

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 401 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da: (ASD A.d.A.) Associazione Sportiva Dilettantistica Associazione di Associazioni con sede in Terni rappresentata e difesa dall'avv. Maria Di Paolo, con domicilio eletto presso l'avv. Antonio Coaccioli in Perugia, Piazza Alfani, 4;

contro

Provincia di Terni, rappresentato e difeso dall'avv. Patrizia Bececco, con domicilio eletto presso l'avv. Donato Antonucci in Perugia, via XIV Settembre, 69;

nei confronti di

Asd Blu Water, Ati Asd Aquasport, Ssd Italica, rappresentati e difesi dagli avv. Giovanni Ranalli, Fabrizio Garzuglia, con domicilio eletto presso l'avv. Lietta Calzoni in Perugia, via Bonazzi, 9;

per l'annullamento

* con il ricorso introduttivo:

del bando di procedura aperta per l'affidamento in concessione degli impianti sportivi di proprietà della Provincia di Terni di cui all'atto prot. 44132 datato 27 agosto 2013, compresa la clausola che impone l'accettazione incondizionata di tutto quanto previsto nel bando, a pena di esclusione dalla gara, ove interpretabile come riferita anche alle clausole dettate in patente violazione di legge, degli atti tutti della procedura di gara, compresi quelli allegati a vario titolo al bando medesimo che ne costituiscono parte integrante, compreso quindi anche il disciplinare di gara allegato sub A, con particolare ma non esclusivo riferimento agli artt. 2, 4, 13, 14, 15, e, per quanto occorrer possa;

della deliberazione del Consiglio Provinciale n. 30 del 24 giugno 2013 "approvazione linee di indirizzo ed uso per la gestione degli impianti sportivi di proprietà della Provincia di Terni", ad oggi sconosciuta, nella denegata ipotesi in cui possa essere interpretata nel senso di legittimare l'affidamento a gara delle piscine e della piscina del complesso R. Perona, in particolare, b.1 secondo le modalità dell'affidamento di impianti a rilevanza economica, consentendo quindi la partecipazione di soggetti imprenditoriali, b2 nel senso di consentire l'affidamento di impianti privi di agibilità per mancato adeguamento alle normative di sicurezza, b3 nel senso di consentire/imporre l'affidamento di detti lavori al concessionario gestore, b4 nel senso di imporre al concessionario gestore il pagamento degli oneri relativi a tutte le utenze, comprese quelle proprie di istituti scolastici e/o edifici distinti dagli impianti, e non il semplice rimborso dei relativi costi effettivamente sostenuti;

nonchè della determinazione dirigenziale 649 del 26 agosto 2013, ad oggi sconosciuta, ma richiamata nel bando, con cui si sarebbe distinta, a quanto si desume, la natura di impianti a rilevanza economica e senza rilevanza economica da affidare in gestione a terzi.

**coni motivi aggiunti depositati il 27 dicembre 2013:

del provvedimento di ammissione alla gara della controinteressata ATI e, con esso, del verbale di gara del 2 ottobre 2013; del provvedimento di aggiudicazione, sia provvisorio che definitivo, intervenuto in favore della detta controinteressata relativamente al lotto 1, e precisamente della determinazione dirigenziale n. 929 del 19 11 2013, di approvazione dei verbali di gara tutti; della determinazione dirigenziale n. 943 del 21 11 2013, comunicata con nota del 25 dello stesso mese; dei relativi verbali di gara del 12 novembre e del 20 novembre 2013, e comunque dei verbali tutti di gara approvati, nella parte in cui hanno determinato i punteggi attribuiti alle due concorrenti; dell'atto del segretario generale n. 50116 del 2 ottobre 2013, con cui è stata nominata la Commissione di gara, del bando di procedura aperta per l'affidamento in concessione degli impianti sportivi di proprietà della provincia di Terni" di cui all'atto prot 44132 datato 27 agosto 2013, per quanto già espresso nel ricorso introduttivo del presente giudizio, compreso quindi anche il disciplinare di gara allegato sub A, con particolare, ma non esclusivo, riferimento agli artt. 2, 4, 13, 14, 15, e, per quanto occorrer possa, della deliberazione del Consiglio Provinciale n. 30 del 24 giugno 2013 "approvazione linee di indirizzo ed uso per la gestione degli impianti sportivi di proprietà della Provincia di Terni", e di qualsiasi ulteriore atto che abbia qualificato l'impianto Perona (lotto 1) come impianto di rilevanza economica, consentendo quindi la partecipazione di soggetti imprenditoriali e quindi della determinazione dirigenziale 649 del 26 agosto 2013, nonché per la declaratoria dell'inefficacia dell'eventuale contratto che, nelle more, fosse comunque stipulato con l'ATI controinteressata, e per il risarcimento del relativo danno sofferto per effetto di illegittima aggiudicazione.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Terni, della Asd Blu Water, della Ati Asd Aquasport e di Ssd Italica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2014 il dott. Cesare Lamberti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'Associazione sportiva dilettantistica-Associazione di Associazioni (ASD A.d.A.) è stata costituita nell'anno 1996 e raggruppa al suo interno varie associazioni sportive dilettantistiche che operano nel campo di diverse discipline sportive e ha come scopo di promuovere e sviluppare le attività motorio-sportive-dilettantistiche, con particolare attenzione verso i soggetti a rischio di emarginazione sociale e fisica.

1.1. L'Associazione ha gestito la piscina di Viale Trieste, annessa al palazzetto dello sport, di proprietà della provincia di Terni e gestisce anche le piscine di Borgo Bovio e Campitelli nonché tutti i palazzi e le palestre di proprietà della Provincia di Terni sul territorio di Terni e Narni, esclusa Orvieto.

1.2. In quanto tale, l'Associazione impugna il bando prot. 44123 datato 27 agosto 2013 con il quale è stata indetta la procedura aperta per l'affidamento in concessione degli impianti sportivi di proprietà della provincia di Terni, le linee di indirizzo e d'uso per la gestione degli impianti sportivi di proprietà della Provincia di Terni di cui alla delibera del Consiglio provinciale n. 30 del 24 giugno 2013 e la determina dirigenziale n. 649 del 26 agosto 2013 nella parte in cui distingue gli impianti a rilevanza e senza rilevanza economica da affidare in gestione terzi.

2. Nel bando di gara sono distinti i lotti riconducibili agli "impianti senza rilevanza economica" (art. 1, lett. A) e quelli riconducibili agli "impianti con anche rilevanza economica" (art. 1, lett. B): l'elencazione precisa degli impianti è contenuta nell'art. 2 ove si specifica che la distinzione è avvenuta in relazione alla ritenuta capacità di produrre utili desunta dalle caratteristiche funzionali, dalle strutture di servizio e dal potenziale afflusso di pubblico in relazione le discipline sportive.

2.2. La distinzione rileva per i requisiti di partecipazione alla gara: per i lotti a rilevanza non economica sono ammesse le società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, federazioni sportive loro consorzi ex lege n. 289/2002, art. 90, co. 17 mentre per i lotti a rilevanza anche economica possono partecipare oltre ai predetti, tutti i soggetti a natura imprenditoriale ex art. 34 D.Lgs. n. 163/2006.

2.3. In entrambi i lotti, il modello organizzativo prescelto è identico per tutte le categorie d'impianti: l'aggiudicatario è tenuto al pagamento di un canone annuale, a garantire l'accesso al pubblico sia individuale che in forma organizzata dietro pagamento di una tariffa determinata nel bando di importo uguale per tutta la gestione, sulla quale i partecipanti devono offrire un ribasso percentuale: è altresì previsto l'obbligo di consentire l'accesso all'utilizzo gratuito per le scuole e di porre le strutture a disposizione gratuita per le attività riabilitative.

2.4. Nel bando di gara è previsto il criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa con l'apertura in seduta pubblica delle buste contenenti la documentazione amministrativa e di quelle contenenti l'offerta tecnica, con l'attribuzione di punteggi in seduta riservata e con successiva apertura dell'offerta economica sempre in seduta pubblica.

2.5. I punteggi vengono attribuiti sulla base di un massimo di 100, di cui 10 punti per la parte economica dell'offerta (importi in aumento sul valore del canone annuale base d'asta), 20 punti attribuiti alla percentuale del ribasso offerto sulle tariffe massime determinate dalla provincia, e 70 punti attribuiti agli aspetti qualitativi dell'offerta in relazione all'art. 4, LR. n. 5/2007: fra i quali la qualificazione professionale dei concorrenti, il profilo tecnico gestionale dell'impianto, la qualità della proposta sportiva gestionale, il radicamento sul territorio.

2.6. In relazione alla piscina, il piano di conduzione tecnica contiene anche una serie di lavori aggiuntivi da effettuare onde adeguare l'impianto alla LR. n. 13/2007 e al RR. n. 2/2008: la piscina ha ricevuto nulla osta provvisorio in funzione della prossima realizzazione dei lavori da completare entro il 2014.

2.7. Il disciplinare prevede infine che il concessionario, oltre al canone, rimborsi alla Provincia una somma forfettaria per le utenze salvo che il concessionario s'intesti i relativi contratti e provveda in

proprio (a decorrere dal terzo anno di durata della concessione): secondo la relazione redatta dall'Energy Manager della Provincia, non è però possibile individuare con certezza gli importi dei contributi forfettari per i diversi impianti non essendo possibile separare e/o ripartire i rispettivi consumi.

2.8. Per la piscina di Viale Trieste, annessa al palazzetto dello sport detto "La Cupola" collegato, a sua volta, all'istituto scolastico per geometri di Viale Trieste, in relazione alla promiscuità dell'uso, i concessionari dei vari lotti sportivi possono trovarsi inscientemente a contribuire al mantenimento dei vari edifici: ciononostante il contributo forfettario per le utenze relative alla piscina di Viale Trieste è stato stimato in € 220.000,00, molto distanti dalla stima di € 120.000,00 effettuata dall'Associazione ricorrente in sede di trattativa.

3. Avverso il bando e gli altri documenti relativi alla gara sono svolte le seguenti censure:

I - violazione del TUEL n. 267/2000, della L. n. 289/2002, della LR. n. 5/2007, del D.Lgs. n. 163/2006 nonché delle linee guida per la gestione degli impianti sportivi di cui alla delibera di Giunta provinciale n. 30/2013: nell'individuare gli impianti con rilevanza anche economica, non è stato osservato il codice dei contratti e, nella distinzione con gli impianti privi di rilevanza economica, non è stato dato rilievo alla soluzione organizzativa anche perché la Provincia si ingerisce pesantemente nella gestione degli impianti anche negli aspetti gestionali minimi e impedisce al gestore di determinarne le tariffe per l'uso stabilendole essa stessa con criteri nemmeno vagamente orientati a quelli di mercato.

II - violazione degli artt. 4 e 5 LR. n. 5/2007 e sviamento: i criteri relativi all'individuazione dell'offerta migliore evidenziano che l'aggiudicazione non avviene in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa ma in favore dell'offerta più bassa.

III - violazione dell'art. 4, co. 4, LR n. 5/2007 e sviamento: la previsione di affidamento diretto contenuta nel bando non considera la possibilità di rivolgersi alle associazioni di associazioni come è la ricorrente.

IV - violazione del D.Lgs. n. 163/2006 e dei principi generali sulla concorrenza nonché delle linee guida della provincia di Terni di cui alla delibera n. 30/2013: il bando impone al concessionario di realizzare in proprio le opere di adeguamento degli impianti che sono invece di proprietà pubblica realizzando in tal modo un appalto di lavori e non di servizi.

V - eccesso di potere del difetto di istruttoria, illogicità, ingiustizia manifesta e sviamento: il bando pretende che il privato si sostituisca alla provincia nella manutenzione e gestione degli impianti anche senza un ritorno economico e impone di addossarsi il costo delle utenze anche a prescindere dall'effettivo utilizzo delle strutture.

3.1. Nel ricorso si è costituita la provincia di Terni chiedendone il rigetto.

3.2. L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 146 del 23/10/2013.

4. La ricorrente ha partecipato alla gara per il lotto 1 "Terni Piscine" e ha, nel prosieguo, impugnato con motivi aggiunti regolarmente notificati l'ammissione alla gara dell'ASD Blu Water, attuale aggiudicataria, gli atti di espletamento della gara, i verbali della commissione di gara e la nomina della stessa nonché i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva.

4.1. Nei motivi si afferma in punto di fatto:

- che la commissione di gara, il 2 ottobre, aveva proceduto all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa in seduta pubblica e all'ammissione dell'associazione ricorrente e della controinteressata nonché all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica;
- che in seduta riservata, il 7 ottobre, è stato dato corso all'esame delle offerte tecniche che proseguiva nel corso delle sedute dei giorni 10, 21 al 28 ottobre senza che peraltro fossero stati determinati criteri;
- che la commissione, nel corso della seduta del 28 ottobre, ha dato atto che la ricorrente non aveva presentato il progetto dei lavori per l'adeguamento dell'impianto natatorio, progetto che non risulta essere stato presentato neanche dalla contro interessata;
- che nelle graduatorie formulate nella seduta del 12 novembre, la ricorrente ha ricevuto punti 61,66 per l'offerta tecnica mentre alla contro interessata sono stati attribuiti punti 62,72;
- che relativamente alle offerte economiche, ricorrente ha offerto un importo in aumento rispetto al canone di € 5.112,00 e una percentuale di riduzione delle tariffe del 16,67%, riportando un punteggio rispettivamente di 3,63 e di 16,67, per il totale di 20,30 punti mentre la controinteressata ha offerto un importo in aumento rispetto al canone di € 14.000,00 e una percentuale di riduzione delle tariffe del 20% totalizzando così rispettivamente punti 10 punti e punti 20, per un totale di 30 punti: dopo la correzione dei risultati relativi all'offerta economica, l'offerta della ricorrente relativa al canone annuale ha beneficiato del maggior punteggio di 4,22 per un totale di punteggio economico di 20,89;
- che nella gara, conclusivamente, l'ATI controinteressata si è classificata al primo posto con punti 92,72 mentre la ricorrente si è qualificata al secondo con punti 82,55: la differenza è pertanto di 9,63 punti.

4.2. Nei motivi aggiunti, oltre a ribadire l'illegittimità della gara derivata da quella del bando vengono proposte le seguenti autonome censure:

I - violazione dell'art. 90, L. n. 289/2002 e degli artt. 4 e 5 della LR. n. 5/2007: la controinteressata, composta da due società sportive dilettantistiche e da una società a responsabilità limitata è un operatore economico tutti gli effetti e non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara.

II - violazione dei principi generali delle gare pubbliche e difetto dei presupposti, contraddittorietà e illogicità: al pari della ricorrente, neanche l'aggiudicataria ha presentato un progetto di adeguamento degli impianti per la mancata specificazione nel bando dei lavori effettivamente necessari e dei loro importi. Buona parte delle attività offerte dalla controinteressata risultano inattuabili. Analogamente inattuabile è la miglioria proposta di separazione degli impianti.

III - violazione del bando e dell'art. 15 del disciplinare di gara anche in relazione all'art. 83, D.Lgs. n. 163/2006: l'articolazione in sub-punteggi è del tutto insufficiente a rendere conto delle valutazioni della commissione alla quale è lasciata amplissima discrezionalità. L'operato della commissione è inoltre confuso e insoddisfacente.

IV - violazione falsa applicazione dell'art 2 del regolamento dei contratti della provincia di Terni anche con riferimento all'art. 84, D.Lgs. n. 163/2006: la composizione della commissione è illegittima in quanto, salvo il presidente, esperto nel settore, degli altri due funzionari, una opera nel settore dell'edilizia scolastica mentre l'altra nel settore dello sviluppo economico.

4.3. Il relazione ai motivi aggiunti, si è costituito in giudizio con atto del 10 gennaio 2014, l'ASD Blu Water chiedendo il rigetto del ricorso.

4.4. Con memoria in data 12 gennaio 2014 la provincia di Terni ha replicato alle censure contenute del ricorso introduttivo nei motivi aggiunti.

4.5. L'ASD Blu Water ha proposto memoria, sempre relazione ai motivi aggiunti in data 11 gennaio 2014.

4.6. In data 5 febbraio 2014 è stata depositata l'ordinanza n. 161 del 15/1/2014 con la quale la V Sezione del Consiglio di Stato ha respinto l'appello cautelare.

4.6. La ricorrente ha depositato ulteriore memoria.

DIRITTO

1. L'odierna ricorrente Associazione Sportiva Dilettantistica - Associazione di Associazioni (ASD A.d.A.) è gestore della piscina di Viale Trieste, annessa al palazzetto dello sport, di proprietà della Provincia di Terni e gestisce anche le piscine di Borgo Bovio e Campitelli nonché tutti i palazzi e le palestre di proprietà della provincia di Terni sul territorio di Terni e Narni.

1.1. Da parte dell'ASD A.d.A. sono impugnati i seguenti atti e provvedimenti:

- con l'atto introduttivo del ricorso:

- il bando prot. 44123 datato 27 agosto 2013 con il quale la Provincia di Terni ha indetto una procedura aperta per l'affidamento in concessione degli impianti sportivi di sua proprietà;

- la delibera del Consiglio provinciale n. 30 del 24 giugno 2013, recante l'approvazione delle linee d'indirizzo e d'uso per la gestione degli impianti sportivi di proprietà della Provincia di Terni;

- la determina dirigenziale n. 649 del 26 agosto 2013, nella parte in cui stabilisce di procedere ad affidamento in concessione della gestione degli impianti sportivi della Provincia di Terni facenti parte dei lotti 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 6 e 9 previsti dall'art. 3, co. 1, del disciplinare approvato con deliberazione della Giunta provinciale n. 129 del 22/8/2013 previo espletamento di procedura aperta e approva il bando di gara e il disciplinare nel testo rispettivamente allegato "A" e "B";

con i motivi aggiunti:

- l'ammissione alla gara dell'ASD Blu Water, nella qualità di capogruppo della costituenda ATI con ASD Acquisport (mandante) e SSD Italice (mandante);

- l'aggiudicazione provvisoria e definitiva in favore dell'ASD Blu Water relativamente al lotto 1;

- la determinazione dirigenziale n. 493 del 21 novembre 2013 di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione definitiva all'ATI composta dal ASD Blu Water de ASD Aquasport e SSD Italice srl.;

- i verbali di gara del 21 e del 20 novembre 2013 nella parte in cui hanno determinato i punteggi da attribuire alle concorrenti;

- l'atto del segretario generale n. 50116 del 2 novembre 2013.

1.2. Nell'atto introduttivo sono articolati cinque motivi nei quali si afferma che la lex specialis avrebbe illegittimamente: (i) ammesso a partecipare anche imprenditori, individuando impianti anche con rilevanza economica unitamente a quelli senza rilevanza economica nonostante avesse limitato i poteri dei gestori; (ii) applicato in maniera erronea i principi dell'offerta economicamente più vantaggiosa; (iii) escluso la possibilità di dare gli impianti in affidamento diretto; (iv) imposto ai

concessionari di realizzare in proprio le opere di adeguamento della piscina; (v) indotto i partecipanti a formulare una proposta non seria.

1.3. Nei motivi aggiunti sono articolate quattro censure avverso la svolgimento della gara in cui si afferma che l'amministrazione avrebbe illegittimamente: (i) ammesso l'ATI capeggiata dall'ASD Blu Water; (ii) aggiudicato la gara all'offerta della controinteressata; (iii) formulato una griglia di sub-criteri superficiale e incompleta; (iv) nominato una commissione di gara illegittima.

1.4. Nel primo motivo aggiunto è poi riportato il primo introduttivo mentre nel quarto motivo aggiunto sono riportati, il secondo, il terzo, il quarto e il quinto introduttivo.

2. Nel primo motivo introduttivo è censurato il bando di gara, nella parte in cui (a) distingue gli impianti senza rilevanza economica soggetti alla legislazione regionale e quelli anche con rilevanza economica per il cui affidamento deve essere applicato il Codice dei contratti pubblici senza tenere conto della soluzione organizzativa come è necessario allorché ai gestori è sottratta ogni iniziativa sull'organizzazione dell'impianto, è imposto l'obbligo di mettere a disposizione lo stesso a determinate categorie di utenti ed è riservata alla Provincia sinanco la determinazione tariffaria peraltro "vagamente orientata" a criteri di mercato; (b) ammette a partecipare alla gara per la gestione dei impianti operatori economici privi di rilevanza economica senza prevedere l'affidamento diretto in favore degli enti senza scopo di lucro come necessario se l'ente non intende gestire l'impianto in proprio.

2.1. Nel primo motivo aggiunto è censurata in via derivata l'ammissione alla gara dell'ASD Blu Water, controinteressata aggiudicataria in quanto fra le mandanti unitamente ad ASD Acquasport, figurerebbe la società SSD Italica che opera sul mercato quale società a responsabilità limitata e pertanto come vero e proprio soggetto imprenditoriale.

2.2. Entrambi i motivi muovono dalla mancata e / o illegittima applicazione dei criteri, nella lex specialis di gara, in base a cui distinguere gli impianti a rilevanza economica e quelli privi di tale rilevanza e affermano l'illegittima assegnazione del servizio alla controinteressata Blue Water anche in violazione della preferenza accordata dalla legge alle società sportive senza fini di lucro.

2.3. Tutte le censure devono essere disattese.

3. Per la gestione degli impianti sportivi di proprietà degli enti locali, il criterio stabilito in via ordinaria dalla legge regionale n. 5 del 12 marzo 2007 è quello dell'evidenza pubblica: l'affidamento diretto rappresenta l'eccezione da applicare ai soli impianti privi di rilevanza economica e nei soli casi dell'art. 4, co. 4 (unicità di soggetto promotore l'attività sportiva, capitale interamente o maggioranza pubblica della società, accorpamento dei soggetti sportivi operanti sul territorio in un unico soggetto sportivo), in presenza dei quali è consentito prescindere dalla regola dell'affidamento tramite gara.

3.1. Sotto il profilo della prevalenza della gara sull'affidamento diretto per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, la legislazione regionale riflette l'art. 23-bis, D.L. n. 112/2008 (conv. L. n. 133/2008) che individua il modulo ordinario di conferimento della gestione dei servizi pubblici locali nelle procedure competitive ad evidenza pubblica a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, rispetto alle quali l'affidamento diretto degrada a deroga per le "situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato".

3.2. Nel silenzio della legge statale e regionale circa i criteri distintivi fra gli impianti aventi rilevanza economica e gli impianti privi di rilevanza economica, la cui qualificazione da parte dell'ente locale territoriale riveste carattere discrezionale e, al limite, di scelta politica (T.A.R. Trieste, sez. I 9 dicembre 2013, n. 634), non è censurabile il criterio seguito dal Comune di Terni nel bando di gara in esame che ha determinato cinque lotti per l'affidamento degli impianti privi di rilevanza economica [n. 2) Terni, campo calcio via Sabotino, n. 4) Terni pattinodromo, n. 6) Terni palestre e palazzetti, n. 7) Narni Scalo palestra e pista pattinaggio, n. 8) Amelia palestra e pista pattinaggio] e tre lotti per l'affidamento di impianti con rilevanza economica [n. 1) Terni piscine complesso R. Perona, n. 5) Terni palestre e palazzetti, n. 9) Orvieto palestre e Palazzetti].

3.3. In disparte l'evidente rapporto fra costi e benefici alla base della suddivisione, essendo la "rilevanza economica" propria delle attività che movimentano persone, capitali e mezzi e generino un utile che si riflette sul mercato locale, non è sostenibile l'assunto della ricorrente che riconduce alla "soluzione organizzativa" la qualificazione delle attività (e degli impianti ad esse strumentali) nell'una o nell'altra categoria e conclude per l'irrilevanza economica degli impianti natatori (in specie per il complesso R. Perona) perché nell'allegato "B" al disciplinare sarebbero stati determinati i calendari di utilizzo degli impianti con azzeramento dei ogni iniziativa del gestore e perché le tariffe da praticare per l'uso dell'impianto sarebbero "vagamente orientate" a quelle di mercato.

3.4. In disparte il carattere meramente ellittico della tesi che sostituisce il criterio economico con quello organizzativo all'evidente fine di azzerare la rilevanza della distinzione, ritiene il Collegio che la "soluzione organizzativa", non sia idonea di per sé a condizionare la rilevanza economica di un impianto adibito ad un pubblico servizio, data la necessità di contemperare il benessere collettivo cui è funzionalizzata la titolarità dell'impianto con l'esigenza quantomeno di remunerarne la gestione oltre coprirne le spese di esercizio.

3.5. Più che la modalità di funzionamento rimessa alle scelte soggettive dell'ente proprietario, appare discriminante l'individuazione della rilevanza economica la capacità del servizio di generare un utile anche sociale che si riflette oggettivamente sul mercato nel senso di sopperire alla mancanza di iniziativa privata o di calmierare i prezzi dell'analogia attività privata.

3.6. Dall'insieme dei suindicati presupposti, radicati nell'utilità del servizio a fini collettivi e nella sua idoneità a produrre utili sia pure con modalità diverse da quelle del libero mercato, deve escludersi che possa discriminare la rilevanza economica dello stesso (e dell'impianto ad esso strumentale) l'influenza da parte del gestore sulla disponibilità in favore di specifiche categoria di utenti o sulla determinazione delle tariffe che costituiscono, oltre al prezzo per l'uso dell'impianto, uno degli elementi sui quali individuare l'affidatario ai sensi dell'art. 4, co. 2, della LR. n. 5/2007.

3.7. E' perciò privo di giuridico rilievo l'assunto che, nell'impossibilità da parte di individuare con criteri sufficientemente precisi gli impianti anche con rilevanza economica e quelli privi di siffatta rilevanza, il bando debba necessariamente prevedere l'affidamento diretto in via preferenziale alle società sportive o affini come la ricorrente assume.

3.8. Siffatta conclusione oltre che difforme da principio dell'evidenza pubblica nell'affidamento dei servizi pubblici locali introdotto dall'art. 23 bis, D.L. n. 112/2008, è in aperto contrasto con la potestà dell'amministrazione di optare per la gestione diretta del servizio solo in presenza di ragionevoli valutazioni (T.A.R. Firenze, sez. I, 6 aprile 2011, n. 593) oltre che con l'art. 2, co. 4, LR. n. 5/2007 che consente l'affidamento diretto degli impianti privi di rilevanza economica solo in presenza di un solo soggetto che promuove la disciplina sportiva praticabile presso l'impianto.

3.9. Nella specie, la stessa ricorrente ha ammesso nell'atto introduttivo (cfr. pag. 13) l'esistenza nella città di Terni quantomeno di altri due impianti privati, la piscina "La Romita" e la piscina della palestra "Tonic": tanto basta ad escludere la possibilità dell'affidamento diretto del servizio anche a voler ammettere che l'impianto sportivo sia privo di rilevanza economica, data la presenza sul territorio di riferimento di più soggetti che promuovono la disciplina sportiva praticabile presso l'impianto, dalla quale la norma regionale trae un'evidente presunzione di rilevanza economica dello stesso, che ne giustifica la messa in gara nel rispetto dei precetti di concorrenzialità.

4. La documentazione in atti depositata dalla Provincia e dalla controinteressata comprova, d'altra parte, la legittimità del possesso dei requisiti in capo all'ATI facente capo all'aggiudicataria Blu Water, essendo la società mandante SSD Italica una società sportiva senza fini di lucro, come previsto dal comma 17, lett. c) dell'art. 90, L. n. 289/2002.

4.1. In mancanza dei presupposti per l'affidamento diretto dell'impianto le censure in esame vanno conclusivamente respinte.

5. Nei successivi motivi introduttivi, secondo, terzo e quarto del ricorso e nel secondo motivo aggiunto, sono censurate, a vario titolo, le disposizioni del bando di gara e la composizione della commissione giudicatrice alla stregua del regolamento dei contratti della Provincia di Terni.

5.1. Nessuna delle censure appare meritevole di accoglimento.

6. Nel quarto motivo è criticata la conformità dei punteggi attribuiti, secondo l'art. 15 del disciplinare, ai criteri propri dell'offerta economicamente più vantaggiosa sull'assunto che i punti attribuibili avrebbero per oggetto, dal 30% a 50%, una voce economica in senso stretto, con il venir meno dell'equilibrio fra l'esperienza di settore e la proposta sportiva, propri dell'offerta economicamente più vantaggiosa, contenuti anche nella legge regionale e nelle linee guida.

6.1. Il Collegio osserva come fondante la gestione dell'impianto sportivo ai sensi dell'art. 4 della LR n. 15/2007 è la capacità dello stesso di funzionare ed erogare servizi: è perciò del tutto congruo con la finalità della legge che 30 punti su 100 siano stati riservati alla parte economica.

6.1.2. Non è poi illogico il punteggio di 20 riservato al ribasso sulle tariffe previste dalla Provincia per l'uso degli impianti: le tariffe sono infatti connesse alla proposta economica nel suo insieme e la stessa ricorrente ha formulato un ribasso del 16%, a quanto riferisce la provincia nei suoi scritti difensivi.

6.1.3. Rappresenta poi una petizione di principio che la Provincia abbia privilegiato gli elementi economici a scapito di quelli qualitativi: alla qualificazione professionale sono attribuiti 30 punti, sui 70 riservati alla parte tecnica dell'offerta mentre gli altri 40 sono ripartiti in 10 e 10 per la proposta sportiva e professionale e per il radicamento sul territorio.

6.1.4. Che poi 20 punti siano stati riservati "alle proposte tecniche di gestione, intese quali proposte di migliorie ed elementi aggiuntivi al piano di conduzione tecnica definito dalla Provincia" non implica necessariamente l'onere del gestore di apportare migliorie fisiche all'impianto: la Provincia ha chiarito al proposito che nella gestione tecnica sono comprese le attività ordinarie di funzionamento, quali la guardiana, la pulizia, la manutenzione ordinaria come chiariscono l'art. 13 e l'art. 4 del disciplinare ove il piano di conduzione tecnica è definito come la "descrizione delle attività di manutenzione, di approvvigionamento, di custodia e di vigilanza nonché la descrizione delle attività concernenti il funzionamento tecnologico dell'impianto sportivo".

6.1.5. La censura va perciò disattesa essendo rimasta in dimostrata l'intentio della Provincia di strutturare l'offerta come "al maggior ribasso" e non come "economicamente più vantaggiosa".

6.2. Anche privo di fondamento è il terzo motivo, nel quale si afferma l'illogicità del bando nella parte in cui prevede l'affidamento diretto di determinate strutture (palestre n. 1 e 2 annesse all'ITIS "Allievi" di Terni, palestre annesse ai licei scientifici "Donatelli e Galilei di Terni all'Istituto d'arte "Metelli" di Terni e all'IPSIA di Orvieto).

6.2.1. Nell'art. 3, punto 3 del disciplinare, la possibilità dell'affidamento è infatti prevista considerate le dimensioni, la collocazione, il prevalente utilizzo extrascolastico storicamente registrato degli impianti, senza alcuna limitazione o criterio circa la scelta dell'affidatario.

6.2.2. Era perciò onere della ricorrente dimostrare di essere l'unico soggetto sportivo operante sul territorio, come prescritto dall'art. 4, co. 4, lett. c) LR. n. 15/2007 per l'affidamento diretto del servizio.

6.2.3. La censura, oltre che infondata, e perciò anche inammissibile non avendo poi la ricorrente concorso in concreto all'affidamento diretto degli impianti suddetti.

6.3. Analogamente inammissibile è la quarta censura di violazione dei principi generali sulla concorrenza previsti dal codice dei contratti pubblici in quanto le opere previste sugli impianti sarebbero di spettanza della Provincia e non del concessionario, in quanto veri e propri "lavori pubblici".

6.3.1. In disparte le perplessità sul carattere "pubblico" delle opere di manutenzione e di adeguamento degli impianti mattatori di proprietà di un ente locale territoriale, la ricorrente non individua l'oggetto delle opere da eseguire per l'adeguamento della piscina nè indica le ragioni in base alle quali l'individuazione del gestore tramite la procedura aperta dissimulerebbe un vero e proprio appalto di lavori pubblici.

6.4. Nel quinto motivo sono indicati una serie di sintomi di illogicità dai quali la ricorrente desume eccesso e sviamento di potere, in particolare:

- l'accollo al concessionario delle opere di messa in sicurezza della piscina che, al momento, non in è grado di essere adoperata;

- il pagamento, da parte del concessionario, dei costi di talune utenze a prescindere dal loro effettivo utilizzo;

- l'apoditticità della cifra di € 220.000 determinata per l'utilizzo degli impianti.

6.4.1. Nessuna delle anzidette circostanze è in grado di concretare il sintomo del dedotto eccesso di potere, la cui censura deve essere conseguentemente respinta.

6.4.2. Nella memoria difensiva in data 13 gennaio 2014, la Provincia chiarito che la non agibilità della piscina concerne solo il suo uso in presenza di spettatori per cui l'impianto è agibile agli effettivi utenti, fermo restando l'adeguamento previsto nel piano di conduzione tecnica e nei relativi allegati: è pertanto garantita la condizione necessaria onde consentire al concorrente di esercitare regolarmente la propria attività non essendo il funzionamento ordinario è inibito ai comuni frequentatori ma solo al pubblico.

6.4.3. La previsione nel bando di gara delle opere necessarie al restauro dell'impianto per meglio consentire la gestione del servizio pubblico già assicurato dall'esistente, pone l'aggiudicatario in grado di formulare la propria offerta assumendone il rischio di impresa sulla scorta della propria

capacità aziendale e non concreta alcuna nullità del rapporto per indeterminatezza dell'oggetto, come la ricorrente assume con richiamo all'articolo 1418 c.c.

6.4.4. Relativamente ai costi delle utenze, la provincia ha ammesso che gli impianti sportivi di Viale Trieste, causa l'attuale conformazione strutturale, non sono separati dalla complesso scolastico e che taluni servizi (gas metano ed energia elettrica) sono privi dei relativi contatori e che pertanto i relativi importi vengono calcolati come quota di rimborso forfettario delle relative utenze: si dà comunque atto della possibilità della separazione delle utenze dei servizi impianti degli sportivi dal resto del complesso scolastico, possibilità la cui valutazione è rimessa al gestore degli impianti.

6.4.5. Che nella relazione dell'Energy Manager sia riportato il metodo di contabilizzazione del riscaldamento e dell'energia elettrica distintamente per i singoli impianti sportivi tenendo conto del loro utilizzo anche da parte di altre società sportive obbligate al pagamento dei consumi di acqua calda sanitaria, è sufficiente ad escludere che il pagamento avvenga a prescindere dall'effettivo orario di utilizzo come la ricorrente suppone in altro profilo di censura che va conseguentemente rigettato.

6.4.6. Nella memoria difensiva della provincia in data 13 gennaio 2014, è infine dato atto che la somma di € 220.000,00 annui risponde ad un calcolo nel suo insieme corretto e non già apodittico mentre va considerato tale quello proposto dalla ricorrente in circa € 120.000, senza che sia data precisa contezza delle modalità e dei criteri con cui è stato effettuato.

6.4.7. Anche il suddetto aspetto di censura deve essere perciò dichiarato privo di fondamento.

6.5. Unitamente ai motivi secondo, terzo, quarto e quinto introduttivo sinora esaminati e riportati a chiosa del quarto motivo aggiunto deve essere respinto anche quest'ultimo nella parte in cui denuncia violazione dell'art. 84 D.Lgs. n. 163/2006 e del regolamento dei contratti della provincia di Terni per essere la commissione giudicatrice composta da funzionari non esperti dello specifico settore oggetto dell'appalto.

6.5.1. Dei funzionari chiamati a formare la predetta commissione, l'una riveste la qualifica di funzionario tecnico della U.O. Edilizia scolastica, è iscritta nell'elenco ministeriale per la prevenzione incendi e per la sicurezza in fase di progettazione ed esecuzione e ha esperienze in materia di sicurezza degli edifici scolastici e corpi palestra nelle scuole.

6.5.2. L'arch. Sabrina Borghi è pertanto in grado di garantire ampie conoscenze ed esperienze riguardo alla valutazione degli interventi edilizi proposti e alla conoscenza delle disposizioni in materia avendo partecipato nella qualità di responsabile unico del procedimento, a numerose procedure di affidamento di appalti di servizi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

6.5.3. L'altro funzionario è poi responsabile del servizio sviluppo economico, politiche sociali, attività turistiche, culturali e sportive ed è specialista in attività di promozione supporto ai progetti di sviluppo integrato nel territorio nell'ambito della U.O. diretta dalla presidente della commissione arch. Donatella Venti.

6.5.4. La dott.ssa Turrini garantisce anch'essa l'ampia esperienze competenza specifica nel merito del settore di gara provvedendo dallo stesso servizio cui risale l'appalto in esame.

6.5.6. Dovendosi interpretare normativa nel senso della professionalità sufficiente da valutare compiutamente le offerte delle partecipanti e non nel senso della necessità di un'esperienza talmente particolare da impingere lo stesso oggetto della gara, la censura va dichiarata infondata.

7. Delle residue censure aggiunte, è poi inammissibile la seconda, nella parte in cui afferma che nella lex specialis e nell'offerta dell'aggiudicatario relativa alla piscina sarebbe mancata la necessaria specificazione dei lavori e dei relativi importi.

7.1. In disparte la genericità delle critiche sull'inesistenza del progetto di adeguamento dell'impianto, sul cronoprogramma e sull'indeterminatezza dei tempi di realizzazione delle opere, la ricorrente non indica le specifiche ragioni per le quali l'offerta della controinteressata dovrebbe qualificarsi illogica o incongrua.

7.2. Analogamente, per le attività da svolgere sulla piscina indicate dall'aggiudicatario, la ricorrente ne afferma genericamente l'inattuabilità sotto il profilo tecnico, per l'impossibilità di conciliare l'apertura dell'impianto con gli spazi da dedicare alle singole attività anche in relazione all'uso delle scuole senza indicare, però le ragioni per cui il giudizio dei commissari sarebbe viziato di irrazionalità, come necessario per un esame orientato della censura.

7.3. Analoghi rilievi di genericità possono essere formulati con riferimento alla proposta di separare i contatori delle utenze e di installare un conta calorie per il riscaldamento.

8. Nel terzo motivo aggiunto di violazione dell'art. 15 del disciplinare di gara, la ricorrente enuclea una serie di sintomi da cui inferire per un verso l'illogicità della norma e, per altro verso, l'illogicità del punteggio attribuito dalla commissione, così riassumibili:

- insufficienza dei sottopunteggi per categorie riportati nella norma e mancanza dei criteri di ripartizione dei punteggi;
- carenza dei criteri in base ai quali la commissione avrebbe attribuito il voto;
- mancanza di collegialità nell'operato della commissione;
- erronea attribuzione dei punteggi attribuiti alla voce "2" anche con riferimento alla certificazione Iso 9001;
- erronea attribuzione dei punteggi attribuiti alla voce "3"

8.1. E' da disattendere che, in presenza di criteri per l'attribuzione dei sottopunteggi nella lex specialis della gara, la commissione sia onerata nel formulare ulteriori criteri per la ripartizione dei punteggi all'interno di ciascun subcriterio.

8.1.1. Siffatta operazione, oltre a complicare l'operato della commissione, a scapito della trasparenza e dell'intelligibilità delle sue valutazioni, non si palesa di alcuna utilità qualora nel bando e nel disciplinare di gara l'articolazione del giudizio dei singoli commissari sia sufficientemente in linea con l'oggetto della gara.

8.2. E' conseguentemente da disattendere anche l'insufficienza dei criteri per l'attribuzione dei punteggi relativi alle voci 1 e 2 inerenti rispettivamente la qualificazione professionale e la gestione degli impianti

8.2.1. L'attribuzione dei punteggi relativa alla qualificazione professionale acquisita per il numero degli impianti gestiti e per la proposta di migliorie tecniche è oggetto di valutazione discrezionale dei singoli commissari e non richiede la preventiva formulazione di ulteriori criteri di giudizio stante la possibilità di censurarne l'illogicità.

8.3. La compilazione di schede recanti i punteggi da parte dei singoli commissari non è indice di mancanza di collegialità della commissione, essendo il punteggio finale comunque frutto di un confronto fra le singole schede da cui discende l'unitarietà del giudizio nel suo insieme.

8.4. La diversità di elementi valutati nelle schede non appare infine indice di confusione dell'operato della commissione i cui singoli giudizi sono confluiti in una valutazione globale che non appare censurabile di macroscopica erroneità.

9. Il ricorso e i motivi aggiunti devono essere conclusivamente respinti.

9.1. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria definitivamente pronunciando sul ricorso in premesse lo respinge.

Condanna la ricorrente alle spese del presente giudizio liquidate in € 6000,00 (seimila/00) complessive, di cui due terzi in favore della Provincia di Terni e un terzo in favore della controinteressata ASD Blu Water.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Paolo Amovilli, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/04/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

