

**ENTILocali: Comuni e province - Giunta comunale e provinciale - Atti di indirizzo - Effetti.**

**Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2022, n. 833**

- in *Il Foro amm.*, 2, 2022, pag. 192

*“[...] E’ vero che la Giunta comunale ha adottato un atto di indirizzo, ma è noto che gli atti di indirizzo della giunta comunale non modificano immediatamente la situazione giuridica dei destinatari finali; essi possono porre dei vincoli all’organo competente a provvedere, senz’altro rilevanti in ordine alla valutazione giudiziale del successivo esercizio del potere, ma - di norma - non tali da produrre lesioni dirette [...]”.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Formia;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2021 il Cons. Gianluca Rovelli e udito l’avvocato Zaza D’Aulisio;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. La Cooperativa Herasmus ha presentato istanza per partecipare alla procedura comparativa ad evidenza pubblica indetta dal Comune di Formia con bando pubblicato in data 14 aprile 2010 per ottenere l’assentimento in concessione:

a) di un tratto di arenile demaniale marittimo posizionato sul litorale di levante del Comune di Formia, località “Santo Janni”, identificato nel P.U.A. (piano utilizzazione arenili) di Formia, con il lotto 13 C – tratto tavola 06;

b) di un tratto di arenile demaniale marittimo posizionato sul litorale di levante del Comune di Formia, località “Santo Janni”, identificato dal P.U.A. (piano utilizzazione arenili) di Formia, con il lotto 14 C – tratto tavola 06.

2. Con la determinazione n. 10 del 28 gennaio 2013 il Comune di Formia, concluso l’esame comparativo delle istanze presentate per il lotto 14 C, ne disponeva l’assegnazione provvisoria in favore della Cooperativa Herasmus.

3. Con la successiva determinazione n. 11 datata 28 gennaio 2013 il Comune di Formia, concluso l’esame comparativo delle istanze presentate per il lotto 13 C, ne disponeva l’assegnazione provvisoria sempre in favore della Cooperativa Herasmus.

4. Poiché l'amministrazione ometteva di concludere il procedimento, con atto di significazione e diffida datato 9 gennaio 2015 la Cooperativa la sollecitava al rilascio dei titoli concessori e successivamente con ricorso ex art. 117 c.p.a. (giudizio R.R. n. 338/15) chiedeva al TAR Lazio, sezione Latina, la declaratoria dell'illegittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione e la nomina di un commissario *ad acta*.
5. Pendente il giudizio sul silenzio, il Comune di Formia con determina dirigenziale n. 156 datata 4 novembre 2015, annullava in autotutela la procedura.
6. L'appellante impugnava il citato provvedimento e gli atti presupposti dinnanzi al TAR Lazio, Sezione staccata di Latina, che respingeva il ricorso con la sentenza del 30 giugno 2016, n. 463.
7. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, Herasmus Società Cooperativa Sociale A.R.L. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei seguenti motivi, così rubricati "*1) Erroneità dell'impugnato pronunciamento: inapplicabilità del codice dei contratti (D.lgs n. 163/2006); 2) censure non esaminate dal T.A.R.: Incompetenza; Violazione di legge – eccesso di potere (in ordine alla volontà dell'Amministrazione di definire nuovi criteri di assegnazione delle concessioni)*".
8. Ha resistito al gravame il Comune di Formia chiedendone il rigetto.
9. Alla udienza pubblica del 2 dicembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

10. Con il primo articolato motivo di gravame l'appellante ha dedotto in sintesi quanto segue.
  - 10.1. Il TAR ha dichiarato inammissibile il gravame, sostanzialmente affermando che l'amministrazione ha legittimamente esercitato la volontà di non dare seguito alle aggiudicazioni provvisorie, dal momento che, essendo applicabile il codice dei contratti (D.lgs n. 163/2006), l'aggiudicazione provvisoria di un appalto è da considerarsi un atto endoprocedimentale, inidoneo a ingenerare forme di affidamento.
  - 10.2. In materia di rilascio delle concessioni demaniali marittime è improprio il richiamo al D.lgs. n. 163/2006.
  - 10.3. Il giudice di primo grado ha quindi erroneamente confuso tra appalti e concessioni demaniali.
  - 10.4. Non applicandosi in materia di concessioni demaniali marittime le disposizioni del codice degli appalti, l'annullamento della procedura e/o dell'assegnazione provvisoria, essendo un diniego ad una istanza concessoria, non sconta le preclusioni desumibili dal disposto degli artt. 11 e 48, D.lgs. n. 163/2006.
11. L'appellante ha poi integralmente riproposte le censure di merito, non esaminate.
12. L'appello è infondato.

13. Il giudice di prime cure, pur con motivazione estremamente succinta, ha pienamente centrato la questione fondamentale della vicenda portata alla sua attenzione.

14. Si legge nella sentenza gravata: *“Osserva il Collegio che con gli atti impugnati l’Amministrazione ha esercitato la volontà di non dare seguito alle aggiudicazioni provvisorie disposte all’esito della procedura indetta con il bando di cui alla determinazione dirigenziale n. 41 del 16.3.2010.*

*10) Tanto premesso, è principio generale consolidato (oltreché normativamente espresso negli articoli 11 comma 11, 12 e 48 del codice dei contratti pubblici) che nelle gare pubbliche l’aggiudicazione provvisoria dell’appalto è atto endoprocedimentale, instabile e ad effetti interinali che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario, con la conseguenza che la possibilità che ad una aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva costituisce evento del tutto fisiologico, inidoneo di per sé a ingenerare forme di affidamento tutelabili e dunque un qualsivoglia obbligo risarcitorio; inoltre la natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, tipica dell’aggiudicazione provvisoria, non consente di applicare, nei suoi riguardi, la disciplina dettata dagli artt. 21- quinquies e 21- nonies, l.7 agosto 1990, n. 241 atteso che l’aggiudicazione provvisoria non è l’atto conclusivo del procedimento; ne deriva che, non essendo configurabile una situazione di legittimo affidamento in capo al soggetto interessato, non è richiesto in siffatte ipotesi un particolare raffronto tra l’interesse pubblico ritenuto preminente e quello privato recessivo e sacrificato (ex multis T.A.R. Umbria sez. I 19 novembre 2015 n. 551).*

*11) Inoltre, nel caso di specie, lo stesso Bando all’art. 10 prevedeva espressamente che “l’amministrazione comunale si riserva, senza che i partecipanti abbiano nulla a che pretendere, di interrompere la procedura di gara, ovvero di non perfezionare la procedura stessa con il rilascio delle concessioni, (...) comunque, per sopravvenute esigenze di interesse pubblico”.*

15. Coglie pienamente nel segno la difesa civica laddove osserva (memoria depositata il 31 marzo 2017) che il T.A.R. non ha posto a fondamento del proprio convincimento il codice dei contratti pubblici, come erroneamente ritiene l’appellante, bensì un principio generale consolidato.

16. Difatti non è precluso all’amministrazione di revocare l’aggiudicazione in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, del quale si è dato atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali dell’ordinamento giuridico, i quali, oltre che espressamente codificati dall’art. 21 quinquies della L. n. 241 del 1990, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall’art. 97 Cost., ai quali deve ispirarsi l’azione amministrativa. L’esercizio di tale potere non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche, tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale dell’amministrazione.

17. Nel caso di specie il Comune di Formia ha dato esplicitamente atto delle ragioni per cui intendeva addivenire ad una rinnovazione del procedimento; in particolare, la necessità di aggiungere criteri di assegnazione più chiari, specificando ulteriori requisiti a carico del concessionario e la necessità di adeguare il bando alla variante generale al Piano di utilizzazione degli arenili.

18. La sentenza resiste pertanto alle critiche che le sono state mosse tenuto conto che non vi è stata alcuna applicazione del Codice dei contratti, ma un mero richiamo a disposizioni che sono espressione di un principio generale dell'ordinamento (il potere di autotutela).

19. La revoca dell'aggiudicazione è legittima se sorretta dall'interesse pubblico alla corretta gestione delle risorse collettive, interesse di per sé superiore all'interesse particolare dell'impresa a conservare l'aggiudicazione a maggior ragione quando, come nella fattispecie, il fattore tempo e lo stesso comportamento dell'amministrazione non hanno comunque inciso nel senso di radicare un legittimo affidamento.

20. Il primo motivo d'appello è pertanto infondato.

21. Non spetta miglior sorte alle censure che l'appellante ripropone in quanto non esaminate in primo grado.

22. La censura secondo cui il provvedimento di revoca sarebbe viziato da incompetenza è del tutto destituita di fondamento.

23. E' vero che la Giunta comunale ha adottato un atto di indirizzo, ma è noto che gli atti di indirizzo della giunta comunale non modificano immediatamente la situazione giuridica dei destinatari finali; essi possono porre dei vincoli all'organo competente a provvedere, senz'altro rilevanti in ordine alla valutazione giudiziale del successivo esercizio del potere, ma - di norma - non tali da produrre lesioni dirette.

24. In questo caso la determinazione dirigenziale contiene una autonoma valutazione dei presupposti della revoca, per nulla adeguandosi supinamente alla decisione preliminare della giunta comunale. Risulta, infatti, sia dal testo della determinazione che dalla documentazione versata in atti, che il procedimento si sia sviluppato mediante una comunicazione di avvio, la presentazione di osservazioni da parte dell'appellante, la puntuale considerazioni della stesse da parte del dirigente competente che, in definitiva, ha adottato il provvedimento conclusivo nel pieno rispetto delle competenze attribuitegli dall'art. 107 del d.lgs. 267 del 2000.

25. Neppure può essere positivamente apprezzata la censura secondo cui gli atti dell'amministrazione sarebbero viziati da eccesso di potere (in ordine alla volontà di definire nuovi criteri di assegnazione delle concessioni).

26. L'amministrazione gode di ampia discrezionalità, in assenza di posizioni consolidate (come in questo caso), nel procedere a revocare la gara e a formulare nuovi criteri di assegnazione. Peraltro, sul punto la determinazione impugnata contiene (pagina 3) puntuale e specifica motivazione.

27. E' poi del tutto inconsistente la contestazione circa l'asserita omissione dell'indicazione delle ragioni in base alle quali la variante al P.U.A., adottata con la Deliberazione del 19 novembre 2014, incida in concreto sulla legittimità dei criteri di assegnazione delle concessioni indicati nell'originaria procedura di gara.

28. Il riferimento alla variante al P.U.A. è uno dei plurimi motivi per cui la gara è stata revocata. Peraltro è evidente che il Piano di utilizzazione degli arenili, dettando prescrizioni, tra l'altro, in ordine alle forme di utilizzazione delle aree demaniali marittime è un atto di programmazione che non può non incidere sulle scelte a valle del piano stesso e sul rilascio delle concessioni. Il Piano, in sostanza, mira a rendere compatibile l'offerta dei servizi turistici con le esigenze della salvaguardia e della valorizzazione di tutte le componenti ambientali dei siti costieri, onde consentirne uno sfruttamento equilibrato e non può non avere riflessi sulla disciplina dell'assegnazione delle concessioni.

29. Ugualmente inconsistente è la censura secondo cui gli atti dell'amministrazione sarebbero viziati da eccesso di potere (in relazione al richiamo della normativa PAI).

30. Va qui ribadito quanto già in precedenza osservato e cioè che, anche in questo caso, si è in presenza di uno dei plurimi motivi per cui la gara è stata legittimamente revocata.

31. Correttamente la difesa dell'amministrazione osserva che, se anche le prescrizioni del Piano di Assetto Idrogeologico e le modifiche del Piano di Utilizzazione degli Arenili non investono direttamente il tratto di spiaggia in questione, le stesse hanno comunque ripercussioni sull'impianto generale (pagina 5 della memoria depositata il 31 marzo 2017).

32. In conclusione l'appello deve essere respinto.

33. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Herasmus Società Cooperativa Sociale A R.L. al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in € 5.000/00 (cinquemila) oltre accessori e spese di legge in favore del Comune di Formia.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente  
Valerio Perotti, Consigliere  
Anna Bottiglieri, Consigliere  
Elena Quadri, Consigliere  
Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Gianluca Rovelli**

**IL PRESIDENTE**

**Carlo Saltelli**

**IL SEGRETARIO**