

Impianti sportivi comunali: aspetti problematici della gestione «indiretta»

di **Stefano Villamena**

L'approfondimento

Nessuna norma obbliga i Comuni ad «esternalizzare» la gestione di determinati servizi (impianti sportivi, prestazioni in centri assistenziali, case di accoglienza e di riposo, mense scolastiche e così via); ma, qualora il Comune si determini in tal senso, il conferimento a soggetti terzi - affidato in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e Federazioni sportive nazionali - deve avvenire tramite gara rispettosa del regime di libera concorrenza, non potendosi ricavare dalla normativa vigente alcuna ragione di preferenza a favore di una figura organizzativa solo perché, ad esempio, posizionata in un determinato territorio.

La presenza di previsioni fortemente restrittive della concorrenza nelle delibere comunali può, infatti, mascherare inaccettabili forme di contribuzione pubblica a favore dei soggetti affidatari.

Riferimenti

TAR Marche, Sez. I, sentenza 24 gennaio 2013, n. 73

Legge 27 dicembre 2002, n. 289, art. 90

Sempre più spesso si approvano a livello comunale delibere che disciplinano le modalità di affidamento della gestione di impianti sportivi di proprietà dello stesso Comune.

Si tratta di un fenomeno molto ampio; come,

infatti, ha rilevato il TAR Lazio¹ “la maggior parte degli impianti sportivi a disposizione dei cittadini è costituita da impianti di proprietà pubblica”.

Rispetto della concorrenza

Negli atti indicati si prevedono, talvolta, clausole che pongono seri problemi riguardo al rispetto del valore “concorrenza”. Si pensi a quelle delibere in cui si prevede quale requisito di partecipazione dell'affidatario il “radicamento sul territorio” dello stesso; oppure “precedenti esperienze positive maturate nella gestione di impianti simili”; fino a giungere al caso limite di affidamento riservato esclusivamente alle associazioni “presenti sul territorio comunale”².

Prima di approfondire la questione sommariamente indicata, merita ricordare che le due principali modalità di gestione degli impianti sportivi in parola sono rappresentate dalla gestione in forma “diretta”, ossia da parte degli stessi organi comunali³, e dalla gestione in for-

Stefano Villamena - Professore aggregato di Diritto Amministrativo nella Facoltà di Giurisprudenza di Macerata

Note:

1 Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, *ter*, 22 marzo 2011, n. 2538.

2 Il caso indicato è stato oggetto di ricorso innanzi al Giudice amministrativo (TAR Campania, Napoli, Sez. I, 27 maggio 2010, n. 9742), che ha annullato la clausola limitativa ricordata nel testo, in quanto “si presentava irragionevole e discriminatoria, violando i principi di imparzialità, parità di trattamento e di massima partecipazione”.

3 E ciò, anche in associazione con altri enti pubblici, tenuto
(segue)

ma “indiretta”, ossia mediante affidamento a soggetti esterni⁴.

Riguardo a questa seconda forma di gestione, la materia è regolata a livello nazionale dall'art. 90, legge 27 dicembre 2002, n. 289⁵ (legge finanziaria per il 2003), i cui commi 25 e 26 si interessano proprio della “gestione a favore di terzi” dei relativi impianti sportivi⁶.

Il comma 25, si occupa della generalità degli «impianti sportivi». Il successivo comma 26, si occupa invece di una particolare fattispecie costituita dagli “impianti sportivi scolastici”⁷.

Un elemento che lega le due previsioni appena indicate è costituito dalla preferenza, accordata alle “società” e “associazioni” sportive dilettantistiche, quali possibili affidatarie della relativa gestione.

Di contro, un elemento di distinzione fra le stesse è che soltanto nel caso degli impianti sportivi “scolastici” si prevede una preferenza a favore dei soggetti “aventi sede nel medesimo Comune in cui ha sede l'istituto scolastico”⁸.

Territorialità: aspetti problematici

È proprio il requisito della “territorialità”, da intendersi come “appartenenza a un certo territorio”, a rappresentare un elemento problematico in tema.

Del resto, si tratta di un elemento che, anche in altri settori, diversi da quello degli appalti pubblici, non ha mancato di creare tradizionalmente dubbi e perplessità prima di essere rimosso. Si pensi, fra gli altri, al caso dei concorsi per l'accesso ai pubblici uffici.

In base alla disciplina nazionale del 2002 - che sul punto rappresenta disciplina di principio, ai sensi dell'art. 117 Cost. - il requisito dell'appartenenza territoriale appena menzionato è dunque ipotizzabile solo laddove si tratti di “impianti sportivi scolastici”. Infatti, per gli altri impianti, ossia per quelli diversi da quelli appena indicati, la legge del 2003 cit. accorda sì una preferenza, ma limitata alla qualifica soggettiva dei gestori, ossia svincolata da ogni riferimento geo-

grafico territoriale, laddove stabilisce, al comma 25, che la gestione è affidata, “in via preferenziale”, a “società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e Federazioni sportive nazionali”.

Per quanto riguarda le altre specificazioni poste dalla disciplina nazionale si rammentano, infine, due profili: il primo è che il più volte menzionato comma 25 si limita ad affermare che l'individuazione dei soggetti affidatari dovrà avvenire “previa determinazione di criteri generali e obiettivi”; il secondo è che lo stesso comma 25 attribuisce alle Regioni la competenza in ordine alla disciplina di dettaglio delle modalità di affidamento⁹.

Note:

(segue nota 3)

conto naturalmente delle specifiche caratteristiche organizzative, finanziarie e contabili dell'impianto, nonché della idoneità del personale a disposizione e delle finalità pubbliche da perseguire.

- 4 In tema, fra gli altri, G. Federici, “Sulle procedure di affidamento a privati della gestione di piscine comunali”, in *Nuova rass.*, 1990, fasc. 2, pagg. 238 e ss.; R. Patrassi, “Problemi sulla gestione degli impianti sportivi comunali”, in *Amm. it.*, 1999, fasc. 9, pagg. 1192 e ss.; S. Del Gatto, “Affidamento a privati di locali all'interno di impianti sportivi di proprietà comunale: locazione di immobile o concessione di beni pubblici?”, in *Riv. giur. edil.*, 2003, pagg. 1544 e ss.; F. Bertorino, “Riflessioni sugli impianti sportivi comunali alla luce delle recenti novità legislative”, in *Comuni d'Italia*, 2004, fasc. 6, pagg. 90 e ss.; S. Monzani, “L'affidamento di servizi pubblici locali alla luce dei più recenti interventi legislativi: in particolare, la gestione di impianti sportivi”, in *Amm. it.*, 2008, fasc. 12, pagg. 1592 e ss.; A. Zuccolo, “L'affidamento della gestione degli impianti sportivi comunali quale concessione di un servizio pubblico di rilevanza economica”, in *Contr. Stato Enti pubbl.*, 2009, fasc. 4, pagg. 532 e ss.

A livello generale vedi, infine, C. Mignone, G. Pericu, F. Roversi Monaco (a cura di), *Le esternalizzazioni*, Bologna, 2007.

5 In *Banca Dati BIG Suite*, IPSOA.

6 Merita ricordare che anche il comma 24 dell'articolo indicato si occupa degli impianti sportivi, tuttavia si interessa esclusivamente dell'“uso” degli stessi - dunque non propriamente della “gestione” - stabilendo che tali impianti sono “apert(i) a tutti i cittadini”, ed aggiungendo che il relativo “uso” è garantito alle società e alle associazioni sportive in base a “criteri obbiettivi”.

7 *Ivi* comprese “le palestre” e “le aree di gioco”.

8 Ovvero “in Comuni confinanti”, seppure col limite rappresentato dalla compatibilità della relativa gestione con le esigenze dell'attività didattica e sportiva della scuola.

9 Alcuni esempi recenti in tal senso sono rappresentati dalla l.r. Abruzzo n. 27/2012, “Disciplina delle modalità di affidamento

(segue)

Da quanto indicato si possono cogliere le molteplici ragioni che conducono i diversi Consigli comunali ad approvare con una certa frequenza le delibere menzionate. L'ampiezza del fenomeno, associata al riconoscimento di un'estesa competenza legislativa regionale in materia, seppur nei limiti indicati dalla normativa statale, determina che i Comuni si trovino spesso ad interessarsi del tema, talora anche solo per adeguare la propria disciplina locale ai cambiamenti avvenuti a livello regionale, ciò sia a causa dell'approvazione di una legge regionale, sia per la modificazione di quella eventualmente esistente.

Nelle deliberazioni comunali si possono riscontrare previsioni che talvolta si limitano a recepire il dato normativo nazionale e/o regionale. In altri casi, al contrario, si ravvisano previsioni che dispongono clausole a dir poco "singolari", capaci di determinare forti restrizioni alle regole della concorrenza.

Si sono già richiamati alcuni casi esemplari riguardo questa seconda ipotesi. Essi, come anticipato, si possono ricondurre al "radicamento sul territorio del soggetto affidatario", nonché alle "precedenti esperienze positive maturate nella gestione di impianti sportivi similari": nel primo caso è come se si volesse riconoscere una sorta di diritto d'insistenza al precedente affidatario¹⁰; nel secondo è come se si volesse riconoscere un vantaggio più o meno forte alle associazioni locali.

Per questa via, è facile intuire che si possa sviare dalle finalità perseguite dalla normativa in materia di concorrenza, rappresentata nel nostro ordinamento dal codice degli appalti pub-

Il problema

Clausole restrittive della concorrenza

Nel disciplinare le modalità di affidamento della gestione di impianti sportivi di proprietà del Comune, spesso vengono inserite previsioni che dispongono clausole fortemente restrittive della concorrenza.

Alcuni casi esemplari possono essere ricondotti al **radicamento sul territorio del soggetto affidatario** nonché alle **precedenti esperienze positive maturate nella gestione** di impianti sportivi similari.

Nel **primo caso** è come se si volesse riconoscere una sorta di **diritto d'insistenza** al precedente affidatario; nel **secondo**, è come se si volesse riconoscere un **vantaggio** più o meno forte alle **associazioni locali**.

blici del 2006¹¹, soprattutto laddove le clausole indicate venissero applicate come requisiti di partecipazione, nonché, in alternativa, come criteri di valutazione con pesi eccessivamente elevati.

Simili applicazioni potrebbero mascherare inaccettabili forme di contribuzione pubblica a favore dei soggetti affidatari. Da cui potrebbero derivare, per altro, rilevanti responsabilità contabili per danno all'erario in capo al funzionario responsabile¹².

Non si trascuri, inoltre,

Note:

(segue nota 9)

di impianti sportivi da parte degli Enti pubblici territoriali della Regione Abruzzo, interventi a favore degli atleti paraolimpici e disciplina per la concessione di contributi a sostegno dell'impiantistica sportiva di cui al Titolo XI della l.r. n. 20/2000" e dalla l.r. Marche n. 5/2012, "Disposizioni regionali in materia di sport e tempo libero".

10 Si riprende qui, in via analogica, il famigerato *diritto di insistenza* previsto dal codice della navigazione a favore del precedente concessionario di un bene demaniale (e soprattutto di una spiaggia); un *diritto* che consentiva al concessionario stesso di avere una sorta di prelazione nella riassegnazione del bene demaniale. Sulle novità in tema, compresi i risvolti problematici che ciò pone in termini di concorrenza e libera circolazione, sia consentito rinviare a S. Villamena, "Concessioni demaniali marittime e concorrenza. Profili ricostruttivi e modalità operative", in G. Lami (a cura di), *Le concessioni demaniali marittime tra passato presente e futuro*, Padova, 2010, pagg. 83 e ss.

11 Approvato con D.Lgs. n. 163/2006 (*infra*).

12 Per un caso specifico in cui, in questo ambito, il Giudice amministrativo ha ritenuto opportuno *attivare* la Corte dei conti (Procura regionale presso la Sezione Giurisdizionale), al fine di accertare se si fossero verificate eventuali responsabilità amministrative per danno erariale: TAR Basilicata, Potenza, Sez. I, 11 maggio 2011, n. 255.

Sempre in tema di responsabilità, ma stavolta relativamente ai danni causati a terzi, L. Gavazzi, "La responsabilità del gestore di un impianto sportivo di proprietà comunale", in *Resp. civ. e prev.*, 2006, pag. 1311 e ss. Il contributo si occupa di una interessante pronuncia del Tribunale di Milano in cui si è statuito che, nell'ipotesi di impianto sportivo di proprietà del Comune,

(segue)

che talvolta la previsione di un semplice rimborso a favore del soggetto-gestore potrebbe invero celare forme di contribuzione occulta, qualora fosse sganciato da una chiara e trasparente indicazione delle spese effettivamente sostenute.

La disciplina concorsuale mira a salvaguardare l'interesse pubblico alla trasparenza, imparzialità ed economicità dell'azione e, contemporaneamente, a proteggere il principio della libera concorrenza.

Assunti, questi, che trovano puntuale conferma sia nell'art. 41 della Costituzione (che garantisce la libertà di iniziativa economica privata), sia nel Trattato istitutivo CE (dove la libera concorrenza costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario).

Quando l'Amministrazione restringe o addirittura elimina la concorrenza¹³, si preclude da sé la stessa possibilità di valutare una pluralità di offerte e dunque di affidare l'appalto all'impresa che offre le migliori condizioni.

Rilevanza economica dell'affidamento

Da ultimo, merita qui ricordare il profilo concernente la rilevanza economica (o non) dell'affidamento.

Tale verifica può risultare anche molto complessa, basandosi spesso su meri indicatori presuntivi¹⁴.

L'accertamento indicato va comunque effettuato, atteso che qualora la gestione dell'impianto rientri fra i casi di attività a valenza economica, si potrà parlare "con maggiore sicurezza" dell'applicabilità delle regole sulla concorrenza¹⁵.

Si tratta di un profilo che meriterebbe di essere maggiormente sviluppato.

In questa sede sembra però sufficiente richiamare una recente pronuncia del Giudice amministrativo. In questa, si precisa che, ai fini della definizione della rilevanza economica del «servizio sportivo», è necessario distinguere fra servizi che si ritiene debbano essere resi alla collettività "anche al di fuori di una logica di

profitto d'impresa" ("cioè quelli che il mercato privato non è in grado o non è interessato a fornire") e servizi che, "pur essendo di pubblica utilità", rientrano in una situazione di "mercato appetibile per gli imprenditori" (nel senso che la loro gestione consente una "remunerazione dei fattori di produzione e del capitale e permette all'impresa di trarre dalla gestione la fonte della remunerazione, con esclusione di interventi pubblici")¹⁶.

Note:

(segue nota 12)

e da questo dato in gestione ad una cooperativa, per i danni causati a terzi dalle cose che in esso si trovano, rispondono entrambi *in via solidale*, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2051 c.c. E ciò, a meno che nel capitolato speciale non sia previsto l'accollo totale del rischio in capo al gestore e l'esonerazione dell'ente da qualsiasi tipo di responsabilità. Merita precisare, inoltre, che ai fini del risarcimento del danno subito il danneggiato deve provare l'esistenza del rapporto eziologico tra la cosa e l'evento lesivo; mentre il custode, per essere esonerato dalla responsabilità, deve provare l'esistenza di un fattore esterno estraneo alla sua sfera soggettiva e che presenti i caratteri dell'imprevedibilità ed eccezionalità.

13 Cfr. TAR Basilicata, Potenza, Sez. I, 12 maggio 2007, n. 366. Si trattava dell'affidamento mediante trattativa privata della gestione, per quattro mesi, dei Campi di Tennis di proprietà comunale.

14 Secondo alcuni orientamenti comunitari, la distinzione tra attività economiche e non ha carattere *dinamico* ed *evolutivo*, in quanto non è possibile fissare a priori un elenco definitivo dei relativi servizi, che varia nel tempo a seconda delle trasformazioni sociali. Secondo costante giurisprudenza comunitaria spetta comunque al Giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare: assenza di uno scopo precipuamente lucrativo; mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività; eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione. L'ente locale, infine, incide spesso sulla potenziale rilevanza economica degli impianti, con l'introduzione di vincoli convenzionali che comprimono la capacità di autofinanziamento del soggetto gestore: fra questi, il rispetto del sistema tariffario dei servizi rivolti all'utenza; i vincoli sociali di utilizzo; il numero di giornate di uso riservato degli impianti a titolo gratuito per iniziative dell'ente o di soggetti patrocinati; eventuali migliorie obbligatorie. In tal senso, TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 27 novembre 2009, n. 2868.

15 La necessità di una gara pubblica non è da escludersi neppure nelle altre ipotesi prive di rilevanza economica. Ma qui si impone con maggiore forza una verifica caso per caso al fine di verificare i *pro* e i *contra* di una simile scelta. Merita infine rilevare che la rilevanza economica (o non) di un affidamento può dipendere anche e soprattutto dalla presenza di particolari vincoli posti dal Comune al soggetto concessionario (vedi sopra, nota precedente).

16 TAR Lazio, Roma, Sez. II *ter*, 22 marzo 2011, n. 2538.

Scelta della forma di gestione:

fra libertà e vincoli

Alla luce di quanto premesso, le nostre osservazioni interessano l'ipotesi riguardante l'affidamento a rilevanza economica, senza addentrarsi nel campo connesso, ma separato dall'affidamento della gestione di impianti sportivi privi di tale rilevanza.

Occorre anzitutto precisare che nessuna norma obbliga i Comuni ad affidare all'esterno determinati servizi, ossia ad esternalizzarli, ove preferiscano amministrarli in via diretta o in economia.

Oltre agli impianti sportivi, le forme di gestione in via diretta o in economia interessano tradizionalmente i servizi di illuminazione, quelli prestati in centri assistenziali, case di accoglienza, case di riposo, case famiglia, mense scolastiche, biblioteche, ecc.

Tuttavia, qualora il Comune si determini diversamente, scelta che per altro appartiene alla sfera del merito amministrativo¹⁷, e che trova ora un suo preciso ancoraggio costituzionale nel principio di sussidiarietà, di cui all'art. 118 della Costituzione¹⁸, il conferimento a soggetti terzi deve necessariamente avvenire tramite gara rispettosa del regime di libera concorrenza¹⁹, non potendosi ricavare dalla normativa vigente (fra cui soprattutto il già citato art. 90, comma 25, legge n. 289/2002) alcuna ragione di preferenza a favore di una figura organizzativa solo perché posizionata in un determinato territorio²⁰.

Da quanto rilevato, consegue che, anche in questo settore, l'ente locale ha l'obbligo di operare secondo una logica di *management* pubblico.

Osservazioni critiche

Requisiti troppo rigidi limitano la scelta della migliore offerta

Nelle delibere comunali che disciplinano l'affidamento della gestione di servizi destinati alla collettività, **criteri** tendenzialmente **restrittivi** come quelli legati alla **"territorialità"** non possono **prevalere** in maniera del tutto irragionevole su **altri** che hanno la **logica priorità**, come, ad esempio, la **convenienza** dell'**offerta tecnico-economica**, specialmente in tempi di notevole contrazione delle risorse finanziarie a disposizione degli enti locali.

È opportuno prestare grande **attenzione** alla misura o **proporzionalità** di tali previsioni, onde trovare un **ragionevole equilibrio** fra **agevolazioni** previste e corrispondenti **punteggi applicabili**, così da **scongiurare** la minaccia di **discriminazioni** basate su **requisiti** precostituiti, o **"su misura"**.

In tal modo, potrà cercare di soddisfare, anche attraverso delicate ma necessarie operazioni di bilanciamento, la "massimizzazione delle fonti di finanziamento delle attività di gestione" e «gli obiettivi politici di socialità»²¹.

Necessità del confronto concorrenziale in tema di affidamento della gestione di impianti sportivi

L'obbligatorietà di un confronto concorrenziale nella scelta del gestore dell'impianto sportivo impone di fissare regole non discriminatorie per il relativo affi-

damento.

In caso contrario, infatti, la stessa pubblicazione di un bando o di un avviso potrebbe costituire un mero orpello formale privo di alcuna sostanza, se non quella di rendere pubblica, e dunque conoscibile all'esterno, l'intenzione della P.A.

È noto che in qualsiasi procedura di evidenza pubblica, l'Amministrazione dispone di un margine flessibile di discrezionalità nella fissa-

Note:

17 Come tale insindacabile dall'organo giurisdizionale.

18 Ove viene favorita l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli e associati per lo svolgimento di attività di interesse generale.

19 Occorre tuttavia considerare che la gestione diretta da parte del Comune rappresenta un modello recessivo, che si adatta a situazioni residuali caratterizzate dalla presenza di impianti di modeste dimensioni o che comunque prevedono oneri organizzativi ed economici limitati. Può talvolta accadere, per altro, che l'*esternalizzazione* rappresenti un vero e proprio *fallimento* per l'ente pubblico; vedi in tal senso, TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 19 agosto 2011, n. 2097 (relativamente alla gestione di una struttura sportiva polivalente di proprietà della Provincia).

20 In tal senso, Tar Lazio, Roma, Sez. II *ter*, 22 marzo 2011, n. 2538, cit.

21 In tal senso, ancora, Tar Lazio, Roma, Sez. II *ter*, 22 marzo 2011, n. 2538, cit.

zione dei requisiti di partecipazione e nella determinazione dei criteri di selezione del soggetto affidatario.

Nondimeno è parimenti noto che tali scelte devono essere operate nel rispetto delle normative vigenti, nonché secondo ragionevolezza e proporzionalità.

In base a una giurisprudenza recente, l'affidamento della gestione di un impianto sportivo non ha una precisa collocazione nel quadro delle norme relative agli appalti. Ciononostante, precisa la stessa giurisprudenza menzionata, "l'ente locale che intenda affidare a terzi la gestione degli impianti sportivi è tenuto, ai sensi dell'art. 30, comma 3, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, a indire una gara pubblica aperta a tutti i soggetti qualificati in relazione al suo oggetto"²².

Il presupposto della sottoposizione ai principi dell'evidenza pubblica sta nel fatto di consentire la scelta del soggetto maggiormente qualificato per lo svolgimento di un'attività che soddisfa bisogni collettivi riconosciuti degni di tutela. Bisogni collettivi che coincidono con la diffusione della pratica sportiva, atteso che è universalmente riconosciuta l'importanza dello sport, inteso appunto come pratica sportiva, ai fini dell'aggregazione sociale, della prevenzione delle malattie, della formazione dei giovani²³.

Se, oltre a ciò, l'uso del bene concesso è suscettibile di produrre un'utilità economica si impone, a maggior ragione, l'adozione di una procedura comparativa ispirata ai principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento²⁴.

Per le ragioni appena indicate, è appena il caso di rilevare che anche l'affidamento della gestione di impianti privi di rilevanza economica, non dovrebbe poter sfuggire ad una qualche, seppur blanda, procedura competitiva.

Ciò posto, qualora il Comune preveda nelle sue deliberazioni "requisiti" troppo rigidi per poter partecipare alla gara, ovvero "qualità" che in modo non ragionevole e proporzionato po-

tranno essere valutate con peso maggiore rispetto ad altre, ecco che, fatalmente, si pone un forte limite alla scelta della migliore offerta possibile²⁵.

TAR Marche: sentenza 24 gennaio 2013, n. 73

Torna qui utile il richiamo ad una recentissima pronuncia del TAR Marche²⁶, relativa all'affidamento della gestione di un impianto natatorio, avvenuto per altro in applicazione di una recentissima legge regionale in materia²⁷.

La vicenda (per quanto rileva in questa sede) si può riassumere nei termini seguenti: una società sportiva provvede a impugnare i provvedimenti comunali con cui era stata affidata la gestione di una piscina comunale ad un'altra società sportiva poiché, nonostante la ricorren-

Note:

22 Cons. Stato, Sez. V, 20 febbraio 2009, n. 1030 (ripresa da TAR Lazio, Roma, Sez. II *ter*, 22 marzo 2011, n. 2538, cit.). Per un commento aggiornato all'articolo indicato: B. Mameli, *Articolo 30*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, IPSOA, 2013, pag. 399 e ss.

Il tipo di servizio oggetto di procedura di gara (*servizio sportivo*) potrebbe del resto comportare anche l'applicazione dell'art. 20, Codice degli appalti cit., laddove si prevedono una serie di regole a tutela della concorrenza con riferimento ai c.d. servizi sociali. In tal caso, secondo la dottrina il relativo affidamento dovrebbe avvenire secondo la disciplina dell'art. 27 del Codice cit., che non differisce di molto da quella dell'art. 30 cit. Sul punto vedi, ancora, B. Mameli, *Articoli 20-21*, in L. R. Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, cit., pag. 298 e ss.

23 Così, TAR Lazio, Roma, Sez. II *ter*, 22 marzo 2011, n. 2538, cit., che qualifica come rientrante nell'area dei «servizi alla persona, o dei servizi sociali», quello relativo alla gestione di un impianto sportivo di proprietà comunale.

24 TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 3 giugno 2010, n. 1341.

25 Si prenda come esempio, anche se relativamente ad un settore diverso, la recente pronuncia del TAR Lazio, Roma, Sez. III, 24 aprile 2013, n. 1779, in base alla quale «È illegittima - ponendosi in aperto contrasto con i principi di proporzionalità e di ragionevolezza che debbono orientare l'esercizio della facoltà di scelta della stazione appaltante dei requisiti di partecipazione e di verifica dell'affidabilità economica dei concorrenti, a norma dell'art. 41, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 - la clausola del bando che richiede, ai fini della partecipazione alla gara, un fatturato globale realizzato complessivamente negli ultimi tre anni di molto sproporzionato rispetto all'importo stabilito a base d'asta».

26 TAR Marche, Ancona, Sez. I, 24 gennaio 2013, n. 73.

27 La già citata l.r. Marche n. 5/2012, «Disposizioni regionali in materia di sport e tempo libero».

te avesse presentato la migliore offerta (sotto forma di un canone più elevato), non era risultata aggiudicataria in quanto il bando prevedeva, come “requisito preferenziale”, il fatto di essere (*id est* di possedere come “qualità”) una società sportiva avente sede nel territorio comunale.

Il Giudice amministrativo - dopo aver rilevato che il servizio in questione, a differenza di quanto sostenuto dal Comune, aveva rilevanza economica²⁸ - ha esattamente stabilito che il Comune violava la normativa regionale di riferimento²⁹ poiché, tali disposizioni, “vietano la limitazione della partecipazione ai soli soggetti aventi sedi nel Comune che indice la gara”.

Ma, ciò che più rileva ai nostri fini, è che lo stesso Organo giudicante sembra dettare nella pronuncia richiamata la corretta e più adeguata linea interpretativa da seguire in simili fattispecie³⁰. Ciò, laddove stabilisce che criteri tendenzialmente restrittivi come quelli legati alla “territorialità” - a causa del timore che l'affidamento possa essere aggiudicato ad una “società straniera”, come la definisce il Giudice in parola, con conseguenti rischi circa la corretta fruizione degli impianti sportivi - non possono prevalere “in maniera del tutto irragionevole su altri che hanno la logica priorità”, come ad esempio la “convenienza dell’offerta tecnico-economica”, specialmente “in tempi di notevole contrazione delle risorse finanziarie a disposizione degli enti locali”.

La giurisprudenza richiamata (per altro in linea con quella di cui si è dato conto in precedenza) stabilisce in definitiva che la previsione di criteri simili a quelli appena indicati potrebbe passare indenne il vaglio di legittimità solo laddove non determinasse l’esito della gara.

Il “metodo” che la pronuncia indicata suggerisce è quello di prestare grande attenzione alla misura o proporzionalità di tali previsioni³¹, onde trovare un ragionevole equilibrio fra agevolazioni previste e corrispondenti punteggi applicabili, così da scongiurare la minaccia di

discriminazioni basate su requisiti precostituiti, o “su misura”, che tradirebbero lo spirito stesso della procedura competitiva, nonché i principi generali che governano la materia³².

Recenti aperture a forme ampliate di tutela in tema di concorrenza

Resta da precisare che previsioni potenzialmente discriminatorie come quelle indicate, sarebbero pur sempre impugnabili anche laddove non consentissero l’accesso alla gara, in quanto poste come requisiti di partecipazione e non come semplici criteri di valutazione della qualità delle offerte presentate.

Infatti, pur non avendo partecipato alla gara è comunque consentito agli operatori interessati di impugnare gli atti della relativa procedura, a condizione che il ricorrente contesti:

- a) che una gara sia mancata, avendo l’Amministrazione disposto l’affidamento in via diretta del contratto;
- b) in alternativa, che le clausole del bando siano immediatamente escludenti³³.

Poteri dell’Antitrust sugli atti amministrativi distorsivi della concorrenza:

il nuovo art. 21 bis

Sullo sfondo occorre poi segnalare un nuovo strumento che il nostro ordinamento giuridico

Note:

28 Vedi punto 5 del ricorso (parte in diritto) ove si rileva: «In effetti, sono le stesse deduzioni rassegnate dalla controinteressata nella memoria di costituzione a confermare che la gestione di impianti sportivi pubblici...produce utili economici anche rilevanti».

29 In particolare, artt. 18 e 19, l.r. Marche n. 5/2012 cit., attuativi proprio dell’art. 90, comma 25, l. n. 289/2002.

30 In questo senso, oltre alle pronunce indicate nelle note precedenti, vedi TAR Campania, Napoli, Sez. I, 27 maggio 2010, n. 9742.

31 Sul tema generale, da ultimo, S. Cagnetti, Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica, Torino, 2011. Sia inoltre consentito richiamare, fra i diversi, il mio: Contributo in tema di proporzionalità amministrativa, Milano, 2008.

32 Cioè, le già richiamate norme statali e regionali, oltre che, più in generale, l’art. 12, l. n. 241/1990 (legge sul procedimento amministrativo).

33 Cons. Stato, Sez. III, 5 febbraio 2013, n. 689.

mette a disposizione avverso gli atti amministrativi contrari al valore della concorrenza.

Si tratta del riconoscimento a favore dell'“Antitrust” del potere di agire in giudizio contro gli atti amministrativi che violino le norme poste a tutela della concorrenza del mercato³⁴.

In particolare, se l'Autorità in parola ritiene che una pubblica Amministrazione abbia emanato un atto in violazione della concorrenza, emette un parere motivato nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate.

Qualora l'Amministrazione non dovesse conformarsi nel termine di sessanta giorni alle indicazioni dell'“Antitrust”, quest'ultima potrebbe presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, al Giudice amministrativo.

Si offre così la possibilità all'“Antitrust” di agire come una sorta di “pubblico ministero per la realizzazione dell'interesse generale alla concorrenza”³⁵.

Questo nuovo potere rappresenta emblematicamente una considerevole apertura del nostro processo amministrativo a nuove forme di tutela che, per certi settori, come quello della concorrenza, e dunque anche degli appalti, costi-

tuisce un avvicinamento ai lidi della cd. giurisdizione amministrativa a carattere oggettivo³⁶.

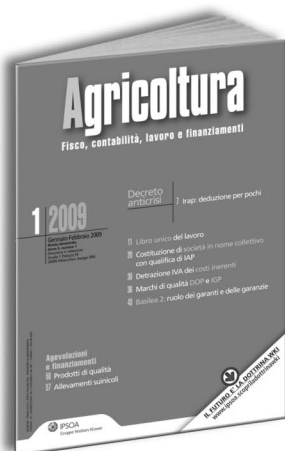
Note:

34 Trattasi, come noto, del nuovo art. 21-bis, legge n. 287/1990, introdotto dalla legge n. 214/2011. La modifica indicata ha determinato un ampio dibattito scientifico, con importanti ricadute pratico-applicative. Si segnalano, a questo riguardo, M. A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in sito web federalismi.it; F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in sito web federalismi.it; R. Politi, *Ricadute processuali a fronte dell'esercizio dei nuovi poteri rimessi all'AGCM ex art. 21 bis della legge 287/1990. Legittimazione al ricorso ed individuazione dell'interesse alla sollecitazione del sindacato*, in sito web federalismi.it; F. Dell'Aversana, *Nota alla segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sulle recenti proposte di legge in materia di concorrenza e liberalizzazioni*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2012, pag. 7 e ss.; M. De Benedetto, “Le liberalizzazioni e i poteri dell'AGCOM”, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, pag. 236 e ss.; M. Clarich, “I nuovi poteri affidati all'Antitrust”, in *Quad. cost.*, 2012, pagg. 115 e ss.

35 Così F. Cintioli, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, *op. cit.*, pag. 6 e ss.

36 In direzione analoga, del resto, muove anche il recentissimo provvedimento legislativo con cui, alla neonata Autorità dei trasporti (legge n. 27/2012), si riconosce la possibilità di proporre ricorso al Giudice amministrativo allo scopo di garantire “il diritto di mobilità degli utenti”.

RIVISTE



AGRICOLTURA

Bimestrale di approfondimento su fisco, contabilità, lavoro e finanziamenti

Comitato di Redazione: M. Bagnoli, D. Buono, N. Caputo, A. Cislighi, M. Guzzon, S. Muleo, G. Venceslai

La Rivista che affronta le **problematiche fiscali, amministrative e contabili** connesse alla gestione delle aziende agricole, offrendo un aiuto concreto all'attività di **professionisti, consulenti del lavoro, enti ed aziende** che si occupano di agricoltura.

Garantisce un'informazione tempestiva ed esauriente su temi di attualità, coniugando **approfondimento e operatività** attraverso l'analisi degli adempimenti, dei casi, delle scritture contabili e della modulistica tipica del settore.

Fornisce strumenti indispensabili per il **monitoraggio** comunitario, nazionale e regionale di **agevolazioni e finanziamenti** legati al mondo agricolo.

Abbonamento annuale: € 118,00
Supporto: carta, web, tablet

Per informazioni:

- **Servizio Informazioni Commerciali:**
Tel. 02.82476794
E-mail: info.commerciali@ipsoa.it
- **Agenzia Ipsoa di zona**
(www.ipsoa.it/agenzie)
- shop.wki.it/rivistaagricoltura