

## La concessione di gestione tra norme (procedurali) di gara e clausole (sostanziali) limitative dell'uso del bene

di Paolo Michiara

Data di pubblicazione: 26-10-2016

1. L'art. 30 D.Lgs. n. 50/2016, nel richiamare i principi di massima partecipazione, libera concorrenza e non discriminazione, riguarda la fase di gara. Tale articolo non inerisce invece al regime di utilizzazione dei beni oggetto di concessione.

2. Legittimamente nel bando la stazione appaltante può limitare l'utilizzo di un bene dato in concessione allorché tale limitazione sia volta a salvaguardare il bene stesso e non sia assunta in violazione della normativa vigente (nello specifico, trattandosi di impianto sportivo, dell'art. 90 legge n. 289/2002 avente ad oggetto disposizioni per l'attività sportiva dilettantistica).

3. Rappresentano criteri obiettivi in ragione dei quali derogare alla garanzia operante in materia di uso degli impianti sportivi ex art. 90 legge n. 289/2002: - l'esistenza di altri impianti sportivi nel territorio; - l'esigenza di non compromettere l'integrità dell'impianto.

### Guida alla lettura

Nel caso di specie il ricorrente, risultato poi aggiudicatario, ha impugnato l'avviso pubblico per la concessione in gestione e l'uso di uno stadio nella misura in cui lo stesso escludeva la possibilità, per l'affidatario, di utilizzare l'impianto per determinati sport (ad esempio il rugby).

La sentenza in esame, innanzitutto, delinea il campo di applicazione dell'art. 30 D.Lgs. 50/2016, intitolato "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni" e il cui comma 1 dispone, tra l'altro, che "L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice."

In particolare il Giudice - di fronte ad un concorrente che si è lamentato della limitazione nell'utilizzo del bene oggetto di concessione, invocando a supporto della contestazione i

principi di massima e libera concorrenza, massima partecipazione e disparità di trattamento – ha rilevato come la norma invocata abbia riguardo alla fase di partecipazione alla gara pubblica e alla possibilità per gli operatori economici di parteciparvi. Secondo il Giudice, quindi, il campo di applicazione della norma in questione sarebbe estraneo al regime di utilizzazione dei beni dati in concessione.

Il T.A.R. Emilia Romagna di Parma ha quindi ritenuto legittime le limitazioni nell'utilizzo del bene oggetto di concessione (impianto riservato alle sole gare del campionato femminile di calcio di serie B e quindi esclusione del gioco del rugby e del football) in ragione delle motivazioni (considerate adeguate dal Giudice) fornite dalla stazione appaltante. Motivazioni riconducibili alla salvaguardia dell'impianto (in ragione del rifacimento del manto di gioco in erba naturale).

Per la stessa ragione, e anche in considerazione dell'esistenza di un altro stadio riservato al gioco del rugby, il T.A.R. ha quindi affermato che, nel caso di specie, non è stata neppure violata la normativa di cui all'art. 90 legge n. 289/2002 nella parte in cui prevede che "l'uso degli impianti sportivi in esercizio da parte degli enti locali territoriali è aperto a tutti i cittadini e deve essere garantito, sulla base di criteri obiettivi, a tutte le società e associazioni sportive".

Il caso è interessante in quanto riguarda le doglianze e le riserve, circa il contenuto del disciplinare e quindi da presentare prudenzialmente in corso di gara, riguardanti le disposizioni inerenti alla successiva ed eventuale fase esecutiva del rapporto.

Che cosa può fare, se non impugnare il bando, il concorrente interessato ad una determinata selezione nel momento in cui sia in "disaccordo" con alcune clausole del disciplinare?

Ha senso essere costretti a impugnare subito, al momento della partecipazione, una clausola di bando nel momento in cui non si sia sicuri della lesività della stessa?

La sentenza non affronta, se non incidentalmente, il problema in questione posto che rigetta nel merito il ricorso stesso.

## **Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna**

### **sezione staccata di Parma (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 193 del 2016, proposto dalla Rugby Reggio Associazione Sportiva Dilettantistica, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell'Ati con City Medial Two di Roberto Meglioli & C. sas, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Ferri e Viviana Giangualiano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabrizio Ferri in Parma, via F. Petrarca 8;

**contro**

Fondazione per lo Sport del Comune di Reggio Emilia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Simone Uliana, con domicilio eletto presso il suo studio in Parma, viale Mentana 92;

**per l'annullamento****previa sospensione dell'efficacia**

dell'avviso pubblico per la concessione in gestione ed uso dello Stadio Mirabello di Via Matteotti a Reggio Emilia, del 23/05/2013, nella parte in cui stabilisce che l'uso del campo sportivo dell'impianto "Mirabello" di via Matteotti è limitato alle sole attività sportive e tra queste alla pratica del calcio, con esclusione anche occasionale del gioco del rugby o del football americano e di manifestazioni o eventi extrasportivi (art. 4 — IV) e che per la stagione sportiva 2016 — 17 l'utilizzo del terreno di gioco verrà limitato fino alla fine del mese di aprile 2017 allo svolgimento delle sole gare del "Campionato di calcio femminile di serie B", di altre eventuali squadre femminili cittadine che vi vogliano disputare il proprio campionato, oltre ad una gara settimanale dei campionati minori di Reggiana 1919 (alternativamente Torneo Berretti o allievi) e da calendarizzare in settimane alternate rispetto a quelle della Reggiana femminile (art. 4 — V), nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi e, in particolare, ove occorrer possa, del verbale del Consiglio di Gestione della Fondazione per lo Sport del Comune di Reggio Emilia del 01/04/2016;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Fondazione per lo Sport del Comune di Reggio Emilia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 settembre 2016 il cons. Anna Maria Verlengia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con ricorso, notificato alla Fondazione per lo Sport del Comune di Reggio Emilia il 24 giugno 2016 e depositato il successivo 6 luglio, la Rugby Reggio Associazione Sportiva Dilettantistica (d'ora in poi Rugby Reggio), impegnata nella diffusione, promozione e organizzazione del gioco del rugby, impugna l'avviso pubblico con il quale la Fondazione per lo Sport del Comune di Reggio Emilia ha indetto una gara per la concessione in gestione e uso dello Stadio Mirabello di Via Matteotti a Reggio Emilia, per la durata di anni 1, da aggiudicare con il metodo del maggior rialzo percentuale sul canone base annuo.

La ricorrente ha partecipato alla procedura di aggiudicazione in ATI con la City Medial Two di Roberto Meglioli & C. s.a.s. ed è risultata aggiudicataria con un rialzo percentuale del 104% sul prezzo a base d'asta.

La Rugby Reggio ha, tuttavia, interesse a ricorrere avverso la lex specialis di gara nella parte in cui la stessa limita l'utilizzo dell'impianto, escludendo il gioco del rugby e del football americano e riservando al gioco del calcio femminile lo stadio per la maggior parte del tempo e gratuitamente.

Con il gravame in trattazione articola il seguente motivo di doglianza:

- violazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016; violazione dei principi di cui alla Carta Europea dello Sport; violazione dei principi fondamentali in materia di ordinamento sportivo di cui all'art. 90, comma XXIV, della L. n. 27/12/2002; violazione del principio di massima e libera concorrenza; violazione del principio di massima partecipazione; irragionevole restrizione e manifesta illogicità delle clausole del bando concernenti i requisiti di utilizzo del bene oggetto di concessione; violazione e falsa applicazione dei principi disciplinanti le pubbliche gare; violazione del divieto di disparità di trattamento; violazione dell'art. 3 della Costituzione; illogicità manifesta; carenza di motivazione; contraddittorietà manifesta; sviamento di potere. Le clausole del bando che limitano l'utilizzo dell'impianto sportivo apparirebbero, ad avviso della ricorrente, irragionevoli ed ingiustificate, laddove riservano al calcio femminile l'utilizzo del campo fino alla fine di aprile 2017 prevedendone, altresì, l'uso gratuito, in violazione dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità che regolano le procedure di evidenza pubblica di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016 e dei principi fondamentali in materia di ordinamento sportivo sia di livello comunitario (Carta Europea dello Sport) che di livello nazionale, come contenuti nell'art. 90, comma 24, della legge 289/2002, ove prescrive che l'utilizzo degli impianti sportivi deve essere aperto e garantito a tutti i cittadini, a tutte le società ed associazioni sportive, senza discriminazione alcuna o preferenza di trattamento se non in virtù di criteri obiettivi e motivati che, secondo la ricorrente, non si ravviserebbero nel caso di specie. L'avviso impugnato sarebbe poi affetto da contraddittorietà rispetto al disciplinare nella parte in cui quest'ultimo prevede che la concessione avvenga al fine di consentire all'aggiudicatario di svolgervi la propria attività sportiva, garantendo l'uso equo e diffuso anche a terzi. Analoga contraddizione è riscontrata dalla Rugby Reggio anche nel gravato

verbale del Consiglio di Gestione della Fondazione per lo Sport di Reggio Emilia del 1° aprile 2016 ove il suddetto Consiglio delibera l'esclusione anche occasionale del gioco del rugby o del foot-ball americano.

Con atto di rito depositato il 5 agosto 2016 si è costituita la resistente Fondazione per lo Sport del Comune di Reggio Emilia, la quale, con successiva memoria del 27 agosto 2016, oltre a resistere nel merito, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per violazione della regola processuale che vieta l'abuso del diritto; per acquiescenza alle disposizioni del bando impugnate, intervenuta con la firma del verbale di consegna; per carenza di interesse sotto vari profili, nonché la improcedibilità per mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva.

A seguito della Camera di Consiglio del 30 agosto 2016, sentiti i difensori presenti, il Tribunale ha respinto, con ordinanza n. 126/2016, la richiesta misura cautelare.

Successivamente le parti costituite hanno prodotto documenti e il 10/9/2016 la ricorrente ha depositato memoria alla quale la resistente ha replicato in data 17/9/2016.

Alla pubblica udienza del 28/9/2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Il ricorso è infondato e ciò esime il Collegio dallo scrutinio delle eccezioni di inammissibilità ed improcedibilità proposte dalla resistente.

Con un unico articolato motivo di doglianza la ricorrente, aggiudicataria della gara per la concessione in gestione e uso dello Stadio Mirabello, impugna la parte del bando che limita l'uso dello stadio escludendo il gioco anche occasionale del rugby e del foot-ball americano e riservandone l'uso gratuito alle squadre di calcio femminili fino alla fine del mese di aprile.

La richiamata previsione della lex di gara, di cui ai punti IV e V del paragrafo 4 dell'avviso, riproduce quanto deciso dal Consiglio di Gestione della Fondazione in data 1° aprile 2014 con la deliberazione n. 10 anch'essa impugnata in parte qua.

La ricorrente denuncia le disposizioni dell'avviso di gara sopra richiamate, lamentando, nella sostanza, sia la lesione del proprio interesse di ente promotore del gioco del rugby, nella parte in cui il regime di utilizzazione esclude il gioco del rugby nello stadio Mirabello, che un vulnus all'interesse economico proprio del concessionario, derivante dalla obbligata destinazione dell'impianto allo svolgimento delle partite del campionato femminile gratuitamente.

Con riguardo alla doglianza sotto il primo dei richiamati profili, ad avviso della ricorrente, l'esclusione dell'utilizzazione dell'impianto per il gioco del rugby violerebbe l'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016, di "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", ovvero i principi di massima partecipazione e libera concorrenza e

non discriminazione.

La censura è infondata.

La norma di cui all'art. 30 d.lgs. 50/2016 citato ha riguardo alla posizione dei concorrenti in una gara di evidenza pubblica e nel disporre che "nell'affidamento degli appalti e delle concessioni devono essere rispettati i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità", vuole assicurare la possibilità degli operatori economici interessati di partecipare alle gare, profilo che nel caso di specie non è in contestazione, atteso che ad essere oggetto della impugnativa non è la modalità di selezione, né profili del bando che possano avere leso la possibilità della concorrente di assicurarsi l'aggiudicazione, ma profili che attengono al regime di utilizzazione del bene oggetto della concessione.

La lesione dedotta, infatti, non riguarda la partecipazione alla gara, confermata dall'aggiudicazione della stessa proprio ad una Associazione che promuove il gioco del rugby, ma un limite all'utilizzo del bene dato in concessione che pregiudica l'interesse della Rugby Reggio come fruitrice dell'impianto. Il campo di applicazione della norma invocata è, pertanto, estraneo al profilo di doglianza qui trattato.

Limitatamente alla scarsa redditività della concessione, derivante dall'uso gratuito riservato al calcio femminile per buona parte del periodo di affidamento in concessione, neanche sotto questo aspetto la norma di cui all'art. 30 d.lgs. 50/2016 risulta violata, non emergendo in quale modo tale il regime tariffario imposto si traduca in un vulnus dei principi di partecipazione alla gara.

Va, peraltro, evidenziato che l'amministrazione aggiudicatrice ha affermato, con argomentazioni non smentite e riscontrate dalla documentazione versata in atti, di avere tenuto conto della assenza di redditività della struttura nel periodo riservato agli incontri calcistici delle squadre femminili, consentendo l'organizzazione di eventi diversi ad alta redditività, quali manifestazioni artistiche e musicali da tenersi a partire dal 25 giugno, e fissando la base d'asta sulla scorta delle specificazioni d'uso dell'impianto, stabilendo una cifra relativamente modesta (2,500,00 euro), proprio in considerazione dei limiti posti all'utilizzo della struttura.

Per un quadro più completo occorre poi richiamare il contenuto della delibera del 1° aprile 2016 con la quale il Consiglio di Gestione della Fondazione ha disposto, contestualmente alla limitazione dell'utilizzo del campo nella prossima stagione sportiva 2016/2017, l'autorizzazione all'esperimento di gara per il rifacimento del manto di gioco in erba naturale, "inibendo l'uso dell'impianto a chiunque, fino ad adeguato radicamento dell'erba medesima" e limitando "fino alla fine del mese di aprile 2017 l'utilizzo del terreno di gioco allo svolgimento delle sole gare del Campionato di calcio femminile di serie B", consentendo "solo compatibilmente con le condizioni del terreno di gioco nel corso della primavera 2017, a partire dalla seconda metà di aprile, lo svolgimento delle gare relative ai tornei cittadini, da definirsi da parte del Direttore di concerto con la Presidenza e dietro pagamento delle relative tariffe al concessionario".

Tale articolato, peraltro conosciuto dalla ricorrente che lo ha impugnato insieme con l'avviso di

selezione, mette sufficientemente in evidenza il rapporto sussistente tra impiego del campo da gioco e l'esigenza di completo e consolidato ripristino del manto erboso dell'impianto e tale legame, tra le condizioni tecniche dell'impianto e le attività sportive consentite, è ulteriormente confermato dalla relazione del perito agrario della ditta incaricata di eseguire i lavori di manutenzione straordinaria del manto erboso dello stadio di cui si tratta (v. all. 35 della Fondazione).

Per consentire l'insediamento e l'affrancamento delle giovani plantule, il tecnico consiglia fino a primavera un uso del campo "non troppo intenso, in termini di frequenza ed intensità di gioco".

Ciò premesso, non appare contestabile che non tutte le attività hanno lo stesso impatto sul manto erboso e che, certamente, l'utilizzo del campo per il gioco del rugby, in questa fase di consolidamento del manto in erba naturale, potrebbe pregiudicare opere di intervento straordinario che hanno comportato costi la cui proficuità, legittimamente, la Fondazione, nella sua qualità di amministratore e gestore dei beni in discorso, intende salvaguardare con una disciplina dell'utilizzo del campo da gioco compatibile con il mantenimento della integrità del manto erboso di recente insediamento.

A ciò si aggiunga che dal 2008 le squadre di rugby dispongono di un altro stadio in Reggio Emilia, concesso in uso esclusivo alla "Rugby Reggio A.S.D.", e realizzato in erba sintetica, certamente più resistente alle sollecitazioni che l'attività sportiva in oggetto produce.

Ciò precisato anche le ulteriori censure con le quali si deduce la violazione dei principi di cui alla Carta Europea dello Sport e dei principi fondamentali in materia di ordinamento sportivo di cui all'art. 90, comma XXIV, della L. n. 27/12/2002 devono respingersi.

Le gravate clausole dell'avviso di gara non integrano violazione della previsione di cui al comma 24 dell'art. 90 della legge 289/2002 (contenente disposizioni per l'attività sportiva dilettantistica) - ove prevede che "l'uso degli impianti sportivi in esercizio da parte degli enti locali territoriali è aperto a tutti i cittadini e deve essere garantito, sulla base di criteri obiettivi, a tutte le società e associazioni sportive" - in quanto, l'aver escluso, per il periodo in questione (stagione 2016/2017), l'uso dello stadio Mirabello per il gioco del rugby, sussistendo ragioni sufficienti ad integrare quei criteri oggettivi sulla cui base, consente, in base alla richiamata disposizione, di derogare alla garanzia operante in materia di uso degli impianti sportivi.

Il primo di tali criteri è costituito dalla esistenza di altro stadio riservato alle partite di rugby ed il secondo è fornito dalle caratteristiche (manto in erba naturale da poco ripristinato) dell'impianto sportivo di cui si discute ed alla conseguente esigenza di non comprometterne l'integrità, salvaguardando, altresì, l'investimento finanziario assunto per la sua installazione.

Non appaiono, pertanto, a fortiori, affette da illogicità le disposizioni del bando e la conforme delibera del Consiglio di Gestione della Fondazione che hanno disciplinato l'uso del campo sportivo escludendo per la stagione 2016/2017 il gioco del rugby, al fine di salvaguardare l'investimento disposto per il completo ripristino del manto erboso dello stadio, tenuto conto che le squadre di rugby hanno a disposizione altra struttura idonea allo scopo.

Né può rilevare, trattandosi di considerazioni recessive, la migliore accoglienza dello stadio Mirabello, una volta che sia comunque assicurata una struttura agibile e idonea al gioco del rugby (in erba sintetica) e che la preclusione risulta fondata su di una ponderata valutazione dei contrapposti interessi che vedono in campo le associazioni calcistiche femminili (peraltro non intimate in giudizio, benchè controinteressate con riguardo alla posizione giuridica fatta valere dalla ricorrente, come sopra osservato, in qualità di fruitrice del campo) e quelle maschili, ove ammesse all'utilizzo del campo, nonché, soprattutto, nell'esigenza di impedire un uso del campo che possa compromettere la sua integrità all'indomani di un esborso economico reso necessario da lavori di ripristino del manto erboso.

Per quanto sopra osservato va altresì respinta anche la censura di difetto di motivazione.

Lo stretto rapporto tra i disposti lavori di manutenzione straordinaria del terreno di gioco e la disciplina dell'uso specifico dello stesso è messo ben in evidenza nella delibera dell'aprile 2016 impugnata dalla ricorrente.

Né il bando avrebbe dovuto riportare considerazioni che attengono alla fase precedente a quella di indizione della gara e che la ricorrente impugna, non nella sua qualità di concorrente aspirante aggiudicataria della gara, bensì in quella di associazione sportiva, ovvero di possibile fruitrice del bene dato in concessione (utente finale).

Per quanto sopra esposto il ricorso va respinto, poiché infondato.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza ai sensi dell'art. 91 c.p.c. e sono liquidate in euro 2.000,00 a favore della Fondazione, oltre accessori di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna sezione staccata di Parma (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00) oltre accessori di legge a favore della resistente.

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

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 28 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Anna Maria Verlengia, Consigliere, Estensore

Marco Poppi, Consigliere

