



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 928 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Societa' Cooperativa Lavoro e Sport, rappresentata e difesa dagli avv. Salvatore
Paladini, Roberto Nitto, con domicilio eletto presso Salvatore Paladini in Lecce,
via Don Bosco,25;

contro

Comune di San Cesario di Lecce, rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Sticchi
Damiani, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Lecce, via 95 Rgt
Fanteria, 9;

nei confronti di

Icos Sporting Club Srl Sportiva Dilettantistica, rappresentata e difesa dagli avv.
Vincenzo Farina, Pietro Elia, con domicilio eletto presso Pietro Elia in Lecce, via
Benevento,5;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del bando di gara CIG. n. 0307516A38 del 27.4.2009 pubblicato sul BURP n. 68 del 7.5.2009 indetto dal Comune di San Cesario di Lecce per l'affidamento in concessione della piscina coperta comunale e sue pertinenze;
della determinazione del Responsabile del Settore - 1° Servizio - AA.GG. - Segreteria - U.R.P. - Cultura - Sport e Tempo Libero del Comune di San Cesario di Lecce del 22.4.2009 n. R.G. 204, n. R. Settore 106;
dell'aggiudicazione provvisoria disposta dalla Commissione di gara il 3.7.2009;
nonché di ogni altro atto presupposto, e/o consequenziale e connesso e in particolare dei verbali di gara n. 1, 2, 3;
e per il risarcimento di tutti i danni ingiusti subiti e subendi, derivanti alla società ricorrente dagli atti illegittimi impugnati;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Cesario di Lecce;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Icos Sporting Club Srl Sportiva Dilettantistica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2009 il dott. Luca De Gennaro e uditi per le parti l'Avv. Nitto, l'Avv. Sticchi Damiani e l'Avv. Elia in sostituzione dell'Avv. Farina;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando del 27.4.2009 il Comune di San Cesario di Lecce ha indetto una gara per l'affidamento in concessione della piscina coperta comunale; il bando di gara, evidenziando che si tratta di concessione di servizi, richiama in premessa la L.R. 33/2006 e l'art. 30 del D.Lgs. 163/2006.

Con ricorso principale notificato il 12.6.2009 la Cooperativa Lavoro e Sport impugna il bando di gara, ritenendolo illegittimo.

Nel ricorso sono dedotti i seguenti motivi: 1. Violazione delle norme in tema di competenza degli organi dell'ente locale, violazione del giusto procedimento, violazione art. 48 D.lgs 267/2000, violazione art. 29 Statuto Comunale, violazione e falsa applicazione art. 107 ss. D.lgs 267/2000; 2. Violazione dei principi generali in tema di gestione degli impianti sportivi pubblici e promozione dell'attività sportiva, violazione art. 90, co. 25 L. 289/2002, violazione art. 19, co. 2 L.R. 33/2006, sviamento; 3. Falsa ed erronea applicazione delle norme per l'affidamento della concessione di servizi pubblici, violazione art. 30 D.lgs. 163/2006 in combinato disposto con gli artt. 90 co. 25 L. 289/2002 e 19 L.R. 33/2006; 4. Violazione delle norme a garanzia dei posti di lavoro, violazione art. 19, co. 5 L.R. 33/2006, violazione art. 8 schema di Convenzione. Eccesso di potere, contraddittorietà, arbitrarietà e travisamento; 5. Violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa. Difetto di trasparenza, violazione dei principi in tema di gestione ed economicità dei servizi pubblici, violazione art. 83 D.lgs. 163/2006, violazione art. 20 L.R. 33/2006, sviamento dell'interesse pubblico; 6. Violazione e falsa applicazione art. 20 L.R. 33/2006, violazione dei principi generali in tema di affidamento dei contratti pubblici, violazione art. 30 D.lgs 163/2006, illogicità manifesta, contraddittorietà, irragionevolezza, violazione dei criteri di proporzionalità ed omogeneità dei criteri, violazione delle norme relative all'aggiudicazione, violazione dell'art. 83, co. 4 D.lgs 163/2006, genericità ed irrazionalità.

Successivamente la ricorrente, con motivi aggiunti, ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria disposta dalla Commissione di gara in data 3 luglio 2009 alla Icos Sporting Club lamentando: 1. Illegittimità derivata, erronea applicazione delle norme in tema di concessione di servizi pubblici, violazione art. 30 D.lgs.

163/2006, violazione dei principi di buon andamento e imparzialità, violazione art. 83 D.lgs 163/2006, violazione artt. 19 e 20 L.R. 33/2006, violazione schema convenzione, contraddittorietà, illogicità, eccesso di potere; 2. Violazione art. 20, co 5 L.R. 33/2006, sproporzione evidente, sviamento ed elusione delle finalità sottese alla gestione degli impianti pubblici.

Si sono costituiti l'Amministrazione comunale e la controinteressata Icos Sporting Club srl chiedendo la reiezione del ricorso.

All'udienza del 29 ottobre 2009 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso principale e per motivi aggiunti sono infondati.

Il Collegio ritiene, considerata l'infondatezza delle censure, di poter prescindere dall'esame dei profili di inammissibilità evidenziati dalle parti resistenti.

Con il primo motivo la Società Lavoro e Sport sostiene che, nell'adozione del bando di gara, risulterebbe violata la competenza della Giunta Comunale stabilita dagli artt. 48 e 107 D.lgs 267/2000 (TUEL).

Il motivo è infondato.

Il bando di gara è stato approvato dal Dirigente responsabile con determinazione del 22.4.2009.

In virtù dell'art. 107 TUEL spettano ai dirigenti comunali tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente; sono inoltre attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare "la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso".

Correttamente quindi il Dirigente ha dato attuazione, con il bando impugnato, agli indirizzi espressi dal Consiglio Comunale, nella delibera del 19.2.2009, che concerne l'affidamento della piscina comunale e che demanda allo stesso Dirigente l'indizione della gara.

Con il secondo motivo di ricorso si contesta la violazione delle norme statali e regionali, segnatamente L. 289/2002 e L.R. Puglia 33/2006 che prevedono l'affidamento di impianti sportivi comunali a determinati organismi sportivi.

Il motivo è infondato.

L'art. 90, comma 25 della L. 289/2002 prevede che nei casi in cui il Comune non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata "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".

L'art 19 della L. R. Puglia 33/2006 ribadisce poi che la gestione degli impianti sportivi è affidata dagli enti territoriali proprietari, "in via preferenziale", a federazioni sportive nazionali, discipline sportive associate ed enti di promozione sportiva riconosciuti dal CONI, società e associazioni sportive dilettantistiche aventi i requisiti indicati dall'articolo 90 della L. n. 289/2002.

Le disposizioni richiamate, contraddistinte entrambe dal termine "preferenziale", impongono di prevedere agevolazioni o punteggi aggiuntivi per i soggetti favoriti ma non proibiscono ad altri organismi di partecipare alla gara.

La censura è dunque priva di fondamento in quanto il bando prevede almeno due criteri di valutazione relativi ai soggetti indicati ("possesso della qualificazione di scuola nuoto federale", "anzianità di affiliazione a federazioni sportive ed enti di promozione sportiva" pagg. 7-8 del bando di gara); tali criteri sono espressione

della preferenza manifestata dall'Amministrazione verso i soggetti richiamati nelle norme invocate e garantiscono il rispetto delle norme invocate dalla ricorrente..

Con il terzo motivo di ricorso si deduce che l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere, in virtù del disposto dell'art. 30 D.lgs. 163/2006, per la concessione di servizi, all'esperimento di una gara informale e non di una gara pubblica.

La censura non merita accoglimento.

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”.

Lo schema della gara informale, richiamato dal citato art. 30 in tema di concessione di servizi, costituisce un modulo procedimentale caratterizzato da ampia discrezionalità dell'amministrazione (cfr. Tar Puglia – sez. Bari 2768/2007); di conseguenza, nella fissazione delle regole della selezione concorsuale - al fine di realizzare “i principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici” – l'Amministrazione ben può scegliere di avvalersi di un modello predefinito, quale quello della gara pubblica, che lo stesso legislatore ha tipizzato come espressione massima dei principi di trasparenza e concorrenzialità.

L'esigenza della gara informale corrisponde infatti alla *ratio* di garantire uno standard minimo di concorrenzialità ma non inibisce all'Amministrazione il ricorso a procedure maggiormente aperte e trasparenti; tale *ratio* è confermata dallo stesso art. 30, quarto comma, dove sono fatte salve “discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza”.

Secondo la quarta censura il bando ha disatteso la previsione dell'art. 8 dello schema di convenzione, che richiama l'art. 19, comma 5, L.R. 33/2006, in base al quale in caso di affidamento della gestione ad un nuovo soggetto "è tenuta in considerazione la garanzia che il soggetto subentrante sia in grado di assicurare la rioccupazione dei lavoratori che, per effetto del cambio di gestione, potrebbero perdere il posto di lavoro".

Il motivo non ha fondamento.

Deve anzitutto essere disattesa la lettura data alla norma dalla ricorrente, in base alla quale il bando avrebbe dovuto prevedere l'obbligo per l'aggiudicatario di assumere i dipendenti in esubero.

La norma chiaramente si limita ad imporre all'Amministrazione di considerare nella procedura di gara la disponibilità del partecipante a rioccupare i dipendenti il cui posto di lavoro è a rischio. Tale disposizione è quindi rispettata dalla clausola di gara che prevede il beneficio di un punto, fino ad un massimo di sette punti, per la rioccupazione di ciascun lavoratore (pag. 9 del bando di gara).

Con il quinto motivo vengono impugnati gli atti di gara nella parte in cui non individuano in alcun modo le tariffe da praticare all'utenza né prevedono l'attribuzione di alcun punteggio in ragione delle tariffe applicate.

Il motivo non è fondato.

La determinazione delle tariffe all'utenza, che pure costituiscono uno strumento per orientare il godimento del bene pubblico in conformità agli interessi della collettività di riferimento, non rappresentano l'unico mezzo per realizzare l'interesse pubblico nella gestione dell'impianto.

E' lo stesso art 30 D.lgs 163/2006, in tema di concessione di servizi, a prevedere come eventuale e facoltativa l'imposizione di una tariffa all'utenza inferiore a quella di mercato, limitando così la possibilità di sfruttamento economico del concessionario e fatta comunque salva, a compensazione, la previsione di un

prezzo a carico dell'Amministrazione, nel caso di specie non contemplato (cfr. art. 30, comma 2, “nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare”).

Il potere di regolazione da parte dell'Amministrazione proprietaria, a prescindere dalla predeterminazione delle tariffe, può pertanto concretarsi anche nell'imposizione di vincoli nell'utilizzo a tutela di interessi meritevoli o a favore di categorie svantaggiate.

Tale risultato è perseguito dalla convenzione a base dell'affidamento in oggetto, con la quale il Comune si propone di promuovere l'attività sportiva. In particolare (cfr. art. 6, 7 della Convenzione): 1) a richiesta del dirigente scolastico la concessionaria deve garantire la disponibilità gratuita della piscina al mattino, per un minimo di un'ora al giorno in vasca; 2) è riservata gratuitamente agli anziani e ai soggetti con disabilità un apposito spazio d'acqua per un minimo di otto ore a settimana; 3) è riservato uno spazio adeguato a locali associazioni e società sportive del settore e ad atleti e tesserati FIN 4) l'Amministrazione può organizzare nell'impianto, gratuitamente, tre manifestazioni pubbliche all'anno.

La previsione di tali prestazioni a titolo gratuito costituisce un vincolo nell'impiego economico della struttura da parte del concessionario che giustifica e controbilancia la libertà di determinazione della tariffa, consentendo un equo

contemperamento tra interesse della collettività al più ampio godimento della struttura e interesse privato all'utilizzo imprenditoriale dell'impianto.

Con il sesto motivo la ricorrente denuncia la disomogeneità e la non proporzionalità dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica.

Il motivo è infondato.

L'art. 20 della L.R. 33/2006 elenca, in maniera non tassativa, taluni requisiti soggettivi e oggettivi a cui l'Amministrazione deve attribuire "valori omogenei e proporzionati tra loro, da pubblicizzare per le gare di affidamento della gestione".

Al riguardo, le scelte operate dall'Amministrazione aggiudicatrice in materia di predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica devono considerarsi ampiamente discrezionali, salvo che non risultino manifestamente illogiche o contraddittorie.

Il ricorrente lamenta la differenza di punteggio attribuita ai corsi di durata semestrale svolti nel corso dell'anno (da 1 a 5 punti per ciascun corso) rispetto ai corsi di durata quindicinale svolti nel periodo estivo (da 1 a 12 punti).

Il differente trattamento non risulta arbitrario; l'attribuzione di un valore premiante ai corsi del periodo estivo è giustificata dalla facoltà del concessionario di chiudere l'impianto in tale periodo, secondo quanto previsto dalla Convenzione d'uso (art. 5 dove si prevede l'eventuale chiusura nei mesi di Luglio e Agosto); la scelta di mantenere aperto l'impianto nel periodo estivo e di svolgere attività ricreative in piscina per anziani, giovani e disabili costituisce evidentemente elemento di giudizio apprezzabile dall'Amministrazione.

Inoltre, il ricorrente lamenta lo scarso punteggio previsto per la pregressa esperienza di gestione di impianti natatori (1 punto per ogni anno con un massimo di 6 punti) rispetto a quello attribuito per la gestione di impianti diversi da quelli natatori (fino a 3 punti, 1 punto ogni cinque anni).

Anche tale previsione non risulta né irragionevole né sproporzionata, atteso che viene comunque maggiormente valorizzata la pregressa esperienza in campo natatorio con attribuzione di un maggior punteggio rispetto quello previsto relativamente impianti non natatori.

Parimenti non può essere condiviso il rilievo riguardante la non proporzionalità del criterio relativo al numero di tesserati che attribuisce 5, 4, 3 punti ai primi tre concorrenti per numero di tesserati, posto che il punteggio attribuito risulta correttamente commisurato al numero dei tesserati, non risultando necessario, né sindacabile giudizialmente, come preteso dal ricorrente, un punteggio esattamente proporzionale al numero di tesserati.

Errato, infine, in punto di fatto risulta il rilievo relativo alla mancata considerazione del fattore canone, considerato che alla pagina 9 del bando al suddetto fattore vengono attribuiti fino a 30 punti.

In conclusione, non sono riscontrabili profili di irragionevolezza, disomogeneità o sproporzione nella determinazione dei criteri di valutazione.

Il ricorso principale deve pertanto essere respinto.

Parimenti infondati sono i motivi aggiunti.

Con il primo motivo aggiunto viene censurata l'illegittimità dell'aggiudicazione provvisoria derivata dai vizi del bando dedotti con il ricorso principale.

Il motivo è infondato stante l'infondatezza, per le ragioni appena esposte, del ricorso principale.

Con il secondo motivo aggiunto si lamenta che il punteggio attribuito al canone non rispetterebbe il limite stabilito dal legislatore regionale.

Il motivo non ha pregio.

L'art. 20, comma 5, prevede che il totale dei valori assegnati per gli ulteriori requisiti eventualmente individuati dagli enti territoriali - tra i quali rientra il

“fattore canone” - in aggiunta a quelli espressamente elencati “non può comunque superare il 30 per cento del valore complessivo di tutti i requisiti di valutazione”.

Dato 100 il valore complessivo di tutti i requisiti (70 per il merito tecnico e 30 per quello economico), il punteggio connesso al canone offerto (30 punti) è esattamente il 30 per cento. Pertanto la censura non ha obiettivamente fondamento.

Considerata l'infondatezza dei motivi, il Collegio respinge il ricorso.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Terza Sezione di Lecce respinge il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Gabriella Caprini, Referendario

Luca De Gennaro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/11/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO