

Pubblicato il 31/03/2021

N. 02709/2021REG.PROV.COLL.  
N. 05979/2020 REG.RIC.



**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 in appello iscritto al numero di registro generale 5979 del 2020,  
proposto da

Comune di Livorno, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e  
difeso dall'avvocato Lucia Macchia, con domicilio digitale come da Pec  
Registri di giustizia;

*contro*

Società Gran Duca s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Barsotti, Daniele Granara e  
Lucia Casale, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana  
(Sezione Terza) n. 1488/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Gran Duca s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 marzo 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti, in collegamento da remoto, gli avvocati Macchia, Granara e Barsotti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Con delibera di Giunta del 22 febbraio 2001, il Comune di Livorno affidava in concessione alla società Gran Duca s.r.l., proprietaria e gestore dell'omonimo albergo situato nella piazza Micheli, l'intervento per la progettazione esecutiva, la realizzazione e la gestione di un parcheggio privato nel sottosuolo della stessa piazza, contestualmente autorizzando il dirigente della competente Unità organizzativa a sottoscrivere la convenzione accessiva alla concessione secondo lo schema-tipo già approvato, con facoltà di inserirvi tutte le clausole necessarie per meglio definire i rapporti fra le parti.

La convenzione accessiva non veniva però mai sottoscritta, nonostante il Comune avesse da subito avviato la procedura finalizzata alla stipula, essendo sopravvenuta una complessa ed articolata vertenza amministrativa – nel corso della quale la concessionaria avanzava anche un'ipotesi progettuale alternativa, consistente nella realizzazione di un parcheggio a raso in luogo di quello ipogeo originariamente previsto – che finiva per intersecarsi pure con la sopravvenuta iniziativa comunale di promuovere una più ampia riqualificazione dell'area di piazza Micheli e del monumento “dei Quattro Mori” ivi insistente.

I provvedimenti comunali di approvazione del progetto di riqualificazione dell'area, risalenti al periodo 2013-2014, venivano impugnati dalla società Gran Duca con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica nella parte in cui risultavano incompatibili con la concessione del 2001. Tra il

2016 e il 2017, peraltro, a seguito dell'adozione da parte dell'amministrazione comunale di una variante progettuale idonea a rendere l'intervento di riqualificazione compatibile con la concessione a suo tempo rilasciata, la Gran Duca s.r.l. rinunciava al ricorso straordinario, ritenendo a tal punto possibile addivenire alla stipula della convenzione accessiva alla concessione.

Perdurando però la situazione di stallo, nel febbraio 2018 la società prima diffidava il Comune ad attivarsi, quindi proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Toscana perché fosse accertata l'illegittimità dell'inerzia amministrativa.

Frattanto, il Comune aveva avviato il procedimento per la declaratoria di decadenza della ricorrente dalla concessione che veniva definito con delibera di Giunta del 23 maggio 2018, la cui adozione rendeva improcedibile il ricorso promosso dalla Gran Duca contro il silenzio serbato dall'amministrazione.

Il provvedimento di decadenza veniva motivato con il mancato esercizio, da parte della Gran Duca s.r.l., delle *“facoltà derivanti dal provvedimento di concessione, provvedendo alla stipula della convenzione accessiva, nonostante il notevole lasso di tempo (sedici anni) trascorso dall'affidamento”*.

Con ulteriore ricorso al medesimo giudice amministrativo, la società Gran Duca s.r.l. chiedeva l'annullamento sulla scorta di quattro motivi in diritto, unitamente alla condanna del Comune di Livorno a sottoscrivere la convenzione accessiva alla concessione ovvero, in subordine, al risarcimento dei danni.

Costitutosi in giudizio, il Comune di Livorno contestava la fondatezza del gravame, chiedendo che fosse respinto.

Con sentenza 6 novembre 2019, n. 1488, il giudice adito accoglieva il ricorso, precisando che *“Il Comune è [...] tenuto a stipulare la convenzione con i “cessionari” individuati all'esito della procedura a evidenza pubblica, perfezionando*

*così l'affidamento delle aree da destinare a parcheggio e l'attribuzione del diritto di superficie, salvo che in senso contrario non militino ragioni tali da giustificare il ritiro in autotutela della "concessione" e previa verifica circa la sussistenza delle condizioni per addivenire alla stipula secondo quanto previsto dall'avviso pubblico di selezione dei concessionari.*

*Con questa precisazione, la domanda di condanna proposta dalla ricorrente può pertanto essere accolta, beninteso ai sensi dell'art. 34 co. 1 lett. c) c.p.a., atteso che la pretesa investe pur sempre la spendita di poteri autoritativi dell'amministrazione, ancorché nella veste consensuale dell'accordo con il privato, paradigma normativo cui sono comunque riconducibili i diversi schemi di formazione del rapporto concessorio caratterizzati dalla compresenza, o dalla successione, di un provvedimento amministrativo e di un "contratto" (art. 11 l. n. 241/1990)".*

*Ciò sul presupposto che "la domanda non tende a ottenere una pronuncia costitutiva che tenga luogo della convenzione non stipulata dalle parti, bensì la condanna del Comune di Livorno a stipulare la convenzione, al pari della condanna al facere pubblicistico chiesta ai sensi dell'art. 34 co. 1 lett. c) c.p.a.".*

Avverso tale decisione il Comune di Livorno interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

- 1) Sul presunto vizio di incompetenza relativa della delibera della Giunta Comunale n. 362/2018.*
- 2) Sul comportamento inerte e contraddittorio della società aggiudicataria.*
- 3) Sulla presunta sussistenza di uno sviamento di potere.*
- 4) Sull'asserita sussistenza dell'obbligo del Comune di stipulare la convenzione accessiva.*

Costituitasi in giudizio, la società Gran Duca s.r.l. concludeva per l'infondatezza dell'appello, chiedendone la reiezione; quindi, con successive memorie ulteriormente precisava le proprie tesi difensive ed all'udienza dell'11 marzo 2021 la causa veniva trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Con il primo motivo di appello la sentenza impugnata viene censurata dal

Comune di Livorno per aver ritenuto incompetente la Giunta comunale ad adottare il provvedimento di decadenza impugnato, in quanto a ciò avrebbe dovuto semmai provvedere il dirigente responsabile, stante l'evidente connotazione sanzionatoria dello stesso, che non consentirebbe di qualificare la decadenza un *contrarius actus* “rispetto alla volontà originariamente manifestata dalla Giunta con il rilascio della concessione, rappresentando semmai la reazione ad un comportamento del concessionario asseritamente violativo degli obblighi derivanti dalla “concessione” e ostativo alla corretta instaurazione del rapporto concessorio”.

In realtà, contesta l'appellante Comune, la decadenza disposta non troverebbe causa nell'inadempimento, da parte della società appellata, agli specifici “obblighi derivanti dalla «concessione»” (o, per meglio dire, dalla convenzione mai stipulata), derivando piuttosto “da comportamenti, motivi e circostanze riconducibili al comportamento negligente e contraddittorio dell'aggiudicataria”.

Per l'effetto, ben doveva trovare applicazione il principio del *contrarius actus*, con conseguente competenza ad adottare il provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione pronunciata in favore della Gran Duca s.r.l. in capo alla Giunta comunale (ossia lo stesso organo che ha adottato l'atto di primo grado, rimasto inadempito per fatto del soggetto privato).

Il motivo, ritiene il Collegio, non è fondato.

Va in primo luogo evidenziato che la sentenza impugnata non si riferisce, neppure per implicito, ad un'ipotetica decadenza dalla convenzione accessoria (in ragione dell'inadempienza ad obblighi ivi previsti), bensì – testualmente – alla decadenza dalla concessione, da ricondursi, anche a seguire quanto assunto dall'appellante, all'inadempimento da parte del concessionario di specifici obblighi posti a suo carico (nella specie, il mancato rispetto dell'obbligo di addivenire stipula della convenzione).

Il contestato provvedimento di decadenza, proprio in quanto formalmente

adottato come reazione all'assunto inadempimento del concessionario, rivestiva un chiaro carattere sanzionatorio di tale stimata mancanza, consistente – come detto – nell'essersi la società a lungo sottratta all'obbligo di stipula della convenzione.

Con il secondo motivo di appello viene invece dedotto che la sentenza non avrebbe tenuto in debita considerazione le circostanze idonee ad individuare, nel comportamento della Gran Duca s.r.l., *“gli elementi dell'inerzia e della contraddittorietà, idonei a giustificare pienamente l'adozione del provvedimento di decadenza”*.

Tali circostanze, indicate alle pp. 9 e 10 dell'atto di appello del Comune, dimostrerebbero che la mancata sottoscrizione della convenzione accessiva avrebbe dovuto essere esclusivamente imputata al comportamento negligente dell'operatore economico e non anche al Comune: in questi termini, ad esempio, non potrebbe qualificarsi la nota della società aggiudicataria datata 6 aprile 2006 come un “sollecito” rivolto all'amministrazione per spronarla ad agire, dal momento che lo stallo venutosi a determinare nel corso del procedimento era in realtà imputabile a colpa della detta società aggiudicataria, che a distanza di ben cinque anni non aveva ancora messo gli uffici comunali nella condizione di procedere alla definizione del procedimento.

In sintesi, si assume che non era l'amministrazione comunale a non aver sottoposto all'aggiudicataria la bozza della convenzione, ma la Gran Duca s.r.l. ad impedire agli uffici il completamento dell'atto, non producendo il progetto del parcheggio ipogeo (preferendo, ormai, realizzare un parcheggio a raso a servizio del proprio albergo).

In quest'ottica andrebbe pure letta la vicenda della variante, che altro non avrebbe rappresentato se non la persistenza dell'interesse, da parte dell'ente locale, alla realizzazione del parcheggio ipogeo, alla luce degli interventi di riqualificazione urbana nelle more adottati.

Peraltro, nonostante tali aperture negoziali, non sarebbe seguito un positivo riscontro da parte della Gran Duca s.r.l., che – a dire del Comune - avrebbe persistito nel proprio atteggiamento inerte e contraddittorio, non producendo il progetto definitivo, non presentandosi per la firma della convenzione, né versando somme per il canone concessorio, né svolgendo attività di trasformazione, sfruttamento od occupazione dell'area. Più semplicemente, nel 2017 la società formulava l'ennesima proposta progettuale avente ad oggetto la realizzazione di un parcheggio “a raso” (e non interrato, come erroneamente ritenuto in sentenza), per di più caratterizzata dalla limitazione delle postazioni di sosta in Piazza Micheli, in relazione alle sole esigenze dell'albergo anziché a quelle pubbliche sottese alla delibera n. 62 del 2001.

D'altro canto – conclude l'appellante Comune – le proposte alternative via via presentate dalla Gran Duca s.r.l. non contenevano riserve di mantenere la proposta formulata in gara – proposta rispetto cui si ponevano in termini di evidente incompatibilità – di talché non potevano che intendersi quali manifestazioni di rinuncia all'originario progetto, oggetto di aggiudicazione. Neppure questo motivo, ritiene il Collegio, è fondato.

Quanto alla censura articolata dal Comune *sub a)*, appare ragionevole l'obiezione dell'appellata per cui la nota comunale n. 34423 del 9 aprile 2001 richiedeva esclusivamente “*il certificato di vigenza della società rilasciato dalla competente Camera di commercio*” ed il “*Verbale del Consiglio di Amministrazione, in estratto autentico notarile, con il quale il legale rappresentante della società viene autorizzato alla sottoscrizione*”, che l'appellante Comune riconosce essere stati prodotti dalla società aggiudicataria; anche la contestata mancata presentazione del progetto definitivo del parcheggio da realizzare risulta smentita negli atti di causa, essendo stato quest'ultimo approvato con delibera di Giunta n. 62 del 2001: il che necessariamente presupponeva una precedente trasmissione dello stesso al Comune.

Anche la doglianza comunale sulla asserita mancata ottemperanza, nel termine di sessanta giorni, all'obbligo di presentazione dei nulla osta richiesti dalla nota comunale prot. n. 33518/06, non risulta fondata, non precisando – a dispetto dell'onere del *clare loqui* che nello Stato di diritto incombe su una pubblica amministrazione - a quali nulla osta l'amministrazione si riferisca (in particolare, se antecedenti o susseguenti la convenzione accessiva).

Neppure persuade la tesi comunale per cui la presentazione, nel tempo, di ulteriori progetti volti alla realizzazione di un diverso parcheggio “a raso”, avrebbe implicitamente determinato la rinuncia a quello (ipogeo) originariamente proposto (ed aggiudicato): invero, a prescindere dal fatto che in concreto fosse o meno possibile (*recte*, ammissibile) assentire una modifica così radicale dell'opera una volta disposta l'aggiudicazione della concessione senza abdicare espressamente alla concessione stessa (il che non risulta avvenuto), resta il fatto oggettivo che di mere proposte, o forse meglio ipotesi avanzate (plausibili o meno che fossero), si trattava, non risultando dal loro tenore alcuna rinuncia formale all'aggiudicazione in precedenza conseguita, né l'intenzione unilaterale di non procedere comunque all'esecuzione dell'opera secondo le modalità originariamente concordate.

La stessa società, del resto, anche in tali circostanze aveva ribadito l'intenzione di procedere alla stipulazione della convenzione accessiva, dunque riconoscendo il carattere per lei vincolante della concessione di cui era risultata aggiudicataria.

Sotto ulteriore profilo, neppure sono decisive le doglianze dell'appellante Comune in ordine al mancato versamento del canone concessorio da parte della società appellata, che pure non si sarebbe presentata alla firma della convenzione, né del resto avrebbe “*svolto attività di trasformazione, sfruttamento o di occupazione dell'area in questione*”.



Quanto al primo profilo, il pagamento del canone concessorio in relazione alle facoltà riconosciute alla concessionaria sul bene pubblico presupponeva, logicamente, la previa specificazione definitiva degli obblighi negoziali tra le parti, quali avrebbero dovuto essere stabiliti dalla convenzione accessiva (che appunto “*avrebbe dovuto disciplinare, in modo dettagliato, i reciproci diritti e doveri delle parti*”), peraltro mai adottata; in ordine invece alla mancata presentazione per la sottoscrizione della convenzione, non trova smentita negli atti l’obiezione di Gran Duca s.r.l., secondo cui alcun invito in tal senso le sarebbe mai stato trasmesso.

D’altro canto, neppure è significativa la mancata trasformazione dell’area interessata dalla concessione, poiché ciò avrebbe presupposto l’adozione – da parte dell’amministrazione – di titoli autorizzativi degli interventi in questione, che in realtà non risultano essere mai stati rilasciati (con conseguente impossibilità di svolgere dette ipotetiche attività).

Con il terzo motivo di appello il Comune di Livorno contesta inoltre la sussistenza del vizio di sviamento del potere sanzionatorio utilizzato con l’adozione del provvedimento di decadenza originariamente impugnato: nel caso di specie, infatti, sussisterebbero sia il comportamento negligente della Gran Duca s.r.l. che, per ben diciassette anni, avrebbe omesso di produrre la documentazione necessaria per la stipula della convenzione accessiva (limitandosi per contro a presentare progetti diversi ed incompatibili con l’intervento bandito ed aggiudicato), sia il presupposto della mancata stipula negoziale, in presenza del quale l’amministrazione potrebbe pronunciare la decadenza dall’aggiudicazione in base al semplice presupposto che il contratto non è intervenuto entro i termini di legge, non avendo l’aggiudicatario dato positivo riscontro alle richieste in tal senso formulate dalla stazione appaltante.

Il motivo non può trovare accoglimento, alla luce di quanto sopra evidenziato in ordine ai precedenti profili di impugnazione; tanto più ove si

consideri che non risulta agli atti di causa alcun invito, da parte della stazione appaltante, alla stipula della convenzione accessiva. Il che quanto meno è segno della perplessità e dell'incertezza dell'amministrazione comunale.

Infine, con il quarto motivo di appello il Comune contesta l'esistenza di un obbligo della stazione appaltante di addivenire alla stipula della convenzione, derivante *“dall'autovincolo che il Comune avrebbe assunto con i provvedimenti a suo tempo adottati per dare attuazione al Programma Urbano dei Parcheggi, dalla delibera di Giunta n. 620/1994, con cui fu disposto di affidare a soggetti privati la progettazione, la realizzazione e la gestione dei parcheggi di aree pubbliche, fino alla delibera n. 62 del 2001”*.

In realtà, deduce l'appellante, il Consiglio Comunale avrebbe approvato solamente uno schema di

convenzione-tipo da utilizzare per il successivo affidamento in concessione a operatori privati, delegando, al contempo, alla Giunta i poteri di approvare i progetti esecutivi dei parcheggi nonché di costituire i relativi diritti di superficie in ipogeo.

Dunque a dire del Comune, diversamente da quanto ritenuto nella sentenza impugnata, l'adozione della delibera n. 62 del 2001 non potrebbe essere equiparata al rilascio di una concessione, trattandosi solamente di un provvedimento con cui l'amministrazione prendeva atto degli esiti della procedura selettiva indetta nel 1998 per l'affidamento dell'intervento da realizzare in Piazza del Pamiglione, conseguentemente formalizzando il sorgere, in capo alla Gran Duca s.r.l., della sola qualità di aggiudicataria della progettazione, della realizzazione e della gestione del predetto intervento.

Non sussisterebbe pertanto alcuna situazione di vantaggio – qualificata e differenziata – derivante, all'operatore privato, da un provvedimento specifico e concreto dell'autorità amministrativa la cui rimozione non possa

avvenire attraverso un atto di ritiro di natura decadenziale.

Neppure questo motivo è fondato.

La tesi è anzitutto contraddetta dal tenore letterale della delibera n. 62 del 2001, con la quale l'amministrazione si determinava ad *“affidare in concessione alla Società Granduca srl di Livorno, l'intervento per la progettazione esecutiva, la realizzazione e la gestione di un parcheggio privato nel sottosuolo della P.zza Michel?”*.

In ogni caso, una volta intervenuta l'aggiudicazione – circostanza in sé pacifica – sorgerebbe comunque, per la stazione appaltante, l'obbligo di conclusione l'iter procedimentale consequenziale: stipulando il contratto con il soggetto aggiudicatario (nel caso di specie, la convenzione), in presenza dei presupposti e delle condizioni di legge.

L'aggiudicazione della concessione, d'altro canto, è di suo presupposto idoneo ad attribuire al suo titolare una specifica posizione, che è qualificata e differenziata rispetto agli altri soggetti (sia eventuali concorrenti in gara, sia terzi) ed è in sé suscettibile di tutela in giustizia.

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque respinto, bene avendo deciso su tutti i motivi di ricorso la sentenza appellata.

La particolarità della vicenda e delle questioni esaminate giustificano peraltro, ad avviso del Collegio, l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite del 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 del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137,

convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, con  
l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Valerio Perotti**

**IL PRESIDENTE**

**Giuseppe Severini**

**IL SEGRETARIO**