



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

N.

Reg.Dec.

N. 834-1522 Reg.Ric.

ANNO 2002

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 834-2002 proposto da Lasa Marmo s.p.a. per l'industria del marmo in persona del suo legale rappresentante ed amministratore unico sig.ra Elisabetta Sonzogno rappresentata e difesa dagli avvocati Gabrio Abeatici, Franco Zambelli e Mario Ettore Verino, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma via Lima n. 15;

contro

la Amministrazione Separata dei Beni di Uso Civico (Amministrazione SEP. BUC) Lasa Centro, in persona del suo legale rappresentante pro tempore e Presidente del Comitato di Amministrazione rappresentata e difesa dagli avvocati Armin Pinggera e Mario Lulani ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma via Friggeri n. 103;

Comune di Lasa in persona del Sindaco e rappresentante pro tempore - non costituitosi;

la Tiroler Marmorwerke s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore rappresentata e difesa dagli avvocati Manfred Schullian, Christoph Senoner Ulrike Lolis e Maurizio Calò ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma alla via Gramsci 36;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano - n. 379 del 2001;

nonché sul ricorso in appello n. 1522-2002 proposto dall'Amministrazione Separata dei Beni di Uso Civico (Amministrazione SEP. BUC) Lasa Centro, in persona del suo legale rappresentante pro tempore e Presidente del Comitato di Amministrazione rappresentata e difesa dagli avvocati Armin Pinggera e Mario Lulani ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma via Friggeri n. 103;

contro

Comune di Lasa in persona del Sindaco e legale rappresentante pro tempore non costituitosi;

la Tiroler Marmorwerke s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore non costituitasi;

e nei confronti di

Lasa Marmo s.p.a. per l'industria del marmo in persona del suo legale rappresentante sig.ra Elisabetta Sonzogno non costituitasi;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione Autonoma per la Provincia di Bolzano - n. 379 del 2001;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive

difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 19/11/2002 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro;

Uditi, altresì, l'avv. Zambelli, l'avv. Pinggera e l'avv. Schullian;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con nota prot. 6460 il Sindaco del Comune di Lasa , in esecuzione della delibera del Consiglio Comunale n. 36 del 17/6/1999 , divenuta esecutiva il 29/6/1999, comunicava alla Lasa per l'industria del Marmo spa, (in detta nota qualificata Lasa Marmo spa) – disdetta a far tempo dal 31/1/2000 dal contratto di concessione per l'esercizio delle cave marmifere di Lasa, stipulato con detta società in data 29/1/1980, (registrato in Merano in data 13/2/1980 al n. 332 vol. 53 atti I).

Con deliberazione n. 45 del 16/9/2000 l'Amministrazione separata dei beni di uso civico (Amministrazione Separata B.U.C.) Lasa Centro, accertato di essere proprietaria tavolare delle particelle fondiarie oggetto dell'attività di cui al contratto sopra precisato, convalidava e confermava detta disdetta, che veniva quindi comunicata alla società concessionaria con nota datata 27/9/2000.

Con successiva delibera n. 72 del 22/12/2000 l'Amministrazione separata, approvava l'abbozzo del contratto di affitto per l'esercizio di cave marmifere in Lasa, da concludere con la società di cui sopra; quindi, in data 23/12/2000 seguiva l'effettiva stipula del relativo contratto,.

La Tiroler Marmorwerke srl con lettera del 21/11/2000 , dopo aver ricordato di avere già con lettera del 23/7/1999 al Comune di Lasa , dichiarato il suo interesse per ottenere in affitto le cave di Lasa, richiedeva all'amministrazione un incontro per un colloquio per la presentazione del programma.

La lettera veniva riscontrata con nota del 12/1/2001 nella quale l'Amministrazione dichiarava di aver condotto trattative molto intense con la Lasa Marmo spa, rinunciando ad una gara d'appalto, per una serie di motivi che venivano elencati in detta nota, che concludeva con la comunicazione della stipulazione , in data 23 /12/2000 , del contratto di concessione con la Lasa Marmo.

La Tiroler Marmorwerke adiva il giudice amministrativo chiedendo "l'annullamento della deliberazione del Comitato d'Amministrazione dell'Amministrazione Separata B.U.C. Lasa Centro n. 72 del 22/12/2000 sopra richiamata e di qualsiasi atto prodromico, preliminare, consequenziale, o comunque connesso, anche se non espressamente richiamato."

Veniva altresì richiesta la declaratoria di illegittimità del contratto di cui sopra nonché il risarcimento dei danni.

A sostegno del ricorso sono stati dedotti i seguenti quattro motivi :

- 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 13 della legge provinciale n. 6 del 14/12/1992 , inserito con l'art. 10 legge provinciale 25/1/2000 n. 2.

L'amministrazione non ha mai adottato la delibera che , ai sensi della citata norma, era comunque necessaria e prodromica alla deliberazione impugnata.

2) Violazione e falsa applicazione del combinato disposto di cui all'art. 13 della legge provinciale n. 6/1992 , art. 11 della legge provinciale n. 2 del 21 /1/1987 , art. 6 della legge provinciale n. 17 del 22/10/1993 ; art. 7 della medesima legge, e rispettivamente art. 5 della legge regionale n. 13 del 31/7/1993. Eccesso di potere per travisamento, difetto di motivazione , carenza istruttoria.

Ai sensi dell'art. 16 dello Statuto dell'Amministrazione separata questa è equiparata ai comuni per quanto riguarda la normativa da seguire per la stipulazione dei contratti di ogni tipo come pure per la scelta del contraente. Detta normativa peraltro non è stata applicata.

3) Eccesso di potere per ulteriore difetto di motivazione, per violazione dei principi di imparzialità e di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost., per difetto di istruttoria, per travisamento e violazione del giusto procedimento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della legge provinciale n. 17 del 1993 e , rispettivamente , dell'art. 5 della legge regionale n. 13/1993.

La ricorrente sostiene che avrebbe dovuto essere invitata a partecipare alle trattative per ottenere un'eventuale concessione all'esercizio delle cave.

La scelta della trattativa privata non è stata motivata dall'amministrazione.

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 9 della legge provinciale n. 16 del 12/6/1980, nonché dell'art. 7 della legge provinciale n. 17/1993, violazione e falsa applicazione degli artt. 11,12,13, n. 1766 del 16/6/1927 , in riferimento all'art. 145 del r.d.l. n. 3267 del 30/12/1923.

I terreni di cui all'art. 11 lett. b) della legge n. 1766/1927 possono essere affittati solamente a coltivatori diretti a fini agricoli; per quelli di cui alla lettera a) della stessa norma la trattativa privata è prevista solo in casi determinati.

L'amministrazione separata e la controinteressata Lasa Marmo spa si sono costituite nel giudizio di primo grado concludendo per il rigetto del ricorso per inammissibilità ed infondatezza.

Il Tar ha accolto il ricorso.

Sulla eccezione preliminare di difetto di giurisdizione ha osservato che la controversia, anche ove fosse ritenuta inerente ad un contratto privatistico, è relativa alla procedura di scelta del contraente, all'applicazione delle regole di evidenza pubblica, che ricadono nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Sull'eccezione preliminare di difetto di interesse il Tar ha osservato che il soggetto che non è stato posto in grado di partecipare alla procedura relativa all'aggiudicazione di un contratto a trattativa privata ha interesse ad impugnare l'atto con il quale l'ente ha provveduto all'aggiudicazione stessa ed ha quindi ritenuto che la Tiroler Marmorwerke sia titolare di un interesse qualificato e differenziato all'impugnativa dell'atto di aggiudicazione.

Sull'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di notifica effettuata dal messo comunale senza autorizzazione del Presidente del Tribunale ha ritenuto che la notifica, nel processo amministrativo possa essere effettuata anche dal messo comunale senza alcuna delega.

Il Tar ha poi respinto l'eccezione di tardività del ricorso, per effetto del decorso del termine breve di cui all'art. 19 della legge n. 135/1997 e

comunque del termine ordinario di sessanta giorni a decorrere dalla pubblicazione della delibera impugnata.

In particolare sul punto il Tar ha ritenuto inapplicabile il termine di trenta giorni di cui alla legge n. 135/1997 e non rilevante la pubblicazione perché non prevista da alcuna norma di legge o di regolamento.

Nel merito il Tar ha accolto il secondo ed il terzo motivo di ricorso, ha annullato la delibera impugnata , ha dichiarato la conseguente illegittimità del contratto di affitto ed ha respinto la domanda di risarcimento danni proposta dalla Tiroler Marmorwerke.

Con appello n. 834-2002 la Lasa marmo spa premesso di aver gestito sin dal 1929 le cave marmifere site nel Comune di Lasa (BZ), denominate Weisswasserbruch (Cava dell'acqua bianca), Tarnellerbruckebruch (Cava del Ponte di Tarnell) e Nesselwandbruch (Cava della Parete di Nessel), insistenti, per tutta la loro estensione, nelle particelle fondiarie 3738/1 e 3739 della P.T. 406 II; di aver stipulato con il Sindaco di Lasa , a ciò autorizzato dalla delibera consiliare n. 53 del 8/8/1979 un nuovo contratto di concessione ; di avere, a tenore del contratto, ricevuto la concessione quale soggetto idoneo ad assicurare l'utilizzazione industriale delle cave marmifere, per requisiti tecnici, organizzativi e finanziari, dimostrati sin dal 1929, di aver dimostrato sufficiente affidabilità ; di avere un capitale sociale di lit. 200 milioni prontamente ricostituibile ; di essersi impegnata a mantenere un certo organico di occupati ; di essersi impegnata a lavorare il marmo nei propri stabilimenti a Lasa ; di aver pattuito la possibilità di disdetta in qualsiasi momento per gravi inadempienze ovvero con preavviso di almeno tre mesi ; di aver pattuito altresì la possibilità del

rinnovo della concessione alla scadenza , previo, in caso contrario, rimborso delle migliorie apportate ai terreni comunali oggetto della concessione ; di avere visto rescindere il contratto giusta delibera consiliare del 17/6/1999 n. 36 ; di avere visto confermata la disdetta dall'Amministrazione separata dei beni di uso civico divenuta proprietaria dei fondi oggetto della concessione ; di aver iniziato con detta Amministrazione lunghe trattative fino alla stipula di un nuovo contratto di affitto, che non veniva invece stipulato con la Tiroler Marmorwerke poiché quest'ultima aveva dichiarato la propria disponibilità a gestire le cave di Lasa unitamente a quelle del Comune di Silandro estranee alla possibilità di gestione della Amministrazione Separata; di aver visto accogliere dal giudice di primo grado il ricorso della Tiroler Marmorwerke per la necessità di osservare le procedure di evidenza pubblica e comunque di motivare la scelta di concludere il contratto con la Lasa Marmo spa in presenza di una manifestazione d'interesse della ricorrente Tiroler Marmorwerke srl ; tutto ciò esposto e premesso, articolava cinque motivi di impugnazione, chiedeva la riforma della sentenza di primo grado e, per l'effetto, il rigetto del ricorso della Tiroler Marmorwerke srl.

Con i motivi di appello la Lasa Marmo ha dedotto:

1) Erroneità di presupposto e di interpretazione . Carenza di motivazione. Illogicità . Difetto di giurisdizione.

Si sostiene che la delibera impugnata non è altro che l'esternazione della volontà dell'amministrazione di stipulare un contratto di affitto. Il rapporto giuridico espressione di quella delibera essendo rapporto privatistico, coinvolgente posizioni di diritto soggettivo non può che essere rimesso alla giurisdizione del giudice ordinario.

L'atto dell'Amministrazione non sarebbe altro che esercizio della facoltà di rinnovo della concessione, facoltà non conciliabile con l'esperimento di procedure di evidenza pubblica.

2) Tardività dell'impugnativa . Irricevibilità. Erroneità della sentenza. Illogicità della motivazione. Erroneità di presupposto.

Si ripropone l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado.

Si osserva che la pubblicazione degli atti deliberativi fa sorgere per effetto del disposto di cui all'art. 1 della legge n. 205/2000 il termine di impugnativa nei confronti dei soggetti che non risultino espressamente menzionati nella delibera stessa. Peraltro, richiamando l'orientamento del Consiglio di Stato sulla idoneità della pubblicazione a far decorrere il termine di impugnazione nei riguardi dei soggetti non contemplati dall'atto, idoneità che ricorre solo se specificamente prevista da una norma, pur ammettendosi che una norma di tal fatta non vi sia nel caso di specie , si osserva che la Tiroler Marmorwerke non era in una posizione particolarmente qualificata e differenziata tanto da dover ricevere una comunicazione o notifica individuale , e che comunque, non essendo contemplata dall'atto, doveva impugnarlo nel termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione.

3) Eccesso di potere per erronea interpretazione di legge . Erroneo richiamo all'art. 17 dello Statuto dell'Amministrazione separata per i beni di uso civico. Violazione dell'art. 13 della l.p. 14/2/1992 n. 6 . Violazione dell'art. 11, comma 4, della l.p. 21/1/1987 n. 2 novellata dalla l.p. 8/5/1997 n. 7. Violazione dell'art. 6 comma 9 della l.p. 22/10/1993 n. 17 e successive

modificazioni ed integrazioni. Erroneità di presupposto. Carenza di istruttoria. Difetto di motivazione. Sviamento.

Il giudice di prime cure ha rilevato che ai sensi dell'art. 64 del regolamento di attuazione (r.d. 26/2/1928 n. 332) della legge istitutiva degli usi civici (l.n. 1766 /1927) nella fattispecie in esame avrebbe dovuto trovare ingresso l'art. 6 comma 9 della legge provinciale n. 17/1993 secondo il quale alla stipula di contratti a trattativa privata si procede nei casi e con le modalità previsti dalla normativa sull'affidamento di appalti pubblici, servizi e forniture e da altre leggi speciali, mediante gara informale, diretta dall'autorità di cui al comma 7, alla quale, qualora le leggi speciali non prevedano un numero maggiore, debbono essere invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della normativa vigente.”

Quindi la normativa di cui all'art. 11 della legge provinciale di Bolzano che prevede la conclusione di contratti di affitto o di locazione sia attiva che passiva a trattativa privata, non potrebbe prescindere dal rispetto della procedura formalizzata ai sensi dell'art. 6 comma 9 della legge provinciale n. 17/1993.

In senso contrario si osserva che l'Amministrazione separata ha una propria autonomia amministrativa e gestionale, che la stipula di contratti di affitto e la instaurazione di rapporti privatistici costituisce la norma.

Si contesta che l'art. 64 del regolamento possa condurre all'applicazione di norme che disciplinano l'attività della Provincia e non del Comune.

Si richiama l'art. 290 del t.u. della legge comunale e provinciale del 1934 che stabilisce che i beni patrimoniali comunali debbono essere dati normalmente in affitto.

Si rileva che l'art. 17 dello Statuto dell'Amministrazione separata richiama, per quanto non espressamente previsto, "le disposizioni del testo unico sull'ordinamento dei Comuni contenute nel D.P.G.R. 27/2/1995 n. 4/L e nella legge regionale 23/10/1998 n. 10" e quindi la normativa applicabile ai comuni e non alle province.

In ultimo si rileva che, anche volendo applicare le norme citate dal giudice di prime cure, l'art.11 della legge provinciale 21/1/1987 n. 2 consente la trattativa privata senza limiti e che l'art. 6, comma 9, della legge provinciale n. 17/1993 si riferisce alla ipotesi dei contratti di appalto e non di affitto, contratti questi ultimi, non fatti oggetto di disciplina comunitaria di armonizzazione.

- 4) Eccesso di potere per illogicità. Sviamento. Erroneità di presupposto. Vizio della funzione.
- 5) Risarcibilità del danno. Violazione degli articoli 34 e 35 del d.lgs. n. 80/1998 e dell'art. 7 della legge n. 205/2000.

Si spiega domanda di risarcimento danni a seguito dell'annullamento della delibera n. 72/2000 e del contratto di affitto .

Nel costituirsi l'Amministrazione separata dei beni di uso civico , sostenendo l'impugnazione proposta dalla Lasa Marmo, salvo che per la domanda di risarcimento danni.

Si è costituita la Tiroler Marmorwerke , la quale ha riproposto tutti i motivi del ricorso di primo grado, ha eccepito l'imporcedibilità dell'appello

in forza della deliberazione n. 2/2002 dell'Amministrazione separata di rinnovazione dell'aggiudicazione della concessione alla Lasa Marmo, nonché l'infondatezza dell'appello nel merito.

Con separato ricorso in appello (n. 1522-2002) l'Amministrazione separata dei beni di uso civico ha proposto analoghe censure avverso la sentenza, insistendo sul difetto di giurisdizione, sull'irricevibilità, sull'inammissibilità del ricorso sotto svariati profili (difetto di interesse e difetto di notifica), sull'infondatezza nel merito del ricorso.

Resiste la Tiroler Marmorwerke.

DIRITTO

1. Gli appelli sono infondati e meritano il rigetto.
2. In primo luogo deve essere affrontata la questione relativa all'eccepita improcedibilità dell'appello per difetto di interesse.
 - 2.1. Sostiene la Tiroler Marmorwerke che, immediatamente dopo il deposito della sentenza impugnata, ed ancora prima della stesura del ricorso di appello, l'Amministrazione separata dei beni di uso civico – Lasa Centro si è affrettata, con deliberazione n. 2 – 2002 del 4/1/2002, a prescegliere, quale affittuaria delle cave marmifere di Lasa, la Lasa marmo per l'industria del marmo spa, con sede in Lasa, e ad approvare la bozza del relativo contratto alle condizioni individuate in premessa, con durata sino al 31/12/2010.
 - 2.3. Si rileva che tale provvedimento avrebbe sostituito quello annullato, con la decisione appellata, per cui l'appellante pur essendosi riservato di proporre appello, non potrebbe avvantaggiarsi di un'eventuale reviviscenza

del provvedimento sostituito : di qui il difetto di interesse alla proposizione dell'appello.

2.4. L'eccezione è priva di pregio. In effetti la delibera n. 2/2002 citata in precedenza, contiene quella comparazione fra le offerte della Lasa Marmo e della Tiroler Marmorwerke che non era stata effettuata nell'atto impugnato ed annullato dal T.R.G.A. per difetto di motivazione.

2.5. Tuttavia l'atto in questione è stato adottato con riserva di appello della sentenza di primo grado, e quindi , si rivela semplicemente un atto di regolamentazione provvisoria degli interessi , di determinazione di un assetto disciplinare interinale, di adempimento necessitato dall'esecutività della sentenza di primo grado, ma senza che ciò possa significare acquiescenza alla pronuncia che ci si riserva di impugnare.

2.6. Va ricordato che le sentenza dei Tribunali amministrativi regionali sono esecutive, e che, quelle non sospese, possono essere azionate, nelle more dell'appello, in una procedura che si svolge innanzi al tribunale amministrativo regionale ed è ricalcata sul giudizio di ottemperanza (senza potersi identificare con l'ottemperanza poiché in difetto del giudicato, si tratta solo di assicura la produzione interinale degli effetti della sentenza di primo grado) (cfr. art. 33 comma 1 e comma 4 della legge sui Tar 6 dicembre 1971 n. 1034). In presenza di una disciplina di tal fatta, dopo la sentenza di primo grado occorre che l'amministrazione adegui la realtà giuridica provvedimento al dictum giudiziale ma tale adeguamento non può avere valore satisfattivo dell'interesse azionato con ricorso di primo grado , né determinare acquiescenza, né causare un sopravvenuto difetto di interesse ad appellare. La determinazione dell'amministrazione,

soccombente in primo grado, tesa a rivedere il proprio operato, rinnovando il procedimento, con diversa motivazione, alla luce dei principi affermati in sentenza, ma con riserva di appello si rivela solo quale puntuale applicazione del disposto di cui all'art. 33 della legge sui Tar. In tal caso la nuova delibera, più che sostituire la precedente annullata in via definitiva, va qualificata come delibera meramente esecutiva della sentenza di primo grado e quindi ininfluenza sulla procedibilità dell'appello che venga successivamente proposto dall'amministrazione o da altro soggetto legittimato alla proposizione dell'impugnazione.

3. Va poi affrontato il primo motivo di appello, con il quale è stata riproposta l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Ritengono gli appellanti che essendo stata contestata la stipula di un mero contratto di affitto fra Lasa Marmo ed Amministrazione separata dei beni di uso civico la delibera impugnata sarebbe un atto paritetico di mera esternazione formale della volontà dell'amministrazione di stipulare un contratto di affitto, di valutazione, sul piano privatistico, della convenienza della bozza di contratto, senza intendimento di porre in essere una procedura di evidenza pubblica, peraltro non richiesta dalla normativa, né dalla concreta situazione contrattuale, secondo la quale, anche a tenore della originaria concessione sarebbe stato possibile il rinnovo del contratto con lo stesso concessionario.

3.1. La conseguenza di tale argomentare è la esistenza esclusiva di posizioni di diritto soggettivo, relative ad un rapporto paritetico, con conseguente appartenenza delle domande spiegate in relazione a detto rapporto alla giurisdizione del giudice ordinario.

3.2. Il giudice di primo grado ha ricordato che le procedure di scelta del contraente da parte di soggetti comunque tenuti all'applicazione delle regole di evidenza pubblica, ricadono nella giurisdizione del giudice amministrativo.

3.3. La decisione del T.R.G.A. in punto di giurisdizione è senz'altro esatta, anche se non del tutto esauriente. Ciò che conta, ai fini della giurisdizione, non è tanto la effettiva fondatezza della pretesa azionata, ma l'astratta configurabilità della stessa come pretesa all'esercizio legittimo di un potere amministrativo, ossia l'esistenza di una pretesa o domanda relativa ad una posizione configurabile in astratto come interesse legittimo; orbene la domanda della società ricorrente in primo grado lamenta il mancato esperimento di una procedura comparativa di valutazione, ossia, in astratto, il mancato rispetto di regole di evidenza pubblica, la cui applicazione non può che essere devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

3.4. Ma v'è di più: il contratto di affitto stipulato dall'Amministrazione separata dei beni di uso civico si rivela un contratto di concessione di un bene pubblico, devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 5 della legge sui Tar a tenore del quale "sono devoluti alla competenza dei tribunali amministrativi regionali i ricorsi contro atti o provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici", salvo le controversie concernenti "indennità, canoni ed altri corrispettivi". Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato si è ritenuta la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso in cui una p.a. proceda all'affidamento della concessione di sfruttamento di una cava, e ciò

indipendentemente dal nomen del contratto usato dall'amministrazione, che abbia ritenuto di qualificare il rapporto come rapporto contrattuale di affitto, anche se poi si è ritenuta irrilevante la qualificazione del rapporto ai fini della giurisdizione ove si controverta sulla scelta del contraente (Consiglio Stato, sez. VI, 8 ottobre 1998, n. 1363 Com. Selva Val Gardena e altro c. Goller).

3.5. *La cava è presa in considerazione dal diritto in relazione all'attività economica che in essa si svolge* . Nel linguaggio giuridico il significato del termine è quindi quello più vicino alla espressione verbale che indica *l'estrazione dal suolo o dal sottosuolo di minerali od altre sostanze utili* .La considerazione della cava come bene autonomo e idoneo a consentire la produzione di altri beni accomuna le cave alle miniere e le distingue dai suoli su cui insistono. Così la c.d. legge mineraria, il r.d. 29-7-1927 n. 1443, che costituisce a tutt'oggi la principale fonte dell'ordinamento italiano in questo settore, disciplina "la ricerca e la coltivazione delle sostanze minerali e delle energie del sottosuolo industrialmente utilizzabili" ricomprendendo in questo ambito sia le cave che le miniere. L'impostazione unitaria non si spinge peraltro oltre l'analogia strutturale delle norme che riguardano entrambe le categorie, analogia che sembra emergere dai seguenti tratti: a) *considerazione autonoma dei rapporti relativi al giacimento rispetto a quelli relativi al suolo*; b) *disciplina "speciale" del bene in funzione della disciplina "speciale" dell'attività produttiva ad esso inerente*. Tale struttura si svolge poi in un regime giuridico delle cave in cui, rispetto alle miniere, si riconosce l'intenzione del legislatore di produrre una minore divergenza rispetto al regime ordinario della proprietà fondiaria, a causa della minore

importanza riconosciuta alle sostanze che si riportano a questa categoria. Questo giudizio di valore ha raggiunto una intensità particolare con la Costituzione repubblicana, la quale ha ricompreso, all'art. 117 vecchio testo, le cave e torbiere nell'elencazione delle materie attribuite alla competenza legislativa delle regioni. Nell'ordinamento previgente la riforma del titolo V, quindi, il passaggio di una sostanza dalla disciplina delle cave alla disciplina delle miniere, o viceversa, comportava anche l'individuazione di un diverso soggetto pubblico titolare della funzione legislativa. Ai beni che per norma di legge, o atto amministrativo, appartengono alla categoria delle cave si applica un regime giuridico particolare che prevale sulla disposizione generale in ordine all'estensione spaziale della proprietà fondiaria, contenuta nell'art. 840 del c.c.. Occorre mettere in evidenza che il regime speciale del giacimento – come già detto - non incide su quello del suolo strettamente inteso, sul quale il proprietario può continuare ad esercitare ogni facoltà. *Qualora infatti, per caratteristiche particolari del giacimento, il godimento del suolo debba subire limitazioni od essere addirittura di fatto escluso (e l'attività di cava sia svolta da altro soggetto) il proprietario ha diritto alla piena reintegrazione patrimoniale.* Identificato l'oggetto della disciplina in materia di cave e torbiere, o meglio il bene in presenza del quale si applicano le norme sull'attività estrattiva, può porsi l'attenzione al regime cui tali norme danno vita. Come si è anticipato, oggi la competenza legislativa in materia di cave è attribuita alle regioni, le quali hanno provveduto a legiferare, alcune anche con più di una legge, in assenza di una normativa quadro nazionale e quindi solo sulla base dei principi che possono essere desunti dalle vigenti norme statali. Per quanto riguarda la

Provincia Autonoma di Bolzano si deve fare riferimento alla legge provinciale n. 38 del 1976 che, all'art. 8, prevede una forma di acquisizione del giacimento non coltivato al patrimonio indisponibile della Provincia con disposizione analoga a quella dell'art. 45 della legge mineraria statale. Fra le norme statali di principio – come si è appena rilevato - deve sicuramente ricomprendersi l'art. 45 della legge mineraria, in base al quale le cave sono lasciate in disponibilità del proprietario del suolo, salva la possibilità per l'amministrazione, quando il proprietario non ne intraprenda o non ne sviluppi a sufficienza la coltivazione, previo un particolare procedimento, di dare le cave in concessione a terzi. Vi è poi oltre l'art. 840 del c.c., già richiamato, anche l'art. 826, sempre del codice civile, il quale ricomprende nel patrimonio indisponibile dello Stato le cave la cui disponibilità sia sottratta al proprietario del fondo. Ad accentuare gli elementi di distacco dal modello proprietario fu per prima quella dottrina che sostenne l'appartenenza originaria delle cave al patrimonio indisponibile dello Stato, e l'attribuzione del diritto di coltivazione al proprietario del suolo per effetto di una concessione ex lege. La questione si è posta in termini diversi in riferimento agli artt. 41 e 42 della Costituzione. La diversa concezione della proprietà o delle proprietà (come si è detto per sottolineare la scomparsa di un modello unitario), consente oggi di considerare per nulla estranea al diritto di proprietà privata la vicenda dell'inserzione di un interesse pubblico con modalità che per alcuni tipi di beni assumono tale rilevanza da giustificare l'individuazione di una particolare categoria. Sostanzialmente per questa via la Corte costituzionale con la nota sentenza n. 20 del 9-3-1967, ha ritenuto costituzionalmente legittimo l'art. 45 della legge mineraria

del 1927. In tale sentenza si afferma in primo luogo che il diritto del proprietario, comunque venga configurato, viene attribuito con i limiti imposti dalla rilevanza pubblica del bene data dall'interesse pubblico allo sfruttamento del giacimento; l'atto di concessione quindi incide sul diritto del privato per l'attivarsi del limite cui sottostava e la fattispecie esula pertanto dal 3° co. dell'art. 42 Cost. non dando luogo ad un'espropriazione. E' interessante rilevare come chi afferma che il potere di "avocazione" di cui all'art. 45 partecipa al potere generale attribuito alla P.A., in ordine all'intera categoria, di procedere alla progressiva assimilazione delle cave alle miniere, nello stesso tempo riconosce che *l'adeguatezza dello sfruttamento da parte del proprietario sia concetto relativo implicante valutazioni discrezionali*. Fatte queste premesse di ordine generale, si può ora affrontare la questione relativa alla esistenza di un potere dell'amministrazione, rispetto alla cava di sua proprietà, di utilizzare, per concederla a terzi, il diritto privato o, alternativamente, lo strumento concessorio a suo piacimento ovvero di poter solo usare del diritto pubblico stante la natura pubblica del bene.

3.6. Ritene il Collegio che la qualificazione giuridica del bene muti a seconda che venga in rilievo la considerazione della cava come giacimento o come suolo (nel primo caso venendo in rilievo la sua natura di bene pubblico nel secondo caso la sua natura di bene patrimoniale disponibile). La cava di proprietà dell'amministrazione separata dei beni di uso civico va qualificata – quale giacimento - come bene appartenente al patrimonio indisponibile (ai sensi degli artt. 826 comma 2 ed 830 del cod.civ., poiché si tratta di un bene appartenente all'ente pubblico ed in relazione al quale

sussiste un immanente interesse pubblico, normativamente qualificato ex artt. 45 della legge mineraria ed 8 della l. p. n. 38/1976, alla massimizzazione del suo sfruttamento, come tale di per sé “sottratto alla disponibilità del proprietario del fondo” - anche in assenza di un provvedimento autoritativo di acquisizione – e ciò indipendentemente dalla considerazione degli usi civici gravanti sul fondo). Quale bene pubblico la cava è un bene il cui godimento può essere attribuito a privati solo mediante provvedimenti concessori, sempre che non venga in rilievo l’affitto del suolo, a fini diversi da quello dello sfruttamento della cava. I beni patrimoniali indisponibili infatti sono sottoposti esclusivamente al regime della concessione amministrativa, che è incompatibile con quello dell'affitto dei fondi rustici, applicabile solo ai beni patrimoniali disponibili (Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 27-02-1991, n. 27). Ne deriva, nella specie, la qualificazione del rapporto come concessione , (in consonanza, fra l’altro al titolo originario del 29/11/1980), e la esistenza di un campo di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. L’affitto può riguardare la cava come suolo esistente indipendentemente dal giacimento , ma nel caso di specie è pacifico che l’amministrazione intende attribuire al privato solo il diritto al godimento del suolo in vista dello specifico sfruttamento del giacimento, attività quest’ultima di indubbio interesse pubblico (tanto che l’art. 45 della legge mineraria e l’art. 8 della l.p. n. 38/1976 consentono la sottrazione dei giacimenti di cava ai proprietari inerti senza esproprio dei suoli) .

3.7. Il suolo su cui insiste la cava – considerato autonomamente dal giacimento - è invece bene patrimoniale disponibile dell’amministrazione e

può essere fatto oggetto di un contratto di affitto quando venga in considerazione come tale e non per lo sfruttamento del giacimento ivi esistente (sfruttamento peraltro realizzabile dal proprietario sua sponte, previa autorizzazione, indipendentemente da obblighi assunti nei confronti dell'ente concedente).

3.8. In questo senso non appare del tutto persuasivo l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria più recente che, pur legando correttamente la possibilità di stipulare il contratto di affitto all'esistenza di un bene facente parte del patrimonio disponibile, ritiene poi che le cave siano sempre parte del patrimonio disponibile degli enti locali e degli altri enti salvi i casi in cui siano state acquisite per provvedimenti dell'autorità mineraria all'ente pubblico (CdS VI 13/6/2000 n. 3291; CdS VI 26/7/1986 n. 572; CdS VI 17/1/1984 n. 11 e n. 8; Cass. Sez. Un. 29/6/1979 n. 3664) e quindi riporta allo schema della concessione solo il contratto stipulato dopo l'acquisizione autoritativa del giacimento. In tal modo si oscura la finalità oggettiva del rapporto che può essere tesa alla soddisfazione dell'interesse pubblico allo sfruttamento della cava. Non si vede infatti per quale ragione il bene e il contratto debbano ricevere una diversa qualificazione, pubblicistica o privatistica solo in ragione della modalità di acquisizione della cava da parte dell'ente pubblico, quando "la sottrazione della disponibilità" della cava al proprietario (art. 826 comma 2 cod. civ.) si ha non solo nel caso di provvedimento ex art. 45 della legge mineraria ma anche, *a fortiori*, in caso di proprietà *ab origine* pubblica sul giacimento. L'art. 826, comma 2, cod. civ. (norma che minus dixit quam voluit) mira a qualificare come appartenenti al patrimonio indisponibile le cave e le torbiere nei casi in cui,

quali giacimenti, siano stati acquisiti indipendentemente dalla proprietà del fondo, *ma non comporta – poiché tanto sarebbe irragionevole - la differenziazione fra giacimenti acquisiti dagli enti pubblici senza titolarità del diritto di proprietà e giacimenti acquisiti dagli enti a titolo di proprietà.*

Inoltre l'interesse pubblico allo sfruttamento del giacimento non può che essere oggetto di un potere pubblicistico – come fu rettamente inteso nella concessione del 1980 divenuta nel 2000 rapporto di affitto senza che al bene sia stata cambiata destinazione - ove sia dedotto nel contratto poiché in relazione ad esso l'amministrazione non è nella stessa posizione di un privato ma è dotata di poteri di autotutela, che connotano il rapporto e possono condurre alla revoca della concessione nel caso in cui lo sfruttamento non sia conveniente e rispondente al parametro normativo.

3.9. Il contratto del 23/12/2000, approvato con la deliberazione impugnata , mira ad assicurare e mantenere la razionale utilizzazione industriale delle cave marmifere anzidette concedendone l'esercizio ad un'impresa la quale dia affidamento per potenza di capitale e capacità di direzione di raggiungere tale risultato. Non si tratta quindi della mera locazione di un bene produttivo di cui il concedente poi si disinteressa, né di un contratto societario che preveda una cointeressenza paritaria fra p.a. e privato imprenditore, ma del conferimento di un potere di sfruttamento connesso *all'interesse pubblico allo sfruttamento della cava di proprietà dell'amministrazione*, potere che non può essere che trasferito e conformato convenientemente mediante concessione- contratto e che non può non accompagnarsi a poteri di revoca ius poenitendi.

3.10 Gli atti amministrativi devono essere qualificati avuto riguardo alla loro esatta portata e a prescindere dalla loro formale denominazione (Cons. Stato, sez. v, 21 ottobre 1992, n. 1049), dall'altro, che il nostro ordinamento conosce la figura della concessione - contratto. La concessione - contratto, in particolare, è la convenzione con la quale la pubblica amministrazione, sia pure sulla base di un proprio provvedimento, attribuisce ad un soggetto privato la facoltà di svolgere un'attività che di regola si accompagna col trasferimento al concessionario di funzioni pubbliche (Trib. Sup. acque 8 luglio 1996, n. 62). Tale figura, ancora, è caratterizzata dalla contemporanea presenza di elementi pubblicistici e privatistici, con la conseguenza, pertanto, da un lato, che un forza di un tale atto la P.A. viene a trovarsi in una posizione particolare e privilegiata rispetto all'altra parte in quanto dispone, oltre che dei diritti e della facoltà che nascono comunemente dal contratto, di pubblici poteri che derivano direttamente dalla necessità di assicurare il pubblico interesse in quel particolare settore cui inerisce la concessione (T.A.R. Molise 6 agosto 1985, n. 147), dall'altro, che un soggetto privato può divenire titolare di prerogative pubblicistiche proprio in base ad una concessione - contratto (cfr., ad esempio, quanto alle opere attuative di un piano di edilizia residenziale, oggetto di concessione c.d. traslativa, Cass., sez. un., 3 febbraio 1996, n. 917, nonché Cass., sez. un., 25 maggio 1995, n. 5804).

3.11 Anche a prescindere da quanto precede comunque, non può tacersi che, al fine dell'esatta qualificazione del rapporto che si è instaurato tra le parti, al di là dell'indagine sulla reale "intenzione" dei contraenti (con palese, pur se implicito, richiamo all'art. 1362 c.c.) ciò che rileva - al fine di

ritenere l'esistenza di un rapporto concessorio - nella sua oggettività, è la circostanza che sia stato consentito - anche se in forza di contratto di affitto - il godimento individuale, da parte di un soggetto privato di un bene pubblico ossia il giacimento di cava in proprietà pubblica (cfr., al riguardo, ad esempio, Cass., sez. un., 10 marzo 1995, n. 2806, nonché Cass., sez. un., 7 ottobre 1994, n. 8192 e – nella giurisprudenza del Consiglio - Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 1994, n. 1257 che ha qualificato lo stadio comunale come bene facente parte del patrimonio indisponibile poiché è nella titolarità dell'ente pubblico ed è idoneo a soddisfare interessi pubblici).

3.12 Al fine di dimostrare che il rapporto inter partes ha natura squisitamente privatistica ed è soggetto alle norme del codice civile in tema di locazione di immobili o di affitto di azienda - non può valere la sola circostanza che nel contratto e nei relativi atti preparatori la parti "parlano" di "locazione". La concessione amministrativa - infatti - giusta i principi generalissimi in materia (cfr., ad esempio, art. 5, l. 6 dicembre 1971, n. 1034; d.lgs. n. 80/1998), può avere ad oggetto, la concessione o di "servizi pubblici" o di "beni pubblici", per cui ai fini della qualificazione del rapporto come concessione è sufficiente si accerti la natura di bene patrimoniale indisponibile della cava.

3.13 I beni del patrimonio indisponibile, infatti "non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano" (art. 828, comma 2) e nella specie, non solo il suolo su cui insiste la cava ha ancora - in forza della concessione contratto del 1980 hinc inde più volte richiamata dalle parti in causa - quella specifica destinazione, di interesse pubblico, allo sfruttamento del giacimento e non può essere

destinata ad uso diverso , ma non risulta in alcun modo nè la circostanza è stata mai dedotta, neppure a livello di argomento difensivo che l'Amministrazione abbia adottato provvedimenti di sorta per sottrarre tale immobile al regime dei beni patrimoniali indisponibili che, sin dal 1929, aveva fatto sorgere rapporti concessori .

3.14 Attesa la natura di beni patrimoniali indisponibili dell'immobile in questione è giocoforza concludere che tra le parti esiste un rapporto di concessione amministrativa, tenuto presente che la concessione, al privato, del godimento di beni del patrimonio indisponibile di enti territoriali integra, in ogni caso, una "concessione amministrativa" (tra le tantissime, cfr., ad esempio, Cass., sez. un., 29 novembre 1991, n. 12834, in margine alla convenzione con la quale il comune accordi al privato la facoltà di utilizzare i pali dell'azienda elettrica municipalizzata per l'installazione di targhe pubblicitarie e ne disciplini le modalità; Cass., sez. un., 9 luglio 1991, n. 7546, che ha ritenuto integri una "concessione amministrativa" l'affidamento in gestione al privato di un "autoporto" da parte di un comune, ove lo stesso sia incluso nel patrimonio indisponibile dell'ente concedente; Cass., sez. un., 2 novembre 1990, n. 10557: l'affidamento in gestione al privato di un complesso alberghiero dell'ente di sviluppo agricolo in Calabria, che sia stato realizzato, ai sensi dell'art. 2 della l. 31 dicembre 1947 n. 1629, per promuovere il turismo nel comprensorio dell'altopiano Silano, trova titolo in un rapporto di concessione di bene pubblico, trattandosi di immobile incluso nel patrimonio indisponibile di detto ente, e da amministrarsi in conformità delle specifiche previsioni della l. reg. Calabria 14 dicembre 1978 n. 28).

3.15 Quanto sopra osservato - del resto - trova conforto anche in particolare in Cass., sez. un., 29 novembre 1994, n. 10199, secondo cui ad es. gli impianti sportivi comunali per il nuoto rientrano tra i beni del patrimonio indisponibile del comune, precisamente tra quelli destinati a un pubblico servizio, essendo finalizzati a soddisfare l'interesse proprio dell'intera collettività alle discipline sportive, e possono essere trasferiti nella disponibilità dei privati, perché ne facciano un uso ben determinato, solo mediante concessioni amministrative e di conseguenza tutte le controversie relative a tale rapporto di concessione sono devolute dall'art. 5, comma 1, l. 6 dicembre 1971 n. 1034 alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

3.16 Atteso che nella specie si è a fronte - tenuta presente la natura del bene oggetto del rapporto ed a prescindere dalla circostanza che beni aventi identica funzione possano essere nel patrimonio di soggetti privati, e, quindi, di contratti di locazione o di affitto di azienda secondo le regole privatistiche - ad una concessione amministrativa, è evidente - come anticipato - che il rapporto inter partes non può qualificarsi nè affitto di azienda, nè quale locazione di immobile urbano destinato ad uso diverso da quello abitativo.

3.17 Da tutto quanto esposto deriva la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo.

4. Il secondo motivo di appello proposto dalla Lasa Marmo è relativo alla tardività del ricorso di primo grado, eccezione già proposta in prime cure.

4.1. Si deduce l'irricevibilità del ricorso a partire dalla pubblicazione della delibera nell'albo pretorio dell'amministrazione separata.

4.2. Il motivo è privo di pregio. Deve essere condivisa la sentenza di primo grado, che nel disattendere tale eccezione ha rilevato che l'art. 1 della legge n. 205/2000 che modifica l'art. 21 della legge sui Tar, fa decorrere il termine di impugnazione del provvedimento amministrativo, per gli atti per cui non sia richiesta la notifica individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine per la pubblicazione, ma solo se questa sia prevista da disposizioni di legge o di regolamento. E' pacifico tra le parti (e ammesso anche dalla difesa della Lasa Marmo nel ricorso in appello) che non vi sono norme che prevedano in modo specifico la pubblicazione della delibera impugnata. Da ciò consegue la decorrenza del termine per impugnare dalla piena conoscenza legata alla lettera del 5/3/2001 con la quale l'Amministrazione Separata ha comunicato l'intervenuta stipula del contratto alla Tiroler Marmorwerke . Ne deriva la tempestività del ricorso notificato il 4/5/2001.

5. L'appello dell'Amministrazione separata, con il secondo motivo, ripropone eccezioni di inammissibilità del ricorso rigettate dal giudice di prime cure.

5.1. In particolare si sostiene che l'Amministrazione separata tendeva al rinnovo della vecchia concessione, mentre le condizioni poste dalla Tiroler Marmorwerke, società con capitalizzazione insufficiente, erano irrealizzabili e non tali da far venire meno la convenienza della stipulazione con la società Lasa Marmo, in particolare per l'obbligo esistente nella concessione del 1980 di rimborsare le miglioriie previa stima, e per la mancata assicurazione dei livelli occupazionali preesistenti da parte del nuovo soggetto.

5.2. In realtà le ragioni poste a fondamento dell'eccezione di difetto di interesse avrebbero, eventualmente, potuto giustificare un diniego dell'aggiudicazione del contratto alla Tiroler Marmorwerke : esse appaiono il risultato di una valutazione comparativa che è mancata nel caso di specie, e che non può realizzarsi a posteriori, ma solo nella successiva rinnovazione dell'azione amministrativa (nella quale si dovrà garantire il contraddittorio con la società ricorrente). La società odierna appellata ha manifestato, attraverso una fitta corrispondenza la sua intenzione di stipulare un contratto per lo sfruttamento delle cave dell'amministrazione, tanto basta a radicare l'interesse ad impugnare alla luce dell'insegnamento costante della giurisprudenza per cui il soggetto che non è stato posto in grado di partecipare alla procedura relativa alla aggiudicazione di un contratto a trattativa privata ha interesse ad impugnare l'atto col quale l'ente ha provveduto all'aggiudicazione stessa (C. Stato, sez. V, 26-06-1996, n. 792) , confortato dall'“arresto” che ha radicato l'interesse nell'operatore economico del settore, rilevando che, nel caso in cui l'amministrazione si determini a concludere un contratto a trattativa privata con un imprenditore, si incide evidentemente in senso sfavorevole sulle posizioni soggettive degli altri imprenditori operanti nel settore (e titolari di interessi di pretesa alla conclusione del medesimo contratto), con conseguenze negative sulla libera concorrenza; pertanto, gli aspiranti partecipanti alla gara e rimasti esclusi ben possono impugnare tale atto, in quanto titolari dell'interesse strumentale volto ad ottenerne l'annullamento e a far seguire l'indizione della gara pubblica. (C. Stato, sez. V, 22-03-1995, n. 454).

6. Altro motivo proposto dall'Amministrazione separata concerne l'irritualità della notifica del ricorso effettuata dal messo comunale senza previa autorizzazione del Presidente del Tribunale.

6.1. Sul punto è costante l'insegnamento della giurisprudenza del Consiglio dal quale la Sezione non vede motivo di discostarsi : “nel processo amministrativo la notifica del ricorso può essere effettuata, oltre che dall'ufficiale giudiziario, anche dal messo comunale, ai sensi dell'art. 8 r.d. 17 agosto 1907 n. 642, senza che occorra alcuna delega.” (C. Stato, sez. IV, 16-01-1993, n. 46 C. Stato, sez. V, 27-04-1990, n. 401; C. Stato, sez. VI, 31-10-1984, n. 628).

7. Vi sono poi i motivi dei diversi appelli, che possono essere esaminati congiuntamente per la loro connessione logica, che contestano l'esistenza di un obbligo da parte dell'amministrazione di rispettare regole di evidenza pubblica o di dover procedere ad un esame comparativo delle offerte delle imprese interessate alla concessione-contratto.

7.1. In materia si riscontra un precedente specifico della Sezione che deve essere richiamato secondo il quale la concessione dello sfruttamento di una cava fra più aspiranti non può avvenire al di fuori della procedura concorsuale, essendo necessaria una comparazione pubblica tra le varie offerte. (C. Stato, sez. VI, 08-10-1998, n. 1363).

7.2. In quel decisum , relativo ad un rinnovo di concessione di cava , si è ritenuto che sussista un principio generale per cui ogni contratto della PA da cui derivi una entrata o una spesa debba essere preceduto da asta pubblica (art. 3 R.D. 18.11.1923 n. 2240), principio espressamente recepito dall'ordinamento regionale (art. 28 L.R. 4 gennaio 1993 n. 1 - art. 58 del

T.U. Leggi regionali sull'ordinamento dei Comuni - D.P.G.R. 24.2. 1995 n. 4 corrispondente all'art. 13 della legge provinciale n. 6/1992), laddove, nel caso di specie si era fatto ricorso ad una trattativa privata, senza alcuna sufficiente giustificazione.

7.3. La peculiarità della fattispecie attualmente a giudizio, fermo il principio generale della concorrenzialità delle offerte e della necessità della loro valutazione comparativa, confermato in materia concessoria dall'art. 12 della legge n. 241/1990 e dalla comunicazione interpretativa della Commissione Ce dell'aprile del 29 aprile 2000, risiede nel fatto che l'amministrazione concedente è l'amministrazione separata dei beni di uso civico di Lasa Centro, per cui si pone il tema dell'autonomia organizzativa dell'ente. Ma è lo stesso statuto dell'amministrazione separata che all'art. 17, in piena consonanza con l'art. 64, comma 2 del regolamento di attuazione della legge istitutiva degli usi civici, per tutto quanto non previsto richiama le disposizioni del T.U.O.C. (testo unico ordinamento dei comuni) fra cui l'art.13 della legge provinciale n. 6/1992.

7.4. Tale norma prevede il contenuto della c.d. delibera a contrarre e prescrive che gli enti, nel contrarre con i privati, quando prescelgono la trattativa privata, debbano indicare il fine che con il contratto intendono perseguire, nonché le modalità di scelta del contraente a fini di trasparenza della scelta amministrativa, buon andamento dell'attività e tutela del mercato.

7.5. In tal modo, anche volendo ritenere non pertinenti le altre norme citate dal T.R.G.A. (ed in particolare l'art. 6 punto 9 della legge provinciale 22/10/1993 n. 17 come sostituito dall'art. 10 della legge provinciale

21/10/1998 n. 1) e lecita la trattativa privata, si evidenzia in base ai principi generali richiamati, la necessità di una motivazione della scelta, la necessità di una effettiva comparazione fra i soggetti interessati alla gestione della cava, la doverosità di un effettivo riscontro alle richieste della ricorrente avanzate con la corrispondenza versata in atti.

7.6. D'altra parte è sufficiente operare un raffronto fra la delibera impugnata in primo grado e quella adottata in esecuzione della sentenza di primo grado per apprezzare il difetto di motivazione rilevato dal giudice di primo grado e non superato dalle censure proposte in appello. Da ciò deriva il rigetto di tutti i motivi d'appello rivolti avverso l'annullamento della delibera n. 72/2000 e la conferma, sul punto, della sentenza di primo grado.

8. Va , in ultimo, esaminato il motivo di appello proposto avverso il capo della sentenza che pronuncia la declaratoria di illegittimità del contratto di affitto, in accoglimento di uno specifico motivo del ricorso di primo grado (il quinto).

8.1. Essendosi qualificato il rapporto come concessorio, sul punto sussiste, ex art. 5 della legge sui Tar la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e si pone quindi il problema della valutazione dell'incidenza dell'annullamento dell'atto relativo alla serie procedimentale di evidenza pubblica sul contratto già stipulato dall'amministrazione .

8.2. Il tema è - in sostanza - quello delle conseguenze giuridiche determinate dall'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione di un contratto stipulato dall'amministrazione, poiché, nella specie, l'atto n. 72/2000, di approvazione dello schema di contratto, svolge la stessa funzione di un atto di aggiudicazione.

8.3. La questione può essere sintetizzata nel dubbio circa la sorte del contratto se debba considerarsi legata a quella dell'atto presupposto oppure da essa indipendente ed autonoma, ed, in caso positivo, ossia nel caso in cui si ritenga che l'annullamento dell'atto amministrativo non possa non avere incidenza sul contratto, se debba ritenersi che il contratto sia invalido nel senso della nullità, dell'annullabilità o semplicemente inefficace.

8.4. La tesi tradizionale della Corte di Cassazione è sufficientemente consolidata nel senso che l'annullamento dell'aggiudicazione non comporti la nullità del contratto ma solo la sua annullabilità (v., tra le altre, Corte di Cass. sent. 14.2.1964 n. 337, 11.3.1976 n. 855, 10.4.1978 n. 1668, 24.5.1979 n. 2996; più di recente 8.5.1996 n. 4269; 28.3.1996 n. 2842; 21.2.1995 n. 1885; 7.4.1989 n. 1682).

8.5. Un non risalente orientamento della Cassazione maturato in merito all'attività amministrativa di controllo fornisce argomenti alla tesi per cui l'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto deve riportarsi all'inefficacia: il riferimento è ad una sentenza della Corte regolatrice (n. 7529 dell'8.7.1991), - rilevante nel caso di specie in cui si deve valutare l'incidenza dell'annullamento di un atto di approvazione del contratto sul contratto medesimo- la quale ha affermato il principio che l'approvazione, da parte dell'organo di controllo a ciò preposto, di un contratto concluso jure privato della P.A. non riguarda l'iter formativo del contratto stesso, ma opera unicamente secondo la disciplina delle condizioni (condicio juris), di guisa che, in sua mancanza, il contratto diviene inefficace ex tunc; dal che il corollario che, mentre i vizi concernenti l'attività negoziale dell'ente pubblico, sia che si riferiscano al processo di

formazione della volontà, sia che si riferiscano alla fase preparatoria precedente, sono deducibili, traducendosi in un difetto di capacità dell'ente, esclusivamente da quest'ultimo al fine di ottenere l'annullamento del contratto ex art. 1441 e 1442, 4 comma, cod. civ., l'operatività o meno del contratto per effetto dell'intervenuta o mancata approvazione tutoria può essere, al contrario, dedotta da entrambe le parti contraenti.

8.6. Da tale precedente giurisprudenziale si potrebbe desumere oltre che la fondatezza della domanda di caducazione del contratto avanzata in prime cure dalla ditta appellata, un'ulteriore conseguenza di carattere più generale. Infatti come l'approvazione non è stata ritenuta un vizio concernente il processo di formazione della volontà dell'ente o della fase preparatoria di tale volontà, bensì una "condizione impropria, in quanto rispondente ad esigenze che hanno fondamento nell'ordinamento giuridico, quindi non eliminabile o inseribile per volontà dei contraenti"; così, *a maggior ragione*, deve essere nel caso in cui la giurisdizione amministrativa abbia accertato la contrarietà all'ordinamento giuridico delle deliberazioni dell'ente preordinate alla conclusione del contratto.

8.7. Dalla decisione in punto di annullamento dell'atto di approvazione sorgerebbe un vero e proprio diritto all'esecuzione del giudicato, esecuzione non degradabile ad interesse legittimo rimesso a valutazioni discrezionali da parte, oltretutto, dell'ente soccombente.

8.8. Deve osservarsi che le argomentazioni desumibili da Cass. n. 7529/1991 non consentono di ritenere superato l'indirizzo giurisprudenziale più volte espresso dalla stessa Corte di Cassazione, secondo cui, in tema di vizi concernenti l'attività negoziale degli enti pubblici, sia che questi si

riferiscano al processo di formazione della volontà dell'ente, sia che si riferiscano alla fase preparatoria ad essa precedente, il negozio comunque stipulato (salvo particolari ipotesi di straripamento di potere che qui non ricorrono) è annullabile ad iniziativa esclusiva di detto ente.

Tale indirizzo trova il suo fondamento razionale nel fatto che gli atti amministrativi i quali devono precedere la stipulazione dei contratti *jure privatorum* della P.A. non sono altro che mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico, sicché i loro vizi, traducendosi in vizi attinenti a tale capacità e a tale volontà, non possono che comportare l'annullabilità del contratto, deducibile, in via di azione o di eccezione, soltanto da detto ente.

Né si vede in qual modo su tale principio possa influire la circostanza che i vizi siano stati accertati con forza di giudicato in sede giurisdizionale amministrativa ed abbiano portato all'annullamento di quegli atti. In realtà non è l'accertamento giudiziale a poter essere decisivo ai fini della caducazione del contratto, ma la evidenziazione del nesso fra approvazione del contratto e serie pubblicistica degli atti di evidenza pubblica, evidenziazione che non si coglie in Cass. n.7529/1991.

8.9. La sentenza 8.7.1991 n. 7529 della Corte di Cassazione appare solo parzialmente utile a suffragare l'assunto della inefficacia del contratto stipulato in base ad atti amministrativi presupposti annullati ma non risulta decisiva a superare l'orientamento tradizionale poiché differenzia ancora nettamente i vizi concernenti l'attività negoziale dell'ente pubblico e la mancanza dell'approvazione tutoria del contratto di diritto privato della P.A., ribadendo che i primi, sia che si riferiscano al processo di formazione

della volontà, sia che si riferiscano alla fase preparatoria precedente, sono deducibili esclusivamente dallo stesso ente pubblico e affermando che la seconda, invece, trattandosi di condicio juris dell'operatività del contratto, può essere dedotta da entrambe le parti contraenti.

8.10 Come è stato notato in dottrina l'orientamento della Cassazione appare ispirato da una netta distinzione fra fase amministrativa di selezione del contraente e momento strettamente negoziale della vicenda, la scelta del contraente sarebbe un atto essenzialmente amministrativo, ancorché collocato all'interno del procedimento civilistico di formazione del contratto. In senso analogo la giurisprudenza amministrativa ritiene che la parte vittoriosa nel giudizio contro l'aggiudicazione, non potrebbe ottenere la reintegrazione in forma specifica, mediante l'annullamento del contratto ed il rinnovo degli atti invalidi del procedimento amministrativo (Tar Lombardia Sez. III 23/12/1999 n. 5049) mentre rimarrebbe possibile il risarcimento da perdita di chance.

8.11 Non si può tuttavia negare – in prospettiva che tenga conto delle più recenti riflessioni dottrinali in argomento - che la scelta del contraente non è atto nettamente separabile dalla vicenda civilistica, tanto che l'aggiudicazione potrebbe anche essere riguardata come manifestazione di volontà negoziale della pubblica amministrazione in ordine al contratto da stipulare ed al soggetto con il quale concludere il contratto. Di qui una varietà di orientamenti che hanno cercato di superare la giurisprudenza tradizionale, tenuto conto delle novità introdotte dalla nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, sulle controversie in materia di aggiudicazione, *espressiva, sintomaticamente, di un'esigenza di controllo*

più pieno e incisivo , sui rapporti giuridici, anche contrattuali e paritetici, originati da atti provvedimenti contestati in via giurisdizionale e connotata dal potere di reintegrazione in forma specifica, a protezione più intensa ed effettiva delle situazioni giuridiche fatte valere.

8.12 In dottrina – iniziando a dubitare del granitico orientamento che si ferma al contratto nel somministrare tutela in forma specifica - si è rilevato che, ove si pongano esigenze di certezza dipendenti dal fatto che il contratto ha avuto un principio di esecuzione, il contratto sarebbe viziato da annullabilità relativa, mentre, ove il contratto non abbia avuto alcuna esecuzione nemmeno parziale, potrebbe ritenersi viziato da nullità. In giurisprudenza si è considerata espressione del potere di reintegrazione in forma specifica la possibilità di sostituzione del contraente (Tar Friuli Venezia Giulia 28/5/2001 n. 291).

8.13 In particolare criticabile è apparsa la conseguenza dell'orientamento tradizionale di riduzione, a fronte della stipula del contratto, della tutela dei concorrenti non aggiudicatari i quali, dopo essere risultati vittoriosi nel giudizio di annullamento dell'atto amministrativo , non potrebbero, di fronte al contratto stipulato con il controinteressato soccombente, vantare alcuna forma di tutela, non essendo legittimati a chiedere l'annullamento del contratto ed a far altro che sollecitare l'esercizio dei poteri di autotutela dell'amministrazione, ma senza che ciò comporti, in capo a detti soggetti, alcuna situazione giuridica soggettiva tutelata.

8.14 Si deve inoltre rilevare che le norme che regolano l'evidenza pubblica non sono poste solo a tutela dell'interesse dell'amministrazione, del soggetto aggiudicatore, e non hanno solo lo scopo di

procedimentalizzare la volontà negoziale. Al contrario, anche per l'influsso crescente del diritto comunitario, le regole di evidenza pubblica esprimono esigenze di tutela dei principi fondamentali della concorrenza e del mercato, e concretizzano i valori dell'imparzialità e del buon andamento enunciati dalla Costituzione, strettamente correlati ai canoni fondamentali del rispetto dell'ordine pubblico.

8.15 Le norme sull'evidenza pubblica, i principi che reggono la materia, anche nel campo delle concessioni (Commissione CE comunicazione 29/4/2000), delineano un complesso rapporto amministrativo, non connotato da poteri privatistici dell'amministrazione, ma dal dovere di rispettare norme sempre più cogenti e vincolate, a tutela del mercato e degli imprenditori, difficilmente conciliabili con la costruzione che poi, in presenza della stipula del contratto, riduca l'incidenza dell'annullamento degli atti amministrativi presupposti alla mera annullabilità, così facendo recedere le posizioni di tutela delle imprese.

8.16 Si è anche evidenziato che la tesi dell'annullabilità evidenzia un limite piuttosto consistente della nuova giurisdizione esclusiva in materia di contratti ed una facile elusione dell'effettività della tutela da parte dell'amministrazione, mediante la stipula del contratto pur in presenza di violazioni e della par condicio e di illegittimità degli atti di gara. Il contratto non può avere, a pena di una vanificazione delle tutele giurisdizionali innanzi al giudice amministrativo, una sua vita autonoma, preclusiva di ogni utilità dell'annullamento in sede giurisdizionale, che non sia quello legato alla possibilità di richiedere un risarcimento per equivalente. Si deve considerare che ove i vizi del procedimento di evidenza pubblica si

traducessero in vizi di annullabilità sarebbe l'amministrazione che ha difeso il suo operato nel giudizio di annullamento a dover chiedere l'invalidazione del contratto, a dispetto del fatto che le illegittimità accertate siano state non subite ma provocate dalla stessa amministrazione.

8.17 In particolare i vizi della delibera a contrarre, relativi alla motivazione sulla scelta del metodo di gara, sono incidenti sugli interessi dei soggetti privati tanto che il giudice amministrativo ha talvolta dato per scontato che l'annullamento dell'aggiudicazione faccia venir meno il vincolo negoziale determinatosi con l'adozione del provvedimento rimosso (CdS VI 14/1/2000 n. 244) e che il giudice ordinario ha ritenuto che gli atti della serie procedimentale pubblicistica si pongono come premessa logico-giuridica degli atti della serie privatistica determinando l'inefficacia del contratto ex tunc nel caso di annullamento degli atti pubblicistici (Cass. 5/4/1976 n. 1197).

8.18 Ed allora appare chiaro che proprio l'inquadramento della fattispecie dei vizi della procedura di evidenza pubblica all'interno dell'istituto dell'annullabilità è effetto di una scelta interpretativa criticabile costituita dall'omologazione dell'annullamento dell'aggiudicazione o di altro atto della serie procedimentale di evidenza pubblica, ad ipotesi normative (i vizi del consenso per errore, violenza e dolo; l'incapacità) caratterizzate da diversa essenza normativa.

8.19 Invero, una tesi ulteriore - avanzata in dottrina - sostiene la nullità del contratto, rilevando che l'annullamento fra venir meno integralmente il consenso della p.a. con la conseguenza che il contratto sarebbe nullo ai sensi dell'art. 1418 comma 2 cod. civ. in relazione all'art. 1325 n. 1 cod. civ. Ma

la prospettiva non convince poiché l'annullamento giurisdizionale dell'atto di aggiudicazione –approvazione del contratto rimane un fatto giuridico sopravvenuto, mentre il difetto del consenso è un fatto giuridico originario che deve essere semplicemente constatato dal giudice, non esistendo ipotesi di nullità sopravvenuta. Né la nullità può esser quella relativa alla contrarietà del contratto a norme imperative, poiché il vizio della procedura di evidenza pubblica non rappresenta di per sé una causa di invalidità del contratto eventualmente stipulato e nessuna azione dichiarativa o costitutiva può essere proposta per accertare l'invalidità del contratto, se non previa rituale e tempestiva impugnativa dell'atto amministrativo viziato.

8.20 Deve ritenersi invece che l'amministrazione, per i vizi della procedura di evidenza pubblica accertati mediante il giudizio di annullamento della delibera di approvazione- aggiudicazione del contratto, non abbia concluso il contratto in possesso della legittimazione a contrarre richiesta dalla legge e nel rispetto delle norme di diritto pubblico applicabili alla fattispecie quali norme imperative, per cui il contratto è semplicemente inefficace. La radicale mancanza dell'intera fase di evidenza pubblica o di una sua parte essenziale, segna la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto che resta privato dei suoi effetti giuridici. A tale mancanza deve essere equiparato l'annullamento dei provvedimenti di aggiudicazione- approvazione del contratto in sede giurisdizionale o amministrativa (in via contenziosa o di autotutela).

8.21 Volendo delineare un quadro d'insieme, va ricordato che sono state prospettate le seguenti tesi in materia di rapporti fra annullamento dell'aggiudicazione e contratto:

1) *Tesi dell'annullabilità relativa* per la quale la serie degli atti di evidenza pubblica non si sostituisce al procedimento privatistico di formazione della volontà, si affianca ad esso, sicchè il consenso espresso dall'amministrazione, nonostante il vizio della procedura di evidenza pubblica, sussiste e continua a produrre i suoi effetti fino a quando non venga travolto da una specifica azione di annullamento alla quale è legittimata solo l'amministrazione o non venga travolto perché l'annullabilità viene dedotta in via di eccezione dalla stessa p.a. (si tratta della tesi prevalente nella giurisprudenza della Cassazione, ma presente anche nella giurisprudenza amministrativa di primo grado e che individua quale funzione della procedura di evidenza pubblica la scelta del miglior contraente nell'interesse dell'amministrazione): questa tesi ha delle sue variabili interne considerandosi talvolta il vizio incidente sulla capacità generale di agire(1425 c.c.), talaltra sul consenso alla stregua di errore di diritto o sull'identità o qualità dell'altro contraente (1427 cod. civ.), e, per un'ultima variante, sulla legittimazione a contrarre ove si consideri l'evidenza pubblica una condicio sine qua non per stipulare il contratto (la legittimazione è considerata la concreta possibilità di porre in essere negozi, mentre la capacità opererebbe su un piano astratto e non verrebbe meno per effetto dei vizi del procedimento di evidenza pubblica);

2) *Tesi del difetto di potere rappresentativo ex art. 1398 cod. civ.* – formulata solo in sede dottrinale - secondo la quale i vizi della procedura di evidenza pubblica si rifletterebbero in difetto di potere rappresentativo, con conseguente inefficacia del negozio in quanto l'organo della p.a. sarebbe assimilabile ad un falsus procurator con possibilità di ratifica retroattiva da

parte della p.a. come avverrebbe ad es. nell'ipotesi di riadozione dell'atto di aggiudicazione da parte dell'organo incompetente;

3) *Tesi della nullità assoluta* – (accolta in una risalente sentenza del Consiglio di Stato CdS VI 17 dicembre 1934 n. 413 ma anche da una recente Cass. III 9 gennaio 2002 n. 193) – sostenuta sul presupposto della natura costitutiva degli atti di evidenza pubblica e della natura superindividuale e non disponibile degli interessi tutelati dalla serie procedimentale degli atti di gara, distinguendosi poi fra chi ritiene che la nullità sia per difetto assoluto del consenso (artt. 1418 comma 2 cod. civ. e 1325 n. 1 cod. civ.) , chi per mancanza della causa con riguardo al venir meno della ragione del negozio a seguito dell'annullamento della delibera a contrarre (1418 e 1325 n. 2 cod. civ. .) chi per contrarietà del contratto a norme imperative (1418 comma 1 cod. civ.);

4) *Tesi della caducazione automatica* (proposta dalla giurisprudenza maggioritaria del Consiglio di Stato) per la quale la vicenda viene ricostruita tutta in chiave giuspubblicistica , tenendo conto della stretta presupposizione esistente fra annullamento degli atti di gara e contratto (CdS VI 14 gennaio 2000 n. 244; CdS V 25 maggio 1998 n. 677 ; CdS V 30 marzo 1993 n. 435 ; CdS IV 8 ottobre 1985 n. 830);

5) *Tesi del travolgimento del contratto con salvezza dei diritti dei terzi di buona fede* in applicazione analogica degli artt. 23 comma 2 e 25 comma 2 del cod. civ. ponendosi – per quest'ultimo orientamento - il problema dell'incidenza delle tecniche di annullamento caducanti e determinanti inefficacia sopravvenuta del contratto in chiave giuspubblicistica, sulla sicurezza del traffico giuridico e sul principio di

buona fede (seguita dalla dottrina e dal Tar Lecce Sez. II 7 febbraio 2001 n. 28). E' su quest'ultima strada che sembra possibile trovare un punto di equilibrio fra le varie esigenze che si confrontano nell'ambito della complessa problematica in esame.

La tesi sub 1 non sembra soddisfacente poiché oblitera la natura e la funzione delle norme di evidenza pubblica, che esprimono nell'ottica dell'interesse generale e della sfera giuridica dei soggetti partecipanti alla procedura, i principi fondamentali della concorrenza e del mercato, la cui tutela è connessa al buon andamento ed all'imparzialità amministrativa. In sostanza le norme comunitarie e nazionali sull'evidenza pubblica danno luogo ad un complesso di inderogabili principi posti a tutela non dell'amministrazione e neanche del singolo paciscente ma della concorrenza e del mercato.

La tesi sub 2 non appare accettabile poiché ammette una generalizzata sanatoria o ratifica degli atti, possibile in taluni casi, nel riesercizio del potere amministrativo, ma sempre che le norme pubblicistiche consentano tale sanatoria e non invece ammettendo un principio generale, tratto dal diritto privato, di sanabilità del negozio inefficace.

La tesi sub 3 non sembra accettabile per effetto della natura originaria della patologia contrattuale della nullità, della difficile costruzione di un vizio di nullità sopravvenuta per effetto del sopravvenuto annullamento della serie degli atti di evidenza pubblica, della distonia fra l'inoppugnabilità dell'atto di aggiudicazione pur viziato ma non impugnato

nel termine decadenziale e la generale inammissibilità – nel silenzio legislativo - della convalida del contratto nullo.

La Sezione ritiene che siano accoglibili le impostazioni tradizionali nella giurisprudenza del Consiglio , relative alla normale efficacia caducante dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto conseguente. Con un temperamento tuttavia che va accolto a tutela della stessa logica di mercato e di favor della concorrenza che ispira le regole in tema di gare pubbliche. Il temperamento consistente nel riconoscimento della tutela della buona fede (e della salvezza dei diritti acquisiti in buona fede ; sarebbe infatti incongruo che l'annullamento di un atto amministrativo potesse intervenire con efficacia caducante su una serie di atti giuridici privatistici senza apprezzamento alcuno delle posizioni soggettive che i paciscenti hanno tenuto nel contrarre; ciò determinerebbe un ostacolo alla sicurezza del traffico giuridico, atteso che le vicende circolatorie dei beni non rispondono solo al principio consensualistico ma anche ai diversi principi della tutela dei terzi, dell'apparenza del diritto , della rilevanza della buona fede , del formalismo giuridico, della certezza del diritto pure essenziali per il corretto funzionamento del mercato).

8.22 Va allora sottolineato che l'amministrazione pubblica in forza dell'art.11 del cod. civ. è pur sempre una persona giuridica, e pertanto soggetta alle norme civilistiche essenziali che disciplinano le persone giuridiche, oltre alle norme di diritto pubblico. Ciò comporta l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento della delibera di approvazione per

difetto di un presupposto o di una condizione di efficacia del contratto medesimo; l'annullamento della delibera deve operare – per principio generale - senza pregiudizio dei diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima (art. 23 comma 2 cod. civ.), circostanza questa che consente di contemperare l'esigenza del rispetto delle norme di diritto pubblico che disciplinano l'evidenza pubblica con il rispetto dei diritti dei terzi. Terzi di buona fede peraltro di norma non potranno essere i soggetti che hanno partecipato al giudizio amministrativo di annullamento, (salvo i casi- come quello in discussione - in cui il contratto sia stato stipulato prima dell'inesco del giudizio di annullamento) poiché in tal caso i soggetti coinvolti nel giudizio non potevano confidare nel consolidamento della loro posizione contrattuale.

8.23 Il principio nella specie comporta l'inefficacia sopravvenuta del contratto (poiché il contratto ha già avuto un'attuazione interinale in forza di atti provvisori la cui efficacia subordinata a quella dell'appello non può essere travolta ora per allora), la salvezza degli atti compiuti medio tempore in esecuzione dei contratti stipulati fra l'Amministrazione e la Lasa Marmo, ma non impedisce la rinnovazione dell'attività amministrativa ed il rinnovo della stipula poiché il contratto è inopponibile nei confronti della ricorrente Tiroler Marmorwerke.

8.24 Non può essere riconosciuta alla Lasa Marmo spa la buona fede, stante la tempestiva impugnazione da parte della originaria ricorrente,

odierna appellata, della delibera di approvazione del contratto, lo svolgimento di lunghe trattative che hanno preceduto la delibera impugnata in presenza di una disdetta della precedente concessione, e la presenza di ulteriori elementi specifici idonei a far presumere una consapevolezza nel terzo contraente – odierno appellante – della dubbia legittimità della procedura adottata, stante l'assoluto difetto di un atto di delibera a contrarre (altri elementi indiziari dai quali è presumibile desumere che non potesse essere sfuggito il coinvolgimento della Tiroler Marmorwerke nelle trattative come comprovato dalla copiosa corrispondenza in atti: lettera all.4 della Tiroler (Tiroler Marmorwerke GmbH) al Presidente della Giunta Provinciale e ai Sindaci di Lasa (Laas) e Silandro (Schlanders). La Tiroler si duole che i tentativi di iniziare delle trattative per l'acquisto delle cave in questione non hanno avuto alcun esito. Comunica di avere fatto elaborare dal Professore universitario Tappeiner un piano per la migliore utilizzazione e chiede di discuterne; lettera all.5 della Tiroler ai medesimi. La Tiroler invia il parere con piano di finanziamento e di gestione; lettera all. 6 della Tiroler ai sindaci. Ulteriore richiesta di colloquio; lettera all. 7 della Tiroler ai medesimi sindaci con ulteriore richiesta di incontro; lettera all. 8 della Tiroler all'Amministrazione separata usi civici con richiesta di un incontro ai fini della presentazione del programma; lettera all. 9 della Tiroler all'Amm. Sep. e per conoscenza al Sindaco di Lasa. Sollecita incontro per presentare programma ed offerta; lettera all. 10 della Tiroler all'Amm.sep. e al Comune di Lasa. Si sottolinea l'interesse di prendere in affitto le cave

"Weisswasser", "Tarnellerbruecke" e "Nesselwand" precisando quanto segue: "Inoltre la Tiroler...provvederà ad indennizzare nei modi più opportuni le maestranze operanti a Lasa delle perdite salariali derivanti dal collocamento in cassa di integrazione o da licenziamento. Questo impegno chiaramente vale soltanto alla condizione che alla Tiroler...venga assegnata non soltanto la cava di Lasa bensì anche quella di Goeflan ed è limitato alle perdite durante il periodo delle trattative selettive ed ha una durata massima di sei mesi." Si impegna altresì di pagare l'indennizzo di competenza della Lasa Marmo. Sollecita trattativa; lettera all.11 della Tiroler all'Amm. sep. e al Sindaco di Lasa esprime stupore per avere appreso che sarebbe stato stipulato nuovo contratto con la Lasa Marmo nonostante tutte le richieste di incontro e chiede chiarimenti; lettera all.12 dell'Amm. Sep. alla Tiroler asserisce che si è rinunciato all'indizione di una gara fra gli altri motivi perché: "La Lasa Marmo è stato l'unica pretendente che si è rivolta tempestivamente a noi presentando un piano di gestione ed una offerta come base per le trattative." Asserisce inoltre di aver ricevuto solo le lettere 21.11.2000, 30.11.2000 e 9.12.2000 e di non avere mai ricevuto ne letto le altre lettere. Aggiunge di non avere comunque la disponibilità della cava "Goeflan" ; lettera all.13 dell'avv. Schullian all'Amm. Sep. contesta la lettera all.12 e richiede tutta la documentazione; lettera all.14 dell'Amm. Sep. invia parte della documentazione richiesta precisando di avere richiesto l'autorizzazione alla Lasa Marmo per l'invio del contratto 23.12.2000)

8.23 Ne consegue la conferma della sentenza impugnata (dovendosi

intendere la declaratoria di illegittimità del contratto come declaratoria di inefficacia nei limiti suddetti) anche in punto di rigetto della domanda risarcitoria proposta dalla Tiroler Marmorwerke poiché il capo della sentenza che rigettava detta domanda non è stato impugnato dall'odierna appellata con appello incidentale.

9. In ultimo va valutata la domanda di risarcimento danni proposta dalla Lasa Marmo, inammissibile perché non proposta ritualmente in primo grado e quindi proposta in violazione del divieto di ius novorum.

10 Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge i ricorsi in appello indicati in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, il 19/11/2002 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giorgio GIOVANNINI	Presidente
Alessandro PAJNO	Consigliere
Klaus DUBIS	Consigliere
Giuseppe MINICONE	Consigliere
Giancarlo MONTEDORO	Consigliere Est.

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....
(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)
Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO
In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi.....copia conforme alla presente è stata trasmessa
al Ministero.....
a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria