

Publicato il 13/12/2024

N. 03662/2024 REG.PROV.COLL.  
N. 00956/2024 REG.RIC.



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 la Lombardia**

**(Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 956 del 2024, proposto da  
-OMISSIS-, rappresentati e difesi dagli avvocati Giovanni Murgia, Ruggero  
Tumbiolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Como, in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentato e difeso dagli avvocati Chiara Piatti, Marilisa Ogliaroso,  
Antonio Tafuri, Andrea Romoli Venturi, con domicilio digitale come da PEC  
da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

-OMISSIS- Societa' Cooperativa Sociale Onlus, non costituito in giudizio;

***per l'annullamento***

della deliberazione della Giunta comunale del Comune di Como n. 66 del 7  
marzo 2024, avente ad oggetto la “*Programmazione servizio asili nido anni  
educativi 2024-2025 e 2025-2026*”, pubblicata all'Albo Pretorio dall'8 marzo  
2024 al 22 marzo 2024, di approvazione della programmazione del servizio  
Asili Nido per gli anni 2024-2025 e 2025-2026, nella parte in cui dispone la

soppressione dell'Asilo Nido -OMISSIS- dal 2024/2025 e dell'Asilo-OMISSIS- dal 2025/2026;  
nonché della bozza di “Convenzione tra il Comune di Como e gli Enti gestori di Asili Nido privati per gli interventi a sostegno della rete cittadina degli asili nido per gli anni educativi 2024-2025 e 2025-2026”;  
di ogni altro provvedimento presupposto, consequenziale e comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Como;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2024 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

I ricorrenti sono genitori di bambini che nell'anno formativo 2023/2024 hanno frequentato l'asilo nido comunale “-OMISSIS-”, sito a Como, che ha sede in via -OMISSIS-n. 2.

Con il presente ricorso, ritualmente e tempestivamente notificato e depositato, hanno impugnato la deliberazione della Giunta comunale di Como n. 66 del 7 marzo 2024, avente ad oggetto “*Programmazione servizio asili nido anni educativi 2024-2025 e 2025-2026*”, lamentando l'illegittimità della delibera nella parte in cui non ha previsto per l'anno educativo 2024/2025 le sezioni dell'asilo nido “-OMISSIS-” e dall'anno successivo anche dell'ulteriore asilo nido “-OMISSIS-” di via -OMISSIS- n. 76 nel quartiere di “-OMISSIS-”.

Deducono l'illegittimità della determina, in quanto per effetto della nuova programmazione del servizio per la prima infanzia, l'intera zona territoriale 2 del Comune di Como, che raggruppa i quartieri Como Ovest (ove è ricompreso l'Asilo Nido “-OMISSIS-”) e Como Centro, risulterebbero privi del servizio pubblico comunale di Asilo Nido.

Avverso gli atti i ricorrenti hanno articolato le seguenti censure:

1) Violazione e/o falsa applicazione artt. 2, 3, 4, 34, 35 e 37 Cost., violazione artt. 1 e 3 d.lgs. 13 aprile 2017 n. 65; eccesso di potere sotto il profilo travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, di motivazione e di istruttoria, illogicità manifesta, violazione della delibera G.R. n. 2929 del 9 marzo 2022: secondo la tesi di parte ricorrente in base alla nuova programmazione viene soppresso un servizio, in contrasto con i principi costituzionali in materia di istruzione e di uguaglianza, in quanto l'accesso ad ogni servizio a favore della prima infanzia oltre ad essere garantito a tutti, deve essere facilmente accessibile e quindi vicino all'utenza.

La delibera è stata adottata senza alcuna analisi socio-economica, né valutazione di costi-benefici, senza considerare che per effetto della nuova programmazione del servizio per la prima infanzia, per una vasta zona non viene assicurata la continuità del percorso formativo di bambini in tenera età nello stesso ambiente prescolare e nella comunità di riferimento;

2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1 legge n. 241 del 1990. Violazione art. 97 Cost.; Violazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità. Eccesso di potere sotto il profilo della illogicità, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, di motivazione e di istruttoria: parte ricorrente lamenta la mancata proporzionalità della scelta di chiusura dell'asilo, in quanto non viene perseguito l'obiettivo di ottimizzare il servizio educativo, ma anzi è imposto un eccessivo sacrificio alla comunità;

3) Violazione e/o falsa applicazione art. 1, comma 449, lettera d- sexies), della legge 11 dicembre 2016 n. 232, come sostituito dall'art.1, comma 172, della legge 30 dicembre 2021 n. 234, eccesso di potere sotto il profilo travisamento dei fatti, difetto dei presupposti, di motivazione e di istruttoria. Illogicità manifesta: i ricorrenti deducono la violazione delle disposizioni regionali, che hanno imposto un coordinamento tra Comuni e Aziende Sociali, al fine di definire i livelli minimi dei posti nei servizi educativi. Il Comune di Como

avrebbe invece adottato la delibera in oggetto, senza alcuna concertazione, creando uno squilibrio territoriale anche per il futuro;

4) Violazione e/o falsa applicazione art. 42 d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267.

Incompetenza: in via subordinata parte ricorrente ha dedotto il vizio di incompetenza, trattandosi di una delibera in materia di organizzazione dei servizi, quindi di competenza del Consiglio Comunale, ai sensi dell'art 42 del D. Lgs. 267/2000.

Si è costituito in giudizio il Comune di Como, sollevando l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse qualificato e giuridicamente tutelabile ad ottenere un Asilo Nido "di quartiere", essendo permesso ai ricorrenti di usufruire del medesimo servizio in strutture limitrofe, con le stesse educatrici di riferimento.

Non si tratterebbe quindi di una soppressione dell'asilo, ma solo di un trasferimento.

Nel merito ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n.510 del 24.5.2024 la domanda cautelare veniva respinta, rilevando che *"la delibera impugnata si colloca nell'ambito dell'attività di riordino dei servizi all'infanzia, con conseguente accorpamento degli asili, senza tuttavia ridurre il numero complessivo dei bambini da accogliere negli asili, ma anzi potenziando i posti disponibili dell'11,00 % nell'anno formativo 2024-2025 (da 325 posti a 361) e del 12,6 % nell'anno formativo 2025-2026 (da 325 posti a 366);*

*il risultato dell'operazione di riordino è una crescita del livello di copertura dei servizi educativi per l'infanzia, che raggiunge nel Comune di Como, la misura del 41,34 %;*

*a fronte del risultato di una estensione del servizio a più utenti, la motivazione della scelta non appare affetta da irragionevolezza, illogicità o travisamento dei fatti, unici vizi sindacabili in presenza, come nella specie, di un'attività discrezionale, rispetto alla quale è precluso al giudice di sostituire la propria valutazione a quella dell'Amministrazione;*

*Rilevato altresì, quanto al danno, che dalla delibera gravata non discende alcun pericolo di interruzione del servizio offerto a favore dei figli dei ricorrenti, a cui viene assicurata la prosecuzione del percorso didattico, in una nuova sede, collocata alla distanza di circa 1,5 KM dalla precedente;*

*Ritenuto che, a queste condizioni, il trasferimento dei bambini nella nuova sede non può configurarsi come danno grave e irreparabile, per l'esiguità dell'aumento della distanza, non potendo configurarsi un interesse qualificato dei bambini ad avere un asilo nido di quartiere;”.*

Il Consiglio di Stato accoglieva l'appello con ordinanza n. 2578 del 5.7.2024, con la seguente motivazione:

*“-Ritenuto che l'istanza di sospensiva sia meritevole di accoglimento avuto riguardo al periculum in mora, con riferimento alla disposta chiusura dell'asilo nido “-OMISSIS-” di via -OMISSIS-n. 2 a partire dal prossimo anno scolastico, non identificabile nella mera distanza rispetto all'asilo nido più vicino, ma nel pregiudizio, attestato anche da relazione psicologica di parte, alla continuità del percorso formativo di bambini in tenera età nello stesso ambiente prescolare e nella comunità di riferimento;*

*- Ritenuto ad un primo sommario esame proprio della presente fase cautelare che appaia ravvisabile anche il al fumus boni iuris, avuto riguardo al difetto di istruttoria e di motivazione evidenziato in particolare nei primi due motivi del ricorso, con la conseguente necessità di approfondimento dell'analisi costi – benefici e di comparazione con gli interessi contrapposti dei privati, non essendo stato peraltro neppure considerato nella delibera gravata che nell'edificio ove ha sede l'asilo nido -OMISSIS- vi è anche la scuola dell'infanzia e che pertanto l'asilo nido, insieme alla scuola dell'infanzia costituisce un polo dell'infanzia, idoneo a garantire un percorso educativo continuativo dalla nascita sino ai sei anni, nonché alla circostanza che la qualità del servizio, cui sembrerebbe volta la delibera gravata, si apprezza anche avendo riguardo al rapporto tra educatori e bambini, laddove con la delibera medesima i posti disponibili negli altri asili nido*

*vengono aumentati sino al massimo ed anche oltre il limite massimo, usufruendo della possibilità di deroga; ciò in disparte dalla considerazione che le rappresentate esigenze manutentive dell'immobile – tra l'altro in condivisione con la scuola dell'infanzia - si sostanziano all'attualità nella necessità della sostituzione della vetrata di ingresso e che alcun diritto soggettivo sussiste in capo ai dipendenti all'accoglimento delle istanze di mobilità;”.*

In vista dell'udienza di merito le parti hanno depositato memorie.

Il Comune di Como ha sollevato l'eccezione di improcedibilità rispetto alla ricorrente Sig. -OMISSIS-, in quanto la figlia è stata iscritta alla scuola primaria quale anticipataria.

All'udienza pubblica del 4 novembre 2024 il ricorso veniva trattenuto in decisione dal Collegio.

## DIRITTO

1) Il presente ricorso è proposto avverso la delibera con cui la Giunta del Comune di Como, ha approvato la programmazione degli Asili Nido per gli anni educativi 2024-2025 e 2025-2026, in base alla quale non sarebbe previsto il nido comunale “-OMISSIS-” frequentato nell'anno educativo 2023-24 dai figli dei ricorrenti.

I ricorrenti hanno impugnato anche la delibera nella parte in cui approva l'Allegato contenente bozza di “*Convenzione tra il Comune di Como e gli Enti gestori di Asili Nido privati per gli interventi a sostegno della rete cittadina degli asili nido per gli anni educativi 2024-2025 e 2025-2026*”, senza tuttavia articolare alcuna specifica censura rispetto a quest'ultimo allegato.

2) Preliminarmente deve essere scrutinata l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla difesa civica, per carenza di interesse di tutti i ricorrenti, in quanto la delibera avrebbe solo razionalizzato nell'uso delle strutture esistenti orientata ai criteri di efficienza e di salvaguardia delle condizioni di sicurezza delle strutture ospitanti i minori.

L'eccezione è manifestamente infondata.

I ricorrenti deducono l'illegittimità della "soppressione" del Nido -OMISSIS-, lamentando da un lato effetti pregiudizievoli sociali e psicologici per l'assenza di un servizio al quartiere, dall'altro le conseguenze negative per le famiglie, stante la maggior distanza della nuova sede.

E' quindi innegabile che i ricorrenti abbiano provato l'interesse all'annullamento in parte qua della delibera, che, sebbene garantisca il rispetto del livello essenziale delle prestazioni di copertura dei servizi educativi per l'infanzia fissato, per ogni singolo comune, nella misura del 33% (articolo 1, comma 449, lett. d-sexies, della legge n. 232/2016), tuttavia arreca un danno quanto meno in termini di maggior sacrificio e aggravio organizzativo delle famiglie per il raggiungimento del servizio.

I ricorrenti intendono conseguire il bene della vita consistente nel continuare ad usufruire di un servizio limitrofo, per cui hanno pieno interesse all'impugnazione svolta in quanto con la medesima contestano, sotto vari aspetti, il procedimento di "delocalizzazione e chiusura" della sede frequentata in precedenza dai figli.

Va altresì respinta l'eccezione di improcedibilità del ricorso rispetto alla Sig. -OMISSIS-, a fronte della dichiarazione di interesse ai fini risarcitori, ai sensi dell'art. 34, co. 3, cod. proc. amm.

3) Esaminando in questa sede di merito, *funditus*, i motivi di ricorso, il Collegio ritiene che debba essere scrutinato prioritariamente il quarto motivo, seguendo le coordinate ermeneutiche fornite dalla sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria 27 aprile 2015, n. 5, secondo cui nel giudizio amministrativo, il vizio di incompetenza del provvedimento ha carattere assorbente rispetto alle residue censure, in quanto in tutte le situazioni di incompetenza si versa nella fattispecie in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice, anche ai sensi dell'art. 34, comma 2, cod. proc. amm., non può fare altro che rilevare il relativo vizio (cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. III, 12 giugno 2023, n. 608).

3.1 Sostiene parte ricorrente la violazione dell'art. 42 del d. l.vo 267/2000, in quanto la gestione del servizio per la prima infanzia e la programmazione dei posti sarebbe attività riconducibile alla pianificazione e all'organizzazione del servizio pubblico, di competenza del Consiglio Comunale.

Il motivo è fondato.

3.2 I servizi per la prima infanzia si inquadrano nell'ambito dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, a domanda individuale, erogati sul territorio, espressioni di scelte fondamentali attinenti alla vita sociale e civile della comunità locale.

Il D.M. del 31 dicembre 1983 avente ad oggetto *“individuazione delle categorie dei servizi pubblici locali a domanda individuale”* include nell'elencazione gli asili nido, considerati anche dalla L. 146/90 come servizio pubblico essenziale.

L'Amministrazione comunale ai sensi dell'art.113 bis del Testo Unico sugli Enti Locali gode di ampia discrezionalità sia nella scelta relativa al modello gestionale da adottare, sia per la pianificazione/programmazione dei servizi, da erogare *“con modalità che promuovono il miglioramento della qualità”* (art. 11 comma 1 d. lvo n. 286/1999).

Rispetto ai c.d. servizi alla persona, la scelta sulla forma di gestione e sull'organizzazione del servizio, è determinata prevalentemente dai bisogni del territorio: a tal fine la legislazione regionale (in particolare la L.R. 3/2008) promuove la realizzazione di una rete di servizi e la gestione unitaria, attraverso forme di concertazione tra gli enti locali.

3.3 Nel riparto di competenze tra gli organi comunali nella materia dei servizi pubblici, al Consiglio Comunale, quale organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo dell'ente locale, è demandata ogni decisione in ordine all' *“organizzazione dei pubblici servizi, costituzione di istituzioni e aziende speciali, concessione dei pubblici servizi, partecipazione dell'ente locale a società di capitali, affidamento di attività o servizi mediante convenzione”*, ai sensi dell'art. 42 comma 2 lett. e) del d.lg. 18 agosto 2000, n. 267.

3.4 Il Comune di Como ha istituito il servizio del nido, prevedendo la gestione diretta e, con la delibera *de qua*, in parte anche una gestione in convenzione.

Nel programma per gli anni formativi 2024/25 e 2025/26 contenuto nell'allegato alla delibera impugnata, la Giunta comunale ha approvato una macro-organizzazione territoriale del servizio nido, individuando le sedi in cui collocare le sezioni, il numero di utenti per zona, il numero delle sezioni di asilo nido e la loro collocazione (cfr. nell'allegato 19, le tabelle 5.1 e 5.2 sulle sedi e sulle sezioni degli asili e la tabella 7 "*distribuzione geografica dei posti negli asili nido comunali*").

Dalla tabella 5.1. emerge che alla sede -OMISSIS- non sono più assegnati bambini dall'anno formativo 2024/25, determinando quindi la chiusura della sezione "-OMISSIS-", conseguenza della scelta organizzativa di accorpare le sezioni esistenti.

3.5 Ha osservato la difesa del Comune che il Consiglio Comunale avrebbe già disciplinato in termini generali l'organizzazione del servizio per l'infanzia con la Deliberazione n. 10/2023, per cui spetta alla Giunta adottare "*ogni successivo atto inteso a regolare, come nella fattispecie, la programmazione delle Attività*".

La tesi difensiva del Comune non è condivisibile.

La delibera della Giunta non richiama il provvedimento consiliare, ma nell'allegato si limita a premettere "*Questa Amministrazione ha tra i propri obiettivi di mandato quello di rivedere la gestione del servizio per la prima infanzia tenendo in considerazione che l'importante non è chi eroga i servizi, ma che il servizio sia eccellente e sufficiente per tutta la cittadinanza*". La delibera del Consiglio comunale n. 10/2023 approva il Regolamento dei servizi alla prima infanzia, che non contiene alcuna disposizione relativa alla pianificazione territoriale.

Nel Titolo II del Regolamento "Asili Nido", l'art.6 "*organizzazione del servizio e modalità di erogazione*" non prevede la localizzazione delle sedi

degli asili nido, né il numero delle sezioni, ma disciplina le modalità di erogazione del servizio (calendario scolastico, orari del servizio, obblighi dei genitori).

La strutturazione del servizio è contenuta invece nell'allegato della delibera della Giunta, che ha approvato un piano di riorganizzazione delle sedi, con previsioni pianificatorie e programmatiche, che, tra i vari aspetti, introducono la localizzazione delle sezioni, il rapporto utenti/classi, la programmazione per gli anni successivi, tutti aspetti che si riconducono a quel potere di organizzazione dei servizi che l'art. 42 D. Lvo 267/2000 attribuisce esclusivamente al Consiglio Comunale.

Pertanto, la delibera deve essere annullata nella parte in cui la Giunta approva il nuovo numero delle sezioni dell'asilo nido, sopprimendo/accorpendo il nido "-OMISSIS-" di Via -OMISSIS-.

4) Il ricorso va quindi accolto, con annullamento della delibera di Giunta per incompetenza, nei limiti sopra descritti, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti.

In considerazione della novità della questione affrontata, le spese di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato, nei termini di cui in motivazione, fatte salve le ulteriori determinazioni dell'Amministrazione.

Spese compensate.

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

Vista la richiesta dell'interessato e ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, comma 1, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte interessata.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2024  
con l'intervento dei magistrati:

Daniele Dongiovanni, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Martina Arrivi, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**Silvana Bini**

**IL PRESIDENTE**

**Daniele Dongiovanni**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.