



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

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 7854 del 2011, proposto da:
Livata 2001 S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Silvia Marotta ed Eugenio Mingoia, con domicilio eletto presso l'avv. Silvia Marotta in Roma, piazza Giuseppe Mazzini, 8;

contro

Comune di Subiaco;

nei confronti di

Cori S.r.l. quale Capogruppo RTI e in proprio, Livata Sport & Fun S.r.l., Livata Transport S.r.l., rappresentati e difesi dagli avv. Marco Orlando e Cedric Samarughi, con domicilio eletto presso l'avv. Marco Orlando in Roma, piazza della Libertà n.20;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II TER n. 05133/2011,
resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO IN GESTIONE IMPIANTI
SPORTIVI IN MONTE LIVATA - RIS.DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cori S.r.l. quale Capogruppo RTI e in proprio, di Livata Sport & Fun S.r.l. e di Livata Transport S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Marotta, Mingoia e Orlando;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, sez. II-ter, con la sentenza n. 5133 dell'8 giugno 2011, ha in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibili, previa riunione, i ricorsi proposti dall'odierno appellante per l'annullamento: della delibera di Giunta Comunale n. 145 del 12.8.2010 con cui il Comune di Subiaco ha adottato l'atto di indirizzo per l'affidamento in gestione degli impianti sportivi in Monte Livata, Foglio 20 particella 60, e della slittino via, nonché del preliminare di determinazione del 28.9.2010 del responsabile del dipartimento Urbanistica di affidamento gestione strutture anello e slittino via – approvazione bando di gara; della proposta di delibera di Giunta Comunale emessa in data 5.11.2010, depositata in udienza l'11.11.2010, con cui è stato ritenuto rato e valido il bando di gara per l'affidamento della gestione dell'Anello e della slittino via e perfettamente in linea con la delibera n. 145 della Giunta comunale (quest'ultimo impugnato con separato atto contenente motivi aggiunti in primo grado); della procedura di gara relativa alla concessione delle aree di Monte Livata a Campo Minio per l'esercizio degli sport invernali ed estivi e relativi servizi annessi, indetta con bando di gara pubblicato all'albo pretorio del Comune di Subiaco dal 15.10.2010 al 10.11.2010, ivi compreso lo schema di convenzione, il disciplinare di gara, il Capitolato Speciale, la determina n. 45 del 22.11.2010; del

verbale di gara dell'11.11.2010 di affidamento della concessione al Consorzio Livata Trasport, della successiva determinazione del Dipartimento Urbanistica n. 19 del 26.11.2010 di approvazione del predetto verbale di gara, della deliberazione di Giunta Comunale n. 193 del 10.12.2010 di approvazione definitiva del provvedimenti inerenti la predetta procedura di gara, nonché del Programma di Governo 2006/2011, della successiva delibera di approvazione del medesimo da parte del Consiglio Comunale n. 35 del 29.9.2006, della nota Sindacale del 21.9.2010, della successiva nota del 22.9.2010 del responsabile del Dipartimento Urbanistica (tutti questi ultimi atti impugnati con separato atto contenente motivi aggiunti in primo grado); infine, del provvedimento prot. n. 15817 del 10.12.2010 con cui il Comune di Subiaco ha rilasciato a favore della Livata Transport Srl la gestione delle aree di Monte Livata e Campo Minio per l'esercizio degli sport invernali e relativi servizi annessi per un periodo di anni 10 rinnovabili di altri 10, della convenzione rep. n. 227946 a rogito del notaio dott. Mariaterese Antonucci, sottoscritta in data 10.12.2010 tra il Comune di Subiaco e la Livata Transport Srl, dei permessi di costruire nn. 2015 e 2016 del 15.12.2010 rilasciati dal Comune di Subiaco nei confronti della citata Società controinteressata e della deliberazione del Consiglio Comunale di Subiaco n. 1 del 10.1.2011 (tutti questi ultimi impugnati con un secondo atto contenete motivi aggiunti in primo grado).

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che il Consiglio Comunale di Subiaco, dovendo rinunciare ad una gestione pubblica degli impianti scioviari di Livata, con propria delibera n. 35 del 16 marzo 1976, aveva stabilito di aderire alla costituenda Società Livata 2001 Spa, accordando ad essa la concessione per la realizzazione di una serie di impianti scioviari e sportivi; oltre a dette opere, alle quali era finalizzata la concessione delle aree pubbliche a favore della Società Livata 2001 Spa, erano poste a carico della medesima società altre di cui alcune da realizzarsi entro il 31 maggio 1978 ed altre entro il 31 maggio 1979; in data 20

gennaio 1977 le parti pubbliche e private (Comune di Subiaco e la costituita società Livata 2001 Spa, a cui partecipava nella determinazione del capitale sociale lo stesso ente locale) sottoscrissero un apposito contratto di concessione di beni pubblici per nove anni di alcuni beni finalizzati alla realizzazione di determinati impianti sportivi così come stabilito nella delibera del C.C. sopra descritta ed a carico della costituita società a capitale misto; nel contempo altri beni vennero conferiti in concessione alla medesima società per un periodo di tempo maggiore (29 anni); nel contratto sottoscritto era stato stabilito che, in caso di mancato rispetto delle condizioni di cui sopra, già individuate nella citata delibera del C.C. n. 35 del 1976, il Comune di Subiaco avrebbe avuto la facoltà di rescindere il contratto nell'intesa che quanto realizzato dalla Livata 2001 Spa sarebbe divenuto di proprietà comunale, senza corresponsione di alcun indennizzo.

A tale atto concessorio iniziale, rileva ancora il TAR, seguirono altri atti concessori parziali e anche in tali atti fu prevista la clausola della revoca della concessione in caso di mancato adempimento degli oneri e solo in data 29 luglio 2004, il Consiglio Comunale di Subiaco rinnovò a favore della Livata 2001 Spa per altri venti anni le concessioni indicate nella delibera n. 35 del 1986, con cui, preso atto delle scarse risorse finanziarie disponibili, il Comune aveva già confermato alla Livata 2001 Spa, per un periodo di 10 anni, la predetta concessione di aree pubbliche.

Il TAR rileva, conclusivamente, che non vi è mai stato alcun rinnovo di concessione per le aree di Monte Livata in località Campo Minio, che risulta invece essere l'oggetto della gara per il rilascio delle concessioni impugnate dalla Livata 2001 Spa, gara oggetto del presente giudizio; quand'anche, aggiunge il TAR, vi fosse una parziale coincidenza delle aree, la mancata realizzazione del programma di rilancio del Monte Livata (o in ogni caso le gravi e reiterate inadempienze) da parte della società ricorrente costituivano di per sé una causa sufficiente di revoca automatica delle concessioni rilasciate prima o dopo la delibera n. 35 del 1986.

Inoltre, afferma ancora il TAR, stante anche la mancata partecipazione della società ricorrente alla gara per il rilascio delle concessioni di aree pubbliche, il giudizio sulla legittimazione al ricorso passa necessariamente attraverso la preventiva valutazione della legittimità del bando di gara, poiché sono ipotizzabili solo alcuni casi eccezionali in cui la partecipazione alla gara non costituisce requisito di legittimazione.

Alla luce delle doglianze avanzate dal ricorrente, il TAR in parte ritiene sussistente la legittimità del bando, in parte ritiene che perdano di ogni rilievo le censure con cui si prospetta il vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria o errore nei presupposti connesso al fatto della mancata disponibilità delle aree da parte dell'Ente locale.

Secondo l'appellante, con riferimento al ricorso di primo grado, gli atti attributivi delle concessioni sono validi ed operanti, non essendo intervenuta revoca alcuna; con riferimento al secondo ricorso di primo grado, invece, si ribadiscono le censure non esaminate dal TAR in quanto oggetto della pronuncia di inammissibilità.

Si costituivano i controinteressati chiedendo il rigetto dell'appello.

La Sezione, con ordinanza cautelare n. 4883 del 7 novembre 2011, accoglieva l'istanza cautelare e, per l'effetto, sospendeva l'esecutività della sentenza impugnata, rilevando che non risultava agli atti processuali alcun provvedimento di revoca della precedente concessione, la quale non può ritenersi automaticamente revocata in mancanza dell'apposito procedimento in contraddittorio.

All'udienza pubblica del 10 gennaio 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che l'appello sia fondato.

Deve, infatti, ritenersi che la pronuncia di inammissibilità del TAR, in quanto la ricorrente ha censurato gli atti di gara senza la partecipazione alla procedura ad

evidenza pubblica, sia erronea, come già anticipato in sede di giudizio cautelare d'appello.

Infatti, non risulta in alcun modo agli atti un provvedimento di revoca della precedente concessione, la quale non può ritenersi automaticamente revocata in mancanza dell'apposito procedimento in contraddittorio e, quindi, in mancanza di qualsivoglia espressione di esercizio del potere di revoca, attualmente, come è noto, codificato nelle sue linee generali dall'art. 21-quinquies (o 21-sexies, nelle forme del recesso) della l. 241 del 1990.

Le aree interessate agli interventi, siano esse riferite al c.d. Anello o agli impianti scioviari, erano, almeno in parte, in possesso e gestite dalla stessa appellante, in ragione di atti deliberativi legittimamente adottati e mai revocati dal Comune di Subiaco.

In particolare, per quanto riguarda i beni ricadenti all'interno dell'anello, o ad esso afferenti, l'appellante è concessionaria, in ragione della Delibera n. 78 del 1976, per la durata di ventinove anni, rinnovata con la delibera n. 26 del 29.7.2004; con la stessa delibera è stato anche approvato il Piano Industriale presentato dalla Livata 2001 S.r.l.

Per quanto riguarda, invece, gli impianti scioviari, e le aree ad esso afferenti, o comunque coinvolte, le concessioni alla Livata sono state attribuite con delibera n. 35 del 1976, n. 78 del 20.5.1976, con delibera n. 36/1986, con delibera n. 22 del 1989, con delibera n. 25 del 26.4.2000, con delibera n. 6 del 21.1.2002 ed infine con la delibera n. 26 del 29.7.2004.

Ciò evidenzia la legittimazione dell'appellante al ricorso, in quanto attuale soggetto esercente il possesso e/o la detenzione qualificata delle aree afferenti, o comunque concernenti le due gare contestate; sussistendo, come è ovvio, per conseguenza, l'interesse e la legittimazione a ricorrere.

Fatta questa premessa, che sottolinea l'erroneità della sentenza del TAR in punto legittimazione al ricorso, è evidente che anche la legittimità degli atti con cui si indicano le gare qui contestate subiscono i riflessi di tale situazione di fatto, ovvero la circostanza acclarata dell'appartenenza in concessione alla Livata 2001 S.r.l. delle aree comunque afferenti al c.d. "Anello".

Da ciò deriva, in via direttamente consequenziale, l'illegittimità dei provvedimenti relativi alle procedure di gara, essendo evidente l'errore in cui è incorso il Comune di Subiaco nell'emanazione degli atti relativi: errore dei provvedimenti emessi (delibera di Giunta e determinazione dirigenziale), che si riverbera nell'illegittima adozione degli atti, sotto il profilo della omessa attività istruttoria per non avere preso in considerazione la mancata revoca di aree o beni comunque coinvolti nelle concessioni dell'appellante, soc. Livata 2001, concessioni mai revocate.

In sintesi, il Comune ha ommesso di considerare che, con la presenza attuale dei gestori all'interno delle aree che ha inteso affidare, in quanto affidatari di concessioni mai revocate, alla data di adozione della detta delibera di Giunta, le relative strutture non erano nella disponibilità dell'Ente.

Il TAR sostiene, sul punto, come narrato nella parte in fatto, che nelle aree la mancanza di svolgimento di alcuni interventi costituirebbero, di per sé, una causa sufficiente di revoca automatica delle concessioni rilasciate prima o dopo la delibera n. 35/1986.

Tuttavia, la revoca della concessione, in quanto revoca di un precedente atto espressione di potere amministrativo (la concessione, appunto), non può mai ritenersi automatica, alla stregua di una risoluzione civilistica, poiché il potere amministrativo è un potere necessariamente ad esercizio procedimentalizzato (cd. principio di articolazione), e deve sottostare, per esigenze legate alla tutela del principio di legalità, ai requisiti della tipicità, oltre che della nominatività.

Ciò significa che, per espungere dall'ordinamento un atto amministrativo, occorre un preciso atto amministrativo che abbia una sua specifica funzione, descritta dalla legge, e segua un ordine procedimentale, descritto dalla l. 241 del 1990, situazioni tutte che non si riscontrano neppure minimamente nel caso di specie.

Ne consegue che l'errore commesso ab origine, nella scelta di indire la gara senza prima accertarsi che le aree comunque afferenti agli impianti fossero state oggetto di revoca, rende tutti gli atti illegittimi a valle, compresi quelli relativi all'indizione della gara e alle procedure del nuovo affidamento.

Pertanto, alla luce delle predette argomentazioni, assorbiti tutti gli altri profili di censura, l'appello deve essere accolto e, conseguentemente, in accoglimento dei ricorsi in primo grado, devono essere annullati gli atti impugnati.

Non può, invece, essere accolto il motivo relativo alla richiesta di condanna del Comune di Subiaco al pagamento dei danni asseritamente causati alla Livata 2001 s.r.l., indicati nella misura di € 50.000,00 con interessi e rivalutazione, per il mancato, illegittimo utilizzo delle aree tutte concesse in uso con gli atti impugnati.

Tale domanda, infatti, non risulta affatto circostanziata in punto determinazione del danno; anzi, la sua genericità impedisce al Giudice qualsiasi possibilità di apprezzarne la fondatezza.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, annulla i provvedimenti impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Compensa, tra le parti, le spese di lite del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2012 con
l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2012

IL SEGRETARIO

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