



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1013 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

River Piper srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Pasquini, con domicilio eletto presso l'avv. Luca Capecchi in Firenze, via Bonifacio Lupi, 20;

contro

Comune di Stia, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Manuela Ferri, con domicilio eletto presso l'avv. Vincenzo Domestici in Firenze, via G. Marconi, 48;

nei confronti di

Polisportiva Pratovecchio - Associazione Sport Dilettanti, Società del Carnevale di Stia, Pro Loco di Stia, Associazione il Chiodo Fisso, Tennis Club di Stia, Pier Angelo Pieri;

per l'annullamento

(con il ricorso introduttivo):

- del provvedimento n. 535 del 05.06.2009 registrato il 10.06.2009, con cui il Comune di Stia ha provveduto all'affidamento in concessione alla Associazione Polisportiva Pratovecchio – A.S.D. della gestione del padiglione termale di Stia e del relativo parco adiacente per lo svolgimento dell'attività ricreativa della discoteca "Palagio Fiorentino" per le serate del 13.06.2009 e del 20.06.2009;
- del Regolamento per la concessione del Palagio Fiorentino e della delibera n. 14/CC del 28.03.2008 di modifica di tale regolamento, peraltro non conosciuta dal ricorrente;
- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale anche eventualmente non comunicato al ricorrente,

con condanna dell'Amministrazione convenuta al risarcimento nei confronti del ricorrente di tutti i danni subiti per l'esecuzione dei provvedimenti impugnati ed al pagamento delle spese di lite;

(con i motivi aggiunti depositato in data 21 ottobre 2009):

- del provvedimento n. 575 del 24.06.2009 registrato il 26.06.2009, con cui il Comune di Stia ha provveduto all'affidamento in concessione alla società del Carnevale di Stia della gestione del padiglione termale di Stia e del relativo parco adiacente per lo svolgimento dell'attività ricreativa della discoteca "Palagio Fiorentino" per le serate del 27.06.2009 e del 04.07.2009;
- del provvedimento n. 619 dell'11.07.2009 registrato l'11.07.2009, con cui il Comune di Stia ha provveduto all'affidamento in concessione alla Pro Loco di Stia della gestione del padiglione termale di Stia e del relativo parco

adiacente per lo svolgimento dell'attività ricreativa della discoteca "Palagio Fiorentino" per le serate del 11.07.2009;

- del provvedimento n. 653 del 15.07.2009 registrato il 22.07.2009, con cui il Comune di Stia ha provveduto all'affidamento in concessione all'Associazione Il Chiodo Fisso della Gestione del padiglione termale di Stia e del relativo parco adiacente per lo svolgimento dell'attività ricreativa della discoteca "Palagio Fiorentino" per il periodo dal 20 al 29 luglio 2009;

- del provvedimento n. 621 del 18.07.2009 registrato il 18.07.2009, con cui il Comune di Stia ha provveduto all'affidamento in concessione al Tennis Club di Stia della gestione del padiglione termale di Stia e del relativo parco adiacente per lo svolgimento dell'attività ricreativa della discoteca "Palagio Fiorentino" per le serate del 18.07.2009;

- del bando di gara del 14.07.2009, mediante asta pubblica, per l'affidamento in concessione della gestione del padiglione termale di Stia e del relativo parco adiacente per lo svolgimento di manifestazioni culturali, artistiche, ricreative, ecc. per il periodo 1 agosto - 30 settembre 2009 con esclusione del periodo 29 agosto - 6 settembre 2009;

- del provvedimento n. 658 del 28.07.2009 registrato il 28.07.2009, con cui il Comune di Stia ha provveduto all'approvazione del verbale di gara del 27.07.2009 e all'aggiudicazione definitiva della concessione del padiglione termale di Stia e del relativo parco adiacente per lo svolgimento di manifestazioni culturali, artistiche, ricreative, ecc. per il periodo 1 agosto-30 settembre 2009 con esclusione del periodo 29 agosto - 6 settembre;

- dei provvedimenti, al momento ignoti alla società ricorrente, con cui il Comune di Stia ha provveduto all'affidamento in concessione della gestione del padiglione termale di Stia e del relativo parco adiacente per lo svolgimento dell'attività ricreativa della discoteca "Palagio Fiorentino" per le serate del 29.08.2009 e del 5.09.2009;

e per la condanna del Comune di Stia a risarcire tutti i danni subiti dalla ricorrente per l'esecuzione dei provvedimenti impugnati ed al pagamento delle spese di lite.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Stia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2013 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori G. Parigi delegato da S. Pasquini e M. Ferri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Con il ricorso introduttivo del giudizio la River Piper s.r.l., che gestisce in Comune di Castel San Niccolò l'omonima discoteca, impugna il provvedimento n. 535 del giugno 2009 (in uno con gli atti connessi come in epigrafe indicati) con il quale il Comune di Stia ha concesso alla Associazione Polisportiva Pratovecchio – ASD il Padiglione Termale del Palagio Fiorentino e il parco adiacente per l'organizzazione di due serate danzanti nei giorni 13 e 20 giugno 2009. Nella narrativa in fatto la società ricorrente evidenzia come il Comune di Stia aveva in data 5 maggio 2009 emesso bando pubblico per lo svolgimento di gara per l'affidamento della concessione del suddetto Palagio Fiorentino, gara alla quale la società ricorrente aveva partecipato, pur avendo in precedenza evidenziato all'Amministrazione le illegittimità che affliggevano il suddetto bando; l'Amministrazione ha poi annullato, in data 6 giugno 2009, il richiamato bando, ma non ha fatto a ciò seguire ulteriore indizione di gara

bensi l'affidamento qui contestato.

2 - Nei confronti degli atti gravati la società ricorrente formula le seguenti censure:

- "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97, comma 1, della Cost.; violazione del canone costituzionale di imparzialità dell'azione amministrativa", come si evince dal fatto che l'Amministrazione abbia proceduto all'affidamento contestato dopo aver indetto una gara, quando la gara stessa era ancora formalmente in corso (l'annullamento della stessa essendo successivo) e senza provvedere alla indizione di nuova gara;

- "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 e degli artt. 2 e 81 del Trattato dell'Unione Europea", contestando l'assegnazione diretta di immobili pubblici per lo svolgimento di attività di discoteca;

- "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 53, comma 23, della legge n. 388/2000", contestandosi l'emissione dell'atto gravato da parte del Sindaco, che ha la responsabilità dell'area amministrativa ma non gestisce i beni comunali, anche perché essendo presente in Comune di Stia il segretario comunale non sarebbe legittimo affidare tale potere al Sindaco.

Parte ricorrente conclude quindi per l'annullamento dell'atto e il risarcimento del danno subito.

3 - Con decreto presidenziale n. 439 del 19 giugno 2009 veniva respinta la domanda di misure cautelari provvisorie.

4 - Il Comune di Stia si è costituito in giudizio per resistere al ricorso.

5 - Con ordinanza n. 565 del 10 luglio 2009 la Sezione ha respinto la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati.

6 - Con ricorso per motivi aggiunti la società ricorrente impugna ulteriori quattro provvedimenti di affidamento del Palagio Fiorentino, oltre al bando di gara del 14 luglio 2009 e al provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara del 28 luglio 2009, formulando nei confronti dei suddetti atti le seguenti censure:

- "Sull'illegittimità dei singoli provvedimenti di assegnazione. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57 del d.lgs. n. 163/2006, violazione del canone di imparzialità dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti di legge e difetto di motivazione. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1 legge 241/90 e degli artt. 2 e 81 del Trattato dell'Unione Europea. Violazione dell'art. 2 del Regolamento per la concessione del Palagio Fiorentino", evidenziando parte ricorrente che si è fuori delle ipotesi di procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 57 del codice dei contratti pubblici e che non vi è negli atti gravati alcuna motivazione a giustificazione del ricorso alla procedura negoziata, andando per altro a consentire l'utilizzo dell'edificio per lo svolgimento di attività commerciale; è inoltre violato l'art. 2 del Regolamento comunale in punto di fini per i quali può essere utilizzato il Palagio Fiorentino;

- "Sull'illegittimità del bando di gara del 14.7.2009 e del successivo provvedimento di assegnazione. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 70 – 34 e ss. del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 e degli artt. 2 e 81 del Trattato dell'Unione Europea. Violazione dell'art. 2 del Regolamento per la concessione del Palagio Fiorentino". Si censura la ristrettezza del termine per la presentazione delle domande, si censura la previsione secondo cui la gestione delle attività deve avvenire "in collaborazione con le locali Associazioni paesane".

La ricorrente chiede quindi l'annullamento degli atti gravati e il connesso risarcimento dei danni subiti.

7 – Il Comune resiste anche ai motivi aggiunti.

8 – Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 6 dicembre 2013, relatore il cons. Riccardo Giani, e sentiti i difensori comparsi, coma da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

9 – Con il ricorso introduttivo del giudizio la River Piper s.r.l. impugna il provvedimento n. 535 del 2009 con il

quale il Comune di Stia ha concesso l'utilizzo del padiglione termale del Palagio Fiorentino e il parco adiacente alla Associazione Polisportiva Pratovecchio per i giorni 13 e 20 giugno 2009; con i motivi aggiunti la River Piper s.r.l. ha poi impugnato, tra l'altro, ulteriori quattro provvedimenti comunale di affidamento della medesima struttura per ulteriori singole serate. Con i primi due motivi del ricorso introduttivo e con la prima censura dei motivi aggiunti parte ricorrente muove una articolata censura nei confronti di questi atti di assegnazione diretta dell'utilizzo della struttura pubblica, contestando la mancanza di gara e comunque l'affidamento dell'utilizzo della struttura pubblica suddetta per finalità che non sarebbero consentite. Le suddette doglianze, che possono essere fatte oggetto di congiunto esame, non risultano fondate, per le ragioni che saranno di seguito esplicitate.

10 – Deve essere in primo luogo posto in luce come nella specie si è fuori del perimetro di applicabilità del d.lgs. n. 163 del 2006, disciplinante le procedure di affidamento dei contratti pubblici per opere, servizi e forniture, non risultando quindi centrato il richiamo operato da parte ricorrente ai presupposti per l'utilizzo della procedura negoziata senza bando di cui all'art. 57 del suddetto d.lgs. n. 163. Sul punto è sufficiente il richiamo all'art. 17 del d.lgs. n. 163 del 2006 il quale dispone che le disposizioni del Codice dei contratti pubblici non si applicano all'acquisto di diritti reali immobiliari e alla locazione di beni immobili, fattispecie nella quale rientrano le ipotesi di cui alla presente controversia. Ciò senza considerare, comunque, che il valore degli affidamenti escluderebbe in ogni caso l'applicabilità di procedure di gara in senso stretto, giacché l'art. 125, comma 11, del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede per valori inferiori a 40.000,00 euro "l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento".

11 – Nei casi in esame non si è in presenza della stabile concessione o locazione di un bene pubblico, bensì della concessione di utilizzo di spazi pubblici per l'organizzazione di intrattenimenti, per una o due singole serate. Si tratta peraltro di fattispecie nelle quali la procedura di concessione è stata normata dall'Amministrazione comunale; il "Regolamento per la concessione in uso del complesso <Palagio Fiorentino>" (doc. 1 dell'Amministrazione) stabilisce che i soggetti interessati devono presentare al Comune richiesta scritta almeno 10 giorni prima della data di utilizzo (art. 3, comma 1), che "le istanze di concessione saranno esaudite in ordine cronologico, tenendo conto della data effettiva di presentazione al protocollo del Comune" e che "qualora pervengano più richieste per lo stesso giorno o periodo, le stesse saranno evase secondo l'ordine di presentazione al Comune" (art. 3, comma 2). C'è quindi un'apertura alla fruibilità degli spazi a tutti gli operatori economici, che potranno ottenere l'affidamento in base alla semplice tempestività della richiesta, garantendo comunque "la compatibilità tra il tipo di manifestazione e la destinazione dei locali e delle attrezzature" (art. 5, comma 3). Sulle norme del richiamato Regolamento comunale, oggetto genericamente di impugnazione con riferimento al contrasto con le norme del trattato europeo, non sono state proposte, peraltro, specifiche autonome censure, il che rende inoppugnabili le sue previsioni procedurali. Ne consegue che le censure mosse avverso i c.d. affidamenti diretti risultano prive di fondamento, essendo gli stessi avvenuti nel rispetto della normativa regolamentare comunale, peraltro non gravata. Né convince la contestazione relativa al primo affidamento (quello di cui al provvedimento n. 535 del 2009), sostanziantesi nel fatto che esso sarebbe avvenuto prima dell'annullamento d'ufficio della gara in precedenza indetta per l'affidamento di lungo periodo della struttura *de qua*; la questione posta è di mero rilievo formale (l'annullamento del bando di gara è avvenuto con la delibera n. 526 il 6.6.2009 e l'affidamento diretto è stato effettuato il giorno precedente, cioè 5.6.2009, con la delibera n. 535); in realtà, a parte i dubbi sulla effettiva data di adozione della deliberazione n. 535 (giacché essa, avendo numero di protocollo successivo alla deliberazione n. 526, non si capisce come possa essere stata adottata in data anteriore alla delibera n. 526 stessa), quel che conta è che già in data 4.6.2009 la commissione di gara aveva deciso di sospendere la procedura di gara per irregolarità della stessa (come risulta dalla narrativa in fatto della delibera n. 535), sicché in ogni caso la procedura di gara si era ormai

arrestata, anche prima della formale adozione dell'atto di annullamento d'ufficio della gara medesima.

12 – Sempre nell'ambito delle censure in esame, parte ricorrente contesta anche il tipo di utilizzo da parte dei concessionari, ritenendo che l'attività di discoteca non sarebbe tra quelle consentite nel Palagio Fiorentino. Anche questo profilo non appare tuttavia convincente, poiché l'art. 2 del richiamato Regolamento comunale consente l'utilizzo del complesso <Palagio Fiorentino> per attività "ricreative" e di "promozione turistica", tra le quali pare rientrare anche l'attività danzante.

13 – Con il terzo motivo di cui al ricorso introduttivo parte ricorrente censura il provvedimento n. 535 del 2009 in quanto adottato dal Sindaco, al quale non potrebbe competere la gestione dei beni comunali.

La censura è infondata.

Ai sensi dell'art. 53, comma 23. della legge n. 388 del 2000 è consentito nei Comuni con meno di 5.000 abitanti l'attribuzione ai componenti dell'organo esecutivo della responsabilità degli uffici e dei servizi nonché del potere di adottare atti anche di natura tecnico-gestionale. Nel gravato provvedimento si dà atto che il Comune di Stia con deliberazione consiliare n. 65 del 2009 si è avvalso della facoltà di attribuire al Sindaco la responsabilità dei servizi dell'area amministrativa e del potere di adottare atti di natura tecnico-amministrativo, il che consente di ritenere rientrante nella competenza sindacale anche l'adozione dell'atto qui gravato.

14 – Con l'atto di motivi aggiunti parte ricorrente ha altresì impugnato il bando di gara del 14 luglio 2009, relativo alla concessione della gestione del padiglione termale del Palagio Fiorentino per il periodo 1° agosto – 30 settembre 2009 (esclusi giorni 29 agosto – 6 settembre) nonché l'aggiudicazione definitiva della gara del 28 luglio 2009 a favore del sig. Pier Angelo Pieri. Con la seconda censura di cui ai motivi aggiunti parte ricorrente contesta i suddetti atti e in particolare si duole, da un lato, della violazione del disposto di cui all'art. 70 d.lgs. n. 163 del 2006 per essere stati previsti termini troppo ristretti per la presentazione delle offerte e, dall'altro, della violazione dell'art. 34 del d.lgs. n. 163 del 2006 in relazione al previsto requisito di partecipazione costituito dalla "collaborazione con le locali associazioni paesane".

15 – In relazione al primo profilo, il bando gravato, che è del 14 luglio 2009, prevede che le offerte siano presentate, a pena di esclusione, entro le ore 12,00 del 25 luglio 2009; la ricorrente censura tale previsione del bando per violazione dell'art. 70 del d.lgs. n. 163 del 2006 laddove prevede il termine minimo per la presentazione delle offerte di 52 giorni.

La censura è infondata.

Il richiamato termine minimo di 52 giorni è previsto dall'art. 70, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 per le procedure aperte nella gare di evidenza pubblica comunitaria, cioè per importi di valori al di sopra delle soglie comunitarie. Come già in precedenza evidenziato, nella specie siamo fuori dell'ambito di applicabilità delle norme del Codice dei contratti pubblici, per cui non può censurarsi il previsto termine di presentazione delle offerte in quanto inferiore a quello stabilito dall'art. 70 cit., giacché il richiamato art. 70 non è applicabile alla fattispecie in esame. D'altra parte anche nel sistema proprio degli appalti pubblici, per ipotesi di affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie (com'è nella specie), i termini minimi sono assai inferiori, essendo ritenuti legittimi anche termini di 10 o 7 giorni (cfr. art. 124, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006).

16 – Con il secondo profilo di cui alla censura in esame parte ricorrente contesta il bando di gara, e quindi anche la successiva aggiudicazione, con riferimento al previsto requisito della collaborazione con le "associazioni paesane".

La censura è fondata.

Il bando di gara gravato prevede che non sarà ritenuta valida l'offerta che non preveda almeno "1 evento da organizzare in collaborazione con le Associazioni locali" e poi prevede, in sede di attribuzione dei punteggi, che vengano assegnati fino a 20 punti in relazione al "numero di eventi ricreativi e/o culturali, artistici, sportivi, sociali

che vengono organizzati con le Associazioni paesane”. Queste clausole finiscono per precludere la partecipazione alla selezione agli operatori economici che non riescano a organizzare almeno un evento in collaborazione con gli operatori locali e portano poi ad attribuire valore predominante alle suddette collaborazioni, giacché 20 dei 60 punti di valutazione delle offerte sul piano tecnico sono assegnati alle collaborazioni con Associazioni paesane. Tutto ciò viene ad assumere un carattere discriminatorio e di chiusura rispetto al dispiegarsi della libera concorrenza fra operatori economici e per essere quindi violativo di principi generali cui tutte le selezioni, anche quelle fuori del perimetro di applicabilità del Codice dei contratti, devono attenersi (parità di trattamento, non discriminazione, libera concorrenza).

17 – Alla luce delle considerazioni che precedono i motivi aggiunti devono essere, in parte, accolti, con annullamento del bando di gara del 14 luglio 2009 e della successiva aggiudicazione del 28 luglio 2009, quest’ultima per illegittimità derivata dalla illegittimità del bando. Deve invece essere respinta la richiesta di risarcimento danni avanzata da parte ricorrente, poiché non risulta in alcun modo provato che le flessioni di incassi subite dal River Piper a partire dal 2007 siano da attribuire alle attività svolte in Stia presso il <Palagio Fiorentino> né in esito agli affidamenti diretti (peraltro valutati legittimi nella presente sentenza) né in esito all’affidamento di cui alla gara scaturita dal bando del 14 luglio 2009. Ai sensi dell’art. 1223 cod. civ. spetta il risarcimento del danno in quanto sia conseguenza “immediata e diretta” dell’illecito, mentre nella specie il nesso di derivazione tra affidamenti del Comune di Stia e flessione degli incassi del River Piper non risulta comprovato né convincente, stante soprattutto la pluralità di discoteche esistenti in zona (come documentata dalla resistente *sub doc.* 14).

18 – Conclusivamente, il ricorso introduttivo deve essere respinto, mentre i motivi aggiunti devono essere, in parte, accolti, con annullamento del bando di gara e dell’aggiudicazione gravata. Va invece respinta integralmente la domanda risarcitoria.

Le spese di giudizio, stante la parziale reciproca soccombenza, devono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- respinge il ricorso introduttivo;
- accoglie in parte i motivi aggiunti, nei sensi di cui in motivazione, e per l’effetto annulla il bando di gara del 14 luglio 2009 e l’aggiudicazione del 28 luglio 2009;
- respinge la domanda di risarcimento del danno;
- compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2013 con l’intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

Silvio Lomazzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/01/2014

IL SEGRETARIO

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