

Pubblicato il 13/08/2020

N. 05029/2020REG.PROV.COLL.
N. 05733/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5733 del 2019, proposto da Enrico Michele Dell'Orto, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Bellante e Luigi Ammirati, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

Comune di Cologno Monzese, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Sansone ed Eleonora E.L. Bonsignori, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

nei confronti

Take Care S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sez. IV, n. 1311/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Cologno Monzese;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84, commi 5 e 6, d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2020 il Cons. Giovanni Grasso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il Comune di Cologno Monzese indiceva una procedura negoziata per l'affidamento in concessione della gestione del Centro Sportivo comunale “*Tennis Cigni*”, sito in via Papa Giovanni XXIII n. 23/E.

Al termine della procedura risultava aggiudicataria della concessione la società Take Care S.r.l., mentre l'odierno appellante – che aveva presentato offerta quale legale rappresentante di una società da costituire – si classificava al secondo posto della graduatoria finale.

2.- Contro l'atto di aggiudicazione il Dell'Orto proponeva ricorso dinanzi al TAR per la Lombardia, cui facevano seguito due successivi ricorsi per motivi aggiunti rivolti contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva (D.D. n. 56 del 23 gennaio 2019), dopo che l'amministrazione comunale aveva eccepito che il primo atto impugnato con il ricorso principale (D.D. n. 1369 del 27 dicembre 2018) doveva, in realtà, qualificarsi come mera proposta di aggiudicazione e, per ciò stesso, atto endoprocedimentale espressamente indicato dall'art. 120, comma 2 *bis*, cod. proc. amm. come atto non impugnabile.

3.- Con sentenza n. 1311 del 10 giugno 2019, resa nel contraddittorio delle parti, l'adito Tribunale dichiarava inammissibile il ricorso principale e respingeva il ricorso per motivi aggiunti.

4.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Enrico Michele Dell'Orto insorge avverso la decisione, di cui lamenta la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Nella resistenza del Comune di Cologno Monzese, all'udienza del 23 giugno 2020 la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e va respinto.

2.- Con il primo mezzo l'appellante si duole della reiezione del primo motivo del ricorso per motivi aggiunti proposto in prime cure, con il quale aveva dedotto violazione della *lex specialis* di gara e degli artt. 29, 32 e 76 d. lgs. n. 50/2016.

A suo dire, la legge di gara avrebbe imposto che, nell'ambito del centro sportivo oggetto di concessione, almeno uno dei due campi esistenti fosse destinato esclusivamente allo sport del tennis: per contro, la proposta formulata dall'aggiudicataria prevedeva la realizzazione di impianti per altre discipline (*paddle tennis*, *beach volley* e palestra).

2.1.- Sul punto la sentenza impugnata ha ritenuto che:

- a) l'avviso pubblico prevedesse quale oggetto della concessione la “*gestione [...] del Centro Sportivo Comunale*”, senza altra specificazione (art. 1);
- b) nella descrizione dello stato dell'impianto si dava bensì atto della presenza di due campi da tennis in erba sintetica (art. 2), ma fra gli oneri a carico del concessionario (art. 4), non era previsto il necessario mantenimento della destinazione a tennis;
- c) pur essendo vero che la denominazione del Centro Sportivo era quella di “*Tennis Cigni*”, era evidente che si trattasse solo della storica e tradizionale denominazione del Centro, ma la stessa non implicava di per sé che all'interno della struttura sportiva dovesse necessariamente esistere un campo destinato al tennis: un simile obbligo di destinazione avrebbe, in effetti, dovuto risultare esplicitamente dalla normativa di gara, che al contrario era indirizzata a garantire la fruizione dell'impianto sportivo nel suo complesso, a prescindere dalla peculiare attività sportiva che si sarebbe svolta all'interno (attività che, tra l'altro, avrebbe potuto anche variare nel corso del tempo, in base alla domanda proveniente dall'utenza);
- d) a conferma di ciò, il capitolato di gara evidenziava che oggetto della concessione fosse la “*gestione del complesso sportivo, comprensivo [...] delle attività*

sportive”, di nuovo senza una particolare preferenza per l’una o l’altra di queste ultime (art. 1);

e) la finalità della concessione (art. 5) fosse dichiaratamente quella della *“valorizzazione degli impianti come luoghi di diffusione della pratica sportiva”*, il che implicava la possibilità di variazioni rispetto agli sport tradizionalmente svolti all’interno del Centro;

f) anche le norme di capitolato sulle caratteristiche del servizio (art. 6), sulle modalità di svolgimento dello stesso (art. 7) e sugli obblighi a carico del concessionario (articoli 8 e 9) non prevedevano mai l’obbligo di destinazione al gioco del tennis, tanto meno a pena di esclusione dell’offerta: piuttosto l’art. 10, ultimo comma, del capitolato prevedeva che il concessionario potesse procedere ad opere di *“adattamento, adeguamento, modifica delle strutture sportive”*, il che di per sé si poneva in contrasto con l’assunto della sussistenza di un obbligo di mantenimento del campo da tennis;

g) l’art. 16 del capitolato, poi, consentiva lo svolgimento delle discipline sportive *“connesse agli impianti in gestione ovvero con gli stessi compatibili”*;

h) neppure la documentazione costituente l’offerta tecnica (piano e programma gestionale) doveva contemplare espressamente alcuna specifica attività sportiva, quindi nemmeno quella del tennis;

i) in diversa direzione non potesse darsi rilievo alla previsione dell’art. 12 del capitolato (che richiamava le tariffe per il campo da tennis), atteso che la norma in questione ammetteva espressamente che l’amministrazione comunale potesse approvare – con apposito provvedimento di giunta – tariffe per altri servizi o attività promosse dal concessionario, diverse da quelle dell’allegato al capitolato: il che dimostrava che all’interno del Centro avrebbero potuto svolgersi anche attività diverse da quella originaria del tennis, salvo sempre il potere dell’autorità comunale di approvazione.

2.2.- L’appellante contesta le riassunte conclusioni. A suo dire la formulazione della documentazione di gara era chiara nel postulare la conservazione e nel prefigurare la riqualificazione degli impianti esistenti, come si desumerebbe: a)

dal richiamo, operato dall'art. 1 dell'avviso, all'attuale stato e consistenza del centro sportivo, descritto all'art. 2 come comprensivo dei due campi da tennis di erba sintetica; *b*) dall'implicito (ma asseritamente) chiaro programma di riqualificazione, finalizzato all'adeguamento degli “*impianti esistenti*” ai requisiti di sicurezza e fruibilità, senza ammetterne l'eliminazione o la radicale alterazione; *c*) dall'espreso richiamo, operato in relazione alla “politica tariffaria” della gestione oggetto di affidamento, alla tariffe orarie massime, che facevano espreso riferimento ai due impianti destinati a campo da tennis (che, quindi, avrebbero potuto essere affiancati da servizi aggiuntivi ed integrativi, ma non soppressi); *d*) dalla logica di conservazione del nome storico del centro sportivo (“*Tennis Cigni*”).

2.3.- L'assunto non convince.

Può osservarsi che, in verità, la formulazione testuale dell'avviso pubblico di indizione della procedura oggetto di controversia legittimi qualche margine di incertezza in ordine alla sorte programmatica degli impianti esistenti, di cui, per un verso, si programmava la “riqualificazione” e, per altro verso, si autorizzava (non prefigurando espressi limiti in proposito) la “rimodulazione”.

Orbene, ai fini della interpretazione del bando di gara (o dei suoi equipollenti, adottati con finalità indittiva), occorre tener conto che, pur trattandosi di atto a struttura unilaterale, esso è funzionalmente preordinato ad una duplice finalità: *a*) individuare, per un verso, il puntuale contenuto delle prestazioni oggetto del contratto a stipularsi, destinato ad orientare, in termini di congruità, la formulazione della proposta negoziale ad opera degli operatori economici interessati; *b*) fissare, per altro verso, la disciplina formale della procedura evidenziale, attraverso la indicazione delle modalità di formalizzazione dell'offerte e delle regole di acquisizione, valutazione e confronto comparativo fra le stesse.

Sotto il primo profilo, il bando (o l'avviso) – pur conservando consistenza provvedimentale, in quanto primo atto della procedura evidenziale, a

connotazione pubblicistica – è funzionalmente assimilabile, sotto il concorrente profilo civilistico, ad una offerta al pubblico (*rectius*, ad un invito ad offrire); sotto il secondo profilo, prevale l'assorbente finalità conformativa della successiva scansione procedimentale della gara.

Ne discende, sotto il profilo ermeneutico (cfr., in termini generali, Cass., 5 dicembre 2001, n. 15336 e Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497) che:

a) in relazione al contenuto *regolatorio*, di carattere *strumentale* e *formale* – deve applicarsi (trattandosi di volontà *essenzialmente unilaterale*), il canone della prevalenza della interpretazione letterale secondo buona fede, a tutela dell'affidamento dei partecipanti (cfr. artt. 1362, comma 1 seconda parte, 1366 e 1370 cod. civ.);

b) in relazione al contenuto *attributivo*, di carattere *sostanziale* e *finale* – deve applicarsi (trattandosi di atto *a rilievo bilaterale*) il criterio della *interpretazione complessiva delle clausole*, per tener conto degli interessi concreti di entrambe le parti del futuro contratto (cfr. artt. 1362, comma 1 prima parte e 1363 cod. civ.).

Nel caso in esame, non è dubbio che i profili di incertezza, valorizzati da parte appellante, si riferiscono al contenuto sostanziale dell'avviso di gara, avuto riguardo alla prefigurazione delle prestazioni oggetto della concessione in via di formazione: con il che l'interpretazione delle clausole dello stesso non può far leva esclusivamente sul dato letterale, ma sulla complessiva ricostruzione della volontà dell'amministrazione, quale emergente dalla complessiva ed unitaria lettura della *lex specialis* e del relativo capitolato.

Orbene è persuasiva la ricostruzione sul punto operata dal primo giudice, il quale ha, in buona sostanza, osservato che:

a) ai fini della definizione dell'oggetto della gara, l'art. 1 dell'avviso si limitava ed evidenziare, senza altra specificazione, la mera "gestione" del centro sportivo, pur prefigurando obblighi, meramente strumentali, di riqualificazione ed adeguamento;

b) perciò non poteva postularsi – in assenza di una chiara indicazione in tal senso – un obbligo di conservazione della attuale destinazione degli impianti sportivi: della cui attuale esistenza si dava atto all'esclusivo fine di operare una descrizione dello stato di fatto (art. 2), senza ricomprenderli fra gli oneri prospettivamente gravanti sul concessionario aggiudicatario (art. 4);

c) in diverso senso non potesse avere rilevanza la conservazione della denominazione storica del centro, che includeva il riferimento alla disciplina tennistica senza imporre la perpetuazione, a fronte della possibilità, espressamente considerata, di preservare la fruizione collettiva degli impianti con adeguamento alle istanze della utenza, anche attraverso l'“*adattamento, adeguamento [e la] modifica delle strutture sportive*”, implicanti la possibilità di variazione delle attività e delle discipline praticate all'interno degli stessi;

b) neppure la documentazione costituente l'offerta tecnica (piano e programma gestionale) doveva contemplare espressamente alcuna specifica attività sportiva, neppure quella tennistica (laddove i riferimenti alle tariffe dovevano considerarsi quali operanti solo in caso di conservazione della stessa, essendone ammessa espressamente la rimodulazione).

Si tratta, a ben considerare, di elementi che – acquisiti nel loro complesso – valgono ad escludere che, come auspicherebbe l'appellante, una offerta che non avesse contemplato la conservazione della disciplina tennistica avrebbe dovuto per ciò solo essere estromessa dalla gara: ciò anche in considerazione del rigore che postula l'estromissione del concorrente, assoggettata ad un canone di tassatività.

3.- Con distinto mezzo, l'appellante censura – anche per questo profilo reiterando la ragione di doglianza disattesa in prime cure – l'aggiudicazione a favore della Take Care S.r.l., che aveva proposto la realizzazione di tre campi da *beach volley* non conformi alle lunghezze regolamentari.

3.1.- Anche per questo profilo merita osservare che le misure regolamentari dei campi da *beach volley* sono richieste, giusta la disciplina dettata a livello federale, per lo svolgimento delle competizioni ufficiali (art. 14 del

regolamento FIPAV), ma non per le gare o pratiche sportive di carattere amatoriale: in mancanza di espressa e chiara previsione della documentazione di gara (che richiedesse il rispetto dei requisiti per le gare ufficiali) non è arbitrario l'affidamento del centro con una logica di mera promozione, a livello locale, dell'aggregazione sociale e delle pratiche sportive.

Vero è, peraltro – e, per questo profilo, la motivazione della sentenza appellata merita di essere integrata e corretta – che è la stessa aggiudicataria a formulare, nella propria offerta, la proposta di organizzazione nel centro sportivo di competizioni federali, per le quali, come è chiaro, non si potrebbe prescindere dal rispetto della normativa tecnica. Tuttavia, per far ciò, Take Care S.r.l. ha previsto – alla luce del “piano gestionale tecnico e manutentivo” – la realizzazione *ad hoc* di strutture di gioco con pali a bussola (non infissi nella soletta), come tali facilmente asportabili e adattabili alle varie situazioni di gioco.

In altri termini, non viene escluso che, in occasione di eventuali gare federali, il campo da gioco potesse essere facilmente ‘riorganizzato’ per conformarlo alle disposizioni regolamentari federali, rispettando così le misure previste dal regolamento ufficiale *beach volley* (prodotto dall'appellante). Infatti, come evidenziato dalla difesa dell'amministrazione, i pali – come dato atto nel progetto – non sono cementati (sono infilati a delle bussole sotto la sabbia e quindi sfilabili e riposizionabili a piacimento) e le righe che formano il terreno di gioco sono rimovibili con estrema facilità (vengono posizionate con dei picchetti tipo tende da campeggio): con ciò per lo svolgimento di gare federali basterà procedere allo spostamento dei pali e delle righe per formare un unico campo centrale (a norma FIPAV), ruotato di 90° rispetto a quelli disegnati a progetto e uno di riscaldamento pre-partita trasversale, ottenendo due campi al posto di tre.

4.- Con ultimo motivo di appello si ribadisce l'illegittimità dell'aggiudicazione in quanto il piano economico e finanziario (PEF) della controinteressata Take

Care Srl non avrebbe indicato la tariffa oraria di affitto e sarebbe stato pertanto redatto in violazione della legge di gara.

4.1.- Il motivo non è fondato.

Come correttamente osservato dal primo giudice, la lettera di invito/disciplinare prevedeva che il PEF fosse redatto “secondo le indicazioni di massima, esemplificative e non esaustive, di cui all'allegato 3” della medesima lettera di invito, quindi nel rispetto di uno schema di massima e non puntualmente vincolante.

Inoltre lo stesso disciplinare stabiliva che il piano dovesse svilupparsi e ricomprendere tutto il periodo della concessione, con una “suddivisione annua di costi, ricavi, utili previsti”.

Con ciò la *lex specialis* non imponeva, a pena di esclusione, la redazione del PEF con specifica e puntuale considerazione del monte ore: cosicché l'amministrazione non avrebbe potuto disporre, per il profilo in questione, l'estromissione, in difetto di tassativa previsione, della controinteressata, il cui piano indicava i ricavi e i costi annui.

Si tratta di una corretta ricostruzione dei termini della disciplina di gara, che sottrae la decisione alle formalizzate ragioni di censura.

5.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello deve essere complessivamente respinto (il che vale ad esimere il Collegio dalla disamina delle eccezioni formulate, in prime cure, dal Comune appellato, oggetto di complessiva reiterazione devolutiva nella presente sede).

Le peculiarità della vicenda giustificano l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese e competenze del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso, con le modalità di cui all'art. 84, commi 5 e 6 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2020, tenuta da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO