

N. 06132/2011REG.PROV.COLL.
N. 09459/2010 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 numero di registro generale 9459 del 2010, proposto da:

Associazione Sportiva Tennis Club di Torre del Greco, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Angelone, con domicilio eletto presso lo Studio Alfredo e Giuseppe Placidi, in Roma, via Cosseria n. 2;

contro

Comune di Torre del Greco, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Elio Benevento e Antonino Salvini, con domicilio eletto presso il dott. Giuseppe Landolfi, in Roma, via James Joyce, n. 80;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sezione VII, n. 07036/2010, resa tra le parti, di reiezione dei ricorsi, introduttivo e per motivi aggiunti, relativamente all'impugnativa degli atti sub a), g), i) ed l); di declaratoria di improcedibilità relativamente all'impugnativa degli atti sub b), c), d), e), h) e di inammissibilità relativamente all'impugnativa dell'atto sub f). Inoltre di

declaratoria di difetto di giurisdizione limitatamente alla contestazione della richiesta di pagamento dei canoni arretrati.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Torre del Greco ;

Vista la memoria prodotta dalla parte appellante a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2011 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Angelone e Benevento;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado e successivi motivi aggiunti l'Associazione sportiva Tennis Club di Torre del Greco, già concessionaria di una struttura sportiva ubicata nell'area antistante il complesso immobiliare denominato "Istituto La Salle", ha chiesto l'annullamento: a) del provvedimento con il quale il Dirigente del Settore Sviluppo Economico e Servizi alla Persona ha intimato all'Associazione l'immediato rilascio di detta struttura sportiva entro 10 giorni dalla ricezione dell'atto ed ha richiesto il pagamento di canoni arretrati; b) dell'ordinanza sindacale con cui è stato disposto lo sgombero della struttura entro tre giorni, pena l'esecuzione forzata; c) della delibera con cui il Comune ha deciso di affidare la struttura in concessione a terzi; d) della determinazione dirigenziale con cui è stato approvato il bando di gara; e) dell'avviso pubblico del 28.10.08; dello schema di convenzione. Inoltre f) della comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della l. n. 241/1990, finalizzato alla convalida dell'ordinanza sindacale del 13.11.08; g) della determinazione dirigenziale del 4.12.08 prot. 1230/RO con cui è stato concluso il procedimento in questione; h) della determinazione

dirigenziale con cui è stata revocata la determinazione dirigenziale del 16.11.08 concernente l'indizione di un avviso pubblico per l'affidamento in concessione dell'impianto sportivo del complesso "La Salle"; i) della delibera con cui la Giunta Municipale ha dato mandato al Dirigente del Settore di procedere all'affidamento in concessione della struttura sportiva annessa al complesso "La Salle", mediante procedura ad evidenza pubblica; l) della determinazione dirigenziale con cui è stato approvato un nuovo avviso pubblico per l'affidamento in concessione della struttura in questione.

Con il ricorso in appello in epigrafe indicato detta Associazione ha chiesto l'annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata con la quale detto ricorso è stato in parte respinto, in parte dichiarato improcedibile ed in parte inammissibile.

A sostegno del gravame sono state dedotte le seguenti censure:

1.- Il giudice di primo grado ha erroneamente asserito che l'Associazione de qua non aveva titolo a veder riscontrata con atto espresso la sua richiesta di proroga della concessione e che la concessione di beni pubblici aventi rilevanza economica richiede necessariamente il preventivo espletamento di una procedura selettiva pubblica anche quando il privato sia titolare, come nel caso che occupa, di diritto di insistenza.

2.- Erroneamente il T.A.R. ha statuito che il provvedimento con il quale è stato chiesto alla Associazione de qua di liberare l'impianto non doveva essere preceduto da comunicazione di avvio del procedimento.

3.- Il Giudice di primo grado ha erroneamente asserito che il Comune de quo poteva affidare l'impianto sportivo di cui trattasi in concessione a terzi anche a mezzo di una gara in cui, al fine di favorire la più ampia partecipazione, alle partecipanti non fosse richiesto il possesso di alcun requisito di capacità tecnica, economica e finanziaria.

Con atto depositato il 14.4.2011 si è costituito in giudizio il Comune di

Torre del Greco, che ha dedotto la infondatezza dell'appello.

Con memoria depositata il 19.4.2011 parte appellante ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 24.5.2011 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello in esame l'Associazione Sportiva Tennis Club di Torre del Greco ha chiesto l'annullamento della sentenza in epigrafe specificata, con la quale in parte è stata pronunciata declaratoria di improcedibilità e di inammissibilità ed in parte è stato respinto il ricorso proposto contro i provvedimenti del Comune di Torre del Greco di intimazione di rilascio della struttura sportiva ubicata nell'area antistante il complesso immobiliare denominato "Istituto La Salle", nonché di pagamento di arretrati, di sgombero e di emanazione di avviso pubblico per l'affidamento in concessione dell'impianto stesso.

2.- Con il primo motivo di appello è stato dedotto che erroneamente il giudice di primo grado ha asserito che l'Associazione de qua non aveva titolo a veder riscontrata con atto espresso la sua richiesta di proroga della concessione e che la concessione di beni pubblici aventi rilevanza economica richiede necessariamente il preventivo espletamento di una procedura selettiva pubblica, anche quando il privato sia titolare, come nel caso che occupa, di diritto di insistenza.

La sentenza sarebbe viziata da erronea lettura degli atti e da inesatta ricostruzione della vicenda ed avrebbe attribuito ex post al provvedimento di diniego di rinnovo della concessione una motivazione diversa da quella effettiva, omettendo di considerare che l'Amministrazione era venuta meno all'obbligo di riscontrare la richiesta di rinnovo. Ciò in particolare perché la diffida a sgomberare l'impianto sportivo era motivata esclusivamente in

riferimento all'avvenuta scadenza del titolo abilitativo e non alla necessità di bandire una successiva gara d'appalto per l'affidamento della struttura stessa (e la relativa intenzione è stata manifestata solo mesi dopo), sicché l'Amministrazione avrebbe dovuto, correttamente, motivare in ordine ai motivi per i quali conveniva rinnovare l'affidamento in presenza di una istanza di proroga tempestivamente prodotta (considerato che l'art. 2 della convenzione riconosceva al concessionario la titolarità del diritto soggettivo ad avere un riscontro espresso sulla richiesta di proroga presentata prima della scadenza dell'affidamento).

Il T.A.R. non avrebbe neppure considerato che l'obbligo di riscontrare la richiesta di rinnovo con atto espresso non aveva solo rilevanza formale. In presenza di una disposizione pattizia che aveva attribuito al precedente concessionario una pretesa tutelata al riscontro della richiesta di rinnovo o quanto meno una aspettativa, l'Amministrazione avrebbe dovuto esplicitare preventivamente le regole che dovevano disciplinare la comparazione delle istanze eventualmente concorrenti.

2.1.- Osserva il Collegio che il T.A.R. ha, condivisibilmente, al riguardo ritenuto che secondo la prevalente giurisprudenza, il rinnovo di una concessione può essere legittimamente disposto bandendo una gara per l'individuazione del concessionario cui assegnare il bene, essendo le pubbliche amministrazioni assoggettate all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini dell'individuazione del soggetto contraente; inoltre che da tali acquisizioni giurisprudenziali non può ritenersi estranea la materia della concessione dei beni pubblici, in applicazione dei principi discendenti dall'art. 81 del Trattato UE e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti, con attribuzione mediante procedure concorsuali, trasparenti, non discriminatorie, nonché tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti.

2.2.- Rileva innanzi tutto la Sezione che, come dedotto con memoria

depositata il 14.4.2011 dal Comune resistente (non contestata dalla parte appellante con la memoria depositata in giudizio il successivo 19.4.2011), che la convenzione de qua, pur essendo stato approvato il relativo schema con deliberazione del Commissario Straordinario n. 205 del 2002, non è mai stata sottoscritta, sicché la Associazione de qua non è mai divenuta concessionaria e non può neppure vantare alcun diritto di insistenza e reclamare il conseguente obbligo del Comune di perspicua motivazione sulle ragioni per le quali esso era stato pretermesso rispetto alla ritenuta necessità di esperire una gara per il rinnovo dell'affidamento della concessione. A nulla vale la approvazione della convenzione stessa da parte di detto Commissario Straordinario, essendo la convenzione un atto di natura bilaterale.

In secondo luogo osserva il Collegio che, anche a prescindere da detto assorbente rilievo, deve comunque ritenersi non condivisibile la tesi della Associazione appellante, posto che il concessionario di un bene demaniale non può vantare (se non diversamente disposto nell'atto concessorio) alcuna aspettativa al rinnovo del rapporto e che il relativo diniego, comunque esplicitato, nei limiti ordinari della ragionevolezza e della logicità dell'agire amministrativo, non necessita di ulteriore motivazione (essendo parificabile al rigetto di un'ordinaria istanza di concessione), né implica alcun "diritto d'insistenza" allorché la Amministrazione intenda procedere ad un nuovo sistema d'affidamento mediante gara pubblica o comunque procedura comparativa. Pertanto, in sede di rinnovo di una concessione, il precedente concessionario va posto sullo stesso piano di altro soggetto richiedente lo stesso titolo (Consiglio Stato, sez. VI, 24 aprile 1995, n.354; Consiglio Stato, Sez. V, 10.2.2000, n. 725; Consiglio Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145), con possibilità di indizione di una gara al riguardo senza necessità di particolare motivazione con riferimento alla richiesta di rinnovo.

Nel caso di specie l'art. 2 della convenzione prevedeva solo la possibilità di chiedere il rinnovo e non era attributiva di alcun diritto di insistenza, sicché la decisione di indire la gara de qua non necessitava di alcuna particolare motivazione.

La censura in esame non può quindi essere positivamente apprezzata.

3.- Con il secondo motivo di gravame è stato dedotto che erroneamente il T.A.R. ha statuito che il provvedimento con il quale è stato chiesto alla Associazione de qua di liberare l'impianto non doveva essere preceduta da comunicazione di avvio del procedimento nell'assunto che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello adottato.

3.1.- La Sezione non può condividere la censura, atteso che l'inosservanza dell'art. 7 della l. n. 241/1990, in ordine all'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca, non è un vizio di per sé invalidante, in quanto, sebbene la caratterizzazione discrezionale del provvedimento di revoca e l'esigenza di ponderare comparativamente con gli interessi pubblici pongano in rilievo la posizione di vantaggio conseguita dal ricorrente e ostino, in linea di principio, all'applicazione della regola conservativa sancita dall'art. 21 octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, tuttavia, qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, il provvedimento amministrativo non è annullabile per la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento.

Ciò per la ratio della disposizione normativa richiamata, volta a far prevalere gli aspetti sostanziali su quelli formali nelle ipotesi in cui le garanzie procedurali non produrrebbero comunque alcun vantaggio a causa della mancanza di un potere concreto di scelta da parte dell'Amministrazione.

Nel caso che occupa è stato dimostrato in giudizio che il "diritto

d'insistenza” della Associazione appellante era insussistente e che comunque era da considerarsi recessivo a fronte dell'intento della Amministrazione di procedere ad un nuovo sistema d'affidamento mediante gara pubblica o comunque procedura comparativa, sicché l'Amministrazione non aveva altra scelta oltre quella effettuata e non sussisteva la necessità della comunicazione dell'avvio del procedimento.

4.- Con il terzo motivo di appello si sostiene che il Giudice di primo grado ha erroneamente asserito che il Comune de quo poteva affidare l'impianto sportivo di cui trattasi in concessione a terzi anche a mezzo di una gara, in cui, al fine di favorire la più ampia partecipazione, alle partecipanti non fosse richiesto il possesso di alcun requisito di capacità tecnica, economica e finanziaria, utilizzando solo il criterio del prezzo offerto.

4.1.- La tesi, a parere della Sezione, non è condivisibile per le medesime ragioni esplicitate dal Giudice di primo grado, perché, in applicazione del principio del “favor participationis”, particolari requisiti di capacità tecnica e finanziaria possono essere pretesi solo se necessari (il che non ricorre nel caso di specie, in cui deve essere affidata la semplice gestione di un impianto sportivo, che non necessita, per comune conoscenza, di particolari capacità tecniche o finanziarie).

Pure deve essere condivisa, per le caratteristiche della gara, la tesi del T.A.R. che è incensurabile la scelta di attribuire l'affidamento unicamente in base al prezzo: nella discrezionalità di cui gode la stazione appaltante nella scelta tra il criterio del prezzo e quello dell'offerta più vantaggiosa, appare condivisibile la tesi che non sussistono gli elementi che, ex art. 83 del d.lgs. n. 163/2006, avrebbero consigliato il ricorso all'opzione per la scelta del criterio dell'offerta più vantaggiosa.

5.- L'appello deve essere conclusivamente respinto e deve essere confermata la prima decisione.

6.- Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio seguono la

soccombenza e vanno liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello in esame.

Pone a carico della Associazione sportiva appellante le spese e gli onorari del presente grado, liquidate nella misura complessiva di € 4.000,00 (quattromila/00) oltre ai dovuti accessori di legge (I.V.A. e C.P.A.).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/11/2011

IL SEGRETARIO

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