

TAR Veneto sez. I 8/3/2012 n. 319

Avvalimento di garanzia - Dimostrazione effettiva solidità economico-finanziaria dell'impresa che mette a disposizione il requisito - Necessità

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 712 del 2011, proposto da:

Tennis Club Mogliano Asd, rappresentato e difeso dagli avv.-....., con domicilio eletto presso la segreteria del Tar;

contro

Comune di Mogliano Veneto, rappresentato e difeso dall'avv.

sul ricorso numero di registro generale 1691 del 2011, proposto da:

Circolo Tennis Veritas - Associazione Sportiva Dilettantistica, rappresentato e difeso dagli avv.....;

contro

Comune di Mogliano Veneto, rappresentato e difeso dall'avv.....;

nei confronti di

Tennis Club Mogliano A.S.D., rappresentato e difeso dagli avv....., con domicilio eletto presso la segreteria del Tar ;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 712 del 2011:

della determinazione dirigenziale del Comune di Mogliano Veneto prot. n. 916 dd. 24.12.2010 di aggiudicazione definitiva alla controinteressata della gara d'appalto, approvata con determinazione n. 821 dd. 12.11.2010, per la concessione in uso e gestione degli impianti per il tennis di via Colelli; del verbale della Commissione di gara dd. 16.12.2010, nella parte in cui dispone l'aggiudicazione provvisoria a favore della controinteressata; nonchè di ogni atto annesso, connesso o presupposto...

quanto al ricorso n. 1691 del 2011:

della determinazione dirigenziale n. 587 del 12/9/2011 avente ad oggetto l'annullamento dell'aggiudicazione della concessione in uso e gestione dell'impianto sportivo comunale per il tennis..

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Mogliano Veneto e di Circolo Tennis Veritas e di Comune di Mogliano Veneto e di Tennis Club Mogliano A.S.D. e di Leopoldo Arcari;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Circolo Tennis Veritas - Associazione Sportiva Dilettantistica, rappresentato e difeso dagli avv.....;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2011 il dott. Riccardo Savoia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Collegio ritiene che le cause debbano essere preliminarmente riunite essendone opportuna la trattazione congiunta.

2. Va premesso che in data 16.11.2010 l'Amministrazione comunale di Mogliano ha indetto una procedura concorsuale volta ad aggiudicare la concessione in uso e la gestione dell'impianto sportivo comunale per il tennis, risultando all'esito dell'anzidetta selezione aggiudicatario della concessione il Circolo Tennis Veritas ASD.

Avverso tale esito procedimentale ha interposto ricorso giurisdizionale avanti al T.A.R. Veneto (Sez. I, n.RG 712/2011) il concorrente Tennis Club Mogliano ASD dispiegando diversificati motivi di impugnazione.

Si costituivano tanto l'Amministrazione comunale resistente quanto l'impresa controinteressata, la quale ha chiesto la reiezione del gravame anche sulla scorta di motivi di impugnazione svolti in via incidentale.

3. Pendente il contenzioso, l'amministrazione, a seguito di talune delle contestazioni svolte in sede giurisdizionale dalle ditte concorrenti avviava un ulteriore approfondimento della questione, impostosi, nello specifico, con riferimento alla applicabilità, al caso di specie, dell'istituto dell'avvalimento, in quanto l'aggiudicataria era priva del requisito esperienziale richiesto consistente nella conduzione degli impianti sportivi simili, e aveva conseguito l'aggiudicazione solo grazie all'utilizzo del curriculum della Polisportiva Marzenego.

4. All'esito dello stesso, acquisite le pertinenti memorie dalle ditte interessate, il Comune adottava atto di autotutela volto all'annullamento dell'intera procedura con esclusione dell'originario aggiudicatario, odierno ricorrente nel secondo giudizio in epigrafe.

5. Conseguentemente l'esame del Collegio deve concentrarsi ed essere riservato esclusivamente al secondo giudizio, risultando il primo ormai improcedibile, avendo il ricorrente ottenuto quanto postulava, vale a dire l'esclusione dell'aggiudicatario.

6. Con il secondo ricorso, dunque, vengono contestati i presupposti che hanno mosso l'amministrazione all'autotutela, così riassunti già nell'atto impugnato, in quanto compendiatamente nelle osservazioni presentate ex art.10 L.241/90:

- la circostanza che la questione si trovi sub judice (ricorso al T.A.R. Ve n.R.G. 712/2011 - ud. fissata per il giorno 17.11.2011) renderebbe la procedura di autotutela inopportuna ed interferente con il vaglio giurisdizionale, né vi sarebbero ragioni d'urgenza tali da giustificare il procedimento di secondo grado;

- in secondo luogo, la Responsabile del Procedimento non potrebbe svolgere con la dovuta imparzialità il ruolo assegnatole in quanto destinataria di un procedimento disciplinare avviato sul presupposto di una erronea interpretazione dell'art. 30 D.Lgs. n. 163/2006;

- preclusivo all'espletamento del procedimento de quo risulterebbe, poi, il fatto che l'Amministrazione non avrebbe previamente provveduto a rimuovere in autotutela il provvedimento tacito formatosi sull'informativa presentata ex art. 243 bis D.Lgs. n. 163/2006 dal Tennis Club Mogliano, il che, a detta del Circolo Tennis Veritas, vizierebbe il procedimento avviato sotto il profilo dell'eccesso di potere per contraddittorietà tra più atti;

- le motivazioni addotte con riferimento al procedimento di autotutela ne paleserebbero la contraddittorietà rispetto agli atti presupposti e, in particolare, rispetto alla precedente impostazione seguita dall'Amministrazione procedente che si sarebbe "appiattita" sulle posizioni del TC Mogliano;

- nel merito, le motivazioni espresse dall'Amministrazione risulterebbero erranee, in quanto l'istituto dell'avvalimento esprimerebbe un principio generale che troverebbe applicazione anche in occasione della scelta del concessionario di pubblici servizi e ciò anche sulla scorta del conforme orientamento della giurisprudenza amministrativa, nonché dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici;

- non sarebbe sostenibile l'impostazione della Civica Amministrazione, secondo cui il caso di specie non è assoggettato alla disciplina sui contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 163/2006 trattandosi di una concessione di bene (e non di servizio) pubblico, in quanto il bando di gara richiamerebbe espressamente tale disciplina ed inoltre l'affidamento dell'uso e della gestione di un impianto sportivo di proprietà comunale costituirebbe inequivoca ipotesi di concessione di servizio pubblico, riconducibile, in quanto tale, nell'ambito di applicazione del Codice dei Contratti : in tal senso militerebbero numerosi pronunciamenti giurisprudenziali;

- inoltre, l'oggetto della gara de qua sarebbe più ampio di quello che l'Amministrazione ha prospettato, in quanto ai sensi dell'art. 2 del Foglio Condizioni (richiamato dal bando di gara) il concessionario dovrebbe assicurare tutta una serie di servizi rivolti all'utenza e, più in generale al pubblico;

- taluni oneri imposti al concessionario dall'art. 3 del Foglio Condizioni (tra cui comunicare al Comune di Mogliano le attività programmate per l'anno successivo, relazionare sulle attività svolte, inserire nel programma di promozione della pratica sportiva nel settore giovanile il coinvolgimento delle scuole di ogni ordine e grado, operanti sul territorio comunale, mettendo a

disposizione l'impianto per eventuali utilizzi con finalità didattiche, nonché lasciare nell'eventuale disponibilità del Comune -per due giornate all'anno- l'impianto comunale per eventuali esigenze dell'Amministrazione), evidenzerebbero che la concessione dell'impianto sportivo è funzionale all'affidamento di un pubblico servizio;

- non corrisponderebbe al vero che l'accesso all'impianto e la sua fruizione sarebbero subordinati all'iscrizione all'ASD Circolo Tennis Veritas che, viceversa, nella fase di gestione provvisoria, avrebbe consentito l'accesso all'impianto a chiunque;

- la condotta dell'Amministrazione sarebbe idonea a configurare la violazione dell'art. 21 nonies della Legge n. 241/1990 in quanto l'annullamento non verrebbe disposto entro un termine ragionevole e non sussisterebbero, al riguardo, valide ragioni di pubblico interesse, né l'Amministrazione avrebbe soppesato gli interessi e le legittime aspettative dell'aggiudicatario, che riferisce di aver stipulato taluni contratti e di aver assunto una serie di oneri nella prospettiva di gestire in futuro l'impianto e prospetta azioni risarcitorie contro la Civica Amministrazione.

Peraltro, il Circolo Tennis Veritas precisa che all'annullamento dell'aggiudicazione non potrebbe far seguito il subentro nella gestione da parte del TC Mogliano, che in data 27.1.2011 ha deliberato lo scioglimento del sodalizio.

6.1 Alla stregua dei profili argomentativi sopra riepilogati, il Circolo Tennis Veritas ha chiesto, preliminarmente, la nomina di un nuovo Responsabile del Procedimento e la sospensione dei termini di conclusione del procedimento, nonché l'archiviazione ovvero la definizione del medesimo con declaratoria di insussistenza dei presupposti di legge per addivenire all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, instando, altresì, per un'audizione al fine di pervenire a un accordo procedimentale ex art. 11 L. n. 241/1990.

7. Il provvedimento impugnato replica ai predetti rilievi osservando, in sintesi:

- non essere condivisibile l'assunto secondo cui la questione sottesa all'avviato procedimento di annullamento sarebbe attualmente al vaglio dell'A.G.A, posto che il contenuto delle censure svolte dal ricorrente TC Mogliano differisce dall'oggetto del procedimento di annullamento d'ufficio, in quanto (con riferimento alla questione dell'applicabilità, o meno, al caso di specie dell'istituto dell'avvalimento) il TC Mogliano ha articolato le proprie doglianze presupponendo che l'oggetto della celebrata procedura selettiva coincida con una concessione di pubblico servizio e sostenendo, di conseguenza, che l'avvalimento non sarebbe praticabile proprio in quanto non estensibile alle concessioni di servizi, mentre l'avviato procedimento di autotutela si fonda sulla discriminante considerazione che la selezione concorsuale di cui trattasi è volta alla concessione di un bene pubblico e non è, quindi, ad essa applicabile il Codice dei Contratti Pubblici;

- per quanto attiene alla presunta incompatibilità del RUP, va osservato che non risulta sussistente il presupposto ex adverso addotto a supporto della corrispondente richiesta di sostituzione del Responsabile del Procedimento, dato che non sussiste nei confronti dello stesso alcun procedimento disciplinare, avendo, peraltro, il RUP appreso tale supposta circostanza solo dalla stessa Memoria del Circolo Tennis Veritas in data 30. 6.2011;

- con riferimento alla presunta valenza ostativa al legittimo espletamento del procedimento in autotutela, ravvisata da controparte nella circostanza che non sarebbe stato preliminarmente rimosso il diniego implicito sull'istanza di autotutela, ritiene l'Amministrazione procedente che si tratti di un rilievo non pertinente oltre che, comunque, assai formalistico e privo di valore sostanziale.

Da una parte, invero, appare dubbia l'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 243 bis del Codice dei Contratti al caso di specie in ragione della ritenuta non assoggettabilità della procedura de qua a tale testo normativo.

Anche ammettendo, peraltro, che il ripetuto istituto possa trovare applicazione alla specifica fattispecie in oggetto, attraverso il richiamo operato dal citato art. 243 bis al successivo art. 244, che a propria volta rinvia alle materie di giurisdizione esclusiva indicate dal Codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104/2010) - il quale, nell'art. 133, vi include anche le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici -, appare evidente che il procedimento di annullamento è volto alla "correzione" dell'esito della procedura concorsuale, il che, ovviamente, involge anche i provvedimenti consequenziali all'aggiudicazione quali il richiamato silenzio-rigetto sull'istanza di autotutela.

D'altro canto, non appare condivisibile l'assunto secondo cui il corretto ordine procedimentale da osservarsi nella fattispecie imporrebbe la previa rimozione del ripetuto diniego implicito, apparendo, semmai, più logico ritenere che esso, meramente confermativo del provvedimento (espresso) di aggiudicazione, segua necessariamente la sorte del provvedimento presupposto.

Ne consegue la sostanziale irrilevanza dell'interposto rilievo, considerato che le medesime ragioni addotte a giustificazione dell'avviato procedimento di autotutela investono anche il dedotto provvedimento di diniego implicito consequenziale alla disposta aggiudicazione;

- per quanto attiene alle considerazioni attinenti la presunta contraddittorietà del procedimento in autotutela rispetto agli atti presupposti, l'amministrazione osservava che il provvedimento di annullamento si contrappone per sua stessa essenza (in quanto "contrarius actus") all'atto annullato, senza per certo che da ciò sia desumibile una figura sintomatica di eccesso di potere.

Anche a prescindere da tale osservazione, peraltro, va rilevato che le motivazioni esposte con l'avviso di avvio del procedimento si basano su di un differente inquadramento della questione e non collimano affatto con le argomentazioni dispiegate dal TC Mogliano nel ricorso.

8. Entrando, dunque, nel merito della questione, va osservato che, con articolate deduzioni, il Circolo Tennis Veritas ASD ha rappresentato che le prospettazioni svolte nella comunicazione prot. 17666 del 21.6.2011 sarebbero prive di giuridico fondamento in virtù di una serie di considerazioni afferenti, in primo luogo, all'applicabilità, alla gara – esperita dall'Amministrazione Comunale di Mogliano Veneto per l'aggiudicazione della concessione in uso e gestione degli impianti sportivi per il tennis di proprietà comunale, – dell'istituto dell'avvalimento, disciplinato dall'art. 49 del D.Lgs. 163/2006.

Nello specifico, in ordine alla facoltà dei concorrenti di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento si illustrano, nella memoria prodotta ex art. 10 della L. 241/1990, le ragioni per le quali la norma dell'art. 49 del Codice Unico degli Appalti dovrebbe trovare integrale applicazione nel caso di specie, che consiste nell'aggiudicazione di una concessione di servizi.

Ed in tale quadro è svolta una generale critica all'azione amministrativa del Comune, appuntandosi le censure dispiegate sulla circostanza che nella nota prot. 17666 del 21/06/2011 di avvio del

procedimento sarebbe stata accordata preferenza a una interpretazione restrittiva dell'art. 30 del Codice dei Contratti.

9. L'amministrazione comunale osserva che le proprie valutazioni, bensì sollecitate dal contenzioso insorto, determinato dalla proposizione di un ricorso da parte del TC Mogliano, 2° graduato, e dalla proposizione di un ricorso in via incidentale da parte del controinteressato Circolo Tennis Veritas, muovono dal corretto presupposto che, nella fattispecie, non si tratti di gara per l'aggiudicazione di una concessione di servizi, quanto di procedura preordinata all'affidamento in uso di un bene pubblico.

Risulta allora evidente che l'ordito motivazionale in virtù del quale è stato avviato il procedimento preordinato all'annullamento in sede di autotutela dell'aggiudicazione definitiva si rapporta alla dedotta inapplicabilità dell'art. 49 del Codice Unico dei Contratti alla fattispecie

concreta, in quanto quest'ultima è costituita, giustappunto, da una tipologia contrattuale che esula dalla disciplina degli appalti nell'ambito della quale ricade la concessione di servizi.

Da qui la prima osservazione per cui l'Amministrazione Comunale di Mogliano non intende intervenire in sede di autotutela sul presupposto che l'istituto dell'avvalimento non sia applicabile alla concessione di servizi (secondo quanto sostenuto dal ricorrente TC Mogliano), quanto a ragione della circostanza che le previsioni dell'art. 49 del Codice Unico dei Contratti non possono concorrere a disciplinare una procedura preordinata all'affidamento in uso di un bene pubblico.

In altre parole, ribadisce il Comune, le ragioni per le quali è stato avviato il procedimento in itinere non sono quelle fatte valere in sede giurisdizionale dal ricorrente TC Mogliano, ma risultano autonome e distinte da queste e fondate sul corretto inquadramento del contratto che si intende perfezionare con l'aggiudicatario della gara.

Ciò con il logico corollario che, come sopra anticipato, non avrebbe immediato rilievo la decisione del Giudice Amministrativo chiamato ad esprimersi su censure che si appuntano sull'applicabilità dell'avvalimento nel caso di concessione di servizi.

È per tale motivo, pertanto, che non soccorre alcuna ragionevole motivazione per la quale debba attendersi la decisione dell'A.G.A., l'avvio del procedimento e l'eventuale adozione di un atto di annullamento in autotutela fondandosi, infatti, su diverse motivazioni.

L'Amministrazione Comunale di Mogliano non si è, dunque, sostituita – né può, ovvero intende farlo – all'Autorità Giudiziaria Amministrativa, in considerazione dell'evidente circostanza che l'eventuale annullamento non è proteso ad interferire con il sindacato del Giudice, proprio perché scaturisce da autonomi rilievi.

In tale quadro, le deduzioni svolte dall'Amministrazione Comunale di Mogliano, sia in sede di gara che successivamente, risultano pienamente coerenti con l'ipotesi di affidamento di appalti pubblici e, sposando la tesi di parte della dottrina, con quella dell'affidamento di una concessione di servizi, ma non appaiono immediatamente applicabili all'ipotesi di concessione in uso di un bene pubblico.

Ed in tale ambito va inquadrato l'approfondimento svolto, al fine di comprendere i limiti di precettività dell'art. 49 del Codice Unico dei Contratti nel caso concreto.

Sulla base delle predette motivazioni non può, pertanto, condividersi la tesi secondo cui la rimeditazione operata dall'Amministrazione sia strumentale alla tesi di una delle parti in causa, piuttosto che alla tutela di interessi pubblici prevalenti.

10. Il Collegio ritiene di condividere gli assunti fin qui riportati, in particolare laddove non ritiene ostativo all'adozione di un provvedimento in autotutela il ricorso proposto, e ciò a prescindere dalla diversa prospettazione motivazionale, non ponendosi la proposizione di un ricorso come ostativa all'adozione di atti di secondo grado le quante volte l'amministrazione ritenga di dover ripensare l'iter dei propri provvedimenti sulla scorta di legittimi e giustificati motivi; parimenti è corretto l'assunto relativo alla non necessità di rimozione previa del diniego implicito sull'autotutela originariamente opposto ex art. 243 bis del Codice degli appalti.

11. La questione centrale del ricorso risiede, come espone l'amministrazione nel suo articolato provvedimento, nella sussumibilità del contratto di che trattasi nell'ambito della concessione di un servizio pubblico a ragione dell'orientamento giurisprudenziale richiamato nella Memoria cui si dà riscontro: "al riguardo, si osserva che, in effetti, la concessione di impianti sportivi pubblici, volta alla loro gestione da parte di operatori privati, è stata ritenuta, dalla menzionata giurisprudenza, funzionale all'affidamento di un servizio pubblico.

Purtuttavia, tale orientamento si fonda sulla rilevata ricorrenza di taluni elementi alla stregua dei quali il servizio può connotarsi come pubblico : elementi che non appaiono ricorrenti nel caso di specie.

In tal senso, proprio con riferimento ad una fattispecie riguardante impianti sportivi comunali dedicati al tennis, la qualificabilità in termini di servizio pubblico dell'attività di conduzione del bene svolta dal privato è così motivata:

"...se anche è vero che l'oggetto principale del rapporto era costituito da un bene pubblico che era stato concesso alla Associazione per il godimento da parte dei suoi iscritti, è altrettanto vero che la sua destinazione prevalente era quella di consentire e promuovere l'esercizio di attività sportiva in favore della collettività locale; infatti, assumendo lettura della concessione-contratto... emerge che, seppur il Comune avesse consentito l'impiego dei campi da tennis in favore degli appartenenti all'Associazione, aveva anche imposto a quest'ultima tutta una serie di attività e di oneri che non possono lasciare dubbi di sorta circa la qualificazione del rapporto in termini di gestione di un pubblico servizio: infatti, accanto ad obblighi che possono definirsi tipici del rapporto concessorio avente ad oggetto un bene pubblico, quali, ad esempio, il ripristino del fondo dei campi da gioco, la loro manutenzione ordinaria, oltre alla cura delle aree pertinenziali e delle attrezzature, vi erano anche delle espresse prescrizioni atte a qualificare l'attività di gestione della ricorrente come servizio reso in favore della collettività locale; si fa riferimento all'obbligo di consentire a tutti di frequentare i campi da gioco, non solo garantendo ai non associati delle specifiche fasce orarie, ma anche assicurando a tutti la possibilità di fare ingresso nell'Associazione medesima, le cui quote di partecipazione, oltre alle tariffe orarie, dovevano essere concordate con il Comune; inoltre, va ricordato anche l'impegno che sussisteva in capo all'Associazione di istituire dei corsi collettivi in favore degli alunni delle Scuole Elementari e Medie, attività, quest'ultima da qualificarsi senz'altro come promozionale della diffusione della pratica sportiva nell'ambito della comunità locale.

In altri termini, pur se l'oggetto della concessione comprendeva senz'altro un bene di proprietà pubblica, il rapporto che vi accedeva integrava gli estremi di una vera e propria gestione di un servizio a fruizione collettiva - ossia quello di assicurare e promuovere la pratica sportiva in favore della popolazione locale - affidato alla concessionaria ed articolato o attraverso la previsione dell'obbligo di riservare alcune ore di gioco ai non associati o addirittura avvalendosi della stessa

organizzazione di quest'ultima, sempre sotto il diretto controllo del Comune..." (cfr. T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 13 maggio 2001, n. 938, in www.giustizia-amministrativa.it).

In senso analogo si esprime la sentenza del T.A.R. Lombardia n. 5021/2009 che, in conformità ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, ha precisato che "il servizio pubblico si caratterizza per essere assoggettato ad una disciplina settoriale, che assicura costantemente il conseguimento di fini sociali, i quali non si limitano a connotare sul versante teleologico tale genere di attività, ma costituiscono la ragione della sottoposizione della stessa ad un regime giuridico del tutto particolare, sicché, in definitiva, i fattori distintivi del pubblico servizio sono, da un lato, l'idoneità del servizio, sul piano finalistico, a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, dall'altro, la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a norme di continuità, regolarità, capacità e qualità, cui non potrebbe essere assoggettata una comune attività economica (cfr. Consiglio di stato, sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6574, Consiglio di stato, sez. IV, 29 novembre 2000, n. 6325; T.A.R. Lombardia Brescia, 27 giugno 2005, n. 673)".

E si è desunta una serie di elementi rilevanti a tale riguardo nelle circostanze che gli atti comunali (si trattava, in specie, della concessione d'uso di un impianto natatorio) sottoponevano l'attività "...ad un regime peculiare, caratterizzato, tra l'altro, dalla necessaria osservanza di livelli minimi di servizio, per quantità e qualità, dalla continuità e dalla regolarità del servizio", nonché "al rispetto di obblighi tariffari" ("...invero, dalla semplice lettura dello schema di convenzione ...risulta che il gestore è tenuto ad osservare precisi vincoli in ordine ai corsi di nuoto da attivare, predeterminati per fasce di età e tipologia di attività, assicurandone lo svolgimento secondo una tempistica prestabilita. Inoltre, il gestore nell'erogazione del servizio è tenuto a rispettare tariffe predeterminate dal Comune e di cui è prevista la modificabilità annuale solo in relazione all'andamento degli indici Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati, sempre previo consenso dell'amministrazione...").

La fattispecie esaminata non appare affatto caratterizzata in tali termini, l'Amministrazione non avendo imposto al concessionario del bene particolari condizioni in merito alla tipologia del servizio e dell'utenza, né avendo sottoposto il medesimo a puntuali vincoli tariffari, lasciando, invece, la precisa determinazione di tali aspetti alla libera scelta del futuro gestore, nell'ambito dell'attività imprenditoriale dallo stesso esercitata.

- Né soddisfano i requisiti richiesti dalla richiamata giurisprudenza le previsioni di cui al Foglio condizioni particolari allegato al bando di gara, essendosi l'Amministrazione Comunale limitata a disciplinare talune fattispecie direttamente correlate alla possibilità di utilizzo dell'impianto da parte di determinate categorie di utenti riservandosi, peraltro, l'utilizzo della struttura per due giorni per ogni anno di concessione per manifestazioni organizzate dalla medesima amministrazione.

Certamente la Civica Amministrazione non ha sottoposto l'attività di gestione ad un regime peculiare, indicando all'uopo livelli minimi di servizio, per quantità, qualità e tempistica, e tantomeno l'osservanza di predeterminati obblighi tariffari.

È significativo, peraltro, che tali specifiche circostanze, pur adeguatamente evidenziate e richiamate nella comunicazione di avvio del procedimento di annullamento, non siano state affrontate dal Circolo Tennis Veritas nella propria memoria.

Né simili elementi sono rinvenibili nel fatto che l'Amministrazione abbia chiesto al futuro concessionario di comunicare le attività programmate e relazionare in ordine a quelle svolte, sollecitando a coinvolgere la scuole di ogni ordine e grado : non si tratta, invero, di imposizione di

"vincoli" volti a caratterizzare e disciplinare l'attività quale servizio pubblico, quanto, al più, di prescrizioni finalizzate ad una corretta gestione dell'impianto pubblico.

Risulterebbe assai singolare che l'Amministrazione avesse deciso di affidare un "servizio pubblico" senza in alcun modo occuparsi delle relative attività, delle discipline di insegnamento, dei relativi orari, delle tariffe, etc. etc. : contenuti che sono stati, invece, lasciati alla libera determinazione del concessionario (del bene pubblico), secondo le logiche di mercato.

In tale quadro, appare del tutto irrilevante che il Circolo Tennis Veritas abbia deciso - come riferisce - di consentire l'accesso all'impianto a chiunque, anziché ai soci iscritti, trattandosi di una autonoma scelta imprenditoriale."(cfr. pag. 7 e segg. provv. imp.)

12. Ritiene il Collegio che anche tali espressioni motivazionali siano da condividere, con le precisazioni che seguono.

13. E' indubbio che la qualificazione del contratto discenda dal contenuto della prestazione richiesta, e che indifferentemente ci si possa trovare di fronte a un appalto o a una concessione a seconda che prevalgano gli elementi costitutivi dell'uno o dell'altra; ed è altrettanto indubbio, che, a prescindere dalla esatta disposizione normativa interna, il complesso degli arresti della giurisprudenza dell'Unione milita a favore di una interpretazione estensiva dell'istituto dell'avvalimento, consentendone l'applicabilità anche al di fuori del puntuale dato normativo.

Peraltro, proprio per tale ragione , la giurisprudenza ha richiesto rigorosa prova di quella disponibilità offerta dall'impresa ausiliaria, sia mediante la confezione di un contratto fra questa e l'impresa partecipante, sia attraverso la garanzia della persistenza delle condizioni offerte dall'ausiliaria, quanto a messa disposizione di maestranze, strutture e know how.

In altri termini è stato detto che l'istituto dell'avvalimento è ammissibile in presenza di due condizioni, la prima di carattere negativo che si sostanzia nell'indifferenza del tipo di legame che intercorre fra soggetto avvalso e soggetto avvalente, la seconda di carattere positivo che prevede che l'ausiliante dia prova del possesso effettivo dei mezzi e delle risorse prestati dall'ausiliario e dia prova che questi saranno nella sua disponibilità per tutto il tempo necessario all'esecuzione dell'appalto.

Quanto alla natura giuridica del contratto di avvalimento è noto come si sia parlato indifferentemente di assimilabilità all'istituto del noleggio, all'accollo esterno cumulativo, al contratto a favore di terzo o alla promessa del fatto del terzo; questa sezione nella decisione 6 novembre 2008, numero 3451, ha espressamente definito l'avvalimento come un contratto atipico assimilabile al mandato, mediante il quale l'impresa ausiliaria pone a disposizione di quella partecipante la propria azienda, intesa notoriamente quale complesso di beni organizzato per l'esercizio dell'attività di impresa; per tal modo la possibile riconducibilità del contratto allo schema generale del mandato rende, ex se, irrilevante, ai fini della validità del vincolo inter partes , l'avvenuta l'assunzione , da parte del mandante, dell'obbligo di corrispondere un compenso al mandatario per l'attività da lui svolta, risultando tale obbligo solo presunto, ai sensi dell'articolo 1709 del codice civile.

Ciò premesso, al fine di individuare i requisiti suscettibili di avvalimento si distingue tra requisiti oggettivi e soggettivi: i primi sono quelli inerenti alla capacità tecnico organizzativa, quali fatturato globale o specifico, know how, anzianità operativa dell'impresa; i secondi, vale a dire quelli di ordine generale elencati dall'articolo 38 del codice dei contratti, non sono invece suscettibili di avvalimento perché devono essere necessariamente posseduti singolarmente da ciascun

partecipante.

La giurisprudenza, per esempio, ascrive il requisito della certificazione di qualità alla categoria dei requisiti soggettivi di affidabilità, che in quanto tali devono essere posseduti da chi esegue effettivamente la prestazione.

13.1 E tuttavia in una significativa decisione il Tar Napoli ha affermato: " Il punto III.2.3. prevede espressamente che occorre un'esperienza (continuativa e non cumulabile con altre esperienze) nel settore oggetto di gara di almeno cinque anni, mentre il punto III.1.2. prescrive che i concorrenti devono essere operativi da almeno cinque anni in strutture analoghe e che in caso di raggruppamento è possibile sommare i requisiti di capacità tecnico – professionale ed economica, purché la mandataria ne possieda almeno il 70%.

Sebbene il punto III.2.3. nella rubrica si intitola "Capacità tecnica – tipo di prove richieste", al di là della qualifica nominale attribuita dalla lex specialis di gara, non può dubitarsi che l'esperienza pregressa nel settore appartenga alla condizione soggettiva di ciascun soggetto che partecipa alla gara. Pertanto nel caso in cui una norma del bando d'indizione di una gara di appalto prescriva tra i requisiti di ammissione la specifica esperienza nel settore oggetto dell'appalto, ed all'appalto partecipi un'associazione di imprese, la specifica esperienza deve essere posseduta da tutte le imprese associate e non solo da quella mandataria (vedi, in termini, Consiglio di Stato, sez. IV, 28 ottobre 1999 n. 1639).

Non a caso la Cooperativa La Serenità, al fine di integrare il possesso del requisito esperienziale, si è premurata di colmare tale lacuna (pacificamente risultante dagli atti) mediante l'istituto dell'avvalimento.

Pertanto, per valutare la legittimità dell'aggiudicazione in favore del raggruppamento controinteressato occorre verificare se i requisiti prestati dall'ausiliaria società Cooperativa Il Sorriso siano o meno computabili a beneficio della ausiliata.

L'istituto dell' avvalimento - di origine comunitaria - si delinea quale strumento in grado di consentire la massima partecipazione dei concorrenti alle gare pubbliche permettendo alle imprese non in possesso dei requisiti tecnici o economici, di sommare - unicamente per la gara in espletamento - le proprie capacità tecniche ed economico-finanziarie a quelle di altre imprese.

Il ricorso all'avvalimento, peraltro, non comporta il trasferimento definitivo dei requisiti dell'impresa ausiliaria, ma, al contrario, la loro cessione a favore dell'impresa ausiliata nei limiti della singola gara.

In caso di avvalimento, dunque, l'impresa ausiliata non potrà fruire dei requisiti fatti oggetto di prestito in altre future gare e ciò a conferma del carattere non permanente dell'istituto, il quale esplica i propri effetti singolarmente.

Il principio generale che permea l'istituto, quindi, è quello secondo cui ai fini della partecipazione alle procedure concorsuali il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, può fare riferimento alla capacità e ai mezzi di uno o più soggetti diversi, ai quali conta di ricorrere. Conseguentemente, deve sempre essere consentito ai partecipanti a procedure concorsuali - al fine di dimostrare il possesso dei requisiti tecnici, economici ed organizzativi di partecipazione - di fare riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli intercorrenti con questi ultimi.

Nel caso di specie, tuttavia il requisito oggetto di avvalimento consiste in una condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali. La centralità della messa a disposizione delle risorse all'interno del sinallagma tipizzante il contratto di avvalimento è peraltro ribadita dall'articolo 88 del Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti (d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010), che prescrive l'indicazione puntuale ed analitica delle risorse e dei mezzi prestati.

Pertanto, esclusa l'ipotesi dell'avvalimento operativo, di portata generale, la fattispecie in esame è da ricondurre al cosiddetto avvalimento di garanzia, figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto.

Tuttavia tale figura, che peraltro trova riscontri limitati nell'ordinamento, proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto può essere ontologicamente ammessa solo in relazione alla dimostrazione del possesso di idonei requisiti economici e finanziari, come nel caso del volume di affari o del fatturato. In questa (limitata) ipotesi l'avvalimento di garanzia dispiega una apprezzabile funzione, vale a dire assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale che goda di una (complessiva) solidità patrimoniale proporzionata ai rischi dell'inadempimento o inesatto adempimento della prestazione dedotta nel contratto di appalto.

Al di fuori di tale ipotesi la messa a disposizione di requisiti (soggettivi e) astratti, cioè svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, snatura e stravolge l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad un logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara.

La deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è strettamente collegata alla possibilità di avere a disposizione risorse o capacità economiche in favore dell'ausiliaria, da cui l'ausiliata è legata in virtù della dichiarazione di responsabilità resa dalla prima (ed eventualmente dalla stipulazione di un contratto), cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare."(Tar Campania, n.644/2011)

14. Alla luce della richiamata sentenza, dunque, l'avvalimento costituirebbe istituto recisamente da escludersi nel caso in cui al presente giudizio.

Ritiene invece il Collegio che fosse onere della concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegnava semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito, essendo dunque possibile il ricorso all'avvalimento della certificazione di qualità solo ove siano contestualmente prestati gli elementi oggettivi che sono il presupposto della certificazione stessa. Sarà la pubblica amministrazione che dovrà confrontare le concrete circostanze addotte in sede di avvalimento al fine di appurare se sia soddisfatto il requisito della effettiva messa a disposizione del concorrente per tutta la durata del contratto degli elementi oggettivamente connessi alla certificazione di qualità, e in caso di riscontro positivo potrà considerarsi legittimo il ricorso all'elemento della certificazione di qualità (confronta TAR Toscana, Sez.I, 13 giugno 2011, N.1024, e Parere AVCP N.115 del 7 Luglio 2011).

15. Avendo dunque riguardo al contenuto sostanziale del contratto, il Collegio ritiene che legittimamente l'amministrazione abbia proceduto all'annullamento in autotutela non sussistendo i presupposti per la qualificazione della gara come volta all'affidamento di una concessione di pubblico servizio.

Rilievo decisivo ha difatti, ed è esattamente puntualizzato nel provvedimento impugnato, la circostanza che "le tariffe di utilizzo dell'impianto sono stabilite dal concessionario secondo i parametri di mercato riferiti alla tipologia dell'impianto stesso", consistendo gli obblighi nei confronti dell'amministrazione esclusivamente in una comunicazione sull'attività programmata per l'anno successivo e una relazione sull'attività svolta e il bilancio economico consuntivo, posto che la richiesta previsione, nel proprio programma di promozione della pratica sportiva nel settore giovanile, del coinvolgimento delle scuole operanti sul territorio comunale mettendo a disposizione l'impianto per eventuali utilizzi con finalità didattiche non può valere da sola a configurare l'esercizio di una sorta di potere di controllo tale da orientare le libere scelte del concessionario, il quale ha un unico vincolo, oltre a quello di consentire visite e ispezioni da parte dei funzionari dell'amministrazione comunale, nonchè di impedire che sull'immobile si costituisca una servitù o situazioni di fatto comunque lesive alla piena e libera proprietà del Comune, consistente nella riserva di due giornate all'anno di utilizzazione dell'impianto delle parte dell'amministrazione senza alcun corrispettivo.

16. In conclusione, risultando non predicabile l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento alla concessione di uso di bene pubblico, e non possedendo l'aggiudicataria il richiesto requisito esperienziale, è legittimo il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione, con reiezione del ricorso proposto, e conseguente improcedibilità del ricorso incidentale, non potendosi accogliere neppure il rilievo della presunta irragionevolezza del termine entro il quale è stato instaurato il procedimento di autotutela, posto che, come esattamente rilevato dall'amministrazione, l'avvio di tale procedimento è intervenuto prima della stipulazione del contratto e, quindi, prima ancora dell'insorgenza, per le parti coinvolte, delle corrispondenti obbligazioni negoziali, a una distanza di tempo comunque ragionevole per effetto della interposizione del ricorso giurisdizionale, sicchè, "nel bilanciamento dei contrapposti interessi, così come correttamente contestualizzati,

l'Amministrazione, convintasi della circostanza che il Circolo Tennis Veritas non detenga i requisiti esperienziali che la lex concorsualis imponeva (e ciò in quanto le corrispondenti referenze sono state "spese" con riferimento alla Polisportiva Marzenego, indicata, a tal fine, come ditta ausiliaria) e che, pertanto, esso andava escluso dalla procedura selettiva, è giunta alla conclusione che sia conforme all'interesse pubblico - perseguito dal Civico Ente - a che l'impianto sportivo in oggetto sia gestito da soggetti in possesso delle prescritte referenze"(cfr. pag.9 provv.imp.)

17. Attesa la particolare complessità della questione è consentito disporre integrale compensazione delle spese fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, riunitili: dichiara il ricorso n. 712/2011 improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse; respinge il ricorso n.1691/2011, dichiarando improcedibile, per l'effetto, il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF

Riccardo Savoia, Consigliere, Estensore

Alessandra Farina, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA l 08/03/2012