

La gestione degli impianti natatori comunali tra outsourcing ed in house providing. Nota a Consiglio di Stato, sentenza n. 5097 del 2009

di MEO DANIELA

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La decisione; 3. La giurisprudenza comunitaria e nazionale; 4. La riforma dei servizi pubblici locali; 5. Conclusioni.

1. Premessa.

La gestione degli impianti sportivi a livello locale, attraverso cui si eroga una serie di prestazioni materiali ad un numero indeterminato di beneficiari appartenenti alla comunità locale, realizza compiutamente le forme di un servizio pubblico.

Diviene quindi rilevante comprendere i modi di costituzione della predetta gestione e, in specie, se la stessa debba essere conferita attraverso l'indizione di procedure competitive ad evidenza pubblica oppure mediante affidamento diretto. A sua volta, questo discrimine richiede necessariamente di accertare se il sopracitato servizio rivesta o meno rilevanza economica.

La disciplina giuridica applicabile alle due fattispecie, infatti, si presenta assai differente, in quanto:

- per i servizi a rilevanza economica, l'art. 23 *bis* della Legge 6 agosto 2008, n. 133 prevede la possibilità di ricorrere, in via ordinaria, all'*outsourcing* (comma 2) ed, in via derogatoria, all'*in house providing* (comma 3);

- per i servizi privi di rilevanza economica, a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 113 *bis* del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico degli Enti Locali) ad opera della sentenza 27 luglio 2004 n. 272 della Corte costituzionale, sussiste una lacuna legislativa.

Resta salva l'operatività di leggi regionali, ove sussistenti.

Con specifico riferimento agli impianti natatori comunali, il Consiglio di Stato si è, recentemente, occupato della predetta questione, elaborando il principio contenuto nella pronuncia n. 5097/2009.

2. La decisione.

Il Consiglio di Stato, sez. V, nella sentenza 27 agosto 2009, n. 5097, ha ritenuto illegittimo l'affidamento diretto del servizio di gestione di un impianto natatorio comunale ad una società sportiva dilettantistica, costituita sotto forma di s.r.l. con unico socio ed a capitale interamente posseduto dal Comune.

Tenendo conto sia dell'attività esercitata dalla società affidataria, sia della potenziale redditività della gestione, il giudice amministrativo ha statuito che tale gestione costituiva un servizio a rilevanza economica e, come tale, doveva essere affidato esclusivamente tramite l'indizione di procedure competitive ad evidenza pubblica. La predetta società, infatti, presentava un oggetto sociale eterogeneo che includeva numerose attività socio-economiche (quali la creazione e la distribuzione di *gadgets*; l'organizzazione di viaggi; la presenza di un centro estetico, di un centro benessere e di luoghi di ristorazione; lo svolgimento di operazioni immobiliari e finanziarie, la concessione di fidejussioni, avalli, garanzie, cauzioni) rispondenti anche a logiche di mercato. L'impianto in questione, inoltre, era costituito da un edificio con due piscine, una vasca per neonati, ampi spazi di servizio con annesso bar, una piscina all'aperto, uno spazio verde destinato a *solarium* e relative aree di pertinenza. Il complesso era, inoltre, localizzato all'interno della "Cittadella dello sport" del Comune di Segrate.

La mancata realizzazione di utili, quindi, secondo il Consiglio di Stato, derivava dall'adozione di una specifica scelta gestionale finalizzata all'applicazione di tariffe di particolare favore. Se, pertanto, si fossero modificate le modalità di gestione, l'esercizio dell'impianto natatorio avrebbe ben potuto costituire una fonte di reddito. Sulla base di queste riflessioni, con la pronuncia in esame, il giudice ha confermato l'orientamento giurisprudenziale in base a cui, per qualificare un servizio pubblico di rilevanza economica, è necessario avere riguardo al caso concreto ed alla redditività, anche solo potenziale, dell'attività esercitata ¹.

Secondo la prevalente giurisprudenza amministrativa, infatti, un servizio pubblico assume rilevanza economica, quando l'attività esercitata determina, almeno potenzialmente, la produzione di reddito e, conseguentemente, una competizione sul mercato ². Di contro, è privo di rilevanza economica, il servizio che, per sua

¹ Nel medesimo senso, si veda anche la sentenza della Corte dei Conti Lombardia dell'11 maggio 2009, n. 195, secondo la quale "...non è possibile individuare a priori, in maniera definita e statica, una categoria di servizi pubblici a rilevanza economica, che va, invece, effettuata di volta in volta, con riferimento al singolo servizio da espletare da parte dell'ente stesso, avendo riguardo all'impatto che il servizio stesso può avere sul contesto dello specifico mercato concorrenziale di riferimento ed ai suoi caratteri di redditività/autosufficienza economica (ossia di capacità di produrre profitti o per lo meno di coprire i costi con i ricavi)...", reperibile in www.corteconti.it.

² Si v. T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 2 agosto 2005, n. 1729; id. Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2006, n. 1318; id. Toscana, Firenze, sez. I, 8 settembre 2009, n. 1430 reperibili in www.giustizia-amministrativa.it.

natura o per i vincoli ai quali è soggetta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna concorrenza sul mercato³.

Nel valutare la rilevanza economica o meno di un servizio pubblico, inoltre, non si deve mai prescindere dall'analisi dell'attività globalmente esercitata dall'affidataria⁴. Quando una società, infatti, viene costituita per svolgere, accanto ad attività di rilevanza sociale, anche compiti di rilevanza economica (quali servizi relativi a porti turistici, aree archeologiche, bar, ristoranti, agenzie, negozi turistici, impianti turistici, trasporto pubblico, pulizia di stabili, uffici, etc.), nonché operazioni accessorie finanziarie ed immobiliari, ai fini dell'affidamento del servizio è necessario valutare non soltanto il contenuto di ogni servizio affidato, ma anche l'interesse economico globalmente perseguito dalla società. In tal modo, eventuali aspetti deficitari concernenti un singolo servizio a rilevanza sociale e, quindi, astrattamente privo di rilevanza economica, sono corretti dai profili compensativi connessi all'espletamento dei servizi connotati dal requisito della redditività⁵. Di conseguenza, tali servizi a rilevanza sia sociale sia economica, quando vengono complessivamente considerati, sono equiparabili, in concreto, a servizi di rilevanza economica.

2. La giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Come si è detto, la rilevanza economica di un servizio riveste un ruolo determinante ai fini dell'individuazione delle modalità di affidamento della gestione tra l'indizione di procedure ad evidenza pubblica ed il ricorso ai cd. "*in house contracts*".

Questi ultimi, in specie, sono stati disciplinati, per la prima volta, nella Comunicazione della Commissione (98) 143, Libro bianco sugli appalti pubblici nell'Unione Europea. In tale contesto, la Commissione ha definito gli appalti *in house* come contratti aggiudicati all'interno della Pubblica Amministrazione⁵, ad esempio, tra un'amministrazione centrale ed una locale o tra un'amministrazione ed una società da questa interamente controllata.

³ Si v. T.A.R. Umbria, Perugia, 24 ottobre 2003, n. 821; id. Campania, Napoli, sez. V, 7 novembre 2003, n. 13382; id. Liguria, Genova, sez. II, 28 aprile 2005, n. 527; id. Sardegna, Cagliari, I, n. 1729/2005; id. Puglia, Bari, I, n. 1318/2006 reperibili in www.giustizia-amministrativa.it In dottrina, invece, si v. MONZANI S., *L'affidamento di servizi pubblici alla luce dei più recenti interventi legislativi: in particolare, la gestione di impianti sportivi*, in *Amm. it.*, 2008, 12, pp. 1594 e ss.; NAVARO F., *Brevi cenni alla riforma sui servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Nuova rass. leg. dottrina giur.*, 2009, 11, pp. 1390 e ss.

⁴ Si v. Consiglio di Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072.

⁵ Se si ha riguardo all'interesse economico globalmente perseguito dal soggetto affidatario, possono qualificarsi come economicamente rilevanti anche i servizi sociali, che siano gestiti in base a criteri ed obiettivi imprenditoriali. C. Conti Lombardia n. 195/2009.

In merito all'ultima fattispecie, la Corte di Giustizia della Comunità Europea ha affermato che l'affidamento diretto di un servizio pubblico locale a rilevanza economica a società con capitale interamente pubblico è conforme all'ordinamento comunitario solo quando l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sull'affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi e, al contempo, la società affidataria svolga la maggior parte della propria attività a favore dell'ente pubblico di appartenenza⁶.

Se ricorrono tali requisiti, poiché vi è una sostanziale unicità soggettiva tra l'ente affidante e l'affidatario, è superfluo ricorrere alle procedure competitive e, pertanto, è legittima l'adozione del modello c.d. *in house providing*⁷.

Con le successive sentenze "Stadt Halle", "Parking Brixen", "Modling", "Anav", "Carbotermo", i giudici europei hanno chiarito che il requisito del "controllo analogo" viene meno ogni volta che una società, all'origine interamente partecipata con capitale pubblico, diventa mista per effetto della cessione di quote di capitale ad un privato⁸.

Secondo la Corte di Giustizia, infatti, siffatte operazioni affievoliscono il controllo dell'amministrazione pubblica, perché l'apporto partecipativo privato risponde a logiche imprenditoriali difformi dalle finalità proprie dell'azione amministrativa. Il rischio connesso al compimento di simili cessioni di capitale pubblico in favore di un soggetto economico privato può portare all'elusione dei principi comunitari di parità di trattamento, di divieto di discriminazione e di libera concorrenza.

Tutte le volte in cui l'affidatario riveste un ruolo commerciale è, quindi, necessario indire una procedura competitiva ad evidenza pubblica.

La giurisprudenza comunitaria ha, dunque, differenziato le società a capitale misto pubblico-privato e le società *in house*, ammettendo l'affidamento diretto soltanto per queste ultime⁹.

⁶ Si v. Corte di Giustizia CE, sez. V., 18 novembre 1999, C-107/98; id. sez. I, 13 ottobre 2005, C-458/03; id. sez. I, 6 aprile 2006, C-410/04 reperibili in www.curia.europa.eu

⁷ L'affidamento di servizi è caratterizzato da unitarietà soggettiva tra l'affidante e l'affidatario, a differenza del dualismo soggettivo che si riscontra nell'appalto di pubblici servizi tra l'appaltatore e l'appaltante e nella concessione di servizi tra il concedente ed il concessionario. RIGO M., *La compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'affidamento diretto di un servizio pubblico locale, a rilevanza economica, a società con capitale interamente pubblico*, in I contratti dello Stato e degli enti pubblici, 2008, 3, p. 175.

⁸ Si v. Corte di Giustizia CE, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03; id. C-458/03; Id. C- 410/04; id. sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04. reperibili in www.curia.europa.eu

⁹ Tale principio era, in passato, smentito dall'art. 113, comma 5, lettera b) del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico degli Enti Locali), che espressamente consentiva l'affidamento diretto a società miste. In merito, la giurisprudenza italiana ha, negli anni, formulato delle decisioni contrastanti. In un primo tempo, ha optato per la sostanziale disapplicazione dell'art. 113, comma 5, lettera b) del T.U.E.L.,

Successivamente, i giudici italiani hanno ritenuto legittimo anche il ricorso all'affidamento diretto a favore di società miste con socio privato scelto attraverso una gara pubblica, quando fosse esistita una disposizione normativa legittimante. Hanno, inoltre, specificato che l'amministrazione era tenuta a giustificare la mancata indicazione della procedura ad evidenza pubblica, quando ricorrevano le seguenti circostanze:

- a) vi era un'equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, nella quale quest'ultimo era qualificato come "socio industriale od operativo", che concorreva materialmente allo svolgimento del servizio;
- b) l'affidamento era effettuato in via temporanea ed era prevista la rinnovazione della selezione, al fine di evitare che il socio privato divenisse stabile¹⁰.

Nel 2007, il Consiglio di Stato ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria, affinché si potesse addivenire ad una soluzione ermeneutica unitaria e si potesse valutare l'opportunità di deferire la problematica in oggetto alla Corte di Giustizia¹¹.

Il Supremo Consesso, nella sentenza n. 1 del 3 marzo 2008, ha, tuttavia, elaborato una teoria restrittiva, senza risolvere in maniera univoca e definitiva la questione in esame. In particolare, ha affermato che il parere del Consiglio Stato sez. II, 18 aprile 2007, n. 456 costituiva una possibile soluzione, conforme al principio di concorrenza nonché alle esigenze di cooperazione tra settore pubblico e privato. Nel citato parere, infatti, il giudice amministrativo aveva ritenuto ammissibile il ricorso al modello della società mista, quando la stessa non avesse rappresentato la beneficiaria di un "affidamento diretto" quanto invece la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controllava l'affidamento disposto, con gara, a favore del "socio operativo" della società. Il modello così indicato presupponeva, dunque, la fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale e la necessità che la gestione del servizio venisse prevista nel momento in cui si fosse costituita la società.

In mancanza di ulteriori indicazioni da parte della giurisprudenza comunitaria, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto di non poter elaborare una soluzione univoca o un modello definitivo. Opinando diversamente, si sarebbe rischiato di formulare

nella parte in cui, in evidente difformità con la normativa comunitaria, ammetteva l'affidamento diretto della gestione di un servizio pubblico locale a rilevanza economica ad una società mista, il cui socio fosse stato scelto a mezzo di procedure ad evidenza pubblica. L'affidamento diretto risultava, dunque, legittimo, solo qualora si fosse concretamente realizzata la fattispecie disciplinata dall'art. 113, comma 5, lett. c) del T.U.E.L., vale a dire quando la titolarità di servizi a rilevanza economica veniva affidata a società a capitale interamente pubblico. Si v. Corte di Giustizia CE, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03 reperibile in www.curia.europea.eu.

¹⁰ Si v. Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 18 aprile 2005, n. 671; parere del Consiglio di Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456.

¹¹ Si v. Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587.

un'interpretazione "*praeter legem*", che avrebbe potuto non incontrare l'avallo della Corte di Giustizia.

Allo stato attuale, sulla base dei predetti orientamenti giurisprudenziali, l'affidamento diretto di un servizio pubblico è certamente legittimo quando, nel caso concreto, ricorre una partecipazione totalitaria pubblica che consente di configurare una subordinazione gerarchica tra l'ente affidante e l'affidatario. In tal modo, l'ente pubblico detentore del capitale può esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni importanti della società affidataria. L'attività compiuta dalla società per conto dell'ente pubblico ha, conseguentemente, carattere sostitutivo e consiste nel compimento di pubbliche funzioni¹². Quando, invece, la gestione del servizio pubblico acquisisce finalità imprenditoriale e rileva dal punto di vista reddituale e concorrenziale, è obbligatoria l'indizione di procedure ad evidenza pubblica.

In proposito, la recente riforma dei servizi pubblici locali, operata nel sistema italiano dall'art. 23 *bis* della legge n. 133/2008, ha apportato delle importanti innovazioni, in alcuni casi utili ad integrare gli orientamenti giurisprudenziali maturati fino ad oggi.

4. La riforma dei servizi pubblici locali

In base alla previgente versione dell'art. 113 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico degli Enti Locali), si poteva conferire la titolarità dei servizi a rilevanza economica:

- a) a società di capitali individuate mediante l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- b) a società a capitale misto pubblico-privato, nelle quali il socio privato venisse scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che avessero fornito garanzie di rispetto delle disposizioni normative interne e comunitarie in materia di concorrenza, secondo le linee di indirizzo emanate dalle Autorità competenti a mezzo di specifici provvedimenti o circolari;

¹² In tal senso, si v. Consiglio di Stato, sez. V., 28 settembre 2009, n. 5814, secondo il quale: "*l'affidamento diretto di un servizio pubblico, al di fuori del sistema della gara, ad una società esterna (ossia soggettivamente autonoma) è consentito solo quando il rapporto esistente con tale società presenti caratteristiche tali che questa possa essere ritenuta come una "derivazione" o una "longa manus" dell'ente stesso. La società esterna, inoltre, può essere considerata tale solo se l'ente esercita su di essa un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi e richiede la necessaria partecipazione pubblica totalitaria, "giacché una partecipazione minoritaria già preclude la possibilità di effettuare il predetto controllo"*.

c) a società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllavano (art. 113, comma 5 T.U.E.L.).

In sintesi, il conferimento della titolarità dei servizi a rilevanza economica, in base a quanto previsto dal T.U.E.L., poteva legittimamente effettuarsi:

- a) mediante gara;
- b) mediante affidamento diretto in favore di una società mista, il cui socio fosse stato scelto con gara;
- c) mediante l'affidamento cd. *in house*¹³.

L'art. 23 *bis* della Legge 6 agosto 2008, n. 133 ha recentemente attuato una profonda trasformazione dell'assetto normativo.

Con specifico riferimento all'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, l'articolo 23 *bis* prevede, infatti, due regolamentazioni differenziate.

La disciplina ordinaria obbliga gli enti locali ad affidare la gestione dei suddetti servizi ad imprenditori o società, in qualunque forma costituite, individuati tramite procedure competitive ad evidenza pubblica oppure a società a partecipazione mista pubblica e privata, nelle quali il socio sia selezionato mediante procedure competitive ad evidenza pubblica e detenga una partecipazione non inferiore al quaranta per cento (comma 2).

La disciplina derogatoria ammette, invece, il ricorso all'*in house providing*, qualora sussistano "*peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento*", che impediscano un efficace ed utile ricorso al mercato (comma 3).

L'art. 23 *bis* consente, pertanto, l'adozione, in via ordinaria, di procedure competitive. L'accesso all'affidamento *in house* è, al contrario, possibile in via

¹³ Per la gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica, invece, l'art. 113 *bis* del T.U.E.L. prevedeva, l'affidamento diretto ad istituzioni, aziende speciali (anche consortili) nonché a società a capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitassero sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici controllori (comma 1). Lo stesso provvedimento statuisce, inoltre, che gli enti locali potevano procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni o a fondazioni dagli stessi costituite o partecipate (comma 3). A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma da ultimo citata ad opera della sentenza n. 272/2004 della Corte costituzionale, si è, tuttavia, creato un vuoto normativo nella disciplina delle modalità di conferimento della gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica.

derogatoria solo quando sussistano le predette particolari circostanze oggettive riguardanti il mercato e le sue inefficienze¹⁴.

Oltre all'esistenza dei requisiti soggettivi individuati dalla giurisprudenza comunitaria ed alle circostanze previste dal citato comma 3, l'art. 23 *bis* considera il legittimo ricorso all'affidamento diretto qualora concorrano ulteriori situazioni.

A mente del quarto comma, infatti, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi di mercato ed inviare una relazione sugli esiti della predetta verifica all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, perché la stessa possa formulare un parere entro il termine di sessanta giorni.

Il ricorso all'*in house providing*, quindi, deve rappresentare l'*extrema ratio*, trattandosi di una deroga da motivare espressamente¹⁵.

5. *Profili problematici.*

Alla luce delle citate disposizioni normative e dei suesposti principi giurisprudenziali, si condivide l'orientamento espresso con la sentenza in commento, nella quale il giudice ha valutato le effettive circostanze del caso concreto, per verificare se il servizio oggetto della decisione rivestiva rilevanza economica oppure no, evidenziando le relative conseguenze sul piano giuridico.

Se, infatti, un servizio ha rilevanza economica, la relativa gestione può essere conferita secondo le modalità previste dall'art. 23 *bis*; quando, invece, un servizio è privo della citata rilevanza, manca una specifica disciplina normativa, a meno che, come nella fattispecie in esame, la Regione non abbia legiferato in materia.

Con apposito riguardo alla sentenza n. 5097/2009 del Consiglio di Stato bisogna, tuttavia, fare alcune puntualizzazioni.

Nel caso di specie, infatti, il Comune aveva affidato la gestione degli impianti natatori comunali ad una società dilettantistica che, per definizione legislativa, non ha scopo di lucro e non può distribuire i propri utili ai soci. Invero, ai sensi dell'art.

¹⁴ CHINÈ G., *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Il Corriere del Merito*, 2009, 3, p. 239.

¹⁵ LUNGI L., *La riorganizzazione del sistema di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Riv. amm.*, 2008, 7-8, pp. 371 e ss. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sinora bocciato tutti i modelli proposti dalle amministrazioni locali richiedenti il parere sull'affidamento *in house* di servizi pubblici locali di rilevanza economica. Solo nelle ipotesi di gestione di servizi di scuolabus nell'ambito di piccolissimi Comuni, l'Autorità ha reputato legittimo l'affidamento, perché lo stesso non era in grado di incidere in maniera apprezzabile sulle condizioni concorrenziali del mercato, in ragione del valore del servizio stesso e della sua dimensione in termini di popolazione interessata. Si v. pareri pubblicati nei bollettini 29/2009 e 40/2009, reperibili in www.agcm.it

90, comma 17 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria per il 2003), come modificato dal D.L. 22 marzo 2004, n. 72 convertito nella legge 21 maggio 2004, n. 128, le società e le associazioni sportive dilettantistiche devono indicare nella denominazione sociale la finalità sportiva nonché la ragione o la denominazione sociale dilettantistica. Possono, inoltre, assumere:

- a. la forma di associazione sportiva priva di personalità giuridica ex artt. 36 e ss c.c.;
- b. di associazione sportiva con personalità giuridica di diritto privato ai sensi del regolamento di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361;
- c. di società sportiva di capitali costituita secondo le disposizioni vigenti, ad eccezione di quelle che prevedono le finalità di lucro;
- d. di cooperativa.

In base all'art. 90, comma 18, della L. 289/2002, le società e le associazioni dilettantistiche devono, infine, costituirsi per atto scritto, nel quale, tra l'altro, devono indicare: l'assenza di fini di lucro (lett. d); la previsione che i proventi non possono, in alcun caso, essere divisi tra gli associati, neanche in via indiretta (lett. d); l'obbligo di devoluzione a fini sportivi del patrimonio in caso di scioglimento delle società e delle associazioni (lett. h).

Visto quanto sopra, a seconda dei criteri applicati alla fattispecie oggetto della sentenza del Consiglio di Stato n. 5097/2009 al fine di verificare la rilevanza economica o meno della gestione degli impianti natatori comunali, si può giungere a soluzioni differenziate.

Se, infatti, si vaglia l'interesse economico globalmente perseguito dalla società affidataria, la gestione degli impianti natatori comunali riveste il carattere di servizio a rilevanza economica. Se, al contrario, si considera esclusivamente la veste giuridica della società affidataria, il servizio di gestione risulta privo di rilevanza economica.

Conseguentemente, nel primo caso, per il conferimento della gestione degli impianti natatori comunali si dovrebbe rispettare una regolamentazione giuridica maggiormente rigorosa e complessa, perchè dovrebbero ricorrere, nel caso concreto, il cd. "controllo analogo" e gli altri requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza per legittimare l'affidamento diretto; nel secondo caso, si dovrebbe, invece, adottare una disciplina più elastica, in virtù del carattere non economico dell'attività e del venir meno dell'esigenza di tutelare la concorrenza.

Occorre, tuttavia, precisare che, alla fattispecie oggetto della pronuncia del Consiglio di Stato n. 5097/2009 è, altresì, applicabile la legge della Regione

Lombardia 14 dicembre 2006 n. 27, che disciplina le modalità di affidamento della gestione di impianti sportivi da parte di enti pubblici territoriali.

Tale provvedimento legislativo, al fine di valutare la rilevanza economica o meno di un servizio, non fa alcun riferimento alla veste giuridica della società affidataria. Ai sensi dell'articolo 1, comma 2 lettera b) di detta legge, infatti, gli impianti aventi rilevanza economica sono tutti quelli idonei a produrre utili. Rileva, dunque, solo il dato oggettivo della redditività della gestione.

L'art. 2, comma 1 della L.R. 27/2006 individua anche i soggetti affidatari, consentendo, agli enti pubblici territoriali che non intendano gestire direttamente i propri impianti sportivi, di affidare in via preferenziale la gestione a società ed associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali, anche in forma associata.

L'articolo 3, comma 1, lett. a) della L.R. 27/2006 lascia, inoltre, agli enti pubblici territoriali la possibilità di scegliere le modalità di affidamento degli impianti, chiarendo che la procedura di selezione deve essere differenziata a seconda che si tratti di impianto economicamente rilevante oppure no.

L'art. 4 della L.R. 27/2006 permette, infine, agli enti pubblici territoriali di stipulare con i soggetti individuati dall'art. 2, comma 1, specifiche convenzioni atte a definire le modalità e le condizioni per l'uso, le pulizie e la custodia degli impianti sportivi in orari extrascolastici.

La legge regionale 27/2006 riproduce, dunque e sia pure in forma specifica, quanto statuito dall'art. 90, comma 25 della L. 289/2002, in virtù del quale il Comune che non intendeva gestire direttamente gli impianti sportivi, può affidarne la titolarità *"in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e Federazioni sportive nazionali, 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"*.

Applicando alla fattispecie oggetto della sentenza del Consiglio di Stato la legge regionale 27/2006, ai fini della qualificazione economica o meno del servizio rileverebbe soltanto il requisito della redditività. Resterebbero, tuttavia, ferme le regole generali che individuano procedure di affidamento della titolarità degli impianti differenziate a seconda della rilevanza economica o meno dei servizi. Alle amministrazioni rimane, peraltro, un ampio margine di discrezione in ordine alla scelta dei soggetti affidatari ed alla possibilità di stipulare convenzioni che regolamentino le modalità d'uso degli impianti sportivi.

Ciò è confermato da una recente sentenza del T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 27 novembre, n. 2868, secondo la quale l'art. 90, comma 25 della L. 289/2002 prevede che gli enti pubblici territoriali possano affidare la gestione degli impianti

sportivi, "in via preferenziale", ai menzionati soggetti, ma non vieta di conferire la gestione ad altri organismi¹⁶.

La medesima pronuncia statuisce, infine, che le amministrazioni possono cedere la titolarità di impianti sportivi anche attraverso la concessione di servizi disciplinata dall'art. 30 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici). In tale ipotesi – come è noto - il soggetto aggiudicatario viene remunerato non attraverso la corresponsione di un prezzo, come accade nell'appalto di servizi, ma tramite la possibilità di gestire e sfruttare economicamente il servizio affidato.

In particolare, l'art. 30, terzo comma, prevede che *"la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi"*.

Il meccanismo della gara informale, richiamato dal citato art. 30 in tema di concessione di servizi, garantisce ampia discrezionalità all'amministrazione, ma anche uno *standard* minimo di concorrenza. La stessa può, dunque, scegliere di avvalersi della suddetta gara formale o di una gara pubblica, quale massima espressione dei principi di trasparenza e concorrenzialità.

La legittimità di una simile opzione è confermata dallo stesso art. 30, comma 4, il quale fa salve *"discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza"*.

6. Conclusioni.

Considerato quanto sopra, la gestione degli impianti sportivi può essere conferita legittimamente tramite procedure ad evidenza pubblica o affidamento diretto, a seconda che ci si trovi di fronte, rispettivamente, a servizi a rilevanza economica oppure no. Resta problematico il parametro da adottare per l'attribuzione della qualificazione economica o meno ad un impianto, visto che la giurisprudenza adotta il criterio della redditività, mentre la legislazione, nel caso di società sportive dilettantistiche, si limita a valutare la veste giuridica dell'affidataria.

¹⁶ Sentenza reperibile in www.giustizia-amministrativa.it