

APPALTI - REVOCA ATTI DI GARA - NON CONVENIENZA ECONOMICA - CIRCOSTANZA "NON SOPRAVVENUTA" - LESIONE LEGITTIMO AFFIDAMENTO - ILLEGITTIMA

È illegittima la revoca di una procedura di gara basata sulla non convenienza economica del contratto qualora si tratti di un mero ripensamento dell'Amministrazione per ragioni di opportunità, e non di una circostanza sopravvenuta. Si integra, infatti, la lesione del legittimo affidamento del privato beneficiario degli atti di gara.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 720/2020

Pubblicato il 29/01/2020

N. 00720/2020REG.PROV.COLL.

N. 03158/2019 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 3158 del 2019,
proposto da
Comune di Bonorva, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso
dall'avvocato Gian Comita Ragnedda, con domicilio digitale come da PEC
tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Società Agricola Sa Colvula s.s., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Bazzoni e Vittore Davini, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

Società Agricola Rinascimento s.r.l., Costituenda Società Agricola Fondazione Manai s.r.l., Ditta Individuale Puddu Mariano, Ditta Individuale Marras Michele Angelo, Ditta Individuale Morittu Salvatore, Ditta Individuale Marras Francesco, Ditta Individuale Pintore Gavino, Ditta Individuale Dettori Tonino, Ditta Individuale Serra Alessandro, Ditta Individuale Testoni Tonino, Società Agricola F.lli Matteoli s.s. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 00180/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Agricola Sa Colvula s.s.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Ragnedda e Bazzoni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Bonorva è titolare di terreni agricoli riuniti in un unico comprensorio dell'estensione globale di circa 245 ettari ubicati in località Santa Lucia; i terreni di provenienza dalla Pia Fondazione Manai, erano stati acquisiti ai sensi dell'art. 25 d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, attributivo ai Comuni delle funzioni amministrative relative all'organizzazione ed erogazione dei servizi di

assistenza e beneficenza già svolte dalle IPAB - istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza.

Con determinazione 13 aprile 2017 n. 140 il Responsabile del Settore finanziario e contabile del Comune, in attuazione degli indirizzi contenuti nella delibera di Giunta comunale 3 aprile 2017, n. 47, indiceva una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la cessione in affitto delle “*aree agricole ex Pia Fondazione Manai*” per la durata di quindici anni; espletate le operazioni di gara, con determinazione 15 maggio 2017 erano approvati gli atti della commissione e, preso atto della proposta di aggiudicazione a favore della Società agricola Sa Colvula s.s., attivata la procedura di verifica del possesso dei requisiti dichiarati.

La procedura, tuttavia, non giungeva a conclusione con la stipulazione del contratto, poiché, con determinazione dirigenziale 23 giugno 2017, n. 220, era disposta la revoca degli atti di gara per l'incompatibilità del R.u.p. a svolgere le funzioni di presidente della commissione giudicatrice.

Il provvedimento di annullamento era annullato dal Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna con sentenza n. 32 del 2018 pronunciata su ricorso proposto dalla Società agricola Sa Colvula s.s..

1.1. Ancora pendente il giudizio, la Giunta comunale, con delibera 21 febbraio 2018 n. 34, integrata da delibera del 20 marzo 2018, n. 48, impegnava il Responsabile di settore ad avviare un'istruttoria finalizzata a verificare la permanenza delle condizioni finanziarie e tecnico – agronomiche per procedere alla cessione in affitto dei terreni alle condizioni previste dal bando di gara e dai relativi allegati.

A tal fine era, dunque, acquisita la relazione tecnico - estimativa del dott. agr. Walter Piccirilli, datata, in frontespizio, 16 aprile 2018, dalla quale emergeva,

secondo quanto ritenuto dal Comune, che dal comprensorio agricolo ex Ente Manai si sarebbero potuti ottenere maggiori introiti economici per l'amministrazione qualora una parte dei terreni fosse stata alienata a terzi ed altra parte, frazionata in particelle più piccole, ma pur sempre funzionali all'attività agricola, concessa in affitto.

La Giunta comunale, allora, con delibera 30 aprile 2018, n. 63 (ulteriormente ribadita nella delibera 2 maggio 2018, n. 67), preso atto della relazione del Responsabile del Settore finanziario e di quella del dott. Piccirilli, ritenuto che *“nell'ambito di una nuova valutazione dei bisogni e delle esigenze pubbliche da soddisfare”* fosse necessario rideterminare la soluzione originariamente assunta circa la destinazione dei terreni facenti parte del comprensorio agricolo ex Ente Manai, al fine di *“generare maggiori ricadute economiche ed occupazionali”* e di *“attuare gli obiettivi di interesse pubblico previsti nel programma triennale delle opere pubbliche nel rispetto degli equilibri ed obiettivi di bilancio da perseguire nel corrente esercizio e nel successivo a seguito delle mutate esigenze di natura finanziaria dell'Ente”*, richiamato l'art. 21 – *quinquies* l. 7 agosto 1990, n. 241, disponeva la revoca della propria delibera n. 47 del 2017 e dava indirizzo al responsabile di revocare tutti gli atti della procedura di gara.

Con delibera del 30 aprile 2018, n. 18 il Consiglio comunale, intanto, procedeva alla modifica del piano valorizzazione ed alienazione immobili comunali disponendo per i terreni di cui si discute, in parte l'alienazione e in parte la valorizzazione.

Infine, con determinazione del 2 maggio 2018, n. 120 il Responsabile del Settore finanziario e contabile disponeva la revoca di tutti gli atti della procedura di gara.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna la Società agricola Sa Colvula s.s. impugnava la deliberazione della Giunta comunale del

21 febbraio 2018, n. 34 e con successivi motivi aggiunti la deliberazione della Giunta comunale del 30 aprile 2018, n. 63 nonché del Consiglio comunale del 30 aprile 2018, n. 18, ed anche la successiva determinazione del Responsabile del Settore finanziario e contabile del 2 maggio 2018, n. 120 (preceduta dalla delibera della Giunta comunale del 2 maggio 2018, n. 67, anch'essa impugnata).

Si costituiva in giudizio il Comune di Bonorva, restavano intimate le altre imprese che avevano presentato domanda di partecipazione alla procedura di gara.

Il giudizio era concluso dalla sentenza, sez. I, 27 febbraio 2019, n. 180, di accoglimento del ricorso, previa declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo, e conseguente annullamento delle deliberazioni di Giunta comunale n. 63 del 30 aprile 2018 e n. 67 del 2 maggio 2018, nonché del responsabile del Servizio n. 120 del 2 maggio 2018.

Il Comune era condannato al pagamento delle spese di lite a favore della società ricorrente.

3. Propone appello il Comune di Bonorva; si è costituita la società agricola Sa Colvula s.s.; la società ha presentato memoria ex art. 73 Cod. proc. amm. nonché memoria di replica.

All'udienza del 17 dicembre 2019 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Il giudice di primo grado ha accolto la domanda di annullamento degli atti di revoca della procedura di gara per le seguenti considerazioni:

- nonostante il riferimento testuale all'aggiudicazione fatta "*in via provvisoria*", la determinazione dirigenziale del R.u.p. del 15 maggio 2017, n. 171 era da qualificare come provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara a favore della Società Agricola Sa Colvula s.s. per aver il Responsabile approvato i

verbali della commissione e la graduatoria di merito in cui la società figurava quale prima graduata ed essersi riservato solamente la verifica dei requisiti indicati dal bando di gara quale condizione di efficacia della graduatoria stessa;

- l'art. 21 – *quinquies* l. n. 241 del 90 consente la revoca della procedura di gara o dell'aggiudicazione nel caso di sopravvenuti motivi di interesse pubblico o mutamenti della situazione di fatto non prevedibili al tempo dell'adozione del provvedimento, tra i casi più comuni riconducibili a tali situazioni vi sono la sopravvenuta non corrispondenza dell'appalto alle esigenze dell'amministrazione ovvero il venir meno della copertura finanziaria o la sopravvenuta non convenienza economica dell'appalto o la sopravvenuta inidoneità delle prestazioni richieste a soddisfare i bisogni che hanno indotto l'amministrazione a indire la procedura di gara;
- in definitiva, il riesame dell'opportunità e convenienza dell'originaria decisione di procedere alla gara e di aggiudicare il contratto deve essere sempre ricollegato a fatti e circostanze sopravvenuti, non è consentita invece la revoca motivata da “*nuova valutazione dell'interesse originario*”, specie in caso di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici;
- nel caso di specie, le ragioni della decisione del Comune di Bonorva di revocare la procedura di gara e l'aggiudicazione alla Società agricola Sa Colvula s.s. , oltre ad essere del tutto generiche, non trovavano supporto in alcuna situazione di fatto sopravvenuta all'adozione dei provvedimenti di primo grado, poiché anche le risultanze istruttorie contenute nelle relazione cui era fatto richiamo nei provvedimenti di revoca, per essere l'una, quella del Responsabile del Servizio, una mera analisi della situazione di bilancio dell'ente e, l'altra, quella del dott. Piccirilli, datata 18 aprile 2014 e, quindi, di epoca anteriore alla indizione della procedura di gara.

2. La sentenza di primo grado è censurata sulla base di cinque motivi; in ordine logico va esaminato preliminarmente il quinto motivo di appello con il quale è contestata la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere dell'odierna controversia a favore del giudice ordinario, in considerazione dell'appartenenza dei terreni messi a gara al patrimonio disponibile del Comune (secondo l'indicazione dell'art. 58, comma 2, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133).

2.1. Il motivo è infondato.

Il Comune di Bonorva ha indetto una procedura di evidenza pubblica per la stipulazione di un contratto attivo; il contratto di affitto di terreni va qualificato come contratto attivo poiché realizza un'entrata (e non un'uscita, come in caso di contratto di appalto) a favore del soggetto pubblico quale corrispettivo del godimento del bene attribuito al privato (cfr. Cons. Stato, V, 14 settembre 2019, n. 6419; V, 22 agosto 2019, n. 5780; III, 2 maggio 2019, n. 2844; V, 3 gennaio 2019, n. 1).

L'assenza di atto concessorio – a sua volta giustificata dalla natura disponibile del bene oggetto di disposizione – porta ad escludere l'appartenenza della controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b) Cod. proc. amm. che vi annette le “*controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi...*” (cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 5 ottobre 2012, n. 16951).

L'art. 133 comma 1, lett. e) n. 1) Cod. proc. amm. prevede, invece, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in relazione alle controversie “*relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei*

procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale...”; la disposizione va letta nel senso che la giurisdizione esclusiva sussiste solo se concorrono cumulativamente il profilo soggettivo – che la procedura di scelta del contraente sia espletata da un soggetto, benchè formalmente privato, tenuto all’applicazione della normativa di evidenza pubblica – e quello oggettivo, vale a dire che il contratto da affidare rientri nella tipologia contrattuale per la quale è previsto l’espletamento di una procedura di gara, e dunque un contratto che abbia ad oggetto *“lavori, servizi e forniture”* (cfr. Adunanza plenaria, 1 agosto 2011, n. 16).

In seguito alla modifica operata dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. correttivo al codice), i contratti attivi rientrano, per espressa indicazione normativa, tra i contratti esclusi dall’applicazione del codice dei contratti pubblici ai sensi dell’art. 4 (*Principi relativi all’affidamento di contratti pubblici esclusi*) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per i quali è imposto il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità (oltre che tutela dell’ambiente ed efficienza energetica) nella scelta del contraente.

La procedura di gara è stata avviata prima della modifica dell’art. 4 del codice dei contratti pubblici e, tuttavia, già in precedenza era comune convincimento (cfr. Cons. Stato, comm. spec. 10 maggio 2018, n. 1241) che la scelta del contraente da parte dell’amministrazione dovesse avvenire mediante procedura comparativa, ispirata ai principi di accesso paritario e concorrenziale degli interessati, le cui regole minime erano poste dalla normativa contabilistica (art. 3 R.d. 18 novembre 1923, n. 2440: *“I contratti dai quali derivi un’entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento,*

l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata.” e, per gli enti locali, fin dall’art. 87 R.d. 3 marzo 1934, n. 383 ed ora art. 192 Determinazioni a contrarre e relative procedure d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 *T.u. ordinamento enti locali*).

Ne segue, da un lato, che la decisione del Comune di procedere alla scelta dell’affittuario mediante procedura di gara aperta (così nel disciplinare di gara depositato in atti) era imposta da obbligo legislativo e non frutto di autovincolo dell’amministrazione (inidoneo ad incidere sulla giurisdizione, cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 20 settembre 2019, n. 23541, nonché Adunanza plenaria, 1 agosto 2011, n. 16), e, dall’altro, che la controversia appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo poiché la situazione soggettiva del privato concorrente nella fase di scelta del contraente è di interesse legittimo per fronteggiare un potere autoritativo della pubblica amministrazione che si esplica secondo regole di diritto pubblico (in termini, Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5821 e la giurisprudenza ivi richiamata e segnatamente Cons. Stato, sez. V, 31 agosto 2015, n. 4036).

3. Può procedersi ora all’esame dei motivi di appello nell’ordine individuato dalla parte: i primi tre espongono un unitario ragionamento critico nei confronti delle argomentazioni spese del giudice di primo grado per addivenire alla conclusione della illegittimità degli atti di revoca e, per questa ragione, vanno esaminati congiuntamente.

3.1. Con il primo motivo di appello, è contestato l’ *“Error in iudicando – Assenza di un legittimo affidamento – violazione art. 1, comma 1 bis, l. 241/90 Travisamento dei presupposti di fatto e di diritto”*: sostiene l’amministrazione appellante che la vicenda per cui è causa andrebbe riportata nell’ambito delle ordinarie trattative propedeutiche alla stipulazione di un contratto di affitto, piuttosto che al quadro normativo proprio delle procedure di evidenza pubblica

per l'affidamento di contratti d'appalto, con conseguente piena facoltà per le parti, fino alla stipulazione del contratto, di sottrarsi dalle trattative sia per ragioni sopravvenute sia per una diversa ponderazione dei presupposti che avevano originariamente indotto a contrarre; sarebbe paradossale, conclude, l'appellante, se ciò fosse consentito ad un privato e non, invece, ad una pubblica amministrazione.

3.2. Nel secondo motivo di appello si fa valere l' "*Error in iudicando – Sull'erronea qualificazione come aggiudicazione definitiva dell'aggiudicazione provvisoria disposta con la determinazione n. 171/2017 del responsabile del settore finanziario – violazione degli artt. 32 e 33 del d.lgs. n. 50/2016*": il giudice avrebbe erroneamente qualificato la determinazione del R.u.p. 171/2017 quale aggiudicazione definitiva sebbene per il codice dei contratti pubblici (artt. 32 e 33, comma 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), v'è aggiudicazione "*definitiva*" nel senso fatto proprio dal giudice solo a seguito del positivo superamento della fase di controllo del possesso dei requisiti prescritti dalla *lex specialis* in capo all'operatore; in ogni caso, anche l'aggiudicazione definitiva non avrebbe determinato accettazione dell'offerta non avendo l'amministrazione alcun obbligo di sottoscrivere il contratto con l'aggiudicatario.

3.3. Il terzo motivo di appello è diretto a contestare la sentenza di primo grado per "*Error in iudicando – Falsa applicazione dell'art. 21 quinquies della l. 241/1990 – Eccesso di potere giurisdizionale in ordine al sindacato sulla discrezionalità tecnica e amministrativa*": il giudice non avrebbe tenuto in adeguata considerazione la natura discrezionale della scelta di procedere alla revoca di un provvedimento amministrativo, sindacabile per manifesta illogicità, irrazionalità e irragionevolezza ovvero per palese travisamento dei fatti, nel caso di specie da escludere per essere emersi, a distanza di tempo dall'indizione della gara, due elementi nuovi, ossia la scarsa redditività del

compendio in caso di affitto ad unico soggetto e la necessità di alienare almeno parte del compendio per ottenere nell'immediato maggiori ricavi.

Dall'istruttoria svolta, ed in particolare, dalla relazione tecnica dell'agronomo dott. Piccirilli – redatta nel 2018, come si ricava dalla data indicata nel frontespizio, laddove, invece, la data presente in sottoscrizione, il 2014, era mero errore materiale, che aveva indotto in errore il giudice di primo grado – era stato possibile intendere chiaramente la convenienza di gran lunga maggiore per le casse comunali della vendita in parte dei terreni e affitto frazionato della restante parte, rispetto alla originaria decisione di procedere all'affitto dell'intero comprensorio ad unico soggetto (a fronte di un utile complessivo dell'investimento programmato pari € 396.900,00, sarebbe stato possibile ricavare, invece, un utile di € 1.341.137,15).

4. I motivi sono infondati.

4.1. Per le ragioni in precedenza esposte, la relazione intercorsa tra il Comune di Bonorva e la Società agricola Sa Colvula s.s. fino al momento dell'aggiudicazione non era una mera trattativa per addivenire alla stipula di un contratto commerciale; va escluso, pertanto, che la condotta dell'amministrazione comunale possa essere apprezzata alla stregua di quella di un privato contraente che, ad un certo punto, decida di recedere dalle trattative in corso e della quale si debba valutare se sia giustificata a fini esclusivamente risarcitori (art. 1337 Cod. civ.).

Come meglio si avrà modo di chiarire, infatti, per essere esercizio di potere autoritativo la decisione del Comune di revocare l'intera procedura di gara va esaminata alla luce delle regole di validità degli atti amministrativi.

4.2. L'appellante sostiene, poi, che la determinazione dirigenziale del 15 maggio 2017, n. 171 fosse atto di aggiudicazione provvisoria della procedura di gara e non definitiva per aver il Responsabile del Settore finanziario solo "*preso*

atto” dell’attività svolta dalla commissione giudicatrice ed essersi riservato la verifica del possesso dei requisiti richiesti dal bando, all’esito positivo della quale solamente poteva conseguire la definitiva aggiudicazione.

La tesi si scontra con l’attuale previsione del codice dei contratti pubblici – espressamente richiamato dal Comune a regolamentare la procedura nel disciplinare di gara – che, come evidenziato da recente giurisprudenza, non contempla più la distinzione tra aggiudicazione “*provvisoria*” e aggiudicazione “*definitiva*”, ma prevede la “*proposta di aggiudicazione*” proveniente dalla commissione giudicatrice e l’aggiudicazione quale atto finale della procedura (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2019, n. 6904 che così interpreta l’art. 32, d.lgs. n. 50 del 2016).

Ad ogni modo, anche a voler accogliere la ricostruzione dell’appellante ed ammettere, pertanto, che, successivamente alla verifica del possesso dei requisiti previsti dal bando, sarebbe stato dovuto un nuovo provvedimento di aggiudicazione, di natura definitiva, si è, comunque, in presenza di motivo privo di reale efficacia destrutturante del ragionamento svolto dal giudice di primo grado.

Il Comune di Bonorva ha, infatti, deciso di revocare l’intera procedura di gara e non vi è dubbio che la Società agricola Sa Colvula s.s., alla cui – eventuale – aggiudicazione definitiva non mancava altro che la verifica del possesso dei requisiti dichiarati, era in una situazione differenziata e meritevole di particolare considerazione per le conseguenze che la rideterminazione assunta avrebbe prodotto nella sua sfera giuridica.

4.3. Si giunge, così, ad affrontare il punto centrale dell’odierna controversia; si tratta, in sostanza, di verificare se la decisione del Comune di revocare l’intera procedura di gara, compreso il provvedimento di aggiudicazione sia o meno in

contrasto con i limiti posti all'esercizio della revoca dall'art. 21 – *quinquies* l. 7 agosto 1990, n. 241.

L'art. 21 *quinquies* l. 7 agosto 1990, n. 241, prevede che "*Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento, o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato*".

In materia di appalti pubblici – ma il ragionamento si può estendere ad ogni procedura che impegna la pubblica amministrazione nei confronti di un privato, che attraverso detta procedura sia scelto, alla stipulazione di un futuro contratto – le ragioni in grado di supportare la revoca legittima dell'aggiudicazione sono state variamente individuate e queste sono, specialmente, le fattispecie ricorrenti: a) revoca per sopravvenuta non corrispondenza dell'appalto alle esigenze dell'amministrazione; b) revoca per sopravvenuta indisponibilità di risorse finanziarie ovvero per sopravvenuta non convenienza economica dell'appalto (fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1599, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3748); c) revoca per inidoneità della prestazione descritta nella *lex specialis* a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura (sulla quale, ampiamente, Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026), nonché d) comportamenti scorretti dell'aggiudicatario che si sono manifestati successivamente all'aggiudicazione definitiva (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2019, n. 3152; V, 11 gennaio 2018, n. 120 e le sentenze ivi ricordate).

Il Comune appellante invoca il caso *sub b)* ovvero la sopravvenuta non convenienza economica del contratto e individua due elementi che assume

sopravvenuti all'originaria decisione di indire la procedura di gara per l'affitto dell'intero compendio ad unico soggetto: la relazione elaborata dal dott. Piccirilli nonché la sopravvenuta esigenza di procedere all'alienazione immediata di parte del compendio per ottenere celermente somme da riversare a Cassa Depositi e prestiti in conto restituzione di un finanziamento da richiedere (in tal senso le determinazioni a contrarre del Responsabile del settore finanziario n. 180/2018 e 191/2018) per la costruzione di una piscina comunale e la realizzazione della sistemazione delle strade comunali, come da relazione del Responsabile del settore finanziario.

In particolare la relazione peritale, che sarebbe stata elaborata nel 2018, dimostrerebbe come dalla parziale alienazione del compendio immobiliare e dall'affitto in particelle distinte della restante parte sarebbe possibile ricavare un introito per le casse comunali ampiamente superiore al canone previsto dal bando di gara a carico dell'unico affittuario per l'intero periodo di durata del contratto.

4.4. Ritiene il Collegio che le circostanze di fatto allegate non costituiscono fattori di sopravvenuta sconvenienza economica del contratto, poiché l'amministrazione comunale era in condizione, già prima dell'indizione della procedura di gara, di sapere che avrebbe potuto conseguire ricavi maggiori dalla vendita e dall'affitto frazionato dei terreni rispetto all'affitto dell'intero compendio ad unico soggetto.

La data della relazione peritale è incerta – nel frontespizio è fatto riferimento al 2018 mentre in calce al 2014 – ma, in ogni caso, anche a voler ammettere che la sua redazione sia avvenuta dopo l'aggiudicazione, si tratterebbe di fatto sopravvenuto ma solo per la condotta dell'amministrazione che ha ritenuto di commissionare ad esperto uno studio sulla convenienza economica dell'affare,

che ben avrebbe potuto richiedere prima di assumere ogni propria decisione, quando già aveva concluso la procedura di gara.

Non diverso è il discorso sulla dichiarata esigenza di liquidità per la necessità di pronta restituzione di un finanziamento ricevuto da Cassa depositi e prestiti; anche in questo caso si è presenza di una volontaria determinazione dell'amministrazione che, per autonoma scelta, ha assunto impegni economici che avrebbero richiesto immediata liquidità per farvi fronte con risparmio di denaro pubblico.

In conclusione, allora, non di eventi imprevedibili si tratta – necessaria connotazione del fattore sopravvenuto perché valga a scriminare sul piano dell'antigiuridicità la successiva rideterminazione – poiché, anzi, determinati dal Comune con le sue stesse scelte.

4.5. In definitiva, allora, la revoca della procedura di gara operata dal Comune di Bonorva era, più che altro, un ripensamento per ragioni di mera opportunità della originaria decisione di vincolarsi a mezzo contratto di affitto con unico contraente; scelta, però, non consentita dall'ordinamento in assenza del riconoscimento normativo di uno *ius poenitendi* illimitato e *ad nutum*, e per la necessità, al contrario, di preservare, anche all'atto di una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico, il legittimo affidamento del privato beneficiario degli atti dell'amministrazione, con rafforzata ponderazione della ragioni che ne siano di impedimento (anche per le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza dell'Unione europea che ne riconosce l'invocabilità a favore di ogni operatore al quale le istituzioni abbiano fatto insorgere fondate aspettative, cfr. tra le più recenti, Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez IX, 16 ottobre 2019, causa C-490/18 SD; X, 11 luglio 2019 C-180/18 *Agrenergy s.r.l.*) e che, all'adozione del primo provvedimento non era stato possibile prevedere (è questo l'orientamento più recentemente emerso in giurisprudenza in relazione alla

revoca degli atti di una procedura di gara giunta alla fase finale con l'avvenuta aggiudicazione; cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris. 21 ottobre 2019, n. 917; Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2016, n. 2095; aderiscono a tale interpretazione anche Cons. Stato, III, 28 giugno 2019, n. 4461; VI, 3 maggio 2018, n. 2630; V, 3 aprile 2018, n. 2072).

Diversamente, il privato, che pure abbia investito risorse, materiali ed umane, (ovvero, come nel caso di specie, ricevuto un finanziamento da impiegare in attività collegata al contratto da stipulare con l'amministrazione) e che abbia diligentemente formulato la propria offerta secondo le richieste dell'amministrazione, nella giustificata attesa della conclusione in senso a sé favorevole della procedura, sarebbe in balia delle scelte della pubblica amministrazione, imprevedibili e inafferrabili, potendosi sempre, in tesi, rintracciare una migliore modalità di impiego delle risorse pubbliche rispetto a quella in precedenza deliberata, specie al trascorrer del tempo necessario a darvi attuazione alla primigenia determinazione.

4.6. Se, dunque, è discrezionale l'apprezzamento delle circostanze di fatto che giustificano il provvedimento di revoca, la sua adozione è consentita nei limiti fissati dall'art. 21 *quinquies* l. 241 del 1990, onde la tutela avverso l'atto che li abbia travalicati è senza meno demolitoria per aver l'amministrazione violato una regola di validità dell'atto (per ogni ulteriore considerazione su tale profilo cfr. Adunanza plenaria, 4 maggio 2018, n. 5).

5. Con il quarto motivo la sentenza è censurata per "*Error in iudicando – Illegittimità della sentenza di primo grado nel capo della motivazione in cui viene impartito l'ordine al Comune di procedere alla verifica dei requisiti in capo all'appellata e alla stipula del contratto*": è contestato il capo di sentenza in cui, accolto il ricorso, e per questo annullato il provvedimento di revoca, viene imposto al Comune di "*procedere alla verifica dei requisiti in capo alla*

Società Agricola Sa Colvula e, in caso di esito positivo di tale verifica, alla stipula della concessione con la medesima”.

L'amministrazione appellante sostiene di essere, in ogni caso, formalmente libera di rimanere inerte.

5.1. Il motivo è infondato.

La sentenza di primo grado, in coerenza con la determinazione assunta in punto di illegittimità del provvedimento di revoca, ha imposto all'amministrazione di riprendere la procedura dalla fase di verifica dei requisiti; momento, infatti, al quale si era arrestata prima che intervenissero le nuove decisioni ora definitivamente caducate.

6. La parziale novità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del grado tra le parti in causa.

P.Q.M.

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

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO