

Evidenza pubblica e principi generali dell'azione amministrativa

di Antonio Danza

Data di pubblicazione: 15-1-2019

Non occorre la comunicazione di avvio con riguardo a procedure concorsuali nei confronti di chi ha formulato domanda di ammissione alla selezione, trattandosi di un procedimento al quale gli interessati hanno chiesto di partecipare e manifestato le proprie preferenze.

Il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà tra gli atti può configurarsi solo allorché sussista, tra più atti successivi di un medesimo procedimento, un contrasto inconciliabile, tale da far dubitare su quale sia l'effettiva volontà dell'Amministrazione, mentre non sussiste tra atti di distinti ed autonomi procedimenti quando si tratti di provvedimenti che, pur riguardando lo stesso oggetto, siano stati adottati all'esito di procedimenti indipendenti e ad intervalli di tempo l'uno dall'altro (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 7 febbraio 2018, n. 806).

Guida alla lettura

Nella pronuncia in commento, il Consiglio di Stato estende l'operatività di alcuni principi e istituti generali dell'azione amministrativa alle procedure di **evidenza pubblica**. Si tratta, in particolare, della comunicazione di avvio del procedimento e del principio di affidamento, allorché il destinatario del potere pubblico lamenti il vizio di eccesso di potere.

I giudici di Palazzo Spada, dunque, si chiedono innanzitutto se, nelle procedure selettive ad evidenza pubblica, l'amministrazione sia obbligata a comunicare l'avvio del procedimento ai soggetti che abbiano formulato domanda di ammissione alla selezione. La risposta è negativa. Ad essa sembra infatti sotteso un argomento di **economia procedimentale**, dal momento che, proprio perché hanno formulato la domanda di ammissione, i soggetti interessati sanno già che l'ente pubblico avvierà un procedimento amministrativo finalizzato all'eventuale stipulazione di un contratto. I Supremi Giudici amministrativi sono eloquenti sul punto: "*Non occorre la comunicazione di avvio con riguardo a procedure concorsuali nei confronti di chi ha formulato domanda di ammissione alla selezione, trattandosi di un procedimento al quale gli interessati hanno chiesto di partecipare e manifestato le proprie preferenze*".

La seconda questione giuridica sollevata e risolta dalla sentenza in esame è la seguente: se possa configurarsi il vizio di **eccesso di potere** per contraddittorietà tra atti appartenenti a distinti procedimenti amministrativi. Anche in questo caso la risposta è negativa. Secondo il tradizionale insegnamento giurisprudenziale, infatti, l'**affidamento** del privato è violato solo quando più atti dello stesso procedimento siano tra loro in contrasto. In tal caso, infatti, è arduo, se non impossibile, decifrare l'effettiva **volontà dell'amministrazione**. Tale problema, invece, non si presenta nell'ipotesi in cui atti di distinti procedimenti si contraddicano, poiché è possibile che due diverse amministrazioni, o la stessa in momenti diversi, valutino diversamente i fatti da cui scaturirà il provvedimento finale: " *Il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà tra gli atti può configurarsi solo allorché sussista, tra più atti successivi di un medesimo procedimento, un contrasto inconciliabile, tale da far dubitare su quale sia l'effettiva volontà dell'Amministrazione, mentre non sussiste tra atti di distinti ed autonomi procedimenti quando si tratti di provvedimenti che, pur riguardando lo stesso oggetto, siano stati adottati all'esito di procedimenti indipendenti e ad intervalli di tempo l'uno dall'altro (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 7 febbraio 2018, n. 806).*

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7695 del 2017, proposto da:
Esposito Anna, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Maria D'Angiolella e Guido Acquaviva Coppola, con domicilio eletto presso lo studio Sergio Como in Roma, via Giovanni Antonelli, 49;

contro

Comune di Capri, Regione Campania, non costituiti in giudizio;

nei confronti

D'Agostino Enrico, S.I.T. - Società Igiene e Territorio, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 01697/2017, resa tra le parti, concernente l'impugnativa della Determinazione del Settore LL.PP. n. 209 del 29.07.2016, Reg. Generale n. 890 del 29.07.2016 avente ad oggetto "procedura volta alla formazione della graduatoria provvisoria per l'assegnazione di ormeggi richiedenti per la categoria nautica da diporto e la categoria diporto commerciale all'interno degli specchi acquei del porto commerciale in regime di C.D.M. del Comune di Capri. Approvazione del Verbale n. 6 del 27.07.2016, graduatoria definitiva, elenco assegnatari e grafici planimetrici con individuazione dei vari posizionamenti degli ormeggi", pubblicata all'Albo Pretorio del Comune a partire dal 29.07.2016 e per i successivi 15 gg, mai notificata né comunicata, con la quale la ricorrente veniva collocata nella graduatoria definitiva alla posizione n. 110 nella categoria "ulteriori residuali" e di tutti gli atti in esso richiamati in quanto lesivi della posizione della ricorrente;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti l'avvocato D'angiolella Luigi Maria;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La prof.ssa Esposito ha interposto appello nei confronti della sentenza 28 marzo 2017, n. 1697 del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sez. I, che ha respinto il suo ricorso avverso la determinazione del Settore LL.PP. del Comune di Capri n. 209 in data 29 luglio 2016, recante la graduatoria definitiva per l'assegnazione dei posti ormeggio per la nautica da diporto all'interno degli specchi acquei portuali denominati "Levante e Ponente" in regime di concessione demaniale marittima nell'Isola di Capri, nella quale era collocata alla posizione n. 110, nella categoria "ulteriori residuali" (cioè non residenti).

Il provvedimento si fonda, come si evince dalla nota in data 11 luglio 2016, sulla considerazione per cui dagli atti depositati, ed in particolare dalla domanda di partecipazione, emergerebbe la volontà dell'appellante, residente nel Comune di Anacapri, di cedere ai propri congiunti (marito e figlio), non residenti nell'isola, l'utilizzo del proprio natante mediante delega generalizzata, laddove il regolamento comunale consente la concessione del posto barca solamente al titolare dell'imbarcazione per uso proprio residente nell'isola, posto non cedibile che può essere detenuto e/o utilizzato da altri previa comunicazione ed assenso da parte dell'Amministrazione.

Con il ricorso in primo grado la prof.ssa Esposito ha impugnato la graduatoria e gli atti presupposti deducendo la violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, il vizio motivazionale, l'illogicità, la disparità di trattamento, la violazione del legittimo affidamento, nonché la violazione del regolamento per la gestione degli ormeggi e pontili di cui alla delibera consiliare n. 5 del 2016.

2. - La sentenza appellata, dichiarato il difetto di legittimazione passiva dell'Ufficio Circondariale Marittimo dell'isola di Capri, ha respinto il ricorso, nella considerazione che sia stato instaurato il contraddittorio procedimentale, seppure non prescritto per le procedure concorsuali, e che il rilascio, da parte dell'appellante, di una delega generalizzata in favore dei congiunti per l'utilizzo dell'imbarcazione viola il regolamento comunale "per la gestione degli ormeggi e dei pontili galleggianti negli specchi acquei denominati "Levante e Ponente", in regime di concessione demaniale marittima all'interno del porto commerciale dell'isola di Capri", di cui alla delibera del Consiglio comunale n. 5 del 15 febbraio 2016, il quale, all'art. 20, comma 5, consente a persone diverse dal titolare l'utilizzo solo eventuale dell'imbarcazione autorizzata, escludendo in ogni modo un uso ordinario esteso ai familiari non residenti.

3.- Con il ricorso in appello la prof.ssa Esposito ha dedotto l'erroneità della sentenza nell'assunto che sia viziata nella motivazione per non avere tenuto conto delle censure di primo grado, incentrate sull'evidenziazione dell'esistenza, in capo all'esponente, dei requisiti stabiliti dall'art. 19 del regolamento per avere accesso al posto barca, aderendo alla tesi che sostiene il provvedimento gravato, che la ha invece collocata tra i "non residenti", per violazione del regolamento per la gestione degli ormeggi, per violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, nonché per violazione del principio del legittimo affidamento.

4. - All'udienza pubblica del 10 maggio 2018, nella mancata costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- I primi due motivi di gravame, che possono essere esaminati congiuntamente in ragione della loro complementarietà, censurano l'asserito vizio motivazionale della sentenza, la quale non avrebbe tenuto conto della sussistenza, in capo alla ricorrente, dei requisiti previsti dall'art. 19 del regolamento per la concessione dell'ormeggio, aderendo alla illegittima sua esclusione dalla categoria dei "residenti" disposta dal provvedimento comunale all'esito di una forzata interpretazione della domanda di assegnazione del 14 marzo 2016, enucleante anche le generalità dei congiunti (marito e figli) che potevano saltuariamente essere ospiti dell'imbarcazione; illogica è la collocazione dell'istante nella categoria dei "non residenti", atteso che la medesima da anni risiede ad Anacapri, ove ora anche il coniuge ha assunto la residenza. Viene poi dedotta la violazione dell'art. 20, punto 5, del regolamento, nell'assunto che alla domanda di partecipazione non sarebbe stata allegata una delega generalizzata in favore dei congiunti dell'istante, ma vi sarebbe solo una specificazione dei compossessori dell'immobile di proprietà dell'appellante.

I motivi sono infondati.

La collocazione dell'appellante tra i "non residenti" è motivata dalla nota in data 11 luglio 2016 in considerazione del fatto che *«l'uso da parte di altri soggetti diversi dal proprietario è solo "eventuale" - come specificato all'art. 20, punto 5, del regolamento - andando a delineare un sistema ove viene concesso l'uso del posto barca al titolare dell'imbarcazione per uso proprio mentre l'uso da parte di terzi è vietato sotto ogni forma e consentito solo "eventualmente" previa delega e comunicazione. Dagli atti depositati invece, emerge chiara la volontà di cedere a terzi (marito e figlio) l'utilizzo del proprio natante mediante delega generalizzata. Tale delega si concretizza e si traduce nel fatto che il marito e figlio, non residenti sull'isola di Capri, utilizzano un natante e un posto barca in modo continuo e generalizzato a discapito di residenti nell'isola di Capri che invece utilizzano in prima persona il posto barca [...] L'istanza della S.V. di essere inserita tra le domande presentate dai residenti, quindi, è palesemente una "fictio" dovendo invece essere letta come istanza da parte di non residenti (appunto marito e figlio) di utilizzare una imbarcazione di proprietà di un residente»*.

Il provvedimento, dunque, non contesta la sussistenza dei requisiti previsti dall'art. 19 del regolamento in capo all'appellante (residenza nei Comuni dell'isola di Capri, regolarità della propria posizione nei confronti dei tributi locali, assenza di condanna penale passata in giudicato per reati non colposi), ma le nega l'assegnazione quale residente nella considerazione dell'uso strumentale che avrebbe il posto di ormeggio, alla stregua di quanto desunto dalla dichiarazione della medesima, in specie con una preventiva delega alla guida dell'imbarcazione in favore del marito (De Martinis Umberto) e dei figli (De Martinis Valerio e Claudio), questi ultimi comproprietari e compossessori dell'immobile sito nel Comune di Anacapri, alla via Chiusarano n. 7/9.

Condivisibilmente la sentenza ha ritenuto che *«il rilascio [...] di una delega generalizzata all'utilizzo dell'imbarcazione dà luogo ad evidente contrasto con le previsioni della lex specialis la quale all'art. 20, comma 5, consente a persone diverse dal titolare l'utilizzo solo "eventuale" - quindi episodico ed occasionale e non stabile e permanente - dell'imbarcazione autorizzata. [...] La delega generalizzata in favore dei propri familiari sottintende una durevole e costante fruizione, da parte di questi ultimi, del posto ormeggio che finirebbe per risultare solo formalmente intestato alla ricorrente ma, di fatto, utilizzato dai propri congiunti. A conferma di tale conclusione, si osserva che nella propria domanda di partecipazione del 14 marzo 2016 l'istante ha espressamente rappresentato che il posto barca va inteso come richiesto "a servizio del nucleo familiare del soggetto richiedente", con ciò lasciando chiaramente intendere un uso non personale ed esclusivo, ma esteso stabilmente ai propri familiari che, in quanto non residenti, non risulterebbero legittimati a presentare domanda in proprio»*.

Il provvedimento impugnato appare dunque conforme con la norma regolamentare richiedente che il natante possa essere utilizzato solo in presenza del titolare del contratto ormeggio (art. 20, comma 5), precludendo un'estensione del titolo in favore di soggetti non aventi titolo all'assegnazione, in un contesto di limitata disponibilità dei posti per imbarcazioni. Né, alla stregua di un'interpretazione letterale, l'istanza di assegnazione e la dichiarazione sostitutiva allegata possono essere intese come finalizzate alla mera indicazione dei congiunti che, saltuariamente, potevano essere ospiti dell'imbarcazione di proprietà dell'appellante, perché, in tale caso, quanto meno, non sarebbe stata necessaria la locuzione, in relazione al marito ed

ai figli, “da me delegato alla guida”.

2. - Il terzo motivo di appello si incentra sulla pretesa violazione dell’art. 7 della legge n. 241 del 1990, nell’assunto che non sarebbe stato garantito il contraddittorio procedimentale.

Il motivo è infondato.

Anche su tale profilo la sentenza di prime cure ha adeguatamente chiarito che non occorre la comunicazione di avvio con riguardo a procedure concorsuali nei confronti di chi ha formulato domanda di ammissione alla selezione, trattandosi di un procedimento al quale gli interessati hanno chiesto di partecipare e manifestato le proprie preferenze.

Peraltro, la disamina dello sviluppo procedimentale attesta che un rapporto di comunicazione vi è comunque stato tra l’appellante e l’Amministrazione, la quale l’ha anzitutto riammessa nella graduatoria dalla quale era stata esclusa, seppure poi collocandola nella categoria dei non residenti, in via ulteriore residuale, per poi comunicare la predetta collocazione in graduatoria con la nota in data 11 luglio 2016, corredata da un ampio supporto motivazionale.

3.- Il quarto motivo deduce poi la contraddittorietà dell’azione amministrativa e la violazione del principio dell’affidamento, allegando che l’appellante ha, nelle precedenti annualità, conseguito l’assegnazione di un posto ormeggio all’interno del porto commerciale di Capri, con la medesima imbarcazione ed alle stesse condizioni.

Il motivo è infondato, se non anche inammissibile per genericità.

Secondo il consolidato indirizzo, il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà tra gli atti può configurarsi solo allorchè sussista, tra più atti successivi di un medesimo procedimento, un contrasto inconciliabile, tale da far dubitare su quale sia l’effettiva volontà dell’Amministrazione, mentre non sussiste tra atti di distinti ed autonomi procedimenti quando si tratti di provvedimenti che, pur riguardando lo stesso oggetto, siano stati adottati all’esito di procedimenti indipendenti e ad intervalli di tempo l’uno dall’altro (in termini, tra le tante, Cons. Stato, V, 7 febbraio 2018, n. 806).

Come rilevato dal primo giudice, non può dunque ravvisarsi la contraddittorietà tra distinte procedure concorsuali/selettive, ciascuna delle quali informata ad una specifica disciplina di gara.

Allo stesso modo, non può ravvisarsi nella fattispecie controversa la violazione del principio di tutela dell’affidamento, il quale, nella sua versione più pregnante, di provenienza comunitaria, mira a tutelare le aspettative ingenerate dall’Amministrazione con un proprio precedente atto o comportamento. Si tratta di un principio la cui operatività deve, per definizione, essere esclusa in riferimento a separati procedimenti selettivi, atteso che la tutela dell’attendibilità dell’operato si pone in contrasto con le regole della *par condicio*, che caratterizza ogni procedimento di evidenza pubblica.

4. - Alla stregua di quanto esposto l’appello deve essere respinto.

Non v'è luogo a provvedere sulle spese di giudizio, stante la mancata costituzione dell'Amministrazione intimata.

P.Q.M.

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

Nulla per le spese.

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