



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 numero di registro generale 8445 del 2011, proposto da:
Vigliena Nuova s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa
dagli avvocati Felice Laudadio ed Umberto Corvino, con domicilio eletto presso
l'avvocato Felice Laudadio in Roma, via Alessandro III n. 6;

contro

ARPAC - Agenzia regionale protezione ambientale Campania - in persona del
legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Innocenzo Militeri, con
domicilio eletto presso lo studio Legalpartner in Roma, via Giovanni Nicotera n.
29;

Regione Campania in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa
dall'avvocato Massimo Lacatena, domiciliata in Roma, via Poli n. 29;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo della Campania, sede di Napoli,
Sezione I, n. 3251 del 20 giugno 2011, resa tra le parti, concernente appalto per

acquisto di unità immobiliare da adibire a sede del dipartimento provinciale di Napoli del CIRIA e della sede centrale dell'ARPAC.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ARPAC - Agenzia regionale protezione ambientale Campania e della Regione Campania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2013 il Cons. Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Laudadio, Sambiagio, per delega dell'avvocato Militeri, e Panariello, per delega dell'avvocato Lacatena;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Campania, sede di Napoli, rubricato al n. 1343/08, Vigliena Nuova s.r.l. impugnava la delibera n. 10 del 14 gennaio 2008 con la quale l'ARPAC aveva disposto l'annullamento degli atti della gara indetta per l'acquisto di una unità immobiliare da adibire a sede del dipartimento provinciale di Napoli del CIRIA e della propria sede centrale conclusasi con l'aggiudicazione alla società ricorrente, nonché gli atti connessi, ivi compresa la nota regionale prot. n. 1040576 del 5 dicembre 2007 recante la conferma della non ammissibilità a cofinanziamento comunitario dell'acquisto del bene, l'atto ARPAC n. 5574 del 26 marzo 2007 e l'atto di ammissione al cofinanziamento.

Con un primo atto di motivi aggiunti la società estendeva l'impugnazione alla nota regionale prot. n. 1040576 del 5 dicembre 2007, nonché agli atti connessi ivi compresa la nota regionale prot. n. 1037490 del 15 dicembre 2007.

Con un secondo atto di motivi aggiunti impugnava la nota regionale prot. n. 0862766 del 12 ottobre 2007, n. 0288013 del 4 aprile 2008 con l'allegata relazione, il parere reso dalla Meridiana Italia s.r.l. e tutti gli atti depositati in giudizio in data 10 dicembre 2010.

La società deduceva con il ricorso principale i seguenti motivi:

- mancherebbe una comunicazione di avvio del procedimento, in osservanza dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990; la nota ARPAC del 26/3/2007 non avrebbe tale effetto; l'avviso sarebbe necessario nel caso di procedimenti preordinati all'esercizio di poteri di autotutela, aventi carattere discrezionale, dopo circa due anni dall'approvazione del bando e dopo la stipula di un contratto preliminare; l'osservanza del contraddittorio procedimentale risponderebbe all'esigenza di tutela dei diritti di difesa dell'interessato, nonché di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa; l'amministrazione non avrebbe considerato le circostanze evidenziate dall'interessata in ordine alla ultimazione dei lavori nei termini prefissati;
- la stessa ARPAC dichiarerebbe nel provvedimento impugnato di prescindere dai presupposti di legittimità della procedura di gara; il venir meno del cofinanziamento comunitario non sarebbe ragione sufficiente a giustificare il sacrificio dei diritti maturati dalla ricorrente; l'annullamento del procedimento di gara non sarebbe sorretto da congrua motivazione sulle anomalie riscontrate e sulla sussistenza di un preciso e concreto interesse pubblico, violando l'affidamento e la buona fede; la determinazione sarebbe frutto di sviamento di potere;
- la risoluzione di diritto ex art. 1454 c.c. sarebbe nella disponibilità dell'intimante, che potrebbe ancora chiedere l'esecuzione del contratto, e quindi non giustificerebbe l'inadempimento delle obbligazioni assunte dall'ARPAC;
- l'operato dell'ARPAC sarebbe contraddittorio rispetto al rilievo esposto nella nota del 26/3/2007;

- non sarebbe esplicitata, nella nota regionale, la ragione del sopravvenuto venir meno del cofinanziamento comunitario dell'intervento in questione;
- la determinazione sarebbe in contrasto con la permanente esigenza di acquistare un immobile da destinare a sede per le strutture dell'Agenzia e con il rischio di andare incontro a maggiori esborsi, laddove sarebbe già stata valutata positivamente la convenienza dell'immobile offerto dalla ricorrente;
- la determinazione violerebbe le prescrizioni poste dall'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990;
- il bando di gara non contemplerebbe alcuna condizione riferita all'emissione del contributo comunitario né demanderebbe alcun potere al coordinatore dell'AGC Ecologia della Regione.

Con i primi motivi aggiunti la ricorrente deduceva che:

- la fonte regolatrice della procedura di finanziamento dei fondi FERS non demanderebbe alcuna competenza al Coordinatore dell'Area Ecologia della Regione in ordine alla concessione e revoca del finanziamento; la delibera n. 665 del 2005, recante l'approvazione del disciplinare regionale per l'acquisizione di beni e servizi nell'ambito delle misure del POR Campania, non conterrebbe alcuna designazione del suddetto Coordinatore; pertanto tale Coordinatore non avrebbe competenza in ordine all'ammissione al finanziamento e tanto meno sull'annullamento degli atti della gara ARPAC;
- la determinazione di non ammissione al finanziamento sarebbe immotivata; tale determinazione sarebbe altresì contraddittoria rispetto al precedente orientamento adottato;
- la nota regionale prot. n. 1037490 del 5/12/2007 richiamata "*per relationem*" non sarebbe stata comunicata alla società ricorrente;
- la determinazione regionale non sarebbe stata precedita da comunicazione di avvio del procedimento alla società ricorrente che, in forza del contratto

preliminare stipulato, aveva acquisito un posizione di interesse qualificato; l'osservanza dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 sarebbe necessaria atteso il carattere discrezionale della determinazione impugnata.

Con i secondi motivi aggiunti la ricorrente lamentava che:

- le determinazioni regionali sarebbero erroneamente fondate su un parere che ravviserebbe l'irregolarità della procedura seguita dall'ARPAC, postulando la necessità di bandire una gara conforme alla normativa in materia di appalti di opere pubbliche; infatti nella specie si tratterebbe di una trattativa privata multipla finalizzata all'acquisto di un edificio esistente, da ristrutturare con demolizione e ricostruzione, e radicata su una preliminare gara esplorativa; l'art. 16 della direttiva 2004/18/CE, poi trasfusa nel codice degli appalti pubblici, escluderebbe l'applicabilità della normativa comunitaria agli appalti pubblici aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione di terreno, fabbricati esistenti o altri beni immobili;
- in ogni caso, l'acquisto del bene sarebbe stato preceduto da procedimento concorsuale per la scelta del contraente, ai sensi del regio-decreto n. 827 del 1924, assistito da adeguata pubblicità; la procedura negoziata configurerebbe una trattativa privata preceduta da gara esplorativa nella quale sarebbero valorizzati i momenti di concorsualità per la selezione della offerta più affidabile e conveniente;
- mancherebbe una adeguata istruttoria, basata unicamente sul parere del consulente e su un giudizio probabilistico e dubitativo; mancherebbero i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela in base agli artt. 21-quinquies e 21-nonies della legge n. 241 del 1990;
- il Coordinatore regionale non avrebbe competenza in materia;
- sarebbe mancata la comunicazione di avvio del procedimento in base all'art. 7 della legge n.241 del 1990.

La ricorrente chiedeva quindi l'annullamento dei provvedimenti impugnati ed il risarcimento dei danni subiti.

Con la sentenza in epigrafe, n. 3251 in data 20 giugno 2011, il Tribunale amministrativo della Campania, sede di Napoli, Sezione I, ha in parte dichiarato irricevibile (il secondo atto di motivi aggiunti) e in parte respinto il ricorso (ricorso originario e primo atto di motivi aggiunti).

2. Avverso la predetta sentenza Vigliena Nuova s.r.l. propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 8445/11, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si sono costituite in giudizio l'Arpac - Agenzia regionale protezione ambientale Campania e la

Regione Campania chiedendo il rigetto dell'appello.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 16 aprile 2013.

3. Preliminarmente il collegio rileva che:

a) la Regione Campania non può essere estromessa dal giudizio in quanto la sentenza di primo grado ha espressamente respinto la relativa eccezione, per cui la Regione doveva proporre la relativa doglianza notificando appello (principale o incidentale), mentre la relativa argomentazione è stata inammissibilmente proposta con memoria non notificata;

b) la disamina delle diverse argomentazioni verrà affrontata accorrandole tutte in contesti unificati dalla identità della materia, prescindendo dalla loro proposizione nel ricorso originale ovvero nei successivi motivi aggiunti, sotto tale profilo attesa la palese infondatezza delle censure, il collegio prescinde dall'esame del mezzo volto a contestare la declaratoria di irricevibilità del secondo atto di motivi aggiunti;

c) saranno esaminate le sole censure specificamente e criticamente dedotte in appello (rispetto agli argomenti posti a fondamento dell'impugnata sentenza), risultando inammissibile la mera riproposizione (dalla pagina 32 alla pagina 52

dell'atto di appello), dei motivi di primo grado (cfr. Cons. St., ad. plen. n. 10 del 2011).

4. Nel merito l'appello è infondato.

4.1. Non può essere condivisa la tesi dell'appellante secondo la quale il contratto di cui si tratta ha avuto per oggetto l'acquisto di un immobile esistente, premessa sulla cui base si afferma l'inapplicabilità della normativa comunitaria e nazionale in tema di appalto.

Invero, non vi è dubbio sul fatto che, in base alla proposta dell'odierna appellante, l'immobile oggetto del contratto debba essere demolito e sostituito da uno completamente diverso.

In tale situazione di fatto, è irrilevante la circostanza che nella proposta dell'appellante il valore dell'immobile sia quantificato in misura superiore a quella dei lavori necessari per renderlo funzionale per le esigenze dell'acquirente.

Tale sottolineatura dimostra che nella compravendita ha avuto un peso importante il valore dell'area sulla quale sorgeva il manufatto preesistente, ma resta il fatto che in concreto l'Amministrazione non ha mostrato alcun interesse per tale immobile, infatti destinato alla demolizione.

In realtà, se i dati esposti dall'appellante sono esatti, l'Amministrazione avrebbe acquistato l'area (non viene chiarito perché non si sia proceduto ad esproprio) ed avrebbe contestualmente commissionato al proprietario della medesima la realizzazione dell'immobile di suo interesse.

Il reale contenuto del contratto è quindi quello di un appalto di lavori o quanto meno questo ne costituisce un elemento funzionalmente fondamentale.

Il contraente doveva pertanto essere individuato nel rispetto delle disposizioni del codice degli appalti.

Non può essere poi condiviso il ragionamento dell'appellante, secondo il quale la normativa volta ad assicurare l'evidenza pubblica nell'individuazione del contraente è stata di fatto rispettata.

Al riguardo, basta osservare come anche la sola qualificazione della gara come acquisto di edificio preesistente abbia creato una tale, evidente, confusione da limitare la concorrenza ed escludere il rispetto della normativa comunitaria.

4.2. Quanto fino ad ora affermato in punto di doverosa applicazione della direttiva 2004/18 CE e del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, impone di respingere anche le censure con le quali l'appellante sostiene l'illegittimo esercizio del potere di autotutela.

Invero, quest'ultimo è stato esercitato sul presupposto dell'illegittimità del procedimento di formazione della volontà della stazione appaltante; i punti che precedono dimostrano come il presupposto effettivamente sussista.

4.3. L'appellante contesta la legittimità degli atti con i quali la Regione ha negato l'ammissibilità al finanziamento a valere sui fondi strutturali comunitari dell'operazione di cui si discute.

L'ammissibilità dell'impugnazione è assai dubbia in quanto i suddetti atti hanno come destinataria l'ARPAC che ha prestato loro acquiescenza, per cui l'appellante agisce come sostituto processuale, veste non ammessa nel processo amministrativo di impugnazione.

Comunque, la tesi è infondata.

Deve infatti essere condivisa la tesi della Regione, fatta propria dal T.a.r., secondo cui l'illegittimità del procedimento seguito avrebbe reso impossibile l'accesso al finanziamento comunitario sulla base del quale l'Amministrazione prevedeva di realizzare l'opera di cui si tratta.

Trova applicazione, nella fattispecie, l'art. 6 del regolamento (CE) 28 luglio 2000 n. 1685/2000, recante disposizioni di applicazione del regolamento (CE) n.

1260/1999 del Consiglio per quanto riguarda l'ammissibilità delle spese concernenti le operazioni cofinanziate dai fondi strutturali, ai sensi del quale *“l'acquisto di un bene immobile (vale a dire edifici già costruiti e terreni su cui si trovano) costituisce una spesa ammissibile ai fini del cofinanziamento da parte dei fondi strutturali purché sia direttamente connesso alle finalità dell'operazione in questione, alle condizioni esposte al punto 2 e fatta salva l'applicazione di disposizioni nazionali più rigorose”*, in tal modo ribadendo che solo l'acquisto di un edificio già costruito può consentire l'accesso ai fondi strutturali, a condizione che siano rispettate le condizioni ivi previste.

Atteso che, nella specie, l'Amministrazione ha sostanzialmente affidato dei lavori di costruzione, oltre tutto in mancanza di una legittima gara d'appalto, la norma esclude la loro finanziabilità con il contributo dei fondi strutturali comunitari.

4.4. Alla luce delle osservazioni sopra esposte, deve essere condivisa la tesi del primo giudice secondo la quale ai sensi dell'art. 21 *octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, il carattere doveroso della determinazione di annullamento d'ufficio esclude la rilevanza delle censure di incompetenza e di insufficienza della comunicazione di avvio del procedimento di annullamento e di quello di revoca del finanziamento (in termini C. di S., V, 15 novembre 2012, n. 5772).

In tale situazione, nemmeno può essere dato rilievo all'affidamento ingenerato nell'appellante, in quanto al momento dell'adozione del provvedimento di autotutela il contratto definitivo non era stato stipulato, per cui le rispettive posizioni non si erano ancora definitivamente consolidate.

E' di conseguenza applicabile il principio (dettato da C. di S., V, 28 maggio 2012, n. 3132, nonché 5032 del 2011 cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74 e 88, co. 2, lett. d), c.p.a.), secondo il quale l'interesse pubblico a non procedere ad illegittime attribuzioni di denaro pubblico prevale sull'aspettativa dei potenziali destinatari ad ottenere un beneficio illegittimo, come per altro sancito espressamente dall'art. 1, co. 136, l. n. 311 del 2004.

4.5. Le argomentazioni esposte legittimano, in conclusione, la decisione dell'Amministrazione di non procedere alla stipula del contratto definitivo, implicita nell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione.

Inoltre, la stipula del contratto preliminare, ed invero nemmeno quella del contratto definitivo, non escludono affatto la legittimazione, della stazione appaltante, all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

C. di S., V, 7 settembre 2011, n. 5032, ha infatti stabilito che *“il provvedimento di aggiudicazione definitiva non costituisce di per sé ostacolo giuridicamente insormontabile al suo stesso annullamento, anche in autotutela, oltre che all'annullamento degli atti amministrativi che ne costituiscono il presupposto”; “non può accogliersi la tesi propugnata dalle appellanti secondo cui le sole (peraltro pacifiche) circostanze dell'intervenuta stipulazione del contratto e della sua attuale esecuzione, costituirebbero elementi sufficienti ad escludere nella fattispecie in esame la giurisdizione del giudice amministrativo e a radicare quella del giudice ordinario.*

Di fronte all'esercizio del potere di annullamento la situazione del privato è di interesse legittimo, a nulla rilevando che tale esercizio, in ultima analisi, produca effetti indiretti su di un contratto stipulato da cui sono derivati diritti.”

4.6. Dalla lettura di tutta la documentazione versata in atto risultano, inoltre, inconfigurabili i lamentati vizi di carenza di motivazione, insufficiente istruttoria e contraddittorietà dell'azione amministrativa.

5. L'appello deve, in conclusione, essere respinto.

Le spese, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 8445/11, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento degli onorari del presente grado del giudizio, che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00) oltre agli accessori di legge in favore di ciascuna delle controparti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/05/2013

IL SEGRETARIO

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