

•

Pubblicato il 03/09/2018

N. 05157/2018REG.PROV.COLL.

N. 00985/2018 REG.RIC.

N. 00988/2018 REG.RIC.

N. 02194/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 985 del 2018, proposto dal Comune di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Ruggero Meroni, Giuseppe Lepore, con domicilio eletto presso l'avvocato Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio, 15;

contro

Vanzina Corbari & C. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Tanzarella, Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso l'avvocato Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

nei confronti

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Fabbro s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Gianfranco Meazza, con domicilio eletto presso l'avvocato Massimo Colarizi in Roma, via Giovanni Antonelli, 49;

Molino 6-678 s.a.s. di Colombo Ivan & C., non costituita in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 988 del 2018, proposto dal Comune di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Ruggero Meroni, Giuseppe Lepore, con domicilio eletto presso l'avvocato Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio, 15;

contro

So.Ge.Ri.A. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Tanzarella, Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso l'avvocato Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone, 44;

nei confronti

Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

Lupita's s.r.l., Fabbro s.p.a, Molino 6-678 s.a.s. di Colombo Ivan & C., non costituite in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2194 del 2018, proposto dalla società Fabbro s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianfranco Meazza, Federica Gualtieri, con domicilio eletto presso l'avvocato Massimo Colarizi in Roma, via Giovanni Antonelli, 49;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Ruggero Meroni, Donatella Silvia, Giuseppe Lepore, con domicilio eletto presso l'avvocato Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio, 15;

nei confronti

Molino 6-678 s.a.s di Colombo Ivan e C., non costituita in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 985 del 2018:

della sentenza del T.a.r. Lombardia - Milano: Sezione IV n. 02423/2017, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 988 del 2018:

della sentenza del T.a.r. Lombardia - Milano: Sezione IV n. 02422/2017, resa tra le parti

quanto al ricorso n. 2194 del 2018:

della sentenza del T.a.r. Lombardia - Milano: Sezione IV n. 00030/2018, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Vanzina Corbari & C. s.r.l., dell'Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, di Fabbro s.p.a, di So.Ge.Ri.A. s.r.l. e del Comune di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2018 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Antonello Mandarano, Giancarlo Tanzarella e Gianfranco Meazza;

Considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il presente giudizio ha ad oggetto la vicenda del rinnovo delle concessioni di tre locali di proprietà del Comune di Milano all'interno della galleria Vittorio Emanuele II.

Si tratta in particolare delle concessioni originariamente rilasciate a favore di: Ristorante Savini s.r.l., titolare del ristorante "Savini"; So.Ge.Ri.A. s.r.l., titolare del ristorante "Gatto Rosso"; Vanzina Corbari & C. s.r.l., titolare del ristorante "Il salotto".

2. Nell'aprile 2014, approssimandosi le scadenze delle concessioni, tali società hanno presentato separate istanze di rinnovo, chiedendo una deroga al principio della gara pubblica in ragione della rilevanza storico-culturale dell'attività di ristorazione ivi esercitata.

Tali istanze sono state preliminarmente sottoposte all'esame della Giunta Comunale, che con deliberazione n. 2000 del 6 novembre 2015, aveva dettato linee di indirizzo per il rinnovo delle concessioni a favore degli interessati, rilevando la ricorrenza di motivi imperativi per derogare all'obbligo di gara, trattandosi di locali storici che hanno contribuito in modo rilevante a costruire l'identità culturale ed il prestigio della galleria (e posto che la loro scomparsa o sostituzione con altre insegne commerciali intaccherebbe sensibilmente l'immagine e l'identità storica della galleria,, compromettendone anche in parte l'attrattività turistica e culturale). Per conseguenza, veniva prevista la prosecuzione del contratto per dodici anni per i tre locali storici, con aggiornamento dei canoni.

3. Successivamente, però, l'Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC, su domanda del presidente del Consiglio comunale a seguito di esposto di un consigliere, rese il parere 8 aprile 2016, con il quale segnalò l'illegittimità della suddetta deliberazione nella parte in cui prevedeva la possibilità di rinnovare le concessioni senza gara pubblica e manifestava le ragioni per cui qui non ricorrevano i presupposti per una deroga al principio di concorrenza.

Dando seguito al parere dell'ANAC, il Comune di Milano, con provvedimento dirigenziale 13 aprile 2016, ha così disposto di non dare esecuzione alla delibera di Giunta 2000/2015 e di rifiutare, quindi, il rinnovo delle concessioni demaniali.

4. Le concessionarie hanno impugnato i provvedimenti dirigenziali davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, Questo (con le sentenze in questa sede appellate) ha accolto i ricorsi e, per l'effetto, ha annullato i provvedimenti di diniego.

5. Più nel dettaglio, quanto al ricorso di Savini s.r.l., il Tribunale amministrativo regionale, all'esito della camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare, ha definito il giudizio nel merito con sentenza in forma semplificata n. 1271/2016 (sentenza non impugnata e ormai passata in giudicato). Con riferimento, invece, ai ricorsi proposti da So.Ge.Ri.a. s.r.l. e Vanzina Corbari & C. s.r.l., il Tribunale amministrativo regionale ha inizialmente respinto l'istanza cautelare, con ordinanze n. 700/2016 e n. 703/2016.

6. In seguito a tali pronunce, il Comune di Milano ha rinnovato la concessione alla società Savini s.r.l. per il ristorante Savini (prestando acquiescenza alla sentenza n. 1271/2016); in relazione, invece, a So.Ge.Ri.a. s.r.l. e Vanzina Corbari & C. s.r.l., il dirigente amministrativo competente ha ritenuto necessario procedere alla gara pubblica per individuare il nuovo concessionario.

7. Prima di avviare la gara, però, egli ha, comunque, interpellato nuovamente la Giunta Comunale, che, con deliberazione n. 2082/2016, ha espresso nuove linee guida riguardanti soltanto So.Ge.Ri.A s.r.l. e Vanzina Corbari & C. s.r.l.. In tale deliberazione la Giunta ha preso atto del vizio di legittimità ravvisato nel parere di ANAC ed ha quindi abbandonato il proprio precedente orientamento, optando per la gara pubblica.

Tale deliberazione è stata a sua volta impugnata con motivi aggiunti dinnanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia nell'ambito dei ricorsi R.G. 1050/2016 (So.Ge.Ri.A. s.r.l.) ed R.G. 1051/2016 (Vanzina Corbari & C. s.r.l.).

8. Con determinazione dirigenziale del 29 dicembre 2016 è stato poi approvato il bando pubblico per la selezione dei nuovi concessionari dei locali, cui ha fatto seguito la determinazione dirigenziale n. 31 del 13 aprile 2017 con la quale il Comune di Milano ha approvato l'aggiudicazione provvisoria della gara per il rilascio delle nuove concessioni.

Anche questi provvedimenti sono stati impugnati mediante motivi aggiunti sia da So.Ge.Ri.A. s.r.l., sia da Vanzina Corbari & C. s.r.l..

9. Peraltro, relativamente al lotto n. 1 (concernente il locale sito in Via Tommaso Marino, 7, attualmente condotto dalla società da Vanzina Corbari & C. s.r.l. e sede del ristorante Il Salotto) il provvedimento di aggiudicazione provvisoria (a favore della prima classificata società Molino 6-678 s.a.s. di Colombo Ivan & C.) è stato impugnato anche dalla seconda classificata società Fabbro s.p.a., la quale ha dedotto che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per non avere presentato la dichiarazione sul possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

10. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha definito i tre giudizi rispettivamente con le sentenze nn. 2422 e 2423 del 2017 e n. 30 del 2018.

In particolare, con le sentenze (di identico contenuto) n. 2422 e n. 2423 del 2017 ha accolto i ricorsi proposti dalle società So. Ge.Ri.A. e Vanzina Corbari & C. e, per l'effetto, ha annullato sia i provvedimenti di diniego delle istanze di rinnovo delle concessioni, sia la delibera di indirizzo della Giunta Comunale n. 2082/2016, sia i successivi provvedimenti di gara.

Con la sentenza n. 30 del 2018 ha, conseguentemente, dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso proposto da Fabbro s.p.a. contro l'aggiudicazione provvisoria, stante la caducazione degli atti di gara determinata dalla sentenza n. 2423/2017.

11. Il Comune di Milano ha proposto separati appelli per ottenere la riforma della sentenze n. 2422 e n. 2423 del 2017 (ricorsi iscritti nel R.G. rispettivamente ai 988/2018 e n. 985/2018).

12. La società Fabbro s.p.a. ha, a sua volta, proposto appello (R.G. n. 2194/2018) per ottenere la riforma della sentenza n. 30 del 2018.

13. Si sono costituite in giudizio per resistere agli appelli la società So.Ge.Ri.A. s.r.l. e Vanzina Corbari & C. s.r.l., le quali, nei giudizi R.G. n. 985 e 988 del 2018, hanno, anche mediante appello incidentale, riproposto le censure assorbite in primo grado.

14. Alla pubblica udienza del 5 luglio 2018 i tre appelli sono stati trattenuti per la decisione.

15. Occorre, anzitutto, disporre la riunione dei tre appelli, considerata l'evidente connessione sia oggettiva che parzialmente soggettiva.

16. Gli appelli non meritano accoglimento.

17. I provvedimenti con i quali il Comune di Milano ha deciso di non rinnovare alle odierne appellate le concessioni demaniali (e ha conseguentemente indetto la gara pubblica per l'assegnazione delle stesse) risultano viziati da eccesso di potere, in particolare sotto i profili di difetto di istruttoria, carenza di motivazione e disparità di trattamento.

I provvedimenti dirigenziali di diniego si limitano, infatti, a recepire il parere ANAC, senza compiere alcuna verifica concreta sulla sussistenza, nel caso di specie, delle caratteristiche qualificanti per riconoscere il valore storico, culturale e identitario dei locali in questione.

18. Va premesso sul piano generale che il principio di evidenza pubblica è suscettibile di eccezionale deroga (come riconosce anche l'ANAC nel parere reso in merito alla vicenda oggetto del giudizio) in presenza di esigenze imperative connesse alla tutela di un interesse generale: queste figure di preminente interesse generale, di matrice comunitaria (e ora trasposte al nel nuovo Codice degli appalti pubblici del 2016) consentono, per un'esigenza stimata in sé superiore, di derogare al principio della gara perché si riferiscono ad interessi prioritari che prevalgono sulle esigenze stesse che sono a base della garanzia di concorrenza.

È pacifico (e non è contestato fra le parti del presente giudizio, né disconosciuto dal più volte richiamato parere dell'ANAC) che fra le ipotesi di deroga possa rientrare anche la salvaguardia del patrimonio culturale e in genere dell'interesse storico-culturale (cfr. per tutti il Considerando 40 e l'art. 4 della direttiva 2006/123/CE e conseguente art. 8 l. 26 marzo 2010, n. 59), nel quale per sua natura rientra il profilo storico-identitario, quand'anche su supporto commerciale: sia come valore

culturale in sé, dunque indipendentemente dalla considerazione economica; sia anche come qualificatore e attrattore turistico del contesto, e dunque come apprezzabile elemento di valorizzazione dell'immateriale economico dell'intero ambiente circostante: nel caso, dell'intera galleria Vittorio Emanuele II, essendo – a voler considerare i soli aspetti di mercato - patente il deprezzamento che si irradierebbe anche sui restanti locali a causa del venir meno di siffatti storici attrattori.

Nel caso di specie, viene in particolare in rilievo la tutela della tradizione storico-culturale di un città, la quale si realizza anche attraverso la salvaguardia e la conservazione dei c.d. locali storici, ovvero di quegli esercizi commerciali che, oltre a qualificare spesso in maniera determinante il tessuto urbano del centro cittadino, costituiscono un importante elemento di memoria e connotazione storica ed una preziosa testimonianza di tradizione e cultura.

19. In questo contesto, il provvedimento di diniego, anziché richiamare genericamente il principio (di per sé pacifico) secondo cui anche per il rilascio delle concessioni demaniali vi è l'obbligo di gara che esclude la possibilità di rinnovo diretto, avrebbe dovuto spiegare le ragioni per le quali per i due locali in questione ("Il gatto rosso" e "Il salotto") non si sono ritenute presenti quelle peculiarità che hanno, invece, consentito al Comune di Milano di rinnovare la concessione senza gara la concessioni ad altri esercizi commerciali presenti all'interno della Galleria Vittorio Emanuele II.

Che il richiamato parere ANAC non sia incondizionatamente ostativo al rinnovo delle concessioni senza gara, trova, infatti, conferma nella circostanza che, successivamente a detto parere, vi è stato da parte del Comune di Milano il rinnovo della concessione a favore della Davide Campari s.p.a. per il locale denominato "Il Camparino", nonché (sia pure sulla base della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia n. 1271 del 2017, non impugnata dal Comune, né dall'ANAC) a favore del ristorante "Savini", a sua volta riconosciuto locale storico.

In tale situazione, allora, la circostanza che nel caso dei locali gestiti dalle odierne appellate, il Comune abbia escluso la possibilità di rinnovo, senza procedere ad alcuna valutazione sulle concrete peculiarità dell'esercizio commerciale (al fine, appunto, di verificare la sussistenza dei requisiti per qualificarlo in termini di negozio avente valore storico-identitario) evidenzia la sussistenza dei già richiamati profili di eccesso di potere per difetto di motivazione, difetto di istruttoria e disparità di trattamento.

20. La portata del difetto motivazione è, peraltro, amplificata dal fatto che le impugate determinazioni dirigenziali si inseriscono in una cornice caratterizzata dalla previa adozione, da parte della Giunta del Comune di Milano, di "linee indirizzo" (cfr. la già citata deliberazione n. 2000 del 2015) favorevoli al rinnovo delle concessioni a favore dei precedenti gestori: in esse, la Giunta, riconosceva la sussistenza di motivi imperativi per derogare all'obbligo di gara, trattandosi di locali storici che hanno contribuito in modo rilevante a costruire l'identità culturale ed il prestigio della galleria, la cui scomparsa o sostituzione con altre insegne intaccherebbe sensibilmente l'immagine e l'identità storica della galleria.

Tali linee di indirizzo sono state disattese dal provvedimento dirigenziale impugnato senza alcuna specifica motivazione, né adeguato approfondimento istruttorio sulle reali caratteristiche (dal punto di vista storico e identitario) dei locali in questione. L'unica base motivazionale – certamente insufficiente – è rappresentata dal richiamato al parere reso dall'ANAC, il quale, però, ha sua volta, in realtà si è limitato a ricostruire il quadro normativo dell'evidenza pubblica e a ricordare l'eccezionalità delle ipotesi che consentono di derogare all'obbligo di gara, senza, tuttavia, compiere alcuna concreta e specifica valutazione (del resto esulante la stessa competenza

dell'ANAC, perché implicante compiti di amministrazione attiva che nella specie spettano al Comune) circa la l'effettiva sussistenza, nel caso concreto, per ciascuno dei locali interessati, di esigenze imperative di interesse generale collegate alla necessità di conservare, per ragioni storiche, culturali e identitarie, la continuità gestionale degli esercizi commerciali.

21. Sotto questo profilo, quindi, meritano conferma le sentenze appellate, che hanno annullato per difetto di motivazione e di istruttoria, il diniego di rinnovo delle concessione (e i successivi atti di indizione e svolgimento della gara per l'assegnazione delle nuovo concessioni).

22. Parimenti merita conferma, con specifico riferimento all'appello proposto da Fabbro s.p.a., la dichiarazione di improcedibilità del ricorso introduttivo volto a contestare l'esito della gara svolta dal Comune per il rilascio delle nuovo concessioni.

Per effetto dell'accoglimento (confermato in appello) dei ricorsi proposti dalle originarie concessionarie (Vanzina & Corbari s.r.l. e So.Ge.Ri.A. s.r.l.), gli atti della successiva gara vanno, per ciò solo, annullati in quanto affetti da illegittimità derivata.

Il rigetto degli appelli del Comune di Milano, determina, pertanto, anche il rigetto dell'appello proposto da Fabbro s.p.a.

23. Le spese seguono la soccombenza nei rapporti tra gli appellanti (rispettivamente Comune di Milano e società Fabbro s.p.a.) e le originarie ricorrenti e sono liquidate, per ciascun appello, in complessivi € 5.000, oltre agli accessori di legge.

Sussistono, invece, i presupposti per compensare le spese del giudizio rispetto alla altre parti processuali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, ne dispone la riunione e li respinge.

Condanna il Comune di Milano al pagamento a favore della società Vanzina Corbari & C. s.r.l. (R.G.n. 985/2018) e So.Ge.Ri.A. s.r.l. (R.G. n. 988/2018) delle spese del giudizio, che liquida, per ciascuna parte appellata, in complessivi € 5.000 (cinquemila/00), oltre agli accessori di legge.

Condanna (in relazione all'appello R.G. n. 2194/2018) la società Fabbro s.p.a. al pagamento a favore delle società Vanzina Corbari & C. s.r.l. delle spese del giudizio, che liquida in complessivi € 5.000 (cinquemila/00), oltre agli accessori di legge.

Compensa fra le altri parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Giovagnoli

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO