

Pubblicato il 19/11/2018

**N. 06527/2018REG.PROV.COLL.
N. 07898/2010 REG.RIC.**

l o g o

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 iscritto al numero di registro generale 7898 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da Itel Telecomunicazioni s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Aldo Lopez, con domicilio eletto presso lo studio Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Regione Puglia, in persona del Presidente della Regione in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Massa, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Claudio Monteverdi, 20;

Comune di Casarano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Mormandi, con domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

nei confronti

Sparkle s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Mormandi, con domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

Radion Società Consortile s.c.a.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Prima) n. 01098/2010, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Puglia, del Comune di Casarano e di Sparkle s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2018 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Lopez, Massa e Mormandi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. ITEL Telecomunicazioni s.r.l. è una società operante nel settore della produzione, a mezzo di apparecchiatura denominata “ciclotrone”, di radiofarmaci, medicinali a base radioattiva adoperati per l'espletamento di indagini neurologiche, oncologiche e cardiologiche mediante apposite apparecchiature denominate PET (Tomografia a emissione di positroni).

1.1. Dopo aver conseguito l'autorizzazione al commercio da parte del Ministero dello sviluppo economico l'8 febbraio 2009 e l'autorizzazione alla produzione dei medicinali da parte di AIFA – Agenzia italiana del farmaco, ITEL Telecomunicazioni s.r.l. attivava una Officina Radiofarmaceutica nel Comune di Ruvo di Puglia, provincia di Bari. Nel farlo investiva esclusivamente risorse proprie per una spesa complessiva di circa sette milioni di euro.

2. Poco dopo veniva a conoscenza del fatto che, nella medesima Regione Puglia, sia pure nel diverso Comune di Casarano, provincia di Lecce, era in fase di ultimazione un intervento edilizio per la realizzazione di uno stabilimento che, analogamente al proprio, avrebbe prodotto radiofarmaci.

2.1. Dalle ricerche svolte promotore dell'intervento edilizio risultava il Consorzio Radion, costituito il 28 novembre 2006, unitamente alla consorziata Sparkle s.r.l., costituita il 24 gennaio 2006, e che, per la realizzazione dell'opera, esse avevano ricevuto gli stanziamenti del FESR – Fondo europeo di sviluppo regionale, destinati, secondo il POR – programma operativo della Regione Puglia 2000 – 2006, a finanziare il PIT – progetto integrato territoriale per l'area salentino – leccese.

3. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, ITEL Telecomunicazioni s.r.l. impugnava i titoli edilizi che autorizzavano la realizzazione dell'officina radiofarmaceutica, rilasciati dal Comune di Casarano; le autorizzazioni, le licenze, i permessi, i nulla osta emessi da tutte le autorità preposte alla cura di interessi sanitari e di prevenzione per l'attivazione della produzione nello stabilimento di nuova costruzione; i provvedimenti con i quali erano stati erogati i finanziamenti pubblici da parte della Regione Puglia e gli atti ad essi presupposti (quali, in particolare, gli atti di approvazione delle procedure di fattibilità previsti dal PIT).

3.1. Il ricorso era notificato il 18 novembre 2008. La ricorrente dichiarava di averlo notificato appena avuto conoscenza della concessione del finanziamento, assunta, peraltro, con la notizia dell'intervenuta realizzazione dell'Officina radiofarmaceutica. La ricorrente precisava che il finanziamento regionale a fondo perduto –

disposto, a suo dire, in assenza dei presupposti e dei requisiti necessari – aveva determinato l’alterazione della concorrenza nello specifico settore di mercato della produzione dei radiofarmaci a tutto vantaggio del Consorzio Radion che era in grado di proporre prezzi più bassi non dovendo sopportare i costi dell’investimento iniziale.

3.2. Con un primo atto per motivi aggiunti era impugnato il diniego all’istanza di accesso ai documenti relativi al procedimento di concessione delle agevolazione di cui al POR Puglia opposto dal Comune di Casarano il 2 dicembre 2008.

3.3. A seguito della costituzione in giudizio della Regione Puglia e del Comune di Casarano erano impugnati, con secondo atto per motivi aggiunti, tutti i documenti che i resistenti avevano depositato in giudizio.

4. Il giudizio di primo grado era concluso dalla sentenza 10 maggio 2010, n. 1098, dichiarativa dell’inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti. Le spese erano poste a carico della ricorrente.

5. Propone appello Itel Telecomunicazioni s.r.l.; si sono costituite la Regione Puglia, il Comune di Casarano e la Sparkle s.r.l.; questi ultimi con atti di costituzione formale. Itel Telecomunicazioni s.r.l. ha proposto atto per motivi aggiunti in appello depositato il 9 dicembre 2010. Itel Telecomunicazioni s.r.l. ha proposto memoria in vista dell’udienza cui è seguita memoria di replica della Regione Puglia.

All’udienza del 20 settembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La sentenza di primo grado ha dichiarato inammissibile il ricorso, ma ha distinto le ragioni di inammissibilità della domanda di annullamento dei titoli edilizi da quelle della domanda di annullamento dei

provvedimenti di concessione dei finanziamenti.

1.1. Precisamente, quanto all'impugnazione dei titoli edilizi rilasciati dal Comune di Casarano per la costruzione dell'insediamento produttivo, l'inammissibilità è stata dichiarata per carenza della legittimazione a ricorrere, verificata secondo il criterio della c.d. *vicinitas*: operando la ricorrente nel territorio di Ruvo di Puglia, dunque a centinaia di chilometri di distanza dal luogo nel quale l'intervento edilizio era realizzato, non avrebbe avuto alcun interesse ad impedire la trasformazione del territorio data la mancanza di una condizione di "*stabile collegamento*" con lo stesso.

1.2. Quanto, invece, all'impugnazione dei provvedimenti di concessione del finanziamento, pur riconoscendo la legittimazione della ricorrente e il suo interesse a ricorrere, l'inammissibilità era dovuta al mancato rispetto del termine di decadenza, decorrente, secondo la sentenza, dalla pubblicazione sul Bollettino Ufficiale della Regione e dall'affissione all'Albo del settore, rispettivamente, dei provvedimenti 15 settembre 2006 n. 1305 e 22 ottobre 2007, n. 1098 del Dirigente del Settore industria della Regione Puglia.

1.3. La sentenza, infine, ha dichiarato inammissibile l'istanza di accesso ai documenti presentata con il primo ricorso per motivi aggiunti, poiché incidentale rispetto al giudizio (e, dunque, non autonoma da esso) e dunque superflua per la reiezione del ricorso per ragioni pregiudiziali di rito.

2. Con l'unico motivo di appello (rubricato "*La piena ammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti*") ITEL Telecomunicazioni s.r.l. contesta la decisione.

2.1. Per l'appellante, in relazione all'impugnazione dei titoli edilizi la sentenza ha erroneamente utilizzato il criterio della *vicinitas* territoriale.

Invece la legittimazione a ricorrere andava esaminata sulla base della *vicinitas* commerciale, per il suo interesse non ad impedire la modificazione del territorio attraverso l'intervento edilizio assentito, ma la distorsione della concorrenza mediante la sleale captazione della clientela possibile per le condizioni di privilegio godute dal Consorzio Radion acquisiti i finanziamenti regionali.

2.2. Quanto all'impugnazione dei provvedimenti di concessione dei finanziamenti (e degli atti generali che ne costituivano il presupposto), l'appellante contesta il momento iniziale di decorrenza del termine di impugnazione così come definito in sentenza: considerato che sulla base delle previsioni del Programma del PIT 9 e dell'avviso pubblico (approvato con determinazione del Dirigente del settore artigianato e PMI della Regione Puglia del 21 novembre 2005, n. 1849) l'attività di produzione di radiofarmaci non rientrava tra i settori ammissibili a finanziamento, e che per questo non aveva presentato domanda di concessione dei finanziamenti regionali, non era interessata ad impugnare i provvedimenti conclusivi della procedura, tanto più che se avesse esaminato la sola determinazione dirigenziale del 21 settembre 2006 (pubblicata sul Bollettino ufficiale della Regione Puglia e contenente l'elenco delle proposte ammesse) avrebbe ricavato il nominativo del Consorzio Radion, ma non avrebbe potuto riconoscerne un suo concorrente poiché a quella data non era ancora iscritto al registro delle imprese.

Le stesse considerazioni, sostiene l'appellante, valgono per la determinazione del Dirigente del settore industria del 22 ottobre 2007, n. 1098, pubblicata, peraltro, per soli cinque giorni all'albo speciale di settore; circostanza che non le avrebbe consentito di coglierne la lesività nei suoi confronti.

2.3. La conclusione di Itel Telecomunicazioni s.r.l. è che il termine di impugnazione poteva decorrere solo dal momento della conoscenza dell'esistenza di una Officina radiofarmaceutica nel Comune di Casarano, realizzata con finanziamenti illegittimamente erogati dalla Regione Puglia; rispetto a tale momento, identificabile nei mesi di settembre – ottobre 2008, il ricorso doveva ritenersi tempestivamente proposto.

3. Il motivo di appello è infondato e va respinto. La sentenza appellata merita conferma sia pure con talune precisazioni.

4. Le ragioni che hanno indotto Itel Telecomunicazioni s.r.l. ad impugnare i titoli edilizi rilasciati dal Comune di Casarano e che hanno consentito al Consorzio Radion di costruire l'Officina radiofarmaceutica risiedono nell'impedire la creazione di un polo produttivo in altra zona del territorio pugliese, concorrente per rivolgersi alla medesima clientela, vale a dire le strutture sanitarie regionali che impiegano radiofarmaci.

L'utilità attesa dal giudizio, in altri termini, non è di impedire la modificazione del territorio inibendo l'intervento edilizio, ma di bloccare l'iniziativa produttiva anche attraverso l'arresto della realizzazione dell'intervento edilizio.

4.1. La legittimazione a ricorrere della Itel Telecomunicazioni s.r.l. va, pertanto, vagliata alla luce del criterio della *vicinitas* commerciale. In tal senso la contestazione rivolta dall'appellata alla sentenza impugnata merita condivisione: non ne segue, però, anche con detta precisazione, l'accesso al merito del giudizio.

4.2. La giurisprudenza riconosce la *vicinitas* commerciale in presenza del “*medesimo bacino di utenza del concorrente*”; criterio idoneo a definire una situazione di stabile collegamento fra il ricorrente qualificato per

L'attività esercitata e la zona in cui l'intervento assentito dovrà essere realizzato (cfr. Cons. Stato, IV, 7 maggio 2015, n. 2324, ma sin da Cons. Stato, IV, 12 settembre 2007, n. 4821), con l'ulteriore precisazione che il collegamento va valutato alla stregua di un giudizio che tenga conto della natura e delle dimensioni dell'opera programmata, della sua destinazione, delle sue implicazioni urbanistiche e di tutte le conseguenze per chi vi risiede, con la conseguenza di ammettere che il bacino di utenza da prendere in considerazione possa estendersi anche in relazione a strutture poste tra loro a notevole distanza (cfr. Cons. Stato, V, 24 ottobre 2016, n. 4435; V, 20 febbraio 2009, n. 1032).

Tale posizione qualificata legittima all'impugnazione dei titoli edilizi come delle autorizzazioni commerciali rilasciati ad altro concorrente per interesse commerciale Cons. Stato, IV, 19 novembre 2015, n. 5278; IV, 3 settembre 2014, n. 4480), ma non è di suo sufficiente al giudizio nel merito, dovendo il ricorrente dimostrare, altresì, sul piano dell'interesse a ricorrere, il potenziale apprezzabile calo del volume di affari in dipendenza dell'intervento assentito e così il pregiudizio attuale e concreto subito dai provvedimenti impugnati; ciò specie se le attività sono collocate a notevole distanza tra loro (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2018, n. 2458; IV, 19 luglio 2017, n. 3563; V, 23 febbraio 2017, n. 853; IV 19 novembre 2015, n. 5278).

4.3. In definitiva, la distanza chilometrica tra i due stabilimenti – decisiva per il giudice di primo grado che ha applicato il criterio della *vicinitas* territoriale – non è di suo ostativa al riconoscimento della legittimazione a ricorrere in capo alla Itel Telecomunicazioni s.r.l. in base al criterio della *vicinitas* commerciale. Infatti, anche a distanza, il bacino di utenza cui è riferita l'attività degli operatori commerciali può essere il medesimo.

Quel che, invece, porta a confermare l'inammissibilità del ricorso è la mancata dimostrazione quanto al “*medesimo bacino di utenza*” (con conseguente assente dimostrazione circa il potenziale apprezzabile calo del volume di affari destinato a subire per l'avvio della produzione di radiofarmaci da parte del Consorzio Radion).

4.4. Sul punto, l'appellante si è limitata, sin dal primo grado, ad affermare che i radiofarmaci possono essere utilizzati in campo medico entro poche ore dalla produzione, con la conseguenza che le officine radiofarmaceutiche deputate alla loro preparazione vanno collocate in posizione strategica rispetto ai centri in cui sono ubicate le apparecchiature elettromedicali per le quali saranno impiegato.

Vero questo, però, ne è logica conseguenza che stabilimenti situati a distanza di centinaia di chilometri tra loro non si rivolgono al “*medesimo bacino di utenza*”, per essere destinati, invece, a rifornire di farmaci strutture viciniori.

In sostanza, il nuovo stabilimento di Casarano, servente alle strutture sanitarie della zona, quand'anche coincidente con la provincia di Lecce, non andrà a interferire – per l'intrinseca connotazione dei prodotti così come esposta dalla stessa appellante – con l'attività produttiva dello stabilimento di Ruvo di Puglia nella provincia di Bari.

4.5. In conclusione, quanto alla domanda di annullamento dei titoli edilizi rilasciati dal Comune di Casarano, ne va confermata l'inammissibilità.

5. E' possibile ora passare all'esame delle censure rivolte alla declaratoria di inammissibilità della domanda di annullamento dei provvedimenti di concessione del finanziamento regionale a favore del Consorzio Radion per tardiva proposizione del ricorso introduttivo del giudizio, per la quale, peraltro, la sentenza ha riconosciuto la

condizione della legittimazione a ricorrere e dell'interesse a ricorrere.

Tali censure sono altrettanto infondate. Ma anche in tal caso occorrono ulteriori precisazioni.

6. Va preliminarmente ricostruita la sequenza procedimentale che ha avuto avvio con la deliberazione della Giunta regionale 29 novembre 2004, n. 1755 avente ad oggetto l'approvazione del programma denominato POR 2000 – 2006 – PIT 9 – Territorio salentino leccese “*Consolidamento e innovazione del sistema produttivo locale incentrato sulla presenza diffusa di imprese manifatturiere*”, cui è seguita la determinazione del Dirigente del settore artigianato e pmi del 21 novembre 2005 n. 1849, di approvazione dell'avviso pubblico con la relativa modulistica per la presentazione delle domande.

La determinazione del Dirigente del settore industria del 15 settembre 2006, n. 1305 ha approvato la graduatoria delle proposte ammesse a finanziamento. Infine, la determinazione del Dirigente del settore industria del 22 ottobre 2007, n. 1098 ha disposto l'erogazione del finanziamento a favore del Consorzio Radion.

6.1. L'appellata sentenza ha ritenuto che l'impugnazione dei due provvedimenti da ultimo citati – per la ricorrente lesivi della sfera giuridica per aver consentito alla controinteressata di avvantaggiarsi indebitamente di fondi pubblici per lo svolgimento della sua attività produttiva così da alterare la concorrenza nello specifico settore di mercato – dovesse essere proposta dal momento della pubblicazione del primo nel Bollettino Ufficiale della Regione Puglia e del secondo nell'albo speciale del settore industria della Regione. Essendo, invece, l'impugnazione avvenuta dopo oltre due anni per il primo e dopo oltre un anno per il secondo, ne sarebbe derivata l'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio.

6.2. La tempestività del ricorso va verificata alla luce della regola generale *ratione temporis* applicabile dell'art. 21 l. 6 dicembre 1971, n. 1034-*Istituzione dei tribunali amministrativi regionali* per la quale *«Il ricorso deve essere notificato tanto all'organo che ha emesso l'atto impugnato quanto ai controinteressati ai quali l'atto direttamente si riferisce, o almeno ad alcuno tra essi, entro il termine di sessanta giorni da quello in cui l'interessato ne abbia ricevuta la notifica, o ne abbia comunque avuta piena conoscenza, o, per gli atti di cui non sia richiesta la notifica individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione, se questa sia prevista da disposizioni di legge o di regolamento, salvo l'obbligo di integrare le notifiche con le ulteriori notifiche agli altri controinteressati, che siano ordinate dal tribunale amministrativo regionale».*

La disposizione distingue[va] tra atti soggetti a notifica individuale e atti soggetti a pubblicazione per disposizione di legge o di regolamento; quanto ai primi il termine di impugnazione decorreva dal momento del ricevimento della notifica o, comunque, dal momento dell'effettiva conoscenza, per i secondi dal giorno di scadenza del termine di pubblicazione.

6.3. Nella vicenda in esame gli atti impugnati dalla ricorrente erano soggetti a modalità diverse di esternazione. La determinazione dirigenziale (15 settembre 2006, n. 1305) di approvazione della graduatoria delle proposte ammesse, era soggetta a pubblicazione sul Bollettino Ufficiale della Regione Puglia per espressa previsione dell'art. 9, comma 5, del Regolamento della Regione Puglia 18 marzo 2005, n. 11 - *Procedure per l'ammissibilità ed erogazione di incentivi per programmi integrati di agevolazioni da realizzare nell'ambito dei progetti integrati territoriali*(*«Le graduatorie devono essere approvate con determinazione dirigenziale e pubblicate sul Bollettino Ufficiale della Regione Puglia»*), la determinazione dirigenziale (22 ottobre 2007, n. 1098) dispositiva dell'erogazione del

finanziamento a favore del Consorzio Radion era soggetta a notifica individuale, poiché rivolta a specifico destinatario non potendo rilevare la previsione generale della pubblicazione di tutte le determinazioni dirigenziali del settore industria della Regione Puglia nell'albo speciale di settore per cinque giorni.

6.4. Quanto all'impugnazione della prima determinazione dirigenziale, dunque, il termine decadenziale decorreva effettivamente dal giorno di scadenza del termine della pubblicazione. Tuttavia si può concordare con l'appellante sul fatto che la consultazione della graduatoria dei progetti ammessi, riportando il solo riferimento al progetto del "Consorzio Radion", non le avrebbe consentito di percepire la lesività del provvedimento per i suoi interessi commerciali. Quanto, invece, all'impugnazione della seconda determinazione dirigenziale, data la posizione di terzo, non destinatario della notifica individuale del provvedimento, che, però, si ritiene leso indirettamente dall'erogazione del finanziamento ad un suo concorrente, il termine per l'impugnazione decorreva dal momento della "*piena conoscenza*".

6.5. Va qui fatta applicazione del noto orientamento della giurisprudenza per il quale la decorrenza del termine per l'impugnazione va ancorata al momento in cui in concreto si è verificata ed è stata apprezzata la situazione di lesività, anche a prescindere dal momento, che potrebbe essere di molto successivo, in cui si è avuta piena conoscenza del contenuto dei provvedimenti da impugnare e di tutti gli atti endoprocedimentali (cfr. Cons. Stato, IV, 22 giugno 2018, n. 3843; IV, 4 dicembre 2017, n. 5675; IV, 19 agosto 2016, n. 3645; VI, 14 giugno 2016, n. 2565; V, 5 marzo 2010, n. 1298).

6.6. Resta da esaminare, allora, quando tale condizione si è verificata. Nell'atto di appello, Itel Telecomunicazioni s.r.l. si limita ad affermare

di aver appreso dell'erogazione del finanziamento, lesiva dei suoi interessi, in coincidenza con l'avvenuta conoscenza dell'ultimazione dell'Officina radiofarmaceutica da parte del Consorzio Radion.

Che ciò sia avvenuto, però, nel periodo di settembre – ottobre 2008, *dies a quo* che consentirebbe di ritenere ammissibile il ricorso notificato il 18 novembre 2008, non è allegato; né dimostrato neppure in via presuntiva.

Di contro, le pubbliche resistenti hanno dimostrato, con la documentazione versata nel giudizio di primo grado, e, segnatamente, con la relazione illustrativa sullo stato dei lavori redatta dal Direttore dei lavori, che alla data del 30 agosto 2008 il manufatto edilizio – rivelativo per secondo l'appellante della lesione ai suoi interessi commerciali – fosse ormai da considerarsi ultimato.

Ciò porta a ritenere, da un lato, che anche nei mesi precedenti l'agosto 2008 Itel Telecomunicazioni s.r.l. era in condizione di percepire che un concorrente, avendo ricevuto un finanziamento pubblico, stava per attivare una produzione di radiofarmaci nel territorio pugliese e, dall'altro, che, anche a concedere che il termine di impugnazione decorresse dal 15 settembre 2008, ossia dalla fine del periodo di sospensione feriale, la notifica avvenuta il 18 novembre 2008, sarebbe comunque tardiva.

6.7. In conclusione, la sentenza va confermata anche sulla statuizione di inammissibilità della domanda di annullamento dei provvedimenti adottati nella procedura di concessione dei finanziamenti regionali.

7. Va dichiarata, infine, l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti in appello con il quale Itel Telecomunicazioni s.r.l. ha impugnato il provvedimento di concessione definitiva delle agevolazioni, dichiarando, peraltro, di non conoscerne il contenuto.

Tale provvedimento, ove effettivamente esistente, avrebbe dovuto essere impugnato nell'ambito del giudizio di primo grado. Ad ogni buon conto, la conferma della sentenza, declaratoria dell'inammissibilità del ricorso introduttivo, con conseguente inoppugnabilità dei provvedimenti adottati nella procedura di concessione dei finanziamenti regionali, rende irrilevante la tutela richiesta con tale successivo atto impugnatorio.

8. In conclusione, l'appello va respinto e i motivi aggiunti dichiarati inammissibili.

9. La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

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

Dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti in appello.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO