

Deliberazione n. 41 Adunanza del 18 aprile 2012

Fascicolo n. 2943/2011

Oggetto: Affidamento gestione centro sportivo "Davide Ancilotto" di proprietà del Comune di Arese (MI)

Stazione appaltante: Fondazione Arese Cultura e Sport

Esponente: Consigliere Comunale Comune di Arese

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Vista la relazione della Direzione generale vigilanza lavori, servizi e forniture.

Considerato in fatto

E' pervenuta in data 28/10/2011 a questa Autorità una segnalazione, con la quale venivano evidenziate alcune presunte irregolarità nella gestione del "Centro Sportivo Davide Ancilotto" di proprietà comunale.

L'esponente premette che il Comune di Arese, facente parte dell'hinterland milanese con circa 19.500 abitanti, nel 2005 deliberava la costituzione della Fondazione Arese Cultura e Sport (di seguito Fondazione), approvandone lo Statuto e l'atto costitutivo.

Successivamente con Delibera n. 191 del 20.12.2005, nuovamente rinegoziata nel 2007, lo stesso Comune avrebbe stipulato con la Fondazione una "convenzione" con la quale affidava alla stessa la gestione del centro sportivo in questione, per il periodo 1.01.2006 - 31.12.2014, disciplinandone e limitandone al tempo stesso l'utilizzo.

In data 26.07.2010 il Consiglio di Gestione della suddetta Fondazione, senza indire alcuna procedura ad evidenza pubblica, avrebbe provveduto a nominare la società IN.TE.SE srl. quale partecipante attuatore di progetto speciale. La Fondazione, quindi, avrebbe affidato ad un soggetto privato la riqualificazione integrata del centro sportivo comunale Davide Ancilotto e la gestione dello stesso centro per 40 anni; in tal modo, superando di gran lunga la data di scadenza dell'affidamento della gestione del centro alla stessa Fondazione, fissata dal Comune al 2014.

Inoltre, sostiene ancora il segnalante, la Fondazione, seppur in costanza di rapporto con la società IN.TE.SE srl, avrebbe proceduto ad ulteriori affidamenti, effettuati previo avviso del 5.08.2011, per concedere ulteriormente in uso alcuni spazi del centro sportivo Davide Ancilotto. Avrebbe quindi affidato la gestione di due palestre all'Associazione Nuovo Basket Aresino A.S.D. e la gestione di due piscine con relativi spogliatoi alla S.S.D. Arese Nuoto s.r.l.

In considerazione della rilevanza delle questioni prospettate, la Direzione Vigilanza Lavori Servizi e Forniture in data 22 novembre 2011 ha avviato specifica istruttoria nei confronti del comune di Arese e della Fondazione chiedendo gli opportuni chiarimenti corredati dalla necessaria documentazione.

La Fondazione Arese Cultura e Sport, considerandosi Stazione Appaltante, nella nota di risposta, pervenuta a quest'Ufficio in data 12 dicembre 2011, ammetteva l'illegittimità del rapporto instaurato con società IN.TE.SE srl alla quale aveva affidato la riqualificazione nonché la gestione del centro sportivo senza seguire alcuna procedura ad evidenza pubblica prevista dal D.lgs 163/2006. Sostiene tuttavia che detto rapporto riguardava la precedente gestione amministrativa della Fondazione del centro sportivo.

Tanto premesso la Fondazione, mancando altresì un regolare contratto stipulato tra Fondazione e società IN.TE.SE., con provvedimento del 24.11.2011 annullava il provvedimento di consegna e di gestione del Centro Sportivo comunale alla società IN.TE.SE. srl, quindi, tentava di riassumere il controllo diretto delle strutture immobiliari e la gestione del centro sportivo. Tuttavia, avverso tale provvedimento la società IN.TE.SE. srl promuoveva ricorso dinanzi al TAR della Lombardia, rifiutandosi di liberare il centro sportivo.

Alla luce dei chiarimenti forniti, essendosi "risolto" il rapporto tra Fondazione e socio privato INTESE srl, ritenuto illegittimo dalla stessa Fondazione, si possono ritenere superate le problematiche evidenziate dal segnalante che si concentravano, appunto, sull'affidamento diretto effettuato da Fondazione alla Società IN.TE.SE. srl. Tuttavia, dall'esame generale della questione emergeva all'attenzione di questa Autorità, un'ulteriore criticità che riguarda, innanzitutto, la legittima possibilità, da parte dell'Amministrazione comunale, di affidare la gestione del centro sportivo ad una Fondazione da essa stessa costituita, sfuggendo alle regole dell'evidenza pubblica.

Infatti, ad un primo esame della questione e valutata la recente giurisprudenza, proprio con

riferimento alla gestione di impianti sportivi di proprietà di enti pubblici territoriali, si notava che, come stabilito dalla Legge della Regione Lombardia n. 27 del 14 dicembre 2006 della quale meglio si dirà nelle "considerazioni" che seguono, le condizioni che possono giustificare l'affidamento diretto del servizio di gestione di un centro sportivo sono circoscritte: I) il servizio deve essere privo di rilevanza economica, richiedendo per le sue intrinseche caratteristiche una gestione facile e con costi esigui; II) oppure, ipotesi quest'ultima residuale, l'ente può conferire direttamente la titolarità del servizio qualora ricorrano i presupposti del c.d. affidamento in house (e quindi in autoproduzione economica).

Orbene, sulla scorta della documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria, non potendo fondare un giudizio di sicura non remuneratività della gestione del centro sportivo Davide Ancillotto ed escludendo, per il caso di specie, la praticabilità dello schema dell'in house providing questa Autorità procedeva, con nota del 30.01.2012, a richiedere sia alla Fondazione che al Comune ulteriori chiarimenti integrativi relativamente alla rilevanza economica del servizio in questione.

In riscontro alle ulteriori criticità contestate, con nota pervenuta il 21.02.2012, il Commissario Straordinario per la provvisoria gestione del Comune di Arese controdeduce a quanto obiettato da questa Autorità chiarendo innanzitutto che la situazione economica e contabile di Fondazione è assolutamente deficitaria a ciò si aggiungono i debiti, ereditati dalla precedente gestione del centro, abbastanza sostenuti. Inoltre, la società IN.TE.SE. srl ha promosso ricorso dinanzi al TAR della Lombardia contro il provvedimento con il quale Fondazione il 24.11.2011 intimava la consegna delle strutture del Centro Sportivo Davide Ancillotto. Quindi, a seguito del rifiuto da parte della società IN.TE.SE. srl di lasciare le strutture del centro sportivo, i consiglieri di Fondazione Arese Cultura e Sport si sono dimessi dall'incarico. L'accesso al centro sportivo è al momento impedito sia a Fondazione sia al Comune.

Per quanto riguarda l'affidamento dell'impianto sportivo di che trattasi alla Fondazione Arese Cultura e Sport, lo stesso Comune nelle proprie controdeduzioni esclude la praticabilità dello schema dell'in house providing, riconoscendo altresì la rilevanza economica del servizio in questione e dichiarando che non sussistono gli estremi per l'affidamento diretto dell'incarico di gestione degli impianti sportivi alla Fondazione previsto dalla Legge Regionale Lombardia n. 27/2006, art. 5, comma 2 e 3.

Quindi, il Commissario straordinario si impegna, una volta che avrà ottenuto nuovamente il possesso del centro, ad indire necessaria gara per la concessione di lavori pubblici da eseguirsi nel centro sportivo e ad avviare il procedimento amministrativo di recesso del Comune di Arese dalla convenzione novata con Fondazione il 19.09.2007.

Fondazione, con nota pervenuta in data 23.02.2012, riscontrando le ulteriori richieste di informazioni di questa Autorità, rappresenta che non potendo operare nel centro, non potendo contare sugli introiti dei canoni di affitto dei gestori del centro e senza il supporto annuale del Comune, ha rimesso il mandato al Commissario prefettizio per poi dare le dimissioni il 31.12.2011.

Ritenuto in diritto

Come già evidenziato, le criticità che si vogliono analizzare, non affrontate nelle controdeduzioni dalla Fondazione, riguardano, innanzitutto, la possibilità di conferire da parte dell'Amministrazione comunale l'incarico di gestire il centro sportivo ad una Fondazione da essa stessa costituita.

Il Comune di Arese con deliberazione del Consiglio Comunale n. 33 del 30 maggio 2005 ha costituito come Fondatore Promotore una Fondazione di partecipazione per la gestione del servizio di promozione e gestione delle attività culturali, sportive e del tempo libero approvandone lo Statuto e l'Atto costitutivo.

Successivamente il Comune, con Delibera di giunta n. 191 del 20.12.2005, rivista nel 2007 ha affidato alla Fondazione i servizi di gestione del centro sportivo Comunale e di promozione, organizzazione e svolgimento di attività sportive, ricreative e culturali per il tempo libero per il periodo dal 1.01.2006 al 31.12.2014, stipulando con la stessa una "convenzione".

Dall'esame dell'art. 3 della Convenzione rubricato in Uso dei beni mobili e immobili appare evidente che il Comune di Arese abbia inteso affidare alla Fondazione tramite lo strumento della Convenzione la gestione di un bene e di un servizio pubblico locale con diritto di comodato.

Ciò premesso, come già osservato in Fatto, proprio con riferimento alla gestione di impianti sportivi di proprietà di enti pubblici territoriali, le condizioni per poter giustificare l'affidamento diretto del servizio di gestione di un centro sportivo sono molto circoscritte e basate sostanzialmente:

I) sulla legge n. 289/2002 (Legge Finanziaria 2003) art. 90, e di conseguenza, nel caso della Regione Lombardia, sulla Legge Regionale Lombarda n. 27/2006 che all'art. 5, comma 2 e 3 prevede che gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dell'incarico di gestione di impianti sportivi ad associazioni, fondazioni etc., solo nel caso in cui detti impianti siano privi di rilevanza economica, richiedendo per le loro intrinseche caratteristiche una gestione facile e con costi esigui;

II) sull'affidamento in house (e quindi in autoproduzione economica).

Quanto alla legge n. 289/2002 (Legge Finanziaria 2003) si precisa che la stessa all'art. 90, comma 25, stabilisce 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. Le regioni disciplinano, con propria legge, le modalità di affidamento.

Quindi, avendo la Regione Lombardia legiferato in merito, nel caso di specie, trova applicazione la Legge Regionale n. 27 del 14 dicembre 2006 che disciplina le modalità di affidamento della gestione di impianti sportivi di proprietà di enti pubblici territoriali.

Detta Legge all'art. 3 così recita:

Gli enti pubblici territoriali stabiliscono le modalità di affidamento della gestione degli impianti sportivi nel rispetto dei seguenti criteri:

- a) differenziazione della procedura di selezione a seconda che si tratti di impianto avente rilevanza economica o di impianto senza rilevanza economica;
- b) rispetto dei principi di trasparenza, correttezza ed imparzialità, nonché adeguata pubblicizzazione.

Preliminarmente la stessa legge chiarisce all'art.1 comma 2 che si intende per:

- a) impianti senza rilevanza economica quelli che per caratteristiche, dimensioni e ubicazione sono improduttivi di utili o produttivi di introiti esigui, insufficienti a coprire i costi di gestione;
- b) impianti aventi rilevanza economica quelli che sono atti a produrre utili.

Specificando, inequivocabilmente, all'art. 5, commi 2 e 3, che :

-gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dell'incarico di gestione di impianti sportivi senza rilevanza economica ad associazioni, fondazioni, aziende speciali, anche consortili, e società a capitale interamente pubblico, da loro costituite;

-per gli impianti sportivi senza rilevanza economica, le cui caratteristiche e dimensioni consentono lo svolgimento di attività esclusivamente amatoriali e ricreative e richiedono una gestione facile e con costi esigui, è ammesso l'affidamento diretto dell'incarico di gestione agli utilizzatori degli impianti stessi.

Ciò posto, secondo quanto sostenuto dallo stesso Comune si deve escludere che quello in discorso sia definibile come servizio privo di rilevanza economica. Appare anzi evidente, vista la documentazione da ultimo prodotta da Fondazione, che le caratteristiche delle attività svolte nel centro sportivo (tariffe da praticare all'utenza, punti di ristoro, possibilità di vendita di spazi pubblicitari, pagamento di un biglietto d'ingresso da parte dei fruitori ad esempio di eventi sportivi) siano potenzialmente remunerative e potrebbero produrre introiti sufficienti ad un eventuale Concessionario per coprire i costi di gestione e ricavarne degli ulteriori profitti. Il Centro Sportivo Davide Ancillotto, a detta della stessa Fondazione, potrebbe avere un bacino di utenza superiore alle 190.000 unità attirando anche le utenze dei comuni limitrofi. Negli anni di massimo picco di frequenza il centro, stando ai dati prodotti da Fondazione nelle proprie controdeduzioni, avrebbe incassato circa 800.000 €/anno rappresentando quindi l'11% del mercato della pratica sportiva sul territorio.

Inoltre, né lo Statuto della Fondazione né la stessa convenzione tra Comune e Fondazione impediscono una gestione che sul piano oggettivo consenta alla Fondazione di acquisire profitto dalla gestione del centro.

Al contrario, la Convenzione sembrerebbe confermare il carattere profittevole della gestione del servizio laddove afferma che la Fondazione introiterà direttamente tutti i proventi e i frutti derivanti dalla gestione del servizio e dalla conduzione dei beni, tra cui, a titolo esemplificativo: tariffe; canoni di locazione degli impianti e dei punti di ristoro, introiti derivanti dalla vendita di spazi pubblicitari; sponsorizzazioni.

Inoltre, si richiamano, sul punto, due pareri legali rispettivamente del 19.10.2011 e del 1.01.2010 richiesti dalla Fondazione che incidentalmente asseriscono che il servizio gestito dalla Fondazione è un servizio di rilevanza economica come diversamente non potrebbe essere un centro sportivo come il Davide Ancillotto stante la sostanziale idoneità a produrre utili significativi (si considerino i proventi delle iscrizioni, gli utili conseguiti attraverso le competizioni sportive, i ricavi di eventi promozionali, manifestazioni; parere del 19.10.2011).

Sull'argomento ancora si ribadisce quanto sostenuto da copiosa giurisprudenza, secondo la quale

l'art. 5 della Legge Regionale Lombarda n. 27/2006 configura l'affidamento diretto degli impianti sportivi, solo come ipotesi residuale, in accordo con i principi comunitari, pertanto si può procedere senza gara solo per gli impianti privi di rilevanza economica, definiti dall'art. 1 della stessa Legge (TAR Brescia, Sez.I, 4/2009; TAR Lombardia Milano, Sez.I, n. 5715/2008; Consiglio di Stato sez.V 1030/2009) ¹. Si richiama, in particolare, la pronuncia del Consiglio di Stato n. 5097 del 27/8/2009 che proprio con riferimento all'affidamento di servizi sportivi osserva che ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale sotto il profilo della rilevanza economica, non importa la valutazione fornita dalla p.a., ma occorre verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno il connotato della "redditività", anche solo in via potenziale.

Escludendo, quindi, che il servizio di che trattasi sia "intrinsecamente" privo di rilevanza economica resta da verificare se l'affidamento diretto effettuato dal Comune di Arese ad una Fondazione costituita da esso stesso possa ricondursi alla figura del c.d. in house providing o, per dir meglio, se sussistano i presupposti che possano giustificare una estensione analogica del principio relativo alla esenzione riservata alle società in house.

Come noto, la giurisprudenza comunitaria e nazionale (Causa C-107/98, Caso Teckal; CdS, A.P. 1/2008) ha evidenziato almeno due requisiti cumulativi al ricorrere dei quali è consentito l'affidamento diretto, detto in house providing: I) la società in house deve agire come un organo dell'amministrazione la quale deve esercitare il c.d. controllo analogo sulla società affidataria del servizio, II) l'affidatario del servizio deve destinare la c.d. attività prevalente a favore dell'ente controllante.

Nel caso di specie è sufficiente rilevare che I) lo Statuto all'art. 1 precisa che le finalità della Fondazione si esplicano nell'ambito della Regione Lombardia, accordando in tal modo alla Fondazione di operare in tutto il territorio Regionale quindi, anche al di fuori dell'ambito territoriale di Arese, gestendo direttamente e indirettamente tutta una pluralità di servizi tra cui iniziative culturali sportive ricreative, musei, teatri, mostre permanenti, stipulare convenzioni per affidamenti a terzi di parte di attività, svolgere, in via accessoria attività di commercializzazione (Statuto, art. 3); II) lo Statuto all'art. 12 prevede espressamente la possibilità di ingresso di soci privati nella compagine societaria, accordando, peraltro, alla Fondazione la possibilità di nominare partecipanti a progetti speciali che si impegnino a sostenere specifici progetti, rientranti nell'ambito di attività della Fondazione, mediante contributi in denaro, ovvero con un'attività anche professionale di particolare rilievo o con l'attribuzione di beni materiali o immateriali. Tali partecipanti sono nominati dal Consiglio di Gestione della Fondazione, la maggioranza del Consiglio di gestione è scelta e nominata dal consiglio di indirizzo su indicazione dei Fondatori privati e Partecipanti privati rappresentati dal Consiglio di indirizzo medesimo (Statuto, art. 17).

Tutto ciò esclude la sussistenza dell'immediato controllo da parte dell'ente pubblico sull'attività e le decisioni della Fondazione, tale da poter configurare quest'ultima quale organo dell'Amministrazione e, quindi, da legittimare l'affidamento in house.

Si consideri che proprio la mancanza di controllo analogo da parte dell'ente pubblico sull'operato della Fondazione avrebbe consentito alla stessa di affidare, a norma dell'art. 12 dello Statuto sopra citata, l'incarico di riqualificare e gestire il centro sportivo di proprietà comunale ad una società privata IN.TE.SE.srl srl senza alcuna autorizzazione o consenso comunale (come affermato dal Commissario straordinario per la provvisoria gestione del Comune di Arese nelle proprie controdeduzioni).

Parrebbe, quindi, che l'affidamento della gestione del centro sportivo "Davide Ancilotto" di proprietà del Comune di Arese (MI) debba giuridicamente inquadrarsi come una concessione di servizi pubblici, regolamentate, come noto, dall'art. 30 del Codice dei Contratti pubblici che, al comma 3, così recita: la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Da quanto sopra esposto deriverebbe che l'Amministrazione comunale non poteva conferire alla Fondazione in via diretta l'incarico di gestire il centro sportivo di che trattasi senza rispettare le regole di cui al D.lgs. 163/2006 sopra richiamate.

In base a quanto sopra considerato:

Il Consiglio

Ritiene che l'affidamento diretto della concessione di gestione degli impianti sportivi del centro Davide Ancilotto, di proprietà comunale, alla Fondazione Arese Cultura e Sport presenta profili di illegittimità, sia perché il fenomeno del c.d. in house providing, del tutto eccezionale, non può essere menzionato per un caso come quello in esame, sia perché non sembra soccorrere neppure la natura

sociale e/o di rilevanza non economica del servizio.

Dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Lavori, Servizi e Forniture affinché comunichi la presente deliberazione al Comune di Arese alla Fondazione Arese Cultura e Sport e al segnalante.

Il Consigliere Relatore Luciano Berarducci

Il Presidente Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 22 maggio 2012

Il Segretario

Maria Esposito

¹ In seguito il Consiglio di Stato ha stabilito che va posta in essere dall'ente locale una procedura di evidenza pubblica, anche se semplificata, pure per gli impianti privi di rilevanza economica (Consiglio di Stato n. 8914/2009).