

Pubblicato il 24/02/2020

N. 01377/2020REG.PROV.COLL.  
N. 04187/2019 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**

sul ricorso in appello numero di registro generale 4187 del 2019, proposto da

Associazione Sportiva Dilettantistica **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 l'avvocato Lucio Filippo Longo in Roma, piazza della Marina 1;

***contro***

Associazione Sportiva Dilettantistica Pallanuoto **Como**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Salomoni, Andrea Santoro, Lorenzo Bolognini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Daniele Vagnozzi in Roma, via Giunio Bazzoni 3;

***nei confronti***

Comune di **Como** in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Marina Ceresa, con domicilio digitale come da PEC

da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'avvocato Fabrizio Viola in Roma, viale dei Parioli, 180;

Rti - Crocera Stadium Società Sportiva Dilettantistica a responsabilità limitata non costituita in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (sezione quarta) n. 840/2019, resa tra le parti concernente concessione in uso di compendio immobiliare denominato "impianto sportivo a lago";

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Associazione Sportiva Dilettantistica Pallanuoto **Como** e del Comune di **Como**;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 gennaio 2020 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Tumbiolo, Santoro, e Fabrizio Viola in dichiarata delega di Ceresa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di **Como** aveva pubblicato 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 con il criterio 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.

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.

L'ASD Pallanuoto **Como** impugnava l'aggiudicazione e gli atti connessi dinanzi al Tribunale amministrativo della Lombardia, mentre si costituivano in giudizio il Comune di **Como** e l'aggiudicataria Associazione **Como Nuoto**, concludendo per il rigetto del ricorso.

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

Con sentenza n. 840 del 15 aprile 2019 il Tribunale amministrativo qualificava inizialmente la vicenda come 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, cui accedevano obblighi di esecuzione di lavori di adeguamento e di manutenzione dell'impianto e 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, elementi di carattere residuale ed accessorio che non mutavano l'oggetto della concessione, ma valevano come criteri premiali per l'attribuzione del punteggio tecnico.

Con il primo motivo si lamentava la violazione dell'art. 4 del bando, ossia la necessità che l'ammissione dei nuovi associati all'interno dei soggetti partecipanti non riportasse criteri discriminatori, ma coerenti con le finalità perseguite e l'attività di interesse generale svolta.

Lo statuto dell'aggiudicataria ASD **Como Nuoto** stabiliva l'"inappellabilità" della decisione del Consiglio sulle ammissioni e tale disposizione sarebbe stata discriminatoria a detta della ricorrente.

I giudice di primo grado riteneva l'infondatezza del motivo, visto che lo statuto consentiva l'ammissione di chiunque, italiano o straniero, residente in Italia o all'estero, purché condividesse gli scopi dell'associazione dichiaratasi "apolitica" e si impegnasse a realizzarli, la struttura interna per le cariche sociali era elettiva, unico scopo era la diffusione della pratica del **nuoto**, del salvataggio e pronto soccorso e per inappellabilità si indicava

l'assenza di ulteriori livelli decisionali interni e certamente non la preclusione di adire l'autorità giudiziaria

Con il secondo motivo si sosteneva l'illegittima integrazione del bando riguardo all'elemento di valutazione del progetto tecnico indicato come A.1, che prevedeva l'attribuzione fino a 10 punti per il numero dei tesserati "riferiti alla media del triennio".

La commissione si era limitata a specificare che per "triennio" si intendeva l'anno di tesseramento di cui alla disciplina della FIN, anno che si conclude al 30 settembre, scelta non modificativa della legge di gara, ma coerente con essa.

Anche il secondo motivo era perciò infondato.

Con il terzo motivo si insinuava l'erronea attribuzione del punteggio con riguardo al criterio di valutazione B.3, che attribuiva fino a 4 punti, con riferimento al numero ed alla specializzazione degli operatori nell'impianto, da mantenersi per tutta la durata della concessione.

L'aggiudicataria aveva ottenuto 4 punti, contro i 2 della ricorrente, erronei a parere di questa, poiché attribuiti in coerenza con il programma complessivo di gestione dell'impianto, elemento non previsto dal bando, ma secondo il Tribunale amministrativo tale scelta costituiva manifestazione di insindacabile discrezionalità tecnica, non illogica, considerato che il criterio contenuto nell'offerta tecnica, che premiava complessivamente il "progetto di gestione dell'impianto sportivo".

Il terzo motivo doveva quindi essere respinto.

Con il quarto motivo si criticavano i 15 punti – il massimo - attribuiti all'aggiudicataria per gli interventi di messa a norma o di riqualificazione dell'impianto sportivo, che dovevano consistere nelle sole manutenzioni ordinaria e straordinaria; l'assenza della previsione dell'eliminazione delle barriere architettoniche e di elementi di supporto per l'accesso dei portatori di handicap si sarebbe posto in contrasto con la normativa in materia.

Il progetto di riqualificazione dell'impianto non ammetteva, appunto, alterazioni dello stato dei luoghi, soggetti a vincoli paesaggistici e storico-culturali e l'impossibilità di radicali modifiche della struttura e quindi il progetto tecnico di **Como Nuoto** era stato apprezzato per la sua chiarezza e semplicità, visto che consentiva la riqualificazione degli impianti nell'ambito della straordinaria manutenzione e senza necessità di ottenere autorizzazioni di carattere ambientale e al di là di ciò, non era dimostrata l'inaccessibilità dell'impianto natatorio ai disabili: in conclusione anche il quarto motivo era da respingere.

Era invece fondato secondo il Tribunale adito il quinto motivo, proposto in via subordinata, concernente l'illegittimità dell'intera procedura di gara, in quanto l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche delle partecipanti era avvenuta in seduta riservata del 12 settembre 2018.

Non era sostenibile che per 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 richiedessero l'apertura in seduta pubblica delle buste con la documentazione tecnica, in mancanza fra l'altro di una normativa specifica al riguardo.

I principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa dovevano trovare applicazione anche per le concessione di beni e non di servizi o di lavori, quindi anche senza l'applicazione diretta del d. lgs. 50 del 2016 e non potevano limitarsi alla pubblicazione del bando di gara e degli atti di conclusione della gara stessa, ma dovevano riguardare l'intera 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, ai sensi anche dell'art. 4 del d. lgs. 50 del 2016 sull'affidamento dei contratti attivi e del r.d. 827 del 1924, contenente i principi generali sulla pubblicità dell'attività di scelta dei contraenti da parte di tutte le pubbliche amministrazioni.

Dovevano perciò essere annullati l'aggiudicazione e gli atti dell'intera procedura svolta, salvi ovviamente i successivi provvedimenti dell'amministrazione.

Con il primo motivo del ricorso incidentale a carattere escludente, l'aggiudicataria si doleva dell'illegittima ammissione alla gara del RTI ricorrente principale, in asserita violazione dell'art. 4.1 del bando, in quanto comprendente quale mandante la Crocera Stadium, società sportiva dilettantistica a responsabilità limitata, mentre avrebbero potuto partecipare alla gara i soggetti individuati dal d. lgs. 117 del 2017 operanti nell'ambito degli sport acquatici e natatori, le associazioni non riconosciute e gli enti di fatto, sempre operanti nello stesso settore.

Il Comune di **Como** evidenziava con nota del 2 agosto 2018 che le società sportive dilettantistiche dovevano essere trattate come le associazioni sportive dilettantistiche, vista l'equiparazione legislativa di cui all'art. 90 comma 25 della l. 289 del 2002 e all'art. 2 comma 1 della l. r. della Lombardia n. 27 del 2006.

La nota, ritenuta una illegittima modifica del bando, veniva impugnata con motivi aggiunti da parte di **Como Nuoto**, ma il giudice di primo grado considerava normativamente corretta l'interpretazione della stazione appaltante, tenuto anche conto che le società sportive dilettantistiche non hanno fini di lucro e non possono distribuire i proventi della loro attività ai soci in nessuna forma ai sensi della stessa l. 289 del 2002 per cui si distinguono dalle "ordinarie" società di capitali, che perseguono invece istituzionalmente uno scopo di lucro

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

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.

Altresì infondato veniva ritenuto il secondo motivo incidentale, derivante dall'indicazione da parte di Pallanuoto **Como**, del numero degli "iscritti" e non degli "associati": detta equipollenza derivava dal fatto che potessero concorrere associazioni e società sportive dilettantistiche.

Ancora infondato era il terzo motivo gravame incidentale, recante contestazioni sul punteggio assegnato alla ricorrente principale in merito ai corsi agevolati per disabili e minori e sulle collaborazioni di Pallanuoto **Como** con altre associazioni del settore del **nuoto**.

In realtà il bando premiava la predisposizione dei corsi, non assumendo rilievo gli eventuali rapporti della ricorrente principale con altri soggetti.

Sempre infondato era ritenuto il quarto motivo sulla presunta erronea attribuzione del punteggio tecnico per il criterio A.1 dell'art. 5 del bando (numero dei tesserati), ma secondo il Tribunale amministrativo la ricorrente incidentale non aveva un interesse a censurare il presunto eccessivo punteggio per tale elemento di valutazione, considerata anche la genericità della doglianza ed altrettanto veniva rilevato a proposito del quinto motivo.

Ancora infondato era il sesto motivo inerente l'attribuzione a Pallanuoto **Como** di 3,75 punti per il criterio di valutazione C.1, anziché zero, poiché era insito nel motivo un tentativo di sostituzione del giudizio della commissione di gara e comunque non era prevista la sottoscrizione da parte di tecnico abilitato del progetto tecnico.

Da ultimo era infine infondato per totale genericità il settimo ed ultimo motivo incidentale recante la contestazione dell'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.

Per cui il ricorso incidentale ed i motivi aggiunti dovevano essere respinti.

Con appello al Consiglio di Stato notificato il 9 maggio 2019 l'Associazione Sportiva Dilettantistica **Como Nuoto** impugnava la sentenza e riproponeva con il primo motivo le eccezioni non affrontate in primo grado e sollevate in ordine ai motivi primo, secondo, terzo e quarto.

In primo luogo, ove interpretata la gara come concessione di servizi, il primo motivo del ricorso di primo grado sarebbe inammissibile ai sensi dell'art. 120 comma 2 *bis* c.p.a., in riferimento al secondo motivo non possono appuntarsi critiche nei confronti dei chiarimenti dati dal Comune all'aggiudicataria, avendo anche la ricorrente fruito di tale possibilità, in terzo luogo i motivi terzo e quarto erano da ritenersi inammissibili perché attinenti alle scelte discrezionali della commissione di gara.

Con il secondo motivo si censuravano con vastità di argomenti i contenuti della sentenza, laddove essa aveva accolto il quinto motivo del ricorso ed annullato la gara, assumendo l'avvenuto rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità e negando la sussistenza di un obbligo normativo sull'apertura della busta tecnica in seduta pubblica e comunque non riservata.

Con il terzo motivo la **Como Nuoto** ritornava sul divieto di non partecipazione delle società e faceva nuovamente rinvio alla presenza della mandante Crocera Stadium, società sportiva dilettantistica, nel raggruppamento capeggiato dalla ASD Pallanuoto **Como** e sosteneva che l'equiparazione normativa aveva valore soprattutto fiscale non poteva avere rilievo per la vicenda in esame per la principale ragione che la lettura degli atti di gara non offriva sponde all'assimilazione.

Veniva poi reiterata la censura di cui al terzo motivo del ricorso incidentale sull'assenza di concrete condivisioni dei corsi con le associazioni di portatori di handicap, di seguito ribadito quanto insinuato con il quarto

motivo inerente il numero degli atleti iscritti che la commissione non aveva inteso attribuendo il punteggio di cui alla sezione A.1 del bando in maniera errata, così come sostenuto a proposito dell'indicazione delle figure professionali coinvolte nella conduzione dell'impianto – quinto motivo del ricorso incidentale.

**Como Nuoto** criticava poi il rigetto del sesto motivo incidentale, che non impingeva nella discrezionalità della commissione come affermato nella sentenza, ma metteva in luce l'assenza di nesso tra il giudizio negativo sul progetto tecnico ed il coefficiente di 0,25 (offerta non completamente rispondente alle previsioni del bando), infine ed analogamente quanto rappresentato con il settimo motivo incidentale sulle indicazioni delle giornate riservate al Comune, in cui l'offerta era stata ritenuta generica e l'attribuzione eccessiva e non pertinente di 2 punti.

La **Como Nuoto** concludeva per l'accoglimento dell'appello incidentale e l'inammissibilità o comunque l'infondatezza del ricorso introduttivo.

L'ASD Pallanuoto **Como** si costituiva in giudizio tramite appello incidentale notificato il 10 giugno 2019 e sosteneva preliminarmente che la gara concernesse una concessione di servizi, vista la rilevanza data alle attività da svolgere da controllare annualmente, che i concorrenti avessero finalità civiche e solidaristiche con rilevanza per le proposte aggregative ed i corsi agevolati per i portatori di handicap, da ciò la sottoposizione della procedura al d. lgs 50 del 2016 ed in tale linea ribadiva la giustezza del primo motivo introduttivo sulla discriminatorietà dello statuto della **Como Nuoto**.

Ribadiva poi l'errore commesso dalla sentenza di primo grado sull'incentrare il triennio di attività sul periodo 1 ottobre/30 settembre, in quanto non pertinente con gli anni solari, unico significato discendente dalla dizione triennio ed inserito illegittimamente come modifica della legge di gara.

Con i motivi terzo e quarto venivano ribadite le censure di cui agli stessi motivi del ricorso introduttivo, numero e specializzazione degli operatori nell'impianto ed interventi di messa a norma o di riqualificazione dell'impianto tra cui gli interventi per i soggetti portatori di handicap, non qualificabili come sindacato della discrezionalità della commissione, ma come punteggi illogicamente bassi ed insistendo sulla fondatezza, riconosciuta dal Tribunale amministrativo, del quinto motivo sull'apertura delle buste tecniche in seduta riservata.

Il 17 maggio 2019 il Comune di **Como** notificava dal canto suo appello incidentale e contestava preliminarmente l'obbligo dell'apertura delle buste tecniche in seduta pubblica, affermando che le fonti legislative citate e la legge di gara nulla avevano previsto sul punto e che il richiamo al d. lgs 50 del 2016 esprimeva una contraddittorietà dell'affermazione determinante della sentenza di primo grado, sentenza che non ha colto la genericità della censura, evidenziando piuttosto la sinteticità, dovuta, del verbale.

Nei confronti dei primi quattro motivi del ricorso principale di primo grado nuovamente sollevati con l'appello incidentale dell'ASD Pallanuoto **Como**, veniva eccepita la tardività del primo concernente l'ammissione del raggruppamento **Como Nuoto**, la non conformità della concessione allo schema delle concessioni di servizi e dunque l'inapplicabilità del d. lgs. 50 del 2016 e quindi si allineava alle conclusioni del Tribunale amministrativo sull'infondatezza dei primi quattro motivi del ricorso principale, chiedendone nuovamente il rigetto.

Quanto al rigetto del ricorso incidentale, l'appello del Comune reiterava sotto forma di censura l'eccezione di primo grado ivi non affrontata di irricevibilità del ricorso incidentale di **Como Nuoto**, quindi veniva rilevata la correttezza dell'operato della commissione quanto al numero dei tesserati delle associazioni concorrenti, riguardo poi al terzo motivo incidentale sulla fruibilità dell'impianto da parte dei portatori di handicap

se ne rilevava l'inammissibilità in quanto l'attribuzione del punteggio era operazione tipicamente discrezionale, difendeva la correttezza degli assunti della sentenza di primo grado relativamente al quarto motivo sempre riguardante il numero dei tesserati, condivideva ancora le conclusioni della sentenza in merito alla genericità della censura sulle figure professionali coinvolte nella gestione dell'impianto nel progetto della Pallanuoto **Como**, quindi veniva ritenuto del tutto fuorviato il motivo del ricorso incidentale concernente il progetto tecnico trattandosi in realtà di sole opere di manutenzione ordinaria e straordinaria, infine ribadiva l'irrelevanza degli argomenti sulle attività aggregative oggetto di giudizio del tutto discrezionale della commissione di gara.

All'udienza del 30 gennaio 2020 la causa è passata in decisione successivamente al deposito di ulteriori e sovrabbondanti memorie di parte a seguito di quelle depositate anteriormente alla camera di consiglio di trattazione cautelare.

## DIRITTO

Deve dapprima essere affrontato l'appello della **Como Nuoto** ed in particolare i capi A) e B) con i quali tale appello censura le ragioni del ricorso introduttivo, disattese come si è visto dal Tribunale amministrativo per i primi quattro motivi ed accolte per quanto concerne il quinto, riguardante l'apertura delle buste tecniche in seduta riservata ed unitamente le tesi dell'appello incidentale della Pallanuoto **Como** e dell'appello del Comune, impropriamente autodefinitosi "incidentale".

Come si avrà modo di rilevare, tale esame è determinante per la risoluzione della controversia.

Preliminare a tale passaggio è definire in via conclusiva se la gara doveva dare luogo ad una concessione di servizi oppure ad una concessione d'uso di un bene pubblico, fatto che è rimasto controverso tra le parti.

L'art. 3 comma 1 lett. vv) del codice dei contratti pubblici dà della concessione di servizi la seguente definizione: "*un contratto a titolo*

*oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi”.*

Quindi abbiamo nel caso l'affidamento a soggetti economici appartenenti al cd. settore terziario di fornitura o gestione di servizi da prestare all'amministrazione a titolo oneroso, in concreto una prestazione di attività compiuta a favore della P.A. che la richiede, avvalendosi di un'infrastruttura apposita o di un'organizzazione più o meno complessa adibita a tale scopo: in generale un'attività o una serie di attività di natura più o meno tangibili, regolate da un contratto che deve comprendere la descrizione delle attività che lo compongono il servizio, la descrizione delle infrastrutture su cui le attività si svolgono o relativamente alle quali il servizio viene svolto, il corrispettivo pattuito; allorché i servizi sono erogati a collettività indistinte di cittadini e non nei confronti degli uffici, il contratto di servizio diviene e come tale è definito, un servizio pubblico.

L'art. 164 del d. lgs. 50 del 2016, primo articolo della parte III del codice dei contratti, chiamato a governare i contratti di concessione, specifica le norme della stessa parte III definiscono le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici: la stessa norma stabilisce che in ogni caso, le disposizioni della parte III non si applicano ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici.

A questo punto si deve procedere alla lettura del bando il quale, all'art. 2, stabilisce che oggetto della concessione è l'uso del complesso nello stesso descritto nel dettaglio, costituito da due fabbricati e la sua utilizzazione come impianto sportivo con annesso bar/ristorante, nel rispetto degli oneri indicati nel presente bando, concesso privo di arredi e parte del patrimonio indisponibile comunale, dunque con rapporti regolati dalla disciplina pubblicistica e non da quella privatistica.

L'art. 3 nel disporre le finalità e l'oggetto del bando specifica che si tratta di assegnazione in concessione per nove anni del compendio sito in viale Geno n° 14, secondo le planimetrie allegate allo schema di atto concessorio con annessa concessione demaniale lacuale per l'utilizzo dello specchio acqueo antistante interessato da area pontile/solarium su palafitte, il tutto con i relativi oneri di manutenzione ordinaria e di messa a norma, quest'ultima da valutarsi in sede di gara a seconda del progetto presentato.

Il bando ribadisce successivamente che si tratta di concessione in uso di compendio immobiliare e non fa alcun cenno, almeno esplicitamente, dell'erogazione di servizi alla collettività oppure di gestione del tutto per conto dell'amministrazione comunale.

Si deve concludere quindi che si tratta di una gara per la concessione di uso di un bene immobiliare pubblico e che di conseguenza la gara sfugge all'applicazione del d. lgs. 50 del 2016, conformemente appunto all'art. 164.

Alla luce di quanto considerato, va affermata la fondatezza delle tesi di cui capo B dell'appello della **Como Nuoto**, vale a dire dell'erroneità dell'accoglimento del quinto motivo del ricorso di primo grado proposto in via subordinata e riguardante l'apertura delle buste "B", ossia le buste tecniche, in seduta riservata.

Afferma in sintesi il Tribunale amministrativo che le esigenze di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa trovavano applicazione anche per le concessione di beni, quindi anche senza l'applicazione diretta del d.

lgs. 50 del 2016, che esse non si limitavano alla pubblicazione del bando di gara e degli atti di conclusione della gara stessa, ma riguardavano l'intera procedura ed anche l'apertura in seduta pubblica dei plichi con la documentazione per l'attribuzione del punteggio tecnico/qualitativo ai concorrenti, ai sensi anche dell'art. 4 del d. lgs. 50 del 2016 sull'affidamento dei contratti attivi e del r.d. 827 del 1924, contenente i principi generali sulla pubblicità dell'attività di scelta dei contraenti da parte di tutte le pubbliche amministrazioni.

In primo luogo appare corretto quanto assunto dall'appellante principale, secondo cui il principio di trasparenza è stato soddisfatto dalla pubblicità del procedimento, vale a dire dalla pubblicazione di un bando contenente le regolamentazione delle informazioni necessarie per concorrere, la specificazione dei soggetti ammessi, dei criteri di selezione e della descrizione del bene; già da lungo tempo questa Sezione ha avuto modo di richiamare le modalità di assolvimento dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità, in special modo per quanto concerne la materia di concessioni del demanio marittimo, strettamente affine alla controversia in esame, per cui gli obblighi di trasparenza, imparzialità e rispetto della par condicio imposti all'amministrazione, anche a livello europeo, sono soddisfatti da "un efficace ed effettivo meccanismo pubblicitario preventivo sulle concessioni in scadenza, in vista del loro rinnovo in favore del miglior offerente, e ciò all'evidente fine di stimolare il confronto concorrenziale tra più aspiranti"; e da "un accresciuto onere istruttorio in ambito procedimentale, nonché motivazionale in sede di provvedimento finale, da parte delle amministrazioni concedenti, rivelatore degli incombenzi adempiuti dalla amministrazione ai fini di rendere effettivo il confronto delle istanze in comparazione (e quindi anche sul piano degli adempimenti pubblicitari preventivi), e da cui emergano in modo chiaro, alla luce delle emergenze istruttorie, le ragioni ultime della opzione operata in favore del concessionario prescelto, in applicazione del criterio-guida

della più proficua utilizzazione del bene per finalità di pubblico interesse” (Sezione V, 16 febbraio 2017 n. 688; ma vedi anche VI, 26 giugno 2009 n. 5765).

Su questa scorta, nel dettaglio, appare logico il richiamo di parte appellante alla pronuncia del tutto conseguente della Sezione III di questo Consiglio di Stato, 6 agosto 2018 n. 4833, secondo la quale “Il mero richiamo ai principi di pubblicità delle gare pubbliche non comporta, infatti, che tutte le attività debbano svolgersi necessariamente in seduta pubblica a prescindere da specifiche disposizioni che lo prevedano;”

E la questione può essere definita con il richiamo decisivo all’inesistenza per la fattispecie di previsioni specifiche che impongano per questo tipo di gare l’apertura delle buste tecniche in seduta pubblica.

Quanto alle censure di cui al Capo A tese a sostenere le affermazioni di infondatezza della sentenza impugnata riguardo ai primi quattro motivi del ricorso si deve invece contraddire quanto ritenuto dal Tribunale amministrativo per il secondo motivo, in cui Pallanuoto **Como** aveva sollevato la questione dell’illegittima integrazione del bando riguardo all’elemento di valutazione del progetto tecnico indicato come A.1, che prevedeva l’attribuzione fino a 10 punti per il numero dei tesserati “riferiti alla media del triennio” e la commissione aveva specificare la correttezza dell’interpretazione della nozione, intervenendo in seguito a domanda di soccorso istruttorio anch’esso criticato dalla ricorrente in primo grado, secondo cui per “triennio” andava inteso l’anno di tesseramento di cui alla disciplina della FIN, anno che si conclude al 30 settembre, mera interpretazione della legge di gara e non modificazione della medesima, in quanto del tutto coerente letteralmente con il *dictum* di questa.

Nel punto 5 sui criteri di aggiudicazione e valutazione delle domande di assegnazione, il bando aveva previsto tra i criteri qualitativi per i quali potevano essere assegnati fino a 70 punti su 100, alla Sezione A in merito alla valutazione della rilevanza dell’associazione concorrente, il punto A1

sino a punti 10 in ordine al numero di tesserati, riferiti alla media del triennio, che svolgono attività agonistica nell'ambito degli sport acquatici e natatori.

La sentenza impugnata ha esaminato la censura e dal canto suo ha affermato che la commissione si era limitata a specificare, in sede di soccorso istruttorio, che per "triennio" andava inteso l'anno di tesseramento di cui alla disciplina della FIN, anno che si conclude al 30 settembre: tale scelta non modificava la legge di gara "in corso d'opera", ma era coerente con essa, in quanto si dava applicazione alle discipline sui tesseramenti negli sport acquatici che non hanno una calendarizzazione ad anno solare, ma secondo lo schema temporale 1 ottobre-30 settembre, dunque il significato in questo senso del triennio di cui nel bando era coerente con esso e con la materia connessa agli sport acquatici, anima del centro sportivo oggetto della concessione.

In realtà, come si è appena avuto modo di vedere, il punto A1 del bando è estremamente preciso nell'individuare il requisito del numero dei tesserati in sport acquatici e natatori riferendoli alla media del triennio senza alcuna altra indicazione.

Quanto lamentato da Pallanuoto **Como** appare del tutto corretto.

L'aver preso in considerazione, da parte del giudice di primo grado una presunta ratio insita nella legge di gara che intende i riferimenti agli anni non come anni solari, ma come periodi annuali di tesseramento, è priva di logica e di rispondenza nei criteri di interpretazione dell'assegnazione dei punteggi, criteri che secondo una giurisprudenza uniforme non sono che quelli oggettivamente conosciuti dai concorrenti così come sono stati pubblicizzati. Le norme di interpretazione degli atti giuridici non offrono spunti sufficienti per una ricostruzione come quella operata dalla commissione di gara, l'intenzione della stazione appaltante non può che essere quella letterale, poiché non vi era modo di individuare un'intenzione di riportarsi ad anni "sportivi" e dunque le espressioni in merito ai periodi

da prendere in considerazione non potevano che essere quelle generalmente impiegate, né si poteva assumere che la specificazione dei requisiti necessari contenesse sensi diversi oppure, ancora, che la buona fede dovesse indurre ad adattarsi ad un presunto gergo tipico degli ambienti sportivi natatori.

Per cui il secondo motivo del ricorso introduttivo, contestato con il capo A dell'appello principale in esame e reintrodotta nell'attuale grado di giudizio dal terzo motivo dell'appello incidentale di Pallanuoto **Como** deve essere accolto, con la conseguenza che quest'ultima, in base alla formula matematica di attribuzione del punteggio decisa dalla commissione, avrebbe dovuto ottenere 9,47 punti invece degli 8.56 ricevuti con l'incremento di 0,91 punti che le avrebbe permesso, come le permette, di sopravanzare di 0,44 l'attuale appellante principale ed aggiudicataria l'Associazione Sportiva Dilettantistica **Como Nuoto**, e di ottenere a propria volta l'aggiudicazione, non ostandovi la gara successivamente indetta dal Comune di **Como** successivamente all'annullamento della procedura pronunciato con la sentenza del Tribunale amministrativo della Lombardia, oggetto dell'impugnazione in esame dato che, come si vedrà nel prosieguo, non si rinvenivano fondatezze nell'appello incidentale della **Como Nuoto**.

L'accoglimento ora illustrato rende irrilevante ed assorbe le residue censure di cui all'appello incidentale della l'ASD Pallanuoto **Como**.

Si deve ora procedere all'esame del capo C dell'appello della **Como Nuoto**, inerente i capi della sentenza che hanno respinto il ricorso incidentale ed i motivi aggiunti proposti in primo grado.

Con il primo motivo di cui al capo C, la **Como Nuoto** ribadiva le proprie tesi sul divieto di non partecipazione delle società che avrebbe dovuto condurre all'esclusione del raggruppamento capeggiato dalla ASD Pallanuoto **Como** in vista della presenza della mandante Crocera Stadium, società sportiva dilettantistica, in quanto l'equiparazione normativa tra

associazioni e società dilettantistiche avrebbe avuto valore meramente fiscale e non vi sarebbe stata assimilazione ai fini delle gare per le concessioni di compendi sportivi.

Se la norma discendente dalla elencazione di cui all'art. 4 comma 1 del d. lgs. 3 luglio 2017 n. 117 *“Sono enti del Terzo settore le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale, gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, le reti associative, le società di mutuo soccorso, le associazioni, riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato diversi dalle società costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi, ed iscritti nel registro unico nazionale del Terzo settore.”* offre di per sé un'inquadratura sufficiente per considerare le società sportive dilettantistiche alla stregua delle comuni associazioni sportive, è proprio l'appellante **Como Nuoto** che fornisce l'elemento per escludere la fondatezza della censura, elemento risiedente nel deposito in primo grado della visura CCIA della Crocera Stadium, visura in cui si legge nella specifica dell'oggetto sociale che *“La Società svolge attività sportiva dilettantistica in tutte le discipline sportive, principalmente, ma non esclusivamente nella disciplina sportiva degli sport acquatici (...). Tale attività è svolta senza fine di lucro e viene esplicitamente previsto che i proventi delle attività non potranno in nessun caso essere divisi fra soci, anche in forme indirette o differite”*.

Non vi sono quindi dubbi sulla correttezza sul punto della sentenza impugnata.

Dalle considerazioni sin qui svolte consegue altresì l'infondatezza del secondo motivo del capo C, concernente le differenze tra associati e tesserati, conseguenti alla precedente censura ed alla natura giuridica della

Crocera Stadium, poiché alla luce di quanto rilevato, non si può che concludere che si tratti di sole questioni nominalistiche senza effetti giuridici.

Ancora infondato è il terzo motivo, riguardante la consistenza del raggruppamento capeggiato dalla Pallanuoto **Como** in cui non si intravede una reale collaborazione ed associazione con enti per l'ausilio sportivo a soggetti disabili.

La Pallanuoto **Como** nella sua offerta, oltre a garantire uno stretto rapporto con la Fisdur, associazione sportiva per soggetti con disabilità di varia tipologia e con Talea, associazione di famiglie e amici dei disabili, ed in tale quadro vengo proposti corsi sia sportivi sia didattici di tipo differente, a seconda dell'insufficienza mentale, media o grave, motoria, media o grave, cognitiva, media o grave.

Altresì infondato è il quarto motivo sulle categorie di atleti tesserati, categorie che non risulterebbero poi correttamente riepilogate.

Va condiviso quanto affermato dal giudice di primo grado, secondo il quale non si intravede un interesse a censurare tale aspetto e soprattutto, va aggiunto, non se ne comprendono le conseguenze in termini di illegittimità.

Sempre infondato è il quinto motivo concernente l'indicazione delle figure professionali coinvolte nella conduzione degli impianti natatori secondo il punto B3 del bando, indicazione artatamente sovradimensionata rispetto alle necessità.

Infine sono infondato anche i due ultimi motivi, sesto e settimo, l'uno concernente il voto sul progetto tecnico presentato da Pallanuoto **Como** in quanto, nonostante i tentativi di dimostrare una contraddizione tra giudizio e voto numerico, tratta di aspetti riservati alla discrezionalità tecnica della commissione, l'altro perché come anche affermato nella sentenza impugnata, consiste in una critica generica ed indimostrata sul complesso dell'offerta medesima.

Per cui l'appello principale proposto dall'Associazione Sportiva Dilettantistica (ASD) **Como Nuoto** deve essere respinto.

Per le considerazioni sin qui svolte resta irrilevante e deve comunque essere respinto l'appello autodefinito incidentale proposto dal Comune di **Como**.

Detta impugnativa affronta infatti le questioni sollevate dalla ASD Pallanuoto **Como**, il cui secondo motivo sollevato in origine con il ricorso introduttivo e poi nuovamente con l'appello incidentale è stato ritenuto fondato in via assorbente, mentre infondata e comunque irrilevante è la prima censura sull'apertura delle buste e gli altri motivi restano assorbiti.

Quanto alle censure contrastanti l'appello principale della **Como Nuoto** esse sono evidentemente improcedibili, in vista del rigetto dei tale impugnativa.

Per tutte le considerazioni esposte, respinge l'appello principale della ASD **Como Nuoto** e l'appello incidentale del Comune ed accoglie con diversa motivazione l'appello incidentale della ASD Pallanuoto **Como**.

In vista del rigetto del motivo di primo grado concernente la violazione procedimentale inerente l'apertura delle buste tecniche e della riconosciuta fondatezza del secondo motivo di secondo grado sul calcolo dei tesserati nel triennio e dunque sull'erroneità della graduatoria, annulla l'aggiudicazione impugnata.

Sussistono le ragioni per compensare le spese per entrambi i gradi, vista la complessità della vicenda e della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale dell'Associazione Sportiva Dilettantistica **Como Nuoto**, respinge l'appello incidentale del Comune di **Como** ed accoglie con diversa motivazione l'appello incidentale dell'Associazione Sportiva Dilettantistica Pallanuoto **Como** e, per l'effetto, conferma con

diversa motivazione la sentenza impugnata e in conseguenza accoglie il ricorso introduttivo.

Spese compensate per ambedue i gradi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Raffaele Prosperi**

**IL PRESIDENTE**  
**Luciano Barra Caracciolo**

**IL SEGRETARIO**