

# usicivici/demanio

beni comuni, proprietà collettive, diritto demaniale e delle risorse naturali

[usicivici.wordpress.com](http://usicivici.wordpress.com)

## Giurisprudenza

### **T.A.R. Campania Napoli Sez. VII, Sent., 01-09-2014, n. 4636**

sul ricorso numero di registro generale 5720 del 2012, proposto da:

Società Servizi Sud S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Castelluccio, con domicilio eletto in Napoli, alla II traversa via Nicolardi n. 95, parco Avolio, lotto 5, presso l'avv. Roberto Palisi;

contro

Comune di San Giorgio a Cremano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Lucia Cicatiello e Adele Carlino, con domicilio per legge in Napoli, presso la Segreteria del T.A.R. Campania;

nei confronti di

S.I.R.E. Ricevimenti d'Autore S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Cilento, con domicilio eletto presso lo stesso in Napoli, via Carlo Poerio, n. 15;

per l'annullamento

della delibera di Giunta comunale n. 277 dell' 11/10/2012, recante provvedimenti in ordine alla concessione in uso di locali di proprietà comunale in Villa Bruno per l'esercizio di un centro di cultura enogastronomica; della nota prot. n. 35948 (n. 616) del 18/10/2012 di comunicazione; della nota prot. n. 3977 (recte: 39977) del 20/11/2012 (n. 693 del 19/11/2012) di convocazione presso la sede comunale; nonché degli atti connessi;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Giorgio a Cremano e di S.I.R.E. Ricevimenti d'Autore S.r.l.;

Viste le produzioni delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 luglio 2014 il dott. Fabio Donadono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

## **Svolgimento del processo**

Con ricorso notificato il 21 e 27/12/2012, la Società Servizi Sud riferiva che:

- in data 2/8/2012 la Società Servizi Sud e la SIRE Ricevimenti d'Autore sottoscrivevano ed inviavano al Comune di San Giorgio a Cremano una lettera d'intenti con la quale la prima manifestava la disponibilità a subentrare alla seconda nella gestione di un centro di cultura enogastronomica sito presso il complesso monumentale di proprietà comunale denominato Villa Bruno, accollandosi i debiti dell'attuale gestione pari a Euro 90 mila a fronte della garanzia di rinnovo della concessione per ulteriori 9 anni;

- in data 18/9/2012, la Società Servizi Sud, la SIRE ed il Comune sottoscrivevano un verbale di accordo contemplante l'estinzione del debito pregresso della SIRE, quantificato in Euro 135.057,02 comprensivi di IVA, il subentro nel contratto di concessione e l'impegno del Comune al rinnovo della medesima;

- nelle more della trattativa la concessione rimaneva regolamentata dal contratto rep. n. 2917 del 24/5/2005, che prevedeva un canone annuo di Euro 32.055,00 oltre IVA;

- con Delib. n. 277 del 2012 il Comune autorizzava la SIRE al recesso a condizione dell'integrale pagamento degli oneri concessori pregressi, autorizzando il subentro nella convenzione della Società Servizi Sud e subordinando la proroga ad una implementazione del programma-offerta con forme di pubblicità per il rilancio di Villa Bruno ed alla rilevazione periodica dell'indice di soddisfazione della clientela;

- sennonché in data 21/9/2012 sarebbe emerso che il canone concessorio, in base ad appositi atti deliberativi comunali, ammonterebbe in realtà, oltre alle spese condominiali, ad Euro 40.374,65 a fronte di un ampliamento dei locali dati in concessione;

- a seguito di ciò, con note in data 8/11/2012, la società ricorrente comunicava l'impossibilità di subentrare nel rapporto concessorio alle nuove condizioni emerse, nonché per la mancata corrispondenza dei beni strumentali promessi in cessione dalla SIRE;

- il Comune, anziché ritirare la delibera n. 277, invitava la società ricorrente a presentarsi presso la sede comunale per darvi esecuzione.

In relazione a quanto precede, la Società Servizi Sud proponeva l'impugnativa in epigrafe.

Il Comune e la SIRE si costituivano in giudizio resistendo al gravame.

## **Motivi della decisione**

1. Preliminarmente le parti resistenti prospettano il difetto di giurisdizione del giudice

amministrativo.

Al riguardo giova premettere che, sebbene nessuna delle parti in causa si sia curata di produrre in giudizio il contratto rep. n. 2917 del 24/5/2005 per l'affidamento dei locali del complesso monumentale di Villa Bruno (una delle Ville Vesuviane censite e tutelate in base alla L. n. 578 del 1971, di proprietà comunale, e quindi rientrante nel demanio accidentale in base agli artt. 822, co. 2, e 824 c.c.), è del tutto pacifico dalle emergenze processuali in atti il carattere concessorio del rapporto di natura pubblicistica scaturito dalla suddetta convenzione.

Pertanto, anche a prescindere dall'esecuzione di incumbenti istruttori sull'argomento, sostanzialmente superflui e quindi contrari ai principi di economia processuale, è da riconoscere che la cognizione sul ricorso in esame rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. b), c.p.a., riguardante le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, fatta salva la devoluzione al giudice ordinario delle sole questioni concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi.

2. In parziale accoglimento dell'eccezione sollevata dal Comune resistente, va innanzitutto rilevata l'inammissibilità dell'impugnativa proposta contro la nota comunale prot. n. 693 del 19/11/2012.

Infatti tale atto contiene una mera diffida priva di autonomi effetti autoritativi immediatamente lesivi nella sfera giuridica della società ricorrente.

E' invece ammissibile l'impugnativa contro la Delib. n. 277 del 2012, in quanto recante l'autorizzazione al subingresso della società ricorrente nel rapporto di concessione, con le relative condizioni e determinazioni.

3. Nel merito la società ricorrente deduce che:

- mancherebbe una adeguata istruttoria nella parte in cui non verrebbero considerati gli atti ulteriori che avrebbero ampliato l'area in concessione ed aumentato il canone annuo; il contratto originario risulterebbe non più produttivo di effetti essendo oggetto di novazione oggettiva ex art. 1230 c.c.;
- non ricorrerebbero le condizioni previste dall'art. 51 del D.Lgs. n. 163 del 2006 per autorizzare il subentro nel contratto di concessione;
- l'autorizzazione del subentro non avrebbe considerato la mancata determinazione tra SIRE e società ricorrente del prezzo di cessione, per cui il relativo accordo sarebbe nullo;
- sarebbe autorizzata una modificazione soggettiva dell'esecutore del contratto al di fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge;
- nella specie non ricorrerebbe una ipotesi di cessione del ramo di azienda; mancherebbe nella specie un ramo d'azienda.

3.1. Le censure sono fondate nella parte in cui si contesta che il previsto accordo di

subentro nel rapporto concessorio non rientra nel novero degli strumenti contemplati dalla legge per la successione nella posizione di contraente privato in un contratto con la pubblica amministrazione.

Al riguardo giova premettere che i principi comunitari ricavabili dai Trattati dell'Unione Europea sono direttamente applicabili anche a prescindere dal recepimento in specifiche norme comunitarie, nazionali e regionali di attuazione e nonostante l'esistenza nel diritto degli Stati membri di disposizioni in contrasto, le quali sono destinate a recedere di fronte alla prevalenza del diritto comunitario. Per effetto di tale primato, le norme del diritto interno vanno disapplicate nella parte e nella misura in cui si trovino in conflitto con le disposizioni ed i principi dell'ordinamento comunitario.

Orbene, con la comunicazione della Commissione Europea del 12/4/2000 (in GUCE 121/5 del 29/4/2000) si è osservato che "benché il trattato non contenga alcuna esplicita menzione degli appalti pubblici né delle concessioni, molte delle sue disposizioni sono rilevanti in materia. Si tratta delle norme del trattato che instaurano e garantiscono il buon funzionamento del Mercato unico, ossia: - le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 12, paragrafo 1; ex articolo 6, paragrafo 1); - le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 - ex 30 - e seguenti), alla libertà di stabilimento (articoli 43 - ex 52 - e seguenti), alla libera prestazione di servizi (articoli 49 - ex 59 - e seguenti) nonché le eccezioni a tali norme previste agli articoli 30, 45 e 46 (ex articoli 36, 55 e 56)38; - le disposizioni dell'articolo 86 (ex 90) del trattato, che possono, altresì, far da guida nella determinazione della legittimità della concessione dei diritti" (cfr. anche la relativa circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie, 1/3/2002, n. 3944).

In particolare l'art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 81 TCE) sancisce l'incompatibilità con il mercato interno di tutte le pratiche idonee a pregiudicare il commercio tra Stati membri e tali da impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza.

I principi dell'evidenza pubblica desumibili dal Trattato vanno dunque applicati in via diretta e self-executing anche alle fattispecie attualmente non regolate da specifiche disposizioni comunitarie (cfr. Cons. St., sez. V, 7/4/2011, n. 2151).

Ne consegue che la normativa in materia di appalti, nella misura in cui sia l'espressione di principi fondamentali dell'ordinamento comunitario in materia di concorrenza sul libero mercato delle imprese, nonché di non discriminazione, di parità di trattamento e di trasparenza, ha una generale portata espansiva anche oltre le specifiche fattispecie regolate, sia pure con gli opportuni adattamenti, ispirati ad un criterio di proporzionalità, in ordine alla pubblicità, ai requisiti di partecipazione dei candidati, ai criteri della selezione e alle modalità della procedura (cfr. Corte giust. CE, 13/10/2005, C458/03).

Nella specie, la concessione di un bene pubblico di rilevanza economica, strumentale ad una attività imprenditoriale, determina occasioni di guadagno per i soggetti operanti sul libero mercato, ricavabile nei confronti dei consumatori finali con l'attività di scambio di beni e servizi derivanti dall'impiego della risorsa oggetto di concessione.

Pertanto la concessione per lo sfruttamento di un bene assegnato e utilizzato per la produzione di beni e servizi di rilevanza economica è soggetta alla necessità di prevederne l'attribuzione mediante procedure concorsuali trasparenti e non discriminatorie, che non solo garantiscono la parità di trattamento dei concorrenti nonché la libertà di stabilimento, ma anche comportano il più conveniente impiego delle risorse pubbliche disponibili (cfr. Cons. St., sez. VI, 22/3/2011, n. 1747).

La successione nella posizione di concessionario, nonché il rinnovo o la proroga della concessione non possono dare luogo ad una procedura meno trasparente e pertanto presuppongono una selezione concorsuale aperta a tutti gli operatori interessati (cfr. Cons. St., sez. VI, 25/1/2005, n. 168).

Nella presente vicenda, è del tutto evidente che l'affidamento dei locali di Villa Bruno per la gestione del centro di cultura enogastronomica ivi ubicato ad un nuovo gestore, peraltro con la previsione del rinnovo novennale della concessione, è stato determinato al di fuori di qualsiasi selezione concorrenziale conforme alla disciplina sulle procedure di evidenza pubblica e senza peraltro alcuna motivazione delle ragioni che giustificerebbero una tale scelta.

3.2. La fondatezza della esaminata doglianza è assorbente rispetto alle ulteriori censure dedotte.

4. Attese le peculiarità della vicenda, si ravvisano giusti motivi per la compensazione delle spese in giudizio, fermo restando il rimborso del contributo unificato a carico del Comune soccombente.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima) dichiara l'inammissibilità dell'impugnativa contro la nota prot. n. 693 del 19/11/2012 ed, in parziale accoglimento del ricorso in epigrafe, annulla le delibera di Giunta comunale n. 277 dell' 11/10/2012.

Spese compensate, fermo restando il rimborso del contributo unificato a carico del Comune di San Giorgio a Cremano.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pagano, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere, Estensore

Marina Perrelli, Primo Referendario