



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2098 del 2010, proposto da:
La Compagnia del Bel Canto, in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo e Isabella
Loiodice, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano,
Galleria Passerella, 1

contro

Comune di Opera, non costituito in giudizio

nei confronti di

Associazione musicale Aldo Rossi, non costituita in giudizio

per l'annullamento

della deliberazione di Giunta comunale di Opera n. 87 del 1 luglio
2010, pubblicata sull'albo pretorio comunale dal 29 luglio 2010 al 13
agosto 2010;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra il Comune di Opera e l'Associazione Musicale "Aldo Rossi" per l'esecuzione del servizio di organizzazione e gestione di corsi musicali presso la locale scuola civica non conosciuto dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo n. 701/2011;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Udito, nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2011, l'avv. Michelangelo Pinto per la ricorrente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, gestore uscente del servizio di organizzazione e gestione di corsi di musica presso la locale scuola civica, affidatole con gara per il periodo ottobre 2009 – giugno 2010, ha impugnato la delibera di Giunta n. 87 del 1 luglio 2010, con cui il Comune di Opera ha deciso l'affidamento diretto in concessione dello stesso servizio, per il biennio 2010 – 2012, all'Associazione musicale Aldo Rossi di Milano.

Ha articolato 3 motivi di ricorso con cui, in sintesi, ha dedotto:

I) violazione di legge e dei principi costituzionali e comunitari in materia di contratti pubblici in quanto l'utilizzo della formula concessoria non esimerebbe la stazione appaltante dal rispetto dei principi comunitari di trasparenza, adeguata pubblicità e non discriminazione, come chiarito dall'art. 30, comma 3, del codice dei contratti;

II) violazione di legge ed eccesso di potere atteso che la motivazione adottata dal Comune per non indire la gara – ossia che i costi della procedura non troverebbero giustificazione nell'affidamento di un servizio sostanzialmente gratuito – non corrisponderebbe al vero in quanto i corsi di musica presso la scuola sono a pagamento sicchè il relativo servizio non sarebbe privo di rilevanza economica o di redditività; d'altra parte l'Associazione affidataria non sarebbe partecipata dal Comune e pertanto non rientrerebbe fra i soggetti ai quali, ai sensi dell'art. 113bis, comma 3 del D.Lgs. 267/2000, gli enti locali possono effettuare affidamenti diretti;

III) violazione di legge e, in particolare dell'art. 115 del D.Lgs. 42/2004, nonché eccesso di potere poiché la suddetta norma, richiamata nella delibera di Giunta a giustificazione dell'affidamento de quo inteso alla valorizzazione della cultura e dei beni culturali, non esimerebbe affatto né autorizzerebbe il ricorso a gestioni affidate al di fuori di procedure ad evidenza pubblica.

Né il Comune intimato né l'associazione controinteressata si sono costituiti in giudizio.

Con ordinanza n. 1145 del 28 ottobre 2010 la causa è stata rinviata al merito, stante la ravvisata assenza dell'estrema gravità ed urgenza del pericolo.

All'udienza pubblica del 9 marzo 2011, su richiesta della ricorrente, unica parte costituita, la causa è passata in decisione.

2. Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

Dalla lettura della deliberazione di Giunta Comunale impugnata si rileva che il ricorso all'affidamento diretto è stato giustificato esclusivamente "in quanto il ricorso a procedura ad evidenza pubblica comporterebbe un onere di indizione superiore al vantaggio che potrebbe derivarne in termini di partecipazione, in quanto si tratta di servizio privo di rilevanza economica e di redditività" (così testualmente al secondo "Considerato" di pag. 1).

Emerge, peraltro, dallo schema di disciplinare allegato alla citata delibera di Giunta, che i corsi sono a pagamento sulla base di tariffe concordate con l'Amministrazione comunale (cfr. pag. 2).

Osserva il Collegio che, sebbene si verta in tema di concessione di servizi, sottratte *ex lege* all'applicazione del codice dei contratti, nondimeno l'art. 30, comma 3, dello stesso D.Lgs. 163/2006 stabilisce che la scelta del concessionario debba 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 e proporzionalità (T.A.R. Lombardia, Milano,

Sez. I, 11 febbraio 2011, n. 448).

Ne discende che, nel caso di specie, l'affidamento diretto operato dal Comune di Opera in violazione dei surrichiamati principi si profila senza dubbio illegittimo.

Né è ragionevole la motivazione addotta dall'Amministrazione per cui l'indizione di una gara sarebbe stata operazione antieconomica a fronte della sostanziale gratuità dell'attività da espletare: ciò sia per l'evidente non veridicità del presupposto, posto che i corsi sono a pagamento, sia in considerazione del fatto che il precedente affidamento (alla ricorrente) era avvenuto in seguito all'espletamento di una gara, il che dimostra che l'autorità comunale era consapevole della necessità di rispettare le regole di derivazione comunitaria poste a presidio dei principi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento: l'addotta motivazione è, pertanto, da disattendere.

D'altra parte, il richiamo all'art. 115 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (legge 22 gennaio 2004, n. 42), contenuto nell'impugnata delibera, non solo non giustifica ma, viceversa, esclude l'affidamento diretto, atteso che al comma 3 nel prevedere che, ove l'amministrazione ritenga più conveniente (per la gestione delle attività di valorizzazione dei beni culturali) far ricorso alla concessione a terzi, stabilisce espressamente che questi debbano essere scelti in base a procedure ad evidenza pubblica (cfr. in tal senso: T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 17 novembre 2005, n. 11471).

Per quanto precede il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, deve

essere annullato l'atto impugnato.

Quanto al contratto, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., ne va dichiarata l'inefficacia con decorrenza dalla pubblicazione della presente decisione, in considerazione sia della sussistenza dei presupposti per la configurabilità della responsabilità in capo al Comune concedente, ed in particolare dell'elemento soggettivo della colpa, avendo l'Amministrazione ritenuto di poter procedere ad un affidamento diretto in violazione delle norme cogenti di derivazione comunitaria anche per le concessioni ai sensi dell'art. 30, comma 3 del D. Lgs. 163/2006, sia dell'interesse della società ricorrente di partecipare alla gara così da vedere reintegrata la *chance* di conseguire l'aggiudicazione.

Invero, la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione illegittima annullata, oramai positivamente definita negli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo, deve ritenersi estesa, per le ragioni sostanziali di concentrazione processuale sottese al noto arresto delle Sezioni Unite della Cassazione (ordinanza 10 febbraio 2010, n. 2906), anche a vicende, come quella in esame, in cui faccia difetto l'aggiudicazione da annullare, essendo mancata la gara che avrebbe dovuto precederla, e la pronuncia di annullamento riguardi il provvedimento illegittimo di affidamento diretto del servizio (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 16 giugno 2010, n. 1882).

L'amministrazione va, infine, condannata al pagamento delle spese di

lite, liquidate in complessivi € 3.000,00 (tremila,00), oltre al rimborso forfetario delle spese generali nella misura del 12,50%, nonché di oneri previdenziali e fiscali, in ossequio alla regola della soccombenza.

Possono viceversa compensarsi le spese con l'aggiudicataria della concessione.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto annulla l'atto impugnato, dichiarando inefficace il contratto a far data dalla pubblicazione del dispositivo della presente sentenza, ai sensi di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Opera alla rifusione, in favore della ricorrente, di spese e competenze del giudizio che liquida come in motivazione; compensa le spese fra le altre parti.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Hadrian Simonetti, Referendario

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/03/2011

IL SEGRETARIO

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