

APPALTI: Gara - Commissione aggiudicatrice - Componenti e/o commissari - Requisito dell'esperienza e/o competenza professionale - Interpretazione.

Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2022, n. 10604

“[...] Il requisito dell'esperienza “nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto” deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico-settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla lex specialis, ma considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'Amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere (Consiglio di Stato sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5830). Non è, in particolare, necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della Commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea [...]”.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio della Associazione Sportiva Dilettantistica Valletta Cambiaso A.S.D. e del Comune di Genova;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Rossi, De Paoli, Greco;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Genova ha indetto una procedura per l'affidamento della concessione dell'impianto sportivo denominato Valletta Cambiaso – Ex Eni, sito in Genova, via Ricci, 1.

2. L'impianto costituisce la parte nord di un più ampio compendio di proprietà dell'Amministrazione comunale, originariamente unitario, ma da tempo suddiviso in due strutture separate, tra loro confinanti. La citata parte nord dell'impianto era stata in precedenza assegnata in concessione dal Comune a Shell Italiana a far data dal 1962 e, poi, ai suoi aventi causa (dapprima IP e poi il Gruppo

Eni) per oltre cinquant'anni e, nel novembre 2019, è rientrata nella disponibilità dell'Amministrazione comunale a seguito dell'anticipata risoluzione della suddetta concessione.

3. Il Comune di Genova ha attivato una procedura a evidenza pubblica per l'affidamento in concessione della struttura, disponendo, nel frattempo, l'assegnazione diretta provvisoria dell'impianto al suo precedente detentore – A.S.D. Valletta Cambiaso – dal 1° gennaio 2020 al 31 dicembre 2020 (assegnazione poi protrattasi in forza di successive ulteriori proroghe).

4. Alla gara per l'affidamento della concessione del compendio ha preso parte, tra gli altri partecipanti, Cristoforo Colombo Beach Club s.s.d. a r.l. (di seguito, Colombo), nella qualità di capogruppo del r.t.i. con Amaras s.r.l. (denominato, ai fini della partecipazione alla gara, r.t.i. La Nuova Valletta Nord). Il r.t.i. costituito da Colombo e Amaras è titolare della gestione ventennale della parte sud del compendio di Valletta Cambiaso, essendosi aggiudicata, in data 26 settembre 2018, la distinta procedura ad evidenza pubblica indetta dallo stesso Comune di Genova per la concessione del citato impianto (affidamento poi formalizzato con concessione del 12 aprile 2019).

5. All'esito della valutazione delle offerte pervenute, con determinazione dirigenziale della Direzione Politiche dello Sport 25 febbraio 2021, n. 2021-195.0.0-8, il Comune di Genova ha aggiudicato anche la concessione della parte nord dell'impianto sportivo in favore del r.t.i. La Nuova Valletta Nord.

6. La seconda graduata A.S.D. Valletta Cambiaso ha impugnato l'aggiudicazione disposta in favore del r.t.i. La Nuova Valletta Nord, contestando sia l'ammissibilità della domanda di partecipazione dell'aggiudicatario, sia i contenuti della sua offerta.

7. Cristoforo Colombo Beach Club S.S.D. A R.L. si è costituita nel suddetto giudizio proponendo anche ricorso incidentale.

8. Il TAR – nella sentenza impugnata – ha accolto il primo motivo del ricorso incidentale, rilevando la nullità del contratto di avvalimento in forza del quale A.S.D. Valletta Cambiaso aveva inteso sopperire alla carenza delle risorse professionali necessarie alla gestione della concessione (istruttori ed allenatori), non avendo il suddetto contratto specificato i requisiti e le risorse messe a disposizione dell'ausiliaria e non essendo ricavabile dal contratto stesso l'interesse patrimoniale diretto o indiretto sotteso al rapporto di avvalimento.

9. Il TAR ha, altresì, disposto l'esclusione dalla gara anche del r.t.i. aggiudicatario, in parziale accoglimento del quarto motivo aggiunto del ricorso principale ritenendo che il r.t.i. La Nuova Valletta Nord non avrebbe dimostrato il possesso del requisito relativo all'aver gestito un impianto simile per almeno una stagione sportiva prescritto dall'avviso pubblico e dall'art. 4 del disciplinare di gara, non ritenendo adeguata la referenza allegata, ossia, la convenzione di concessione relativa

all'area sud del medesimo impianto di Valletta Cambiaso stipulata dal raggruppamento con il Comune di Genova.

10. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta e illegittima, Cristoforo Colombo Beach Club S.S.D. A R.L. quale Mandataria del R.T.I. con Amaras S.r.l. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei seguenti articolati motivi, rubricati: “A.1) *Difetto ed erroneità della motivazione della sentenza impugnata. Omessa pronuncia. Travisamento dei fatti, illogicità, contraddittorietà.* A.2) *Difetto ed erroneità della motivazione della sentenza impugnata. Omessa pronuncia. Travisamento dei fatti, illogicità, contraddittorietà;* B) *Riproposizione dei motivi di ricorso incidentale assorbiti dalla sentenza del T.A.R. Liguria: II. Violazione artt. 3 e 164 e ss., d.lgs. n. 50/2016. Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei fatti;* III. *Violazione artt. 3, 83 e 164 e ss., d.lgs. n. 50/2016. Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei fatti;* IV. *Violazione artt. 80 e 83 ss., d.lgs. n. 50/2016. Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei fatti;* V. *Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei fatti;* VI. *Nullità. Violazione art. 83, d.lgs. n. 50/2016. Violazione art. 90, legge n. 289/2002. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei fatti;* VIII. *Violazione art. 83, d.lgs. n. 50/2016. Violazione art. 21, l.r. n. 40/2009. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei fatti”.*

11. Si è costituita l'Associazione Sportiva Dilettantistica Valletta Cambiaso A.S.D. proponendo appello incidentale.

12. Si è costituito altresì il Comune di Genova chiedendo l'accoglimento dell'appello principale e la reiezione di quello incidentale.

13. Alla udienza pubblica del 17 marzo 2022 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

14. Come risulta dalla esposizione in fatto, il TAR ha accolto il ricorso principale e il ricorso incidentale e, per l'effetto, ha annullato i provvedimenti di ammissione alla gara per l'affidamento della concessione dell'impianto sportivo di via Federico Ricci n. 1 delle offerte del R.T.I. Cristoforo Colombo Beach Club S.S.D. a r.l. e di A.S.D. Valletta Cambiaso, nonché la determinazione del Direttore della Direzione Politiche dello Sport del Comune di Genova 25 febbraio 2021 n. 2021-

195.0.0.-8, di aggiudicazione del contratto al costituendo R.T.I. tra Cristoforo Colombo Beach Club s.r.l. e Amaras s.r.l.

15. Avverso la sentenza sono stati proposti sia appello principale sia appello incidentale.

16. Con il primo motivo l'appellante principale afferma quanto segue. Il TAR non si è limitato ad accogliere il primo motivo del ricorso incidentale escludente ma ha ritenuto di dover comunque procedere all'esame (anche) del ricorso principale di a.s.d. Valletta Cambiaso. La sentenza impugnata ha trascurato che il presente giudizio riguarda una concessione di servizi sotto soglia, con la conseguenza che, nella presente fattispecie, non trova applicazione la disciplina europea della direttiva ricorsi 89/665/CEE: ossia, la normativa sulla base della quale la Corte di Giustizia, nelle sentenze 5/9/2019, in causa C-333/18 e 5/4/2016, in causa C-689/13, ha stabilito il principio di equivalenza tra ricorso principale e incidentale. La delibazione del ricorso incidentale – in quanto diretto a contestare la legittimazione al ricorso principale – assume carattere necessariamente pregiudiziale, e la sua fondatezza preclude al giudice l'esame nel merito del ricorso principale.

17. Con il secondo motivo l'appellante afferma che la sentenza di primo grado sarebbe comunque erronea e meritevole di riforma anche nella parte in cui ha ritenuto parzialmente fondato il quarto motivo del ricorso di A.S.D. Valletta Cambiaso.

17.1. Il TAR Liguria ha affermato che il r.t.i. La Nuova Valletta Nord non avrebbe dovuto essere ammesso alla gara in quanto non avrebbe dimostrato di aver gestito un impianto simile per almeno una stagione sportiva, in violazione di quanto previsto dall'art. 4 del disciplinare di gara.

17.2. Il requisito della gestione per almeno una stagione sportiva di un impianto simile è finalizzato a verificare che, nell'ambito dei pregressi affidamenti di impianti sportivi, l'operatore abbia conseguito (e possa dimostrare) un'adeguata capacità gestionale nell'ambito di analoghi rapporti concessori e, pertanto, possieda le necessarie risorse tecniche e professionali per l'esecuzione della concessione di che trattasi.

17.3. Sostiene l'appellante di aver comprovato la gestione di un impianto analogo per un periodo senz'altro superiore ad un'annualità, avendo portato a referenza la convenzione per la concessione ventennale per la gestione dell'impianto di Valletta Cambiaso sud stipulata proprio con lo stesso Comune di Genova, che ha pertanto potuto concretamente verificare la positiva ed effettiva gestione da parte degli operatori raggruppati Colombo e Amaras, i quali non sono mai incorsi in contestazioni per gravi inadempienze.

17.4. Il TAR ha ritenuto illogicamente, secondo l'appellante, che il requisito in questione dovesse essere dimostrato con riferimento ad un singolo "anno sportivo" corrispondente all'anno solare, così come individuato dalle previsioni dello Statuto FIT.

17.5. Dalla lettura dello Statuto FIT emerge che la nozione di “anno sportivo” invocata dal TAR non può assumere alcun rilievo nel caso di specie, in quanto riferita esclusivamente a profili quali l’affiliazione di società e associazioni sportive alla Federazione e il tesseramento degli atleti/associati, che nulla hanno a che fare con la gestione di un impianto sportivo in concessione e con la valutazione di proficuità della gestione stessa.

17.6. Nel caso di rapporto concessorio non instaurato in corrispondenza all’anno solare (come nel caso dell’impianto di Valletta Cambiaso sud, nel quale la convenzione è stata stipulata ad aprile 2019), il primo anno di gestione risulta di fatto articolato in due distinte annualità (corrispondenti a una parte dell’anno 2019 e ad una parte dell’anno 2020), con la conseguenza che gli adempimenti sopra richiamati – affiliazione, tesseramenti, iscrizioni, ecc. – hanno dovuto addirittura essere reiterati per ciascuna delle annualità interessate: sicché la circostanza che la convenzione per la gestione dell’impianto sia stata stipulata dopo l’inizio dell’anno è indifferente ai fini delle richiamate attività, in quanto l’esperienza che potrebbe essere maturata in più anni è addirittura superiore a quella che può essere ottenuta in una singola annualità.

17.7. La disciplina di gara non ha fornito alcuna definizione di “stagione sportiva”, sicché la lettura restrittiva della suddetta espressione prospettata nella pronuncia del TAR risulterebbe altresì in contrasto con il principio di massima partecipazione alla gara.

18. Con il terzo motivo sono stati riproposti i motivi di ricorso incidentale assorbiti dalla sentenza del TAR Liguria.

18.1. Espone l’appellante che, in primo grado, con il proprio ricorso incidentale sono stati impugnati:

a) i verbali di gara e, comunque, l’atto di ammissione alla gara di A.S.D. Valletta Cambiaso, nella parte in cui non ne hanno disposto l’estromissione dalla procedura (motivi di ricorso incidentale da II a V);

b) in via meramente cautelativa, talune previsioni della disciplina di gara (avviso, disciplinare, invito e relativi allegati) e degli atti del procedimento (ivi compresi i chiarimenti forniti dall’Amministrazione comunale) nella ipotesi in cui si ritenesse di seguire la lettura fornita dalla ricorrente in via principale in taluni dei motivi del suo ricorso (motivi di ricorso incidentale da VI a VIII).

18.2. I motivi assorbiti sono stati riproposti seguendo la medesima numerazione già utilizzata in primo grado:

“II. Violazione artt. 3 e 164 e ss., d.lgs. n. 50/2016. Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei fatti;

III. Violazione artt. 3, 83 e 164 e ss., d.lgs. n. 50/2016. Violazione della lex specialis di gara. Eccesso

di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei fatti; IV. Violazione artt. 80 e 83 ss., d.lgs. n. 50/2016. Violazione della *lex specialis* di gara. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei fatti; V. Violazione della *lex specialis* di gara. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei fatti; VI. Nullità. Violazione art. 83, d.lgs. n. 50/2016. Violazione art. 90, legge n. 289/2002. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei fatti; VIII. Violazione art. 83, d.lgs. n. 50/2016. Violazione art. 21, l.r. n. 40/2009. Eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, difetto di istruttoria e di motivazione. Travisamento dei fatti”.

19. L'appello è fondato per le ragioni che si vanno di seguito a esporre.

19.1. Cristoforo Colombo Beach Club è concessionaria dei campi da tennis Valletta Cambiaso posti a sud rispetto all'impianto oggetto di gara dal 19 aprile 2019. E' quindi pacifico che, alla data di manifestazione di interesse (23 giugno 2020), l'appellante avesse già gestito i campi da tennis per oltre un anno.

19.2. L'interpretazione dell'espressione “stagione sportiva” avallata dal TAR, non trova alcun addentellato nella *lex specialis* di gara e costituisce un plastico esempio di costruzione di una regola inespressa. E' inespressa ogni regola di cui non si possa ragionevolmente dire che essa costituisce uno dei significati di un determinato enunciato. L'interpretazione può prevenire una lacuna, evitarla, nel senso che i testi a disposizione possono essere interpretati in modo tale che la lacuna neppure si presenti. Ma nel caso qui esaminato la *lex specialis* non aveva alcuna lacuna.

19.3. Il concetto di stagione sportiva su cui si fonda l'impianto della decisione impugnata non deriva da una interpretazione della lettera dell'art. 4 del disciplinare ma da un argomento che si è addotto in favore della costruzione di una norma inespressa che ha preso la forma di una condizionale controfattuale: una congettura intorno a ciò che l'autore del bando avrebbe detto se si fosse posto il problema. E' noto che possono dirsi diritto implicito quelle norme e regole ottenute per via argomentativa a partire dal diritto esplicito mediante ragionamenti che non posseggono la forza dell'argomentazione deduttiva; la relazione delle norme implicite con quelle esplicite è una relazione di congruenza che, in questo caso, manca del tutto.

19.4. L'interpretazione della *lex specialis* di gara deve essere condotta secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, con la finalità di escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive e anticoncorrenziali, e, in caso di dubbi interpretativi, deve essere sempre preferita la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara (Consiglio di Stato sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1186).

19.5. Il TAR ha così finito per determinare l'esclusione di un concorrente chiaramente in possesso dei requisiti per partecipare alla procedura.

20. L'appello principale è pertanto fondato per l'assorbente motivo sopra esaminato.

21. Occorre a questo punto esaminare l'appello incidentale.

22. Intanto, occorre precisare che, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi del ricorso principale in primo grado assorbiti dalla sentenza del TAR, sono stati riproposti dall'appellante incidentale (non sono stati riproposti i soli motivi 4, lett. b), e 4, lett. d) posto che dalla documentazione prodotta in causa dal Comune di Genova è risultato che i contratti di avvalimento e i documenti di gara del RTI La Valletta Nord recavano le firme digitali, firme non risultanti dalle copie cartacee consegnate a seguito di istanza di accesso alla Associazione Valletta Cambiaso).

23. Va però esaminato prioritariamente l'appello incidentale laddove viene contestata la sentenza di primo grado nella parte in cui essa ha accolto il ricorso incidentale proposto da Cristoforo Colombo Beach Club.

23.1. La sentenza è stata contestata con un unico articolato motivo in diritto così rubricato: *“Erroneità della sentenza di primo grado per illogicità, travisamento, contraddittorietà e carente motivazione. Violazione e/o erronea applicazione degli artt. 89 e 94, comma 1, lett. b, D.Lgs. n. 50/2016, degli artt. 1321, 1325, 1346, 1362, 1363, 1366, 1367 e 1415 e 1417 cod. civ. e della lex specialis di gara”*.

23.2. Il TAR ha accolto il motivo e ha, conseguentemente, annullato *“gli atti di gara nella parte in cui hanno ammesso l'offerta di A.S.D. Valletta Cambiaso che, attesa la nullità del contratto di avvalimento e comunque la sua inefficacia, non soddisfaceva i criteri di selezione fissati dall'amministrazione aggiudicatrice (art. 94, comma 1, lett. b. D. Lgs. n. 50/2016)”*.

23.3. La sentenza sarebbe errata, posto che il contratto di avvalimento prodotto da Valletta Cambiaso, con le connesse dichiarazioni di impegno da parte dell'ausiliaria (Modulo ausiliaria – Allegato n. 3), recava tutti i requisiti richiesti dall'art. 89 del Codice dei contratti pubblici e dal disciplinare di gara e non era né è viziato da nullità e men che meno simulato.

23.4. Con il contratto di avvalimento (con le connesse dichiarazioni di impegno da parte dell'ausiliaria: modulo ausiliaria – Allegato n. 3), la Ab Academy SSD si è obbligata *“per tutta la durata della concessione che verrà sottoscritta dal Soggetto ausiliato, in caso di aggiudicazione”* a mettere a disposizione di Valletta Cambiaso A.S.D. le risorse (professionali) richieste dal punto B.1.3 del Disciplinare di gara, ovvero (almeno) *“tre istruttori e allenatori qualificati”*, *“con la struttura organizzativa correlata, necessari(a) all'esecuzione dei servizi”*.

23.5. Il riferimento, nel contratto di avvalimento, al requisito di cui al paragrafo B.1.3. del disciplinare di gara non sarebbe generico (né è generico l'impegno assunto dall'ausiliaria), bensì idoneo e

sufficiente a rendere l'oggetto del contratto, se non determinato, certamente determinabile *per relationem*.

23.6. Non occorre alcuna ulteriore specificazione di “*quanti e quali istruttori, quanti e quali allenatori*” erano prestati all'ausiliata posto che con il contratto di avvalimento l'ausiliaria si è, inequivocabilmente, obbligata a mettere a disposizione di Valletta Cambiaso A.S.D., per tutta la durata della concessione, minimo tre istruttori e/o allenatori qualificati, ovvero il numero di istruttori/allenatori richiesto dal bando ai fini della dimostrazione del requisito di capacità tecnica-professionale.

23.7. Le risorse umane e professionali (si tratta dei cinque istruttori dell'Associazione Ab Academy) oggetto di avvalimento risultano ulteriormente specificate, con le relative qualifiche, nella relazione sulla scuola sportiva di Ab Academy presso Valletta Cambiaso (pagg. 17-20 del progetto di utilizzo) e nei *curricula* degli istruttori e allenatori della Ab Academy, l'una e gli altri parte integrante dell'offerta tecnica di Valletta Cambiaso A.S.D..

23.8. L'impegno assunto dal soggetto ausiliario è stato ribadito nelle dichiarazioni di cui all'allegato 1, prodotto nella busta amministrativa, con il quale Ab Academy ha dichiarato “*che intende qualificarsi nella presente gara in qualità di operatore economico ausiliario mettendo a disposizione i seguenti requisiti: qualificazione degli istruttori e degli allenatori a favore dell'operatore economico Valletta Cambiaso a.s.d.*” e dichiarando altresì “*di avere preso esatta conoscenza di tutte le condizioni espresse nel bando di procedura negoziata e di approvare specificatamente il contenuto di tutti gli articoli del Disciplinare di Gara e del Capitolato Speciale*”.

23.9. La sentenza sarebbe errata anche laddove fa derivare l'inefficacia del contratto, che sarebbe simulato, dalla sua gratuità e dalla ritenuta “*assenza di un interesse di natura patrimoniale (art. 1321 cod. civ.) ad assumere gli obblighi derivanti dal contratto*”.

23.9.1. In primo luogo il contratto di avvalimento prodotto da Valletta Cambiaso non può ritenersi “inefficace” o “nullo”, e tale da comportare l'esclusione dalla gara per l'assenza di previsione di un corrispettivo a favore dell'ausiliaria, per il semplice fatto che lo stesso disciplinare di gara (art. 2) prevedeva ed ammetteva la gratuità dell'avvalimento e chiedeva ai partecipanti unicamente di dare conto “*dell'onerosità o meno della prestazione*”.

23.9.2. Il contratto di avvalimento recita infatti: “*il Soggetto ausiliato è autorizzato a utilizzare i requisiti del Soggetto ausiliario, indicati in premessa, senza corrispettivo al soggetto ausiliario, al fine di richiedere la concessione del complesso indicato in premessa e per tutta la durata dell'eventuale aggiudicazione*”.

23.9.3. La sentenza sarebbe errata perché non è vero che difetti in capo all'ausiliaria un interesse patrimoniale a mettere a disposizione di Valletta Cambiaso A.S.D. il requisito tecnico e le relative risorse professionali: il beneficio economico per Ab Academy è dato dai proventi provenienti della scuola sportiva di Valletta Cambiaso e in particolare dal corrispettivo delle lezioni di tennis e padel pagate dagli allievi ai propri insegnanti di Ab Academy (proventi che, infatti, non figurano tra le entrate indicate nel P.E.F. di Valletta Cambiaso).

24. Il motivo è infondato.

25. Le articolate argomentazioni svolte dall'appellante incidentale non scalfiscono le motivazioni della sentenza nella parte in cui è stato accolto il primo motivo di ricorso incidentale di Cristoforo Colombo Beach Club.

25.1. Il contratto di avvalimento stipulato tra A.s.d. Valletta Cambiaso e Ab Academy (documento 8 produzioni dell'appellante del 12 agosto 2021, citato a pagina 2 della memoria depositata il 1° marzo 2022) menziona del tutto genericamente la messa a disposizione del requisito della *“qualificazione degli istruttori e allenatori (B.1.3. del disciplinare)”*. Il punto 2 lett. b) reca la dichiarazione *“di mettere a disposizione, per tutta la durata della concessione, i requisiti e la struttura organizzativa ad essi correlata, necessari all'esecuzione dei servizi oggetto della categoria e di specializzazione indicata in premessa e di cui è carente il Soggetto ausiliato”*.

25.2. Si tratta dell'ipotesi, se possibile, maggiormente paradigmatica di contratto nullo per genericità in quanto privo dell'indicazione precisa e puntuale delle singole risorse messe a disposizione dell'ausiliata con conseguente inidoneità della relativa offerta, sotto il profilo dell'impegno assunto ad eseguire l'appalto.

25.3. La giurisprudenza di questa Sezione è consolidata nel ritenere che a seconda che si tratti di avvalimento c.d. di garanzia ovvero di avvalimento c.d. tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l'operatore economico concorrente e l'ausiliaria; in caso di avvalimento c.d. tecnico operativo sussiste sempre l'esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l'esecuzione dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente; solo così sarà rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria (*ex plurimis*, Consiglio di Stato sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074).

25.4. In definitiva, l'evidente genericità del contratto di avvalimento tecnico – operativo si risolve in una nullità radicale del contratto che, operando *ab origine*, comporta che il concorrente sia privo del requisito di capacità sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara,

il che ne impone l'esclusione dalla procedura medesima come ha del tutto correttamente statuito il giudice di primo grado.

25.5. La questione è di tale evidenza, e la giurisprudenza di questa Sezione talmente consolidata, che non è necessario indugiare particolarmente sul punto dato che l'avvalimento operativo deve poggiare su clausole contrattuali che non possono essere afflitte da assoluta genericità ma devono rendere puntualmente apprezzabili quali siano le risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria, al fine di evitare che il requisito sia attribuito in via meramente cartolare e non effettiva.

25.6. La Sezione ha, tra i tanti precedenti, avuto modo anche di chiarire i concetti di determinatezza e determinabilità del contratto di avvalimento. La normativa nazionale e eurounitaria sull'avvalimento va infatti interpretata nel senso che si configura la nullità del contratto di avvalimento nei casi in cui non vi sia almeno una parte dell'oggetto del contratto stesso dalla quale si possa determinare il tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c.; quindi, ai fini della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento nelle gare di appalto, occorre distinguere tra requisiti generali (requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo, ad es. il fatturato globale o la certificazione di qualità) e risorse: solamente per queste ultime è giustificata l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico, in quanto solo le risorse possono rientrare nella nozione di beni in senso tecnico-giuridico, cioè di "*cose che possono formare oggetto di diritti*" ex art. 821 c.c., con il corollario che soltanto in questa ipotesi l'oggetto del contratto di avvalimento deve essere determinato, in tutti gli altri casi essendo sufficiente la sua semplice determinabilità (Consiglio di Stato sez. V, 26 novembre 2018, n. 6690).

25.7. E' il caso di aggiungere che il requisito della determinatezza del contratto di avvalimento esprime un concetto inevitabilmente destinato a confondersi con quello più ampio dell'autonomia contrattuale, posto che solo un'attenta opera di interpretazione del complessivo regolamento negoziale e della comune volontà delle parti può permettere una completa determinazione dell'oggetto del contratto. La questione si intreccia con quella della formazione stessa dell'accordo, perché solo se quest'ultimo ha riguardato tutti gli elementi del contratto, questo potrà dirsi formato e dunque la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto, per consolidate acquisizioni dogmatiche è avvinta inestricabilmente alla questione della stessa negazione della conclusione del contratto, stante la sostanziale impossibilità di immaginare un accordo su un oggetto non determinato. La determinatezza, quindi, implica la integrale predisposizione ad opera delle parti dei termini contrattuali, attuata nella piena consapevolezza di assumere un vincolo negoziale. Predisposizione che qui difetta totalmente. Né l'indeterminatezza viene qui colmata da una inesistente

determinabilità. Con il requisito della determinatezza l'art. 1346 c.c. si riferisce a un dato di fatto, cioè a un carattere della rappresentazione della realtà esterna offerta dal contratto. Con la determinabilità si consente che, in luogo dell'attuale rappresentazione dell'oggetto, le parti configurino soltanto il modo in cui, in un secondo momento, debba essere effettuata tale rappresentazione. Il connotato caratterizzante la determinabilità è rappresentato dal carattere successivo della determinazione, ossia dall'espressa attribuzione (a un dato esterno al contratto, alle parti stesse, a un terzo) del compito di procedere al completamento del contenuto del contratto. Ma determinabilità dell'oggetto non significa sua successiva integrazione. Quest'ultima mira ad assicurare un'espansione degli effetti del contratto in forza di mezzi di produzione esterni e concorrenti rispetto alla volontà delle parti, mentre la determinazione è opera esclusiva dell'accordo. La determinazione può anche avvenire *per relationem*, cioè attraverso il rinvio ad altri atti, delle parti o di terzi, che di per sé non abbiano una funzione determinativa del contratto. Ma la dichiarazione che rinvia non dà luogo ad una relazione in senso formale, perché non intende esplicitare o chiarire singoli aspetti della contrattazione che risultano oscuri in assenza del rinvio, bensì ad una relazione in senso sostanziale, che persegue una finalità determinativa che anche in questo caso difetta totalmente.

25.8. Il motivo è pertanto infondato e la conferma su questo punto del capo della sentenza impugnata determina l'annullamento dell'ammissione alla gara dell'appellante incidentale.

26. Si tratta di vedere, a questo punto, se i motivi riproposti dall'appellante incidentale debbano essere esaminati. Motivi argomentati con ampi svolgimenti e ulteriormente sviluppati nella ponderosa memoria depositata il 1° marzo 2022.

26.1. La risposta è affermativa poiché nel caso qui esaminato:

- a) l'accoglimento dell'appello principale determina la riforma della sentenza nella parte in cui ha accolto l'impugnazione di A.S.D. Valletta Cambiaso e, per l'effetto, il rigetto del ricorso principale dalla stessa proposto in primo grado (la sentenza però aveva assorbito una pluralità di motivi, taluni tesi a ottenere l'esclusione della concorrente, altri tesi a ottenere la rimodulazione dei punteggi assegnati);
- b) il rigetto del motivo di appello incidentale determina la conferma della sentenza nella parte in cui ha accolto il ricorso incidentale proposto in primo grado da Cristoforo Colombo Beach Club e annullato il provvedimento di ammissione di A.S.D. Valletta Cambiaso;
- c) in questa situazione persiste in capo all'appellante incidentale (ricorrente in via principale in primo grado) la titolarità dell'interesse legittimo strumentale all'eventuale rinnovazione della gara, anche

nel caso in cui alla stessa abbiano partecipato altre imprese (Consiglio di Stato sez. V, 3 marzo 2022, n. 1536).

27. Con il primo motivo riproposto l'appellante incidentale afferma che l'avviso pubblico per la manifestazione di interesse, tra i requisiti speciali dell'aspirante concessionario, ha richiesto espressamente che *“gli amministratori della gestione/associazione non ricoprano cariche sociali in altre società e associazioni nell'ambito della medesima disciplina sportiva”*.

27.1. La lettera di invito dispone che sono *“ammessi a presentare offerta gli operatori economici e le associazioni che hanno presentato la manifestazione di interesse (in tanto in quanto legittimati ed ammessi a presentarla) nei termini previsti dalla determinazione dirigenziale 9 aprile 2020 n. 2020-195.0.0-22...”*. Il provvedimento di aggiudicazione impugnato sarebbe illegittimo perché il RTI La Nuova Valletta Nord tra Cristoforo Colombo Beach Club s.r.l. – Società Sportiva Dilettantistica e Amaras s.r.l. non doveva essere invitato a partecipare alla procedura negoziata e avrebbe dovuto, comunque, esserne escluso per difetto del requisito speciale. Come risulta dalle visure della CCIAA, l'amministratore unico della Società Amaras è il signor Massimiliano Maddaluno Rastrelli, il quale è anche amministratore unico (e socio al 50%) di Palme Sport Club Società Sportiva Dilettantistica a r.l., attiva dal 19 febbraio 2018, che gestisce impianti da tennis.

27.2. Il Signor Massimiliano Rastrelli è anche socio al 50% della Società Terrarossa s.r.l., che a sua volta gestisce impianti sportivi e che gestisce in parziale subaffidamento dalla Società Arena Albaro S.r.l., l'impianto sportivo comunale di Via Campanella 4. Inoltre Amaras s.r.l. detiene il 37,5% della partecipazione sociale di Aquarium Società Sportiva Dilettantistica a r.l., che gestisce impianti sportivi e di cui il Signor Massimiliano Rastrelli è consigliere di amministrazione. Anche il signor Marco Grandi, amministratore unico della mandataria Cristoforo Colombo Beach Club S.S.D. a r.l. è amministratore unico di Genova Beach Club s.r.l. – Società Sportiva Dilettantistica e consigliere e presidente del consiglio di amministrazione di Genova Paddle Club s.r.l. – Società Sportiva Dilettantistica.

27.3. Le cariche di amministratore (e le partecipazioni societarie) in altre società e associazioni nell'ambito della medesima disciplina sportiva avrebbero dovuto essere dichiarate dal RTI aggiudicatario fin dalla fase di prequalifica e anche in sede di offerta. L'omessa dichiarazione costituirebbe *ex se* causa di esclusione dalla procedura. In via subordinata, l'appellante incidentale ha impugnato la determinazione dirigenziale 30 luglio 2020 n. 2020-195.0.0.-35, di indizione della procedura negoziata, e i documenti di gara con la medesima approvati (in particolare disciplinare di gara e lettera di invito), laddove non riproducono tra i requisiti speciali richiesti all'aspirante concessionario quello indicato alla lettera h) dell'avviso pubblico per la manifestazione di interesse

(allegato A) e alla lettera i) della domanda di partecipazione (allegato B) approvati con determinazione dirigenziale 9 aprile 2020 n. 2020-195.0.0-22. Il disciplinare di gara e la lettera di invito così approvati, se intesi nel senso di ammettere alla procedura negoziata anche concorrenti in cui amministratori ricoprano cariche sociali in altre società e associazioni nell'ambito della medesima disciplina sportiva, sarebbero illegittimi in quanto non possono disporre in contrasto con l'avviso pubblico per la partecipazione alla procedura, pena la violazione dei principi di unitarietà della gara e di *par condicio* dei concorrenti. Dalla illegittimità, in *parte qua*, dei documenti di gara approvati con determinazione dirigenziale 30 luglio 2020 n. 2020-195.0.0.-35 per immotivato contrasto con l'avviso pubblico per la manifestazione di interesse, approvato con determinazione dirigenziale 9 aprile 2020 n. 2020-195.0.0-22, discenderebbe l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione (e degli atti di gara) per non aver escluso dalla procedura il RTI controinteressato.

28. Il motivo è infondato.

28.1. Il modulo Allegato B) non doveva essere presentato in quanto riferito alle società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali.

28.2. Il Comune di Genova ha argomentato in modo del tutto condivisibile (pagina 7 della memoria depositata il 28 febbraio 2022) laddove ha affermato che la clausola di cui alla lett. h) dell'avviso pubblico del 9 aprile 2020 non può che essere letta come espressamente riproduttiva del divieto previsto per le società e associazioni sportive dall'art. 90, comma 18 bis della Legge n. 289/2002.

28.3. Va ancora precisato che l'espressione "medesima disciplina sportiva" deve intendersi riferita al tennis; il padel, come noto, è un'altra disciplina sportiva. Il fatto che quest'ultimo faccia capo alla Federazione Italiana Tennis non sposta la questione. Il padel è una disciplina giovane, certo derivata dal tennis, ma è un'altra disciplina con diversi campi (più piccoli), differenti attrezzi, differenti regole.

29. Con il secondo motivo riproposto l'appellante incidentale afferma che la Commissione giudicatrice non sarebbe composta da membri che rispondono ai requisiti di professionalità richiesti dalla legge e dalla *lex specialis* della procedura.

30 Il motivo è infondato.

30.1. Il requisito dell'esperienza "*nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto*" deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico-settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla *lex specialis*, ma considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le

esigenze dell'Amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere (Consiglio di Stato sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5830). Non è, in particolare, necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della Commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea (v., *ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 10 giugno 2013, n. 3203 resa in fattispecie riguardante l'art. 84 del precedente Codice dei contratti ma perfettamente riferibile anche al caso qui esaminato, alla luce della formulazione dell'art. 77 dell'attuale Codice dei contratti).

30.2. La censura è comunque infondata in fatto posto che tutti i membri della Commissione hanno competenze specifiche nella materia oggetto della concessione.

30.3. Dal *curriculum* dell'Architetto Valcalda (documento 10 produzioni in primo grado del Comune di Genova) si evince una esperienza ultratrentennale in settori nevralgici del Comune di Genova (dal 01/06/13 al 31/05/15 del Comune di Rapallo). In particolare, dal 1/12/2015 al 12/12/2017 egli è stato dirigente dell'area Tecnica – Direzione Patrimonio, Demanio e Impiantistica Sportiva.

30.4. Dal *curriculum* del dottor Bondone (documento 11 produzioni in primo grado del Comune di Genova) si evince una esperienza nel Comune di Genova che inizia il 1° ottobre 1990 e, in particolare l'aver ricoperto dal 1° giugno 2006 al 30 aprile 2013 la titolarità di posizione Organizzativa nell'ambito della Direzione Patrimonio, Demanio e Sport, titolarità che è stata replicata a partire dal 1° aprile 2016 e fino al 20 maggio 2019 nell'ambito della Direzione e Impiantistica Sportiva.

30.5. Dal *curriculum* del geometra Di Pietro (documento 12 produzioni in primo grado del Comune di Genova) si evince che egli è in servizio dal 1983 nel settore dei Lavori Pubblici e che si è occupato di progettazione di opere proprio nell'ambito di impianti sportivi.

31. Con il terzo motivo riproposto l'appellante incidentale afferma che il signor Marco Grandi, amministratore unico della mandataria Cristoforo Colombo Beach Club S.S.D. a r.l. ha dichiarato, contrariamente al vero, che *“gli amministratori della società/associazione non ricoprono cariche sociali in altre società e associazioni nell'ambito della medesima disciplina”*. Si tratterebbe di dichiarazione “falsa”, come tale comportante l'esclusione dalla gara, perché, come documentato in giudizio, il Signor Grandi è anche amministratore unico di Genova Beach Club s.r.l. – Società Sportiva Dilettantistica e consigliere e presidente del consiglio di amministrazione di Genova Paddle Club s.r.l. – Società Sportiva Dilettantistica. Come risulta dagli atti di gara, l'impianto sportivo Valletta Cambiaso, oggetto della procedura, è dedicato non solo al gioco del tennis ma anche al gioco

del padel (o paddle) ed entrambi gli sport (tennis e padel) fanno capo alla medesima Federazione Italiana Tennis, quale organo affiliante. Inoltre, l'amministratore unico della mandante Società Amaras signor Massimiliano Rastrelli, è amministratore unico (e socio al 50%) di Palme Sport Club Società Sportiva Dilettantistica a r.l., attiva dal 19 febbraio 2018, che gestisce impianti da tennis ed è socio al 50% della Società Terrarossa s.r.l., che a sua volta gestisce impianti sportivi e che gestisce in parziale sub-affidamento dalla Società Arena Albaro S.r.l., l'impianto sportivo comunale di tennis di Via Campanella 4. Il Signor Massimiliano Rastrelli è altresì consigliere di amministrazione e proprietario al 22,5% della Quadrifoglio s.r.l. che gestisce impianti sportivi e nel cui ambito opera anche l'Associazione ausiliaria Trionfo Ligure nota per l'attività di atletica più che per quella di tennis. Infine Amaras s.r.l. detiene il 37,5% della partecipazione sociale di Aquarium Società Sportiva Dilettantistica a r.l., che gestisce impianti sportivi e di cui il Signor Massimiliano Rastrelli è consigliere di amministrazione. Il signor Rastrelli nella domanda di partecipazione ha omesso la dichiarazione di cui alla lettera i) dell'avviso pubblico per la manifestazione di interesse perché la Stazione appaltante, in sede di chiarimenti, aveva affermato che *“in caso di partecipazione alla gara di operatori economici che non siano società ed associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali, fornire le dichiarazioni di cui ai punti c), d) e i) del modulo allegato B approvato con la determinazione dirigenziale 09/04/2020 (pubblicata il 10/04/2020), le quali potranno quindi, in tal caso, essere barrate”* (F.A.Q. 21 maggio 2020). L'avviso pubblico per la manifestazione di interesse richiedeva il requisito speciale di cui alla lettera i) per l'aspirante “concessionario” o “soggetto concorrente” in generale, senza escluderlo per le società commerciali o per gli altri operatori economici diversi dalle società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali. L'interpretazione fornita dall'Amministrazione in sede di chiarimenti sarebbe non solo contraria al principio di *par condicio* tra i concorrenti, ma contrasterebbe con la lettera e con la ratio della *lex specialis* (e con l'art. 90, comma 25, L. n. 289/2002) che ha stabilito che la concessione oggetto di gara dovesse (e debba) essere affidata *“in via preferenziale”* a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali. Infatti il chiarimento della Stazione appaltante ha avuto l'effetto di consentire la partecipazione alla procedura negoziata di società commerciali i cui amministratori ricoprono cariche in altre società/associazioni già affidatarie di altri analoghi impianti sportivi comunali, laddove le società e associazioni sportive dilettantistiche sono state ammesse a partecipare solo ove i loro amministratori non ricoprissero cariche in altre società e associazioni nell'ambito della medesima disciplina sportiva. Dalla illegittimità, in parte qua, dei richiamati

chiarimenti resi dalla Stazione appaltante, espressamente gravati, per contrasto con l'avviso pubblico per la partecipazione alla procedura, per violazione dell'art. 90, comma 25, L. n. 289/2002, per violazione dei principi di unitarietà della gara e di *par condicio* dei concorrenti e per illogicità discenderebbe l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione (e degli atti di gara), anche di per sé invalidi, per non aver disposto l'esclusione dalla procedura del RTI delle società controinteressate. Le cariche di amministratore (e le partecipazioni societarie) in altre società e associazioni nell'ambito della medesima disciplina sportiva avrebbero infatti dovuto essere dichiarate dal RTI aggiudicatario fin dalla fase di prequalifica ed anche in sede di offerta. L'omessa dichiarazione da parte del legale rappresentante della società Amaras s.r.l. e la falsa dichiarazione resa dal legale rappresentante della Cristoforo Colombo Beach Club a r.l. costituirebbero, in definitiva, anche *ex se* causa di esclusione dalla procedura.

32. Il motivo è pacificamente infondato alla luce di quanto già osservato in sede di esame del primo motivo riproposto. Il Comune di Genova ha adottato un'interpretazione del tutto corretta della *lex specialise* alcuna falsa (o omessa) dichiarazione è addebitabile all'operatore economico aggiudicatario.

32.1. Si è, peraltro, già precisato come deve intendersi l'espressione "medesima disciplina sportiva".

33. Con il quarto motivo riproposto l'appellante incidentale afferma che la documentazione amministrativa del R.T.I. risultato aggiudicatario sarebbe carente e che il medesimo doveva essere escluso perché:

- la Società Cristoforo Colombo Beach Club non ha prodotto il proprio organigramma;
- la Società Amaras s.r.l. non ha indicato la propria composizione mediante la specificazione di rappresentante legale, titolari, soci, direttori tecnici, amministratori muniti di rappresentanza, soci accomandatari, procuratori (con indicazione dei dati anagrafici e incarichi societari).

Inoltre, ai sensi dell'art. 4 del Disciplinare di gara "*i concorrenti, per essere ammessi alla procedura negoziata dovranno, a pena di esclusione, presentare la seguente documentazione: ... Le dichiarazioni di cui ai punti A.1) e A.2) del modulo FAC SIMILE DICHIARAZIONI n. 1 dovranno essere rese singolarmente, a pena di esclusione e secondo il FAC SIMILE DICHIARAZIONI 1 BIS, (ALLEGATO 2 – al presente disciplinare), da tutti i soci se trattasi di società in nome collettivo, tutti i soci accomandatari se trattasi di società in accomandita semplice, tutti gli amministratori muniti di potere di rappresentanza se trattasi di altro tipo di società o consorzio, nonché da tutti i direttori tecnici o preposti – responsabili tecnici. In alternativa il legale rappresentante sottoscrittore dell'offerta potrà effettuare, qualora ne abbia piena conoscenza, le dichiarazioni sostitutive di cui sopra ai sensi dell'art. 47 comma 2 del DPR 445/2000 per conto degli altri soggetti obbligati e*

precedentemente elencati. Si rammenta che il candidato o il concorrente dovrà attestare il possesso dei requisiti di ordine generale mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica le condanne penali comminate nei suoi confronti comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione". Le dichiarazioni di cui ai punti A.1 e A.2 non sono state inserite dal R.T.I. aggiudicatario nella busta amministrativa né sono state prodotte a seguito di soccorso istruttorio, ma solo a seguito di richiesta della Stazione appaltante in data 1 febbraio 2021.

34. Il motivo è infondato.

34.1. L'art. 6 del disciplinare di gara rubricato "*Modalità di presentazione dell'offerta*" non prevedeva alcuna sanzione di esclusione per la mandata presentazione di documenti (quale l'organigramma) i quali, peraltro, hanno un contenuto che si può evincere dal complesso della documentazione presentata in gara (come le visure camerali).

34.2. I legali rappresentanti delle due società costituenti il RTI Nuova Valletta Nord hanno prodotto nella busta contenente la documentazione amministrativa, gli "allegati 1" contenenti le dichiarazioni richieste per la partecipazione alla gara (documenti 41 e 42 produzioni in primo grado del Comune di Genova).

35. Con il quinto motivo riproposto l'appellante incidentale afferma che nella prima seduta di gara la Stazione appaltante, avendo rilevato la mancanza nella busta amministrativa delle controinteressate delle "*dichiarazioni riportate alla pagina 9 del Disciplinare di gara*" (punti I, II, III, IV e V) e del "*Passoe con codice a barre della Società ausiliaria S.S. Trionfo Ligure*", ha disposto in loro favore il soccorso istruttorio. Si tratta di carenze per le quali, contrariamente a quanto ritenuto dall'Amministrazione precedente, non era possibile attivare il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 4 del Disciplinare di gara. Inoltre, il Passoe della ausiliaria Trionfo Ligure risulta rilasciato il 23 ottobre 2020, in data successiva alla scadenza del termine (9 ottobre 2020) per la presentazione delle offerte.

36. Il motivo è infondato.

36.1. L'indicazione del PassOE non è richiesta a pena di esclusione da alcuna norma di legge, né è consentito alla stazione appaltante imporne il possesso all'operatore economico partecipante alla gara a pena di esclusione, e ciò sia tenuto conto della natura di tale atto, sia del principio generale di tassatività delle cause di esclusione dalle gare. Il PassOE costituisce infatti solo uno strumento di controllo del possesso dei requisiti auto-dichiarati dai concorrenti, e, in mancanza dell'esplicita previsione normativa della sua essenzialità, esso non si configura, sotto il profilo operativo e funzionale, come elemento essenziale incidente sulla *par condicio* dei concorrenti (Consiglio di Stato, Sez. V, 30 dicembre 2020, n. 8505, Consiglio di Stato, Sez. V, 21 agosto 2020, n. 5164).

36.2. Va poi ricordato, per le dichiarazioni di cui viene lamentata la carenza, che il soccorso istruttorio è un potere di carattere generale e persegue la finalità di garantire la massima partecipazione alle gare di appalto; è praticabile non solo nella fase iniziale di partecipazione alla gara, per quanto attiene ai requisiti di partecipazione, ma concerne anche la fase successiva della valutazione delle offerte, in caso di irregolarità, mancanza di dichiarazioni ed elementi dell'offerta con il solo limite che le omissioni e carenze non assumano i caratteri della irregolarità essenziale, configurando cioè la carenza di un elemento essenziale dell'offerta e violando, pertanto, la regola della immodificabilità della stessa (Consiglio di Stato sez. V, 2 agosto 2022, n. 6786) evenienze che non si ravvisano nella fattispecie.

37. Con il sesto motivo riproposto l'appellante incidentale afferma che il RTI controinteressato non ha prodotto alcun progetto tecnico essendosi limitato a corredare l'offerta tecnica di una generica relazione progettuale e di un *render*, senza elaborati progettuali e senza computo metrico estimativo. Sono del tutto assenti il progetto di idoneità statica e la progettazione, richiesta dal disciplinare di gara, relativa all'abbattimento delle barriere architettoniche, all'adeguamento degli impianti di riscaldamento e di acqua calda negli spogliatoi/bar ristorante/segreteria, all'impianto di illuminazione esterna. La mancanza di un progetto tecnico composto dagli elaborati prescritti e recante i contenuti minimi indicati dall'art. 3 del Disciplinare di gara, espressamente richiesto a pena di esclusione e costituente addirittura condizione di partecipazione alla gara, imponeva l'esclusione dalla gara del RTI controinteressato ed era ostativa all'esame della "*documentazione tecnica relativa ad attività svolta, progetto di utilizzo e piano pluriennale della manutenzione, propedeutica alla valutazione secondo i criteri di cui all'art. 5 del Disciplinare di gara*". Da qui l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione.

38. Il motivo è infondato.

38.1. Il progetto è stato presentato, è completo ed è agli atti del ricorso di primo grado (in particolare documenti 46, 48, 52 e 53 produzioni del Comune di Genova). Che la relazione sia generica è una valutazione del tutto personale dell'appellante incidentale che pretende di sostituirsi all'ente concedente.

39. Con il settimo motivo riproposto l'appellante incidentale afferma che il provvedimento di aggiudicazione sarebbe viziato anche perché, in ogni caso, i progetti di adeguamento e di miglioria dell'impianto sportivo proposti dai concorrenti non sono stati in alcun modo valutati nell'ambito della procedura di gara. Inoltre, il provvedimento di aggiudicazione sarebbe viziato anche perché difetta di un elemento essenziale quale è la durata della rilascianda concessione in capo al RTI aggiudicatario.

39.1. In via subordinata è dedotta l'illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione dalla illegittimità della lettera di invito e del disciplinare di gara, che vengono gravati per violazione dell'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 ed eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità, violazione dei principi di imparzialità e *par condicio* dei concorrenti e immotivato contrasto con l'avviso pubblico per la manifestazione di interesse approvato con determinazione dirigenziale 9 aprile 2020 n. 2020-195.0.0.-22. Come ricordato, il progetto tecnico di adeguamento e miglioramento dell'impianto sportivo è parte integrante dell'offerta tecnica.

40. Anche questo motivo, oltretutto generico, come del resto il precedente, è infondato in fatto.

40.1. Come correttamente argomentato dal Comune di Genova a pagina 21 della memoria depositata il 28 febbraio 2022, la valutazione del progetto tecnico di adeguamento e miglioramento dell'impianto sportivo è avvenuta in base a quanto previsto dall'art. 5 del disciplinare e, in particolare, dal criterio B.2.

40.2. Quanto alla durata della concessione, essa è agevolmente individuabile esaminando l'art. 1 del disciplinare e l'offerta del RTI La Nuova Valletta Nord.

41. Con l'ottavo motivo riproposto l'appellante incidentale afferma che l'offerta del RTI La Nuova Valletta Nord non è coerente con l'oggetto della procedura negoziata e doveva, per ciò, essere esclusa. Oggetto della gara è la gestione dell'impianto sportivo "ex Eni", di Via Ricci n. 1, che occupa la porzione a nord di Valletta Cambiaso, mentre l'offerta risultata aggiudicataria è riferita, al contiguo e più ampio compendio sportivo, di cui le società componenti il RTI sono già concessionarie, e che non è oggetto della gara. Come risulta dalla relazione progettuale e dai *render* prodotti in gara, la maggior parte degli interventi previsti riguarda l'impianto di "Valletta Sud".

42. Il motivo è infondato.

42.1. Il fatto che il progetto proposto indichi interventi non solo relativi alla porzione nord di Valletta Cambiaso ma anche alla porzione sud non ha alcun effetto negativo sull'offerta che non è in alcun modo carente. Del resto, solo lacune descrittive dell'offerta che determinano incertezza o indeterminazione del suo contenuto possono portare alla sua esclusione. Non è questo il caso qui esaminato.

43. Con il nono motivo riproposto l'appellante incidentale afferma che l'offerta del RTI La Nuova Valletta Nord è dichiaratamente intesa ad una gestione unitaria – non prevista né consentita dalla *lex specialis* – dell'impianto sportivo di Valletta Nord e del contiguo impianto di Valletta Sud, oggetto di altra separata concessione comunale. La Commissione giudicatrice avrebbe dovuto rilevare l'inammissibilità di una tale proposta non solo perché non pertinente rispetto all'oggetto della procedura negoziata ma anche perché tale da determinare una situazione di ingiustificato vantaggio

di un concorrente (l'attuale gestore del compendio a confine) rispetto agli altri partecipanti alla gara, in violazione del principio di *par condicio* dei concorrenti. La Commissione non ha rilevato che la offerta era inammissibilmente riferita anche al compendio vicino e questo ha condotto all'attribuzione di punteggi non giustificati ed errati (per eccesso) con riguardo a molti sub-criteri di valutazione degli elementi tecnico-qualitativi.

43.1. Sarebbero illogici i punteggi:

a) 4,604 punti con riguardo al sub-criterio B.1.2.C. (piano tariffario), punteggio che è stato attribuito anche in ragione della "*fruizione gratuita di percorso vita-percorso bimbi – percorso podismo-parco salti*" che ricadono fuori dell'area *exEni*;

b) punti 3,223 attribuiti alla appellante incidentale dato che la proposta di Valletta Cambiaso A.S.D. sarebbe l'unica che indica un piano tariffario partendo dal (e proponendo ribassi rispetto al) piano tariffario comunale, in ossequio al Disciplinare di gara;

c) l'attribuzione al R.T.I. "La Nuova Valletta Cambiaso" di 15 punti con riguardo al criterio B.1.3. (Qualificazione degli istruttori e degli allenatori) a fronte di 11,577 punti assegnati alla appellante incidentale;

d) il punteggio (punti 10) attribuito al R.T.I. "La Nuova Valletta Cambiaso" con riguardo al criterio B.1.6. (Progetto di utilizzo) a fronte di 7,286 punti assegnati alla Associazione Valletta Cambiaso;

e) non sarebbe stato suscettibile di valutazione e di attribuzione di alcun punteggio (diverso da zero) il piano pluriennale degli interventi di manutenzione ordinaria (criterio B.2) presentato dal R.T.I. appellante principale in quanto relativo anche all'impianto di Valletta Sud, non oggetto della gara; il punteggio (punti 11,061) assegnato al RTI La Nuova Valletta Nord sarebbe dunque errato e ingiustificato;

f) ingiustificato ed errato sarebbe il punteggio (punti 6,065) attribuito alla appellante incidentale con riguardo al sub-criterio B.1.4.b (Eventi e manifestazioni sportive organizzate dal concorrente e risultati conseguiti nelle competizioni agonistiche), a fronte del punteggio massimo (8 punti) assegnati all'appellante principale.

44. Il motivo è infondato.

44.1. In realtà il motivo è infondato laddove afferma l'inammissibilità della offerta (e quindi la necessità della sua esclusione) è invece inammissibile laddove argomenta con ampi svolgimenti in ordine alla erronea attribuzione dei punteggi assegnati al RTI La Nuova Valletta Nord.

Quanto al primo profilo si è già detto in sede di esame dell'ottavo motivo riproposto che l'offerta non è in alcun modo carente. Né può ragionevolmente sostenersi che la circostanza di essere gestore del compendio sud attribuisca un vantaggio competitivo al RTI La Nuova Valletta Nord. Non si vede

come tale condizione possa essere considerata più vantaggiosa rispetto quella di essere gestore uscente della concessione messa a gara. Né l'una né l'altra condizione hanno influito sull'esito della gara e le circostanze di fatto che l'hanno caratterizzata si inscrivono nell'ambito delle normali dinamiche di mercato.

In ordine alla contestazione dei punteggi valgono due considerazioni:

a) la prima è che la valutazione delle offerte tecniche, effettuata dalla Commissione attraverso l'espressione di giudizi e l'attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dal bando di gara, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica sì da rendere detta valutazione insindacabile salvo che essa sia affetta da manifesta illogicità; manifesta illogicità che, nella vicenda qui all'esame, non si ravvisa in alcun modo (il che rende infondato il motivo anche sotto questo profilo);

b) la seconda è che, essendo stato respinto l'appello incidentale, l'effetto della pronuncia è la conferma della sentenza nella parte in cui ha accolto il ricorso incidentale proposto in primo grado da Cristoforo Colombo Beach Club e annullato il provvedimento di ammissione di A.S.D. Valletta Cambiaso; si è quindi precisato che in questa situazione persiste in capo all'appellante incidentale (ricorrente in via principale in primo grado) la titolarità dell'interesse legittimo strumentale all'eventuale rinnovazione della gara. Ma l'interesse a contestare i punteggi assegnati, in modo da pervenire alla riformulazione della graduatoria, non sussiste in capo al soggetto escluso ciò che rende la censura anche inammissibile sotto questo profilo.

45. Con il decimo motivo riproposto l'appellante incidentale afferma che il piano economico-finanziario presentato dal RTI "La Nuova Valletta Nord" a corredo dell'offerta è gravemente lacunoso e viziato da errori con conseguente inaffidabilità/inattendibilità della proposta economica che avrebbe dovuto condurre all'estromissione dalla gara del RTI aggiudicatario.

46. Il motivo è, anche questa volta, infondato in fatto e comunque del tutto generico.

46.1. Il piano economico finanziario è stato presentato (documento 54 produzioni in primo grado di Cristoforo Colombo Beach Club) ed è stato valutato (verbale di gara del 20 gennaio 2021 documento 17 produzioni del Comune in primo grado).

46.2. Va peraltro ricordato che non basta dedurre genericamente un vizio, ma bisogna precisare il profilo sotto il quale il vizio viene dedotto e, ancora, indicare tutte quelle circostanze dalle quali possa desumersi che il vizio denunciato effettivamente sussiste, pena l'inammissibilità per genericità della censura proposta.

46.3. In questo caso, al di là di generiche contestazioni circa l'asserita inadeguatezza del piano economico finanziario non vi è nemmeno un indizio che possa corroborare le affermazioni della Associazione Sportiva Dilettantistica Valletta Cambiaso A.S.D.

47. In definitiva:

a) l'appello principale deve essere accolto, vista la fondatezza del secondo motivo, con conseguente riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 745/2021 laddove essa ha accolto l'impugnazione di A.S.D. Valletta Cambiaso e, per l'effetto, il rigetto del ricorso principale proposto in primo grado; restano assorbiti gli ulteriori motivi dedotti dall'appellante principale in quanto nel processo amministrativo possono essere assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio giudicante ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di natura diversa (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 29 maggio 2017, n. 2526);

b) l'appello incidentale deve essere respinto con conseguente conferma della sentenza di primo grado nella parte in cui è stata annullata l'ammissione alla gara di A.S.D. Valletta Cambiaso.

48. Le spese del grado di giudizio possono essere compensate vista la assoluta particolarità e complessità delle molteplici questioni sottoposte al Collegio.

P.Q.M.

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

a) accoglie l'appello principale e per l'effetto riforma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 745/2021 nella parte in cui ha accolto l'impugnazione di A.S.D. Valletta Cambiaso e, quindi, rigetta il ricorso principale e i motivi aggiunti proposti in primo grado;

b) respinge l'appello incidentale e per l'effetto conferma la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 745/2021 nella parte in cui ha annullato l'ammissione alla gara di A.S.D. Valletta Cambiaso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

IL SEGRETARIO