



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1056 del 2010, proposto da:
Associazione Culturale Accademia Saverio Mercadante Centro
Italiano di Studi e Perfezionamento Musicale, Maria Teresa Strappati,
rappresentati e difesi dall'avv. Massimo Spinozzi, con domicilio
eletto presso Avv. Massimo Spinozzi in Ancona, via San Martino, 43;

contro

Comune di Numana, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio
Miranda, con domicilio eletto presso Avv. Maurizio Miranda in
Ancona, via Palestro, 46; Comune di Numana Ufficio Affari
General;

nei confronti di

Associazione Culturale Arslive, Lucia Brandoni, non costituita.

per l'annullamento

- della Determinazione del Responsabile del Servizio Affari Generali n. 01/237 del 03.11.2010, avente ad "Oggetto: Progetto di educazione al suono e alla musica – Scuole primarie e d'infanzia Istituto comprensivo "Giovanni Paolo II" –Approvazione verbali – Conferimento incarico Assunzione impegno di spesa", a firma del Responsabile del Servizio Affari Generali Dott.ssa Stefania Tassotti;
- della Determinazione del Responsabile del Servizio Affari Generali n. 01/233 del 28.10.2010, avente ad "Oggetto: Nomina Commissione gara informale corso educazione musicale nelle scuole dell'infanzia e primarie", a firma del Responsabile del Servizio Affari Generali Dott.ssa Stefania Tassotti;
- della comunicazione nota prot. n. 11874, datata "Numana, 4 novembre 2010", avente ad "Oggetto.- gara informale affidamento corso di educazione musicale", a firma del Responsabile del Servizio Affari Generali Dott.ssa Stefania Tassotti;
- della lettera di invito nota prot. n.10853 datata "Numana, 15 ottobre 2010", avente ad "Oggetto: gara informale affidamento corso di educazione musicale", a firma del Responsabile del Servizio Affari Generali Dott.ssa Stefania Tassotti;
- della Delibera di Giunta Municipale del Comune di Numana adottata nella seduta del 07.10.2010 – non nota nel contenuto ma, semplicemente, nella sua esistenza, poiché citata nella parte narrativa della Determinazione del Responsabile del Servizio Affari Generali n. 01/233 del 28.10.2010, avente ad "Oggetto: Nomina

Commissione gara informale corso educazione musicale nelle scuole dell'infanzia e primarie", a firma del Responsabile del Servizio Affari Generali Dott.ssa Stefania Tassotti;

di ogni altro atto presupposto, conseguente e/o comunque connesso.

Nonché per l'accertamento dell'illegittimità e per il conseguente annullamento -del diniego tacito lasciato formare dal Comune di Numana in esito all'istanza ex art. 243- bis D. Lgs. n. 163/2006; nonché,ulteriormente,per il risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Numana;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2011 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con nota prot. n. 10853, datata "Numana, 15.10.2010, avente ad "Oggetto: gara informale affidamento corso di educazione musicale", l'Associazione Culturale Accademia "Saverio Mercadante", odierna ricorrente é stata invitata (unitamente all'Associazione Culturale

Arslive, odierna controinteressata) dal Comune di Numana "a partecipare alla gara informale per l'affidamento del Corso di Educazione Musicale rivolto agli alunni della Scuola dell'Infanzia e delle Scuole primarie site nel territorio di Numana. L'Associazione Culturale Accademia "Saverio Mercadante", indicando come esperta l'odierna ricorrente Maria Teresa Strappati, ha partecipato alla procedura selettiva. Successivamente, non avendo ricevuto alcuna notizia in merito, all'esito della procedura, le odierne ricorrenti, avendo appreso informalmente della mancata aggiudicazione in loro favore, hanno formulato, per mezzo del difensore, l'istanza di cui all'art. 243-bis D. lgs. n. 163/2006.

In data 9.11.2010 le ricorrenti ricevano la nota prot. n. 11874 del 4.11.2010, con la quale il Responsabile del Servizio Affari Generali comunicava che la ricorrente Associazione non era risultata aggiudicataria della gara informale per l'affidamento del Corso di Educazione Musicale rivolto agli alunni della Scuola dell'infanzia e delle Scuole Primarie site sul territorio di Numana.

Dopo altre comunicazioni intercorse tra le parti, tra cui una richiesta di autotutela redatta dall'Associazione ricorrente, la stessa, unitamente alla Prof.ssa Maria Teresa Strappati, con ricorso depositato il 14.12.2010, chiedeva l'annullamento dei provvedimenti in epigrafe, oltre il risarcimento del danno, deducendo i seguenti motivi:

a)Eccesso di potere costituito dallo sviamento del fine per i seguenti

provvedimenti: bando di Gara, determinazione del Responsabile del Servizio Affari Generali n. 01/233 del 28.10.2010 di nomina della Commissione, delibera di Giunta Municipale del Comune di Numana adottata nella seduta del 7.10.2010. Violazione dell'art. 11, comma 4, D. Lgs. N. 163/2006.

Il Bando di Gara avrebbe sbilanciato a favore del progetto, piuttosto che a favore del curriculum dei candidati, il meccanismo di valutazione e di attribuzione dei progetti, prevedendo 20 punti per il progetto e 10 per il curriculum.

b) Violazione del principio di libertà dell'iniziativa economica nonché del principio di libera concorrenza in mercato aperto. Violazione del principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per erroneità nell'attribuzione dei punteggi all'Associazione Culturale Accademia "Saverio Mercadante", con riferimento alla voce esperienza per gestione di corsi di educazione musicale scuole infanzia e/o primarie. Eccesso di potere per disparità di trattamento; Violazione di legge sub specie di violazione dell'art. 97, comma 1, Cost. Violazione del principio di rotazione nell'aggiudicazione degli appalti sotto soglia comunitaria.

Le esperienze sarebbero state mal valutate, in particolare privilegiando in maniera sproporzionata le esperienze sul territorio, a vantaggio della controinteressata. Inoltre, da tempo la controinteressata insegnerebbe nelle scuole di Numana, in violazione del principio di rotazione degli incarichi di matrice comunitaria.

Si è costituito il Comune di Numana, resistendo al ricorso.

Con ordinanza n. 144 del 20.2.2011, il Tribunale respingeva la sospensiva e ordinava l'acquisizione di elementi istruttori relativamente all'abilitazione dell'insegnamento della Dott.ssa Brandoni, esperto dell'associazione culturale Ars Live, fissando nel contempo l'udienza di discussione del ricorso per il 27.10.2011.

Alla pubblica udienza del 27.10.2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1 Preliminarmente, il Collegio intende soffermarsi sulla natura della procedura.

2 Infatti, ritiene il Collegio che la procedura in esame, che conferisce un incarico per un progetto relativo all'educazione musicale in un istituto primario, qualificato come "gara informale", non sia qualificabile come Appalto di Servizi.

2.1 E' ben noto come il Consiglio di Stato abbia chiarito, ad esempio in materia di urbanistica quali sono i limiti della distinzione tra l'appalto di servizi e la cosiddetta locatio operis. In particolare, il Consiglio di Stato ha stabilito, con riferimento alla normativa precedente all'entrata in vigore del d.lgs 163/2006, che la distinzione tra l'appalto di servizi e il contratto d'opera è che negli appalti di servizi l'appaltatore deve essere una media o grande impresa, non riscontrandosi questo requisito nel caso in esame (C.d.S. sez. IV, 28 2001 n. 4573). D'altra parte, anche se non è espressamente disciplinato il conferimento di incarichi di questo tipo, in base ai

principi di trasparenza e di buon andamento l'amministrazione può stabilire le regole per l'individuazione in concreto del soggetto più idoneo ed adeguato (per professionalità, esperienze, conoscenze tecniche) cui conferire il predetto incarico fiduciario, regole alle quali essa stessa è poi ineluttabilmente vincolata, proprio in ossequio ai principi fondamentali di legalità, imparzialità e buon andamento fissati dall'articolo 97 della Costituzione (sul tema Cds Sez. IV 29.1.2008 n. 263).

2.2 Conseguentemente, è corretto che l'ente, anche se non obbligato per legge, si autovincoli a criteri propri delle gare pubbliche, anche senza esservi tenuta, criteri che deve rispettare essendosi autovincolata. In sostanza, si applica in ogni caso il noto principio, in materia di appalti, per cui le prescrizioni stabilite nella *lex specialis* vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa amministrazione che non conserva alcun margine di discrezionalità nella loro concreta attuazione né può disapplicarle, neppure nel caso in cui alcune di tali regole risultino inopportunamente o incongruamente formulate, salva la possibilità di procedere all'annullamento del bando nell'esercizio del potere di autotutela (CdS sez. V 30.9.2010 n. 7217).

3 Alla luce ciò deve essere valutato il rispetto da parte del Comune di Numana dei criteri imposti da bando. Sul punto, il Collegio ritiene che i provvedimenti di assegnazione del servizio a favore della controinteressata siano immuni dalle censure dedotte con il ricorso

3.1 Infatti, il ricorso parte da un presupposto errato, che è l'obbligatorietà del diploma di conservatorio per l'espletamento di un incarico didattico a contenuto musicale, dove tra l'altro la parte di educazione strettamente legata allo strumento, come ad esempio il solfeggio, appare del tutto minoritaria nel progetto educativo messo a gara dal Comune.

3.2 Va comunque premesso che è priva di fondamento la censura relativa allo squilibrio che vi sarebbe nel bando tra il punteggio previsto per il curriculum e quello previsto per il progetto. In tutta evidenza, la proporzione dell'uno rispetto all'altro è una scelta insindacabile dell'Amministrazione precedente che, nella fattispecie, non appare affatto illogica.

3.3 Per quanto riguarda l'affermata mancanza dell'abilitazione all'insegnamento della musica della responsabile della Associazione controinteressata, le ricorrenti errano nell'affermare che non dotati di Diploma di Conservatorio non possano insegnare l'educazione musicale. Infatti, è pacifico che l'incarico in esame riguardi essenzialmente l'educazione alla musica e, in modo più ristretto, l'utilizzo di strumenti musicali. E' ben noto come non esista una specifica abilitazione all'insegnamento musicale per quanto riguarda la scuola elementare, mentre invece, per quanto riguarda la scuola media e superiore, sono previste sia le classi di insegnamento di strumento musicale sia di educazione musicale. Per insegnare l'educazione musicale, non è necessario il diploma di conservatorio.

La responsabile dell'associazione controinteressata è pacificamente in possesso di laurea in Disciplina Delle Arti della Musica e dello Spettacolo all'Università di Bologna, un corso di laurea interdisciplinare che appare coerente con le finalità del corso, nonché di abilitazione all'insegnamento di educazione musicale per le scuole medie e superiori a partire dal 1993 (nota del MIUR del 23.2.2011, depositata dal Comune a seguito di richiesta istruttoria del Tribunale).

3.4 Non si può quindi ritenere, a parere del Collegio, che il corso di educazione alla musica oggetto dell'incarico richiedesse necessariamente il diploma di conservatorio.

3.5 Infatti, le parti del progetto e del programma più strettamente musicali sono secondarie, e sono indimostrate le affermazioni di parte ricorrente secondo cui sarebbe necessario un diploma in conservatorio per eseguirle, e non l'abilitazione all'insegnamento della musica.

3.6 Vale il medesimo discorso per quanto riguarda la valutazione del curriculum e dell'esperienza. Come condivisibilmente sostenuto dalla difesa del comune, il curriculum della Prof.ssa Strappati è di assoluta eccellenza per quanto riguarda la concertistica, essendo la ricorrente, a quanto appare in atti, un'affermata concertista di caratura internazionale. Però il corso di educazione musicale oggetto del bando fa riferimento ai programmi di cui al DPR 104/1985, dove si dice tra l'altro che “.....L'educazione musicale di base non intende

formare futuri musicisti, ma fornire un primo livello di alfabetizzazione nel campo dei suoni.....” essendo peraltro evidente dal contenuto del programma ministeriale (pertanto estensivamente riportato nelle memorie del Comune) che lo stesso punti all’educazione alla musica, più che allo sviluppo della tecnica musicale. Alla luce di ciò, il Collegio ha ritenuto di indagare se la Prof.ssa Brandoni fosse abilitata per l’insegnamento dell’educazione musicale, qualifica che non era richiesta dalla sintetica lettera di invito, ma che poteva essere ritenuta rilevante per verificare la logicità della valutazione data dalla Commissione al curriculum e al progetto. Come detto sopra, la Prof.ssa Brandoni è risultata regolarmente abilitata.

3.7. Alla luce delle considerazioni sopra formulate, il giudizio della commissione appare immune da evidenti illogicità rispetto a quanto stabilito dalla lettera di invito.

3.8 In particolare, con riguardo alla competenza della Commissione, appare condivisibile la presenza di insegnanti per quello che è, a tutti gli effetti, un progetto collaterale all’insegnamento nella scuola primaria.

4 Con riguardo al giudizio dei progetti, entrambi i progetti ottengono una valutazione molto buona, ottenendo quello dell’Associazione ricorrente una valutazione leggermente inferiore per la mancanza di un progetto per le singole classi della scuola primaria, mancanza che rimane sostanzialmente incontestata nel ricorso.

4.1 Con riguardo alla valutazione dei curriculum degli esperti, la commissione premia la contro interessata Prof.ssa Brandoni per quanto riguarda l'esperienza nella gestione di corsi di educazione musicale, avendo la stessa dettagliato nel curriculum un numero notevole di esperienze, riportate in maniera precisa, mentre le esperienze di gestione della Prof.ssa Strappati sono riportate, nella domanda, in maniera più generica, tenendo conto che il bando prevedeva un punto per ogni anno scolastico.

4.2 Ancora, con riguardo all'esperienza per altre attività musicali svolte nel territorio nazionale e rivolte ad altre fasce di utenza, viene premiata giustamente l'attività concertistica svolta dalla responsabile dell'Associazione ricorrente che ottiene il massimo previsto: 3 punti contro i 2 della controinteressata, mentre entrambe ottengono un punto residuo.

4.3 L'attività di valutazione della Commissione è quindi complessivamente immune dalle censure dedotte, tenendo conto della natura della procedura.

5 Infine, non è presente alcuna violazione del principio di rotazione dell'aggiudicazione degli appalti (pur non trattandosi di appalto, come specificato in precedenza) o disparità di trattamento, in quanto, ovviamente, nell'assegnare un progetto di educazione musicale non è affatto irragionevole assegnare un punteggio rilevante alle esperienze pregresse, che peraltro posso arrivare a un massimo di 6 sui 10 punti previsti per il curriculum e sui 30 totali. Ancora, non vi è alcun

privilegio delle attività musicali svolte sul territorio e rivolte altre fasce di utenza, dato che si tratta di una voce tesa a valorizzare i titoli non attinenti alle attività di educazione musicale (quali i concerti) e per i quali la ricorrente Prof.ssa Strappati (condivisibilmente, visti i titoli presentati) ha ottenuto il massimo punteggio.

5.1 Considerando la natura della procedura e la mancanza di gravi illogicità nell'operato della Commissione, non si ritiene quindi necessaria la richiesta ammissione di una consulenza tecnica d'ufficio, essendo la procedura immune dai vizi dedotti con il ricorso.

6 Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, il ricorso è infondato e deve essere respinto, unitamente alla domanda risarcitoria.

6.1 Le spese possono essere compensate, in considerazione della natura della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima)definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Passanisi, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere

Giovanni Ruiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/12/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)