



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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2861 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Associazione Sportiva Dilettantistica (ASD) Pallanuoto Como, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Crocera Stadium Società Sportiva Dilettantistica (SSD) a responsabilità limitata, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Bolognini, Andrea Santoro e Barbara Savorelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Milano, via Visconti Venosta, 7;

contro

Comune di Como, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Marina Ceresa, Marilisa Ogliaroso e Chiara Piatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Associazione Sportiva Dilettantistica (ASD) Como Nuoto, in persona del legale

rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ruggero Tumbiolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Conservatorio, 17;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento, a firma del Dirigente del Settore Patrimonio e Demanio del Comune di Como, datato 12 novembre 2018 con il quale è stato dato Avviso dell'avvenuta aggiudicazione alla A.S.D. Como Nuoto della gara per la <<concessione d'uso del compendio denominato "Impianto Sportivo a Lago" sito in Viale Geno, n. 14>> (doc. 1);

- della Determinazione del Dirigente del Settore Patrimonio e Demanio n. 117/2018 del Registro di Settore e n. 2208 del Registro Generale del 5 novembre 2018, non trasmessa alla ricorrente, con la quale la gara per la <<concessione d'uso del compendio denominato "Impianto Sportivo a Lago" sito in Viale Geno, n. 14>> è stata definitivamente aggiudicata alla A.S.D. Como Nuoto (doc. 2), di ogni altro provvedimento presupposto, connesso o conseguente ed in particolare, per quanto occorrer possa, - del verbale seduta pubblica del 10 settembre 2018 (doc. 3), - del verbale della seduta riservata del 12 settembre 2018 (doc 4), - del verbale della seduta riservata del 24 settembre 2018 (doc. 5), - del verbale della seduta riservata del 27 settembre 2018 (doc. 6) e del verbale della seduta pubblica del 27 settembre 2018 (doc. 7);

nonché, in via subordinata, per quanto riguarda il ricorso incidentale:

per l'annullamento degli stessi provvedimenti impugnati con il ricorso principale e sopra indicati e in particolare della determinazione dirigenziale n. 117/2018 Reg. settore e n. 2208 Reg. generale del 30 ottobre 2018, con la quale il dirigente del settore patrimonio del Comune di Como ha approvato i verbali della commissione di gara e ha aggiudicato in via definitiva a ASD COMO NUOTO la gara per la concessione in uso del compendio immobiliare denominato "Impianto sportivo a

lago”, sito in Como, Viale Geno n. 14, e relativi atti presupposti, connessi e consequenziali, compresi i verbali e le determinazioni della commissione giudicatrice, nella parte in cui il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra ASD PALLANUOTO COMO e CROCERA STADIUM SSD a RL non è stato escluso dalla gara e comunque nella parte in cui sono stati attribuiti al suddetto costituendo raggruppamento temporaneo punteggi non dovuti, nonché l'avviso del 2 agosto 2018 contenente illegittime integrazioni al bando;

per quanto riguarda i motivi aggiunti al ricorso incidentale:

degli stessi provvedimenti impugnati con il ricorso principale e in particolare della determinazione dirigenziale n. 117/2018 Reg. settore e n. 2208 Reg. generale del 30 ottobre 2018, con la quale il dirigente del settore patrimonio del Comune di Como ha approvato i verbali della commissione di gara e ha aggiudicato in via definitiva a ASD COMO NUOTO la gara per la concessione in uso del compendio immobiliare denominato “Impianto sportivo a lago”, sito in Como, Viale Geno n. 14, e relativi atti presupposti, connessi e consequenziali, compresi i verbali e le determinazioni della commissione giudicatrice, nella parte in cui il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra ASD PALLANUOTO COMO e CROCERA STADIUM SSD a RL non è stato escluso dalla gara e comunque nella parte in cui sono stati attribuiti al suddetto costituendo raggruppamento temporaneo punteggi non dovuti, nonché l'avviso del 2 agosto 2018 contenente illegittime integrazioni al bando.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Como e dell'Associazione Sportiva Dilettantistica (ASD) Como Nuoto;

Visti il ricorso incidentale ed i relativi motivi aggiunti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2019 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Como pubblicava un bando di gara per l'assegnazione in concessione d'uso del compendio immobiliare denominato "Impianto sportivo a Lago" sito in Viale Geno n. 14.

Il criterio di aggiudicazione della concessione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un massimo di 70 punti per gli elementi qualitativi e fino a 30 punti per l'elemento economico.

Al termine della procedura risultava aggiudicataria l'Associazione Sportiva Dilettantistica (ASD) Como Nuoto con complessivi 70,25 punti, mentre al secondo posto si collocava l'ASD Pallanuoto Como, quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) con la società sportiva dilettantistica (SSD) a responsabilità limitata Crocera Stadium, con complessivi 69,81 punti.

Era proposto di conseguenza il ricorso principale in epigrafe, con domanda di sospensiva.

Si costituivano in giudizio il Comune di Como e l'Associazione Como Nuoto, concludendo per il rigetto del gravame.

L'Associazione controinteressata proponeva altresì ricorso incidentale, poi integrato con motivi aggiunti.

In esito alla camera di consiglio del 10.1.2019 l'istanza cautelare era respinta con ordinanza della scrivente Sezione n. 50/2019.

Alla pubblica udienza del 21.3.2019 la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La prima questione posta all'attenzione del Collegio è quella della corretta qualificazione della concessione di cui è causa, che l'esponente reputa debba essere una concessione di servizi, con conseguente diretta applicazione al procedimento amministrativo di assegnazione del D.Lgs. 50/2016 (codice dei contratti pubblici o anche solo "codice").

Dapprima si rileva che l'art. 1 comma 1 del codice ne prevede l'applicazione, fra

l'altro, ai contratti di concessione aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi e l'art. 3 comma 1 lettera vv) del codice stesso qualifica la "concessione di servizi" come il contratto a titolo oneroso con il quale le stazioni appaltanti affidano agli operatori economici la fornitura e la gestione di servizi, riconoscendo quale corrispettivo il diritto di gestire tali servizi oppure tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione del rischio operativo in capo al concessionario.

Il successivo art. 164 della Parte III del codice, Parte regolante i "contratti di concessione", ha cura di specificare al comma primo che le norme del codice non si applicano ai provvedimenti con i quali le amministrazioni aggiudicatrici autorizzano l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante <<...l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici>>.

Nel caso di specie il bando (cfr. il doc. 8 della ricorrente), individua quale oggetto della concessione (art. 2), l'uso dell'immobile per attività sportiva e connessa attività di bar e ristorazione.

In capo al concessionario sono poi posti obblighi di esecuzione di lavori di adeguamento e di manutenzione dell'impianto.

Visto pertanto l'oggetto della concessione, la qualificazione corretta della medesima non può che essere che quella di concessione in uso di un bene pubblico per l'esercizio dell'attività tipica dell'associazione sportiva, cui si aggiunge l'attività accessoria di bar e ristorazione per gli utilizzatori dell'impianto sportivo.

La ricorrente evidenzia, a sostegno della propria tesi, che fra gli elementi per l'attribuzione del punteggio qualitativo alle offerte dei partecipanti vi sarebbe l'erogazione di veri e propri servizi alla cittadinanza, quali le attività aggregative diverse da quelle sportive oppure l'organizzazione di corsi per minori o disabili anche non soci (cfr. l'art. 5.2 del bando).

Tali elementi, tuttavia – per i quali sono previsti peraltro 16 punti sul massimo di 70 per gli elementi qualitativi – non valgono di per sé a mutare il carattere della concessione, che ha per oggetto principale il godimento del bene da parte degli

associati e non la prestazioni di servizi a favore dell'utenza, considerato che le peculiari attività di cui sopra hanno carattere residuale ed accessorio e sono contemplate dal bando non quale oggetto della concessione ma quali criteri premiali per l'attribuzione del punteggio tecnico.

Per analoghe fattispecie di qualificazione di una concessione come concessione d'uso di un bene pubblico e non quale concessione di servizi, sia consentito il rinvio alle sentenze della scrivente Sezione IV n. 2257 del 2018 e n. 908 del 2017.

Ciò premesso, è ora possibile esaminare le doglianze del ricorso principale.

1.1 Nel primo mezzo di gravame è lamentata la presunta violazione dell'art. 4 del bando (cfr. ancora il doc. 8 della ricorrente), il quale prevede che l'atto costitutivo dei soggetti partecipanti debba indicare i requisiti per l'ammissione dei nuovi associati secondo "criteri non discriminatori, coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta".

Lo Statuto di ASD Como Nuoto (cfr. il doc. 14 della ricorrente, art. 10, pag.2), prevede che chi intende diventare socio deve presentare domanda al Consiglio, che si pronuncia con una decisione "inappellabile" e tale disposizione statutaria avrebbe carattere discriminatorio, almeno a detta dell'esponente.

La doglianza è infondata, posto che lo Statuto di cui sopra consente la presentazione della domanda di ammissione a qualsiasi persona fisica, italiana o straniera, residente in Italia o all'estero, purché condivida gli scopi dell'associazione e si impegni a realizzarli (cfr. l'art. 4, pag. 1).

L'Associazione si dichiara inoltre (art. 1), "apolitica" e "aconfessionale" ed ha una struttura interna democratica, caratterizzata dall'elettività e dalla gratuità delle cariche (cfr. ancora l'art. 1).

Lo scopo associativo è la diffusione della pratica del nuoto e del salvataggio e pronto soccorso; inoltre l'Associazione si conforma alle norme e direttive di organismi sportivi quali il CONI e la FIN (Federazione italiana nuoto).

Lo Statuto associativo non appare pertanto in alcun modo discriminatorio nei confronti delle nuove adesioni; è peraltro evidente che le domande di adesione

devono necessariamente essere vagliate dagli organi associativi e la qualificazione della decisione di questi ultimi come “inappellabile” significa che all’interno dell’associazione non sono previsti ulteriori livelli decisionali, salva sempre ovviamente la possibilità di adire l’autorità giudiziaria, sussistendone i presupposti. Si conferma, pertanto, la reiezione del primo motivo.

1.2 Nel secondo mezzo di gravame si sostiene che la commissione di gara avrebbe illegittimamente integrato il bando con riguardo all’elemento di valutazione del progetto tecnico indicato come A.1, che prevede l’attribuzione fino a 10 punti in ordine al numero dei tesserati “riferiti alla media del triennio”, che svolgono attività agonistica nell’ambito degli sport acquatici e natatori (cfr. l’art. 5.2 Sezione “A” del bando).

La commissione, allo scopo di individuare con chiarezza il “triennio” di cui sopra, ha fatto riferimento all’anno di tesseramento di cui alla disciplina della FIN, anno che si conclude al 30 settembre (cfr. il verbale di gara del 24.9.2018, doc. 5 della ricorrente), sicché – vista la pubblicazione del bando di cui è causa nel mese di giugno 2018 – sono state prese in considerazione le seguenti annualità già chiuse: 2014/2015, 2015/2016 e 2016/2017 (cfr. il verbale di gara del 27.9.2018, doc. 6 della ricorrente).

Orbene, la scelta della commissione non appare né illogica né modificativa della *lex specialis*: considerato che il criterio A.1 succitato vuole premiare il numero dei tesserati che svolgono attività agonistica nel settore degli sport acquatici, il richiamo alla disciplina della Federazione sull’anno di tesseramento appare coerente con la “ratio” della legge di gara e certamente non discriminatorio, in quanto è data applicazione, nei riguardi di tutti i concorrenti, ad una disciplina prevista dalla Federazione sportiva nazionale.

Anche il secondo motivo deve quindi rigettarsi.

1.3 Nel terzo mezzo di gravame è lamentata l’erronea attribuzione del punteggio con riguardo al criterio di valutazione B.3, che attribuisce fino a 4 punti in base alle

figure professionali coinvolte nelle attività di conduzione dell'impianto, con riferimento al numero ed alla specializzazione degli operatori, da mantenersi per tutta la durata della concessione.

L'aggiudicataria ha ottenuto per tale elemento 4 punti, contro i 2 della ricorrente (cfr. il verbale di gara della seduta riservata del 27.9.2018, doc. 6 della ricorrente, pag. 5).

L'esponente denuncia l'erroneità di tale punteggio, in quanto la commissione avrebbe tenuto conto di un elemento non previsto dal bando, vale a dire la coerenza delle figure professionali offerte con il programma complessivo di gestione dell'impianto.

Sul punto giova premettere che l'attribuzione del punteggio tecnico nelle gare pubbliche – comprese quelle per l'assegnazione in concessione di un bene pubblico – costituisce manifestazione di discrezionalità tecnica dell'amministrazione concedente, censurabile davanti al giudice amministrativo soltanto in caso di evidenti errori o manifesta illogicità, non potendo il giudice sostituire la propria soggettiva valutazione a quella della commissione.

Nel caso di specie (si veda ancora il doc. 6 della ricorrente, pag. 5), la commissione ha rilevato che l'organigramma di Como Nuoto è studiato e coerente con le proposte progettuali, mentre quello dell'esponente risulta sovrabbondante rispetto alle esigenze dell'impianto.

Si tratta di un giudizio certamente non illogico, considerato che il criterio B.3 si inserisce nella Sezione B) dell'offerta tecnica, che vuole complessivamente premiare il “progetto di gestione dell'impianto sportivo” (cfr. ancora l'art. 5.2 del bando).

Il terzo motivo deve quindi rigettarsi.

1.4 Il quarto mezzo di gravame attiene al punteggio attribuito all'aggiudicataria per il criterio C.1, che assegna sino a 15 punti per gli interventi di messa a norma o di riqualificazione dell'impianto sportivo, che non dovranno però comportare modifiche sostanziali allo stato dei luoghi e potranno essere riconducibili solamente

a quelli di cui alle lettera a) e b) dell'art. 3 del DPR 380/2001 (Testo Unico dell'edilizia; si rimarca che il bando, presumibilmente per mero errore materiale, si riferisce al "380/2005"), vale a dire quelli di manutenzione ordinaria (lettera "a") e straordinaria (lettera "b").

Per tale criterio l'aggiudicataria ha ottenuto 15 punti (cfr. ancora il doc. 6 della ricorrente, pagine 7 e 8).

Per la ricorrente tale punteggio sarebbe erroneo, giacché il progetto edilizio non prevede l'eliminazione delle barriere architettoniche, non ha elementi di supporto per l'accesso dei portatori di handicap e si porrebbe in contrasto con la normativa sulla costruzione degli impianti sportivi e sull'eliminazione delle barriere architettoniche (decreto del Ministero dell'Interno del 18.3.1996, art. 82 comma 6 del DPR 380/2001 e art. 24 comma 7 della legge 104/1992).

Anche tale doglianza, per quanto suggestiva, appare però infondata, per le ragioni che seguono.

Il progetto tecnico di riqualificazione dell'impianto, stante l'espressa previsione della legge di gara, deve limitarsi ad interventi di ordinaria o straordinaria manutenzione che non alterino lo stato dei luoghi, considerato che l'impianto è sito sul Lago di Como, in una zona soggetta a vincoli paesaggistici ed anche storico-culturali.

Non è quindi possibile un totale rifacimento della struttura, né sono ammesse radicali modifiche della medesima (vale a dire interventi di ristrutturazione edilizia o di nuova costruzione) e la normativa richiamata dall'esponente concerne la costruzione di nuovi edifici o la ristrutturazione di quelli esistenti.

Il progetto tecnico di Como Nuoto è stato quindi apprezzato dalla commissione, anche per la sua chiarezza e semplicità, consentendo la riqualificazione degli impianti tecnologici e dell'impianto elettrico nell'ambito della straordinaria manutenzione e senza necessità di ottenere autorizzazioni di carattere ambientale – previste per gli interventi più complessi – che potrebbero rallentare l'iter delle

opere.

In ogni caso – sebbene ciò non sia immediatamente rilevante ai fini della decisione – l’affermazione per cui l’impianto natatorio non sarebbe accessibile ai disabili non risulta confortata da adeguati elementi di prova; né risulta in alcun modo che lo stesso impianto sia privo di adeguate vie di fuga.

In conclusione, il giudizio della commissione appare rispettoso delle prescrizioni del bando, sicché anche il quarto motivo deve respingersi.

1.5 Nel quinto motivo, proposto in via subordinata, e per tale esaminato, è lamentata l’illegittimità dell’intera procedura di gara, in quanto l’apertura delle buste contenenti le offerte tecniche delle partecipanti è avvenuta in seduta segreta.

Il motivo appare suscettibile di accoglimento, per le ragioni seguenti.

In primo luogo risulta evidente che l’apertura della busta “B”, contenente ai sensi dell’art. 6 del bando tutti i documenti per l’attribuzione del punteggio tecnico (rilevanza dell’associazione, progetto di gestione e progetto tecnico), è avvenuta nella seduta riservata del 12.9.2018 (cfr. il doc. 4 della ricorrente).

La resistente e la controinteressata reputano però che, venendo in considerazione nel caso di specie una procedura per l’assegnazione in concessione di un bene pubblico non direttamente soggetta al codice dei contratti, le esigenze di trasparenza dell’azione amministrativa non richiedono l’apertura in seduta pubblica delle buste con la documentazione tecnica, in mancanza fra l’altro di una normativa specifica al riguardo.

Tale tesi difensiva non convince però il Collegio.

Infatti, se è pur vero che la presente concessione ha carattere di concessione di beni e non di servizi o di lavori – sicché non vi è applicazione diretta del D.Lgs. 50/2016 – parimenti devono necessariamente trovare applicazione i principi di pubblicità e di trasparenza dell’azione amministrativa (cfr. l’art. 1 della legge 241/1990), nel rispetto della norma costituzionale (art. 97 della Costituzione) sul buon andamento e sull’imparzialità dell’amministrazione e dell’art. 41 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell’Unione europea, sul diritto del cittadino “ad una buona

amministrazione”.

Tali esigenze di trasparenza però, contrariamente a quanto sostenuto nelle difese delle parti intime, non possono limitarsi alla pubblicazione del bando di gara e degli atti di conclusione della gara stessa, ma impongono lo svolgimento trasparente della procedura e quindi l’apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti la documentazione necessaria per l’attribuzione del punteggio tecnico/qualitativo ai partecipanti alla gara (sulla rilevanza dell’apertura delle buste contenenti l’offerta tecnica in seduta pubblica, cfr. la fondamentale sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 13/2011).

D’altronde lo stesso codice dei contratti pubblici, all’art. 4 ha cura di specificare che l’affidamento dei contratti attivi – come quello di cui è causa – pur se esclusi dall’ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto di una serie di principi, fra cui quelli di trasparenza e pubblicità.

Parimenti, appare ispirato a pregnanti esigenze di pubblicità dell’attività dell’amministrazione anche il RD 827/1924, tuttora vigente, costituente il regolamento di contabilità generale dello Stato, dal quale possono senza dubbio desumersi principi generali sulla pubblicità dell’attività di scelta dei contraenti da parte di tutte le pubbliche amministrazioni.

Neppure potrebbe sostenersi, come sembrano adombrare le difese delle parti intime, che l’apertura in seduta pubblica non sarebbe stata necessaria, giacché la busta “B” indicata dal bando non avrebbe quale suo contenuto una vera e propria offerta tecnica, bensì una dichiarazione sugli aspetti qualitativi dei concorrenti.

L’affermazione è smentita dalla semplice lettura del bando (cfr. ancora il doc. 8 della ricorrente), che prevede quale criterio di aggiudicazione quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa (si veda l’art. 5), con inserimento nella busta “B” di tutti gli elementi necessari per l’attribuzione del punteggio tecnico (che vale 70 punti su 100), fra cui il “progetto di gestione” ed il “progetto tecnico” (cfr. l’art. 6 del bando).

Del resto è sufficiente l'analisi dell'attività della commissione, quale risultante dai relativi verbali, per concludere senza smentita che è stata presentata dai concorrenti una vera e propria offerta tecnica: e va quindi nuovamente ribadito che l'apertura della busta che la conteneva costituiva "passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale", e richiedeva pertanto di essere effettuata in forma pubblica "a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento" (così, in motivazione, C.d.S., a.p., 13/2011, cit.), che non vengono meno solo perché la procedura riguarda un bene pubblico e non un servizio.

Infine, a conferma, nel caso di specie, che il principio di pubblicità – con un'inammissibile restrizione della tutela anche giudiziale – è stato pregiudicato, va rimarcato altresì che il verbale della seduta riservata di apertura delle buste (cfr. ancora il doc. 4 della ricorrente), è molto laconico nel proprio contenuto, dando atto solo dell'avvenuta apertura e dell'analisi della documentazione, senza altro aggiungere o specificare, il che rafforza la pronuncia di fondatezza del motivo suindicato.

Per effetto dell'accoglimento dell'ultima censura, pertanto, devono essere annullati il provvedimento finale di aggiudicazione e gli atti dell'intera procedura svolta, salvi ovviamente i successivi provvedimenti dell'amministrazione.

2. Devono ora essere esaminati il gravame incidentale ed i connessi motivi aggiunti.

2.1 Il primo motivo del ricorso incidentale (indicato come "b.1"), ha carattere escludente e denuncia l'illegittima ammissione alla gara del RTI ricorrente principale, in asserita violazione dell'art. 4.1 del bando.

La prescrizione di gara sopra citata individua quali soggetti che possono presentare domanda di assegnazione della concessione, le associazioni e gli enti come individuati dal D.Lgs. 117/2017 operanti nell'ambito degli sport acquatici e natatori (lettera "a") e le associazioni non riconosciute e gli enti di fatto di cui agli articoli 36 e seguenti del codice civile, sempre operanti nell'ambito degli sport acquatici e natatori (lettera "b").

Il D.Lgs. 117/2017 (c.d. codice del Terzo settore), all'art. 4 comma 1, individua gli enti del Terzo settore, attraverso una lunga elencazione di enti di carattere privato, senza scopo di lucro e costituiti per il perseguimento di finalità di utilità sociale, purché “diversi dalle società” (così testualmente).

Ciò premesso, il RTI ricorrente comprende quale mandante una società sportiva dilettantistica (SSD) a responsabilità limitata, denominata Crocera Stadium e ciò – a detta della ricorrente incidentale – sarebbe ostativo alla partecipazione alla gara, giacché il D.Lgs. 117/2017, richiamato dal bando, non si applica alle società.

Il Comune di Como, con proprio chiarimento del 2.8.2018 (cfr. il doc. 21 della ricorrente), ha evidenziato che alle associazioni sportive dilettantistiche devono essere equiparate le società sportive dilettantistiche, considerato che il legislatore stesso effettua tale equiparazione (si vedano la legge 289/2002 art. 90 comma 25 e l'art. 2 comma 1 della legge regionale della Lombardia n. 27/2006).

Tale nota di chiarimento è stata impugnata con motivi aggiunti al ricorso incidentale da parte di Como Nuoto, la quale rileva che la nota ha in realtà posto in essere una illegittima modifica del bando, in violazione delle modalità procedurali previste invece per la modifica della legge di gara.

Sulla questione suindicata il Collegio evidenzia come l'operazione del Comune di Como appare corretta e non realizza pertanto alcuna illegittima modifica della *lex specialis*.

Infatti, sul rapporto fra associazioni sportive dilettantistiche (ASD) e società sportive dilettantistiche (SSD), effettivamente l'art. 90 comma 25 della legge 289/2002 prevede che: *<<...nei casi in cui l'ente pubblico territoriale 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>>*; con ciò stesso

realizzandosi *ex lege* una equiparazione fra le due figure di cui sopra quanto alla gestione di impianti sportivi (come nel caso di specie, dove la concessione consente la gestione della struttura sportiva da parte del concessionario).

La medesima equiparazione è effettuata, nella Regione Lombardia, dall'art. 2 comma 1 della LR 27/2006.

Il chiarimento del Comune di Como non configura quindi alcuna modifica alla disciplina di gara, ma semmai ne evidenzia una legittima eterointegrazione, posto che è la stessa legge ordinaria, statale e regionale, che assimila le SSD alle ASD nella gestione degli impianti sportivi.

Non si dimentichi poi che, ai sensi dell'art. 90 comma 18 della legge 289/2002, le SSD non hanno fini di lucro e non possono distribuire i proventi della loro attività ai soci in nessuna forma, per cui si distinguono dalle "ordinarie" società di capitali, che perseguono invece istituzionalmente uno scopo di lucro (cfr. l'art. 2247 del codice civile).

Di conseguenza si può dubitare che il citato art. 4 del D.Lgs. 117/2017, laddove esclude le "società" dagli enti del Terzo settore, esclusa anche le SSD, che in ogni modo non hanno fini lucrativi e perseguono fini di promozione dell'attività sportiva, che appare una finalità di utilità sociale (del resto, a ben vedere, il D.Lgs. 117/2017 comprende fra gli enti del Terzo settore anche le "società di mutuo soccorso", che pure hanno la formale denominazione di "società").

In conclusione, devono rigettarsi il primo motivo del ricorso incidentale ed il primo motivo aggiunto a quest'ultimo.

2.2 Per quanto riguarda gli ulteriori mezzi del ricorso incidentale, preme evidenziare che l'ASD Como Nuoto ha interesse allo scrutinio delle censure aventi carattere escludente, volte cioè ad ottenere la non ammissione alla gara della ricorrente principale; al contrario non sussiste alcun interesse all'esame delle doglianze tese all'attribuzione a quest'ultima di un diverso e minore punteggio tecnico, atteso l'accoglimento del motivo n. 5 del ricorso principale, che ha determinato l'annullamento dell'intera gara per l'omessa apertura in seduta

pubblica delle buste contenenti la documentazione dell'offerta tecnica.

Il secondo mezzo del gravame incidentale (b.2) evidenzia come Pallanuoto Como, in violazione del punto A.2 dell'art. 5 del bando, avrebbe indicato nella propria offerta non il numero degli "associati" bensì quello degli "iscritti", che la commissione di gara avrebbe illegittimamente equiparato ai primi.

In realtà, posto che alla gara potevano prendere parte anche le SSD, il riferimento agli "associati" di cui all'art. 5 punto A.2 del bando è ai soggetti iscritti all'associazione o alla società, per cui la qualifica di "associato" all'ASD è equipollente al tesserato iscritto alla SSD (cfr. sul punto il doc. 24 della ricorrente, vale a dire l'elenco degli iscritti tesserati all'esponente RTI).

Devono quindi rigettarsi il secondo motivo del ricorso incidentale ed il connesso motivo aggiunto.

2.3 Con il terzo mezzo del gravame incidentale (b.3), si contesta l'assegnazione del punteggio alla ricorrente principale per il criterio B.2 del bando, sui corsi agevolati da proporre a disabili e minori.

Como Nuoto contesta poi le affermazioni di Pallanuoto Como sui rapporti di collaborazione di quest'ultima con altre associazioni del settore del nuoto.

La censura è priva di pregio, posto che il bando premia la predisposizione dei corsi, non assumendo rilievo gli eventuali rapporti della ricorrente principale con altri soggetti.

2.4 Il quarto mezzo (b.4) lamenta la presunta erronea attribuzione del punteggio tecnico per il criterio A.1 dell'art. 5 del bando ma, come già sopra evidenziato, la ricorrente incidentale non ha un interesse a censurare il presunto eccessivo punteggio assegnato per tale elemento di valutazione.

Neppure può sostenersi che la partecipante dovesse essere esclusa per avere fornito formazioni fuorvianti alla commissione, trattandosi di una doglianza generica e visto che Pallanuoto Como ha prodotto l'elenco degli iscritti (cfr. il doc. 24 della ricorrente).

L'esclusione, del resto, può essere disposta per evidenti violazioni della *lex specialis* e non per una presunta e generica attitudine della documentazione prodotta dal partecipante ad influire negativamente sul processo decisionale della stazione appaltante.

2.5 Anche nel quinto motivo (b.5) si lamenta il punteggio eccessivo che sarebbe stato assegnato a Pallanuoto Como per il criterio di valutazione B.3 sulle figure professionali coinvolte nella conduzione dell'impianto; inoltre si afferma ancora la necessità dell'esclusione di quest'ultima per avere fornito informazioni fuorvianti.

Anche per tale mezzo di gravame valgono però le considerazioni sopra esposte al punto 2.4 sulla complessiva infondatezza della doglianze.

2.6 Nel sesto motivo si contesta l'attribuzione a Pallanuoto Como di 3,75 punti per il criterio di valutazione C.1, anziché zero punti.

La censura è infondata perché l'esponente pretende di sostituire il proprio giudizio personale a quello discrezionale della commissione.

Non può inoltre sostenersi che il progetto tecnico di cui al citato criterio C.1 dovesse essere sottoscritto da un tecnico abilitato, a pena di esclusione dell'intera offerta, posto che il bando non conteneva alcuna espressa previsione in tal senso e la ricorrente incidentale non può allargare le cause di esclusione al di là di quelle espressamente previste dalla legge di gara o da altra fonte normativa di rango primario.

2.7 Nel settimo ed ultimo motivo del gravame incidentale è contestata l'attribuzione del punteggio per il criterio B.1, laddove Pallanuoto Como ha ottenuto 2 punti, mentre a detta di Como Nuoto il punteggio corretto doveva essere zero.

Anche tale doglianza è però priva di pregio, risolvendosi in una generica critica alla valutazione discrezionale della commissione di gara.

In definitiva, il ricorso incidentale ed i relativi motivi aggiunti devono rigettarsi.

3. Le spese della presente fase seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a favore della ricorrente principale.

Resta salva la pronuncia sulle spese della fase cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- accoglie il ricorso principale nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione;
- respinge il ricorso incidentale ed i relativi motivi aggiunti.

Condanna il Comune di Como e l'Associazione Sportiva Dilettantistica (ASD) Como Nuoto, in solido fra loro, al pagamento a favore dell'Associazione ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) e onere del contributo unificato ai sensi di legge (DPR 115/2002).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO