

# Consiglio di Stato, sez. VI, Decisione 21-25 ottobre 2008, n. 5781

(doi: 10.7390/29362)

Aedon (ISSN 1127-1345)

Fascicolo 1, giugno 2009

**Ente di afferenza:**

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.  
Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

## **Licenza d'uso**

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

# Aedon



il Mulino

## Rivista di arti e diritto on line

quadrimestrale diretto da Marco Cammelli

numero 1, 2009, Issn 1127-1345

[home](#) [indice](#) [ricerca](#) [risorse web](#)

**Consiglio di Stato, sez. VI**

### **Decisione 21-25 ottobre 2008, n. 5781**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

#### DECISIONE

sul ricorso in appello n. 736/2007, proposto dal CONSORZIO COOPTA-COOPERATIVE TEATRALI ASSOCIATE - A R.L., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Fulvio Mastroviti con domicilio eletto in Roma viale delle Milizie, 34, presso l'Avv. Andrea Botti;

contro

COMUNE DI BARI, in persona del Presidente p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Biancalaura Capruzzi con domicilio eletto in Roma via Flaminia, 79, presso l'Avv. Roberto Ciociola;

e nei confronti di

FONDAZIONE LIRICO-SINFONICA PETRUZZELLI E TEATRI DI BARI, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Vincenzo Caputi Jambrenghi con domicilio eletto in Roma via Vincenzo Picardi, 4/B;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia sede di Bari, Sez. II n. 4146/2006 del 28 novembre 2006.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intime;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 21 ottobre 2008 relatore il Consigliere Roberta Vigotti. Uditi gli avv.ti Mastroviti, Capruzzi e Caputi Jambrenghi;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

#### FATTO

Il consorzio Coopta - cooperative teatrali associate - propone appello avverso la sentenza, in epigrafe indicata, con la quale il Tar della Puglia ha respinto il ricorso proposto per l'annullamento della deliberazione del comune di Bari recante la concessione dell'utilizzo gratuito del teatro comunale Piccinni alla fondazione lirico-sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari per la durata di tre anni, con connessa gestione dei servizi teatrali, e della relativa convenzione.

Il consorzio ricorrente, premesso di essere affidatario dal 24 aprile 2001 dell'esercizio del teatro di cui trattasi in forza di accordo transattivo e dell'esito di apposita procedura concorsuale, espone di aver ottenuto l'affidamento del servizio sino al 30 giugno 2006, rimanendo poi in attesa di ricevere comunicazioni dall'amministrazione in ordine all'indizione delle gara pubblica per il successivo quinquennio, per partecipare alla quale aveva manifestato interesse. Il comune di Bari, con comunicazione in data 29 giugno 2006 ha peraltro comunicato di essere sul punto di stipulare con la fondazione controinteressata la convenzione per la gestione dei servizi del teatro comunale, "giusta deliberazione di giunta n. 516 del 10 giugno 2006". Con tale deliberazione l'amministrazione ha deciso di affidare, previa trattativa privata, alla fondazione Petruzzelli l'utilizzo gratuito del teatro e la gestione dei servizi teatrali per la durata di tre anni, sulla scorta delle seguenti motivazioni: la natura di ente senza fine di lucro della fondazione stessa; l'obbligo per il comune, ai sensi dell'art. 23 della legge n. 800 del 1967 di mettere a disposizione dell'ente lirico e/o dell'istituzione concertistica avente sede nel territorio municipale i teatri e i locali occorrenti per lo svolgimento dell'attività; l'essere il teatro Piccinni l'unica struttura teatrale compatibile con le esigenze della fondazione.

Il consorzio Coopta ha impugnato davanti al Tar Puglia la suddetta deliberazione e gli atti connessi, contestando l'affidamento diretto dell'utilizzo esclusivo del teatro comunale e della gestione del relativo servizio pubblico, senza il previo esperimento di pubblica gara.

Con la sentenza impugnata il Tar ha respinto il ricorso, sulla scorta delle motivazioni evidenziate nel provvedimento impugnato, e inoltre perché l'affidamento alla fondazione del servizio sfugge alle regole dell'evidenza pubblica in ragione della qualificazione sostanziale della fondazione, alla quale, peraltro, il diritto di uso viene concesso non in via esclusiva.

In questo grado d'appello il consorzio ribadisce che l'affidamento della gestione del teatro avrebbe dovuto procedere dall'esperimento di una gara pubblica, non potendo valere, in contrario, le tesi sostenute dalla controinteressata e dall'amministrazione, basate 1) sul disposto dell'art. 113-bis, comma 3, d.lg. n. 267 del 2000 (che, pur caducato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 272 del 2004, esprimerebbe comunque la possibilità dell'affidamento diretto dei servizi locali privi di rilevanza economica a fondazioni costituite o partecipate dall'ente locale; 2) sulla considerazione che, anche a voler riconoscere la rilevanza economica del servizio in questione, l'affidamento diretto sarebbe consentito in quanto avvenuto *in house*.

Pur non accogliendo la tesi della natura non economica dell'attività in questione, il Tar ha aderito a tale seconda tesi, ma la decisione, secondo l'appellante, è errata perché, nella materia dei beni culturali, l'art. 115 d.lg. n. 42 del 2004 (norma di settore, che come tale esclude l'applicazione della regola generale comunitaria valida per tutti i servizi pubblici di interesse locale) nella formulazione originaria consentiva lo svolgimento del servizio o in forma diretta, oppure, in forma indiretta, attraverso l'affidamento diretto a enti costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall'amministrazione locale, ovvero mediante concessione a terzi, scelti mediante procedure ad evidenza pubblica. Tale disposizione è stata però oggetto di riforma da parte dell'art. 2 comma 1 lett. h) d.lg. n. 156 del 2006, che prevede la concessione mediante procedure di evidenza pubblica quale unica forma di gestione indiretta. La possibilità dell'affidamento *in house* è quindi esclusa per il settore dei servizi culturali anche di interesse locale.

In ogni caso, anche a voler ritenere l'inapplicabilità alla fattispecie dell'art. 115 citato, e la diretta valenza dei principi comunitari generali, non sussisterebbero i presupposti per l'affidamento *in house* (controllo da parte dell'amministrazione sull'affidatario analogo a quello che spetta al socio di maggioranza di una società di capitali; impossibilità per soggetti privati di partecipare alla fondazione) anche considerando che l'art. 13 dello statuto della fondazione controinteressata stabilisce che gli organi dell'ente, di designazione pubblica, non rappresentano coloro che li hanno nominati, né rispondono ad essi, mentre l'art. 6 apre la partecipazione anche ai privati.

La sentenza erra anche, a giudizio dell'appellante, laddove ritiene che il servizio considerato sia privo di rilevanza economica (e quindi direttamente affidabile), a tanto ostando le caratteristiche dell'attività considerata, che è potenzialmente remunerativa, si svolge in regime di concorrenza e presuppone il pagamento di un biglietto d'ingresso da parte dei fruitori; laddove si richiama all'art. 23 della legge n. 800 del 1967, già ricordata, dimenticando, tra l'altro, che la stessa legge n. 310 del 2003, istitutiva della fondazione controinteressata evidenzia come l'unico diritto acquisito dalla stessa riguardi il teatro Petruzzelli, mentre sugli altri teatri la stessa fondazione ha diritto all'utilizzo non esclusivo; e, infine, laddove ritiene che l'uso accordato non sarebbe esclusivo.

L'appellante conclude per la riforma della sentenza impugnata, contrastato dall'amministrazione intimata e dalla controinteressata.

All'odierna pubblica udienza il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Il consorzio Coopta - Cooperative Teatrali Associate a r.l. propone censure avverso la sentenza che ha ritenuto la legittimità dell'affidamento diretto (ossia senza previo esperimento di gara pubblica) da parte del comune di Bari dell'utilizzo gratuito e della gestione del teatro comunale Piccinni alla fondazione lirico-sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari, per la durata di tre anni.

Il Tar della Puglia ha motivato la propria decisione sulla scorta delle seguenti argomentazioni:

- 1) il Teatro Piccinni è l'unica struttura teatrale compatibile con le esigenze della fondazione Petruzzelli;
- 2) ai sensi dell'art. 23 della legge n. 800 del 1967 il comune nel quale ha sede la fondazione è tenuto a mettere a disposizione della stessa il teatro e i locali necessari per lo svolgimento dell'attività;
- 3) l'affidamento in concessione di tale servizio sfugge alle regole dell'evidenza pubblica a motivo della qualificazione sostanziale della fondazione, che è organismo di diritto pubblico, costituita ai sensi della legge n. 310 del 2003 con capitale interamente pubblico, mantiene la natura pubblicistica, è assoggettata al controllo degli enti locali dei quali l'organo di governo è espressione;
- 4) non sussistono le condizioni dell'attività di lucro nell'azione della fondazione;
- 5) il diritto di uso concesso non è esclusivo.

**1)** Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso in primo grado, che i primi giudici hanno assorbito nel respingere nel merito il gravame, e che le parti resistenti ripropongono in questo secondo grado.

L'eccezione, basata sulla mancata impugnazione della decisione della giunta municipale del 26 gennaio 2006, richiamata nelle premesse della deliberazione impugnata, non ha fondamento.

Non è possibile, infatti, ravvisare quale sia il contenuto della suddetta decisione (e financo la natura della stessa), che

consiste nell'apposizione, a mano e senza indicazione dell'autore, di un semplice "si" alla proposta avanzata, presumibilmente dal servizio competente, che, in vista della prossima scadenza della convenzione stipulata con il consorzio Coopta, rappresentava le alternative ritenute praticabili: predisporre un nuovo capitolato per l'appalto del servizio tramite gara ad evidenza pubblica, ovvero "investire della questione la fondazione lirico-sinfonica Petruzzelli e teatri di Bari". Come è evidente, in tale atto difettano gli elementi estrinseci ed intrinseci per poterne riconoscere la natura provvedimento, con la conseguenza che nessun onere di immediata impugnazione può configurarsi a carico del consorzio ricorrente.

**II)** Nel merito, l'appello deve essere accolto.

Va innanzitutto esclusa la possibilità, per il comune di Bari, di procedere all'affidamento diretto dei servizi di cui trattasi, connessi alla concessione in uso gratuito della struttura teatrale, mediante l'applicazione delle norme speciali valevoli per le fondazioni lirico-sinfoniche in generale, e per la fondazione Petruzzelli in particolare.

I primi giudici sono pervenuti a ritenere la legittimità dell'affidamento diretto attraverso l'obbligo per l'amministrazione di mettere a disposizione il teatro comunale, in tal senso interpretando l'art. 23 della legge n. 800 del 1967: ma è evidente, come sostiene l'appellante, che tale norma è del tutto indifferente rispetto alla questione delle modalità di affidamento del servizio e della concessione in uso, che sconta l'applicazione di diversi parametri normativi la cui applicazione non necessariamente deve condurre alla identificazione del fruitore con il gestore del servizio (ma, eventualmente, il necessario contemperamento delle diverse esigenze).

A tale conclusione non sfugge la fondazione Petruzzelli, ente di diritto privato che l'art. 1 della legge costitutiva n. 310 del 2003 sottopone alle disposizioni della legge n. 800 citata e alle norme regolanti le fondazioni lirico-sinfoniche e gli enti operanti nel settore musicale.

**II)** La sentenza appellata ritiene la legittimità dell'affidamento diretto anche in considerazione dell'assenza di lucro nell'attività della fondazione in discorso.

Tale affermazione è, peraltro, non condivisibile, né sotto il profilo soggettivo, né sotto quello oggettivo.

Quanto al primo punto, non è vero che la natura giuridica della fondazione Petruzzelli escluda, per definizione, il perseguimento dello scopo di lucro. L'art. 5, secondo comma della legge n. 800 del 1967, che in tal senso disponeva per tutti gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche assimilate, va letto in connessione con il primo comma, che attribuisce a tali enti personalità di diritto pubblico. Peraltro, il d.lg. n. 367 del 1996 ha imposto la trasformazione in fondazioni di diritto privato di tutti gli enti che operano nel settore musicale, conservando la precisazione dell'assenza di lucro solo limitatamente all'attività di diffusione dell'arte musicale, ma specificando la natura commerciale ed imprenditoriale delle attività connesse alla gestione dei teatri. Il successivo d.lg. n. 134 del 1998 ribadiva la natura di diritto privato per le fondazioni liriche e non le caratterizzava più con l'assenza del fine di lucro: l'annullamento di tale decreto, disposto per eccesso di delega dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 503 del 2000 non sposta i termini della questione, tanto è vero che la fondazione Petruzzelli è stata costituita dalla legge n. 310 del 2003 come ente di diritto privato, senza ulteriori specificazioni. Ed è appena il caso di rimarcare che il senso della natura di diritto privato attribuito agli enti in esame, e l'entrata dei privati nelle fondazioni (di cui si dirà) riposa, tra l'altro, sul modo di perseguimento dei propri scopi, che non esclude, anzi presuppone, il fine di lucro.

Quanto al profilo oggettivo, va innanzitutto osservato che, anche a voler ammettere l'assenza di tale scopo nella definizione del soggetto considerato, non necessariamente l'attività da questo svolta deve essere della stessa natura: in altre parole, l'attività di un ente che non ha fini lucrativi ben può essere resa mediante compenso (perché, ad esempio, gli introiti possono non essere incamerati, ma devoluti a soggetti diversi). Quello che rileva, ai fini che ne occupano, non è allora la natura dell'ente considerato, ma la definizione dell'attività dallo stesso svolta, e sotto questo profilo non è dubbio che i servizi resi dalla fondazione nella gestione del teatro Piccinni prevedano un compenso e l'attività non sia definibile, quindi, come priva di scopo di lucro.

In tal senso depone, tra l'altro, quanto prevede l'art. 11 della convenzione stipulata in data 7 luglio 2006, in esecuzione della deliberazione impugnata in primo grado, tra l'amministrazione municipale e la fondazione Petruzzelli, nel senso dell'obbligo di corresponsione a quest'ultima di un compenso per l'utilizzo della struttura comunale da parte di terzi o dell'assessorato alle culture del comune; nonché l'art. 2 comma 3 dello statuto della fondazione, che specifica che la stessa "opera secondo criteri di imprenditorialità e nel rispetto delle condizioni di equilibrio patrimoniale economico e finanziario della gestione", criteri e condizioni all'evidenza incompatibili con il preteso carattere gratuito dell'attività connessa all'utilizzazione del teatro.

**III)** A prescindere dall'intervenuta modificazione ad opera dell'art. 2, comma 1 lett. hh) del d.lg. n. 156 del 2006, neppure l'art. 115 del d.lg. n. 42 del 2004 vale a legittimare l'affidamento diretto del servizio alla fondazione. Sia nella formulazione originaria, che configura una specifica forma di affidamento *in house*, sia in quella modificata, la norma si riferisce infatti esclusivamente alle attività di valorizzazione dei beni culturali, e non riguarda tutte le possibili attività relative a tali beni, con la conseguenza che la natura eccezionale di tali affidamenti non consente comunque una estensione analogica della norma ad attività diverse da quella specificamente prevista (Consiglio Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514).

**IV)** Se quindi non è dato riscontrare nella normativa di settore attinente alla natura giuridica e/o all'attività delle fondazioni lirico-sinfoniche, e neppure a quella specifica della fondazione Petruzzelli, alcun principio che consenta l'affidamento diretto della gestione del teatro e dei servizi connessi, occorre indagare se un tale modulo è praticabile attraverso i parametri normativi che presiedono il generico settore dell'affidamento dei pubblici servizi.

Si è già detto come vada escluso che quello in discorso sia definibile come servizio privo di rilevanza economica; al contrario, attraverso la gestione del servizio è statutariamente previsto che la fondazione persegua l'obiettivo imprenditoriale, come si è visto: non può dunque trovare applicazione l'art. 113-bis del d.lg. n. 267 del 2000, del quale il Tar pare fare applicazione, e che consente l'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero a fondazioni

costituite o partecipate dall'ente locale.

Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica dispone invece l'art. 113 del medesimo decreto legislativo, nel testo modificato dal d.l. n. 269 del 2003, conv. nella legge n. 326 del 2003, che consente, "nel rispetto della normativa dell'Unione Europea", il conferimento della titolarità del servizio a società a capitale interamente pubblico: è a questa norma che occorre far riferimento, ed anch'essa è stata implicitamente applicata dal Tar al caso di specie

L'affidamento diretto del servizio da parte dell'ente pubblico, peraltro, sconta l'esistenza di ben determinate condizioni, in parte specificate dallo stesso art. 113, in parte di derivazione comunitaria, che sono state oggetto di elaborazione anche da parte di questo Consiglio di Stato. In particolare, con il parere della seconda Sezione n. 456 del 18 aprile 2007 e con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 3 marzo 2008, sono state precisate le condizioni alle quali è subordinata la legittimità dell'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società a partecipazione pubblica.

A tale proposito, premesso che il principio per cui la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione deve essere comunque ispirata a criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare in ogni caso la concorrenza tra i soggetti interessati (C. giust. CE, 7 dicembre 2000) ha una portata generale e può adattarsi a ogni fattispecie estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934), è stato chiarito che la società in house deve agire come un vero e proprio organo dell'amministrazione "dal punto di vista sostantivo" (in ragione del controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi dall'amministrazione aggiudicatrice e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house in favore dell'amministrazione stessa), e che solo a tali condizioni può essere affidataria diretta del servizio pubblico. Inoltre, la Corte di Giustizia ha posto quale condizione della legittimità dell'affidamento diretto, tra l'altro, la mancanza di soci privati nella compagine societaria (da ultimo, Corte giustizia CE, grande sezione, 08 aprile 2008, n. 337).

Nella specie, è sufficiente rilevare come l'art. 13 dello statuto della fondazione Petruzzelli stabilisce espressamente che il presidente, e il consiglio d'amministrazione (organi decisionali dell'ente e di designazione pubblica: il presidente è il sindaco di Bari) non rispondono a coloro che li hanno designati, e non li rappresentano, per escludere la sussistenza della condizione dell'immediato controllo da parte dell'ente pubblico sull'attività e le decisioni della fondazione, tale da poter configurare quest'ultima quale organo dell'amministrazione e, quindi, da legittimare l'affidamento *in house*. Inoltre, sono la stessa legge istitutiva delle fondazioni lirico-sinfoniche (d.lg. n. 367 del 1996) e quella specifica per la fondazione Petruzzelli che prevedono ed anzi impongono "in ogni caso" la partecipazione di soggetti privati, con conseguente inconfigurabilità, anche per tale via, dei presupposti per tale particolare modulo operativo.

**V)** In conclusione, le censure svolte con l'appello sono fondate e la sentenza impugnata merita la richiesta riforma, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

La complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione delle spese di lite anche per questo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello e, in riforma della sentenza impugnata, annulla il provvedimento oggetto del ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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