

Sent. n. 987

depositata in data

17 dicembre 2003

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sui seguenti ricorsi riuniti:

1) ricorso n. 459/2003, proposto da Angelo Russello s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Sanino e Mariantonietta Perri, con domicilio eletto presso l'avv. Piero Freddio in Perugia, via dei Filosofi, 14;

2) ricorso n. 496/2003, proposto da PRESIMP s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mariantonietta Perri, Mario Rosati e Tommaso Di Nitto, con domicilio eletto presso l'avv. Piero Freddio in Perugia, via dei Filosofi, 14;

3) ricorso n. 500/2003, proposto da Immobiliare CON.FA.RO. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Rampini, Arturo Cancrini ed Enrico Vitali, con domicilio eletto presso il primo in Perugia, viale Indipendenza, 49

contro

Comune di Terni, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso (in ciascuno dei tre giudizi riuniti) dall'avv. Alessandro Alessandro con domicilio eletto in Perugia, piazza Italia, 11 (Avvocatura provinciale)

e nei confronti di

Ternana Calcio s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso (in ciascuno dei tre giudizi riuniti) dall'avv. Stefano Neri e dall'avv. Giovanni Ranalli, con domicilio eletto presso l'avv. Antonio Coaccioli in Perugia, via Vincioli, 3

con l'intervento *ad opponendum* (in ciascuno dei tre giudizi riuniti)

di 1) Polisportiva Campitello con sede in Terni; 2) Associazione Polisportiva "Libertas Tacito" Terni, con sede in Terni; 3) Gruppo sportivo "Amatori Podistica Terni", con sede in Terni; 4) F.I.A.S.P. - Federazione Italiana Amatori Sport Popolari, comitato di Terni; 5) E.N.D.A.S. Terni - Ente nazionale democratico di Azione sociale, con sede in Terni, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, tutti rappresentati e difesi dagli avv.ti Benedetto Giovanni Carbone e Lietta Calzoni, con domicilio eletto presso la seconda in Perugia, via Bonazzi,

per l'annullamento

della delibera del consiglio comunale di Terni 21 luglio 2003, n. 118, con la quale è stata decisa la costituzione di una società di trasformazione urbana denominata "Terni Città dello Sport s.p.a." con in veste di socio pubblico il Comune di Terni e di socio privato la s.p.a. Ternana Calcio; e della presupposta delibera della giunta comunale di Terni 7 luglio 2003, n. 310, con la quale l'organo collegiale si è espresso favorevolmente sulla proposta della s.p.a. Ternana Calcio, inoltrandola al consiglio comunale;

nonché

limitatamente al ricorso CON.FA.RO. e in subordine, per la condanna delle parti resistenti al risarcimento del danno.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio, nei tre giudizi, del Comune di Terni e quelli, pure nei tre giudizi, della Ternana Calcio s.p.a.;

Visti gli atti d'intervento *ad opponendum* dei soggetti sopra indicati;

Viste le memorie difensive e gli atti tutti del giudizio;

Udita, alla camera di consiglio del 3 dicembre 2003, in sede cautelare, la relazione del Presidente Lignani e udite le parti come da verbale;

Ritenuto, in mancanza di motivata opposizione delle parti, di poter procedere alla definizione immediata del giudizio, ai sensi dell'art. 26 della legge n. 1034/71, come modificata dalla legge n. 205/2000;

Ritenuta l'opportunità di riunire i tre ricorsi per i molteplici e rilevanti profili di connessione;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con delibera n. 118 del 21-22 luglio 2003, il consiglio comunale di Terni ha approvato il "progetto Terni Città dello Sport", e più precisamente ha approvato la proposta della "Ternana Calcio s.p.a." «per la creazione di una società di trasformazione urbana (S.T.U.) denominata "Terni Città dello Sport s.p.a."».

La delibera consiliare recepisce il contenuto della delibera della giunta comunale n. 310 del 3 luglio 2003; a quest'ultima sono allegati vari atti fra i quali conviene ricordare, in particolare, gli schemi dell'atto costitutivo e dello statuto della S.T.U. denominata "Terni Città dello Sport s.p.a."; lo schema di un accordo relativo ai c.d. patti parasociali fra i due azionisti; lo schema della convenzione da stipulare fra il Comune di Terni e la "Terni Città dello Sport s.p.a." una volta costituita quest'ultima. Vi sono altresì un "piano economico-finanziario" e due relazioni illustrative, redatte da "Skill & Trust Consulting s.r.l." per conto della "Ternana Calcio s.p.a.".

Peraltro, non solo le due relazioni citate da ultimo, ma tutti gli altri atti allegati alla delibera di giunta n. 310 provengono (a quanto pare) dalla Ternana Calcio s.p.a. e costituiscono, nel loro insieme, l'articolata proposta di creazione della società di trasformazione urbana, accettata dal Comune.

2. Le due delibere sopra citate (n. 118 del consiglio e n. 310 della giunta) sono impugnate, con distinti ricorsi, rispettivamente dalla Angelo Russello s.p.a., dalla Presimp s.r.l. e dalla Immobiliare CON.FA.RO. s.r.l.. Tutte le ricorrenti chiedono l'annullamento dei provvedimenti; la terza ricorrente propone inoltre una domanda subordinata di risarcimento dei danni.

A parte alcune prospettazioni aggiuntive e marginali (delle quali il Collegio si riserva di occuparsi in seguito, se ed in quanto risultino rilevanti), i ricorsi sono essenzialmente basati su un'argomentazione unitaria che è la seguente: la costituenda "Terni Città dello Sport s.p.a." corrisponde nella sostanza allo schema della "società di trasformazione urbana" di cui all'art. 120 del testo unico enti locali (d.P.R. n. 267/2000) e così è formalmente qualificata anche negli atti impugnati, i quali fanno espresso riferimento all'art. 120; peraltro, l'art. 120, comma 1, secondo periodo, dispone che «le deliberazioni [preordinate alla costituzione di una s.t.u.] dovranno in ogni caso prevedere che gli azionisti privati delle società per azioni siano scelti tramite procedura di evidenza pubblica»; nella specie, non è stata seguita alcuna procedura di evidenza pubblica, ma vi è stata una trattativa privata, *rectius* il Comune ha puramente e semplicemente aderito all'articolata proposta del futuro socio privato della costituenda s.t.u..

Donde, secondo le ricorrenti, l'illegittimità delle delibere comunali, per violazione del tassativo disposto dell'art. 120, e, comunque, dei principi (di fonte legislativa nazionale e comunitaria) concernenti la scelta del contraente in materia di contratti della p.a., sia in generale, sia con particolare riferimento alla costituzione di società miste ancorché non rientranti nello schema della società di trasformazione urbana propriamente detta.

3. Si sono costituiti, in ciascuno dei tre giudizi, il Comune di Terni e la Ternana Calcio s.p.a..

Le parti resistenti eccepiscono preliminarmente l'inammissibilità dei tre ricorsi per difetto di legittimazione e d'interesse delle società ricorrenti. In secondo luogo contestano argomentatamente la fondatezza delle domande avversarie.

Hanno spiegato intervento *ad opponendum*, in ciascuno dei tre giudizi, le associazioni sportive dilettantistiche indicate in epigrafe. Anche le parti intervenute sostengono l'inammissibilità e l'infondatezza dei tre ricorsi.

4. In occasione dell'esame delle domande cautelari in camera di consiglio, tutte le parti hanno chiesto la riunione dei tre ricorsi e la decisione immediata della controversia; ed il Collegio ritiene di poter procedere in tal senso.

5. Prima di passare all'esame delle questioni giuridiche, sia preliminari che di merito, si ritiene opportuno puntualizzare sommariamente i più rilevanti aspetti degli accordi stabiliti fra il Comune di Terni e la Ternana Calcio s.p.a..

5.1. Secondo lo schema di statuto (allegato alla delibera n. 310 della giunta regionale) l'istituenda società "Terni Città dello Sport s.p.a." si qualifica come appartenente alla figura delle società di trasformazione urbana disciplinate dall'art. 120 t.u.e.l., caratterizzate dal fatto di essere costituite dai comuni «per progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti».

L'oggetto sociale è così descritto: «a) la riqualificazione delle zone limitrofe allo stadio "Libero Liberati" per dotarle di strutture sportive e complementari, per rigenerare quelle esistenti, attraverso l'organizzazione della progettazione e della realizzazione di interventi urbanistici ed edilizi in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti; b) l'acquisizione di immobili interessati dall'intervento, la trasformazione, la gestione e la commercializzazione degli stessi; c) la promozione dell'attività sportiva in genere quale pratica non violenta di valore sociale; d) la sensibilizzazione all'esterno sulle relative tematiche; e) la creazione delle condizioni atte a favorire l'implementazione delle attività collegate con la pratica sportiva del territorio del Comune di Terni; f) lo svolgimento di ogni attività di qualsiasi natura ritenuta necessaria e/o opportuna per il conseguimento dello scopo sociale».

5.2. Inizialmente la partecipazione dei due soci è rappresentata dal conferimento alla nuova società del diritto di superficie, per 99 anni, sulle aree oggetto degli interventi di riqualificazione trasformazione; e più precisamente, da parte del Comune le aree di sua proprietà circostanti lo stadio "Libero Liberati" (il quale stadio sarà a sua volta concesso in gestione alla Ternana Calcio s.p.a., con separati atti); da parte della Ternana, altre aree delle quali s'impegna a cedere al Comune la nuda proprietà dopo averne conferito il diritto di superficie alla s.t.u..

Va precisato che il compendio conferito dal Comune ha una estensione di circa mq. 120.000, quello conferito dalla Ternana di circa mq. 46.000. Di conseguenza è previsto che la titolarità del capitale sociale si ripartisca fra i due soci in ragione del valore economico dei rispettivi conferimenti, ma la partecipazione (iniziale) del Comune non sarà comunque inferiore al 60%.

Va precisato, inoltre, che al momento dell'adozione delle delibere impugnate (con le quali si è sostanzialmente realizzato l'accordo fra le due parti) la Ternana Calcio s.p.a. non aveva ancora la proprietà delle aree che avrebbe dovuto conferire, ma aveva sulle stesse solo un diritto contrattuale di opzione, e s'impegnava con il Comune a perfezionarne l'acquisto una volta raggiunto l'accordo sulla costituzione della s.t.u..

5.3. I patti parasociali, il cui schema è stato approvato dalle delibere impugnate unitamente agli altri elementi dell'accordo, descrivono sinteticamente gli obiettivi perseguiti dal Comune: «ristrutturare lo stadio "Liberati"; ristrutturare e ampliare le piscine comunali situate in prossimità dello stadio; riqualificare la vasta area di proprietà comunale prospiciente lo stadio, con opere di urbanizzazione primaria, di valorizzazione delle sponde del fiume Nera e con la realizzazione di nuove strutture sportive e complementari; realizzare quanto sopra senza investire denaro pubblico ma concedendo l'uso dello stadio per un lungo lasso di tempo e cedendo in diritto di superficie l'area di sua proprietà».

I patti parasociali prevedono inoltre quanto segue:

a) la società Ternana Calcio s.p.a. si impegna a non cedere la propria partecipazione se non, eventualmente, ad una società da essa controllata che subentrerà in tutte le obbligazioni, comprese quelle previste dai medesimi patti parasociali;

b) «il Comune di Terni e la Ternana Calcio s.p.a., unici soci della s.t.u., concordano che tutti i lavori di ristrutturazione e la realizzazione di tutte le opere relative alle aree conferite saranno affidate [dalla s.t.u.] in gestione tramite una o più convenzioni alla Ternana Calcio s.p.a. la quale gestirà l'affidamento con criteri privatistici, fornendo altresì le risorse finanziarie necessarie; nel caso in cui, invece, vi sia spesa di denaro pubblico, si seguiranno le procedure selettive per la scelta del contraente previste dalla normativa vigente»;

c) il capitale sociale della s.t.u. sarà progressivamente aumentato con l'intestazione delle nuove azioni unicamente alla Ternana Calcio s.p.a., in quanto il Comune rinuncia al diritto di prelazione in favore dell'altro socio; la Ternana Calcio s.p.a. sottoscriverà l'intero aumento di capitale, liberandolo con compensazione delle somme da essa anticipate per la realizzazione delle opere, sino al completamento di queste ultime;

d) «il Comune di Terni dichiara e riconosce, nelle attività progettuali ed attuative della s.t.u. finanziate interamente dal socio privato - dalle quali non discende spendita di denaro pubblico - l'autonomia della Ternana Calcio nelle relative scelte, fermo restando il ruolo di indirizzo proprio dell'ente pubblico nell'esercizio delle [sole] funzioni e delle [sole] competenze ad esso attribuite dalla legge e dai regolamenti [vale a dire rinunciando ai poteri che eventualmente gli spetterebbero *uti privatus* in quanto azionista della s.t.u. e nudo proprietario degli immobili]»;

e) realizzati i programmi di ristrutturazione e trasformazione, s'intenderà che la s.t.u. abbia esaurito il suo oggetto sociale, e tutto quanto realizzato sarà alienato, ad eccezione delle opere di infrastrutturazione primaria (dopo di che, sembra doversi intendere, la società sarà liquidata).

5.4. Infine, la bozza della convenzione da stipulare fra il Comune e la s.t.u. una volta costituita, prevede in dettaglio le opere che dovranno essere realizzate, la spesa preventivata, e le modalità di utilizzo.

6. Tanto premesso, pare al Collegio indiscutibile che la istituenda società "Terni Città dello Sport s.p.a." sia inquadrabile nel *genus* delle società c.d. miste, ossia a partecipazione mista pubblica e privata senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria, di cui all'art. 116 primo comma t.u.e.l. (l'intitolazione dell'art. 116, «società per azioni con partecipazione *minoritaria* degli enti locali», sembra imprecisa, in quanto la disposizione concerne in realtà tutte le società nelle quali non sussista un vincolo che riservi la partecipazione maggioritaria all'ente pubblico), e nella *species* delle società di trasformazione urbana di cui all'art. 120 dello stesso. t.u..

Per vero, le parti intervenute *ad opponendum* negano che si tratti di una società di trasformazione urbana. Pare al Collegio, tuttavia, che gli intervenuti non abbiano titolo per dare al rapporto societario e contrattuale - al quale sono del tutto estranei - una qualificazione diversa da quella che consapevolmente ed esplicitamente ne hanno dato le parti dell'accordo, e cioè il Comune e la Ternana Calcio s.p.a..

In ogni caso, il Collegio ritiene che la qualificazione giuridica di "società di trasformazione urbana", scelta dai soggetti del rapporto, corrisponda effettivamente alla natura della società di cui ora si discute. L'oggetto sociale rientra ampiamente nella previsione dell'art. 120, anche perché quest'ultimo appare formulato in termini assai generici ed elastici. Né d'altra parte vi sarebbe ragione di sostenere una interpretazione rigorosamente restrittiva dell'art. 120. Quest'ultimo, infatti, non appare dettato allo scopo di rendere possibile e legittima la costituzione di società che, altrimenti, non sarebbero state consentite: in mancanza di una previsione apposita le s.t.u. si sarebbero comunque potute costituire in base alla più generale previsione dell'art. 116. E' quindi ragionevole ritenere che il legislatore, dettando l'art. 120, abbia voluto enucleare dal *genus* delle società c.d. miste la *species* delle s.t.u., semplicemente al fine di introdurre per queste ultime disposizioni di dettaglio.

Ma, per quanto qui interessa, non appare gran che rilevante stabilire se la "Ternana Città dello Sport s.p.a." sia una s.t.u. a pieno titolo, o al contrario sia solo una "normale" società mista. Ed invero, quanto al problema della individuazione del socio privato, non vi è differenza, perché se per le s.t.u. l'art. 120 dispone che «le deliberazioni [rivolte alla loro istituzione] dovranno in ogni caso prevedere che gli azionisti privati delle società per azioni siano scelti tramite procedura di evidenza pubblica», l'art. 116, per la generalità delle società c.d. miste, dispone che «gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica» - in entrambi i casi senza contemplare eccezioni alla regola, almeno in modo esplicito

7. Si può ora passare all'esame dell'eccezione preliminare relativa al difetto di legittimazione attiva (e/o d'interesse a ricorrere) delle società ricorrenti.

Queste ultime sostengono di essere legittimate ed interessate in quanto "operatori del settore", richiamandosi ad un principio di massima secondo il quale la legittimazione ad impugnare gli atti preordinati alla stipulazione di contratti a trattativa privata, laddove sarebbe necessaria una procedura di evidenza pubblica, va tendenzialmente riconosciuta a tutti gli "operatori del settore", in quanto potenzialmente interessati a partecipare ad una eventuale gara.

Le parti resistenti ed intervenute contestano tale prospettazione.

Si possono così individuare due distinte questioni, l'una di massima, l'altra di specie:

a) se in controversie del genere sia sufficiente a conferire la legittimazione attiva la qualità di "operatore del settore", senza ulteriori specificazioni o qualificazioni;

b) se, supposto che sia sufficiente, le attuali ricorrenti siano "operatori del settore".

7.1. Da molto tempo la giurisprudenza si è posta il problema d'individuare i soggetti legittimati ad impugnare la decisione di procedere a una trattativa privata, in quanto interessati a partecipare ad una eventuale gara pubblica.

Ed invero, se si parte dal presupposto che legittimati ad impugnare gli atti di una qualsivoglia procedura sono solo i soggetti che a quella procedura hanno parte, o che sono i diretti destinatari del provvedimento conclusivo, si giunge alla paradossale conclusione che nessuno è legittimato ad impugnare la decisione di procedere a trattativa privata.

Tale conclusione peraltro è logicamente inaccettabile: se la lesione lamentata consiste nell'esclusione dalla procedura, è aberrante, dal punto di vista logico, assumere proprio l'esclusione dalla procedura come causa del difetto di legittimazione. Ciò equivarrebbe ad affermare che l'aspettativa a partecipare ad una

gara pubblica, avendone i requisiti, non ha tutela giuridica; e questo non sembra condivisibile.

Ugualmente inaccettabile, dal punto di vista logico, è anche la tesi (sostenuta anche dalle parti resistenti nel presente giudizio) che vorrebbe restringere la legittimazione a chi abbia previamente manifestato il proprio interesse ed intendimento di partecipare ad una eventuale gara. Se la lesione lamentata consiste nel non aver avuto la possibilità di presentare la domanda di partecipazione alla gara, in quanto questa non è stata bandita, è illogico trarre argomento dalla mancata presentazione della domanda per desumerne che quel soggetto non è interessato e dunque non è legittimato. La tesi prospettata in sede di discussione orale, secondo la quale i mezzi d'informazione *locali* avevano dato notizia delle trattative in corso fra il Comune di Terni e la Ternana Calcio s.p.a., e di conseguenza chi era interessato a presentare offerte alternative aveva la possibilità di farlo, non merita di essere presa in considerazione perché - a tacer d'altro - non si tratta di forme di pubblicità legale.

In linea di principio, si deve aderire all'orientamento giurisprudenziale di cui è saliente espressione la decisione 22 marzo 1995, n. 454, della V Sezione del Consiglio di Stato; l'orientamento, cioè, secondo il quale le più recenti disposizioni che prescrivono (come nel caso in esame) le procedure di evidenza pubblica non tutelano (solo) l'interesse dell'amministrazione appaltante a conseguire, attraverso la gara, le condizioni più favorevoli possibile, ma (anche) l'interesse della collettività degli operatori ed imprenditori del settore a concorrere all'affidamento del contratto. La decisione 12 settembre 2002, n. 4768, della stessa Sezione (in diversa composizione) afferma invece che tali disposizioni tutelano, in sé, solo l'interesse della p.a., la quale dunque potrebbe apprezzare discrezionalmente tale proprio interesse, e stimare più opportuno il ricorso alla trattativa privata, senza che gli operatori del settore, in quanto tali, abbiano titolo a dolersene.

Questo Collegio ritiene non condivisibile la massima da ultimo citata (aderendo, invece, come già detto, al più rigoroso orientamento rappresentato dalla decisione n. 454/1995) in quanto l'interpretazione che essa dà della *ratio legis* appare legata ancora ai principi ispiratori delle norme in materia di contabilità dello stato (decreto legislativo delegato del 1923 e regolamento del 1924) laddove la legislazione più recente è ispirata piuttosto ai principi dell'ordinamento comunitario in materia di tutela della concorrenza e del mercato.

In altre parole, nel sistema del 1923 l'evidenza pubblica costituiva un dovere che la p.a. aveva essenzialmente verso se stessa; era possibile che un privato agisse per chiederne il rispetto, ma la protezione del suo interesse era solo indiretta ("interesse occasionalmente protetto"); in quel sistema era comprensibile che l'individuazione dei soggetti abilitati a ricorrere fosse ispirata a criteri assai restrittivi.

Nella legislazione attuale, invece, l'evidenza pubblica costituisce un dovere che la p.a. ha non solo e non tanto verso se stessa, quanto verso il mercato, inteso come l'insieme degli operatori di un determinato settore imprenditoriale, in ambito non

solo nazionale ma comunitario. La concorrenza, in questo contesto, ha un valore in sé. Basti pensare alla normativa comunitaria che reprime gli "aiuti di Stato", ed all'applicazione sempre più severa che ne viene data.

L'interesse dell'operatore a partecipare alla gara - e dunque a che una gara vi sia se la legge lo prescrive - è tutelato direttamente (e non "occasionalmente") dall'ordinamento. Trattasi, beninteso, di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, ma la posizione giuridica è tutelata *ex se*, e non di riflesso all'interesse della p.a. ad ottenere, mediante la gara, condizioni contrattuali più vantaggiose.

Ne consegue, ad avviso di questo Collegio, che la legittimazione a ricorrere va riconosciuta a tutti gli operatori del settore, in quanto tali; o, se si vuole, in quanto titolari di un interesse "diffuso" al rispetto delle regole che tutelano la concorrenza ed il mercato.

Un così ampio riconoscimento della legittimazione non danneggia l'ente pubblico: non si vede, infatti, quale pregiudizio esso subisca assoggettandosi alla procedura di evidenza pubblica quante volte questa sia prescritta per legge. Se l'offerta di quell'operatore cui la p.a. si rivolgerebbe mediante la trattativa privata è oggettivamente la più vantaggiosa, sarà riconosciuta per tale anche in sede di gara. Se invece la gara farà emergere offerte ancora più vantaggiose, sarà questa la riprova che la scelta della trattativa privata sarebbe stata mal apposta.

7.2. Altra questione è se le società attuali ricorrenti abbiano la qualità di "operatori del settore".

In proposito, le parti resistenti ed intervenute mettono in evidenza che nessuna forma di concorrenza sarebbe concepibile fra la Ternana Calcio s.p.a. e le ricorrenti, troppo diverso essendo l'oggetto sociale dell'una e delle altre.

Il Collegio osserva che su tale diversità si può convenire.

La Ternana Calcio s.p.a. rientra fra le società disciplinate dall'art. 10 della legge 23 marzo 1981, n. 91, mod. con d.l. 20 settembre 1996, n. 485, le quali agiscono con criteri e strumenti imprenditoriali nel settore che la stessa legge chiama, con un evidente ossimoro, sport professionistico - e che dall'art. 10, secondo comma mod., sono vincolate a svolgere esclusivamente l'attività sportiva e quelle connesse e strumentali. Le ricorrenti si qualificano invece come imprese operanti nel settore delle costruzioni (Russello e PRESIMP; quest'ultima ha prodotto anche un certificato SOA concernente le sue qualificazioni per varie categorie di opere edilizie, infrastrutturali ed impiantistiche generali e speciali) o nel settore immobiliare (CON.FA.RO.).

Detto questo, però, è inevitabile rilevare che se vi è un problema di attinenza fra l'oggetto sociale dell'aspirante socio e la figura tipica della società di trasformazione urbana, questo riguarda piuttosto la Ternana Calcio s.p.a. che le sue controparti.

Il Collegio non vuole ora affrontare la questione se l'art. 10, secondo comma mod., della legge n. 91/1981 consenta o meno alle società "sportive" di assumere il ruolo di socio promotore e (in prospettiva) maggioritario di una società di trasformazione urbana. Ci si limita a prendere atto che il Comune di Terni, la Ternana Calcio s.p.a. e, per quanto possa rilevare, le parti intervenute mostrano di ritenere scontata la soluzione affermativa. Dunque nell'ottica delle parti resistenti ed intervenute la qualità di socio promotore ed egemone di una s.t.u. non presuppone una particolare vocazione specialistica, ma solo una qualche forma di interesse alle attività che saranno svolte in concreto dalla istituenda s.t.u. (nella specie, la Ternana Calcio s.p.a. può dirsi interessata alla s.t.u. quale futura utente o concessionaria di taluno degli impianti sportivi che dalla s.t.u. saranno realizzati - peraltro non di tutti gli impianti sportivi, meno ancora delle strutture di altro genere, come parcheggi, esercizi commerciali, etc., dei quali infatti è prevista l'alienazione a lavori ultimati). Ma se questo è vero, tanto da ritenere legittimata alla costituzione di una s.t.u. una società calcistica, si direbbe che non lo siano di meno società che operano nel settore immobiliare e delle costruzioni.

Si può quindi concludere, sul punto, nel senso che vanno riconosciuti alle ricorrenti la legittimazione e l'interesse a ricorrere.

8. Passando ora al merito, si ricorda che, come già detto, vengono in considerazione due disposizioni del testo unico enti locali:

a) l'articolo 116, comma 1, del seguente tenore: «Gli enti locali possono, per l'esercizio di servizi pubblici (...) e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio, nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico (...) costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria (...). *Gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica*»;

b) l'articolo 120, comma 1, del seguente tenore: «Le città metropolitane e i comuni (...) possono costituire società per azioni per progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti. *A tal fine le deliberazioni dovranno in ogni caso prevedere che gli azionisti privati delle società per azioni siano scelti tramite procedura di evidenza pubblica*».

Stando al dettato di queste disposizioni, risulta manifesta l'illegittimità degli atti impugnati e, di conseguenza, la fondatezza dei tre ricorsi.

9. Resta da vedere se l'apparente tassatività delle norme («in ogni caso...») lasci margini per eventuali eccezioni; e, in caso affermativo, se nella fattispecie si rientri in una delle possibili eccezioni.

9.1. In linea di principio, le norme sulla contabilità dello Stato (usualmente considerate come fonti dei principi generali della materia) ammettono il ricorso alla

trattativa privata «qualora, per speciali ed eccezionali circostanze, che dovranno risultare nel decreto di approvazione del contratto, non possano essere utilmente seguite le forme [dell'evidenza pubblica]»: così l'art. 6 del r.d. (decreto legislativo delegato) n. 2440/1923. Peraltro, lo stesso articolo prevedeva (per le amministrazioni dello Stato) il parere obbligatorio del Consiglio di Stato quante volte l'importo del contratto superasse lire 75.000 (del 1923: nel caso di licitazione privata il valore che determinava l'obbligo del parere era pari a lire 150.000 e nel caso di pubblici incanti 300.000; tali valori sono stati portati da ultimo, e cioè nel 1994, rispettivamente a 150, 300 e 600 milioni di lire).

L'art. 41 del relativo regolamento (r.d. n. 827 del 1924) elenca una serie di ipotesi ben definite nelle quali è ammessa la trattativa privata, conservando tuttavia come ipotesi residuale quella delle «speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme [della evidenza pubblica]».

In questo contesto, peraltro, quest'ultima ipotesi residuale non può intendersi che riferita a situazioni "speciali ed eccezionali" nel senso più stretto di tali parole; e, comunque, a situazioni nelle quali sia oggettivamente certa (e dimostrata mediante apposita motivazione) l'impossibilità o inutilità di seguire le forme ordinarie.

Già la normativa del 1923-1924, dunque, escludeva che il ricorso alla trattativa privata potesse trovare giustificazione in mere valutazioni di convenienza, rimesse all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione precedente.

Ad avviso del Collegio, sarebbe sufficiente riferirsi a questa disciplina risalente per concludere che nella fattispecie non vi erano i presupposti per ricorrere alla trattativa privata. Ed invero, a tutto concedere, si potrà forse dire che se vi era una giustificazione alla scelta diretta del contraente, nella persona della Ternana Calcio s.p.a., essa si collocava sul piano dell'opportunità (o della maggiore opportunità), ma non certo che quella fosse una soluzione oggettivamente necessitata o che fosse certa *a priori* l'inesistenza di altre possibili soluzioni alternative.

9.2. Se a queste conclusioni si giunge con riferimento alla legislazione contabile del 1923, esse risultano viepiù rafforzate nel riferimento all'attuale quadro normativo.

Come si è visto sopra, il sistema si è evoluto nel senso di rendere sempre più stringente la disciplina dell'evidenza pubblica, configurandosi ormai come tutela diretta della concorrenza e del mercato.

Peraltro, l'art. 120 del t.u.e.l., con l'inciso «in ogni caso», rivela che la volontà del legislatore non era certo quella di discostarsi dal rigore della normativa generale, ma, semmai, quella di renderlo ancora più gravoso.

9.3. Le parti resistenti deducono che una eccezione alla regola dell'evidenza pubblica per l'individuazione dei soci privati delle s.t.u., è contemplata da una circolare del Ministero dei Lavori Pubblici (11 dicembre 2000, n. 622).

Secondo questa circolare, la deroga si deve ritenere implicitamente consentita nei riguardi dei soggetti proprietari delle aree interessate agli interventi della s.t.u.; in altre parole, uno dei modi praticabili per acquisire le aree alla s.t.u. sarebbe quello di associare i loro proprietari. E nella fattispecie, la Ternana Calcio s.p.a. si è presentata come proprietaria, *rectius* titolare di un diritto di opzione su aree che verranno conferite (in diritto di superficie) alla costituenda "Terni Città dello Sport s.p.a." per la loro trasformazione.

Le parti ricorrenti contestano argomentatamente la possibilità di utilizzare in tal senso la circolare.

Il Collegio osserva, innanzi tutto, che la circolare non ha, ovviamente, alcun valore normativo né *lato sensu* precettivo. Al più, essa può avere la funzione di suggerire una linea interpretativa, senza valore vincolante nei riguardi delle pubbliche amministrazioni, tanto meno del giudice.

Nel caso in esame, tuttavia, la linea interpretativa suggerita dalla circolare non sembra aver alcun fondamento nella legge, tenuto conto di tutto quanto si è detto sopra riguardo al quadro normativo complessivo, alla sua evoluzione ed alle sue implicazioni.

Si può ammettere solo che la soluzione accolta nella circolare si ispira a profili di opportunità che sarebbero forse suscettibili di una qualche considerazione ove si discutesse *de iure condendo*. Ma *de iure condito* non vi è che da prendere atto del netto disposto della legge («in ogni caso...»).

L'erroneità della circolare appare palese alla luce del decreto legislativo del 1923: come si è visto, infatti, persino in quel testo (relativamente meno stringente della normativa attuale) la legittimità del ricorso alla trattativa privata presuppone un giudizio (motivato circostanziatamente) di oggettiva impossibilità/inutilità della gara, anziché un giudizio discrezionale di maggiore/minore opportunità.

Ora, il problema di acquisire immobili ad una s.t.u. può essere sempre risolto, se necessario, mediante espropriazione per pubblica utilità (cfr. art. 120, comma 3, t.u.e.l.: «Gli immobili interessati dall'intervento di trasformazione sono individuati con delibera del consiglio comunale. L'individuazione degli immobili equivale a dichiarazione di pubblica utilità...»). Quella possibile forma alternativa di acquisizione, che consisterebbe nello scambiare le aree con azioni della s.t.u., potrebbe risultare, in determinate circostanze, più comoda, mai indispensabile. Il ricorso a questa formula sarebbe cioè (forse) giustificabile sul piano dell'opportunità, e non imposto in termini di necessità. Su queste basi non si può costruire, *praeter legem* o anzi *contra legem*, una deroga all'obbligo dell'evidenza pubblica.

9.4. Peraltro, come dedotto dalle ricorrenti, nel caso di specie non si rientra neppure nella previsione della circolare.

Infatti, quando la Ternana Calcio s.p.a. ha avanzato la sua proposta, e questa è stata accettata dal Comune con i provvedimenti impugnati, essa non era proprietaria dei terreni che intendeva conferire alla s.t.u., ma aveva solo un diritto di opzione, che si riservava di esercitare nel caso che le trattative con il Comune andassero a buon fine.

Ora, dato e non concesso che sia ammissibile una deroga *contra legem* quale quella ipotizzata dalla circolare, la sua sfera di applicazione non potrebbe comunque venire estesa sino a questo punto. Ciò equivarrebbe infatti a consentire a chicchessia di precostituire artatamente - senza neanche acquistare le aree ma solamente opzionandole - i presupposti per eludere le procedure di evidenza pubblica.

E si può anche tacere del fatto che nel caso concreto le aree opzionate dalla Ternana Calcio non sono direttamente contigue a quelle di proprietà comunale. Esse non hanno, cioè, una rilevanza "strategica" ai fini dell'intervento di trasformazione; allo stesso scopo potrebbero essere adibite anche altre aree circostanti lo stadio e libere da edificazione per una estensione non inferiore a quella dei terreni offerti dalla Ternana (questo almeno sembra potersi desumere dalle planimetrie prodotte in giudizio quali allegati alle delibere comunali).

9.5. Le parti resistenti richiamano una decisione del T.A.R. Lombardia, sezione III, 16 luglio 2001, n. 4880, con la quale è stata riconosciuta la legittimità della concessione dello stadio comunale "Giuseppe Meazza" di Milano, data a trattativa privata da quel Comune congiuntamente alle due squadre di calcio cittadine che militano in serie A.

Tale precedente però non è pertinente nella fattispecie, perché in quel caso si discuteva solo della «concessione di stadio comunale, comportante l'uso del suddetto bene patrimoniale indisponibile e l'esercizio di servizi (tra cui lo sfruttamento dell'impianto a fini pubblicitari, in occasione delle manifestazioni sportive) accessori all'uso» (così la massima riportata nei repertori).

Ora, nel caso in esame l'accordo impugnato non ha per oggetto la concessione dello stadio "Liberati" alla Ternana, disposta con atti separati sui quali non pende impugnazione, ma ha tutt'altro oggetto, che è quello della costituzione della s.t.u..

9.6. Non è fondata la tesi difensiva delle parti resistenti, secondo la quale la formula da loro adottata sarebbe comunque legittima, in quanto rispettosa del principio della concorrenzialità e dell'evidenza pubblica. Ciò sarebbe dimostrato, a loro avviso, dalla clausola dei patti parasociali che fa espressamente salvo l'impiego delle procedure di evidenza pubblica nei contratti di appalto che saranno affidati dalla s.t.u. «nel caso in cui vi sia spendita di denaro pubblico».

Il Collegio ritiene che quella clausola sia per un verso superflua e per un altro verso *inutiliter data*. E' superflua perché se vi è spendita di denaro pubblico le procedure di evidenza pubblica sono comunque imposte dall'ordinamento, senza bisogno di un previo accordo in tal senso. Ma è *inutiliter data* perché gli stessi patti parasociali escludono che gli investimenti della s.t.u. siano fatti utilizzando in tutto o in parte denaro pubblico. La partecipazione del Comune consiste e si esaurisce nel mettere a disposizione (gratuitamente) i propri immobili.

La clausola in discorso, pertanto, si riferisce ad una ipotesi non realizzabile. E ciò è tanto evidente, che lascia intendere che con essa le parti abbiano voluto, piuttosto, mettere in chiaro che quando "non" vi sia spendita di denaro pubblico (e cioè sempre), la s.t.u. "non" sarà tenuta alle forme di evidenza pubblica. La clausola dunque non ha lo scopo di imporre il rispetto del principio, ma al contrario di ribadire che la s.t.u. se ne intende affrancata.

9.7. Con un'ulteriore argomentazione le parti resistenti deducono che l'impiego della trattativa privata sarebbe legittimato, nella specie dal "principio di sussidiarietà" e più precisamente dalla c.d. "sussidiarietà orizzontale".

A questo scopo, esse richiamano il quarto comma dell'art. 118 (nuovo testo) della Costituzione, del seguente tenore: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

Il Collegio osserva che questo principio va letto ed applicato in coerenza con l'ordinamento giuridico-costituzionale inteso nella sua complessità: in particolare, esso non può essere disgiunto dagli altri principi costituzionali che regolano l'attività della pubblica amministrazione, come quelli di legalità, d'imparzialità e di "buon andamento" (art. 97). D'altra parte, non solo l'attività della pubblica amministrazione è soggetta al principio di legalità, ma lo è anche l'iniziativa privata (art.41).

In questa luce, appare chiaro che il principio di sussidiarietà "orizzontale" deve guidare le amministrazioni nell'esercizio della loro discrezionalità politico-amministrativa, e non può essere invocato per giustificare la elusione di tassative norme di legge.

10. In conclusione, i tre ricorsi riuniti vanno accolti, con annullamento degli atti impugnati.

Le spese seguiranno la soccombenza, salvo che per quanto riguarda le parti intervenute volontariamente, a carico delle quali resteranno solo le spese da esse sostenute per la propria difesa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria, definendo immediatamente il giudizio, riuniti i ricorsi li accoglie e annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Terni e la Ternana Calcio s.p.a., in solido e in parti uguali, al pagamento delle spese legali che liquida in Euro 10.000, per ciascuna delle tre parti ricorrenti, oltre agli accessori di legge ed alle spese successive che occorrono.

Ordina che la presente decisione venga eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Perugia il 3 dicembre 2003, dal Tribunale amministrativo regionale dell'Umbria, riunito in camera di consiglio nelle persone dei signori magistrati:

- 1) Avv. Pier Giorgio Lignani, Presidente, relatore
- 2) Avv. Annibale Ferrari
- 3) Dr. Carlo Luigi Cardoni

IL PRESIDENTE, est.

F.to Pier Giorgio Lignani

IL SEGRETARIO

F.to Rolando Massaccesi

R.G. 459, 496, 500/2003 * pag.