

Pubblicato il 14/03/2022

N. 01784/2022REG.PROV.COLL.
N. 10949/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 10949 del 2021,
proposto da

Sport Training Due società sportiva dilettantistica a r. l., in persona del legale
rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Salomoni,
Andrea Santoro e Lorenzo Bolognini, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Andrea Santoro in Milano, via Caradosso, 8;

contro

Comune di Caorso, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso
dall'avvocato Elisa Valeriani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.
Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

nei confronti

Activa società cooperativa, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna -
sezione staccata di Parma (Sezione Prima) n. 00251/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Caorso;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2022 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Andrea Santoro e Diego Vaiano in dichiarata delega di Elisa Valeriani;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna – sezione staccata di Parma, Sport Training Due società sportiva dilettantistica a r. l. ha impugnato la delibera della Giunta regionale del Comune di Caorso del 19 giugno 2021, n. 52 e la determinazione dirigenziale del 16 giugno 2021, n. 156 con le quali, in forma di rettifica per errore materiale di precedente atto, era prolungato fino al 31 agosto 2022 il periodo di affidamento alla società cooperativa Activa della gestione del Centro sportivo comunale, già assentito con precedente delibera giuntale del 12 giugno 2021, n. 51 (l'atto rettificato), e determinazione dirigenziale n. 155 di pari data, per la stagione estiva del 2021 (ossia dal 14 giugno al 31 agosto 2021);

- nei motivi di ricorso proposti la Sport Training Due sosteneva la natura concessoria di servizio pubblico della gestione dell'impianto sportivo e la necessità di esperire una procedura di evidenza pubblica per la scelta del concessionario privato ai sensi dell'art. 30 d.lgs. n. 50 del 2016 e dei principi di concorrenza e trasparenza, tanto più in carenza di ragioni di urgenza che potessero giustificare il primo affidamento come anche la successiva proroga; aggiungeva, inoltre, la violazione dell'art. 167 d.lgs. n. 50 del 2016 per assenza di quantificazione del valore della concessione essendo stato indicato nei documenti elaborati il solo contributo dovuto dal Comune;

- resistente il Comune di Caorso, il giudice di primo grado, con la sentenza della prima sezione, 13 ottobre 2021, n. 251, respingeva il ricorso in quanto:

a) sebbene l'affidamento in gestione di impianto sportivo rientri nell'ambito della concessione di servizio pubblico e non di beni (come sancito anche dalla delibera A.n.a.c. 14 dicembre 2016, n. 1300), è imposto l'esperimento di una procedura di evidenza pubblica per l'individuazione del concessionario privato solo se "*affidamento potenzialmente remunerativo*", per la possibilità di coprire i costi di gestione mediante il conseguimento di un corrispettivo economico nel mercato (secondo la distinzione tra "*servizi economici*" e "*servizi non economici*" di interesse generale);

b) per la gestione di un impianto sportivo, la redditività deve essere valutata, non solo in ragione della tipologia o caratteristica merceologica del servizio, ma caso per caso con riferimento alla soluzione organizzativa prescelta dall'ente locale per soddisfare gli interessi della collettività, ed anche in considerazione delle specifiche modalità di gestione, dei relativi costi di manutenzione, della struttura tariffaria (libera o imposta) per l'utenza, della disciplina delle quote sociali, della praticabilità di attività accessorie;

c) nella vicenda in esame, era assente la *rilevanza economica* del servizio, anche solo potenziale, alla luce di quanto allegato dalla difesa comunale ossia in considerazione dello stato in cui versava l'impianto (con la necessità di una serie di ingenti interventi di recupero della sua funzionalità e di ripristino della sua vocazione di servizio alla comunità locale) e dell'urgenza di procedere ad un affidamento che garantisse un immediato avvio degli interventi di riattivazione delle varie strutture e di progressiva utilizzazione della stessa da parte degli utenti in una logica di mera copertura dei costi (anche mediante il contributo comunale);

considerato che:

- l'appello è articolato in tre motivi:

i) con il primo la sentenza è censurata per "*violazione e falsa applicazione dell'art. 112 cpc dell'art. 34 c.p.a., violazione degli obblighi di motivazione e difetto di istruttoria*": sostiene l'appellante che l'assenza di rilevanza economica della concessione era stata indicata quale ragione dell'affidamento diretto a Activa per la prima

volta nella memoria depositata dal Comune in giudizio, poiché nei provvedimenti impugnati l'affidamento era giustificato per la sola urgenza di ripristinare la regolarità del servizio nella stagione estiva dopo la risoluzione del contratto con il precedente gestore; s'era, dunque, in presenza di una integrazione postuma della motivazione del provvedimento che il giudice di primo grado avrebbe dovuto dichiarare inammissibile e non porre, invece, a fondamento della sua decisione di reiezione del ricorso;

ii) con il secondo motivo l'appellante sostiene la *“violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 167 del D.Lgs. 50/2016 e dei principi di trasparenza, pubblicità e par condicio; eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 l. 241/90; travisamento ed illogicità della motivazione; violazione art. 112 cpc sotto altro profilo”*: l'appellante ritiene contraddittoria la sentenza: sulla base dei criteri enunciati, la gestione dell'impianto comunale avrebbe dovuto essere qualificata servizio di rilevanza economica (anche solo potenziale); in particolare: - per la struttura dell'impianto (composta da due vasche coperte, un parco estivo dotato di vasche esterne con scivoli, aree attrezzate da adibire a vari usi, due campi sportivi polifunzionali, una palestra locali per attività accessorie e per la somministrazione di alimenti e bevande); - per l'entità dei ricavi previsti dalla gestione dell'impianto nel P.E.F. dell'ultimo gestore; - per la facoltà prevista nel contratto stipulato con la controinteressata di *“gestire funzionalmente e sfruttare economicamente il servizio”*, nonché il *“diritto di percepire tutte le entrate derivanti dall'applicazione delle tariffe relative alle attività erogate...”*; - in ragione della stessa tabella riepilogativa dei costi e dei ricavi rimessa da Activa unitamente alla propria offerta, che, elaborata in relazione ad un solo anno di gestione, andava riferita a 14 mesi stante l'avvenuto pro, e dalla quale, tenendo conto anche delle previsioni di ricavi del precedente gestore, si poteva ipotizzare un utile per i soli mesi estivi dell'anno 2022 non inferiore a € 150.000,00;

iii) nel medesimo motivo l'appellante evidenzia che l'affidamento diretto non poteva neppure essere giustificato dall'urgenza in quanto non s'erano

verificati eventi imprevedibili che fossero indipendenti dalla volontà del Comune, considerato che la necessità del nuovo affidamento era sorta in seguito alla decisione di risolvere il contratto con il precedente gestore che era stata unicamente del Comune e, peraltro, già maturata da tempo (come dimostrato da una lettera del 22 aprile 2021), e, in ogni caso, le esigenze di riapertura del Centro sportivo nella stagione estiva non erano coerenti con la durata dell'affidamento fissata in 14 mesi;

iv) in via gradata, con il terzo motivo di appello la sentenza è contestata per *“violazione dell’art. 112 cpc sotto altro profilo; violazione e falsa applicazione dell’art. 4 del D.Lgs. 50/2016, dell’artl 3 R.D. n. 2440/1923, nonché dell’art. 12 della Direttiva UE n. 2006/123/CE e dell’art. 16 del D.Lgs. 59/2010 e dei principi di trasparenza, pubblicità e par condicio”*: sostiene l’appellante che, anche a voler ritenere che nel caso di specie si trattasse di servizio privo di rilevanza economico, in ogni caso il Comune avrebbe dovuto affidarlo mediante procedura di evidenza pubblica e nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell’ambiente ed efficienza, come pure qualora si ritenesse trattarsi di affidamento di bene pubblico di rilevanza economica;

- alla camera di consiglio del 17 febbraio 2022, fissata per la decisione sull’istanza cautelare proposta dall’appellante, verificata la regolarità del contraddittorio (Activa soc. coop. regolarmente citata non s’era costituita) era data comunicazione della possibilità di definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata e che le parti nulla opponevano;

ritenuto che:

- il giudizio può essere definito con sentenza in forma semplificata ricorrendo le condizioni di cui all’art. 60 cod. proc. amm. per essere completo il contraddittorio e l’istruttoria;

- i motivi di appello, che possono essere congiuntamente esaminati per la stretta connessione delle questioni poste, sono fondati per le ragioni che seguono:

- a) l'affidamento di un impianto sportivo, per la centralità del momento della "gestione" (che prefigura come meramente strumentale l'affidamento del bene di proprietà pubblica), assume i caratteri tipici della concessione di servizio pubblico (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 28 gennaio 2021, n. 858);
- b) l'art. 164, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede che le disposizioni in materia di affidamento di contratti di concessione contenute nella Parte III del codice dei contratti pubblici – ivi comprese quelle sulle modalità dell'affidamento – non trovano applicazione per i "*servizi non economici di interesse generale*";
- c) la giurisprudenza ha precisato che la distinzione tra "*servizio economico di interesse generale*" e "*servizio non economico di interesse generale*" va effettuata applicando il criterio economico della *remuneratività*, intesa in termini di redditività anche solo potenziale, cioè come possibilità di coprire i costi di gestione attraverso il conseguimento di un "*corrispettivo economico nel mercato*";
- d) a sua volta il carattere della remuneratività, da apprezzare caso per caso, va accertato facendo applicazione di una serie di indici quali: - la scelta organizzativa stabilita dall'ente per soddisfare gli interessi della collettività, - le caratteristiche dell'impianto, - le specifiche modalità della gestione e relativi oneri di manutenzione, - il regime tariffario (libero ed imposto); - la praticabilità di attività accessorie (la già citata sentenza di questa Sezione n. 858 del 2021);
- e) nel caso di specie, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado, gli elementi addotti dall'appellante inducono a qualificare il servizio di gestione dell'impianto sportivo come "*servizio economico di interesse generale*" per la sua sicura remuneratività nei sensi in precedenza esposti; in particolare,
- e1) per le caratteristiche dell'impianto così come descritte in atti, che risulta essere di significative dimensioni, comprendendo due vasche, delle quali una adatta allo svolgimento di attività agonistiche, come pure un "parco estivo", aree attrezzate, palestra, campi sportivi funzionali ed altri locali utilizzabili per attività accessorie;

e2) specialmente, in ragione della facoltà riconosciuta al concessionario dall'art. 4 del contratto (*“Introiti del gestore e partecipazione dell'amministrazione comunale”*) di poter *“gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio da espletare presso l'intero impianto”* con conseguente diritto a *“percepire tutte le entrate derivanti dall'applicazione delle tariffe relative alle attività erogate”*, che equivale a riconoscere la facoltà di ritrarre ricavi dall'espletamento della gestione mediante il corrispettivo economico imposto all'utenza (come concesso, peraltro, al precedente gestore, il cui contratto, giova rammentare, era risolto per *“negligenze nell'attività di manutenzione”*);

e3) la circostanza che, nella proposta di Activa soc. coop. al Comune, i costi pareggino completamente i ricavi (e, che in definitiva per questo motivo era richiesto un contributo al Comune, di cui subito si dirà) non è elemento decisivo a dire non remunerativo il servizio, poichè – in disparte ogni altra considerazione sul carattere solo prospettico della proposta – la remuneratività sussiste in tutti i casi in cui il gestore ha la possibilità di coprire tutti i costi con i ricavi, a tali condizioni, infatti, la gestione può dirsi ispirata a criteri di economicità (cfr. ancora una volta il seguente passaggio della sentenza di questa Sezione n. 828 del 2021: *“Il servizio ha, per tal via, rilevanza economica quando il gestore ha la possibilità potenziale di coprire tutti i costi; al contrario, un servizio è privo di rilevanza economica quando è strutturalmente antieconomico, perché potenzialmente non remunerativo (perché il mercato non è in grado o non è interessato a fornire quella prestazione.”*);

e4) le spese preventivate per la manutenzione degli impianti (€ 22.000 nella proposta), oltre che di importo esiguo rispetto ai ricavi preventivati (come pure rispetto alle altre voci di costo), sono coerenti con la (notevole) dimensione dell'impianto e con l'utilizzo che se ne intende fare; esse, differentemente da quanto assunto in sentenza, non valgono a dimostrare che lo stato dell'impianto fosse tale da impedire lo svolgimento delle varie attività ricreative e sportive (tanto più che di tale esigenza non c'è riscontro nella delibera di affidamento della gestione del servizio ove è indicata quale unica

ragione dell'affidamento diretto la necessità di ripristinare al più presto la regolarità del servizio a beneficio della cittadinanza);

f) non appare contrastante con l'accertata remuneratività del servizio il contributo che il Comune si è impegnato a corrispondere: esso ne è anzi conferma configurandosi come ulteriore entrata a vantaggio del gestore e potrebbe, invece, rilevare in punto di collocazione del rischio operativo (se a carico del privato gestore o dell'amministrazione) e, dunque, eventualmente a far dubitare della natura concessoria dell'affidamento (per essere il trasferimento del rischio operativo elemento decisivo in questo senso; cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2018, n. 1811); questione che non si è posta nel presente giudizio e che comunque non incide sulle conclusioni cui si è giunti in punto di modalità di affidamento del servizio;

g) quanto sopra vale anche per il riferimento – esso sì contenuto nella delibera di affidamento ad Activa della gestione – della situazione di “*urgenza*”, determinata dall’ “*avvicinarsi della stagione estiva*”; non v'è logica corrispondenza tra l'uno e l'altro dato per cui gli stessi si possano porre in connessione tra loro, l'uno attinendo al dato economico, l'altro a quello temporale (l'esigenza di tempestiva ripresa del servizio) e, comunque, l'urgenza vale a giustificare l'affidamento per la stagione estiva imminente (che nel caso di specie era quella del 2021) non per l'intero anno, ivi compresa la stagione estiva successiva (quella del 2022):

in conclusione, assorbita ogni altra questione – compresa la questione dell'integrazione postuma della motivazione – l'appello va accolto e la sentenza di primo grado integralmente riformata con l'accoglimento del ricorso di primo grado di Sport Trainging Due Società s.s.d. a r.l. e annullamento degli atti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per

l'effetto in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna – sez. staccata di Parma n. 251/2021, accoglie il ricorso di primo grado di Sport Training Due società sportiva dilettantistica a responsabilità limitata.

Condanna il Comune di Caorso al pagamento delle spese del doppio grado del giudizio, che liquida in complessivi € 7.000,00, oltre accessori e spese di legge, a favore di Sport Training Due società sportiva dilettantistica a responsabilità limitata.

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

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

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO