

L'affidamento di impianti sportivi: quali le procedure corrette I Parte

Rassegna Giurisprudenza 2014

Avv. Alessandro Massari

Gestione impianti sportivi e servizi pubblici locali

TAR Marche sez. I 24/1/2013 n. 73

1. Servizi pubblici locali – Gestione di impianti sportivi pubblici (piscina comunale) – Natura giuridica – Servizio pubblico a rilevanza economica □ 2. Contratti della p.a. – Appalti – Gestione della piscina comunale – Affidamento – Bando di gara – requisiti preferenziali – Gestore di società sportiva avente sede nel territorio comunale – Illegittimità

1. Il servizio di gestione di **impianti sportivi pubblici** (nella specie, la piscina comunale) produce utili economici anche rilevanti e riveste pertanto natura di servizio pubblico a rilevanza economica. Né ad escludere tale natura è sufficiente il fatto che le tariffe praticate dal gestore debbono essere concordate con il comune e che esistono altri vincoli a carico dell'aggiudicatario, in quanto questo risponde pur sempre alla finalità ultima del servizio, che è quella di consentire alle società sportive ed ai singoli utenti di poter utilizzare un impianto sportivo pubblico (e del resto quello della sottoposizione delle tariffe all'approvazione dell'autorità concedente è un fenomeno del tutto comune in materia di concessioni di beni e **servizi pubblici**).

2. È illegittimo il bando di gara per l'affidamento della gestione della piscina comunale nella parte in cui prevede come requisito preferenziale l'essere il gestore una società sportiva avente sede nel territorio comunale, atteso che tale previsione viola la normativa

regionale di riferimento, ed in particolare gli artt. 18 e 19 della l.r. n. 5/2012, attuativi dell'art. 90, comma 25, della legge n. 289/2002. L'art. 18, comma 3, prevede espressamente che "L'uso degli **impianti sportivi** deve essere improntato alla massima fruibilità per la pratica di attività sportive, ricreative e sociali ed è garantito, sulla base di criteri obiettivi, a tutte le società e associazioni sportive che praticano le attività a cui l'impianto è destinato", mentre l'art. 19, per quanto di interesse, dispone che "1. I soggetti cui affidare la gestione degli **impianti sportivi** sono individuati tra coloro che presentano idonei requisiti, in base a procedure di evidenza pubblica nel rispetto della normativa vigente. 2. La gestione degli **impianti sportivi** è affidata, in via preferenziale, a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e Federazioni sportive nazionali. 3. Gli enti territoriali provvedono a stipulare con i soggetti affidatari convenzioni che stabiliscono i criteri d'uso degli **impianti sportivi**, nel rispetto delle finalità del presente capo. 4. L'uso dell'impianto sportivo è garantito anche a società e associazioni sportive non affidatarie". Come è evidente, le predette disposizioni vietano la limitazione della partecipazione ai soli soggetti aventi sedi nel Comune che indice la gara. Questa limitazione non potrebbe, come suol dirsi, essere "fatta rientrare dalla finestra" sub specie di criterio preferenziale di aggiudicazione, tanto più quando tale criterio prevale in maniera del tutto irragionevole su altri che hanno la logica priorità (in primis, ovviamente, la convenienza dell'offerta tecnico-economica), soprattutto in tempi di notevole contrazione delle risorse finanziarie a disposizione degli enti locali.

N. 00073/2013 REG.PROV.COLL. □ N. 00672/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA □ **IN NOME DEL POPOLO ITALIANO** □ Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche □ (Sezione Prima) □ ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 672 del 2012, proposto da: □ Nuova Sportiva Societa' Sportiva Dilettantistica a.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria Costituenda Team Marche CIS, rappresentata e difesa dagli avv. Luigi Pianesi, Fabio Dani, con domicilio eletto presso l'Avv. Luigi Pianesi, in Ancona, viale della Vittoria, 6; □ contro □ Comune di Osimo, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Galvani, con domicilio eletto presso l'Avv. Andrea Galvani, in Ancona, corso Mazzini, 156; □ nei confronti di □ Team Osimo Nuoto A.S.D., rappresentata e difesa dall'avv. Donato Maniscalco, con domicilio eletto presso l'Avv. Piero Novelli, in Ancona, corso Mazzini, 107; □ per l'annullamento □ - della deliberazione della Giunta Comunale di Osimo n. 170 del 22 agosto 2012, recante l'affidamento alla Associazione Sportiva controinteressata della gestione dell'impianto natatorio di Via Vescovara per l'anno agonistico 2012/2013; □ - della deliberazione della Giunta Comunale n. 164 dell'1 agosto 2012, recante l'indizione della procedura concorrenziale, mediante approvazione di avviso pubblico; □ - dell'avviso pubblico allegato alla deliberazione G.C. n. 164 dell' 1 agosto 2012, nonché, per quanto occorrer possa, della deliberazione consigliare n. 103 del 21 novembre 2007 di approvazione del Regolamento per la concessione in gestione di **impianti sportivi**; □ - di qualsivoglia ulteriore provvedimento, antecedente e/o successivo, non cognito; □ per la

declaratoria di inefficacia del contratto di concessione se ed in quanto stipulato; nonché, per il risarcimento del danno subito dalla ricorrente nella misura da quantificare in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati; Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Osimo e di Team Osimo Nuoto A.S.D.; Viste le memorie difensive; Visti tutti gli atti della causa; Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2013 il dott. Tommaso Capitanio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale; Visto il dispositivo di sentenza 14/1/2013, n. 52; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società sportiva ricorrente impugna i provvedimenti con cui il Comune di Osimo ha affidato alla controinteressata la gestione della piscina comunale di via Vescovara per il periodo 1/9/2012-31/8/2013. La ricorrente, in a.t.i. con la società Team Marche CIS di Falconara Marittima, ha preso parte alla procedura ad evidenza pubblica indetta dal Comune per l'individuazione del gestore, ma nonostante abbia presentato la migliore offerta (ossia, un canone da riconoscere al concedente pari a € 30.000,00 anziché a € 28.550,00 come previsto dall'avviso di gara, e un corrispettivo a carico dell'amministrazione di € 20.000,00 anziché di € 25000,00, come previsto dall'avviso di gara) non è risultata aggiudicataria in quanto il bando prevedeva come requisito preferenziale l'essere il gestore una società sportiva avente sede nel territorio di Osimo.

2. Il provvedimento di aggiudicazione viene impugnato per i seguenti motivi: - violazione art. 30 D.Lgs. n. 163/2006 e dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento; - violazione art. 90, comma 25, L. n. 289/2002 e artt. 18 e 19 L.R. n. 5/2012 (illegittimità del requisito preferenziale previsto dal bando di gara); - in ogni caso, erroneità dei presupposti ed errata applicazione del bando, in quanto per "locali" non possono essere intese solo le società sportive osimane, ma perlomeno anche quelle della Provincia di Ancona (per cui, avendo la mandante Team Marche CIS sede a Falconara Marittima, l'a.t.i. capeggiata da Nuova Sportiva soddisfaceva il suddetto requisito preferenziale e doveva essere individuata quale aggiudicataria); - violazione dei principi di trasparenza e pubblicità (in quanto il Comune non ha dato pubblicità alle sedute di gara e dunque non è dato sapere quando e da chi sono state aperte le offerte e se tali operazioni sono avvenute in seduta pubblica). La ricorrente propone altresì domanda di risarcimento del danno.

3. Si sono costituiti sia il Comune che la controinteressata, eccependo che: - il servizio di che trattasi è privo di rilevanza economica; - il Comune ha inteso privilegiare le società osimane in quanto ha voluto garantire che la piscina continui a costituire un punto di aggregazione della collettività locale; - nella specie non andavano osservate tutte le regole stabilite per gli appalti relativi a **servizi** aventi rilevanza economica; - la ricorrente e la sua mandante sono società a responsabilità limitata e dunque perseguono un fine di lucro, nel mentre il Comune aveva riservato la partecipazione a soggetti non aventi fine di lucro; - la domanda risarcitoria non merita accoglimento, in via principale quale conseguenza dell'infondatezza della domanda impugnatoria e in subordine perché nessuna colpa può essere ritenuta sussistente in capo all'amministrazione e perché l'accoglimento del ricorso implica al limite la ripetizione

della procedura. Né può essere accolta la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, visto che esso è stato stipulato nel mese di ottobre 2012 ed ha una durata di soli 12 mesi.□4. Nella camera di consiglio dell'8 novembre 2012, fissata per la trattazione della domanda cautelare, il Collegio ha sollevato d'ufficio la questione relativa all'avvenuta formulazione o meno della domanda di reintegrazione in forma specifica (questione sulla quale il difensore della ricorrente ha replicato già in sede di discussione orale). All'esito della discussione, il Tribunale, con ordinanza n. 531/2012, ha fissato per il 10 gennaio 2013 l'udienza di trattazione del merito.□In vista della celebrazione dell'udienza pubblica la ricorrente, con memoria depositata in data 21/12/2012, ha ribadito la fondatezza delle censure dedotte ed ha precisato che la domanda di reintegrazione in forma specifica (id est, domanda di subentro, previa declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato) è contenuta nel ricorso introduttivo e che, laddove il Tribunale dovesse ritenere non possibile dal punto di vista tecnico il subentro, il risarcimento deve essere disposto per equivalente e che la somma da liquidare in via equitativa deve comprendere anche il c.d. danno curriculare.□Con memorie di replica depositate in data 21 e 28 dicembre 2012, la difesa del Comune ha eccepito l'inammissibilità della domanda formulata nella citata memoria non notificata ed ha quindi dichiarato di non accettare il contraddittorio sulla domanda di risarcimento del c.d. danno curriculare (in quanto formulata per la prima volta in memoria). In generale, ha eccepito l'inammissibilità della domanda risarcitoria per genericità, in quanto non può essere chiesta al giudice la liquidazione del danno patrimoniale in via equitativa per supplire alle carenze probatorie della parte attrice.□5. Premesso quanto sopra, la domanda impugnatoria va accolta, atteso che:□- l'avviso del Comune secondo cui il servizio in argomento non avrebbe rilevanza economica non è condivisibile. In effetti, sono le stesse deduzioni rassegnate dalla controinteressata nella memoria di costituzione a confermare che la gestione di **impianti sportivi pubblici** (nella specie, la piscina di Osimo) produce utili economici anche rilevanti. Né ad escludere tale natura è sufficiente il fatto che le tariffe praticate dal gestore debbono essere concordate con il Comune e che esistono altri vincoli a carico dell'aggiudicatario, in quanto questo risponde pur sempre alla finalità ultima del servizio, che è quella di consentire alle società sportive ed ai singoli utenti di poter utilizzare un impianto sportivo pubblico (e del resto quello della sottoposizione delle tariffe all'approvazione dell'autorità concedente è un fenomeno del tutto comune in materia di concessioni di beni e **servizi pubblici**);□- nel caso in esame, poi, la qualificazione del servizio come non avente rilevanza economica costituisce un posterius rispetto alla decisione dell'amministrazione di affidarlo a società locali. Si assiste, cioè, ad un'inversione logica del procedimento, nel senso che la Giunta Comunale ha qualificato il servizio come non avente rilevanza economica al solo di fine di giustificare a posteriori la propria decisione. Fra l'altro, il discorso potrebbe avere una sua logica se la partecipazione alla gara fosse stata riservata solo a società sportive dilettantistiche osimane, mentre il bando non inibiva l'accesso anche a concorrenti aventi sedi in altri comuni (tanto è vero che l'a.t.i. capeggiata dalla ricorrente non è stata esclusa);□- è del tutto infondato, poi, l'assunto della controinteressata secondo cui la ricorrente non avrebbe potuto partecipare poiché costituita nella forma giuridica della s.r.l. In effetti, l'art. 90 della L. n. 289/2002 prevede espressamente che le società sportive dilettantistiche (S.S.D.) possano anche assumere la veste giuridica di s.r.l., gli unici vincoli essendo quelli di indicare nella ragione sociale la natura di S.S.D. e di destinare tutti gli

utili ad attività societarie. E lo statuto della ricorrente si conforma perfettamente al dettato normativo (vedasi l'art. 3 dello Statuto, riportato nella visura camerale della ricorrente, in cui si precisa chiaramente che la società non ha fini di lucro. Analoga clausola è contenuta nello Statuto della mandante Team Marche CIS S.r.l.). Né può sostenersi che il progetto dell'a.t.i. sarebbe irrealizzabile in quanto espressamente legato ad un periodo di gestione pari almeno a 10 anni. In effetti, in parte qua la ricorrente nell'offerta tecnica si limita ad esporre all'amministrazione la convenienza di un affidamento prolungato della gestione (illustrando gli investimenti che essa ricorrente potrebbe effettuare in un determinato arco temporale), ma senza che tali puntualizzazioni possano essere qualificate come una condizione ai sensi dell'art. 1353 c.c. In ogni caso, l'amministrazione non l'ha esclusa dalla gara per avere presentato un'offerta condizionata;□- ma anche a voler prescindere da tutto quanto detto, il Comune ha violato la normativa regionale di riferimento, ed in particolare gli artt. 18 e 19 della L.R. n. 5/2012, attuativi proprio dell'art. 90, comma 25, della L. n. 289/2002. L'art. 18, comma 3, prevede espressamente che "L'uso degli **impianti sportivi** deve essere improntato alla massima fruibilità per la pratica di attività sportive, ricreative e sociali ed è garantito, sulla base di criteri obiettivi, a tutte le società e associazioni sportive che praticano le attività a cui l'impianto è destinato", mentre l'art. 19, per quanto di interesse, dispone che "1. I soggetti cui affidare la gestione degli **impianti sportivi** sono individuati tra coloro che presentano idonei requisiti, in base a procedure di evidenza pubblica nel rispetto della normativa vigente.□2. La gestione degli **impianti sportivi** è affidata, in via preferenziale, a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e Federazioni sportive nazionali.□3. Gli enti territoriali provvedono a stipulare con i soggetti affidatari convenzioni che stabiliscono i criteri d'uso degli **impianti sportivi**, nel rispetto delle finalità del presente Capo.□4. L'uso dell'impianto sportivo è garantito anche a società e associazioni sportive non affidatarie...";□- come è evidente, le predette disposizioni vietano la limitazione della partecipazione ai soli soggetti aventi sedi nel Comune che indice la gara. Questa limitazione non potrebbe, come suol dirsi, essere "fatta rientrare dalla finestra" sub specie di criterio preferenziale di aggiudicazione, tanto più quando tale criterio prevale in maniera del tutto irragionevole su altri che hanno la logica priorità (in primis, ovviamente, la convenienza dell'offerta tecnico-economica), soprattutto in tempi di notevole contrazione delle risorse finanziarie a disposizione degli enti locali. Ed infatti, esaminando la motivazione della deliberazione di G.M. n. 170/2012, emerge palesemente che, pur a fronte di un'offerta più conveniente, il Comune, applicando il criterio preferenziale in argomento, ha aggiudicato la gestione alla controinteressata;□- in parte qua, la normativa regionale prevale su quella statale eventualmente difforme (ma il comma 25 dell'art. 90 della L. n. 289/2002 contiene disposizioni analoghe), trattandosi di ambito riservato dalla legge nazionale alla competenza delle Regioni. Né rileva la disposizione introdotta dall'art. 4, comma 8, del D.L. n. 95/2012 (in seguito modificato dal D.L. n. 179/2012), sia perché la norma fa salvi gli affidamenti senza gara disposti prima della sua entrata in vigore, e non certo quelli disposti in epoca successiva (e la deliberazione di G.C. impugnata con il presente ricorso è stata adottata in un momento in cui la norma era già entrata in vigore), sia perché nella specie non si è in presenza di un affidamento diretto, essendosi svolta una procedura ad evidenza pubblica;□- ad abundantiam, si deve poi rilevare la illogicità della decisione qui avversata, nella parte in

cui ritiene estranea al contesto territoriale locale una società che opera nel vicino Comune di Falconara Marittima. In questo senso, seppure si volesse dare adeguato rilievo giuridico alle esigenze di valorizzazione delle realtà sportive dilettantistiche locali, la decisione del Comune sarebbe in ogni caso sproporzionata, sia alla luce delle mutate condizioni dei collegamenti viari rispetto ad alcuni decenni addietro, sia perché gli artt. 18 e 19 della L.R. n. 5/2012 prevedono espressamente che l'affidamento della gestione di **impianti sportivi pubblici** ad un determinato soggetto non priva le altre società sportive e gli utenti individuali della possibilità di fruire degli **impianti** stessi. Ciò è tanto vero che di recente il Tribunale ha dovuto esaminare, per ora solo in sede cautelare, vicende nelle quali era insorta controversia fra il nuovo gestore della piscina comunale e altra società sportiva a proposito della sufficienza degli spazi che il gestore aveva riservato alle altre società sportive (vedasi i ricorsi nn. 790/2010 e 880/2011 R.G.). □ Sono quindi fugate le preoccupazioni del Comune sul fatto che l'affidamento della gestione ad una società "straniera" impedisca alle società sportive ed ai singoli utenti osimani di fruire della piscina; □ - risulta altresì violato il principio di pubblicità delle sedute di gara, visto che l'amministrazione non ha chiarito quando e come sono stati aperti i plichi contenenti le offerte (tale violazione, anche se nella specie non è in discussione il contenuto delle offerte stesse, rileva in quanto, ad esempio, l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe potuto essere incompleta dal punto di vista documentale e dunque suscettibile di esclusione). □ 6. La domanda impugnatoria va dunque accolta, con conseguente annullamento della clausola del bando impugnata e del provvedimento di aggiudicazione. □ 7. Vanno a questo punto esaminate le domande risarcitorie, premettendo che, in generale, gli appalti aventi ad oggetto la gestione di un bene o di un servizio **pubblici** si prestano teoricamente ad un subentro "in corsa", eventualmente anche mediante un prolungamento del periodo di gestione, in modo da completare quello previsto dal bando. □ 8. Nella specie, però, il problema è duplice: □ - in primo luogo, si tratta di stabilire se la ricorrente ha proposto domanda di subentro; □ - in secondo luogo, occorre verificare se in concreto il subentro è possibile. □ 8.1. Con riguardo al primo problema, per quanto il Tribunale voglia leggere ed interpretare in bonam partem il ricorso introduttivo (la memoria non notificata del 28/12/2012 non è infatti esaminabile, come correttamente eccepito dalla difesa del Comune, se non per l'appunto come memoria, ossia limitatamente all'esposizione delle ragioni per le quali la ricorrente ritiene che la domanda di subentro fosse stata in realtà proposta nel ricorso introduttivo), la domanda di subentro non è stata proposta. In effetti, il ricorso affronta la questione a pagina 2 (dove ci si limita a chiedere il risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente, con riserva di quantificarli in corso di causa) e a pagina 12, in sede di conclusioni (dove la ricorrente si limita a reiterare, anche dal punto di vista letterale, quanto già detto a pagina 2 dell'atto introduttivo). Ora, si deve anzitutto evidenziare che in molti casi, soprattutto all'indomani dell'attribuzione al G.A. della giurisdizione esclusiva in subiecta materia, i TAR e il Consiglio di Stato hanno assunto al riguardo un atteggiamento improntato ad un certo favor, tanto è vero che molto spesso veniva, ad esempio, pronunciata d'ufficio la nullità (o l'annullamento) del contratto anche in assenza di una espressa domanda di parte, sul presupposto che questo costituisse conseguenza automatica dell'annullamento dell'aggiudicazione (e una di queste vicende, decisa in primo grado dal TAR Lecce con sentenza n. 3721/2004, è poi approdata in Cassazione proprio perché la ditta aggiudicataria censurava le decisioni del Tribunale

leccese e del Consiglio di Stato in parte qua, essendo stata per l'appunto pronunciata la nullità – da parte del TAR – e l'inefficacia del contratto – da parte del Consiglio di Stato - in assenza di domanda di parte. Vedasi la nota ordinanza delle SS.UU. n. 27169/2007); si deve però altresì sottolineare che nel corso degli anni la giurisprudenza amministrativa ha in parte corretto tale atteggiamento, applicando i consolidati principi processuali che si compendiano nelle disposizioni di cui agli artt. 101 e 112 c.p.c. In sostanza, come attualmente è confermato dall'art. 124 cod. proc. amm., la domanda di reintegrazione in forma specifica (che nelle controversie in esame viene denominata "domanda di subentro") è una domanda diversa rispetto a quella impugnatoria e non necessariamente compresa nella stessa. A fortiori, il discorso vale per la domanda risarcitoria per equivalente, alla quale si applicano, mutatis mutandis, le stesse regole valide per il processo civile. Questo postula in primo luogo che le domande de quibus debbono essere proposte espressamente in atti notificati al convenuto e, in particolare per quanto concerne la domanda risarcitoria per equivalente, essere congruamente motivate, anche con riguardo al quantum (essendo del tutto evidente che, anche prescindendo dal discorso sul rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa, la conoscenza da parte del convenuto della somma pretesa dall'attore può condizionare in modo spesso determinante anche la condotta processuale del convenuto stesso, non potendosi, ad esempio, escludere che, a fronte di una richiesta non particolarmente esosa e documentata, il convenuto possa transare la lite in sede stragiudiziale). Con specifico riferimento alla domanda di subentro, invece, la sua formale proposizione consente alla stazione appaltante di far presenti al giudice, ai sensi e per gli effetti dell'art. 122 cod. proc. amm., quali possono essere gli ostacoli di natura tecnica che impediscono di accogliere la domanda stessa. □8.2. Come si può vedere, dunque, alla luce delle disposizioni del Codice del processo amministrativo - nonché di quelle del c.p.c. dianzi richiamate - non si può considerare formalmente proposta una domanda di subentro ellittica e "nascosta" all'interno del ricorso (se non addirittura rimasta solo nella mente o nella penna di parte ricorrente). □In ragione di quanto detto, non si può nemmeno ritenere che la domanda di reintegrazione in forma specifica deve intendersi compresa in quella di declaratoria di inefficacia del contratto, e ciò proprio perché l'art. 124 cod. proc. amm. distingue chiaramente i due momenti. Inoltre, la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto ben può essere finalizzata esclusivamente a provocare la fine anticipata del rapporto negoziale insorto all'esito della gara e l'indizione di una nuova procedura. □Pertanto, la domanda di subentro non può trovare accoglimento, in quanto non proposta (il che risolve anche la seconda delle questioni indicate al precedente punto 8). □Ne consegue, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., la reiezione della domanda di declaratoria di inefficacia del contratto, visto che la domanda di subentro non è stata proposta e che non si versa in alcune delle illegittimità "gravi" di cui all'art. 121 cod. proc. amm. □9. La domanda di risarcimento del danno per equivalente è invece inammissibile allo stato, in parte per genericità e in parte perché proposta con la citata memoria non notificata del 28/12/2012. □Anche in questo caso, oltre al discorso generale fatto al punto 8.1., si deve richiamare la prima giurisprudenza che si è formata sull'art. 6 della L. n. 205/2000, la quale, come è risaputo, ha in molti casi accolto la domanda di risarcimento del danno per equivalente, applicando – anche d'ufficio – il criterio di liquidazione del danno desumibile dall'art. 345 della L. n. 2248/1865 All. F (ossia il 10% dell'offerta

economica, depurato del ribasso d'asta praticato dalla ditta ricorrente). E pure a questo riguardo la successiva evoluzione giurisprudenziale ha fatto registrare un parziale revirément, avendo il Consiglio di Stato chiarito che anche la domanda di risarcimento per equivalente deve essere provata tanto nell'an che nel quantum (e a questo proposito vi sono sentenze in cui il giudice di appello è stato particolarmente rigido, richiedendo una prova rigorosa della deminutio patrimoniale subita dal ricorrente - vedasi, ad esempio, Cons. Stato, VI, n. 3144/2009). Non a caso l'art. 124 cod. proc. amm. evidenzia che il danno risarcibile per equivalente è solo quello "...subito e provato...". Nella specie, la società ricorrente non ha chiarito in alcun modo quale sia l'ammontare del danno subito, la qual cosa è di impedimento anche all'applicazione del criterio di cui al citato art. 345 (ammesso che il Tribunale ritenga di poter applicare d'ufficio il criterio medesimo), visto che nella presente gara le offerte dovevano essere formulate in parte in aumento sul canone annuo spettante al Comune e in parte in ribasso sul contributo che il Comune eroga annualmente al gestore; il Tribunale non è pertanto in grado di stabilire quale sia il danno patito dalla ricorrente. Per il danno curriculare, invece, va dichiarata l'inammissibilità della domanda, in quanto formulata per la prima volta con la memoria non notificata del 21 dicembre 2012. 10. In conclusione: - va accolta la domanda impugnatoria, con conseguente annullamento della clausola dell'avviso di gara contestata e dell'aggiudicazione; - va respinta, ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto; - vanno dichiarate inammissibili le domande risarcitorie. Le spese di giudizio, liquidate in dispositivo, vanno in parte compensate e in parte addossate al Comune. Spese compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: - accoglie la domanda impugnatoria; - respinge la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto; - dichiara inammissibili le domande risarcitorie; - condanna il Comune di Osimo al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio, che ritiene di liquidare in complessivi € 4.000,00, che compensa per la metà. Spese compensate nei confronti della controinteressata. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati: Gianluca Morri, Presidente FF Tommaso Capitano, Consigliere, Estensore Giovanni Ruiu, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 24/01/2013

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

Concessione gestione impianti sportivi e inadeguatezza canone

Corte dei conti – Sez. Giur. Toscana 23/5/2014 n. 96

Impianti sportivi – Concessione – Inadeguatezza del canone – Danno erariale – Responsabilità a titolo di colpa grave – Sussiste.

Sussiste la responsabilità a titolo di colpa grave del dirigente, quale responsabile del servizio e che ha addirittura rivestito il ruolo del responsabile del procedimento, per aver concesso a condizioni inique l'affitto delle aree relative allo spazio espositivo di un palazzetto dello sport. Il danno sarebbe stato quantificato nella differenza tra i costi sostenuti dal Comune per i relativi allestimenti e le somme corrisposte dagli organizzatori degli eventi espositivi. Parimenti è ritenuto responsabile anche il sindaco il quale, per la carica ricoperta, non può andare esente da responsabilità poiché ha omesso qualsivoglia controllo, anche superficiale, sulla gestione degli spazi del Palazzetto dello sport, lasciando che l'amministrazione comunale si esponesse a perdite sempre più crescenti. □ Nel caso di specie, dagli atti di causa si desume inequivocabilmente che la scelta di destinare gli spazi espositivi de quibus non ha apportato alcuna utilità al Comune. Anzi, come dimostrato per tabulas dalla Procura, l'aver concesso l'uso della struttura alle condizioni praticate nel concreto si è rivelata una scelta vieppiù antieconomica, poiché l'amministrazione ha subito forti perdite conseguenti alla spesa per allestimento e condizionamento di tali spazi, che non hanno trovato neppure copertura con i canoni di affitto versati dagli aggiudicatari. Il differenziale tra le due voci di spesa e di entrata deve considerarsi una perdita netta per la finanza comunale. □ Né può ritenersi che tale esborso trovi giustificazione nell'utilità – recte, nel vantaggio – che ne sarebbe conseguito per l'immagine della città e per il rilancio del turismo, poiché in atti non è stata fornita prova di tale circostanza. Addirittura, secondo la difesa, ciò avrebbe giustificato, proprio, anche la concessione degli spazi ad un canone inferiore rispetto a quello in astratto esigibile. □ Appare evidente che le perdite subite restano diseconomie – e quindi danno erariale - nel bilancio comunale se non sono accompagnate da reali utilità a prescindere dall'epoca in cui si siano verificate. □ In sostanza, accertate le progressive perdite economiche, l'unica logica alternativa sarebbe stata, appunto, quella di evitare la spesa e di lasciare il Palazzetto dello sport alla sua naturale destinazione ovvero di proporre agli interessati condizioni più favorevoli per la finanza locale.

N. 96/2014

REPUBBLICA ITALIANA □ IN NOME DEL POPOLO ITALIANO □ LA CORTE DEI CONTI □ SEZIONE GIURISDIZIONALE PER LA TOSCANA

Composta dai seguenti magistrati: □

Francesco Pezzella

Presidente

□ **Francesco D'Isanto**

Consigliere

□ **Paola Briguori**

Consigliere Rel. □ ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di responsabilità iscritto al n. **59337/REL** del registro di segreteria, promosso dal Procuratore Regionale nei confronti di: □- **BURATTI Umberto**, nato a Forte dei Marmi (LU) il 29.3.1960 – cf BRTMRT60C29D730H, rappresentato e difeso dall'avv. Luca Saldarelli e dall'avv. Sandro Guerra (lucasaldarelli@pec.avvocatifirenze.it), presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Firenze alla via Lorenzo il Magnifico n.53; □- **QUADRELLI Laura**, nata a Pietrasanta (LU) il 14.5.1964 – cf QDRLRA64E54G628Q, rappresentata e difesa dall'avv. Cino Benelli (cinobenelli@pec.avvocati.prato.it), elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Massimiliano Manzo in Firenze, via Alfieri n.28; □ **Visto** l'atto introduttivo del giudizio; □ **Visti** gli altri atti e documenti di causa; □ **Uditi** nella pubblica udienza del 18 dicembre 2013, il relatore, dr.ssa Paola Briguori, il Pubblico Ministero nella persona del Vice Procuratore generale, dr.ssa Letizia Dainelli; □ **Uditi** l'avv. Alessandro Domenicali, in sostituzione dell'avv. Sandro Guerra, per Umberto Buratti e l'avv. Laura Innocenti per Cino Benelli, in sostituzione dell'avv. Cino Benelli. □ **Esaminati** gli atti ed i documenti di causa. □ **Svolgimento del processo** □1. Con atto di citazione depositato il 12 ottobre 2012, il Procuratore Regionale conveniva in giudizio dinanzi a questa Corte i nominati in epigrafe per sentirli condannare *al pagamento, a favore del Comune di Forte dei Marmi, della somma di € 68.861,72, nella misura del 60% a carico di Quadrelli Laura e la restante quota a carico di Buratti Umberto, salva ogni diversa valutazione da parte del Collegio, oltre rivalutazione, interessi legali e spese di giudizio.* □ Il danno prodotto al Comune di Forte dei Marmi sarebbe derivato dalla gestione poco accorta che costoro avrebbero fatto dello spazio espositivo del Palazzetto dello sport di Forte dei Marmi per aver concesso a condizioni inique l'affitto delle relative aree. Il danno sarebbe stato quantificato nella differenza tra i costi sostenuti dal Comune per i relativi allestimenti e le somme corrisposte dagli organizzatori degli eventi espositivi con riferimento agli anni 2008 (€ 21.461,72), 2010 (€ 27.600,00) e 2011 (€ 28.800,00), come da prospetto in citazione. □ In sostanza, secondo il requirente, la messa a disposizione di tali aree non avrebbe comportato alcuna utilità per l'amministrazione comunale ma solo diseconomie (*recte*, perdite). □2. All'udienza del 6 marzo 2013 il Collegio disponeva – al fine di una più completa istruttoria - un supplemento istruttorio al fine di chiarire se negli anni 2008, 2010 e 2011 erano pervenute presso il Comune altre offerte per utilizzare la struttura del palazzetto dello sport oltre alle ditte aggiudicatarie, investendo dell'accertamento il Nucleo della Guardia di Finanza di Lucca. □ Il suddetto Nucleo dava riscontro con nota 18.9.2013 con cui precisava: □a) Mancanza di uniformità procedurale nelle modalità di aggiudicazione degli spazi espositivi; □b) Eventi 2008: il Comune aveva dato in concessione gli spazi sulla base di richieste dirette della Società Arteforte (detta società si costituiva solo dopo che era stato deliberato l'utilizzo in suo favore) e

dell'Associazione Giovani Antiquari; per i periodi non coperti aveva proceduto a emettere l'invito a presentare proposte fieristico espositivo a cui nessuna dava riscontro. □c) Eventi 2010: il Comune aveva emesso regolare invito in data 26.10.2010 per il periodo 1 luglio/31 agosto, a cui davano riscontro le due società aggiudicatrici, Arteforte e Fortino (quest'ultima si costituiva dopo l'aggiudicazione l'1.7.2010); □d) Eventi 2011: Con deliberazione di giunta n.131 del 19.4.2011 si autorizzava genericamente l'utilizzo degli spazi per il periodo 15.7/31.8 su richiesta degli aggiudicatari dell'anno precedente, Arteforte e Fortino. Dopo l'invito del 20.4.2011 a presentare proposte per tale periodo, perveniva solo la richiesta di Arteforte a cui venivano assegnati gli spazi. □3. Buratti si costituiva con memoria in data 13 febbraio 2013, con il quale eccepiva: □a) *Inammissibilità e/o nullità* dell'atto di citazione per *mutatio libelli*, poiché i fatti contestati nell'invito a dedurre non sarebbero i medesimi che hanno formato oggetto dell'atto di citazione, né costituirebbero questi ultimi una mera esplicitazione o precisazione ulteriore degli addebiti originariamente contestati; □b) *Carenza di giurisdizione*, in quanto i fatti contestati riguarderebbero scelte discrezionali – relative alle concrete modalità di gestione dell'utilizzo del Palazzetto dello Sport - rientranti nella cd. "riserva di amministrazione", non sindacabili nel merito dal giudice (art. 1, l. 20/94); □c) *Infondatezza della domanda* per diversi motivi: per l'insussistenza del danno erariale; per i vantaggi conseguiti dall'ente e dalla comunità amministrata in relazione ai comportamenti ascritti al sindaco; per la non corretta ricostruzione dei fatti offerta dalla Procura. □Quadrelli si costituiva con memoria in data 18 dicembre 2013, nella quale eccepiva: □a) *Inammissibilità e/o nullità dell'atto di citazione* per *mutatio libelli*, poiché il fatto contestato nell'invito a dedurre sarebbe dissimile da quello contestato nell'atto di citazione e sarebbe stato cambiato anche il titolo da colposo a doloso. Inoltre, la convenuta non sarebbe stata posta in condizioni di esercitare il diritto di difesa di cui agli artt. 24, 111 e 113 Cost, poiché le sarebbe stato precluso l'accesso al fascicolo istruttorio, richiesto durante la fase preprocessuale; □b) *Carenza di giurisdizione*, in quanto i fatti contestati riguarderebbero scelte discrezionali – relative alle concrete modalità di gestione dell'utilizzo del Palazzetto dello Sport - rientranti nella cd. "riserva di amministrazione", non sindacabili nel merito dal giudice (art. 1, l. 20/94); □c) *Infondatezza della domanda* per diversi motivi: per l'insussistenza del danno erariale; per i vantaggi conseguiti dall'ente e dalla comunità amministrata in relazione ai comportamenti ascritti alla dirigente; per la carenza dell'elemento soggettivo. □2.1. In sostanza, entrambi i convenuti concludevano chiedendo: □- *In via preliminare*, di dichiarare l'inammissibilità e/o la nullità dell'atto di citazione; di dichiarare il difetto di giurisdizione della Corte dei conti in favore dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria; *nel merito*: in tesi, di respingere la domanda risarcitoria avanzata dalla Procura Regionale, essendo l'azione proposta infondata, in fatto e in diritto; in ipotesi: ridurre nel minimo il quantum eventualmente riconosciuto a titolo di risarcimento ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1, comma 1 quater l. 20/94. □3. All'udienza del 18 dicembre 2013 il giudizio era trattenuto in decisione. □**Motivi della decisione** □1. In primo luogo, il Collegio ritiene destituite di fondamento le eccezioni preliminari di rito. □1.1. Innanzi tutto, destituita di fondamento è l'eccezione del difetto di giurisdizione secondo cui la cognizione del giudizio sarebbe devoluta al giudice ordinario, trattandosi di fatti riferiti a scelte insindacabili della p.a. (cd. riserva di amministrazione). □A parte il rilievo che se si vertesse in un'ipotesi di puro merito

amministrativo non vi sarebbe spazio di valutazione da parte di un giudice, neppure da parte del giudice ordinario, si osserva che nella fattispecie il Collegio è stato chiamato ad esaminare non già una mera scelta discrezionale ma una scelta discrezionale accertata come illecita, antieconomica e arbitraria. □ Secondo la giurisprudenza consolidata della Suprema Corte, il limite dell'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali (art. 1, comma 1, legge 14 gennaio 1994, n. 20), non vieta alla Corte dei conti di valutare che l'attività amministrativa si sia svolta in violazione dei fini pubblici assegnati all'Amministrazione dalla legge nonché la congruenza, adeguatezza, razionalità e logicità dell'azione amministrativa (Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n.33; Cass., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6851; Cass., sez. un., 29 settembre 2003, n.14448; Cass., sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19661; Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7024; Cass., sez. un., 9 luglio 2008, n. 18757 e 18758; Cass., sez. un., 13 ottobre 2009, n. 21660 - *“Non vi è dubbio che l'insindacabilità "nel merito" sancita dall'art. 1, primo comma, della citata legge 20/94, non priva, la Corte dei Conti della possibilità di controllare, la conformità alla legge dell'attività amministrativa. E che tale conformità debba essere verificata anche sotto l'aspetto funzionale, vale a dire in relazione alla congruenza dei singoli atti compiuti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore. [...] il giudice, rispetto agli atti discrezionali, può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente”*; in termini, più di recente, Cass., sez. un., 21 febbraio 2013, n. 4283: *“La Corte dei Conti non viola il limite giuridico della "riserva di amministrazione" - da intendere come preferenza tra alternative, nell'ambito della ragionevolezza, per il soddisfacimento dell'interesse pubblico - sancito dall'art. 1, comma 1, L. 14 gennaio 1994, n. 20, e s.m.i., "...ferma restando l' insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali ..."* - nel controllare anche la giuridicità sostanziale - e cioè l'osservanza dei criteri di razionalità, nel senso di correttezza e adeguatezza dell'agire, logicità, e proporzionalità tra costi affrontati e obbiettivi conseguiti, costituenti al contempo indici di misura del potere amministrativo e confini del sindacato giurisdizionale - dell'esercizio del potere discrezionale”). □ In altri termini, se non sono sindacabili le opzioni discrezionali frutto di valutazioni di opportunità e di convenienza - le scelte in concreto operate sono sindacabili quando si pongono in contrasto con norme espresse o principi giuridici: tra questi, ovviamente, i principi del buon andamento dell'azione amministrativa, nonché di economicità, efficacia ed efficienza della stessa (cfr. Sez. III, sent. n. 24/A del 28 gennaio 2003, richiamata anche da Sez. III, sent. n. 325 del 23 ottobre 2008). Sono, insomma, in concreto sindacabili le condotte solo formalmente conformi alla normativa ma con essa sostanzialmente contrastanti perché irrazionali, alla luce dei parametri desunti dalla comune esperienza amministrativa (cfr. Sez. III, sent. n. 9/A richiamata dalla già citata sentenza n. 325 del 2008) e la Corte ben può apprezzare l'adeguatezza dei mezzi impiegati per il perseguimento delle scelte di merito, verificando la coerenza dell'attività posta in essere con i fini istituzionali dell'ente e con gli obiettivi concretamente perseguiti (diffusamente, Sez. Terza Giurisd. D'Appello, sent.786 n. 11.12.2013). □ Pertanto, nella fattispecie, poiché il Collegio è stato chiamato a valutare la dannosità delle scelte del Comune di Forte dei Marmi in ordine alla concessione degli spazi espositivi del Palazzetto dello Sport, non v'è dubbio che la sussista la giurisdizione della Corte dei conti. □ 1.2. Parimenti destituita di fondamento è l'eccezione di nullità/inammissibilità dell'atto di citazione. □ Si osserva che nella specie

inequivocabilmente la differenza rilevata tra invito a dedurre e atto di citazione rientra nel concetto di *emendatio libelli*, assolutamente ammessa dalla giurisprudenza di questa Corte, anche laddove si contesta il mutamento dell'imputazione a titolo di dolo da colpa grave (Quadrelli). □ Come noto, per giurisprudenza consolidata, non è necessario che vi sia assoluta identità tra invito a dedurre e atto di citazione. La nullità dell'atto di citazione viene riconosciuta ed affermata, in relazione al contenuto dell'invito a dedurre, solo nell'ipotesi di vera e propria *mutatio libelli* (Corte dei conti, Sez. Terza Centrale 16.9.2013 n.659). In sostanza, essendo per sua natura l'invito a dedurre un atto assunto a fini istruttori, appare del tutto logico che la conoscenza degli elementi disponibili per la Procura regionale verrà arricchita proprio dagli esiti dell'invito stesso, nonché dal resto degli atti istruttori. Cioè a dire che il Procuratore regionale, nel momento in cui concepisce l'atto di citazione è ovviamente a conoscenza di elementi di maggior dettaglio e certamente più completi rispetto alla domanda inizialmente proposta con l'invito a dedurre. Ciò comporta naturalmente una diversità della citazione rispetto all'invito stesso nei limiti del mantenimento della medesima contestazione e della medesima domanda formulati *ab initio*. Quindi, che la citazione sia diversa nel contenuto rispetto all'invito resta plausibile in caso di *emendatio libelli* e non certo di *mutatio libelli*, che comporterebbe una vera modificazione della domanda proposta con la violazione del diritto di contraddittorio (cfr. questa Sezione sent. 3.4.2014 n.50). Nel caso di specie il fatto della illegittima e dannosa concessione degli spazi espositivi del palazzetto dello sport è rimasto sempre il medesimo oggetto di contestazione sia nell'invito a dedurre sia nella citazione. □ Infine, in ordine alla dedotta illegittima negata ostensione degli atti del fascicolo istruttorio, il Collegio ritiene che quanto affermato in merito non sia supportato da prove documentali (la richiesta di accesso della convenuta e il diniego del PM) da cui si desuma un diniego esplicito e immotivato di accedere a documenti asseritamente nuovi e non conosciuti. □ 2. Passando all'esame del merito, ritiene il Collegio che la domanda meriti accoglimento. □ Dagli atti di causa si desume inequivocabilmente che la scelta di destinare gli spazi espositivi de quibus non ha apportato alcuna utilità al Comune di Forte dei Marmi. Anzi, come dimostrato per tabulas dalla Procura, l'aver concesso l'uso della struttura alla condizioni praticate nel concreto si è rivelata una scelta vieppiù antieconomica, poiché l'amministrazione ha subito forti perdite conseguenti alla spese per allestimento e condizionamento di tali spazi, che non hanno trovato neppure copertura con i canoni di affitto versati dagli aggiudicatari. Il differenziale tra le due voci di spesa e di entrata ammonta a € 68.861,72 e deve considerarsi una perdita netta per la finanza comunale. □ Né può ritenersi che tale esborso trovi giustificazione nell'utilità – *recte*, nel vantaggio – che ne sarebbe conseguito per l'immagine della città di Forte dei Marmi e per il rilancio del turismo, poiché in atti non è stata fornita prova di tale circostanza. Addirittura, secondo la difesa, ciò avrebbe giustificato, proprio, anche la concessione degli spazi ad un canone inferiore rispetto a quello in astratto esigibile. □ Deve osservarsi che Forte dei Marmi è già una città di grande richiamo turistico nei mesi estivi e, quindi, le parti – per dimostrare l'assenza del danno - avrebbero dovuto provare che l'esposizione allestita nel Palazzetto dello Sport dalle diverse ditte aggiudicatari avrebbe assunto un peso determinante nell'aumento delle presenze in loco anche procedendo a dei raffronti delle presenze negli anni in cui non vi si erano tenute tali iniziative.

In sostanza, a fronte della rilevante perdita economica nell'arco del periodo 2007-2011 il generico richiamo ai vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione restano affermazioni prive di pregio soprattutto se accompagnate dall'affermazione che *negli anni 2008-2011 si viveva un clima politico amministrativo che non era certamente quello della spending review e del cieco virtuosismo contabile*(difesa Buratti). Appare evidente che le perdite subite restano diseconomie – e quindi danno erariale - nel bilancio comunale se non sono accompagnate da reali utilità a prescindere dall'epoca in cui si siano verificate.

□ In sostanza, accertate le progressive perdite economiche, l'unica logica alternativa sarebbe stata, appunto, quella di evitare la spesa e di lasciare il Palazzetto dello sport alla sua naturale destinazione ovvero di proporre agli interessati condizioni più favorevoli per la finanza locale.

2.1. Pertanto, non v'è dubbio che sussista la responsabilità a titolo di colpa grave del dirigente – dr.ssa Quadrelli - che non solo ha redatto la relazione per la giunta, quale responsabile del servizio, sulle concessioni de quibus ma ha addirittura rivestito il ruolo del responsabile del procedimento. Costei risulta aver gestito le trattative, sottoscrivendo i contratti con i concessionari e con le ditte che procedevano all'allestimento, e aver anche orientato le scelte del Comune in ordine alle tariffe da applicare: per es., aveva proposto alla giunta di accettare la richiesta di sconto della ditta già aggiudicataria e si procedeva all'applicazione dello sconto del 25% su tutte le settimane e del 50% sulla seconda settimana e successive per l'anno 2010. □ Diversamente da quanto dedotto dalla difesa, costei ricopriva un ruolo preciso e determinante anche in ordine alla valutazione della legittimità della spesa: ne deriva che, se risultava che la spesa affrontata dal comune era stata antieconomica e non coperta dalle entrate provenienti dall'affitto della struttura alla luce dei principi di contabilità pubblica – come in effetti lo era -, Quadrelli ne era a conoscenza e avrebbe dovuto farlo presente e non continuare con le trattative a inique condizioni, cercando soluzioni conformi alle regole della buona amministrazione (anche valutando di proporre la modifica delle condizioni contrattuali). □ Parimenti si ritiene responsabile il sindaco Buratti. Costui, in qualità di sindaco, non può andare esente da responsabilità poiché ha ommesso qualsivoglia controllo, anche superficiale, sulla gestione degli spazi del Palazzetto dello sport, lasciando che l'amministrazione comunale si esponesse a perdite sempre più crescenti. Conosceva bene i fatti e il bilancio dell'ente, come pure sapeva che un componente del consiglio comunale (circostanza stigmatizzata dalla Procura in atti) – Monteforte Gabriele – era socio costituente della srl "Arteforte" che aveva goduto delle predette favorevoli concessioni. Nel concreto Buratti era stato destinatario diretto delle richieste delle ditte e quindi conosceva bene la situazione l'andamento delle trattative: per es., a lui era indirizzata la richiesta 21.5.2010 dell'associazione il Fortino, con cui si avanzavano richieste di sconti sulle tariffe, nonché la richiesta 20.10.2007, 6.8.2009, 19.2.2009, 6.3.2009, 26.10.2009, 6.5.2010 di Arteforte srl, la richiesta 11.3.2009 dell'Associazione Antiquari d'Italia (questa era diretta anche agli assessori), la richiesta 29.3.2009 della Galleria Poleschi, la richiesta 17.8.2009 degli organizzatori della mostra dell'antiquariato. □ Pertanto, questi non può restare estraneo a imputazioni di responsabilità per effetto del suo ruolo apicale "politico", poiché la realtà dei fatti ha smentito la ricostruzione dei fatti offerta dalla difesa: era stato accertato che costui aveva conoscenza diretta delle trattative e delle perdite che scaturivano dalle concessioni.

In altri termini, costui, pur sapendo, aveva omesso di vigilare con diligenza sull'iniziativa, contribuendo a produrre le perdite sopra accertate. □ In conclusione, l'intera gestione delle trattative si è rivelata dannosa e poca accorta poiché non ispirata a criteri di economicità, di convenienza e di buona amministrazione, permettendo che la finanza comunale subisse passività prive di alcuna reale giustificazione. Le condotte gravemente colpose dei due convenuti devono ritenersi particolarmente censurabili poiché ripetute nel tempo. Pur conoscendo esattamente delle spese cui doveva farsi carico il Comune per l'allestimento, si era proceduto comunque, con leggerezza e poco acume, a concedere sconti sulle tariffe previamente fissate e deliberate, su proposta della Quadrelli, che avrebbe dovuto tutelare le ragioni dell'erario e non quelle dei privati concessionari.

□ 2.1.1. Passando ad esaminare il *quantum debeatur*, ritiene il Collegio che il danno quantificato dalla Procura debba essere posto a carico di entrambi i convenuti nelle percentuali indicate dal requirente in considerazione dell'efficienza causale delle loro condotte. □ Pertanto, la Quadrelli deve risarcire il 60% (€ 41.317) e il Buratti il 40% (€ 27.544,7) delle perdite (€ 68.861,72). □ Su dette somme, in ragione della natura di debito di valore, la rivalutazione monetaria e gli interessi legali devono essere calcolati secondo i criteri che seguono: □ - la rivalutazione va calcolata secondo l'indice ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati (FOI), a decorrere dal 1° settembre 2011 (primo giorno del mese successivo a quello in cui si è tenuta l'ultima mostra – periodo 15-7/31-8.2011 -); □ - gli interessi legali vanno calcolati dalla stessa data fino al soddisfo sulla somma rivalutata, anno dopo anno, cioè con riferimento ai singoli momenti con riguardo ai quali la predetta somma si incrementa nominalmente in base agli indici di rivalutazione monetaria (Cass. Sez. 2, n. 18028 del 2010 Sez. III n. 5671 del 2010, Sez. I n. 4587 del 2009, SS.UU. n. 1712 del 2005). □ Dalla data di pubblicazione della presente sentenza sono, altresì, dovuti, sulla somma come sopra incrementata, gli interessi nella misura del saggio legale fino all'effettivo pagamento. □ Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vanno, quindi, poste a carico di entrambi i convenuti.

P.Q.M.

la Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per la Regione Toscana, definitivamente pronunciando sul giudizio di responsabilità iscritto al n. **59337/Rel** del registro di segreteria, respinta ogni contraria istanza, eccezione o deduzione: □ - **Condanna** Buratti Umberto e Quadrelli Laura a risarcire al comune di Forte dei Marmi la somma di € 68.861,72, somma da imputarsi per il 40% a carico di Buratti (€ 41.317) e per il 60% a carico della Quadrelli (€ 27.544,7), oltre agli interessi e alla rivalutazione su dette somme, calcolati come in parte motiva. □ - **Condanna**, altresì, entrambi, in ragione della soccombenza, al pagamento delle spese di giudizio, che si liquidano, fino alla data di pubblicazione della presente sentenza, in euro 863,12----- □ (euro ottocentosessantatre/12)-----Così deciso in Firenze, nella camera di consiglio del 18 dicembre 2013

L'Estensore Il Presidente □ f.to Dr.ssa Paola
 Briguori f.to Dr. Francesco Pezzella
 Depositata in Segreteria il 23 MAGGIO 2014
 Il Direttore di Segreteria □ f.to dr.ssa Paola Altini

Concessione gestione impianto sportivo - Alea gestionale - PEF

Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia 8/9/2014 n. 530

Affidamento della gestione di un bene pubblico – Impianti sportivi – Rischio di una disutilità della gestione – Rientra nella normale alea imprenditoriale – “Piano economico di gestione” (PEG), introdotto nel disciplinare di gara – Ha natura di documento previsionale fondato su valutazioni prognostiche di tipo presuntivo.

Il PEG predisposto dal Comune è, alla stregua di un qualunque altro business plan, un documento – seppur, nel caso di specie, molto semplificato – finalizzato alla definizione delle linee strategiche, degli obiettivi e della pianificazione economica e finanziaria di un progetto imprenditoriale e, dunque, per sua natura, fondato su valutazioni prognostiche di tipo presuntivo. □ Il rischio di una disutilità della gestione di una pubblica infrastruttura rientra nella normale alea imprenditoriale e, quindi, nessun aspirante a tale gestione può riposare sulla certezza di ricavare da tale attività un guadagno, considerato peraltro che la garanzia di una “rendita” - intesa alla stregua di una variabile indipendente dalla qualità delle capacità imprenditoriali del gestore - sarebbe in manifesto e insuperabile contrasto con il buon andamento e con l'interesse della collettività di riferimento. □ Un'impresa che aspiri all'affidamento della gestione di un bene pubblico non può comunque sottrarsi ai suoi doveri di diligenza professionale, quest'ultima maggiore di quella richiesta a un qualunque altro concorrente (v. l'art. 1176 c.c.), implicanti l'onere di verificare la correttezza dei valori di stima indicati dall'offerente; nello specifico, d'altronde, il disciplinare imponeva che l'impresa dichiarasse di aver preso cognizione della natura della concessione e di tutte le circostanze, generali e particolari, che potessero influire sulla sua esecuzione; di essersi recata sul luogo di esecuzione del contratto; di aver preso conoscenza e di aver tenuto conto nella formulazione dell'offerta delle condizioni contrattuali e di tutti gli oneri relativi; di avere nel complesso preso conoscenza di tutte le circostanze, generali, particolari e locali, che potessero influire sulla esecuzione della concessione, sulla determinazione dell'offerta e di giudicare, pertanto, remunerativa l'offerta economica presentata e, infine, di aver tenuto conto, nel formulare l'offerta, di eventuali maggiorazioni per la lievitazione dei prezzi durante lo svolgimento del rapporto, rinunciando a qualsiasi azione o eccezione in merito. Si tratta, all'evidenza, di impegni prenegoziali la cui previsione, negli atti indittivi, assolve al precipuo scopo di responsabilizzare le imprese concorrenti in ordine all'esatto oggetto del contratto esitato e ai connessi rischi: la considerazione di tali impegni incide, quindi, sulla valutazione della sussistenza dell'induzione nel preteso errore nel quale affermi di essere incorsa un'impresa aggiudicataria. □ Va quindi confermata la statuizione secondo cui “la previsione contenuta nel capitolato non appare distante da una realtà rappresentata nei progressi provvedimenti preparatori, supportati dalla precedente contabilità e orientati ad un complessivo miglioramento del servizio. Tutto ciò non senza considerare che sussiste sempre un margine naturale di alea, sia in qualunque piano previsionale, sia nella normale attività imprenditoriale, e tale alea non può non che gravare sul concessionario o

appaltatore di un pubblico servizio.”.

N. 00530/2014REG.PROV.COLL. □ N. 00182/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA □ IN NOME DEL POPOLO ITALIANO □ II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA □ in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 182 del 2012, proposto da: □ Società Cooperativa "Sport Idea" a r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Ignazio Scuderi, con domicilio eletto presso l'avv. Luca Di Carlo in Palermo, via N. Morello, n. 40; □ **contro** □ Comune di Milazzo, rappresentato e difeso dall'avv. Antonino La Malfa, con domicilio eletto presso l'avv. Marcello Marcatajo in Palermo, via Enrico Albanese 27; □ **per la riforma** □ della sentenza del TAR SICILIA - CATANIA :Sezione III n. 02757/2011, resa tra le parti, concernente la domanda di risarcimento danni per inadempienza dell'amministrazione in relazione alla concessione della gestione di una piscina comunale. □ □ □ Visti il ricorso in appello e i relativi allegati; □ Viste le memorie difensive; □ Visti tutti gli atti della causa; □ Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2014 il Cons. Gabriele Carlotti e uditi per le parti gli avvocati G. Immordino, su delega dell'avv. I. Scuderi, e l'avv. M. Marcatajo, su delega dell'avv. A. La Malfa; □ Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. – La Cooperativa Sport Idea a r.l. (d'ora in poi: Sport Idea) impugna la sentenza, di estremi specificati in epigrafe, con la quale il T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, sez. III, ha respinto il ricorso, promosso in primo grado dall'odierna appellante, onde ottenere l'annullamento del contratto di concessione del servizio di gestione della piscina comunale, sita in Milazzo, località S. Giovanni, aggiudicato alla ricorrente, in seguito a disciplinare dell'1 agosto 2007, nonché per la condanna del Comune di Milazzo alla restituzione dei canoni di gestione corrisposti, con contestuale declaratoria della non debenza dei residui canoni, e per la condanna del predetto Comune al risarcimento del danno, asseritamente subito dalla ricorrente, da liquidare nella misura ritenuta equa, ai sensi degli artt. 1226 e 2056 c.c. □ 2. – Si è costituito, per resistere all'impugnazione, il Comune di Milazzo, contestando tutto quanto *ex adverso* dedotto. □ 3. – All'udienza pubblica del 10 luglio 2014 la causa è stata trattenuta in decisione. □ 4. – Per i fini di una migliore intelligenza delle questioni sottoposte al vaglio devolutivo del Collegio, giova riferire succintamente della vicenda sulla quale si è innestata la controversia. □ 5. - Con disciplinare dell'1 agosto 2007, il Comune di Milazzo bandì una gara per il conferimento in "concessione" della gestione della piscina comunale. □ La gara fu aggiudicata alla Sport Idea che assunse lo svolgimento del servizio e che, tuttavia, registrò, nel successivo biennio, sensibili perdite di esercizio. □ Fu così che, con note del 2 novembre 2009 e dell'11 dicembre 2009, l'appellante chiese il rilascio di tutti i documenti utilizzati

dall'amministrazione comunale per la redazione del "Piano economico di gestione" (PEG), introdotto nel disciplinare di gara, nel quale – secondo la tesi patrocinata dalla ricorrente - il Comune avrebbe rappresentato la chiara prospettiva di un utile di impresa. □ L'ente civico esitò le richieste di accesso con la nota, prot. n. 1571/69081, del 29 dicembre 2009, dalla quale, però, non sarebbe emersa alcuna documentazione attinente ai costi di esercizio e ai ricavi relativi alle passate gestioni (questi ultimi indicati nel disciplinare in €. 446.000,00). Da ciò la Sport Idea trasse il convincimento che il Comune, in occasione della procedura di affidamento, non avesse fornito dati veritieri. □ La Sport Idea adì dunque il T.a.r. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, chiedendo che fosse annullato, ai sensi dell'art. 1427 c.c., il contratto stipulato in esito a una gara svolta sulla base di notizie distorte e, comunque, frutto di una dolosa induzione in errore dei partecipanti alla selezione. In particolare, secondo la Sport Idea non sarebbe stato vero: □ a) che il Comune avesse monitorizzato i dati consuntivi acquisiti durante le precedenti gestioni; □ b) che i dati recepiti nel capitolato d'onori, posti a fondamento dei parametri economico-amministrativi della gestione, fossero il frutto di un'elaborazione dei risultati della precedente amministrazione; □ c) che la precedente gestione avesse avuto risultati remunerativi. □ La Sport Idea avanzò anche una domanda di risarcimento del danno, così quantificata: □ 1) €. 69.255,45, a titolo di perdita di esercizio relativa all'anno 2008; □ 2) €. 88.399,32, quale perdita di esercizio relativa all'anno 2009; □ 3) €. 400.000, per mancato guadagno (nella misura di €. 200.000 circa per ciascun anno di gestione), oltre tutti i danni patiti, con riserva di dettagliato conteggio. □ 6. – Con la sentenza gravata il T.a.r., oltre a ritenere sussistente la giurisdizione amministrativa (profilo non attinto dalle censure d'appello), ha: □ - osservato che l'amministrazione, alla determinazione dirigenziale n. 267/2007 (della quale la Sport Idea avrebbe tenuto conto ai fini della propria offerta), avente ad oggetto l'approvazione, fra l'altro, del bando e del disciplinare di gara, era stata allegata una relazione, datata 20 luglio 2006, redatta del VI dipartimento del Comune di Milazzo, competente per i lavori pubblici, intitolata "Considerazioni sulla gestione tecnico ed economica della piscina comunale", contenente chiari riferimenti alle pregresse gestioni della piscina e alle risultanze economiche (ricavi e costi) delle convenzioni intrattenute con il CONI di Messina nel periodo agosto 2004/giugno 2006; tuttavia, tale circostanza non sarebbe stata idonea a sostenere le ragioni dell'amministrazione, posto che il bando, all'art. 5, non annoverava la deliberazione consiliare n. 76/2006 (invocata dal Comune a sostegno delle sue difese) tra gli atti costituenti la documentazione di gara, sicché nessun onere di tener conto dei relativi contenuti poteva reputarsi sorto in capo ai partecipanti alla selezione, né a differenti conclusioni si sarebbe potuto pervenire in base all'esame degli artt. 2.i), 2.j), 2.m) e 2.n) del disciplinare di gara, concernenti la dichiarazione da rendere in ordine alla conoscenza delle condizioni della concessione ché, anzi, il punto 2.j) ribadiva quali fossero i documenti di gara ai quali far riferimento e, tra questi, non era indicata la deliberazione sopra richiamata; □ - accertata, nondimeno, l'infondatezza dell'originario ricorso, non essendo riscontrabile una disarmonia, tra i dati comunicati e quelli reali (disarmonia denunciata dalla Sport Idea), tale da giustificare l'accoglimento delle domande avanzate dalla ricorrente, posto che: □ a) dall'analisi della deliberazione n. 76/2006, emergeva (pag. 2 - Tab. A) la conferma, a consuntivo, dei costi della precedente gestione del C.O.N.I., ammontanti complessivamente a €. 383.550, 25 (a fronte di un ricavo di gestione, in perdita, pari a €. 268.575,79); □ b) nel successivo

PEG, riprodotto all'art. 1 del Capitolato d'oneri, i medesimi costi di gestione erano stati previsti nella maggiore somma di €. 406.459,20; detto importo corrispondeva alla sommatoria di voci che, per un verso, erano inferiori a quelle del precedente esercizio (ad esempio, il costo per il personale passava da €. 210.962,98 a €. 200.000,00, mentre le spese generali da €. 172.587,27 – pari alla somma di €. 73.141,45 e di €. 99.445,82 - a €. 160.000,00) e, per altro verso, prevedevano un utile d'impresa, prima non previsto, indicato nella misura di €. 40.459,20, IVA inclusa (ma, secondo il T.a.r., pari a €. 41.459,20); □c) ricorreva, pertanto, la previsione di un decremento dei costi generali, pari a €. 12.587,27 (al netto del costo del personale, che ogni concorrente avrebbe dovuto calcolare autonomamente), ma, quand'anche siffatta diminuzione di costo non fosse stata veritiera (e, in tal senso, nulla però era stato dedotto in ricorso), comunque sarebbe residuo un valore degli utili di impresa pari a €. 40.459,20, con un saldo attivo per l'aggiudicataria di €. 27.871,93 (secondo il Tribunale, di €. 28.871,93); □d) sul versante dei ricavi, il capitolato espressamente prevedeva ricavi di gestione per €. 438.000,00 e nel piano predisposto dal Comune si riportava la medesima cifra, giustificandola con un incremento del 30% delle tariffe previgenti; nella tabella riportata nel piano economico si prevedeva, quindi, un incremento dei ricavi del 30%, quale effetto del corrispondente aumento delle tariffe, rispetto a quelli ricavi ottenuti prima del 2005, ammontanti a 268.575,79, al netto dell'IVA; ne sarebbe derivato che, attualizzando detto importo, il ricavo, nel 2005, sarebbe stato pari a €. 322.290,948 e, ipotizzando l'incremento del 30%, si sarebbe giunti a un importo complessivo di €. 418.978,2324, inferiore a quello di 438.000 indicato nel capitolato; anche tale errore, nondimeno, non sarebbe stato utile a sostenere la tesi dell'incidenza sul disavanzo di gestione, patrocinata dalla Sport Idea; □e) sarebbe stato dunque percepibile dai concorrenti che i dati riportati erano solo *“in parte basati su dati consuntivi acquisiti durante le precedenti gestioni”* e che *“gli importi indicati nel piano [avevano] un valore orientativo in quanto [risentivano] in misura decisiva dal tipo e dalla qualità della gestione;”*; inoltre, il Comune di Milazzo, in riferimento ai totali della medesima tabella, si era espresso in termini di *“importo totale presunti ricavi”*, a sottolineare che, fermi i costi d'esercizio, i ricavi si sarebbero dovuti parametrare alla capacità di gestione; □g) alla stregua dei superiori rilievi, non sussisteva, dunque, il dolo dell'amministrazione, necessario per l'applicazione dell'art. 1427 c.c. □7. – La Sport Idea affida l'appello ai seguenti mezzi di gravame: □l) la sentenza sarebbe errata, non avendo il Tribunale considerato che il Comune di Milazzo concesse dapprima la gestione della piscina al CONI; a seguito di tal esperienza fallimentare, conferì a un proprio funzionario l'incarico di redigere una relazione (risalente all'anno 2006), con la quale fu ideato un sistema, meramente ipotetico, per ripianare il bilancio della gestione della piscina comunale, anche in virtù dell'aumento delle tariffe per l'uso della piscina; in tale ambito fu predisposta una tabella e l'amministrazione si è successivamente servita di detta tabella, riportante dati ipotetici, spacciandoli invece per veri e reali. Viepiù, il Comune di Milazzo avrebbe artatamente cancellato le parti della tabella che esplicitavano la natura ipotetica dei conteggi, e segnatamente, sarebbe stato espunto l'inciso *“importo netto tariffe 2005 maggiorato del 30% iva esclusa”*, che risultava indicato nella tabella B della relazione 2006; quindi, la Sport Idea non fu messa in grado di riconoscere che il valore reale delle tariffe riscosse nel corso delle passate gestioni non era quello indicato, ma una cifra ben più contenuta. I ricavi effettivi precedenti sarebbero stati pari a €. 268.575,79, mentre

quelli indicati nel capitolato a €. 365.000 (essendo stato fornito come dato reale, l'aumento del 30% che invece era solo ipotetico). Il Tribunale avrebbe poi errato in diritto, nell'omettere di rilevare l'illiceità del comportamento tenuto dall'amministrazione la quale, ancorché vincolata al rispetto del principio di una corretta informazione, avrebbe scientemente sottoposto ai privati una ricostruzione dei fatti differente da quella reale; la pronuncia gravata avrebbe, inoltre, travisato il senso della doglianza dedotta in primo grado, atteso che la contestazione mossa dalla Sport Idea non riguardava l'esattezza matematica dei calcoli, ma la circostanza che i fatti ad essi presupposti non fossero veritieri e che di tale falsità l'amministrazione fosse pienamente consapevole, dal momento che: □- non era stato rivelato l'esito fallimentare della gestione dell'impianto sportivo da parte del CONI; □- era stata espunta dalla tabella, inserita nel capitolato d'onori, l'informazione relativa alla maggiorazione (nella misura del 30%) delle tariffe del 2005; □- erano stati presentati come consuntivi dati meramente presuntivi; □- era stato affermato nel capitolato che il CONI aveva riscosso, contrariamente al vero, tariffe per la cifra complessiva di €. 365.000,00. □Il contratto concluso sarebbe quindi annullabile per dolo o, quanto meno e in via subordinata per errore essenziale e riconoscibile; □II) erroneamente, ancora, il T.a.r. avrebbe ritenuto che lo scostamento tra i dati esposti rispetto a quelli reali non fosse significativo. Del resto, anche il T.a.r. avrebbe accertato che l'incremento del 30% fosse soltanto teorico e, tuttavia, non avrebbe valutato in modo adeguato la circostanza che tale natura ipotetica del dato non fosse stata mai comunicata all'appellante; inoltre lo scarto tra i dati ipotetici e quelli reali nemmeno sarebbe stato di scarsa entità, posto che l'amministrazione in sede di capitolato aveva affermato di aver accumulato, a titolo di riscossione tariffe per i vari servizi, la somma di €. 365.000,00, mentre, in realtà, aveva ottenuto solo €. 268.575,79 e, quindi, con una differenza di €. 100.000,00; la disarmonia tra i dati comunicati e quelli effettivi era dunque determinante e investiva l'intera convenienza economica dell'affare, essendosi presentato come un investimento potenzialmente fruttifero un'attività che, invece, non aveva speranze di produrre alcun utile (e che, anzi, avrebbe accumulato, negli anni a seguire, ingenti perdite); □III) la Sport Idea aveva anche prodotto in primo grado una relazione di un professionista, nella quale si dava atto il PEG, indicato nel capitolato, che costituiva il dato primario per la valutazione dell'economicità della gestione, non era veritiero né conforme alla realtà della gestione condotta nell'anno 2005 dal CONI; □IV) per quanto concerne l'istanza di risarcimento dei danni, la Sport Idea ha insistito nella domanda già quantificata in prime cure e ha richiesto, ove necessaria, la nomina di un consulente tecnico d'ufficio. □8. – Il Comune di Milazzo ha contestato tutto quanto *ex adverso* dedotto e ha chiesto il rigetto dell'appello, affermando che le perdite subite dalla Sport Idea sarebbero state da ricondursi, in via esclusiva, alla trascuratezza con al quale l'appellante ebbe a gestire la piscina, siccome evincibile dalla lettura dei molteplici verbali di contestazioni redatti dai tecnici comunali. □9. – Ad avviso del Collegio l'appello è infondato e merita integrale rigetto. Ed invero, la tesi sulla quale poggia l'intero impianto difensivo della Sport Idea è, in sintesi, che il Comune avrebbe intenzionalmente manipolato i dati, relativi alla precedenti gestioni, esposti negli atti indittivi e ciò al fine di oscurare l'antieconomicità della gestione dell'impianto in parola. Di qui la domanda principale di annullamento del contratto per dolo-vizio o, in subordine, per errore essenziale e riconoscibile. In aggiunta l'appellante deduce che il T.a.r. avrebbe completamente travisato il senso delle censure

formulate in prime cure, avendo ritenuto che la Sport Idea si fosse doluta dell'erroneità dei dati succitati e non della loro sostanziale falsità o, quanto meno, della loro presentazione come reali ed effettivi, nonostante si trattasse di mere ricostruzioni ipotetiche. □ Al contrario questo Consiglio ritiene che il Tribunale abbia ben compreso il finalismo e il contenuto delle lagnanze dedotte, in primo grado, dalla Sport Idea e le abbia anche condivisibilmente confutate. □ Va difatti osservato che: □- nell'art. 1 del capitolato il Comune precisò che, nella tabella riassuntiva del PEG, ivi inserita, erano stati recepiti *“i principali parametri economico-amministrativi in parte basati su dati consuntivi acquisiti durante le precedenti gestioni”* e che gli importi indicati avevano un valore orientativo in quanto risentivano in misura decisiva del tipo e della qualità della gestione; □- nella sezione B – Sezione proventi e ricavi di gestione, della medesima tabella (PEG), era riportata la dicitura *“importo totale presunti ricavi”*; □- ancora, sempre nell'art. 1, era chiarito che *“L'importo di cui al punto 1) della sezione proventi e ricavi di gestione”*, ossia l'importo di €. 365.000,00, al netto d'IVA, derivante dalla riscossione delle tariffe per i vari servizi, era *“basato sulla tipologia e sulla quantità dei servizi richiesti dall'utenza nel corso della precedente gestione secondo gli importi fissati dal piano tariffario di cui alla seguente tabella”*, ovvero la tabella del *“Piano tariffe per servizi a prevalente uso sociale”*. □ Tali affermazioni non sono affatto inveritiere, siccome sostenuto dalla Sport Idea. Difatti, come analiticamente dimostrato dal T.a.r., muovendo dall'esame della relazione del 2006: □- i parametri economici di gestione per l'esercizio 2005 rivelarono che il totale dei costi fu pari a complessivi €. 383.550,25 contro €. 365.000,00 (sommando il costo del personale, delle utenze e del materiale di consumo ai canoni di gestione) indicati nella tabella inserita nel capitolato, e che le singole voci di tali costi si discostavano, ma non sensibilmente, da quelli indicate nella ridetta tabella; □- inoltre, nella medesima tabella, i proventi derivanti dai ricavi di gestione erano di poco inferiori a quelli ottenuti dal CONI, maggiorati del 30% e dell'IVA. □ Non può condividersi dunque l'assunto, ribadito più volte dalla Sport Idea, secondo cui detti dati fossero del tutto fantasiosi: corrisponde, invece, al vero che siffatti parametri riflettevano solo *“in parte”* i consuntivi della precedente gestione, così come precisato nell'art. 1 del capitolato. □ D'altra parte, come sopra ricordato, il Comune aveva in più punti del suddetto art. 1 chiarito che gli importi indicati nella tabella avessero valore orientativo e che si trattasse di stime, condizionate – ovviamente – dal tipo e dalla qualità della gestione. □ In nessuna parte del capitolato, pertanto, il Comune ha prospettato tali dati come fedelmente riflettenti quelli, a consuntivo, delle pregresse gestioni né in alcun punto della *lex specialis* della procedura ha assicurato ai potenziali concorrenti che la gestione dell'impianto avrebbe riportato un utile. □ Del resto la Sport Idea sembra obliterare alcune circostanze di rilievo e, segnatamente, che: □- il PEG predisposto dal Comune era, alla stregua di un qualunque *altrobusiness plan*, un documento, seppur nello specifico molto semplificato, finalizzato alla definizione delle linee strategiche, degli obiettivi e della pianificazione economica e finanziaria di un progetto imprenditoriale e, dunque, per sua natura, fondato su valutazione prognostiche di tipo presuntivo; □- il rischio di una disutilità della gestione di una pubblica infrastruttura rientra nella normale alea imprenditoriale e, quindi, nessun aspirante a tale gestione può riposare sulla certezza di ricavare da tale attività un guadagno, considerato peraltro che la garanzia di una *“rendita”* - intesa alla stregua di una variabile indipendente dalla qualità delle capacità imprenditoriali del gestore -

sarebbe in manifesto e insuperabile contrasto con il buon andamento e con l'interesse della collettività di riferimento; □- un'impresa che aspiri all'affidamento della gestione di un bene pubblico non può comunque sottrarsi ai suoi doveri di diligenza professionale, quest'ultima maggiore di quella richiesta a un qualunque altro concorrente (v. l'art. 1176 c.c.), implicanti l'onere di verificare la correttezza dei valori di stima indicati dall'offerente; nello specifico, d'altronde, il disciplinare imponeva che l'impresa dichiarasse di aver preso cognizione della natura della concessione e di tutte le circostanze, generali e particolari, che potessero influire sulla sua esecuzione (lett. 2.i); di essersi recata sul luogo di esecuzione del contratto (lett. 2.k); di aver preso conoscenza e di aver tenuto conto nella formulazione dell'offerta delle condizioni contrattuali e di tutti gli oneri relativi (lett. 2.l); di avere nel complesso preso conoscenza di tutte le circostanze, generali, particolari e locali, che potessero influire sulla esecuzione della concessione, sulla determinazione dell'offerta e di giudicare, pertanto, remunerativa l'offerta economica presentata (lett. 2.m) e, infine, di aver tenuto conto, nel formulare l'offerta, di eventuali maggiorazioni per la lievitazione dei prezzi durante lo svolgimento del rapporto, rinunciando a qualsiasi azione o eccezione in merito (lett. 2.n). Si tratta, all'evidenza, di impegni prenegoziali la cui previsione, negli atti indittivi, assolve al precipuo scopo di responsabilizzare le imprese concorrenti in ordine all'esatto oggetto del contratto esitato e ai connessi rischi: la considerazione di tali impegni incide, quindi, sulla valutazione della sussistenza dell'induzione nel preteso errore nel quale affermi di essere incorsa un'impresa aggiudicataria. □- la maggiorazione delle tariffe nella misura del 30% non era affatto ipotetica, siccome affermato a più riprese dall'appellante, ma effettiva, in quanto la relativa tabella, inserita nel capitolato, riportava, per l'appunto, tariffe maggiorate rispetto a quelle praticate nel 2005 (v. anche la determinazione dirigenziale di aggiudicazione alla Sport Idea, n. 471 del 31 ottobre 2007, che, nelle premesse, menziona la deliberazione consiliare n. 76/2006) e, come sopra si è osservato, il volume di servizi in pregresso erogati nella struttura, una volta moltiplicato tenendo conto delle nuove tariffe, era tale da condurre, dal punto di vista matematico, a un risultato potenziale solo in minima misura differente da quello precedente. □ Sulla base dei superiori rilievi non può allora reputarsi raggiunta la prova – che sarebbe stato onere della Sport Idea fornire – dell'intenzionale manipolazione, da parte del Comune, dei dati in parola allo scopo di creare un'artificiosa apparenza di un utile derivante dalle precedenti gestioni e, del resto, la Sport Idea nemmeno ha offerto convincenti elementi indiziari della denunciata induzione in errore, atteso che – come già chiarito e secondo una comune massima d'esperienza – nessun operatore professionale avrebbe potuto seriamente confondere dei dati di stima indicati in un PEG con quelli, reali e consuntivi, relativi a una gestione conclusa. Sussistono, al contrario, consistenti elementi documentali, rappresentativi di un quadro, evidente, di una non sana gestione dell'impianto da parte della Sport Idea: quest'ultima fu, invero, diffidata in più occasioni dal Comune a rispettare gli impegni assunti in ordine alla manutenzione e al miglioramento della piscina (v. i documenti dal n. 13 al n. 20 del fascicolo, di primo grado, del Comune di Milazzo) e al pagamento dei canoni concessori, a fronte di contestati, plurimi inadempimenti, sfociati poi, nel 2010, nell'improvvisa interruzione del servizio (evento che obbligò al Comune a far subentrare nella gestione l'impresa che si era classificata seconda dopo l'appellante; v. la determinazione comunale n. 45/2010 e il relativo verbale di consegna). Anche tali circostanze concorrono, insomma, a ritenere che

le perdite economiche, lamentate dall'appellante, più che a un'indimostrata alterazione, dolosa o colposa, dei dati comunicati in sede di gara dall'amministrazione civica, fossero piuttosto da ricondurre a gravi carenze gestionali ascrivibili alla Sport Idea. Va quindi confermata la statuizione secondo cui *“la previsione contenuta nel capitolato non appare distante da una realtà rappresentata nei pregressi provvedimenti preparatori, supportati dalla precedente contabilità e orientati ad un complessivo miglioramento del servizio. Tutto ciò non senza considerare che sussiste sempre un margine naturale di alea, sia in qualunque piano previsionale, sia nella normale attività imprenditoriale, e tale alea non può non che gravare sul concessionario o appaltatore di un pubblico servizio. Né le ulteriori due voci contenute nella tabella relative alle quote per pubblicità interna o per vendita di articoli **sportivi** (per complessivi € 8.000 annui) appaiono, stante l'importanza della struttura, lontani da una realtà commerciale e, quindi, inverosimili.”* (così la sentenza impugnata). In ogni caso, quand'anche la Sport Idea fosse stata realmente indotta in errore (ma non è stato così), nondimeno il Comune di Milazzo non avrebbe potuto rendersi conto di siffatto vizio della volontà, non essendo emerso che – durante lo svolgimento della procedura di affidamento – l'appellante avesse rivolto al Comune di Milazzo alcuna richiesta di informazioni riguardo ai dati relativi alle precedenti gestioni (o, almeno, di ciò l'appellante non ha dato atto) e, pertanto, l'amministrazione giammai si sarebbe potuta render conto del denunciato errore di fatto nel quale afferma di essere incorsa la Sport Idea. Non ritenendosi, pertanto, raggiunta la prova del dolo determinante né quella del preteso errore essenziale e riconoscibile, deve conseguentemente respingersi la domanda di annullamento del contratto; tale approdo decisivo travolge anche la connessa domanda risarcitoria riproposta in secondo grado. 10. – Assorbita ogni altra questione non rilevante ai fini della decisione, il regolamento delle spese del secondo grado del giudizio, liquidate come da dispositivo, segue la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando, respinge l'appello e condanna l'appellante alla rifusione, in favore del Comune di Milazzo, delle spese processuali del secondo grado del giudizio nella misura di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre alle maggiorazioni di legge se dovute. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2014, con l'intervento dei magistrati: Marco Lipari, Presidente Gabriele Carlotti, Consigliere, Estensore Vincenzo Neri, Consigliere Giuseppe Mineo, Consigliere Giuseppe Barone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 08/09/2014 IL SEGRETARIO (Art. 89, co. 3, cod. proc. amm)

Proroga gestione impianto sportivo - Competenza organi enti locali

TAR Emilia Romagna Parma sez. I 11/2/2014 n. 40

Enti locali – Competenze degli organi – Gestione degli impianti sportivi comunali – Affidamento – Proroga – Delibera di giunta comunale – Legittimità

È legittima la delibera di giunta comunale, adottata in prossimità della scadenza del rapporto convenzionale inerente alla gestione degli **impianti sportivi**, con la quale l'amministrazione, preso atto dei limiti di spesa imposti dalla "legge di stabilità 2013" (legge 228/2012), pur manifestando "l'intendimento [...] non appena ridefinito il quadro delle risorse dell'ente ed accertata l'esatta quantificazione del contributo che il comune potrà erogare al nuovo gestore, [di] affidare, nelle forme di legge, a società/associazioni sportive locali la gestione degli **impianti sportivi**", nelle more decideva di procedere ad una proroga della convenzione in vigore "per un periodo massimo di tre mesi e senza oneri a carico dell'ente" precisando che detta gestione provvisoria sarebbe stata regolata dalla convenzione già approvata con apposita delibera. Tale provvedimento, infatti, non rientra in alcuna delle ipotesi specificate all'art. 42 (competenze del consiglio) né in quelle di cui all'art. 107 (competenze della dirigenza) con la conseguenza che non può che rientrare nella competenza residuale della giunta comunale ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. 267/2000.

N. 00040/2014 REG.PROV.COLL. □ N. 00056/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA □ IN NOME DEL POPOLO ITALIANO □ Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna □ sezione staccata di Parma (Sezione Prima) □ ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 56 del 2013, proposto da: □ Associazione Calcio Dilettantistica (Acd) Vigolo Marchese, rappresentata e difesa dall'Avv. Giuseppe Manfredi, con domicilio eletto presso l'Avv. Eugenia Monegatti Ziliotti, in Parma, piazza Garibaldi n. 17; □ **contro** □ Comune di Castell'Arquato, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Giorgio Pagliari presso il quale elegge domicilio, in Parma, borgo Antini n. 3; □ **nei confronti di** □ Società Sportiva U.S.D. (Unione Sportiva Dilettantistica) Aquatese; □ **per l'annullamento** □ dell'affidamento provvisorio della gestione dei campi da calcio e servizi annessi del capoluogo, per un periodo massimo di mesi tre e senza oneri a carico del Comune, disposto con delibera di Giunta n. 151 del 28 dicembre 2012 in favore dell'odierna controinteressata;

Visti il ricorso e i relativi allegati; □ Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Castell'Arquato; □ Viste le memorie difensive; □ Visti tutti gli atti della causa; □ Relatore

nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2013 il dott. Marco Poppi è uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale; □ Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con delibera del Commissario straordinario n. 40 del 29 maggio 2009, il Comune di Castell'Arquato affidava all'odierna controinteressata la gestione degli **impianti sportivi** comunali sino alla data del 31 dicembre 2013. □ Con delibera di Giunta n. 151 del 28 dicembre 2012, adottata in prossimità della scadenza del richiamato rapporto convenzionale, l'Amministrazione, preso atto dei limiti di spesa imposti dalla *“legge di stabilità 2013”* (L. n. 228/2012), *pur manifestando “l'intendimento ..., non appena ridefinito il quadro delle risorse dell'Ente ed accertata l'esatta quantificazione del contributo che il Comune potrà erogare al nuovo gestore, [di] affidare, nelle forme di legge, a società/associazioni sportive locali la gestione degli **impianti sportivi**”,* nelle more decideva procedere ad una proroga della convenzione in vigore *“per un periodo massimo di tre mesi e senza oneri a carico dell'Ente”* precisando che detta gestione provvisoria sarebbe stata regolata dalla Convenzione già approvata con la citata delibera n. 40/2009. □ La ricorrente, società calcistica operante in ambito comunale, con il presente ricorso impugnava la delibera da ultimo intervenuta deducendo l'illegittimità del mancato ricorso ad affidamento della gestione mediante procedura di evidenza pubblica, nonché, l'incompetenza della Giunta a provvedere in materia. □ L'Amministrazione si costituiva in giudizio confutando le avverse doglianze e chiedendo la reiezione del ricorso. □ Nel frattempo, il Comune, con delibera di Giunta n. 24 del 23 febbraio 2013, di pochi giorni successiva alla proposizione del presente ricorso, *“acquisita la piena contezza delle disponibilità finanziarie dell'Ente, alla luce del c.d. patto di stabilità, decideva di esternalizzare la gestione dell'impianto sportivo de quo”*. □ Il competente Servizio comunale, in esecuzione di quanto deliberato, con determinazione n. 80 del 1° marzo 2013, indiceva una procedura negoziata di cottimo fiduciario da affidarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, con lettera di invito n. 1.825 del 4 marzo 2013, invitava alla gara sia l'odierna ricorrente che l'odierna controinteressata. □ Entro il termine assegnato perveniva la sola offerta della controinteressata cui veniva aggiudicata la gestione degli **impianti** con determinazione n. 112 del 3 aprile 2012. □ L'Amministrazione, con memoria depositata il 2 dicembre 2013, eccepeva l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in ragione della mancata partecipazione della ricorrente alla gara e, nel merito, confutava le avverse doglianze chiedendo la reiezione del ricorso. □ La ricorrente, con memoria depositata il 9 dicembre 2013, riaffermava il proprio interesse alla decisione del ricorso nonostante le descritte sopravvenienze allegando, da un lato, un generico interesse morale all'annullamento degli atti impugnati e, da altro lato, l'intenzione di valutare la possibilità di proporre una domanda risarcitoria in separato giudizio. □ All'esito della pubblica udienza del 18 dicembre 2013, la causa veniva trattenuta in decisione. □ Preliminarmente deve evidenziarsi che, come già esposto, gli effetti del provvedimento impugnato sono venuti meno a seguito dell'indizione della procedura pubblica invocata dalla ricorrente sull'implicito presupposto della sussistenza di un proprio interesse a parteciparvi onde

conseguire la gestione degli **impianti**. □ Procedura cui la ricorrente, peraltro, nonostante sia stata indetta a pochi giorni dalla notifica del ricorso (intervenuta il 4 marzo 2013), singolarmente non partecipava palesando l'assenza di ogni interesse all'assunzione della gestione. □ Ciò nonostante, in disparte ogni considerazione circa l'evocato profilo pregiudiziale, il ricorso è infondato. □ Nel caso di specie, infatti, non vi è stata alcuna elusione della normativa in materia di affidamento di pubblici servizi atteso che la gestione degli **impianti** in questione è stata affidata mediante procedura pubblica varata a soli 44 giorni dallo scadere della precedente rapporto. □ Il ritardo nell'indizione della procedura, si è reso necessario, come ampiamente motivato dall'Amministrazione, al fine di garantire il pieno rispetto dei vincoli di bilancio imposti all'Ente locale, senza alcun onere finanziario a carico dell'Amministrazione e, si evidenzia, senza attribuzione di alcuna utilità economica all'affidataria provvisoria. □ Nessun rilievo può muoversi, pertanto, all'operato dell'Amministrazione che non poteva indire una procedura concorsuale che l'avrebbe esposta ad esborsi privi di una sicura copertura finanziaria. □ Quanto al dedotto profilo di competenza, la ricorrente allega la violazione degli artt. 42 e 107 del D. Lgs. n. 267/2000 affermando genericamente che la proroga impugnata rientrerebbe nelle competenze del Consiglio comunale o, al più, della dirigenza. □ Anche tale secondo motivo è infondato. □ Sul punto deve rilevarsi che il provvedimento impugnato non rientra in alcuna delle ipotesi specificate all'art. 42 (competenze del Consiglio) del né in quelle di cui all'art. 107 (competenze della Dirigenza) con la conseguenza che non può che rientrare nella competenza residuale della Giunta comunale ai sensi dell'art. 48. □ Per quanto precede il ricorso deve essere respinto con condanna della ricorrente al pagamento delle spese di giudizio nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. □ Condanna la ricorrente la pagamento delle spese di giudizio che liquida in complessivi € 3.000,00. □ Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa. □ Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati: □ Angela Radesi, Presidente □ Laura Marzano, Primo Referendario □ Marco Poppi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA □ II 11/02/2014

IL SEGRETARIO □ (Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.

Concessione impianto sportivo - Controversie e giurisdizione

TAR Lombardia Brescia sez. II 11/6/2013 n. 559

ENTI LOCALI - GESTIONE IMPIANTI SPORTIVI - IMPIANTO SPORTIVO - NATURA DI BENE PATRIMONIALE INDISPONIBILE - RAPPORTO TRA ENTE LOCALE E SOCIETA' SPORTIVE - NATURA DI CONCESSIONE DI BENE PUBBLICO - CONTROVERSIE - GIURISDIZIONE G.A.

Il rapporto tra l'Ente locale e le Società sportive si configura come concessione di un bene pubblico ed appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la gestione degli **impianti sportivi**, che rientrano nel patrimonio indisponibile del Comune: essi sono destinati ad un pubblico servizio – essendo finalizzati a soddisfare proprio l'interesse dell'intera collettività alle discipline sportive – e possono essere trasferiti nella disponibilità dei privati perché ne facciano un uso ben determinato solo mediante concessione amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 6/2/2013 n. 698, che ha affrontato una causa afferente ad **impianti** dedicati al nuoto). □ Con particolare riguardo alla concessione a terzi di uno stadio comunale, anche la Corte di Cassazione (cfr. sez. unite civili – 23/7/2001 n. 10013) ha affermato che si tratta di un impianto che appartiene al patrimonio indisponibile del Comune ai sensi dell'art. 826 ultimo comma del c.c., e di conseguenza – qualora sia messo a disposizione di privati con provvedimento autoritativo unilaterale per determinati usi – le controversie relative al rapporto concessorio restano devolute al giudice amministrativo (per un'applicazione concernente un impianto sportivo si veda anche T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 22-04-2010, n. 977).

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1081 del 2012, proposto da:

Atalanta Bergamasca Calcio Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Yvonne Messi ed Enrico Carlo Felli, con domicilio ex lege presso la Segreteria della Sezione in Brescia, Via Carlo Zima n. 3;

contro

Comune di Bergamo, rappresentato e difeso dagli avv.ti Vito Gritti e Silvia Mangili, con domicilio ex lege presso la Segreteria della Sezione in Brescia, Via Carlo Zima n. 3;

nei confronti di

U.C. Albinoleffe Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Bonomi e Enrico Codignola, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Brescia, Via Romanino n. 16;

per l'accertamento

DELLA DECADENZA DI U.C. ALBINOLEFFE DALLA CONCESSIONE PER L'UTILIZZO E LA GESTIONE DELLO STADIO "ATLETI AZZURRI D'ITALIA", DI CUI ALLA CONVENZIONE STIPULATA TRA LE PARTI IL 7/2/2012;

e per l'annullamento

DELLA NOTA COMUNALE 29/6/2012, RECANTE IL NULLA OSTA ALL'UTILIZZO DELLO STADIO PREDETTO ANCHE PER LA STAGIONE SPORTIVA 2012/2013.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bergamo e di U.C. Albinoleffe Srl;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2013 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente è una Società di calcio che milita in serie A, mentre la controinteressata – dopo alcuni campionati disputati in serie B – è retrocessa in Lega Pro al termine del torneo 2011/2012.

Riferisce Atalanta Bergamasca di rappresentare da sempre la città di Bergamo e di aver sempre giocato le proprie partite nello stadio principale "Atleti Azzurri d'Italia", mentre Albinoleffe (risultante dalla fusione dei club dei paesi di Albino e di Leffe) è stata ammessa all'uso dell'impianto in virtù di una doppia deroga: la mancanza della sede sociale all'interno del territorio comunale (anomalia sanata soltanto il 30/11/2011), e l'uso di una struttura già in dotazione ad Atalanta.

Con deliberazione giunta in data 19/9/2011 n. 320, il Comune di Bergamo concedeva lo stadio "Atleti Azzurri d'Italia" ad Atalanta e ad Albinoleffe, per la durata di 4 anni fino al 30/6/2015. In data 7/2/2012 veniva stipulato il contratto di servizio trilaterale, che prevede la corresponsione di un canone differenziato, mentre i reciproci rapporti tra le 2 Società sono governati da una scrittura privata che regola le concrete modalità di gestione dell'impianto sportivo.

Sostiene la ricorrente che la retrocessione della controinteressata al termine del campionato 2011/2012 ha comportato il venir meno dello status che aveva determinato la concessione in uso dello stadio, e purtuttavia il Comune ha ritenuto di emettere l'atto impugnato 29/6/2012 che permette ad Albinoleffe di utilizzare l'impianto anche nella stagione 2012/2013, alle stesse condizioni previste per il caso di permanenza nel campionato di serie B.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione parte ricorrente, oltre ad impugnare l'atto in epigrafe, agisce in giudizio per l'accertamento della decadenza della concessione nei confronti di Albinoleffe, deducendo l'eccesso di potere per travisamento dei fatti e contraddittorietà manifesta e la violazione dei principi di buona amministrazione, di trasparenza, correttezza e buona fede.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione comunale e la controinteressata, formulando un'eccezione in rito e chiedendo nel merito la reiezione del gravame.

Alla pubblica udienza del 9/5/2013 il ricorso è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura la condotta assunta dal Comune di Bergamo, il quale avrebbe dovuto dichiarare la controinteressata decaduta dalla concessione per l'utilizzo e la gestione dello stadio "Atleti Azzurri d'Italia".

1. La lite deve essere decisa da questo Tribunale. Il rapporto tra l'Ente locale e le due Società sportive si configura, infatti, come concessione di un bene pubblico (lo stadio di Bergamo), ed appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la gestione degli **impianti sportivi**, che rientrano nel patrimonio indisponibile del Comune: essi sono destinati ad un pubblico servizio – essendo finalizzati a soddisfare proprio l'interesse dell'intera collettività alle discipline sportive – e possono essere trasferiti nella disponibilità dei privati perché ne facciano un uso ben determinato solo mediante concessione amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 6/2/2013 n. 698, che ha affrontato una causa afferente ad **impianti** dedicati al nuoto).

1.1 Con particolare riguardo alla concessione a terzi di uno stadio comunale, anche la Corte di Cassazione (cfr. sez. unite civili – 23/7/2001 n. 10013) ha affermato che si tratta di un impianto che appartiene al patrimonio indisponibile del Comune ai sensi dell'art. 826 ultimo comma del c.c., e di conseguenza – qualora sia messo a disposizione di privati con provvedimento autoritativo unilaterale per determinati usi – le controversie relative al rapporto concessorio restano devolute al giudice amministrativo (per un'applicazione concernente un impianto sportivo si veda anche T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 22-04-2010, n. 977). In verità, la Corte di Cassazione e il T.A.R. Lecce hanno fatto applicazione del previgente art. 5 comma 1 della L. 6/12/1971 n. 1034, ma oggi una disposizione sostanzialmente analoga è racchiusa nell'art. 133 comma 1 lett. b) del Codice del

processo amministrativo.

1.2 Nella specie affrontata, peraltro, l'atto di concessione ha pacificamente ad oggetto il bene pubblico "stadio" e non direttamente un servizio pubblico, come emerge dagli elementi essenziali della convenzione: la stessa prevede la fissazione di un canone variabile come corrispettivo per il bene dato in godimento e in gestione, impone alle concessionarie di provvedere alla custodia dell'impianto, nonché agli interventi di manutenzione ordinaria e alla cura del terreno di gioco, ed ammette infine l'autorizzazione a terzi a fini ricreativi (cfr. T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. I – 29/4/2009 n. 358; a contrario T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II – 2/5/2012 n. 732, dove si è ravvisata una concessione di pubblico servizio in quanto l'attività equestre "da promuovere in tutti i suoi aspetti anche con iniziative di carattere educativo e sociale ed azioni mirate al recupero dei disabili (art. 1 convenzione) assume una rilevanza fondamentale e preponderante, mentre la messa a disposizione di mezzi e strutture è strumentale all'erogazione del servizio").

2. Deve, inoltre, essere affrontata l'eccezione in rito sollevata dalla controinteressata. La stessa ha in particolare dedotto l'inammissibilità del gravame per implicita rinuncia alla domanda presentata, dato che in occasione di una recente rizzollatura del campo di gioco la Società ricorrente ha coinvolto Albinoleffe invitandola formalmente a confermare l'impegno a sostenere la metà del costo (nota 14/2/2013 – doc. 12), e dunque pretendendo l'attuazione dello stesso rapporto che in questa sede intende considerare sciolto.

L'eccezione è priva di fondamento.

2.1 Per costante giurisprudenza, l'acquiescenza a un provvedimento amministrativo, che ne preclude l'impugnazione, può essere ravvisata solo in presenza di una volontà univoca di accettarne gli effetti (cfr. sentenza sez I – 28/12/2012 n. 2022). Nella fattispecie, come correttamente ha rilevato la Società ricorrente, il sollecito è stato inoltrato "ferme restando le domande formulate e le azioni intraprese per accertare e dichiarare la decadenza di U.C. Albinoleffe S.r.l. dalla convenzione con il Comune di Bergamo per la gestione dello stadio", per cui dal tenore dello scritto non può certo evincersi la volontà precisa ed univoca di condividere ed accettare la decisione del Comune di proseguire il rapporto concessorio con entrambe le Società.

3. Nel merito la pretesa è infondata.

L'azione giurisdizionale si fonda sui seguenti rilievi:

- la causa della concessione (di beni e servizi) risiede nello svolgimento dei campionati italiani di vertice (serie A e serie B), per cui il declassamento verificatosi è causa di inefficacia del rapporto instaurato;
- il corrispettivo è ancorato allo svolgimento delle competizioni in serie A e in serie B, ed è regolato il passaggio tra queste categorie, mentre la retrocessione in Lega Pro o in serie

inferiori non è in alcun modo contemplata, circostanza che comprova l'estraneità alle finalità della concessione (diversamente opinando avremmo una concessione ad oggetto indefinito);

- la limitazione dell'uso dell'impianto obbedisce ad intuitive regole di esperienza e ragionevolezza, poiché il campo da gioco è performante se non ospita troppo frequentemente partite;
- l'interpretazione secondo buona fede e correttezza impone di ritenere che l'iscrizione in serie A o B sia il presupposto stesso della concessione, poiché rende possibile la prestazione di interesse pubblico per la quale è stata attribuita;
- il nulla osta comunale all'utilizzo dello stadio malgrado il declassamento – rilasciato senza coinvolgere la ricorrente – urta contro il canone pubblicistico del giusto procedimento e contro il principio civilistico per cui le clausole contrattuali possono essere modificate soltanto con il consenso di tutti i contraenti;
- Albinoleffe ha perso il titolo di preferenza perché non è squadra della città, e il Comune avrebbe dovuto al limite indire una procedura a evidenza pubblica per l'individuazione dell'ulteriore gestore.

3.1 Ritieni il Collegio utile, ai fini della decisione, soffermarsi proprio sul canone di buona fede invocato dalla parte ricorrente, recentemente approfondito dalla Sezione nella sentenza 18/4/2013 n. 363. Nella pronuncia si afferma che «La buona fede, intesa in senso etico come requisito della condotta, costituisce un cardine della disciplina legale delle obbligazioni e forma oggetto di un vero e proprio dovere giuridico, violato non soltanto quando una delle parti agisce con dolo in pregiudizio dell'altra ma anche quando il comportamento non sia improntato alla diligente correttezza e al senso di solidarietà sociale (Corte di Cassazione, sez. III civile – 11/2/2005 n. 2855). In particolare nella fase che precede la formazione del vincolo contrattuale, sorgono in capo ai futuri contraenti specifici obblighi di lealtà e correttezza nello svolgimento delle trattative, i quali sono particolarmente valorizzati dalla giurisprudenza amministrativa nella costruzione dogmatica della responsabilità pre-contrattuale, per cui se l'amministrazione recede dalle trattative instaurate fino al punto di suscitare in capo all'impresa il legittimo affidamento nella conclusione del contratto, detta condotta contrasta con le regole di probità e diligenza di cui all'art. 1337 del c.c. e può generare un'obbligazione risarcitoria (cfr. Consiglio di Stato, ad. plen. – 5/9/2005 n. 6). Al contempo, anche l'interpretazione del contratto è governata dal principio di buona fede (art. 1366 del c.c.), come obbligo di lealtà che impone di non suscitare e non speculare su falsi affidamenti e non contestare ragionevoli aspettative generate nella controparte >>».

3.2 In base alla convenzione stipulata dalle tre parti, il bene patrimoniale indisponibile è concesso in gestione a entrambe le Società fino ad un termine predeterminato, ossia il 30 giugno 2015. Nessuna clausola del testo sottoscritto contempla – quale motivo di risoluzione – la permanenza delle squadre nelle massime categorie del campionato italiano (serie A o serie B). L'art. 3 del contratto, peraltro, nel collegare la risoluzione del

rapporto al verificarsi di taluni eventi – sopravvenuti motivi di interesse pubblico, modifiche dello statuto sociale delle Società affidatarie del servizio, mutamento sostanziale non autorizzato dello scopo del contratto, casi di legge, scioglimento delle Società – nulla afferma a proposito dell'eventuale retrocessione di Albinoleffe (ovvero di Atalanta) in Lega Pro. La riflessione che consegue è l'impossibilità di aggiungere una causa ulteriore di risoluzione del vincolo negoziale oltre a quelle tassativamente previste dalla legge o dal contratto. Né soccorre, a favore della prospettazione della ricorrente, la modalità di calcolo del corrispettivo – effettivamente determinato prendendo in considerazione la disputa del campionato di serie A ovvero di serie B – trattandosi della quantificazione del canone per l'utilizzo dell'impianto, che è stato ancorato alla situazione di fatto esistente al momento delle stipulazione (all'epoca Atalanta era in serie A e Albinoleffe in serie B).

3.3 La posizione illustrata dalla difesa di Atalanta evoca l'istituto giuridico della presupposizione. L'istituto viene definito come "obiettiva situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura) tenuta in considerazione - pur in mancanza di un espresso riferimento nelle clausole contrattuali - dai contraenti nella formazione del loro consenso come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio (cd. condizione non sviluppata o inespressa), il cui venir meno o verificarsi è del tutto indipendente dall'attività e volontà dei contraenti, e non corrisponde - integrandolo - all'oggetto di una specifica obbligazione dell'uno o dell'altro" (cfr. Corte di Cassazione, sez. II civile – 30/4/2012 n. 6612; sez. II civile – 20/12/2011 n. 27781). Al di là delle possibili definizioni, la suddetta condizione implicita deve essere rigorosamente provata.

3.4 Anche questo Tribunale (cfr. sentenza sez. I – 26/3/2012 n. 478) ha sottolineato che per parlarsi di presupposizione si deve essere in presenza di un fatto considerato dalle parti come rilevante, seppur non enunciato in modo espresso nel regolamento contrattuale di che trattasi. Nella fattispecie, tuttavia, non affiora alcun elemento, anche indiziario, idoneo a rivelare una comune condivisione della clausola escludente correlata alla retrocessione in una serie inferiore alla "B". Non avalla siffatta conclusione il paventato utilizzo "eccessivo" del campo di gioco, dato che il numero di partite (con 2 squadre coinvolte) resta il medesimo se Albinoleffe disputa un campionato inferiore. Anche la dedotta estraneità di Albinoleffe dalla città di Bergamo appare superata dall'avvenuto trasferimento di sede autorizzato dalla FIGC con provvedimento presidenziale 5/6/2012. Infine, l'invocato interesse pubblico all'espletamento della prestazione sportiva non è automaticamente vanificato dalla retrocessione in una serie inferiore, dato che la competizione cui partecipa una squadra vede mantenuto il coinvolgimento degli **sportivi** alla medesima affezionato.

3.5 Da ultimo, occorre sottolineare che il Comune ha dato conto del fatto che Albinoleffe ha sempre onorato gli impegni contrattualmente assunti, mentre le rimostranze espresse dall'Atalanta nella memoria finale (ove provate) potranno al più giustificare un'azione civilistica per la restituzione di quanto indebitamente corrisposto anche per la parte dovuta dalla controinteressata. In secondo luogo, peraltro, in caso di estromissione il Comune beneficerebbe di introiti inferiori, dato che Atalanta ha manifestato una disponibilità generica a rinegoziare il contratto e ad integrare il canone, ma senza impegnarsi sul

quantum (cfr. nota ricorrente 5/7/2012 – doc. 4 amministrazione).

In conclusione, la pretesa è infondata e deve essere respinta, cosicchè viene meno l'interesse del Comune ad una pronuncia sulla domanda riconvenzionale proposta.

3. Le spese di lite possono essere compensate, alla luce della natura interpretativa della pronuncia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/06/2013, n. 559