

## **ECC.MO CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE**

### **RICORSO IN APPELLO**

**Per: Comune di Alanno** (CF: 80013770682), in persona del Sindaco *pro-tempore* dott. Oscar Pezzi, con sede in Alanno (PE - 65020) alla P.zza Trieste n. 2, rappresentato e difeso dall'Avv. Lorenzo Passeri (CF: PSSLNZ71H09G482R; Pec: [avvlorenzopasserimencucci@cnfpec.it](mailto:avvlorenzopasserimencucci@cnfpec.it) anche ai fini del domicilio digitale; fax: 0854554982) giusta procura in calce al presente ricorso e previo conferimento d'incarico giusta delibera di G.M. n. 8 del 11/01/2023;

Appellante

**Contro: 1) Ministero dell'Istruzione** in persona del Ministro *pro-tempore ex lege* rappresentato e difeso dall'avvocatura Generale dello Stato; **2) Ministero dell'Interno**, in persona del Ministro *pro-tempore ex lege* rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato; **3) Ministero dell'Istruzione – Unità di Missione per il Piano di Ripresa e Resilienza** in persona del Direttore Generale *pro-tempore* non costituito in giudizio;

Amministrazioni Appellate

**E nei confronti di: 1) Comune di Sala Bolognese** in persona del Sindaco *pro-tempore* con sede in piazza G. Marconi 1; **2) Comune di Casteldelfino**, in persona del Sindaco *pro-tempore* con sede in Casteldelfino (CN) Via Circonvallazione, 2; **3) Comune di Fauglia** in persona del Sindaco *pro-tempore* con sede in Fauglia Via Mazzei; **4)**

**Comune di Gragnano Trebbiense** in persona del Sindaco *pro-tempore*,  
tutti non costituiti in giudizio.

Amministrazioni controinteressate

**PER L'ANNULLAMENTO E/O LA RIFORMA PREVIA IDONEA MISURA  
CAUTELARE ANCHE INAUDITA ALTERA PARTE**

della sentenza n. 258 del 09/01/2023 del TAR Lazio – Roma – Sez. III *bis*  
di rigetto del ricorso proposto dal Comune di Alanno per l'annullamento  
della nota trasmessa a mezzo pec del 29/01/2022 (prot. Comune di  
Alanno n. 1006 del 29/01/2022) con la quale la *“Unità di Missione per il  
Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza del Ministero dell'Istruzione”* ha  
comunicato l'esclusione dalla graduatoria provvisoria e la *“non  
ammissione a finanziamento”* della proposta di intervento presentata  
dall'amministrazione comunale e finalizzata alla realizzazione di un nuovo  
asilo nido.

**FATTO**

Con Decreto Interministeriale del 22/03/2020 (pubblicato nella Gazzetta  
Ufficiale n. 78 del 31 marzo 2021) adottato dal Ministero dell'Interno  
(Direzione centrale della finanza locale) di concerto con il Ministero  
dell'istruzione (Direzione generale per i fondi strutturali per l'istruzione,  
l'edilizia scolastica e la scuola digitale) veniva approvato *“L'avviso  
pubblico per la presentazione delle richieste di contributo per progetti  
relativi ad opere pubbliche di messa in sicurezza, ristrutturazione,  
riqualificazione o costruzione di edifici di proprietà dei comuni destinati ad  
asili nido e a scuole dell'infanzia e a centri polifunzionali per i servizi alla  
famiglia”*.

Il Comune di Alanno in data 19/05/2021 presentava domanda di partecipazione (CUP C31B210041900) alla procedura in questione onde conseguire un finanziamento di € 1.425.000,30 finalizzato alla realizzazione di un fabbricato da destinarsi (come espressamente riportato nell'elaborato progettuale) ad asilo nido comunale.

Con successivo Decreto interdipartimentale prot. n. 94222 del 12/08/2021 l'amministrazione centrale provvedeva all'approvazione della graduatoria nonché all'individuazione in via provvisoria degli enti ammessi al finanziamento (in particolare allegati 2 e 3 al predetto DM) fra i quali era ricompreso anche il Comune di Alanno (con punti 65) al quale pertanto veniva assegnato in via provvisoria il contributo di € 1.425.000,30 *“salvo il buon esito dei controlli sulle dichiarazioni rese dagli stessi enti e disposti dal Ministero dell'istruzione”* (art. 1 punto 3 del citato DM).

Sennonché con successiva nota prot. 1006 del 29/01/2022 il Ministero dell'Istruzione – Unità di missione per il piano nazionale di ripresa e resilienza comunicava la *“non ammissione a finanziamento”* della proposta presentata in quanto rispettivamente: *“l'area su cui sarà realizzata la nuova struttura solo in parte è di proprietà comunale mentre l'altra parte è in corso di acquisizione”* ed inoltre in quanto il codice ARES (Anagrafe Edifici Scolastici) segnalato dall'amministrazione non riguarderebbe un edificio destinato in via esclusiva ad asilo nido o scuola per l'infanzia. Pertanto l'intervento non poteva ritenersi ammissibile a finanziamento secondo quanto (così sostiene l'Ufficio centrale) *“previsto dall'avviso pubblico e dai chiarimenti del 12 maggio 2021 prot. 10708 (quesito n. 2)...”*.

Il Comune di Alanno proponeva ricorso avverso detto provvedimento di esclusione lamentando, in sintesi:

- 1) l'erronea interpretazione ed applicazione delle disposizioni dell'avviso che, contrariamente a quanto sostenuto dal Ministero, non richiede affatto, a pena di esclusione, la proprietà dell'area ma dell'edificio da realizzare;
- 2) l'irrelevanza delle FAQ evidentemente integrative delle disposizioni dell'avviso;
- 3) l'erronea lettura del Codice ARES che, invero, si articolava in due codici PES (erogazione di servizi scolastici) uno dei quali identificativo degli asili nido.

Il TAR, con ordinanza collegiale n. 2298 del 06/04/2022 respingeva la proposta domanda incidentale cautelare sostenendo che:

- 1) *"...all'art. 1 dell'avviso pubblico in questione gli interventi finanziabili riguardano edifici "di proprietà" dei Comuni e che nel caso di specie parte dell'area su cui realizzare l'intervento non risponde a tale requisito;"*;
- 2) *"...gli interventi finanziabili sono esclusivamente quelli aventi ad oggetto edifici scolastici ospitanti asili nido e/o scuole di infanzia e che eventuali opere strutturali (costruzione, ristrutturazione, messa in sicurezza e riqualificazione) relative ad edifici scolastici ospitanti anche altre istituzioni scolastiche (scuola primaria) non sembra potrebbero essere adeguatamente delimitate al fine di garantire il rispetto dell'esclusività del finanziamento;"*.

Il Consiglio di Stato – Sez. VII giusta ordinanza n. 3311 del 14/07/2022, in accoglimento dell'appello cautelare proposto dalla scrivente amministrazione, riformava la decisione del TAR "...in quanto:

a) *l'art. 2, comma 1, dell'avviso pubblico – in conformità, del resto, all'art. 1, comma 59 della l. n. 160/2019 – fa riferimento ad “edifici di proprietà dei Comuni”, nozione all'evidenza diversa da quella di “area di proprietà”, né è possibile attribuire ai chiarimenti portata ampliativa delle previsioni del predetto avviso pubblico;*

b) *“...non emerge, prima facie, dagli atti di causa alcun elemento da cui possa desumersi che l'intervento per cui il Comune di Alanno ha chiesto il finanziamento non riguardi un fabbricato da destinare ad asilo nido comunale, cosicché nel caso di specie non sembrano sufficientemente fondati i dubbi sul rispetto dell'esclusività del finanziamento”.*

Nelle more di quanto sopra l'amministrazione comunale procedeva, mediante pubblici proclami, all'integrazione del contraddittorio si come disposto dal TAR Lazio giusto decreto presidenziale del 11 maggio 2022 n. 3806.

Con Successivo DM del 22/09/2022 veniva approvata la graduatoria definitiva dei progetti per la realizzazione di Asili nido ammessi a finanziamento nella quale, in ottemperanza all'ordinanza n. 3311/2022 del Consiglio di Stato, risultava ammesso ed utilmente collocato (al 2° posto con punti 65 - all. 1) anche il Comune di Alanno (dunque beneficiario del finanziamento per l'intero importo richiesto di € 1.425.000) sebbene con *“riserva, in attesa della definizione del ricorso giurisdizionale”.*

Di seguito con sentenza n. 258 depositata il 09/01/2023, resa all'esito dell'udienza pubblica del 20/12/2022, il TAR (limitandosi a richiamare e trascrivere la propria sentenza n. 12633/2022) rigettava il ricorso proposto sostenendo:

1) che in mancanza di una specifica previsione di segno contrario degli atti della procedura selettiva che autorizzino al ricorso all'espropriazione, *“legittimato a presentare la candidatura per il finanziamento di un'opera da realizzarsi su un'area di proprietà, non può che essere il relativo proprietario dell'area, dovendo rientrare tra i poteri domenicali anche quello di richiedere un finanziamento pubblico che riguardi l'edificazione di un edificio sulla propria proprietà”*;

2) Riconoscere la possibilità di realizzazione di un edificio pubblico su di un'area di proprietà privata condurrebbe *“al paradosso”* che detti edifici, per il principio di accessione, diventerebbero di proprietà del privato proprietario dell'area (paragrafo 9.4);

3) i tempi di realizzazione dell'intervento (*rectius*: della ultimazione della procedura di gara che genera l'obbligazione giuridicamente vincolante richiesta per l'erogazione del finanziamento) non potranno superare il 31/03/2022 e dunque sarebbero talmente incompatibili con i finanziamenti PNRR da pregiudicare finanche il raggiungimento dei traguardi previsti con ripercussioni devastanti per la finanzia pubblica.

4) le FAQ nulla avrebbero innovato al riguardo .

La predetta sentenza è illegittima ed erronea per i seguenti

### **MOTIVI**

***1) Erroneità della sentenza impugnata rispetto alla ritenuta equiparazione fra le definizioni di “proprietà dell'area” e “proprietà dell'edificio”. Illogicità irragionevolezza ed illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 1 commi 59 e 60 L. n. 160/2019, del DPCM del 30 dicembre 2020, del DM del 22 marzo***

***2021 di approvazione dell'avviso pubblico di indizione della selezione; Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 L. n. 241/90 per motivazione contraddittoria; Eccesso di potere per erroneità dei presupposti.***

1.1. Con nota comunicata tramite pec del 29/01/2022 l'Unità di Missione per il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza del Ministero dell'Istruzione comunicava al Comune di Alanno l'esclusione dalla graduatoria provvisoria e la *“non ammissione a finanziamento* in quanto:

- 1) *“L'area sulla quale dovrà essere realizzata la nuova struttura non è di proprietà comunale”* come (asseritamente) richiesto dall'avviso e precisato nella nota di chiarimenti prot. n. 10708 del 12/05/2021 (quesito n. 2);
- 2) Dal codice edificio 0680020189 riportato nella domanda sarebbe *“emerso che tale edificio proposto ospita istituzioni scolastiche (scuola primaria) non previste nell'avviso pubblico”*.

1.2 Appare rilevante evidenziare fin d'ora che l'art. 2 dell'avviso di indizione della procedura selettiva approvato con DM del 22 marzo 2021 (sulla base del DPCM del 20/12/2020 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 67 del 18 marzo 2021) individuava quale condizione di ammissione a detta procedura la (sola) proprietà dell'edificio e non anche la proprietà dell'area. In particolare al comma 1 si prevedeva che: *“Possono presentare richiesta di contributo gli enti locali per il finanziamento di interventi relativi ad opere pubbliche di messa in sicurezza, ristrutturazione, riqualificazione o costruzione di edifici di proprietà dei*

*comuni destinati ad asili nido e scuole dell'infanzia o destinati o da destinare a centri polifunzionali per la famiglia.”.*

Analogamente l'art. 1 comma 59 della L. n. 160/2019, nell'istituire nello stato di previsione del Ministero dell'interno il fondo “*Asili nido e scuole dell'infanzia*”, destina le relative risorse al “...*finanziamento degli interventi relativi ad opere pubbliche di messa in sicurezza, ristrutturazione, riqualificazione o costruzione di edifici di proprietà dei comuni destinati ad asili nido e scuole dell'infanzia*”.

Inoltre l'art. 5, comma 4 del medesimo avviso (che ricalca pedissequamente il contenuto dell'art. 3, comma 5 del DPCM 30/12/2020) individua i seguenti casi di non ammissibilità delle proposte progettuali:

- 1) progetti privi di codice unico di progetto (CUP) valido e correttamente individuato in relazione all'opera per la quale viene richiesto il contributo;
- 2) interventi relativi a scuole di infanzia o asili nido privi di codice edificio da Anagrafe nazionale in materia di edilizia scolastica, ove presente;
- 3) progetti non inseriti nella programmazione annuale o triennale dell'ente locale;
- 4) progetti già interamente finanziati;
- 5) progetti non redatti in conformità alle norme tecniche vigenti o che non rispettano tutti gli standard di sicurezza previsti dalla normativa vigente;
- 6) progetti che non prevedano il conseguimento dell'agibilità con riferimento all'edificio oggetto di intervento;



7) progetti relativi a edifici già destinatari, per il medesimo intervento, di finanziamenti negli ultimi cinque anni;

8) progetti presentati o contributi richiesti con modalità diverse da quelle indicate nel presente avviso.

**1.3.** Nondimeno il TAR, pur a fronte di un tenore letterale dell'avviso invero non equivoco, con la sentenza impugnata ritiene che l'amministrazione abbia ritenuto di dover imporre, ai fini dell'ammissione alla procedura, la proprietà dell'area e non del solo edificio.

In particolare il Giudice di *prime cure*, muovendo dal presupposto che il diritto di edificare appartiene al titolare del diritto di proprietà dell'area, sostiene che in *“assenza di una specifica previsione del bando”* che autorizzi l'acquisizione dell'area mediante l'attivazione di una procedura ablatoria, l'ente risulterebbe addirittura privo di legittimazione a partecipare alla procedura. In particolare si sostiene nella sentenza gravata che *“legittimato a presentare la candidatura per il finanziamento di un'opera da realizzarsi su un'area di proprietà, non può che essere il relativo proprietario dell'area, dovendo rientrare tra i poteri domenicali anche quello di richiedere un finanziamento pubblico che riguardi l'edificazione di un edificio sulla propria proprietà.”* (paragrafo 8 nella parte in cui si richiama il punto 9.3. della sentenza 12663/2022).

Il ragionamento prospettato non persuade.

Non ci si può esimere dal rilevare che (in disparte la considerazione che l'esercizio dello *ius aedificandi* sull'area di proprietà non è una facoltà esclusiva del proprietario in quanto il quadro normativo di riferimento offre una molteplicità di casi nei quali l'esercizio di detto diritto è rimesso a

soggetti diversi dal proprietario dell'area), l'imposizione della proprietà dell'area quale condizione di ammissibilità alla procedura si pone in aperto ed evidente contrasto con l'avviso pubblico non solamente sotto il formale profilo letterale ma anche sotto il diverso profilo dell'interpretazione logico – sistematica del suo contenuto.

L'avviso, infatti, ai fini dell'ammissione alla procedura prevedeva letteralmente la (sola) proprietà dell'edificio e non dell'area. Nel caso di specie, peraltro, l'amministrazione comunale ha richiesto il finanziamento per la realizzazione di un intervento di “*nuova costruzione*” (espressamente ammesso dalla disciplina speciale) dell'edificio destinato ad ospitare l'asilo nido; sicché è evidente che la proprietà dell'edificio “non doveva” e (prima ancora) non poteva sussistere al momento della presentazione della domanda (proprio in quanto l'edificio era ancora da costruire).

In realtà operando una lettura “serena” dell'avviso non appare difficile scorgere nella prescrizione la finalità di garantire il manufatto realizzato con risorse pubbliche sia di proprietà dell'ente beneficiario del finanziamento; tuttavia il rispetto di questa (del tutto legittima) condizione non presuppone affatto, come ritenuto dal TAR, che, l'ente sia proprietario dell'area fin dal momento della presentazione della domanda.

**1.4.** Rispetto a quanto sostenuto dal TAR in merito alla mancanza nell'avviso di qualsiasi richiamo alla procedura espropriativa alla quale conseguirebbe l'impossibilità dell'amministrazione di attivazione del relativo procedimento è sufficiente richiamare il noto brocardo *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* . Il principio da applicare nella fattispecie, ai fini

dell'interpretazione dell'avviso è del tutto opposto rispetto a quello propugnato dal TAR. L'amministrazione avrebbe potuto disporre l'esclusione del Comune di Alanno se avesse espressamente vietato l'espropriazione; di contro il ricorso all'espropriazione non può configurarsi quale causa di esclusione per il solo fatto che l'avviso non ha espressamente previsto la possibilità di ricorrervi.

In ogni caso l'argomentazione non regge sul piano logico.

Difatti sostenere, così come è stato sostenuto dal TAR, che l'acquisto della proprietà dell'area mediante esproprio sarebbe stato ammissibile nel solo caso in cui tale facoltà fosse stata espressamente richiamata nell'avviso di indizione della procedura, comporterebbe l'emersione di un profilo di illegittimità di detto avviso per disparità di trattamento. Verrebbe difatti introdotta una condizione di ammissibilità discriminatoria in quanto legata alla limitazione dei modi di acquisto della proprietà (escludendo quella mediante esproprio) che non appare sorretta da alcuna giustificazione plausibile. Difatti ove così fosse dovrebbe ritenersi legittima l'esclusione di un ente che al momento della presentazione della domanda era in procinto di perfezionare l'acquisto dell'area mediante accordo bonario oppure aveva già ultimato la procedura ma non emesso il formale provvedimento finale ovvero, ancora, che aveva deciso di procedere all'occupazione d'urgenza dell'area.

Sotto diverso ed ulteriore profilo va evidenziato che le spese del fondo sono funzionali anche all'espletamento delle attività di progettazione (in particolare dei livelli progettuali definitivi ed esecutivi) a loro volta strumentali all'espropriazione delle aree che (appunto) non siano di

proprietà dell'amministrazione precedente. Peraltro nel caso in esame la proprietà delle aree in questione risultava (e risulta) conformata (e dunque vincolata) dalla pianificazione urbanistica comunale all'uso "servizi per l'istruzione".

Orbene se i finanziamenti previsti contribuiscono alla realizzazione e allo sviluppo delle attività di progettazione e quest'ultima a sua volta (in particolare il livello definitivo) è prodromica all'eventuale esproprio delle aree sulle quali localizzare l'opera pubblica, non è logicamente sostenibile affermare (peraltro in difetto di qualsiasi prescrizione in tal senso da parte degli atti di gara) che il Comune debba essere proprietario di tale area al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla procedura selettiva. Qualora, invece, si ritenesse che l'avviso intendeva prevedere indirettamente quale condizione di ammissibilità alla procedura, la proprietà dell'area da parte dell'ente prima ancora del completamento delle attività di progettazione, ne risulterebbe svilita proprio la descritta modalità procedurale di acquisto della proprietà delle aree da parte degli enti locali (praticamente impossibile) con irreversibile illegittimità della prescrizione di gara.

**1.5.** Inoltre, pur volendo astrattamente prescindere dall'attivazione di una procedura espropriativa e dai suoi collegamenti con la progettazione, ed esaminando la questione sotto il diverso profilo civilistico del rapporto fra diritto di proprietà dell'area e diritto di proprietà della costruzione, ebbene anche in questo caso nulla impedisce che l'amministrazione comunale si adoperi per conseguire la proprietà dell'area prima della realizzazione del fabbricato (ma dopo la proposizione della domanda).

D'altra parte in sede di rendicontazione del finanziamento concesso l'amministrazione centrale ben potrebbe verificare il rispetto del requisito della "proprietà" dell'edificio.

Nell'ottica della natura tendenzialmente non lucrativa della funzione pubblica nella titolarità degli enti locali non appare irragionevole sostenere che un comune di piccole dimensioni (quale è il Comune di Alanno) ritenga opportuno (se non indispensabile) procedere all'eventuale acquisto di aree nel momento in cui abbia raggiunto la certezza del finanziamento per la realizzazione dell'opera pubblica e non certo per mero investimento al fine di incrementare il proprio patrimonio immobiliare.

In estrema sintesi a fronte della *lex specialis* che, come detto, espressamente non richiede la proprietà dell'area ma del solo edificio da costruire non può ritenersi legittima una interpretazione dell'avviso del tipo di quella propugnata nella sentenza impugnata, secondo cui sarebbe legittima l'esclusione dell'amministrazione comunale in quanto, al momento della presentazione della domanda, essa non era proprietaria dell'area sulla quale edificare il futuro manufatto.

**1.6.** Secondo il TAR inoltre limitare la prescrizione di ammissibilità imposta dall'avviso alla sola proprietà dell'edificio senza estenderla alla proprietà dell'area porterebbe al *"paradosso secondo cui il bando consentirebbe di ammettere a finanziamento progetti relativi alla costruzione di edifici "pubblici" su aree private che, per il principio di accessione diventerebbero di proprietà del privato, fatta salva la possibilità, per l'ente pubblico utilizzatore, di esercitare la facoltà di*

*acquisizione, comunque in modo non retroattivo, ai sensi dell'art. 42-bis del D.P.R. n. 327/2001”.*

L'argomentazione del TAR “prova troppo”. Appare difficile comprendere per quale motivo la prescrizione che impone la proprietà dell'opera da parte dell'ente finanziato (senza prevedere la proprietà dell'area sottostante), debba ineluttabilmente portare alla conclusione che l'opera verrà certamente realizzata su aree di proprietà privata ovvero, addirittura configurare come inevitabile l'accessione in favore del privato con l'obbligo di procedere all'acquisizione sanante.

D'altra parte a conferma dell'illegittimità della disposta esclusione avallata dal TAR va segnalato che l'amministrazione centrale, in un successivo avviso (prot. 48047 del 02/12/2021) anch'esso relativo alla selezione di *“proposte per la realizzazione di strutture da destinare ad asili nido e scuole di infanzia, da finanziare nell'ambito del PNNR, Missione 4 – Istruzione e Ricerca...”* ha espressamente previsto (art. 5, co 1 lett. a) la **“proprietà dell'area”** da parte dell'ente proponente come una condizione di ammissibilità delle proposte.

**1.7.** Il TAR, infine, argomenta in ordine alla legittimità del provvedimento di esclusione anche sotto il profilo del rischio della revoca del finanziamento nel quale ricadrebbe l'amministrazione comunale qualora non riuscisse ad aggiudicare (rischio ritenuto dal TAR probabile alla luce della necessaria procedura espropriativa) i lavori entro il termine prescritto dall'art. 6 dell'avviso (non oltre il 31 marzo 2023).

Sulla scorta di tale presupposto il TAR ritiene (punto 9.6 della richiamata sentenza 12663/2022) pertanto: *“del tutto legittima l'inclusione di progetti*

*maggiormente in grado di rispettare la tempistica richiamata, proprio perché relativi a beni già in proprietà dell'Ente, senza che vi sia la necessità di attendere anche i tempi del procedimento espropriativo, appare rispondente altresì all'interesse pubblico di raggiungere gli obiettivi del PNRR".*

In sintesi secondo il TAR l'amministrazione centrale nell'avviso impugnato pur ponendo quale condizione di ammissibilità la sola proprietà dell'edificio avrebbe ritenuto implicitamente necessaria anche la proprietà dell'area in quanto, qualora fosse stata ritenuta necessaria l'attivazione di una procedura espropriativa certamente l'amministrazione beneficiaria non sarebbe in grado di rispettare il termine di decadenza per l'aggiudicazione con l'altrettanto certa revoca del finanziamento ed un danno (certo) per l'intero Paese che non riuscirebbe a rispettare i *Target* del PNRR.

Orbene innanzitutto non si può non evidenziare come sia obiettivamente difficoltoso riuscire a decifrare dalla lettura dell'avviso il coacervo di tutte queste "presupposizioni" individuate dal TAR. In ogni caso si tratta di una valutazione prognostica operata dal Giudice di *prime cure* ancorata ad ipotesi prive di qualsivoglia effettivo riscontro obiettivo.

Rispetto ai termini di aggiudicazione dei lavori va evidenziato che (come peraltro rilevato nella medesima sentenza impugnata al punto 6) la (parziale) graduatoria definitiva "è stata approvata con DM del 22/09/2022" e pertanto il problema del rischio della tardività dell'aggiudicazione riguarda non il solo Comune di Alanno ma interessa l'intero compendio degli enti partecipanti (per i quali tutti vale la scadenza del 31 marzo 2023).

Inoltre non il Giudice di *prime cure* ha omissis di considerare che l'acquisto del bene da parte dell'ente potrebbe avvenire al di fuori di una procedura espropriativa ovvero, nell'ambito della medesima procedura, ma sulla base di un accordo bonario ovvero ancora mediante un'occupazione d'urgenza ovvero ancora mediante l'emanazione di un decreto di esproprio emesso tempestivamente.

Va evidenziato, in sintesi, che le molteplici variabili circa l'esito del procedimento rendono poco plausibili e comunque certamente opinabili le valutazioni svolte nella sentenza in merito al rischio della violazione del termine di decadenza per l'aggiudicazione che a sua volta dovrebbe indurre a ritenere che la proprietà dell'area rappresenti un presupposto implicito (non previsto) dell'avviso ai fini dell'ammissione alla procedura.

In ogni caso dette considerazioni appaiono eccentriche rispetto al *thema decidendum* relativo all'esclusione del comune di Alanno da una procedura selettiva in quanto non in possesso di una condizione non richiesta dall'avviso di indizione della procedura.

**1.8.** Il TAR infine sostiene che *“le FAQ nulla avrebbero innovato al riguardo rispetto all'avviso.”*

Invero l'amministrazione ha giustificato la disposta esclusione in danno del Comune di Alanno per la mancata titolarità della proprietà dell'area facendo richiamo alle F.A.Q. (risposta al quesito n. 2) di cui alla nota di chiarimento prot. 10708 del 12/05/2021 citata nel provvedimento.

Tuttavia il (presunto) “chiarimento” è del tutto irrilevante ai fini dell'ammissibilità della domanda alla procedura in questione, alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale (da ultimo Cons. St., Sez. VII



Ord. n. 3311/2022 resa in sede di accoglimento dell'appello cautelare proposto dal Comune di Alanno; Cons. St. Sez. III, sent. 08/10/2021 n. 6740; Id. Sez. VI, 12/05/2020, n. 2984; Id., Sez. V, 2/9/2019, n. 6026; Id., Sez. III, 27 novembre 2018, n. 672) sulla scorta del quale si è chiarito che: *"...le "notizie", gli avvisi, i chiarimenti, le risposte alle FAQ fornite dalla PA durante lo svolgimento delle procedure concorsuali hanno valore di meri chiarimenti degli oneri dei concorrenti, resi in funzione collaborativa, ma non hanno alcun valore normativo e non possono integrare o modificare i requisiti di "formali" di ammissibilità della domanda e tantomeno i requisiti sostanziali per il suo accoglimento."*

***2) Erroneità della sentenza impugnata . Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 4 dell'avviso di indizione della procedura selettiva; Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 DLGS 65/2017; Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, illogicità ed irragionevolezza.***

**2.1** Il TAR Lazio, con l'impugnata sentenza ha rigettato il ricorso proposto in quanto: *"Su quest'ultimo punto peraltro rimane incerto, sulla base degli atti di causa, se l'edificio per il quale è stato richiesto il finanziamento sia solo il nuovo da realizzare, come sembrerebbe dalla lettura del progetto di fattibilità, e per il quale si pone la questione della titolarità della proprietà dell'area, come sopra rilevato, o sia anche l'edificio già esistente, il quale ospita oltre l'asilo nido, anche una scuola primaria."*

Il TAR dunque, sebbene con una formula dubitativa, ha condiviso il motivo posto dall'Ufficio centrale a sostegno dell'esclusione del Comune di Alanno in base al quale il *"codice edificio 0680020189"* denoterebbe

che l'edificio oggetto di intervento ospiterebbe una "scuola primaria" sulla quale non è consentito alcun intervento alla luce dell'avviso pubblico (art. 3 comma 1) e dai chiarimenti (quesito n. 27) di cui alla nota prot. 9186 del 15/04/2021 che consentono il finanziamento degli interventi solo su edifici scolastici che ospitino asili nido e scuole dell'infanzia.

**2.2.** Sul punto va preliminarmente posto in evidenza che, per esplicita ammissione del TAR, il Ministero non ha dimostrato compiutamente la violazione della prescrizione dell'avviso e dunque è incorso in un evidente difetto di istruttoria idoneo a palesarne l'illegittimità.

In ogni caso il finanziamento è stato richiesto per la "*nuova costruzione*" di un edificio da destinare esclusivamente ad asilo nido. A ben vedere qualora l'intervento in questione avesse interessato una struttura preesistente ospitante una diversa tipologia di scuola non sarebbe venuto ad esistenza (in quanto edificio preesistente) nemmeno il problema della "proprietà dell'area".

Inoltre la destinazione solo ad asilo nido del realizzando fabbricato emerge anche dalla relazione generale allegata al progetto di fattibilità (in particolare pag. 17) nella quale è descritto come obiettivo del Comune di Alanno è la "*Nuova realizzazione di un Asilo che preveda la presenza dei seguenti spazi al fine di realizzare un polo per l'infanzia in linea con quanto previsto all'art.3 del Decreto Legislativo n. 65 del 2017.*".

Ai sensi del citato art. 3 D.Lgs. n. 65/2017: "*I Poli per l'infanzia accolgono, in un unico plesso o in edifici vicini, più strutture di educazione e di istruzione per bambine e bambini fino a sei anni di età, nel quadro di uno stesso percorso educativo, in considerazione dell'età e nel rispetto dei*

*tempi e degli stili di apprendimento di ciascuno”*”. Inoltre ai sensi del successivo comma 4: *“I Poli per l'infanzia possono essere costituiti anche presso direzioni didattiche o istituti comprensivi del sistema nazionale di istruzione e formazione”*.

In particolare poi (punto 13 della relazione generale allegata al progetto): *“Oggetto dell'intervento è la realizzazione di un nuovo edificio da adibire a solo asilo nido per il Comune di Alanno in adiacenza del manufatto adibito a scuola (asilo, infanzia, primo e secondo ciclo) anche con la demolizione della attuale palestra inutilizzata.”*.

Dunque oggetto dell'intervento è la realizzazione di un nuovo fabbricato da adibire solo ad asilo nido e non incide affatto sui fabbricati che ospitano le scuole esistenti.

**2.3.** Per quanto concerne, poi, i contenuti dell'avviso di indizione della procedura selettiva va evidenziato che l'art. 3, comma 1 dell'avviso prevede che sono ammissibili *“interventi di costruzione, ... di asili nido, scuole dell'infanzia .....”,* mentre il successivo art. 4 comma 1 n. 3) prevede che nella domanda sia indicato *“l'edificio scolastico che si intende candidare, indicando per gli asili nido e per le scuole di infanzia il codice edificio risultante dall'Anagrafe nazionale per l'edilizia scolastica, ove presente”* ponendo tale indicazione come *“richiesta a pena di esclusione”* (art. 4 comma 2).

L'avviso dunque non prevede affatto che l'edificio da candidare debba a pena di esclusione ospitare esclusivamente gli asili nido e le scuole di infanzia, ma di contro impone che il codice dell'edificio che ospita gli asili

nido e/o scuole dell'infanzia debba (a pena di esclusione) essere indicato ove presente.

Orbene nel caso di specie l'Amministrazione comunale intende completare il "polo per l'infanzia" nei termini anzidetti e dunque realizzare una nuova struttura da destinare ad asilo nido (servizio scolastico attualmente non esistente nel territorio comunale) in prossimità dell'area ove si trovano gli altri edifici che ospitano le altre scuole esistenti (dell'infanzia e primaria).

Conseguentemente non era possibile indicare il codice ARES (anagrafe nazionale edifici scolastici) dell'edificio destinato ad ospitare l'asilo nido in quanto, come visto, l'edificio è di nuova costruzione ed il servizio scolastico in questione è un servizio di nuova attivazione allo stato non erogato sul territorio comunale. D'altra parte lo stesso avviso summenzionato imponeva di indicare il codice solo "*ove esistente*".

Ciò posto comunque l'amministrazione appellante, sempre in ossequio a quanto prescritto dall'avviso in questione, ha indicato nella domanda di partecipazione il Codice ARES n. 0680020189 dell'edificio che ospita una scuola dell'infanzia.

Il Ministero ha ritenuto inidoneo tale codice in quanto l'edificio ospiterebbe una scuola materna, tuttavia omettendo di considerare che tale codice si articola, a sua volta, in due punti di erogazione del servizio scolastico (PES) uno dei quali (il codice PES PEAA81202C) riguarda proprio una scuola dell'infanzia (l'altro una scuola primaria).

Il Manuale ARES che identifica e disciplina i "codici edificio" precisa che la voce "*EDIFICI SCOLASTICI*" *mostra le informazioni relative agli edifici*

*scolastici censiti, suddivisi tra edifici attivi (ossia al cui interno sono presenti punti di erogazione)...*” (pag. 7). In buona sostanza il codice edificio non coincide con il codice PES (e conseguentemente con il “servizio scolastico erogato nell’edificio”) e può dunque verificarsi che un solo “edificio scolastico” ospiti più “Istituzioni scolastiche” (e dunque esso sia associato a più codici PES) così come avvenuto per l’edificio scolastico riportato nella domanda del Comune di Alanno che ospita (anche) un asilo nido.

L’art. 3 e l’art. 4 dell’avviso non impongono affatto che un edificio sia associato ad un solo codice PES (e dunque ad una sola istituzione scolastica) ma che detto edificio identificato dal Codice ARES ospiti (almeno) un asilo nido e/o una scuola dell’infanzia.

In estrema sintesi a fronte di un avviso che richiedeva l’indicazione del codice dell’edificio che ospitava un asilo nido e/o una scuola dell’infanzia, il Comune ha indicato nella propria domanda il codice ARES dell’edificio che ospitava una scuola dell’infanzia. Il codice relativo all’asilo nido non era esistente in quanto la struttura destinata ad ospitarlo è di “nuova costruzione” ed allo stato il Comune di Alanno non ha strutture destinate ad asili nido.

Alla luce della ricostruita situazione di fatto i timori palesati dal TAR nella sentenza impugnata sono pertanto del tutto infondati.

**2.4.** Gli esiti della (piana) lettura dell’art. 3 dell’avviso si scontrano poi con il (presunto) chiarimento n. 27 riportato nella nota prot. 9186 del 15/04/2021 che l’amministrazione ha richiamato nell’impugnato

provvedimento di esclusione e sulla scorta del quale “*l’edificio deve ospitare le sole istituzioni scolastiche previste dall’avviso pubblico.*”.

In ordine all’efficacia delle FAQ si rinvia, per dovere di sinteticità, a quanto detto sopra; preme solo evidenziare che l’interpretazione restrittiva del chiarimento non trapela in alcun modo dalla lettura della *lex specialis* della quale ultima, pertanto, rappresenta un’inammissibile integrazione.

In ogni caso, una volta accertato che il finanziamento richiesto è funzionale alla realizzazione di un nuovo asilo nido le esigenze pubbliche sottese all’indizione della procedura risultano pienamente soddisfatte tanto da rendere obiettivamente difficile scorgere la concreta utilità e la ratio giustificativa di una limitazione del tipo di quella posta dal Ministero nelle FAQ.

\*\*\*\*\*

### ***SULLA DOMANDA DI CONCESSIONE DI IDONEA MISURA***

#### ***CAUTELARE ANCHE INAUDITA ALTERA PARTE.***

In merito alla sussistenza del *fumus* si rinvia a quanto detto sopra.

Rispetto al *periculum* va evidenziato che le risorse finanziarie messe a disposizione dei comuni sono insufficienti a soddisfare il relativo fabbisogno ed allo stato l’amministrazione ricorrente è collocata in posizione utile (2° con 65 punti) ma tuttavia ammessa solo con riserva (condizionata all’esito del giudizio di merito).

Ne consegue che la perdurante efficacia della sentenza impugnata (e con essa l’efficacia del provvedimento di esclusione), nelle more dello svolgimento – seppur accelerato - del presente giudizio, comporterebbe comunque l’esclusione dell’amministrazione comunale di Alanno dalla

procedura, con il rischio della perdita del finanziamento per esaurimento delle risorse stanziare (assegnate ad esempio ad altri comuni idonei ma collocati in posizione non utile), pregiudicando definitivamente l'anelato bene sostanziale della realizzazione dell'asilo nido.

A tal fine va peraltro evidenziata la sussistenza anche delle condizioni di estrema gravità ed urgenza di cui all'art. 56 cpa tali da non consentire neppure la dilazione fino alla prima camera di consiglio utile collegata al fatto che l'esclusione del comune ricorrente conseguenziale alla impugnata sentenza produrrebbe effetti negativi non rimediabili considerando:

- l'eventuale scorrimento della graduatoria collegato all'esclusione del Comune di Alanno potrebbe condurre a due esiti distinti, nell'ordine:
  - 1) l'assegnazione delle risorse ad altri enti; 2) la perdita del finanziamento senza riassegnazione delle medesime per il protrarsi dei tempi di attivazione della procedura. In entrambi i casi per l'amministrazione comunale ricorrente il danno sarebbe irreparabile. In particolare l'assegnazione delle risorse ad altri enti comporterebbe (vista anche l'approssimarsi del termine di scadenza) il rischio di avvio delle relative procedure da parte di questi ultimi (tenendo conto anche delle inevitabili lungaggini collegate all'integrazione del contraddittorio nei confronti dei numerosissimi enti controinteressati). Ora considerando che gli altri enti utilmente collocati in graduatoria avranno presumibilmente da tempo avviato il proprio iter procedimentale, appare verosimile sostenere che qualora non fosse conservata la *res adhuc integra* ne conseguirebbe la perdita definitiva

della possibilità di usufruire del finanziamento in questione da parte del comune di Alanno.

- In ogni caso l'esclusione della graduatoria precluderebbe la prosecuzione nell'espletamento delle attività necessarie per il completamento procedure necessarie alla realizzazione dell'opera considerando la scadenza fissata al 31/03/2023.

### **CONCLUSIONI**

Voglia, pertanto, l'ecc.mo Consiglio di Stato, *contrariis reiectis*, annullare e/o riformare, previa concessione di idonea misura cautelare anche inaudita altera parte ai sensi dell'art. 56 cpa, la sentenza n. 258 del 09/01/2023 del TAR Lazio – Roma – Sezione III Bis, con ogni conseguenziale statuizione di legge.

Con vittoria delle spese del doppio grado di giudizio.

Ai fini del presente giudizio è dovuto un contributo unificato di € 975.

Si allegano gli atti del fascicolo telematico di parte.

Pescara – Roma

Avv. Lorenzo Passeri