



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 10154 del 2015, proposto da: Altair S.r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria del costituendo Rti, Rti - Edilver S.r.l., in persona del legale rappresentante, Rti - Schena Arte Marmo S.r.l., in persona del legale rappresentante, tutti rappresentati e difesi dagli avvocato Maria Cristina Colombo, Maria Stefania Masini, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Roma, Via Antonio Gramsci, n. 24;

***contro***

Comune di Borgorose, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Piccinni, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, Via G.G. Belli, n. 39;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE II BIS, n. 11098/2015, resa tra le parti, concernente affidamento concessione progettazione, realizzazione e gestione economico funzionale di impianto di cremazione - ris. danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Borgorose;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2016 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Maria Cristina Colombo, Maria Stefania Masini, Gianluca Piccinni.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso, integrato da motivi aggiunti, S.r.l. Altair invocava dinanzi al TAR per il Lazio l'annullamento: I) della delibera di G.C. n. 67 del 4 agosto 2014, con cui era revocata la precedente deliberazione n. 40 del 2014 avente ad oggetto la dichiarazione di pubblica utilità e l'individuazione del soggetto promotore per la costruzione e gestione economico funzionale di un impianto di cremazione per salme con annessa sala del commiato presso il cimitero comunale; II) della determina dirigenziale n. 371 dell'8 agosto 2014, resa pubblica con avviso pubblico dell'8 agosto 2014 sul portale del Comune, con cui era revocata la precedente determinazione n. 316 del 2014 avente ad oggetto la determina a contrarre relativa al predetto affidamento e, per l'effetto, era revocata la procedura di gara indetta; III) della delibera di C.C. n. 42 del 18 dicembre 2014, pubblicata nella medesima data sull'albo pretorio comunale, con cui era revocata la precedente deliberazione n. 14 del 2014. La stessa iniziativa giurisdizionale mirava ad ottenere, in subordine, il risarcimento dei danni subiti.

2. Il primo giudice respingeva il ricorso, da un lato, escludendo la fondatezza delle censure di legittimità illustrate dall'originario ricorrente; dall'altro, valutando non

fondata la richiesta di risarcimento dei danni e di corresponsione di indennizzo a suo favore.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propone ricorso S.r.l. Altair, evidenziandone l'erroneità per le seguenti ragioni: a) il TAR non avrebbe tenuto conto dell'assenza di istruttoria a sostegno del giudizio di prevalenza dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento di revoca, che celerebbe un uso arbitrario del potere di autotutela; b) il TAR avrebbe fatto non corretta applicazione della disciplina che prevede la partecipazione del destinatario del provvedimento; c) il TAR avrebbe errato nel non riconoscere all'originario ricorrente un indennizzo, commisurato al danno emergente, in ragione della posizione differenziata e tutelata, in ragione del fatto che era stato individuato come promotore ed era stata bandita la procedura di gara per l'affidamento della concessione.

4. Costituitasi in giudizio l'amministrazione comunale invoca la reiezione dell'odierno gravame.

5. Con successiva memoria di replica l'appellante insiste nelle proprie conclusioni.

6. L'appello è infondato e non merita di essere accolto.

6.1. Quanto alla prima doglianza deve osservarsi che il bilanciamento degli interessi in gioco risulta adeguatamente avvenuto dal momento che l'amministrazione comunale, espressione di una piccola comunità, ha nel corso del procedimento acquisito i contrari avvisi della popolazione abitante nel comune di Borgorose, valutando l'impianto oggetto del *project financing* non in linea con il benessere della collettività ed i bisogni dalla stessa manifestati. Una contrarietà dei possibili fruitori dell'impianto in questione, del resto, ne renderebbe del tutto superflua la costruzione, risultando destinata la suddetta opera a rimanere priva di utilizzo. Pertanto, anche in ragione del brevissimo lasso di tempo intercorso tra la delibera di n. 40 del 5 giugno 2014 di individuazione dell'odierno appellante quale

promotore, il bando di gara del 18 luglio 2014 e l'avviso pubblico di revoca della suddetta gara dell'8 agosto 2014, la censura in questione si palesa infondata.

6.2. Allo stesso modo non può essere apprezzata favorevolmente la doglianza inerente al lamentato difetto di contraddittorio procedimentale. Sotto questo profilo, infatti, deve ribadirsi come l'azzeramento procedurale si inserisce in un procedimento (quello di *project financing*) avviato su istanza di parte, quando lo stesso è ancora *in itinere* e non ancora formalmente concluso. Inoltre, le ragioni della revoca (ossia la manifestata intenzione della collettività potenziale destinataria del servizio di non servirsene) escludevano che il provvedimento adottato potesse avere contenuto diverso, con conseguente applicabilità dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990, che esclude anche per gli atti discrezionali il carattere invalidante dell'adempimento procedurale in questione, ove pure ritenuto espletabile.

In ragione di ciò deve confermarsi la statuizione di primo grado quanto all'infondatezza della domanda di annullamento

7. Stessa sorte merita la domanda di corresponsione di un indennizzo. Al riguardo, è opportuno operare le seguenti precisazioni. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 1/2012 ha chiarito che la scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto. Quest'ultimo, infatti, è titolare di una posizione giuridica di vantaggio certa e non meramente eventuale, atteso che il suo progetto è posto a base della successiva gara e che, ove anche nella gara vengano selezionati progetti migliori di quello del promotore, lo stesso ha un diritto potestativo di rendersi aggiudicatario, adeguando la propria proposta a quella migliore.

Nel caso di specie, il titolo concessorio non risulta essere stato rilasciato, mentre si era già perfezionata la prima autonoma fase della procedura, finalizzata alla scelta del promotore ed al riconoscimento del carattere di pubblico interesse del progetto preliminare, da questi presentato.

In tale situazione, non sono ravvisabili i presupposti applicativi dell'art. 158 d.lgs. n. 163/2006, che si occupa del caso in cui venga revocata la concessione, dovendo, invece affrontarsi la diversa questione se il promotore possa vantare in caso di revoca giusto titolo per l'indennizzo, di cui all'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990. A tale riguardo deve rilevarsi che il riconoscimento in capo al soggetto individuato promotore di una posizione giuridica non solo tutelabile, ma anche economicamente apprezzabile viene ad aversi solo al momento della conclusione della gara con l'individuazione del concessionario. In questo senso milita non solo il dettato dell'art. 278, d.P.R. n. 207/2010, che esclude alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute, ma anche la previsione contenuta nel comma 12, dell'art. 153, d.lgs. n. 163/2006, secondo la quale nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta. In definitiva, è solo il concreto utilizzo della proposta da parte dell'amministrazione che consolida il diritto del proponente o del promotore all'ottenimento dell'indennizzo per le spese sostenute e trasforma la posizione giuridica del promotore da posizione giuridica instabile a posizione giuridica durevole. E' indubbio, infatti, che la selezione del promotore, cui è assimilabile la dichiarazione di pubblico interesse nel caso di proposta ad iniziativa privata, non assicura al promotore alcuna diretta ed immediata utilità, ma solo l'aspettativa a che l'amministrazione dia corso alla procedura di gara e la concluda.

Pertanto, in presenza di una normativa specifica che non prevede un simile diritto per il promotore se non all'indomani della conclusione della gara ed in assenza dei presupposti previsti dalla disciplina generale in tema di indennizzo da revoca contenuta nella legge generale sul procedimento amministrativo, non può predicarsi la sussistenza di un'ipotesi di responsabilità da atto legittimo, in ragione della eccezionalità e della tassatività delle forme di tale responsabilità.

8. L'appello deve, quindi, essere respinto. Nella particolare complessità delle questioni trattate si ravvisano eccezionali motivi per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2016

IL SEGRETARIO

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