecnologiche e funzionali disposte nel capitolato”* e che il *"punteggio massimo di punti 90"* viene attribuito in base agli elementi di valutazione B1 *"attività svolta e progetto di utilizzo"* (max. pt. 80) e B2 *"piano delle manutenzioni"* (max pt. 10).

La sezione B.1.2, lett. c), impone la presentazione di un *"piano tariffario per le attività del presente titolo, a fini ricreativi e/o sociali e riserva di spazi e orari a favore della Civica Amministrazione con preferenza per le fasce di cui alla lettera a)"*, con evidente riferimento ("piano tariffario") al progetto di attività.

Analogamente, sia la sezione B.1.2, lett. a) sia la sezione B.1.2, lett. b), impongono un progetto (e non una "esperienza" pregressa) richiedendo, rispettivamente, che la proposta tecnico-qualitativa indichi: *"fasce di orari giornalieri (quante ore al giorno) destinati alla promozione di attività sportiva e ricreativa a favore di fasce deboli e/o protette (scuole, disabili, minori e/o giovani in condizioni di disagio certificato, altri soggetti svantaggiati in carico ai Servizi Sociali del Comune di Genova o all'ASL, e alle sue diramazioni e strutture territoriali)"* e *"fasce di orari giornalieri (quante ore al giorno) destinati alla promozione di attività sportiva e ricreativa a favore di minori"*.

Il riferimento agli orari giornalieri destinati alle attività a favore delle fasce deboli e/o protette ed ai minori volute dal Comune, con l'attribuzione di 0,50 punti per ogni ora dedicata, è necessariamente relativo alla futura gestione dell'impianto.

Anche il richiamo alla lett. a), contenuto nella lett. c), accomuna le due fattispecie, confermando ulteriormente che si tratta di elementi progettuali.

Al punto B.1.3, relativo a *"qualificazione degli istruttori e degli allenatori"*, si legge *"la società dovrà proporre almeno un istruttore, per la determinazione del punteggio sarà valutata la documentazione prodotta a corredo"*, di nuovo ed evidentemente nella prospettiva (*"dovrà proporre"*) di un progetto (e non di un'esperienza pregressa).

La sezione B.1.6 è poi relativa ad un *"progetto di utilizzo"* che riguarda profili ulteriori e diversi da quelli progettuali delle precedenti sezioni, essendo precisato che lo stesso *"dovrà dimostrare di creare forti sinergie con soggetti associativi, agenzie educative e sociali del territorio, in ordine alla gestione dell'impianto e delle attività"*, tenendo conto della *"previsione di utilizzo libero di porzioni dell'impianto, anche affidate a terzi, al fine di mantenere l'equilibrio economico-finanziario della gestione"*, nonché prevedendo *"l'elaborazione di un dettagliato piano degli orari di apertura previsti per lo svolgimento di un esercizio annuale tipo, con adeguata programmazione di aperture prolungate e/o straordinarie in occasione di eventi e manifestazioni organizzate dallo stesso gestore o da altra realtà culturali e commerciali della zona"* e *"la possibilità di utilizzo dell'impianto, per un numero di giornate non superiore a 13, dal Comune di Genova o da parte di soggetti dallo stesso individuati ed indicati, per manifestazioni di interesse pubblico"*: tale ultima previsione richiama quella del precedente punto B.1.2, lett. c), di *"riserva di spazi e orari a favore della Civica Amministrazione"*, che risulta evidentemente *"progettuale"*, anche in ragione del collegamento con la sezione B.1.6 sopra trascritta.

Il Capitolato speciale di gara- cui fa espresso rinvio la lettera d'invito nel paragrafo introduttivo degli *"elementi tecnico-qualitativi"* laddove dispone che *"il concorrente dovrà presentare un'adeguata proposta"* congruente *"con gli obiettivi e con le caratteristiche"*

del capitolato- all'articolo 1 (*"obiettivi dell'affidamento della gestione a terzi dell'impianto sportivo"*) prevede (comma 2) di *"promuovere e valorizzare lo sviluppo di attività sportive ed il soddisfacimento di interessi generali della collettività"*, con riferimento evidente agli elementi di valutazione delle sezioni B.1.2, lett. a), b) e c); e al comma 3 aggiunge che il concorrente *"dovrà promuovere iniziative nell'ambito sportivo, con attenzione al circuito giovanile e alle Associazioni che operano nel ridetto settore"*, con riferimento alla sezione B.1.6.

In analogia con queste previsioni, che sono tutte programmatiche, il successivo art. 4 del Capitolato speciale disciplina le *"Finalità della gestione"*, coerenti con la qualificazione della concessione come relativa ad un servizio pubblico o di interesse pubblico e, di conseguenza, le proposte di gestione e di sviluppo richieste ai concorrenti, che dunque caratterizza in modo particolare la proposta tecnico-qualitativa ed impone che essa assuma un corrispondente peso nella attribuzione del punteggio, come è solo se alle sezioni B.1.2, lett. a), b) e c) viene riconosciuto un rilievo progettuale.

L'appellante censura, pertanto, l'interpretazione fornita dalla sentenza appellata lì dove essa attribuisce un peso preponderante (ben 70 punti su 80) a criteri riferiti all'esperienza pregressa dei concorrenti, lamentando che una siffatta ricostruzione sarebbe foriera di un'inammissibile limitazione della concorrenza in quanto pregiudicherebbe, tra i partecipanti alla procedura, proprio le concorrenti non stabilmente radicate sul mercato, in violazione del principio di massima partecipazione alle pubbliche gare.

Le doglianze dell'appellante, ad avviso del Collegio, colgono nel segno.

Invero, ove si aderisse all'interpretazione della sentenza appellata risulterebbero frustrate le esigenze volute dalla *lex specialis* di una proposta tecnico-qualitativa di gestione di un servizio, che richiede la predisposizione di un rilevante profilo progettuale, ed il conseguente criterio di aggiudicazione dell'offerta

economicamente più vantaggiosa che impone di attribuire, anche nel punteggio, un significativo rilievo al progetto, specie nell'ipotesi, come nella presente fattispecie, di concessione di servizi.

Pertanto, il progetto di utilizzo di cui al punto B.1.6 è voce diversa e ulteriore rispetto agli elementi tecnico qualitativi dell'offerta, come dimostra il punteggio, di soli 10 punti attribuibili a tale voce: ciò per l'evidente rilievo per cui, in una gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed avente ad oggetto la concessione di un servizio, il progetto di utilizzo non può essere confinato, come vorrebbe l'appellata, ad una parte irrisoria e insignificante nella valutazione dell'offerta, con l'attribuzione dei soli 10 punti riferiti alla sezione B.1.6.

Del resto, l'art. 7 del Regolamento per l'affidamento della gestione degli impianti sportivi di proprietà del Comune di Genova, richiamato dalla stessa lettera di invito, stabilisce la possibilità che gli Enti prevedano *“criteri di valutazione ulteriori e in aggiunta, anche con riferimento alla economicità della gestione e alla conseguente ricaduta sulle tariffe applicate”* rispetto ai *“requisiti generali di valutazione”* indicati dal richiamato art. 21 della Legge regionale, in linea con quanto previsto dal comma 2 di tale ultima disposizione: tra questi elementi ulteriori la norma regolamentare annovera, con elencazione meramente esemplificativa, il progetto di utilizzo.

Inoltre, laddove si accedesse all'interpretazione prospettata da Park Tennis-Cus e condivisa nella sentenza impugnata, potrebbe configurarsi una violazione del divieto di commistione tra requisiti di ammissione e criteri di valutazione dell'offerta tecnica. Sul punto, la giurisprudenza di questo Consiglio ha chiarito che *“Nelle gare pubbliche è indebito includere, tra i criteri di valutazione delle offerte, elementi attinenti alla capacità tecnica dell'impresa (certificazione di qualità e pregressa esperienza presso soggetti pubblici e privati), anziché alla qualità dell'offerta, alla luce dei principi ostativi ad ogni commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e criteri afferenti alla valutazione*

dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, in funzione dell'esigenza di aprire il mercato, premiando le offerte più competitive, ove presentate da imprese comunque affidabili, anche allo scopo di dare applicazione al canone della par condicio, vietante asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo; di qui la necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli pertinenti all'offerta ed all'aggiudicazione, non potendo rientrare tra questi ultimi i requisiti soggettivi in sé considerati, avulsi dalla valutazione dell'incidenza dell'organizzazione sull'espletamento dello specifico servizio da aggiudicare"(in tal senso si veda Consiglio di Stato, V, 20 agosto 2013 n. 4191; Consiglio di Stato, 12 novembre 2015, n. 5181; T.A.R. Lazio 20 gennaio 2016, n.19; T.A.R. Veneto, 19 gennaio 2016, n.30).

In linea generale il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione dell'offerta trae origine da quella giurisprudenza comunitaria che aveva sottolineato la necessità di operare un'adeguata separazione tra fase di selezione dell'offerente, basata su criteri di idoneità, e fase di selezione dell'offerta, fondata su criteri di aggiudicazione. La giurisprudenza domestica ha declinato il principio comunitario così chiaramente espresso, adeguandolo a situazioni specifiche nelle quali è stata ammessa la possibilità di considerare, in fase di valutazione dell'offerta, aspetti che rientrerebbero nei requisiti di partecipazione.

Tale criterio, che si pone anche a tutela delle capacità competitive delle piccole e medie imprese che presentano un profilo esperienziale meno marcato, è quello che ha scelto il legislatore nel d.lgs. n. 50/2016 laddove prevede, tra i criteri di selezione utilizzabili, *"l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello di esecuzione dell'appalto"*.

E' vero che il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara può essere interpretato *"cum grano salis"*, per cui dunque le Stazioni appaltanti -nei casi in cui ravvisino l'opportunità che determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto

direttamente riguardanti l'oggetto del contratto, siano valutate anche per la selezione dell'offerta - possono prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo, concernenti, in particolare, la specifica attitudine del concorrente, anche sulla base di analoghe esperienze pregresse, a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara. Secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa, tuttavia, la possibilità di prevedere nel bando di gara anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo riguarda solo gli appalti di servizi e sempre che ricorrano determinate condizioni, come nel caso in cui aspetti dell'attività dell'impresa possano effettivamente illuminare la qualità dell'offerta; inoltre, lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell'aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell'appalto, non deve incidere in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo.

Alla luce delle rammentate coordinate ermeneutiche, la Sezione rileva come ritenere, in base alla prospettazione dell'appellata, che l'Amministrazione abbia inserito tra i requisiti di valutazione dell'offerta il requisito di esperienza dell'impresa, attribuendo a tale profilo un punteggio preponderante, porterebbe inevitabilmente a confondere i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara con gli elementi e i criteri oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in violazione della normativa comunitaria e nazionale in materia di appalti pubblici.

Venendo in rilievo nel caso di specie un appalto di servizi, deve, dunque, ritenersi possibile che il bando prevedesse anche elementi di valutazione dell'offerta tecnica di tipo soggettivo e attinenti alla capacità tecnica della concorrente, desumibile dalla sua pregressa e concreta esperienza nella gestione di altre strutture sportive, come difatti avvenuto in relazione ai criteri di cui ai punti B.1.4. e B.1.5.

L'opzione prospettata può, inoltre, essere condivisa anche nel senso di ritenere che l'esperienza valutabile, ai fini dell'attribuzione del punteggio dell'offerta tecnica, sia quella riferita al personale della società concorrente, in quanto l'offerta di quest'ultima di assicurare la prestazione oggetto dell'appalto di servizi si rende possibile proprio attraverso il personale chiamato ad eseguirla: sicché il merito tecnico dell'offerta non può che essere riferito alla qualità delle risorse umane che l'offerente intende mettere a disposizione nella esecuzione dell'appalto, conformemente al criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsto dall'art. 95, comma 6 lett. e) del d. lgs. n. 50 del 2016 (cfr. T.A.R. Campobasso, 9 dicembre 2016, n.513).

In tal senso, dunque, l'esperienza pregressa, valutabile ai fini dell'attribuzione del punteggio, era anche quella del personale dell'associazione, di cui al punto B.1.3. che faceva difatti riferimento proprio alla "*qualificazione di istruttori e allenatori*" in cui per la determinazione del punteggio la lettera di invito rinviava alla documentazione prodotta a corredo (vale a dire il *curriculum* attestante l'esperienza acquisita mediante eventi, manifestazioni sportive o partecipazione a tornei).

Gli altri criteri indicati nella lettera di invito devono, invece, essere interpretati come requisiti progettuali, afferenti al progetto di gestione e all'offerta tecnica oggetto di valutazione.

Siffatta ricostruzione garantisce una corretta proporzione nell'attribuzione del punteggio assegnato all'attività svolta e all'esperienza pregressa, ovvero ai requisiti in possesso dell'impresa, e agli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta e, di conseguenza, l'aggiudicazione all'impresa che abbia formulato l'offerta tecnica migliore.

Ed invero, l'inserimento di requisiti di esperienza tra i criteri di valutazione dell'offerta, ammissibile soltanto per gli appalti di servizi e nei limiti su indicati, è consentita a condizione che lo specifico punteggio assegnato per l'attività svolta,

con oggetto analogo a quella dell'appalto da affidarsi, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo.

Né può essere invocata per scalfire una siffatta interpretazione, fondata sul contenuto testuale delle clausole della *lex specialis* e sulla loro lettura sistematica, nonché sul pacifico orientamento giurisprudenziale in materia di divieto di commistione tra i criteri soggettivi di qualificazione e i criteri oggettivi di valutazione dell'offerta, la nota di chiarimenti del Comune del 25 novembre 2016.

A tale conclusione si perviene, anzitutto, in ragione del consolidato orientamento del giudice amministrativo, in base al quale i chiarimenti forniti dalla Stazione appaltante aventi ad oggetto il contenuto del bando e degli atti allegati sono ammissibili purché non modifichino la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, cristallizzata nella *lex specialis*, avendo i medesimi una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni di gara (si veda in tale senso Consiglio di Stato n. 978 del 2 marzo 2017; Cons. Stato, V, n. 735 del 2017; Cons. St., III, 13 gennaio 2016, n. 74; Cons. St., III, 20 aprile 2015, n. 1993; Id., VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; Cons. St., Sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; id., Sez. V, 31 ottobre 2012, n. 5570 e 13 luglio 2010, n. 4526). L'ammissibilità dei chiarimenti va invece esclusa allorquando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed un portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, in quanto in tema di gare d'appalto le uniche fonti della procedura sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati: ne consegue che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle, assumendo carattere vincolante per la Commissione giudicatrice (Cons. St., V, 23 settembre 2015, n. 4441); dette fonti devono essere

interpretate ed applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi della stazione appaltante.

Ed invero, i chiarimenti della Stazione appaltante possono sì costituire interpretazione autentica con cui l'Amministrazione chiarisce la propria volontà provvedimentale, meglio delucidando le previsioni della *lex specialis*, come sostenuto dall'appellata (anche richiamando pronunzie di questo Consiglio sul punto: Cons. Stato, III, 22 gennaio 2014, n. 290; Cons. Stato, IV, 21 gennaio 2013, n. 341): ciò è tuttavia consentito soltanto nelle ipotesi in cui non sia ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dall'Amministrazione ed il tenore delle clausole chiarite (Cons. St., Sez. IV, 14 aprile 2015. N. 1889), in caso di contrasto dovendo darsi prevalenza alle clausole della *lex specialis* e al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono.

In secondo luogo, si osserva che i chiarimenti in questione, visto il loro contenuto, non consentono affatto di attribuire univocamente ai criteri di valutazione indicati dalla lettera di invito, alla sezione B.1.2., la qualificazione di requisiti di esperienza, riferiti alla mera attività già svolta, escludendo qualsivoglia riferimento alla dimensione progettuale e all'attività da svolgersi nell'impianto da affidare in concessione e destinata alle fasce deboli e alle categorie protette, come sostenuto dall'appellata.

Né può inferirsi dalla medesima missiva, come ritenuto nella sentenza impugnata, che i criteri di cui alle sezioni da B.1.1. a B.1.5. *“ricalchino pedissequamente l'art. 21 della Legge regionale 40 del 2009”*, posto che tale norma fa riferimento a *“requisiti generali per la valutazione dei soggetti richiedenti”*, mentre la *lex specialis* aggiunge una serie di ulteriori criteri di valutazione della proposta (come espressamente consentito dal secondo comma della suddetta disposizione), al fine di garantire il miglior utilizzo dell'impianto, come servizio volto alla soddisfazione di pubblici interessi, ed *in primis* proprio quello di assicurare un'adeguata fruizione della struttura, con

specifica determinazione degli spazi e degli orari dedicati, da parte delle fasce deboli e svantaggiate dell'utenza, e di riservare appositi spazi a favore dell'Amministrazione comunale.

Del resto, l'adesione ad una siffatta interpretazione delle clausole della *lex specialis* avrebbe peraltro condotto, come già sopra chiarito, alla violazione del consolidato principio di netta separazione tra criteri soggettivi di qualificazione e i criteri oggettivi di valutazione dell'offerta.

Ad ogni modo, i chiarimenti, interpretati nel senso prospettato dall'appellata e condiviso dalla sentenza di primo grado, si porrebbero in netto contrasto con i chiari contenuti della lettera di invito e con il significato attribuibile agli elementi tecnico-qualitativi in esame, nei termini esplicitati in motivazione.

Peraltro, contrariamente a quanto ritenuto dal T.a.r., anche l'offerta di Mytennis, con riguardo ai punti controversi B.1.2 e B.1.3., conteneva elementi di valutazione riferiti ad attività sportive già svolta e praticata e all'esperienza pregressa maturata nella gestione sia dell'impianto oggetto di affidamento sia di altre strutture sportive nella sua disponibilità, come emerge dalla lettura della proposta tecnico-qualitativa confezionata dalla concorrente: si pensi, ad esempio, all'espresso riferimento, ivi contenuto, ai campi scuola estivi delle precedenti stagioni, con indicazione del numero dei partecipanti, nonché dei giorni e dell'orario di svolgimento; ovvero all'organizzazione di importanti tornei e manifestazioni sportive di rilievo nazionale e internazionale. Pertanto, per parità di trattamento, dall'adesione all'interpretazione prospettata dalla ricorrente principale, doveva conseguire, come effetto conformativo della pronunzia, non già l'obbligo di aggiudicare la concessione a quest'ultima, ma al più quello di procedere ad un nuovo esame delle offerte tecnico-qualitative, sulla base del principio di diritto enunciato.

In conclusione, correttamente la Commissione esaminatrice aveva ritenuto l'offerta strutturata da Park Tennis-Cus incompleta e carente sotto l'aspetto progettuale, in

quanto volta a palesare esclusivamente l'attività già svolta e non già quella da svolgersi nel futuro, in caso di assegnazione, come invece necessario, trattandosi di proposta afferente alla gestione di un servizio, con preponderante rilievo del profilo progettuale, nonché di affidamento da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, implicante un rilevante peso, nell'attribuzione dei punteggi, agli aspetti tecnico-qualitativi dell'offerta.

Ne consegue che l'appello deve essere accolto nei termini di cui in motivazione, con riforma della sentenza di primo grado.

Le censure articolate dall'appellata nel controricorso devono, invece, essere integralmente respinte perché infondate nei termini di cui in motivazione.

Restano assorbiti i restanti motivi comunque inidonei a fondare una pronuncia di tipo diverso.

Sussistono giusti motivi, per la complessità delle questioni di diritto oggetto del presente giudizio, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali.

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, annulla la sentenza impugnata.

Dispone la compensazione delle spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO