

Pubblicato il 28/01/2021

N. 00858/2021REG.PROV.COLL.
N. 04205/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4205 del 2020, proposto da Club Scherma Torino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Vecchione e Riccardo Vecchione, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

Comune di Torino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Mariamichaela Li Volti, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

nei confronti

Ginnastica Virtus Grugliasco A.S.D., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez. II, n. 263/2020, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2020, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, come richiamato dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti, pure da remoto, gli avvocati G. Vecchione e M. Li Volti;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, il Club Scherma Torino esponeva di gestire, con concessione risalente al 1954, una struttura immobiliare di proprietà del Comune di Torino, denominata “*Villa Glicini*”.

Per effetto di eventi atmosferici occorsi in data 16 giugno 2011 le alberature di alto fusto interne alla recinzione del complesso erano crollate al suolo, arrecando ingenti danni alle strutture, per un valore di circa 95.000 €.

Al fine di procedere al ripristino delle strutture il Club, con nota del 12 settembre 2011, aveva comunicato alla Città di Torino l'intenzione di partecipare al bando regionale ex L. R. n. 93/95, al fine di poter accedere ad un finanziamento in conto capitale, per un importo lavori preventivato nella misura di € 95.330,00.

Condizione unica ed indispensabile per accedere al finanziamento regionale era, peraltro, quella di avere in gestione la struttura comunale per almeno sei anni: di tal che, considerato che a quella data residuavano, fino alla scadenza, poco più di tre anni di gestione, aveva sollecitato una proroga della concessione, ipotizzando quale termine di scadenza la data del 3 aprile 2018, successivamente modificata nella data del 31 dicembre 2021, in considerazione del manifestato intendimento di accedere ad un mutuo durata decennale, per un più comprensivo importo di € 120.000, preventivato quale necessario per la adeguata esecuzione dei lavori programmati.

Con delibera di Giunta n. 5554 del 15 novembre 2011 il Comune di Torino accoglieva l'istanza di proroga, peraltro espressamente condizionandola al conseguimento del finanziamento regionale, che veniva effettivamente erogato nel gennaio 2013. Seguiva la stipula della convenzione di proroga.

In progresso di tempo, con comunicazione prot. n. 50207/2018, il Comune avviava un procedimento finalizzato alla rideterminazione in autotutela del termine di scadenza della concessione, con conseguente declaratoria di decadenza del Club Scherma dalla concessione medesima. A fondamento dell'iniziativa era posta l'accertata circostanza che, in realtà, il Club – che aveva conseguito la proroga decennale del rapporto solo al fine di essere legittimata al conseguimento del finanziamento regionale, attraverso la stipula di un mutuo di corrispondente durata – non aveva stipulato “quel” determinato mutuo, il che giustificava (essendo venuti meno i presupposti e le condizioni della originaria dilazione) la unilaterale riduzione autoritativa di cinque anni (dal 31 dicembre 2021 al 31 dicembre 2016) della concessione.

In data 8 marzo 2019, all'esito di un procedimento ampiamente partecipato, veniva notificata all'appellante la deliberazione della Giunta 5 marzo 2019 n. 00614/010 con la quale il Comune dava seguito ai preannunciati propositi, con pedissequo invito a lasciare la struttura entro e non oltre il 31 agosto 2019.

2.- Avverso tale deliberazione il Club Scherma insorgeva con ricorso dinanzi al TAR per il Piemonte che, nel rituale contraddittorio delle parti, lo respingeva con la sentenza epigrafata, con condanna alla refusione delle spese di lite nella misura di € 5.000, oltre accessori di legge.

3.- Avverso la ridetta statuizione insorge con l'atto di appello il Club Scherma Torino, che ne lamenta la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale reiezione.

Nella resistenza del Comune di Torino, alla pubblica udienza del 17 dicembre 2020, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello non è fondato e va respinto.

2.- Con quattro motivi di doglianza, che possono essere esaminati congiuntamente anche perché frutto di ripresa e di ripetizione di una comune base censoria, non priva di ridondanze, l'appellante lamenta *error in iudicando* per violazione ed omessa applicazione di legge, con riferimento agli artt. 1427, 1439 e 1441 cod. civ., nonché agli artt. 3, 21 *quinquies*, 21 *octies*, 21 *nonies* della legge 241/90, all'art. 176 d. lgs. n. 50/2016 e all'art. 8, comma 7, del regolamento comunale n. 295, una a violazione dei principi di proporzionalità e affidamento.

A suo dire:

a) non sarebbero esistiti, in via pregiudiziale, i presupposti per un *intervento unilaterale ed autoritativo nelle forme provvedimentali del potere di autotutela*, a fronte di un mero *vizio della volontà negoziale* che, a convenzione stipulata, avrebbe potuto essere valorizzato esclusivamente – nella prospettiva paritetica del rapporto civilistico – attraverso una *iniziativa giudiziale risolutiva e/o caducatoria*;

b) in ogni caso, la delibera annullata non avrebbe potuto ritenersi, riguardo alla determinazione del periodo di proroga della concessione, *illegittima*, essendo il termine di sei anni, previsto dal regolamento comunale, solo un *termine minimo* e, come tale, sufficientemente elastico da legittimare una congrua e discrezionale dilazione temporale della scadenza giustificata dalla necessità di realizzare i lavori programmati: con il che, anche ammettendo la possibilità di attivare i poteri di annullamento di ufficio, ne sarebbe mancato il presupposto fondamentale;

c) a tutto concedere, la misura adottata – a fronte del fatto che, in ogni caso, il Club si era effettivamente attivato, sia pure attraverso leciti percorsi alternativi, per acquisire le risorse economiche idonee a realizzare gli interventi manutentivi programmati, che non erano mai stati messi in discussione – avrebbe assunto un tenore sproporzionato e addirittura sanzionatorio;

d) nessuna delle ipotesi di “cessazione” autoritativa della concessione, previste dall’art. 176 del d. lgs. n. 50/2016, sarebbe pertinente alla fattispecie: in cui, per giunta, l’annullamento sarebbe stato disposto a notevole distanza di tempo e con grave compromissione dell’affidamento maturato, senza reale ed effettiva comparazione con gli interessi in gioco;

d) non ci sarebbe stato, in particolare, un reale interesse pubblico alla restituzione dell’impianto, a fronte della evidente meritevolezza dell’attività, di interesse generale, dispiegata nel tempo, a favore della collettività, dalla associazione appellante.

3.- Le censure non sono persuasive.

Per l’esatto intendimento della materia del contendere occorre preventivamente inquadrare la natura del rapporto intercorrente tra il Comune di Torino e il Club Scherma Torino, in virtù della convenzione stipulata *inter partes* in data 18 ottobre 2005, avente ad oggetto la “*gestione sociale dell’impianto sportivo municipale*”.

4.- In via preliminare importa rammentare che, in base all’art. 90, comma 25, della l. 27 dicembre 2002, n. 289, l’affidamento di impianti sportivi “*che l’ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente*” (essenzialmente, ancorché non necessariamente, al fine di garantire gli equilibri della finanza pubblica, di cui all’art. 29 della stessa legge, relativo al “*patto di stabilità interno per gli enti territoriali*”) si realizza mediante la stipula di “*convenzioni*” aventi ad oggetto la definizione delle modalità di “*gestione*” e dei relativi “*criteri d’uso*”, all’esito di una procedura di “*affidamento*” (disciplinata, quanto alle relative modalità, dalla normativa di competenza regionale ed, in ogni caso, preceduta, per finalità evidenziali e proconcorrenziali, dalla “*determinazione di criteri generali ed obiettivi per l’individuazione dei soggetti affidatari*”).

L’indicazione normativa – rimasta immutata anche a seguito delle varie modifiche della disposizione, da ultimo introdotte dall’art. 1, comma 361, lett. b), della legge 27 dicembre 2017, n. 205 e successivamente dall’art. 13, comma 4, lett. b), del decreto legge 12 luglio 2018, n. 87, convertito, con

modificazioni, dalla legge 9 agosto 2018, n. 96 – è peraltro nel senso dell'affidamento “*in via preferenziale*” a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali.

In considerazione della centralità del momento della “*gestione*” (che prefigura come meramente strumentale l'affidamento del bene di proprietà pubblica) la gestione di impianti sportivi assume i caratteri tipici di un *servizio pubblico*.

Invero, la nozione di servizio pubblico è omologa a quella di *servizio di interesse generale* di derivazione comunitaria, da intendersi quale attività di produzione di beni e servizi che si distinguono dalle comuni attività economiche, in quanto perseguono una finalità di interesse generale che ne giustifica l'assoggettamento ad un regime giuridico differenziato (di regola, in presenza di caratteristiche situazione di c.d. fallimento del mercato).

Ne costituiscono invero caratteristici *indici sintomatici* e, a un tempo, *elementi costitutivi*: a) la *natura propriamente erogativo-prestazionale* dell'attività esercitata; b) l'operatività, sul piano infrastrutturale, di un *momento organizzativo stabile*, con un controllo pubblico preordinato a garantire ed assicurare un livello minimo di erogazione; c) la *destinazione dell'attività ad una generalità di cittadini*, con carattere di universalità delle prestazioni (di tal che, ferme restando le relative modalità, il servizio deve essere reso a tutti i soggetti che, rispettando le condizioni ed avendo i requisiti per l'accesso, ne facciano richiesta).

Nel caso della gestione di *impianti sportivi comunali* si tratta, in particolare, di un *servizio pubblico locale*, ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 267/2000, per cui l'*utilizzo del patrimonio* si fonda con la *promozione dello sport* che, unitamente all'effetto socializzante ed aggregativo, assume in ruolo di strumento di miglioramento della qualità della vita a beneficio non solo per la salute dei cittadini, ma anche per la vitalità sociale della comunità (culturale, turistico, di immagine del territorio, etc.).

Ne discende che, sotto il profilo considerato, l'affidamento in via *convenzionale* di immobili, strutture, impianti, aree e locali pubblici – appartenenti al

patrimonio indisponibile dell'ente, ai sensi dell'art. 826 del c.c., quando siano o vengano, come nella specie, destinati al soddisfacimento dell'interesse della collettività allo svolgimento delle attività sportive – non è suscumbibile nel paradigma della concessione di *beni*, ma struttura, per l'appunto, una *concessione di servizi*.

L'ulteriore qualificazione di tale modulo concessorio – rilevante non solo ai fini della prefigurazione delle modalità dell'*affidamento*, comprensivo delle successive *proroghe*, ma anche del *regime* del relativo *rappporto* e, di conserva, dei poteri del soggetto pubblico concedente, oggetto di controversia – impone di distinguere (avuto riguardo alla previsione dell'attuale art. 164, comma 3, del d. lgs. n. 50/2016, relativa alla perimetrazione dell'ambito applicativo della normativa sui *contratti pubblici*) tra affidamenti potenzialmente *remunerativi* e *non remunerativi*, alla luce della distinzione tra servizi *economici* o, appunto, *non economici* di interesse generale.

La distinzione, che ha matrici eurocomuni (cfr. art. 57 TFUE) è incentrata (cfr., da ultimo, art. 2, comma 1, lettere *b*) e *i*) d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175) sul criterio economico della *remuneratività*, intesa in termini di *redditività* anche solo potenziale, cioè di possibilità di coprire i costi di gestione attraverso il conseguimento di un “*corrispettivo economico nel mercato*”.

Il servizio ha, per tal via, rilevanza economica quando il gestore ha la possibilità potenziale di coprire tutti i costi; al contrario, un servizio è privo di rilevanza economica quando è *strutturalmente antieconomico*, perché potenzialmente non remunerativo (perché il mercato non è in grado o non è interessato a fornire quella prestazione).

Peraltro, la redditività di un servizio (e, in particolare, della gestione di un impianto sportivo) deve essere apprezzata caso per caso, con riferimento alla soluzione organizzativa prescelta dall'ente locale per soddisfare gli interessi della collettività, alle specifiche modalità della gestione, ai relativi costi ed oneri di manutenzione, alla struttura tariffaria (libera od imposta) per l'utenza, alla disciplina delle quote sociali, alla praticabilità di attività accessorie etc..

Da tali premesse consegue (cfr. anche la delibera ANAC n. 1300 del 14 dicembre 2016) che, ad integrazione e superamento della disciplina, in parte non esaustiva, in parte inattuale, di cui all'art. 90, comma 25 d. lgs. n. 289/2002 cit.:

a) l'affidamento degli impianti di rilevanza economica avviene mediante *concessione di servizi*, ai sensi degli artt. 164 ss. d. lgs. n. 50/2016, in quanto ricorrano gli elementi indicati dal legislatore per la qualificazione della “*concessione*” (art. 3, co. 1 lett. *v*)) e ss.);

b) l'*uso associativo* di impianti privi di rilevanza economica (tipicamente impianti di ridotte dimensioni, per i quali non è ipotizzabile l'uso diffuso a tariffa) avviene mediante *concessione strumentale del bene pubblico*, pur sempre attraverso una procedura ad evidenza pubblica e nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica (cfr. art. 164, comma 3, e art. 4 d. lgs. n. 50/2016);

c) l'affidamento in gestione di impianti sportivi privi di rilevanza economica, per i quali l'attività non sia resa a favore della collettività indifferenziata, ma direttamente a favore dell'ente locale ed in assenza di rischio operativo, ammette il ricorso all'*appalto di servizi* (rientrando, segnatamente, la materia nella categoria dei “*servizi amministrativi, sociali, in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura* di cui all'All. IX del d. lgs. n. 50/2016, relativo ai servizi di cui agli artt. 140 ss. del *Codice*).

5.- Le esposte premesse consentono di chiarire che la “*convenzione*” oggetto della presente controversia, ancorché strutturata nelle forme della concessione degli impianti dietro il pagamento di un canone periodico a favore dell'ente locale, rappresenti – avuto riguardo alla previsione dell'impegno del gestore a “*mettere a disposizione della Città*” (art. 5), alla operatività di un regime tariffario imposto (art. 7) e alla assunzione di un *rischio operativo*, sia pure temperato dalla parziale assunzione del carico delle

“*utenze e degli oneri di gestione*” da parte del Comune (art. 15) – una forma di *concessione di servizi*.

Ne consegue che – contrariamente all’assunto di parte appellante – non c’è ragione di revocare in dubbio la sussistenza, in capo all’Amministrazione concedente, dei generali poteri di autotutela anche *nella fase esecutiva del rapporto concessorio* e, segnatamente, del potere di annullamento d’ufficio, come è confermato dall’art. 176 del d. lgs. n. 50/2016, che – indipendentemente dalla sua concreta, specifica e puntuale applicabilità *ratione temporis* alla vicenda in esame – ha cura di “*confermare*” (cioè, propriamente, di *tenere per fermo*, in quanto non inciso né condizionato dalle ulteriori e speciali fattispecie di “*cessazione*” in via autoritativa dei rapporti positivamente introdotti) “*l’esercizio dei poteri di autotutela*”.

Del resto, già alla luce dei principi generali che strutturano, nel quadro della concezione c.d. bifasica, i rapporti tra la *fase pubblicistica* (inerente le “*procedure di affidamento e le altre attività amministrative*”) e la *fase privatistica* (conseguente alla “*stipula del contratto*” ed inerente la “*fase di esecuzione*”: cfr. art. 30 d. lgs. n. 50/2016), non si dubita della esistenza del potere di intervento rimotivo dell’Amministrazione (previsto e disciplinato dalla legge generale sull’azione amministrativa n. 241/1990, in particolare all’art. 21 *nonies*) e della sua incidenza sulla efficacia del contratto, ancorché si pongano numerose questioni (peraltro, essenzialmente nel caso del contratto di appalto) in ordine ai relativi presupposti e limiti.

Per quanto riguarda, invece, le concessioni, il richiamato art. 176, nel ribadire l’operatività del potere *generale* di annullamento d’ufficio (oltre che di revoca), ha codificato tre ipotesi *speciali* (operanti in termini di “*cessazione*”) rispettivamente ancorate: *a*) all’illegittimità originaria dell’aggiudicazione, in quanto effettuata a favore di soggetto privo dei requisiti (art. 176, comma 1 lett. *a*); *b*) all’accertata violazione del diritto europeo (art. 176, comma 1, lett. *b*); *c*) alla illegittima “*modifica*” (anche, deve intendersi sotto il profilo

temporale, cioè operata per mezzo di proroghe illegittime) della concessione (art. 176, comma 1, lett. *c*).

Pur nella specialità della previsione – che si apprezza alla luce dei successivi commi e, in particolare, dei commi 2 e 3, che rispettivamente sottraggono la fattispecie alla ordinaria preclusione temporale e prefigurano, per l'eventualità del 'vizio non imputabile', l'obbligatorietà di un indennizzo a favore della incolpevole parte privata – va osservato che tutte e tre le ipotesi rientrano, come *species* nel *genus*, nell'alveo della fattispecie generale di cui all'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990: ciò in quanto le tre specifiche ragioni di (originaria) illegittimità costituirebbero comunque idonea ragione per attivare l'annullamento d'ufficio (sicché, in definitiva, la specialità della norma si apprezza essenzialmente in relazione alle *modalità*, ai *limiti* ed alle *conseguenze* dell'autotutela “*in cessazione*”, piuttosto che ai suoi *presupposti* obiettivi).

In particolare, l'illegittimo riconoscimento di una *proroga*, oltre i termini di scadenza (che sortisce l'effetto di sottrarre l'assegnazione all'ordinaria competizione concorrenziale) concreta certamente (sia in forza dell'art. 21 *nonies* l. n. 241/1990, sia in forza dell'art. 176, comma 1, lett. *c*) del d. lgs. n. 50/2016) una illegittima “*modifica*”, sul piano della durata, del contratto.

6.- Dalle esposte premesse si traggono le regole per la risoluzione della controversia in esame, in ordine alla quale:

a) non è dato dubitare che la proroga della convenzione, disposta con deliberazione n. 5554/2011, fosse stata concessa, come correttamente ritenuto dal primo giudice, in violazione dell'art. 8 del regolamento comunale n. 295, che la ammetteva (con previsione di stretta interpretazione, in quanto eccezionale rispetto alla regola dell'affidamento concorrenziale) esclusivamente per “*il tempo strettamente necessario per permettere [...] di accedere ai finanziamenti regionali per gli interventi di impiantistica sportiva*” (laddove il concessionario, dopo la richiesta, aveva di fatto optato per il ricorso a fonti di finanziamento alternative, che non postulavano, in termini di stretta necessità, la corrispondente proroga del rapporto);

b) tale (illegittima) proroga si era, di fatto, risolta in una vietata “*modifica*”, sotto il profilo dell’efficacia temporale, della concessione (che, come tale, avrebbe “*richiesto una nuova procedura di aggiudicazione*”: cfr. art. 176, comma 1, lett. c), legittimandosi, per l’effetto, determinazione autoritativa *in cessazione* anche in forza della regola generale di cui art. 21 *nonies* l. n. 241/1990;

c) che, trattandosi di provvedimento illegittimo (e non semplicemente “*inopportuno*”, come pretenderebbe l’appellante) adottato sulla base di una falsa rappresentazione dei fatti imputabile (a prescindere dalla – non rilevante – imputabilità sotto il profilo penale) alla parte privata, non può ritenersi operante (anche indipendentemente dalla previsione speciale di cui all’art. 176, comma 2 d. lgs. n. 50/2016) il limite temporale preclusivo sesquiennale di cui all’art. 21 *nonies*, comma 1 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940, in relazione alla portata dell’art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*);

d) che alcuna connotazione sanzionatoria o addirittura punitiva può essere imputata alla volontà del Comune, che risulta – indipendentemente dai rapporti conflittuali tra le parti – semplicemente finalizzata al ripristino della violata legalità: a fronte della quale (stante il doveroso ricorso alla riallocazione competitiva dell’impianto) non possono, perciò, far premio i pur apprezzabili meriti della gestione operata, nella prospettiva dell’interesse della collettività, dal gestore uscente (e, per inciso, senza che alcun rilievo possa attribuirsi – a dispetto delle argomentazioni dell’appellante – alla disciplina emergenziale approvata, nell’attuale contesto pandemico, con l’art. 216 del d. l. 19 maggio 2020 n. 34, trattandosi, di là da ogni altro rilievo, di norma successiva alla cessazione del rapporto concessorio e, perciò, inapplicabile *ratione temporis*).

7.- Le argomentazioni che precedono confermano la complessiva infondatezza dell’appello, che va, perciò, respinto.

Sussistono giustificate ragioni, avuto riguardo alla particolarità della fattispecie esaminata, per disporre, tra le parti costituite, l’integrale compensazione di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2020, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 4, comma 1, del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, come richiamato dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO