

Consiglio di Stato, Sezione Quinta, Sentenza n. 5381 del 17 giugno 2024

Project financing – Diritto di prelazione del promotore e procedura di gara – SA può esigere dal prelezionario il prezzo “fatto” dal mercato

Pubblicato il 17/06/2024

N. 05381/2024REG.PROV.COLL.

N. 06628/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6628 del 2018, proposto da (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio (...);

contro

Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio eletto presso lo studio (...);

nei confronti

(...), quale erede di (...), rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio (...);

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 651/2018;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...), di (...) e di (...), quale erede di (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod. proc. amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 10 aprile 2024 il Cons. Sergio Zeuli e uditi per le parti gli avvocati (...), in sostituzione dell'avvocato (...) come da delega scritta, (...) e (...), noti all'ufficio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La sentenza impugnata ha rigettato il ricorso proposto dalla parte appellante per l'annullamento della nota prot. 19444 del 10 dicembre del 2015 con la quale, all'esito della procedura di gara indetta con decreto n. 1 del 13 novembre del 2015 per la vendita dell'immobile "Villa Pasina", in cui la medesima appellante era risultata aggiudicataria, il comune di (...) ha chiesto al signor (...) se quale locatario intendeva avvalersi della prelazione per l'acquisto dell'immobile.

Avverso la decisione la parte appellante deduce i seguenti motivi di appello:

a) Erronea interpretazione e falsa applicazione dell'art. 3, comma 1 bis del D.L.310/1990, anche in relazione agli artt. 822 e 823 c.c., agli artt. 53, 55 e 57 bis del D.Lgs. n. 42/2004 e all'art. 11 del contratto di locazione esistente tra il Comune ed il sig. (...). Eccesso di potere per travisamento dei fatti e falsità del presupposto. Illogicità manifesta.

b) Erronea e falsa applicazione dell'art. 77 del R.D. 827/1924 e dell'art. 4 del Regolamento comunale per l'alienazione del patrimonio immobiliare. Violazione dei principi generali in tema di selezione pubblica del contraente. Sviamento.

c) Erronea e falsa applicazione dell'art. 42 del D.lgs. 267/2000. Incompetenza.

2. Si sono costituiti in giudizio, contestando l'avverso dedotto sia il comune di (...) che il controinteressato (...), al quale è subentrata, dopo il decesso, (...). La parte

privata ha altresì spiegato appello incidentale.

3. La presente controversia ha ad oggetto l'esercizio del diritto di prelazione che la parte appellata privata, (...), dante causa di (...), esercitò in relazione all'acquisto del compendio immobiliare di Villa Pasina, messo in vendita dal comune di (...) al fine di ristorare le finanze pubbliche, attraverso un'apposita procedura competitiva bandita il 13 novembre del 2015 dal responsabile del servizio finanziario dell'ente.

La prelazione – prevista già nel bando – era esercitata dal (...), ai sensi dell'art. 3, comma 1 *bis*, del d.l. 310 del 1990, convertito con la legge n.403 del 1990, in danno della parte appellante che come sopra esposto era risultata aggiudicataria dell'immobile.

La sentenza impugnata ha rigettato l'appello ritenendo che, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, la ridetta disciplina di cui al comma 1 bis del d.l. 310/90 dovesse trovare applicazione nel caso di specie e dunque che al (...) spettasse la prelazione sul bene.

4. In via preliminare va disattesa l'eccezione opposta dalla parte appellata di inammissibilità dell'appello per genericità dei motivi sollevati.

E' vero infatti che il ricorso in appello riproduce, sostanzialmente, i motivi già formulati dalla parte in primo grado, ma è altresì vero che propone doglianze articolate su specifici punti, che, tenendo conto del tipico effetto devolutivo del gravame, rispettano i canoni contenutistici imposti dall'art. 101 del c.p.a. .

5. Va parimenti disattesa l'eccezione di estinzione del giudizio, sollevata dalla parte appellata privata, per tardività della notifica dell'atto di riassunzione nei confronti dell'avente causa del (...). Infatti, il certificato di morte di quest'ultimo è stato depositato in giudizio il 25 settembre del 2023, e la riassunzione del giudizio è intervenuta il 24 novembre del 2023, ossia in tempo utile, a nulla valendo conoscenze *aliunde* maturate con contestuali notifiche di non meglio individuati atti di riassunzione precedenti a quello formalmente notificato.

In altre parole, è solo quest'ultimo a rilevare, e risulta notificato nei termini di

legge, dopo che la ricorrente in riassunzione ha ufficialmente avuto notizia del decesso del contro-interessato.

In disparte la considerazione che l'avente causa della originaria parte appellata era comunque decaduta dalla possibilità di far valere l'eccezione in esame, essendosi regolarmente costituita in giudizio dopo aver ricevuto la notifica della riassunzione, senza formulare la relativa eccezione nel primo atto difensivo. Ossia aveva sanato irrimediabilmente qualsiasi illegittimità della predetta *vocatio in ius*.

6. Vanno infine disattese le eccezioni di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, asseritamente conseguente alla mancata impugnativa degli atti presupposti alla procedura competitiva di vendita, ivi compreso lo stesso decreto di indizione della gara, contenente il bando. E' infatti evidente che la concreta lesività della fattispecie, e con essa, delle clausole generali dettata nel bando, si è attualizzata solo nel momento in cui il (...) ha deciso di esercitare la prelazione, mentre prima il rischio di subire un danno dalle suddette clausole era solo ipotetico e potenziale, e dunque non idoneo ad integrare i presupposti dell'art.100 c.p.c.

7. Il primo motivo d'appello contesta, sotto plurime ragioni, che al caso controverso potesse trovare applicazione l'art. 3, comma 1 *bis*, del d.l. 310 del 1990 nella parte in cui prevede una prelazione a favore di coloro che, al momento della vendita all'asta del bene, lo avevano legittimamente in uso. Da ciò discenderebbe, a cascata, l'illegittimità di tutti gli atti, dal bando alla concreta vendita al (...), che su questa previsione si sono fondati.

La parte appellante sostiene che la ridetta previsione opererebbe per i soli immobili realizzati nell'ambito di progetti di Edilizia residenziale e popolare (cd. E.R.P.).

7.1. Il motivo è infondato.

7.1.1. Innanzitutto la norma ha quali destinatari comuni e province, quando è noto che i proprietari di alloggi ERP sono gli IACP, oggi Aziende territoriali per l'edilizia residenziale, quali enti autonomi operanti in ambito comunale. Or bene non avere il legislatore espressamente previsto questi ultimi rappresenta già un

dato distonico rispetto all'interpretazione proposta, a maggior ragione laddove si tenga conto che le province non risultano proprietarie di ERP e che la normativa in materia di edilizia residenziale pubblica non contempla mai questi ultimi enti. Dunque sarebbe ben strano delimitare l'applicazione della norma ad una determinata categoria di beni, includendovi come destinatari soggetti che, di quei beni, non sono titolari.

7.1.2. Per contro la circostanza che sono indicati fra i soggetti interessati alla procedura di dismissione del patrimonio immobiliare due enti territoriali a vocazione generalista, è perfettamente coerente con la *ratio* dell'intervento legislativo all'epoca emanato, destinato a far cassa per ristorare le finanze degli enti locali.

Il che, peraltro, evidenzia anche la contraddittorietà dell'interpretazione proposta dall'appellante con la suddetta finalità di generale ripianamento della finanza pubblica, alla quale andrebbe attribuita massima estensione, e non l'ingiustificata restrizione che discenderebbe dall'opzione qui censita.

7.1.3. Del resto, a voler seguire la lettura dell'appellante, la disposizione *de qua* risulterebbe applicabile solo a quei comuni (e non alle province, per i motivi appena indicati) che avessero attuato programmi di edilizia residenziale pubblica, finendo per avere un'applicazione limitata e sostanzialmente del tutto insignificante.

7.1.4. Aggiungasi infine che: 1. nell'ultima parte della disposizione in oggetto è contenuto un espresso riferimento agli ERP, in tema di destinazione del ricavato delle vendite, e dunque – in base al criterio dell'*ubi lex voluit...* non si capisce perché il legislatore non abbia effettuato analogo riferimento, nel senso preteso dalla parte appellante, anche nell'altra parte della disposizione; 2. la norma richiama tre tipologie contrattuali la cui attivazione legittima all'esercizio della prelazione, e cioè l'affitto, la concessione ed il comodato, che non sono tipiche delle modalità di affidamento degli ERP, che di solito contemplano la locazione semplice o la

locazione con possibilità di riscatto del bene dopo un certo numero di anni.

Entrambi elementi, quelli appena evidenziati, che depongono anch'essi in senso contrario a quanto proposto dalla doglianza in esame.

7.5. Sotto altro profilo, il motivo in esame, evidenziando che la norma parla di “concessione”, ossia un termine di norma riferibile ai soli beni patrimoniali indisponibili, ritiene questo un ulteriore indice a conferma della sua interpretazione, costituendo gli ERP, per l'appunto, beni patrimoniali indisponibili.

7.5.1. Anche questa osservazione non è dirimente, innanzitutto perché la norma, accanto alla concessione, prevede altre tipologie di affido che giustificano la prelazione, quali i contratti di affitto e di comodato, ossia figure privatistiche pacificamente riferibili a beni patrimoniali disponibili, il che già sarebbe sufficiente a privare di fondatezza l'argomento.

7.5.2. Inoltre perché, a tutto concedere, gli ERP rappresentano solo una delle varie tipologie di beni appartenenti al patrimonio indisponibile, dunque al più il riferimento a questi ultimi non sarebbe univoco nel senso preteso dalla parte. Infatti, tenendo conto delle caratteristiche indicate dalla norma in esame – si deve trattare di patrimonio di edilizia residenziale oggetto di contributo pubblico – anche altri beni immobili, fossero anche non ERP, potrebbero rientrare nella categoria *de qua*.

7.5.3. Più in generale, il restringimento della normativa agli ERP sarebbe anche illogico, dal momento che questi ultimi sono di norma venduti a prezzi calmierati, il che contrasterebbe con la *ratio* della normativa in oggetto finalizzata, come ricordato a fornire maggiore liquidità agli enti locali.

Né è seriamente sostenibile che la scarna previsione contenuta nel comma 1 *bis* dell'art. 3 del d.l. 310 del 1990 possa valere quale deroga alla normativa generale applicabile all'ERP, ispirata alla suddetta ottica calmieratrice; anche in questo caso è infatti agevole osservare che, laddove il legislatore avesse voluto apportare una così significativa innovazione, lo avrebbe espressamente e chiaramente affermato,

senza lasciarlo implicitamente desumere.

7.5.4. Aggiungasi che la disciplina regolativa degli ERP, in vigore al momento dell'entrata in vigore del d.l. 310 impediva il trasferimento in proprietà degli alloggi ai locatari, e questo è altro dato che contrasta formalmente con l'interpretazione data alla normativa dalla parte appellante, dal momento che il comma 1 *bis* dell'art.3 include espressamente, tra gli altri prelazionari, anche i locatari. Così come che la suddetta disciplina prevedeva la prelazione a vantaggio degli IACP, oggi degli ATER, dunque la prelazione a favore dei possessori – rispetto a quest'ultima – sarebbe eccentrica e giustificabile solo in presenza di un'espressa norma di legge derogatoria.

7.5.5. Si osserva infine che la stessa normativa ERP in vigore già prevedeva che la vendita degli immobili ERP fosse prioritariamente offerta dagli IACP agli assegnatari, il che renderebbe inutile la previsione in questione, se alla stessa si desse l'interpretazione proposta dal motivo in esame.

7.6. Tanto premesso, va escluso che la norma in esame prevedesse l'alienazione dei soli immobili ERP e che, al contrario, consentisse la vendita di qualsiasi bene in proprietà di comuni e province, con conseguente riferibilità della prelazione ai titolari di pregressi rapporti contrattuali indipendentemente dalla natura del bene in loro possesso.

8. Il sub-motivo al primo motivo d'appello – seguendo la costruzione sopra riferita – sostiene poi che la disposizione in esame nei primi due commi si riferirebbe a due diverse tipologie di beni: il primo comma dell'art.3 ai beni del patrimonio disponibile, il comma 1 *bis* ai beni del patrimonio indisponibile.

Se così non fosse – opina la parte appellante – non si spiegherebbe perché la seconda disposizione detti una disciplina più restrittiva rispetto alla prima, che sarebbe giustificabile solo in caso di sua riferibilità ai soli immobili ERP:

8.1. Il motivo è infondato.

Non vi è infatti alcun elemento testuale dal quale inferire che il comma 1 *bis*

dell'art.3 citato sia riferibile al solo patrimonio indisponibile, anche tenendo conto che la rubrica dell'articolo è intitolata alla "Alienazione del patrimonio disponibile degli enti locali", senza ricomprendere quello indisponibile.

8.2. Tanto meno potrebbe esistere una norma che *tout court* – per di più in deroga alla normativa speciale applicabile agli ERP – consenta di alienare beni appartenenti al patrimonio indisponibile. Sarebbe stata al contrario necessaria una disciplina apposita e dedicata, in grado da un lato di innovare quella speciale già vigente e, dall'altro, di precisare in modo puntuale i presupposti ed i criteri che l'amministrazione deve seguire per la vendita di detti beni.

9. Il secondo sub-motivo al primo motivo di appello trova ulteriore conferma della riferibilità della norma agli ERP, nella parte in cui non esclude dalla possibilità di alienare i beni immobili, i comuni e le province che abbiano ottenuto un contributo o un finanziamento pubblico.

Leggendo quella previsione in senso funzionale, la parte appellante sostiene che quella specificazione confermerebbe la riferibilità della definizione ai soli immobili ERP.

9.1. Il motivo è infondato innanzitutto per un motivo testuale: la norma infatti include tra gli enti legittimati ad alienare anche quelli che hanno ricevuto finanziamenti, a prescindere dalla finalità e dallo scopo del contributo pubblico ricevuto, cioè senza ulteriormente connotare la detta definizione e dunque l'aggiunta proposta risulta *praeter se* non addirittura *contra legem*.

9.2. In secondo luogo è evidente che quella previsione risponde pur sempre alla medesima *ratio* estensiva perseguita dalla legge in questione, che vuole consentire il ripianamento delle finanze pubbliche locali, prescindendo, per così dire, dal "passato finanziario" dell'ente che programma la vendita di propri beni. In questo senso consente di ricorrere alla vendita di immobili pubblici anche ai comuni e alle province che abbiano già fruito di finanziamenti statali indipendentemente dalla destinazione di questi ultimi.

9.3. E' pur vero che l'ultima parte del comma 1 *bis* prevede che una quota parte dei proventi così ottenuti debba essere investita in interventi di edilizia economica e popolare, ma è altrettanto vero che: 1. il fine principale della legge resta quello di fare cassa; 2. la detta funzionalizzazione è obbligatoria solo allorquando il valore delle alienazioni superi i cinquecento milioni di lire, dunque non si tratta di un vincolo assoluto, ma solo relativo e potenziale, perché le destinazioni delle somme sono principalmente – come la norma espressamente afferma – quelle di cui al comma 1 dell'art.3 e cioè tra le altre, *“la realizzazione di opere pubbliche o per il finanziamento delle perdite di gestione delle aziende pubbliche di trasporto.”*

Il che significa che la previsione va applicata, calibrando il detto impiego rispetto al fabbisogno, alle dimensioni ed alla capacità di programmazione del singolo ente locale, e non va interpretata nel senso rigido, proposto dalla parte appellante che sarebbe oltretutto vagamente contraddittorio, perché i soldi rivenienti dalla vendita di alloggi ERP dovrebbero essere...obbligatoriamente...reinvestiti nella costruzione di nuovi alloggi pubblici con una circolarità viziosa della misura che non sarebbe del tutto comprensibile.

9.4. Senza contare che, come poc'anzi osservato, la concreta possibilità di investire le dette somme in edilizia pubblica, dipende dalla elaborazione e dalla successiva attuazione di programmi di edilizia residenziale che non tutti gli enti locali potrebbero aver attivato.

9.5. Conseguentemente nessuna rilevanza sulla legittimità degli atti impugnati può avere la circostanza – pure contestata all'amministrazione appellata – che il comune non ha provato di avere re-investito le somme ottenute in interventi di edilizia residenziale pubblica.

10. Il secondo motivo d'appello evidenzia l'incompatibilità – a suo dire assiologica-esistente tra l'aver previsto una procedura concorsuale per la dismissione dei beni pubblici e, al contempo, una prelazione a favore di soggetti specifici e determinati.

10.1. Il motivo è infondato.

Innanzitutto tutte le ultime iniziative legislative omologhe - a mero titolo esemplificativo vedasi l'art. 3, co. 3, D.L. n. 351/10 conv. in L. 410/01; l'art. 1, co. 438, L. n.311/04; gli artt. 6, co. 5, e 7 D.Lgs. n. 104/96 – prevedono unitamente procedura concorsuale e prelazione.

In secondo luogo, vi è che, contrariamente a quanto dedotto, la logica della prelazione non è affatto incompatibile con quella della gara pubblica, basti pensare alla previsione di cui al comma 8 dell'art. 193 codice contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 36 del 2023 che, in tema di finanza di progetto, attribuisce un diritto di prelazione al promotore in danno dell'aggiudicatario. Istituto quest'ultimo, che, anche nelle sue precedenti versioni, ha sempre resistito ai *test* di illegittimità costituzionale ed unionale ai quali è stato sottoposto.

Al contrario prelazione e gara previste insieme consentono all'amministrazione di esigere dal prelezionario, il prezzo "fatto" dal mercato, quindi limitano il beneficio di quest'ultimo e tutelano di converso l'interesse pubblico e le casse erariali.

10.2. Nel caso di specie, l'obiezione è vieppiù inconsistente, posto che l'aggiudicazione ottenuta dalla parte appellante era stata espressamente qualificata quale aggiudicazione *provvisoria* con previsione, anche della prelazione, espressamente contenuta nel bando. Dunque non si trattava di una circostanza inopinatamente opposta all'aggiudicataria solo in un secondo momento che potrebbe averla imprevedibilmente danneggiata.

10.3. In altra prospettiva, nell'ambito del medesimo motivo, la parte sostiene che, partecipando alla gara, la parte appellata privata avrebbe rinunciato implicitamente all'esercizio della prelazione, accettando di competere "ad armi pari" con gli altri soggetti interessati.

10.3.1. Il motivo è infondato.

Innanzitutto la partecipazione alla gara non era vietata ai prelezionari, e, laddove lo fosse stata, sarebbe stata illegittima, sia perché contraria al principio del *favor participationis* che perché contraria all'interesse pubblico alla creazione di un picco

di massima concorrenzialità dell'offerta di vendita.

D'altronde è evidente che, per esercitare la prelazione, la parte appellata privata avrebbe dovuto necessariamente attendere l'esito della gara perché: 1. solo in questo momento sarebbe venuta a conoscenza dell'entità del prezzo ultimo offerto dall'amministrazione e avrebbe così potuto valutare la convenienza della relativa operazione; 2. definizione del prezzo ultimo offerto che era d'altro canto necessaria anche all'amministrazione, essendo altrimenti impossibile procedere alla cd. "*denuntiatio*" al prelezionario.

Infine, è del tutto insostenibile che la semplice partecipazione alla gara del (...) possa aver integrato un comportamento univoco e concludente, significativamente rivolto a rinunciare ad una pretesa così importante, come quella rappresentata dal diritto di prelazione riconosciutogli in quanto titolare di un diritto personale sull'immobile.

11. Il terzo motivo d'appello sostiene che la delibera di giunta 219/2015, con la quale è stato messo all'asta il bene "villa Pasina" sarebbe illegittima per incompetenza perché: 1. ai sensi della lett. l) dell'art. 42 del d. lgs. 267 del 2000 la relativa attribuzione spettava al consiglio comunale; 2. ai sensi della lett. b) ed i) del medesimo articolo 42 citato perché anche la programmazione del bilancio spetterebbe al consiglio comunale mentre quell'atto dispositivo era stato deliberato in parte dalla giunta, in parte dal responsabile finanziario.

11.1. Il motivo è complessivamente infondato.

Nella vicenda controversa risulta infatti rispettato il riparto di competenze tra consiglio, giunta e uffici comunali delineato dal TUEL.

La parte omette di ricordare che la detta delibera giuntale è stata preceduta dalla delibera n.15 del 2015 approvata per l'appunto dal Consiglio comunale che, esercitando le prerogative attribuitegli dalla legge, ha dettato le linee-guida del procedimento di dismissione, direttive che sono state attuate e specificate, per quanto rispettivamente di competenza, dalla giunta e dal responsabile del servizio

finanziario del comune, che hanno in tal modo attuato puntualmente e correttamente la decisione assembleare.

In disparte la considerazione che la previsione di un diritto di prelazione non incide sulle scelte di bilancio ed anzi, a tutto concedere, corrisponde ad una gestione ottimale dell'interesse pubblico perché consente di aggiornare ai prezzi di mercato, con vantaggio per l'ente, il prezzo dovuto dal privato, già possessore del bene che ne eserciti il riscatto.

12. In definitiva questi motivi inducono al rigetto dell'appello. Da ciò consegue l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto dalla parte appellata privata per carenza di interesse.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando rigetta l'appello principale, dichiara improcedibile l'appello incidentale per sopravvenuta carenza di interesse.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese processuali che si liquidano in complessivi euro 6000,00 (euroseimila,00), da corrispondere in parti eguali alle due parti appellate costituite.

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

Così deciso nella camera di consiglio celebratasi da remoto del giorno 10 aprile 2024 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Raffaello Sestini, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere

L'ESTENSORE

Sergio Zeuli

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO