

Commenti

LA GESTIONE DEGLI IMPIANTI SPORTIVI TRA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA E IL COINVOLGIMENTO DEGLI ENTI SPORTIVI DILETTANTISTICI

Commento alla sentenza del Tar Veneto, sez. I, 27 aprile 2021, n. 542.

Alceste Santuari

Professore Associato di Diritto dell'Economia

Abstract

L'affidamento alle ASD degli impianti sportivi è un aspetto strategico per lo sviluppo dello sport nell'ottica di pubblica utilità. Il commento analizza un caso concreto in cui la giurisprudenza amministrativa si è espressa sui margini di discrezionalità della P.A. nella decisione dei criteri e della procedura da scegliere per l'affidamento

Keywords: Affidamento, Impianti, ASD

Sommario: 1. Introduzione – 2. La deliberazione del comune: l'affidamento della gestione del palazzetto dello sport - 3. La partecipazione di associazioni e società sportive dilettantistiche - 4. Le ragioni del ricorso - 5. La decisione dei giudici amministrativi veneti - 6. Alcune considerazioni finali.

1. Introduzione

Gli enti locali, proprietari degli impianti sportivi, possono decidere di affidarne la gestione, alternativamente, ad enti strumentali dei comuni (aziende speciali e società partecipate) ovvero a soggetti giuridici terzi attraverso procedure di gara.

In quest'ultimo caso, spesso gli enti sportivi dilettantistici sono chiamati in causa per presentare loro proposte progettuali e di intervento per gestire gli impianti di proprietà comunale.

Anche nel caso che di seguito si commenta, un ente locale ha inteso affidare la gestione di un proprio impianto sportivo ad un'associazione sportiva dilettantistica, ricorrendo alle procedure semplificate previste dal d. lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici).

Contro la decisione del comune ha presentato ricorso un'altra organizzazione sportiva dilettantistica, che ha lamentato la presunta non correttezza della procedura seguita dall'amministrazione precedente.

La sentenza de qua contempla taluni profili di indubbio interesse per l'azione e il ruolo delle associazioni e società sportive dilettantistiche nella gestione degli impianti sportivi. Il commento che segue ne intende individuare in particolare tre: il primo attiene alla discrezionalità che caratterizza le decisioni

della pubblica amministrazione nella definizione della procedura ritenuta più adeguata per realizzare un determinato scopo di pubblica utilità. Il secondo profilo riguarda la qualificazione giuridica di “operatore economico” quale applicabile anche alle associazioni non profit. Il terzo ed ultimo profilo inerisce alla capacità di intervento degli enti sportivi dilettantistici, chiamati a collaborare tra loro per il perseguimento delle loro finalità statutarie.

2. La deliberazione del comune: l'affidamento della gestione del palazzetto dello sport

Con propria determinazione un comune deliberava di procedere all'affidamento diretto, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, del servizio di gestione del palazzetto dello sport, di sua proprietà, per un quinquennio.¹

In attuazione della determinazione in oggetto, sul profilo committente veniva pubblicato l'“Avviso di indagine di mercato telematica finalizzato alla valutazione di offerte per l'affidamento diretto del servizio di gestione del Palazzetto comunale dello sport”.

L'avviso stabiliva che l'individuazione dell'aggiudicatario dell'affidamento sarebbe avvenuta “ai sensi del combinato disposto dell'art. 95 e dell'art. 36, comma 2 lett. b) e comma 9 bis, del D. Lgs. 50/2016 nonché del Regolamento comunale sull'affidamento in gestione a terzi di impianti sportivi, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione” in base ai seguenti elementi, in relazione alle caratteristiche dell'impianto oggetto di affidamento e alle attività sportive praticabili nello stesso” e segnatamente “in ordine di importanza”: a) esperienza ed affidabilità, sotto i seguenti profili:

- pregressa esperienza nella gestione di attività sportive affini a quelle praticabili nell'impianto (attinenza degli impianti gestiti con quello oggetto della presente procedura, in relazione alle attività esercitate - n. anni di pregressa esperienza di gestione di impianti; numero medio di tesserati nel triennio antecedente la data di presentazione dell'offerta);

- radicamento nel territorio (con specifico riferimento alle attività sportive praticabili nell'impianto, numero medio di tesserati, divisi per fasce di età, residenti nel comune, nel triennio antecedente la data di presentazione dell'offerta);

- qualificazione degli istruttori e allenatori in relazione alle attività sportive praticabili nell'impianto (titoli, curricula);

- diversificazione delle attività precedentemente svolte per fasce d'età (esordienti, ragazzi, ecc..), tipo di attività agonistiche svolte; eventuale organizzazione di attività a favore di anziani e persone con disabilità, sempre con specifico riferimento alle attività praticabili nell'impianto”;

b) progetto di gestione complessiva dell'impianto coerente con lo schema di Convenzione, con riferimento a:

¹ Già ai sensi dell'art. 90, comma 25, della legge 289/2002, qualora l'Ente pubblico non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche ed enti di promozione sportiva, sulla base di convenzioni che ne stabiliscono i criteri d'uso e previa determinazione di criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari.

- gestione delle attività sportive (attività da praticare e loro valenza sociale, promozionale, agonistica; potenziale bacino d'utenza; promozione di attività sportive poco diffuse e simili);

completezza e qualificazione dello staff tecnico (costituito dall'insieme degli istruttori, degli allenatori e degli addetti alla gestione degli impianti) rispetto alle attività sportive proposte e alla loro suddivisione per fascia di età;

- gestione operativa dell'impianto (utilizzazione: orari, frequenze, stagionalità, organizzazione del personale utilizzato per la gestione dell'impianto, ecc.);

- eventuali attività collaterali: sportive, agonistiche, amatoriali, ricreative che verranno svolte all'interno dell'impianto, aventi la finalità di identificare l'impianto stesso come luogo di aggregazione ed integrazione per il territorio di riferimento dell'impianto;

- organizzazione di attività a favore di giovani, di diversamente abili, di anziani e di soggetti svantaggiati;

- eventuali iniziative promozionali”;

c) eventuali interventi migliorativi con riguardo alla qualità e alla rilevanza economica: interventi finalizzati a conservare ed accrescere l'efficienza e la funzionalità dell'impianto e/o a migliorare le prestazioni sportive degli impianti e/o a fornire attrezzature tecniche aggiuntive rispetto a quelle presenti nell'impianto, che il concorrente si impegna a realizzare a propria cura e spese”.

3. La partecipazione di associazioni e società sportive dilettantistiche

In base all'avviso, gli operatori economici interessati dovevano presentare direttamente l'offerta costituita dall'insieme dei seguenti documenti sottoscritti: i) una relazione descrittiva che evidenzi l'esperienza ed affidabilità; ii) una relazione descrittiva illustrante l'idea progettuale complessiva di gestione del servizio, coerente con quanto previsto dallo schema di convenzione; iii) una eventuale proposta di uno o più interventi migliorativi, comprensiva di una relazione tecnica e di una quantificazione economica dei costi per ciascun intervento; v) cauzione provvisoria; vi) attestazione avvenuto sopralluogo e vii) la sottoscrizione dello schema di convenzione.

A seguito di apposita valutazione delle offerte pervenute, l'offerta migliore risultava essere quella di un raggruppamento temporaneo di impresa tra due associazioni sportive dilettantistiche.²

4. Le ragioni del ricorso

La società sportiva dilettantistica (srl unipersonale), classificatasi al secondo posto nella graduatoria, ha presentato ricorso, evidenziando, tra gli altri, i seguenti profili di censura riscontrabili a suo giudizio sia nell'avviso originario sia nella procedura seguita:

² Il raggruppamento di imprese identifica una figura contrattuale attraverso la quale due o più soggetti giuridici si uniscono per cooperare alla realizzazione di un progetto specifico che può essere la partecipazione ad una gara d'appalto per la quale le singole imprese non possiedono, individualmente, tutte le competenze operative e le caratteristiche o categorie richieste nel bando.

- a) l'Avviso pubblico non avrebbe indicato la predeterminazione della ponderazione relativa attribuita ai criteri di valutazione delle offerte, mancanza che avrebbe impedito ai concorrenti di conoscere in anticipo i punteggi e sub punteggi;
- b) la valutazione delle offerte non avrebbe dovuto essere affidata al RUP, bensì ad un'apposita commissione e ciò in forza dell'art. 77, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016, che stabilisce il principio della separazione tra chi predispose il regolamento di gara e chi è chiamato a concretamente applicarlo, a garanzia della trasparenza della procedura e della terzietà dell'organo che valuta le offerte;
- c) il RUP avrebbe valutato in modo irragionevole gli elementi caratterizzanti le offerte.

5. La decisione dei giudici amministrativi veneti

In primo luogo, il Tar ha contestato la ricostruzione di parte ricorrente circa la qualificazione giuridica da attribuire alla procedura seguita dal comune che non può essere ricondotta nella fattispecie delle procedure aperte. Al contrario, il Comune ha qualificato la fattispecie come affidamento di servizio sociale, privo di rilevanza economica,³ di valore inferiore alla soglia di € 750.000,00 prevista dall'art. 35 del d.lgs. n. 50 del 2016 per tale tipologia di rapporti, e ha quindi applicato l'art. 36, comma 2, lett. b), del Codice dei contratti pubblici.

L'articolo in argomento nel testo modificato dal cd. "Decreto Sblocca cantieri", in vigore sino al 17 luglio 2020 (data di entrata in vigore del d.l. n. 76 del 2020 c.d. "Decreto Semplificazioni"), stabiliva che "le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: ...omissis ... b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti".

A riguardo dell'affidamento diretto, i giudici amministrativi hanno ribadito che "anche qualora preceduto dall'acquisizione di preventivi, è una modalità di affidamento autonoma, distinta sia dalla procedura negoziata sia dalle procedure ordinarie, ed è caratterizzata dalla informalità." Da ciò discende che la procedura non è sottoposta alle singole disposizioni del Codice, ma deve in ogni caso garantire il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42 del Codice, nonché del principio di rotazione e che le singole disposizioni del Codice devono ritenersi applicabili solo se espressive di principi generali o se espressamente richiamate negli atti di gara in ragione di un autovincolo della stazione appaltante.

6. Alcune considerazioni finali

³ In argomento, si vedano R. Randazzo, P. Pellini, I servizi di interesse non economico generale "rispettano" la concorrenza?, in *Enti non Profit*, n. 10/2010, pp. 31 ss.; F. Midiri I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea, in *www.federalismi.it*, 22 marzo 2017; H. Bonura La qualificazione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, in *Giornale di diritto amministrativo* 5/2010, pp. 514 ss.

I fatti in causa permettono di svolgere qualche riflessione conclusiva in ordine ad almeno due profili. Il primo riguarda la qualificazione giuridica delle associazioni sportive dilettantistiche ai fini della loro partecipazione ad una procedura di selezione competitiva. Il secondo profilo riguarda la scelta della pubblica amministrazione di ricorrere alla gara per l'affidamento del servizio di gestione del palazzetto comunale.

Per quanto attiene al primo profilo, viene considerata la nozione di "operatore economico", conditio sine qua non affinché un soggetto giuridico possa prendere parte alle procedure ad evidenza pubblica.⁴ Quello che definisce la nozione in parola è l'oggetto dell'attività dell'operatore economico, che deve consistere nell'offerta di una prestazione di servizi che il mercato è disposto ad accogliere.

In quest'ottica, la definizione contenuta nel Codice dei contratti pubblici testé richiamata si colloca nell'alveo dell'interpretazione svolta a livello eurounitario dalla Corte di giustizia⁵ e in quello di talune pronunce dei giudici amministrativi nazionali.⁶ Dagli arresti giurisprudenziali si desume che alle associazioni non profit, ancorché caratterizzate dal perseguimento di uno scopo non lucrativo, non è fatto divieto di svolgere una o più attività di natura economica, funzionale alla realizzazione di quello scopo.⁷

In questa prospettiva, in ordine al secondo profilo sopra richiamato, si comprende la ragione per la quale la pubblica amministrazione procedente ha potuto invitare le associazioni e le società sportive dilettantistiche a partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica. Trattasi della gestione di un servizio, quale quella di un impianto sportivo che, ancorché qualificato alla stregua di servizio sociale, impone alla pubblica amministrazione di individuare il/i soggetto/i ritenuti più adeguati per la gestione medesima.⁸ Confermando che nessuna disposizione obbliga i comuni ad affidare all'esterno la gestione degli impianti sportivi, qualora questa sia la decisione dell'amministrazione civica, su quest'ultima grava la responsabilità di assicurare il confronto concorrenziale nella scelta del gestore dell'impianto sportivo e, quindi, di fissare regole non discriminatorie per il relativo affidamento.

La sentenza *de qua* evidenzia che la pubblica amministrazione dispone di un margine flessibile di discrezionalità nella scelta sia della procedura sia dei requisiti di partecipazione.

⁴ Ai sensi e per gli effetti dell'art. 3, comma 1, lett. p), d. lgs. n. 50/2016, si identifica un "operatore economico" una "persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi".

⁵ Si veda Corte di giustizia europea, III sezione, sentenza del 29 novembre 2007 (Causa C-119/06), considerata il leading case in materia e, da ultimo, la sentenza 11 giugno 2020, C-219/19.

⁶ Sul punto, si vedano Consiglio di Stato, 26 agosto 2010, n. 5926; Tar Campania, Napoli, sez. V, n. 01184/2015; Consiglio di Stato, 27 luglio 2015, n. 3685; Consiglio di Stato, sez. III, 15 gennaio 2016, n. 116.

⁷ Possibilità riconosciuta da ultimo dal d. lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore).

⁸ In argomento, si veda Consiglio di Stato, sez. V, 27 settembre 2011, n. 5379. In altra occasione, i medesimi giudici di Palazzo Spada (sez. V, 27 agosto 2009, n. 5097) hanno ribadito che, ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale sotto il profilo della rilevanza economica, non importa la valutazione fornita dall'amministrazione, ma occorre accertare in concreto se l'attività da svolgere reca o meno il connotato della "redditività", anche solo in via potenziale.

Sul punto, si veda anche ANAC, Delibera n. 1300 del 14 dicembre 2016, nella quale è possibile leggere quanto segue: "La gestione di impianti sportivi con rilevanza economica, qualificabile quale "concessione di servizi" ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. vv) del Codice, deve essere affidata nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 164 e seguenti del Codice stesso, con applicazione delle parti I e II del Codice stesso (per quanto compatibili). La gestione degli impianti sportivi privi di rilevanza economica, sottratta alla disciplina delle concessioni di servizi (art. 164, comma 3), deve essere ricondotta nella categoria degli "appalti di servizi", da aggiudicare secondo le specifiche previsioni dettate dal Codice per gli appalti di servizi sociali di cui al Titolo VI, sez. IV."

