

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm. sul ricorso numero di registro generale 1824 del 2012, proposto da XXX, rappresentato e difeso, congiuntamente e disgiuntamente, dagli Avv.ti Michele D'Asaro e Antonio D'Asaro, con domicilio eletto presso lo Studio associato D'Asaro in Palermo, via XX Settembre n. 29;

contro

il Comune di Lampedusa e Linosa (Ag), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Marco Sirna, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via A. Veneziano, n. 69;

per l'annullamento

- «della deliberazione n.96 del 31.08.2012 con cui veniva annullata in autotutela la deliberazione n. 58 del 25.08.2011 di concessione di un terreno agricolo in c.da Mare Morto al sig. XXX e di ogni atto comunque connesso, consequenziale o presupposto, inclusa occorrendo anche l'ordinanza sindacale 45 del 18.08.2012;

- per la condanna del Comune resistente al risarcimento dei danni subiti dal ricorrente».

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista la domanda incidentale di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato contenuta nel medesimo ricorso;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e la memoria del Comune di Lampedusa e Linosa;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 55 e 60 cod. proc. amm.

Relatore il dott. Giuseppe La Greca;

Uditi all'udienza camerale del 13 novembre 2012 gli Avv.ti Antonio D'Asaro e Michele D'Asaro per la parte ricorrente; l'Avv. M. Sirna per il Comune di Lampedusa e Linosa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente sig. xxx ha chiesto ed ottenuto dal Comune di Lampedusa e Linosa l'affidamento di durata novennale, tacitamente rinnovabile, di un terreno comunale sito in Lampedusa, contrada Mare Morto, prospiciente il mare, al fine di realizzarvi zone d'ombra mediante l'installazione di strutture non permanenti.

Con successiva deliberazione della Giunta comunale detta scelta di concedere il sopramenzionato suolo è stata annullata in autotutela per le ragioni nella stessa esplicitate.

Avverso tale ultimo provvedimento il ricorrente ha proposto l'odierno ricorso, articolato in otto motivi di censura così rubricati:

- 1) Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, violazione e falsa applicazione delle norme del d. lgs. n. 163 del 2006 sulle procedure ad evidenza pubblica; illogicità manifesta;
- 2) Eccesso di potere per illogicità manifesta;
- 3) Erronea qualificazione del rapporto concessorio;
- 4) Violazione e falsa applicazione delle regole in materia di forma scritta; impossibilità di recesso o annullamento unilaterale;
- 5) Eccesso di potere per assenza di presupposti e di istruttoria;
- 6) Congruità del canone;
- 7) Violazione del legittimo affidamento e decorso del termine ragionevole - art. 21- *nonies* l. n. 241 del 1990;
- 8) Violazione delle norme sulla partecipazione al procedimento.

2. Il ricorrente ha altresì proposto domanda di risarcimento del danno.

3. Si è costituito in giudizio il Comune di Lampedusa e Linosa che, non senza aver revocato in dubbio l'ammissibilità del ricorso per mancata impugnativa di un atto presupposto, ne ha chiesto il rigetto nel merito.

4. All'udienza camerale del 13 novembre 2012, presenti i procuratori delle parti che hanno ribadito le rispettive tesi difensive, il ricorso, su richiesta degli stessi, è stato trattenuto in decisione.

5. Va dato atto della sussistenza dei presupposti di legge per la definizione della controversia nel merito all'esito dell'udienza camerale fissata per la deliberazione della domanda cautelare proposta ai sensi dell'art 55 cod. proc. amm.

La completezza del contraddittorio processuale, intesa sia in senso soggettivo (ossia come evocazione in giudizio di tutte le parti necessarie), sia in senso oggettivo (ossia come rispetto dei termini a difesa), nonché l'audizione, sul punto, delle parti siccome specificata nel verbale, consentono di provvedere a siffatta definizione del giudizio nel merito.

6. Può prescindersi dalle questioni in rito sollevate dalla parte resistente poiché il ricorso è infondato nel merito e, pertanto, va rigettato.

7. Va preliminarmente rilevato, in punto di fatto, che le ragioni in base alle quali è stato adottato l'impugnato atto di autotutela ed enucleate nel medesimo provvedimento riguardano:

- a) il mancato esperimento di una procedura competitiva di individuazione del privato contraente, soggetto rispetto al quale non è stata neppure verificata la personale capacità a contrattare con la p.a.;
- b) l'assenza di un regolamento comunale per l'uso di beni pubblici;
- c) la mancata certificazione della congruità del canone;
- d) l'inidoneità del sito siccome certificata dalla Capitaneria di Porto di Lampedusa e dal Comando provinciale dei Vigili del Fuoco di Agrigento.

L'adozione del provvedimento di secondo grado, secondo quanto emerge dalle premesse della stessa deliberazione impugnata, è stata disposta quando ancora non era intervenuta la stipulazione del contratto susseguente l'individuazione del privato beneficiario.

8. Ritiene il Collegio di dover scrutinare i motivi di ricorso secondo l'ordine prospettato dalla parte ricorrente, quantunque la stessa deduca (con il settimo

ed ottavo motivo) anche taluni specifici vizi strettamente inerenti all'esercizio del potere di autotutela che, a rigore, avrebbero una logica pregiudizialità.

Poiché sussiste la necessità di pronunciare con riferimento al dato sostanziale della vicenda non si rende necessaria una modificazione dell'ordine di trattazione delle questioni siccome articolate.

9. Con i primi tre motivi di ricorso, da trattarsi congiuntamente per evidenti ragioni di stretta connessione, il ricorrente deduce l'illegittimità del provvedimento di autotutela poiché, in realtà, l'Amministrazione non sarebbe stata obbligata ad avviare un procedimento selettivo per l'individuazione di siffatto privato contraente cui è stato concesso l'utilizzo del suolo.

Ciò sul rilievo che la procedura di evidenza pubblica andrebbe esperita, in tesi, unicamente per i casi, diversi da quello per cui è causa, in cui l'amministrazione acquisisca beni e servizi mediante il pagamento di un corrispettivo ovvero, ancora, in ipotesi di concessioni.

La doglianza non coglie nel segno.

In primo luogo va dato atto che la possibile qualificazione del rapporto oggetto della deliberazione di affidamento del terreno al ricorrente quale locazione ovvero quale concessione non conduce a risultati differenti quanto all'obbligo a carico del Comune di avviare, comunque, una procedura competitiva, la quale, come si vedrà, avrebbe dovuto essere prodromica alla individuazione del contraente e, ovviamente, alla (successiva) stipulazione del contratto.

Se si accede ad una qualificazione del rapporto quale di tipo locativo (locazione attiva), l'obbligo di indire una procedura di evidenza pubblica lo si evince chiaramente dal r.d. n. 2440 del 1923 (art. 3) e dal r.d. n. 827 del 1924 (in particolare dall'art. 37), sfuggiti alla successiva abrogazione sia espressa che tacita.

Detta disciplina, per tale parte, è rimasta vigente nel territorio della Regione Siciliana anche dopo la locale riforma dei contratti pubblici operata con l.r. n. 12 del 2011, poiché l'art. 95 della l.r. n. 16 del 1963 - che quanto alle locazioni dei comuni sostanzialmente ad essa rinvia -, anch'esso non risulta essere stato abrogato.

Sul punto, ancora, non è neppure priva di significato la disposizione contenuta nell'art. 73 dello Statuto del Comune di Lampedusa e Linosa (pubblicato nella Gazzetta ufficiale della Regione Siciliana del 20 giugno 2008) secondo cui «agli appalti di lavori, alle forniture di beni e servizi, alle vendite, agli acquisti a titolo oneroso, alle permutate, alle locazioni per il perseguimento dei suoi fini istituzionali, il Comune provvede mediante contratti» la cui stipulazione, in linea con quanto stabilito dall'art. 1 della l.r. n. 48 del 1991, «deve essere preceduta da un provvedimento nel quale vanno indicati, anche per relazione [...] le modalità di scelta del contraente ammesse dalle vigenti disposizioni in materia di contratti delle amministrazioni dello Stato e della Regione Siciliana [...]».

Se si accede ad una qualificazione del rapporto quale concessione, sia l'art. 37 cod. nav, avente ad oggetto le concessioni demaniali sia tutte le ipotesi concessorie contemplate dal Codice dei contratti pubblici (il cui campo di applicazione è in verità non inerente alla fattispecie per cui è causa) postulano l'esperimento di una procedura comparativa.

Quantunque la circostanza attenga ai diversi (ma non estranei) profili dell'instaurazione e gestione del rapporto concessorio, va ricordato che nei confronti dello Stato italiano era stata aperta la procedura d'infrazione comunitaria n. 2008/4908, poi archiviata, per il mancato adeguamento

all'articolo 12, comma 2, della direttiva 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno), il quale vieta qualsiasi forma di automatismo che, alla scadenza del rapporto concessorio, possa favorire il precedente concessionario (Corte cost. sentenza 4 luglio 2011, n. 213).

La Commissione europea aveva denunciato il contrasto dell'art. 37 cod. nav. con gli artt. 43 e 81 del Trattato CE (ora artt. 49 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea-TFUE) sul presupposto che, nell'attribuire preferenza al momento della scadenza della concessione al vecchio concessionario, lo stesso art. 37 costituiva un ostacolo all'accesso al mercato di nuovi operatori economici del settore.

Anche la giurisprudenza interna ha univocamente affermato che tali procedimenti, volti a fornire un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, devono svolgersi con una procedura competitiva ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi comunitari. La Corte costituzionale ha da ultimo affermato che anche la previsione di un rinnovo automatico della proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, in luogo di una procedura di rinnovo che «apra» il mercato, è del tutto contraddittoria rispetto al fine di tutela della concorrenza e di adeguamento ai principi comunitari, violando il principio di parità di trattamento, che si ricava dagli artt. 49 e ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in tema di libertà di stabilimento, e favorendo i vecchi concessionari a scapito dei nuovi aspiranti (Corte cost. 17 novembre 2010, n. 340).

E' evidente, dunque, che in siffatto ambito anche le regole di rango sovranazionale tendono a garantire l'uniforme applicazione dei principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza, ragion per cui, a prescindere dalla formale qualificazione del rapporto per cui è causa, il Comune avrebbe dovuto esperire una procedura selettiva preordinata all'individuazione del privato cui affidare il sito di proprietà pubblica.

In tal senso nessuna importanza assume la denunciata assenza di un regolamento per la concessione di beni pubblici, il quale, se esistente, avrebbe potuto avere ad oggetto soltanto aspetti di normazione diversi da quelli inerenti alle modalità di affidamento.

La scelta di annullare il provvedimento in autotutela si appalesa non solo legittima ma, ad avviso del Collegio, anche doverosa.

10. Con la quarta questione sottoposta all'attenzione del Collegio, il ricorrente deduce l'illegittimità del provvedimento di autotutela poiché, pur in assenza di un contratto con forma scritta, in realtà il vincolo negoziale tra il Comune e la parte privata si sarebbe comunque costituito. Da ciò deriverebbe l'impossibilità per il Comune di porre nel nulla, unilateralmente, gli effetti del contratto.

Il mezzo in rassegna va disatteso.

In linea generale, il Collegio non intende discostarsi dalle acquisizioni teoriche della giurisprudenza della Cassazione, secondo cui per il perfezionamento dei contratti stipulati dalle amministrazioni pubbliche è necessaria una manifestazione documentale della volontà negoziale da parte dell'organo rappresentativo - negli enti locali il dirigente o funzionario incaricato ex art. 2 l.r. n. 23 del 1998 - abilitato a concludere, in nome e per conto dell'ente pubblico, negozi giuridici, mentre devono ritenersi, all'uopo, inidonee le deliberazioni adottate da organi collegiali deliberativi, attese la caratteristica di atti interni, di natura meramente preparatoria della successiva manifestazione esterna della volontà negoziale, di talché un contratto non potrà

dirsi legittimamente perfezionato ove la volontà di addivenire alla sua stipula non sia, nei confronti della controparte, esternata, in nome e per conto dell'ente pubblico, da quell'unico organo autorizzato a rappresentarlo (in tal senso anche Cons. St., VI, 3 giugno 2010, n. 3507).

Nel caso di specie, l'assenza di un contratto in forma pubblica amministrativa rogato dal segretario comunale ovvero di una scrittura privata dallo stesso autenticata ai sensi dell'art. 97 del d. lgs. n. 267 del 2000, dà conto, nel caso di specie, della mancata costituzione del vincolo negoziale invocato dal ricorrente.

11. Ciò detto, ritiene il Collegio di dover adesso esaminare, anticipandone la trattazione, le ulteriori doglianze che attengono più strettamente ai presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, gradatamente enucleati nel settimo ed ottavo motivo di ricorso.

Deduce, infatti, la parte ricorrente che lo *ius poenitendi* non avrebbe potuto essere esercitato poiché sarebbe decorso il termine ragionevole di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 e, ancora, poiché sarebbe stata sostanzialmente azzerata ogni forma di partecipazione del privato al procedimento poi conclusosi col provvedimento di autotutela.

Entrambi i motivi sono privi di pregio.

Sotto il primo profilo non può tacersi, sul piano fattuale, che l'Amministrazione ha annullato in autotutela il provvedimento di individuazione del contraente nel primo anno di svolgimento delle attività previste dalla stessa deliberazione originaria. E' evidente come il Comune abbia voluto evitare che la situazione di contrarietà all'ordinamento, discendente da quel provvedimento, si protrasse per i successivi otto anni e oltre, considerato che l'affidamento prevedeva una durata novennale tacitamente rinnovabile (con un rinnovo tacito invero non consentito per le pubbliche amministrazioni presentandosi quale forma di affidamento diretto che generalmente esula dalle ipotesi ammesse).

Quanto al secondo profilo, il Comune ha, in effetti, inviato la comunicazione di avvio del procedimento in prossimità dell'adozione del provvedimento di autotutela, ma nel caso di specie difettano i presupposti postulati dalla disciplina generale sul procedimento amministrativo per connotare di illegittimità la susseguente determinazione dell'Amministrazione: la partecipazione del privato, quantunque correttamente, esercitata non avrebbe condotto, nel caso di specie, a risultati divergenti da quelli cui è giunta l'Amministrazione annullando, in esercizio di un potere qui peraltro connotato da uno sfondo di vincolatività, il precedente affidamento del terreno comunale al ricorrente.

12. La reiezione dei summenzionati motivi di ricorso rende privo di utilità l'esame del quinto e sesto motivo di ricorso inerenti ai profili di inidoneità statica del sito ed alla congruità del canone previsto, che pure hanno costituito ragioni sulla base delle quali è stata disposta l'autotutela. L'eventuale accoglimento delle censure ivi contenute non avrebbe, infatti, effetti sulle predette ragioni di autotutela che, come sopra s'è visto, superano il vaglio giurisdizionale.

13. Al lume delle suesposte considerazioni il ricorso, per questa parte, va rigettato, con salvezza del provvedimento impugnato.

14. Può adesso passarsi all'esame della domanda di risarcimento del danno.

Sostiene il ricorrente che «il comportamento tenuto dal Comune, da ritenersi illegittimo e viziato da eccesso di potere», gli ha arrecato dei danni.

Aggiunge che risulterebbe evidente il nesso eziologico tra l'annullamento in autotutela (con conseguente interruzione dell'attività lavorativa del ricorrente) e il danno asseritamente conseguito: l'Amministrazione, in tesi, avrebbe dovuto adeguatamente istruire il provvedimento valutando l'eventuale non conoscibilità da parte del ricorrente della contrarietà all'ordinamento dell'atto oggetto di autotutela.

La pretesa risarcitoria, così come prospettata, è infondata.

Va precisato che nel caso di specie non si discute degli obblighi indennitari dell'amministrazione conseguenti alla revoca del provvedimento che involge rapporti negoziali susseguente una nuova valutazione dell'interesse pubblico ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990 quanto, diversamente, delle conseguenze derivanti dalla rimozione di un provvedimento *ab origine* contrario all'ordinamento, ciò che può dar luogo solo a una responsabilità - quella effetto del provvedimento di secondo grado - da atto lecito.

E' ormai pacifico in giurisprudenza che ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della p.a., non si deve tener conto della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, bensì della correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c. (Cons. Stato, VI, 12 luglio 2011, n. 4196; Cons. Stato, V, 7 settembre 2009, n. 5245, ma - prima ancora -: Ad. Plen. 5 settembre 2005, n. 6).

Secondo più recenti arresti della Corte di cassazione, il principio di correttezza e buona fede - il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore» - deve essere inteso in senso oggettivo in quanto enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile (Cass. Civ., III, 10 novembre 2010, n. 22819).

Ebbene, queste essendo le coordinate sistematiche attraverso cui astrattamente riguardare la vicenda di causa per ciò che attiene il versante risarcitorio, l'unico pregiudizio astrattamente predicabile nel caso di specie, connotato dalla presenza di un provvedimento ampliativo (tale deve essere ritenuto l'atto che consente l'utilizzo di pubblico per lo svolgimento di una attività) della sfera giuridica del privato, poi rimosso - legittimamente - con efficacia *ex tunc* da una successiva determinazione di secondo grado, andrebbe rinvenuto nel danno da responsabilità precontrattuale, irrilevante la sua qualificazione di responsabilità da inadempimento ovvero di illecito aquiliano, responsabilità qui comunque astrattamente derivante da atto lecito.

Al cospetto dell'incedere argomentativo della parte ricorrente, al contrario, si staglia un'impostazione del tutto differente da quella sopra tracciata, e ciò anche in punto di domanda.

La difesa della parte privata individua, in via esclusiva, la fonte della presunta responsabilità nell'asserita (ciò che come visto non è) illegittimità

dell'esercizio della funzione amministrativa di secondo grado, ma nessun riferimento essa offre circa la (non) correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione alla luce dell'obbligo (non solo di essa ma di entrambe le parti) di buona fede ai sensi dell'art. 1337 c.c.

Né a diverse conclusioni può giungersi valorizzando il richiamo, pur contenuto nella domanda risarcitoria, all'obbligo dell'Amministrazione di valutare - ai fini della decisione di annullamento - l'eventuale non agevole conoscibilità da parte del concessionario della incompatibilità con l'interesse pubblico dell'atto amministrativo oggetto di annullamento. Era infatti evidente la contrarietà del *modus operandi* del Comune alle disposizioni legislative e statutarie locali siccome sopra richiamate, nonché la sua incompatibilità col principio, espresso anche nell'ordinamento degli enti locali della Regione Siciliana, secondo cui la regola che deve connotare le procedure negoziali è quella dell'evidenza pubblica, risultando ogni limitazione degli «incanti» un'eccezione, configurabile nei soli casi tassativamente previsti dalla legge (si veda l'art. 1 della l.r. n. 48/1991, nella parte in cui, con rinvio di tipo «statico», ha richiamato l'art. 56 della l. n. 142 del 1990).

Ne deriva l'infondatezza della domanda di risarcimento del danno nei termini in cui è stata articolata.

15. Conclusivamente, il ricorso il ricorso va, pertanto, nella sua globalità, rigettato.

16. La complessità delle questioni prospettate consente di disporre, in via d'eccezione, l'integrale compensazione delle spese tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), rigetta il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 13 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere

Giuseppe La Greca, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 04/12/2012