

**Consiglio di stato, sezione IV, n. 781 del 20 febbraio 2014**

*Appalti – Ricorso a trattativa privata – Ammissibilità*

**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 Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5353 del 2012, proposto da: Maurizio Falcone in proprio e quale Amm.Unico e Leg. Rapp. Societa' Coop. A R.L. Viva Citta', rappresentato e difeso dall'avv. ...., con domicilio eletto presso .....

***contro***

Agenzia del Demanio; Ministero dell'Economia e delle Finanze, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***per la riforma***

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE II n. 00132/2012, resa tra le parti, concernente in via di autotutela della nota n. 5061/2004 dell'agenzia del demanio quale atto amministrativo prodromico alla stipula del contratto di locazione a trattativa privata - ris.danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2013 il Cons. Sergio De Felice e uditi per le parti gli avvocati ... (su delega di .....) e l'avvocato dello Stato .....

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione di Salerno, l'attuale appellante agiva per l'annullamento del provvedimento n.10482 del 2011 di annullamento in via di autotutela della nota 5061 del 2004 dell'Agenzia del demanio, quale atto amministrativo prodromico alla stipula del contratto di locazione a trattativa privata.

Il primo giudice, con la sentenza appellata, argomentava osservando che l'annullamento d'ufficio riguardava atto che era stato ritenuto illegittimo dal Tribunale penale di Salerno, con sentenza di non luogo a procedere del 30 dicembre 2009 n.801 che, in relazione alla ipotesi delittuosa descritta al capo D della imputazione, aveva dichiarato sussistente l'elemento oggettivo del reato di abuso di ufficio nei confronti del vice direttore p.t. della filiale della Campania dell'Agenzia del demanio, pur prosciogliendolo per difetto di dolo.

Pertanto, il primo giudice: riteneva legittimo l'atto di secondo grado, per le valutazioni di illegittimità dell'atto da rimuovere, espresse dal giudice penale, sia in sede cautelare, che finale; riteneva la legittimità anche sotto il profilo del tempo trascorso, considerando la pregiudiziale pendenza penale e la sottoposizione del bene, nelle more, al sequestro preventivo; riteneva sussistere la giurisdizione del giudice ordinario in ordine agli effetti contrattuali dell'atto di annullamento e in particolare sull'ordine di rilascio. In definitiva, in parte rigettava il ricorso e in parte lo dichiarava inammissibile.

Avverso tale sentenza, ritenendola errata e ingiusta, propone appello la stessa società sopra indicata, deducendo quanto segue.

In primo luogo, viene descritta la realtà contrattuale riguardante il compendio immobiliare “Centro AAI Casermette S. Antonio”, facente parte del patrimonio gestito dalla Agenzia del Demanio sito in Pontecagnano Faiano alla località S. Antonio, via Vespucci S.S. 18, di cui, fin dall’anno 1980, è cessato l’uso governativo.

Nell’anno 2004 l’appellante società cooperativa, già nota come organizzatrice dell’evento “Festa della Pizza” chiedeva la disponibilità in godimento di tale compendio.

Dopo lunga istruttoria, l’Agenzia del demanio addiveniva alla volontà contrattuale di concludere un contratto di locazione, motivato dall’abbandono della struttura, dalla complessità delle numerose e diverse problematiche dovute ad occupazioni abusive, dalla difficoltà di recuperare le pregresse indennità, trattandosi di nuclei familiari a bassissimo reddito, dalle difficoltà di porre in essere il rilascio mediante sgombero forzato; in definitiva, era difficile, secondo l’amministrazione, che potesse palesarsi una diversa e più remunerativa utilizzazione, rispetto alla proposta della parte privata in questione.

Quest’ultima, in particolare, prendeva gli impegni a: pagare un canone annuo come stabilito dal Demanio (euro 57.582,42); pagare le indennità pregresse dovute dagli occupanti abusivi (euro 97.000,00); disporre la sistemazione alloggiativa degli abusivi fino a intervento del Comune; bonifica delle aree da elementi e sostanze tossiche (veleni, amianto, etc.); riqualificazione delle aree scoperte e dei manufatti esistenti.

L’amministrazione valutava la impossibilità di altre soluzioni contrattuali e optava per la trattativa privata diretta a stipulare un contratto di locazione per sei anni

(con possibilità di rinnovo), contratto poi sottoscritto con il rappresentante sig. Falcone in data 23 giugno 2004.

Dal giugno 2004 fino al 2007 il godimento del compendio è avvenuto in esecuzione del suddetto contratto.

In data 11 luglio 2007 veniva disposto il sequestro penale della struttura, essendo stati ipotizzati vari reati a carico della parte appellante e dei vertici della filiale dell'Agenzia del demanio.

Tale processo penale si concludeva con sentenza del 30 novembre 2009 del GUP del Tribunale di Salerno, che con sentenza 801 del 2009 dichiarava il non luogo a procedere "perché il fatto non costituisce reato".

Nell'aprile 2010 l'appellante provvedeva, unitamente ai funzionari della parte pubblica, ad ispezione dei luoghi, consegnando da parte sua perizia attestante la quantificazione dei lavori effettuati fino a prima del sequestro, ammontanti in euro 822.869, 11, oltre altre voci.

Nel frattempo, il contratto era da intendersi tacitamente rinnovato per altri sei anni, dalla data del 30 giugno 2010.

L'appellante, deduce, proponeva un primo ricorso al Tar Campania sezione di Salerno (con esito di accoglimento della domanda cautelare) e ricorso al giudice ordinario in materia di locazione.

Successivamente, l'Agenzia del demanio adottava l'atto sopra indicato, avverso il quale è stato proposto ricorso per l'annullamento dinanzi al Tar Campania-sezione di Salerno, rigettato con la sentenza oggetto dell'appello esaminato.

Con l'atto di appello si deduce in primo luogo la erroneità del ragionamento del primo giudice, che ha poggato la sua motivazione sulla sentenza penale di non luogo a procedere: a differenza di quanto osservato dal primo giudice, la sentenza ha affermato che "in nessun modo può ritenersi integrato l'elemento soggettivo dei reati ascritti...non risulta in alcun modo comprovato il carattere macroscopico

delle violazioni di legge....non risulta acquisito alcun elemento sintomatico che consenta di ritenere la volontà dei pubblici funzionari sia stata orientata proprio a procurare un vantaggio patrimoniale ingiusto a Falcone Maurizio, atteso che nel corso delle indagini preliminari...non è emersa l'esistenza di rapporti personali fra gli stessi”.

Pertanto, la pronuncia penale ha concluso per l'assenza di ogni responsabilità, ha escluso l'illegittimità e la presenza di ogni elemento soggettivo di reato.

Inoltre, si osserva, la sentenza è del 30 dicembre 2009 mentre l'atto di autotutela è del 27 luglio 2011, di quasi due anni dopo, sicchè è difficile ricollegarlo ad essa.

Si contesta l'affermazione del primo giudice laddove ha ritenuto il difetto di giurisdizione dell'adito giudice, in quanto si lamentava la illegittimità dell'atto di autoannullamento e dell'ordine di rilascio, entrambi atti che rientrano nella giurisdizione dell'adito giudice amministrativo.

Con altri motivi si lamenta: violazione dei principi generali e delle norme primarie in tema di autotutela, mancanza delle ragioni di interesse pubblico, violazione delle legittime aspettative; contraddittorietà ed eccesso di potere rispetto al motivo di autotutela che fa riferimento alla violazione delle regole di evidenza pubblica perché la trattativa privata è strumento eccezionale, che in precedenza era stata ritenuta giustificata; in sostanza si lamenta la violazione di tutti i principi previsti per l'adozione di atti di secondo grado.

Vengono richiamati i passaggi motivazionali del ricorso alla trattativa privata, terminata con la stipula della locazione nell'anno 2004, richiamando anche la legge finanziaria dell'anno 1999, che consentiva il ricorso alla trattativa privata.

Con domanda distinta, viene proposta domanda di risarcimento dei danni subiti dall'appellante, quantificati sia per la ipotesi che il contratto venga ritenuto valido e rinnovato (per un totale di euro 3.664.604,50) che per la ipotesi di giudizio di

invalidità del contratto (per un totale di euro 23.400.516,00), chiedendo anche la liquidazione in via equitativa.

Si è costituita l'Agencia del demanio deducendo la legittimità del suo operato e chiedendo il rigetto dell'appello. L'amministrazione deduce come nella specie si tratti affidamento per concessione di lavori, piuttosto che di locazione, in relazione al reale oggetto del contratto. Si tratta di lavori di ristrutturazione edilizia relativi al compendio, costituito da 10 prefabbricati ad un solo livello, 7 capannoni in muratura ad un solo piano, 3 palazzine che si sviluppano su due piani, una vecchia piscina in stato di abbandono ed aree scoperte per circa mq.45.041. I lavori complessivi sono economicamente prevalenti, essendo stimati in complessivi euro 897.936,40.

Pertanto, era obbligatoria la procedura ad evidenza pubblica.

Fa presente che il contratto è del 23 giugno 2004, mentre la denuncia alla autorità penale è del 26 luglio 2004, sicchè nessun reale affidamento poteva essersi ingenerato in capo all'altro contraente; il sequestro dell'area si è protratto per oltre tre anni.

Con ordinanza del 24 settembre 2013 la sezione ha fissato la udienza di discussione alla data del 17 dicembre 2013.

Alla udienza pubblica del 17 dicembre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

Limitandosi la cognizione di questo giudicante all'esame degli atti impugnati e quindi, tra gli altri, della delibera che esprime la volontà di concludere il contratto di locazione, succeduto dalla successiva stipula, sfuggono alla cognizione dell'adito giudice amministrativo, essendo devoluta al giudice ordinario, gli aspetti vertenti sulla rinnovazione tacita o espressa del contratto di locazione originario dal 2010 al 2016.

L'oggetto del contenzioso in esame riguarda soltanto la determinazione amministrativa (e al massimo il successivo ordine di rilascio) che certamente costituisce presupposto del successivo contratto e la cui eventuale caducazione non può non sortire effetti sul rapporto contrattuale, anche se a rigore la cognizione non può riguardare l'eventuale rapporto contrattuale locatizio inteso quale momento funzionale del contratto, devoluto al giudice ordinario (sul giudizio di sfratto).

L'appello è infondato.

Ad opinione del Collegio, la esigenza del ripristino della legalità, nella specie, deriva dalla evidente violazione delle regole della evidenza pubblica, indipendentemente dal reale oggetto contrattuale, in quanto sia nel caso della locazione che in caso di lavori pubblici o di altro contratto misto si imponeva in ogni caso il rispetto delle regole deputate alla ricerca del migliore o "giusto" contraente.

Va quindi valutata la legittimità di un atto di annullamento di ufficio, motivato dall'appellata amministrazione statale facendo riferimento alle seguenti circostanze (atto n.10482 del 2011):

il contratto di locazione sarebbe già estinto per scadenza alla data del 30 giugno 2010; successivamente, in data 18 marzo 2011, l'appellante ha proposto ricorso in materia locatizia dinanzi al Tribunale di Salerno; in data 23 marzo 2011 è stato comunicato l'avvio del procedimento di autotutela; l'atto è motivato tenendo conto delle risultanze del processo penale e in particolare la sentenza del GUP del Tribunale di Salerno di non luogo a procedere e della Cassazione penale sezione VI, n.8368 del 27 febbraio 2007, che hanno evidenziato l'illegittimo ricorso alla trattativa privata per la scelta dell'altro contraente, tra l'altro osservando che l'oggetto del contratto era in realtà una concessione di lavori piuttosto che una locazione; i giudici penali (anche se il GUP valutava la mancata dimostrazione dell'elemento soggettivo, che nell'abuso di ufficio deve concretarsi nel dolo

intenzionale) rilevavano la eccezionalità del ricorso alla trattativa privata, i cui motivi difettavano nella specie, e la circostanza che vi era stato anche un sostanziale finanziamento statale delle opere, con abbattimento del canone di locazione.

Dal punto di vista motivazionale, l'atto di annullamento di ufficio deve esplicitare nella sua parte motiva la valutazione comparativa degli interessi configgenti; si tratta di un impegno motivazionale tanto più intensamente preteso, quanto maggiore sia il lasso di tempo decorso dalla adozione dell'atto da annullare e robusto possa apparire l'affidamento ingenerato nel privato.

L'atto di autotutela è quindi legato (art. 21 nonies comma 1 l.241 del 1990) ai seguenti elementi:

- 1) obbligo della motivazione;
- 2) presenza di ragioni concrete, non riconducibili al mero ripristino della legalità;
- 3) valutazione dell'affidamento del destinatario, tenendo conto del tempo trascorso dalla data della sua adozione;
- 4)rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale;
- 5) adeguata istruttoria.

Con riguardo alla adeguata istruttoria e al rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale, esse nella specie, sono state rispettate, come emerge dalle risultanze espresse nell'atto impugnato, che fa riferimento alle memorie e osservazioni della parte privata.

La motivazione è ampiamente motivata con riferimento alle ragioni del ripristino della legalità, alle ragioni che impongono un diverso e attuale interesse pubblico, legate alla cura del compendio attuale (al momento dell'atto adottato) in questione, con riferimento all'affidamento (minimo, poco più di un mese, come sopra riportato) ingenerato eventualmente nel privato e alle sue ragioni.

L'atto di autoannullamento è stato basato sulla valutazione attuale delle ragioni concrete di interesse pubblico al fine di eliminare la violazione di norme imperative poste a tutela dell'interesse pubblico, interesse prevalente rispetto a quello consistente nel mantenimento della situazione pregressa, anche per le conseguenze ulteriormente pregiudizievoli a carico dello Stato per la perdita di disponibilità e la impossibilità di ricavare utilità dal bene in relazione alla natura dello stesso, oltre che per lo stato di degrado e di abbandono del compendio, come verificato da ispezione del 14 aprile 2010 n.6465 del 2010.

La conclamata illegittimità è da ravvisare nell'illegittimo ricorso alla trattativa privata, in assenza delle condizioni di eccezionalità previste dalla legge.

Tali ragioni non paiono né illogiche né irragionevoli, ma al contrario del tutto giustificate.

D'altronde costituisce principio pacifico che in ogni caso di appalti di lavori o di servizi, di concessioni di pubblici servizi, ma in linea generale per ogni contratto, il ricorso alla trattativa privata deve ritenersi circoscritto in limiti ristretti e coincidenti con l'impossibilità, per la p.a., di fare ricorso a pubbliche gare in ragione dell'estrema urgenza nel provvedere ovvero in relazione alla sussistenza di presupposti d'ordine tecnico tali da impedire, se non al prezzo di costi sproporzionati, la ricerca di altre soluzioni basate sul previo confronto concorrenziale (tra tante, Cons. Stato, V, 12 settembre 2012, n. 4842).

L'atto contestato fa altresì riferimento alla considerazione eventuale delle ragioni del privato e all'eventuale affidamento ingenerato, ma motiva nel senso che i dubbi di legittimità, sollevati con la denuncia penale nel procedimento penale r.g.n.9679 del 2004, erano emersi sin da subito (circa un mese dopo), evidenziando seri dubbi di legalità e non potendo quindi formarsi e ingenerarsi alcun reale affidamento sulla legittimità della volontà contrattuale di stipulare a trattativa privata la locazione con l'appellante.

Con riguardo al rilievo dell'eccessivo lasso di tempo, intercorso tra l'adozione dell'atto del 10 giugno 2004 e il suo annullamento del 2009, l'amministrazione statale evidenzia che solo successivamente alla definizione del procedimento penale, avvenuta in data 30 dicembre 2009 con la sentenza di non luogo a procedere, essa ha potuto attivarsi in modo determinato; né il lasso di tempo tra la fine del 2009 e l'adozione dell'atto impugnato è stato caratterizzato da inerzia amministrativa.

Infatti, successivamente a tale data è stata comunicata la estinzione del contratto di locazione (30 luglio 2010); è stata data comunicazione di avvio del procedimento (23 marzo 2011); l'appellante (14 aprile 2011) ha presentato istanza di accesso; in data 20 aprile 2011 sono state comunicate le ragioni ostative alla ostensione del parere dell'Avvocatura dello Stato di Salerno; in data 6 giugno 2011 la parte privata ha presentato deduzioni.

L'annullamento di ufficio di un provvedimento deve essere sorretto da autonome e attuali ragioni di pubblico interesse solo se incida su interessi che risultano consolidati, per il tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento annullato e per l'affidamento sulla sua legittimità ingenerato nei suoi destinatari, in quanto atto proveniente dalla p.a..

Corollario di tale principio è che non occorrerebbe neanche la presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico – che nella specie sussistono e sono state evidenziate - quando il soggetto nei cui confronti si esercita il potere di annullamento, senza invocare l'assenza di buona fede, sia comunque nella condizione di essere stato avvertito dei rischi di illegittimità causati dall'immediata denuncia penale relativa all'atto adottato in suo favore (tra le varie si veda Consiglio Stato sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6554).

Con riguardo alle richieste risarcitorie per come proposte, il rigetto della domanda di annullamento del provvedimento impugnato comporta l'infondatezza della

domanda di risarcimento del danno (Consiglio Stato sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2813).

L'illegittimità del provvedimento impugnato è condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per accordare il risarcimento del danno e l'infondatezza della domanda di annullamento comporta inevitabilmente il rigetto di quella risarcitoria (da ultimo, tra tante, Consiglio di Stato sez. IV, 6 agosto 2013 n. 4150).

Il rigetto dell'appello sulle riproposte domande demolitorie e quindi l'accertata legittimità dell'operato dell'Amministrazione statale necessariamente comporta il rigetto della riproposta domanda di risarcimento del danno (nel senso che l'illegittimità del provvedimento impugnato è condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per accordare il risarcimento del danno e l'infondatezza della domanda di annullamento comporta inevitabilmente il rigetto di quella risarcitoria, si veda tra tante Consiglio di Stato sez. V, 5 luglio 2012, n. 3941).

Per le considerazioni sopra svolte, l'appello va respinto, con conseguente conferma dell'appellata sentenza. Resta assorbito ogni altro motivo od eccezione in quanto irrilevante ed ininfluyente fini della presente decisione.

Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio del presente grado, in considerazione della particolarità della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando la sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2014

IL SEGRETARIO

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