

Un anno di sentenze
2020

Diritto Amministrativo

a cura di

Rossella Bartiromo, Davide Gambetta, Aniello Iervolino,

Prefazione di

Giovanni Sabato



Giappichelli

Un anno di sentenze
2020

Diritto Amministrativo



Un anno di sentenze
2020

Diritto Amministrativo

a cura di

Rossella Bartiromo, Davide Gambetta, Aniello Iervolino

Prefazione di

Giovanni Sabbato



Giappichelli

© Copyright 2021 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-5357-8

Ha contribuito alla selezione e allo stralcio delle pronunce presenti nel volume:
Fabrizia Rumma.

Pubblicato nel mese di dicembre 2021.

Indice

Prefazione di <i>Giovanni Sabbato</i>	XI
Nota dei Curatori di <i>Rossella Bartiromo, Davide Gambetta, Aniello Iervolino</i>	XIII
Obbligo di scelta di una sola sede anche per farmacisti “in forma associata” (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 17 gennaio 2020, n. 1)	1
Nota di Pasquale La Selva	3
La rinuncia abdicativa nell’atto di proposizione in giudizio della richiesta di risarcimento del danno da perdita di proprietà illecitamente occupata dalla P.A. (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 20 gennaio 2020, n. 3)	5
Nota di Francesco Anastasi	7
La configurabilità della “rinuncia abdicativa” nel procedimento espropriativo (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 20 gennaio 2020, n. 4)	9
Nota di Lorenza Pedullà	11
Circa la possibilità per la P.A. di emanare un atto di imposizione della servitù di passaggio su un’area illegittimamente occupata (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 18 febbraio 2020, n. 5)	13
Nota di Federica Faleri	15
Sulla legittimazione generale degli enti esponenziali in ordine alla tutela degli interessi collettivi dinanzi al giudice amministrativo (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 20 febbraio 2020, n. 6)	17
Nota di Domenico Ciaburri	19
Sui presupposti per configurare la deroga all’obbligo espulsivo della azienda che non ha dichiarato i costi della sicurezza (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 8)	22
Accesso civico e accesso agli atti nel settore dei contratti pubblici (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10)	25
Nota di Marco Coletta	27
Sulla decorrenza del termine di impugnazione dell’aggiudicazione (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 2 luglio 2020, n. 12)	29
Nota di Vincenzo D’Avino	31

No all'avvalimento per il progettista <i>ex art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006</i> (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 9 luglio 2020, n. 13)	34
Nota di Martina Gallucci	36
Circa l'atto di acquisizione sanante pronunciato entro il termine di approvazione del rendiconto della gestione liquidatoria (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 5 agosto 2020, n. 15)	38
Nota di Anna Maria Pelo	40
Obblighi dichiarativi <i>ex art. 80, comma 5, lett. c e f-bis, d.lgs. n. 50 del 2016</i> e false dichiarazioni (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 28 agosto 2020, n. 16)	43
Nota di Fabrizia Rumma	45
Circa l'applicazione dell'art. 38 del T.U. edilizia (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 7 settembre 2020, n. 17)	47
Sull'accertamento necessario ai fini della pronuncia di decadenza di cui al d.lgs. 28/2011 (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 11 settembre 2020, n. 18)	49
Nota di Alisia Mercurio	50
L'accesso agli atti in relazione ai documenti reddituali e finanziari (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 25 settembre 2020, n. 19)	53
Nota di Pierandrea Fulgenzi	55
Nullità delle clausole del bando che limitano il ricorso all'avvalimento in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 16 ottobre 2020, n. 22)	58
Nota di Nunziante Di Lorenzo	59
Sull'applicabilità della clausola di salvaguardia ai finanziamenti pubblici (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 26 ottobre 2020, n. 23)	61
Nota di Federica Marconi	63
Sull'interruzione del termine di prescrizione decennale <i>ex art. 114 c.p.a.</i> (Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 4 dicembre 2020, n. 24)	66
Nota di Anna De Vito	67
Compatibilità con il diritto comunitario della normativa nazionale che vieta l'affidamento di concessioni autostradali scadute o in scadenza mediante la procedura della finanza di progetto (Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. IX, 26 novembre 2020, C-835/2019)	70
Nota di Pasquale La Selva	71
Principio di proporzionalità e rapporto tra consumo del suolo e programmazione urbanistica locale (Cons. di Stato, sez. IV, 4 febbraio 2020, n. 906)	74
Nota di Maria Carmela Capra	76

Modifiche unilaterali del contratto di telefonia mobile solo per giustificato motivo e ragioni oggettive (Cons. di Stato, sez. VI, 2 marzo 2020, n. 1529)	78
Nota di Marika Capone	79
Le pratiche commerciali scorrette sono <i>genus</i> unitario di illecito (Cons. di Stato, sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414)	82
Nota di Federica Faleri	84
Approvazione <i>per silentium</i> della proposta di aggiudicazione e successiva esclusione dell'operatore economico (Cons. di Stato, sez. V, 27 aprile 2020, n. 2655)	86
Nota di Azzurra Baggieri	86
Sullo scioglimento del Consiglio Comunale per infiltrazione mafiosa (Cons. di Stato, sez. III, 14 maggio 2020 n. 3067)	89
Nota di Mariarita Cupersito	89
Questione di legittimità costituzionale della normativa riguardante l'interdittiva antimafia (Cons. di Stato, sez. III, 8 giugno 2020, n. 3641)	92
Nota di Gianpiero Gaudiosi	93
Risarcimento del danno da emoderivati infetti e poteri del giudice dell'ottemperanza (Cons. di Stato, sez. III, 24 giugno 2020, n. 4028)	96
Nota di Gianpiero Gaudiosi	97
Giudicato silente e spazio regolativo lasciato vuoto (Cons. di Stato, sez. III, 7 luglio 2020, n. 4369)	99
Nota di Domenico Ciaburri	100
Diritto europeo e processo amministrativo (Cons. di Stato, sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4403)	102
Nota di Irene Pellegrini	103
Circa i presupposti delle misure volte a prevenire la corruzione (Cons. di Stato, sez. III, 10 luglio 2020, n. 4406)	105
Accesso finalizzato alla difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto (Cons. di Stato, sez. V, 21 agosto 2020, n. 5167)	107
Natura del procedimento di " <i>screening</i> " per l'assoggettamento a V.I.A. (Cons. di Stato, sez. II, 7 settembre 2020, n. 5379)	109
I piani consortili nella pianificazione urbanistica multilivello (Cons. di Stato, sez. II, 15 ottobre 2020, n. 6263)	111
L'istituzione di organi speciali per l'esercizio del controllo congiunto sulle società <i>in house</i> (Cons. di Stato, sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6460)	113
Nota di Federica Marconi	116

Danno da ritardo dell'azione amministrativa (Cons. di Stato, sez. III, 2 novembre 2020, n. 6755)	118
Nota di Maddalena Anna Chirico	118
La mancanza di criteri previamente stabiliti non determina l'illegittimità della nomina della commissione di gara (Cons. di Stato, sez. III, 4 novembre 2020, n. 6818)	121
Nota di Alessandra Scaffidi	122
Sulla preclusione da giudicato implicito in relazione a distinte domande (Cons. di Stato, sez. V, 26 novembre 2020, n. 7437)	124
Nota di Marco Coletta	125
Sversamento di rifiuti e posizione del proprietario incolpevole (Cons. di Stato, sez. IV, 3 dicembre 2020, n. 7657)	128
Fiscalizzazione dell'abuso edilizio (Cons. di Stato, sez. II, 15 dicembre 2020, n. 8032)	130
Nota di Vincenzo D'Avino	133
Valutazione di appropriatezza, prescrivibilità e rimborsabilità di un farmaco compiuta dall'AIFA a livello nazionale e valutazione tecnica della regione (Cons. di Stato, sez. III, 15 dicembre 2020, n. 8033)	135
Nota di Manuela Trombetta	136
Il G.A. non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma verificare la correttezza della valutazione effettuata nell'esercizio del potere (Cons. di Stato, sez. VI, 21 dicembre 2020, n. 8187)	138
Nota di Lorenza Pedullà	138
Suddivisione dell'appalto in lotti (Cons. di Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8440)	141
Nota di Beatrice Valeria Fernicola	142
Tutela del bene culturale e valutazione discrezionale dell'amministrazione (Cons. di Stato, sez. I, 30 novembre 2020, parere n. 1958)	145

Prefazione

Anche il 2020 – sebbene funestato, com'è a tutti tristemente noto, dalla prima pandemia globale dell'era moderna – è stato caratterizzato da numerose e rilevanti riflessioni dell'Adunanza plenaria sapientemente illustrate nella presente raccolta anche attraverso il puntuale resoconto del contesto giuridico-sistematico nel quale ciascuna pronuncia si colloca.

Anzi, si può affermare che la giustizia amministrativa ha superato brillantemente il banco di prova rappresentato dal *lockdown* imposto dalle misure anti-Covid grazie all'esperienza maturata con il processo amministrativo telematico e ad una disciplina processuale che privilegia il ricorso alla prova documentale cosicché è stato possibile prescindere dalla presenza fisica del Collegio e dei difensori per lo svolgimento di camere di consiglio e udienze.

L'alacre ed efficace opera di elaborazione interpretativa dell'autorevole Collegio costituisce stimolo, ove ve ne fosse bisogno, per un'ulteriore riflessione circa il ruolo sempre più pregnante assunto dall'organo nomofilattico nell'ambito della giustizia amministrativa, tanto che si assiste al progressivo avvicinamento nel nostro ordinamento ai sistemi di *Common Law* a formazione giurisprudenziale. Di ciò ha mostrato consapevolezza la stessa Adunanza plenaria quando si è interrogata circa la riferibilità del fenomeno del cosiddetto *prospective overruling* alle sue pronunce per rispondere ad esigenze di certezza del diritto e di stabilità della nomofilachia riconoscendone così portata applicativa soltanto *de futuro*. Il problema si è posto per il caso dell'esclusione dalle procedure d'appalto per mancata indicazione nell'offerta dell'adempimento degli oneri per la sicurezza (problema risolto negativamente dall'A.p. n. 9/2015) ma più in generale in materia di provvedimenti di esclusione dalle procedure d'appalto, questa volta ritenendo l'Adunanza plenaria di definire la portata temporale delle proprie decisioni (A.p., n. 10/2012 e n. 21/2012). Ancor di più, quindi, si impone all'operatore del diritto ovvero a chi si cimenti nello studio di questa straordinaria materia per indagarne i molteplici risvolti problematici ed i collegamenti interdisciplinari, la disamina attenta e dettagliata delle pronunce dell'Adunanza plenaria, facendo tesoro dello sforzo compiuto dai curatori di questa raccolta per collocare i relativi pronunciamenti in un quadro sistematico.

Si ripropone, quindi, il tradizionale confronto tra *jus positum* e diritto vivente, tanto più in una branca dell'ordinamento che difetta di una fonte di cognizione normativa (almeno tendenzialmente) omnicomprensiva – nella congerie di leggi, testi unici, codici e quant'altro che vanno a comporre la sua sconfinata disciplina – e che per giunta risente dell'influenza sempre più pressante del diritto transnazionale ed europeo nel quadro del progressivo avvicinamento tra gli ordinamenti pubblicistici pur espressione di tradizioni giuridiche distanti se non opposte. Compito del massimo consesso di giustizia amministrativa è quello, pertanto, di dettare canoni interpretativi che, nel rispetto delle statuizioni dettate dal legislatore, consentano di coniugare le naturali potenzialità applicative delle norme con i principi informatori dell'ordinamento giuridico e che devono rinvenirsi sia nel tessuto costituzionale sia in ambito europeo.

Non è un caso pertanto che la presente raccolta giurisprudenziale includa anche una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, che attiene alla compatibilità con il diritto unionale della normativa nazionale, alla quale si aggiunge un florilegio di pronunce di merito particolarmente significative e pertanto meritevoli di attenzione.

Basta dare una scorsa agli arresti della giurisprudenza amministrativa oggetto di analisi per avvedersi che i settori più frequentemente oggetto delle riflessioni pretoree sono costituiti dai procedimenti ablatori, dal diritto all'accesso nelle sue molteplici varianti e, infine, dalle procedure d'appalto che, per loro natura, risentono della forte influenza del diritto eurounitario.

Ma nemmeno va trascurata l'incidenza sistematica di quelle pronunce che si interrogano su un'altra frontiera del diritto amministrativo che, sempre con maggiore incidenza statistica, si impone all'attenzione degli studiosi della materia e cioè quella del risarcimento del danno in tutte le sue possibili varianti e che abbracciano sia la classica causa efficiente e produttiva del danno costituita dall'atto amministrativo illegittimo sia il ritardo colpevole dell'amministrazione sia, da ultimo, la lesione dell'affidamento vuoi ingenerato da atti ad effetti favorevoli successivamente annullati vuoi da comportamenti prenegoziali scorretti.

Non è necessario formulare veri e propri vaticinii per predire che l'anno attualmente in corso ci riserverà nuovi significativi pronunciamenti giurisprudenziali sia in tali settori che nelle più variegate ed innovative tematiche del diritto amministrativo così che questa iniziativa editoriale possa felicemente rinnovarsi.

CONS. GIOVANNI SABBATO

Nota dei Curatori

Dopo il successo delle edizioni 2018 e 2019, continua anche per il 2020 l'inedito progetto editoriale di Scuola Giuridica Salernitana “*Un anno di sentenze*”, con lo scopo di offrire a professionisti e operatori del diritto un quadro esaustivo e sempre aggiornato dell'evoluzione giurisprudenziale in atto.

Questo volume, dedicato al diritto amministrativo, mira a fotografare una produzione pretoria sempre più incalzante ed eterogenea, in cui si affastellano le novità ermeneutiche ed emergono nuovi e rilevanti orientamenti. L'opera propone, infatti, una selezione ragionata delle pronunce di maggiore interesse dell'intero anno, con lo scopo di accompagnare il giurista nella ricostruzione delle recenti direttrici interpretative cristallizzate in particolare dalle magistrature superiori.

Il lavoro è organizzato per comparti logici: aprono il volume le principali decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, segue una fondamentale sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e, infine, un articolato ventaglio di pronunce delle sezioni semplici del Consiglio di Stato. Chiude l'opera un parere reso dalla sezione consultiva del Supremo Consesso amministrativo in relazione a un ricorso straordinario, che testimonia lo stato dell'arte in materia di beni culturali.

Per ciascuna di queste parti, le sentenze sono riportate in ordine cronologico, così da agevolare la consultazione e l'analisi.

Come noto, nel 2020 l'emergenza pandemica ha notevolmente interessato il giudice amministrativo, quotidianamente investito di molteplici delicate e complesse questioni collegate alla crisi sanitaria da COVID-19. Il volume ha però inteso in larga parte prescindere dalle vicende legate alla pandemia, per concentrarsi a pieno sui settori classici del diritto amministrativo.

Le sentenze raccolte – commentate dagli autori – riguardano questioni di notevole importanza, tra le quali esemplificativamente: la rinuncia abdicativa, l'accesso agli atti e l'accesso civico, la legittimazione degli enti esponenziali, l'avvalimento, l'aggiudicazione, la programmazione urbanistica, le pratiche commerciali scorrette, l'interdittiva antimafia, il danno da emoderivati infetti, il giudicato silente, il danno da ritardo dell'azione amministrativa, lo sversamento di rifiuti, il giudicato implicito, la fiscalizzazione dell'abuso edilizio, la suddivisione dell'appalto in lotti, la tutela dei beni culturali.

Già questa prima rapida rassegna testimonia come la selezione giurisprudenziale proposta spazi nei più variegati ambiti del diritto amministrativo, offrendo un ritratto nitido di una produzione giurisprudenziale policroma e multisettoriale, anche con lo scopo di enucleare le questioni che possano essere oggetto di interesse nelle tracce dei concorsi pubblici di rilievo nazionale.

L'opera, nel suo complesso, resta pensata come un efficace “prontuario giurisprudenziale”, che non contiene delle mere massime, ma una selezione ragionata dei brani nevralgici e significativi di ciascuna pronuncia, per ricostruire l'*iter* logico-giuridico seguito dal giudice e comprendere consapevolmente la *ratio* della decisione. Il tentativo è, ancora una volta, offrire

un proficuo strumento di approfondimento tematico agli operatori del diritto e in particolare a coloro che si preparano per sostenere le prove concorsuali.

ROSSELLA BARTIROMO

DAVIDE GAMBETTA

ANIELLO IERVOLINO

Obbligo di scelta di una sola sede anche per farmacisti “in forma associata”

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 17 gennaio 2020, n. 1)

“2.1.1. Gli originari ricorrenti hanno sostenuto [...] la tesi secondo cui ai farmacisti che concorrono per la gestione associata di due farmacie in due regioni diverse non sia precluso né dall’art. 11 del d.l. n. 1 del 2012 né da altra disposizione la possibilità di conseguire entrambe le sedi, perché la legislazione vigente, dopo la riforma recata dalla l. n. 124 del 2017, Legge annuale per il mercato e la concorrenza, consente alle società, di persone e ora anche di capitali, di cui siano soci due farmacisti, di essere titolari di due o più farmacie sul territorio nazionale [...].

3.3. Gli appellanti hanno sostenuto che dalle disposizioni degli artt. 112 del R.D. n. 1265 del 1934 e dell’art. 8, comma 1, lett. b), della l. n. 362 del 1991 non si desume alcun divieto, per un socio di una società farmaceutica, di essere socio anche di altra società farmaceutica e, quindi, di essere titolare di più farmacie, ma si desume solo il divieto, di cui all’art. 8 citato, che impedirebbe al titolare individuale di essere contestualmente anche socio di altra farmacia. [...]

12.2. Nell’ordinanza di rimessione il Consiglio rileva come il primo problema sia proprio quello di decifrare cosa l’art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012 intenda prevedendo che (gli interessati possono) concorrere in forma associata. [...] le questioni poste dall’ordinanza di rimessione [...] sono le seguenti: se il concorrere in forma associata, ai sensi dell’art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012, sia da intendere quale una variante della titolarità in forma individuale oppure se sia invece da ascrivere al modello societario, consentendo quindi anche di assegnare la titolarità della farmacia alla società così formata e di applicare il relativo regime (di cumulabilità temperata) quanto alla titolarità di più di una sede farmaceutica; se, nel silenzio dell’art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, la previsione di cui al comma 5 del medesimo art. 11, che facoltizza la partecipazione al concorso in (non più) di due Regioni o due Province autonome, sia da intendere come contenente anche una regola (implicita) di incompatibilità che vieterebbe di cumulare le due sedi, dovendo per forza scegliere gli interessati di quale delle due avere la gestione, pena l’improcedibilità delle loro domande. [...].

19. L’art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012 prevede, ai fini che qui rilevano e come si è già sopra ricordato, che *«ciascun candidato può partecipare al concorso per l’assegnazione della farmacia in non più di due regioni o province autonome»* e consente espressamente, quindi, che i farmacisti, persone fisiche, possano prendere parte a non più di due concorsi straordinari banditi dalle varie Regioni o Province autonome.

[...]

19.3. [...] [I] farmacisti soci di società titolari di farmacia – già titolari di sede farmaceutica, salve le tassative eccezioni sopra ricordate, non possono partecipare al concorso straordinario.

19.4. In questa prospettiva si colloca la previsione dell’art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012, che consente ai farmacisti, che non siano già titolari di altra sede, di partecipare al concorso straordinario per l’assegnazione di farmacia in non più di due Regioni o Province autonome.

[...]

19.6. È quindi chiaro, secondo le regole generali, di cui l'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012 costituisce specifica applicazione per il concorso straordinario, che i farmacisti candidati, ammessi al concorso straordinario in quanto non siano già titolari di altra sede, ben possano concorrere, singolarmente o in forma associata, a due distinte sedi, su base regionale o provinciale, ma devono poi scegliere una tra le due sedi, non potendo ottenerle cumulativamente (c.d. principio dell'alternatività), poiché devono dedicare la loro attività personale necessariamente all'una o all'altra, a presidio del servizio farmaceutico erogato sul territorio nazionale e in funzione della salute quale interesse dell'intera collettività (art. 32 Cost.) e non quale bene meramente utilitaristico-individuale, oggetto solo di valutazioni Economico imprenditoriali.

[...]

20. La ragione per la quale l'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012 prevede, in conformità alle disposizioni generali in materia, che si possa partecipare al concorso straordinario in due e non più di due Regioni e Province autonome sta proprio nella regola fondamentale dell'art. 112, comma terzo, del R.D. n. 1265 del 1934, secondo cui chi sia già autorizzato all'esercizio di una farmacia, risultando vincitore nel concorso precedente, può concorrere all'esercizio di un'altra, dovendo scegliere però poi tra l'una o l'altra.

[...]

20.2. L'ottenimento di ben due sedi concretizzerebbe un vantaggio anticompetitivo del tutto ingiustificato, a fronte dello sbarramento previsto dall'art. 11, comma 3, del d.l. n. 1 del 2012 per i farmacisti già titolari di sede, nei confronti dei quali soltanto, e per la mera casualità di essere già titolari di una sede farmaceutica, opererebbe invece il divieto di cumulo dell'art. 112 del R.D. n. 1265 del 1934 e dell'art. 7, comma 1, della l. n. 326 del 1991, certamente e incontestabilmente – nemmeno gli appellanti lo contestano – tuttora vigente quantomeno per il farmacista individuale già titolare di sede.

21. [...] [C]iò che ai farmacisti candidati al concorso straordinario quali persone fisiche non è consentito singolarmente nemmeno può esserlo cumulativamente, pena altrimenti una inammissibile disparità di trattamento interna agli stessi candidati che partecipino in forma associata anziché singolarmente.

[...]

22.8. In altri termini, e più semplicemente, i farmacisti concorrenti per la gestione associata otterranno personalmente e *pro indiviso*, per così dire, la sede messa a concorso, salvo poi essere autorizzati alla titolarità dell'esercizio in una forma giuridica, tra quelle previste dall'art. 7, comma 1, della l. n. 362 del 1991 [...].

[...]

30. [...] [L]'Adunanza plenaria ritiene di affermare i seguenti principî di diritto:

a) l'art. 11, comma 5, del d.l. n. 1 del 2012, conv. in l. n. 27 del 2012, ha inteso riaffermare la regola dell'alternatività nella scelta tra l'una e l'altra sede da parte dei farmacisti persone fisiche che partecipano al concorso straordinario, in coerenza con la regola generale dell'art. 112, comma primo e terzo, del R.D. n. 1265 del 1934, sicché il farmacista assegnatario di due sedi deve necessariamente optare per l'una o per l'altra sede;

b) la regola dell'alternatività o non cumulabilità delle sedi, in capo al farmacista persona fisica, vale per tutti i farmacisti candidati, che concorrano sia singolarmente che “per” la gestione associata, prevista dall'art. 11, comma 7, del d.l. n. 1 del 2012, la quale non costituisce un ente giuridico diverso dai singoli farmacisti, ma è espressione di un accordo partecipativo, comportante il cumulo dei titoli a fini concorsuali e inteso ad assicurare la gestione associata

della farmacia in forma paritetica, solo una volta ottenuta la sede, nelle forme consentite dall'art. 7, comma 1, della l. n. 362 del 1991”.

Nota di Pasquale La Selva

Due farmacisti prendevano parte, in forma associata, ad una procedura concorsuale per l'assegnazione di alcune sedi farmaceutiche nella Regione, all'esito della quale risultavano assegnatari di una sede.

L'Azienda Sanitaria Provinciale competente dichiarava la domanda di riconoscimento della titolarità “improcedibile”, avendo ravvisato una causa di incompatibilità per essere gli istanti già titolari di una farmacia nella Regione Lombardia, anche questa ottenuta all'esito di una procedura concorsuale.

Avverso tale provvedimento, i due farmacisti proponevano ricorso al TAR sostenendo (sia in primo grado, che in appello) che ai farmacisti che concorrono per la gestione associata di due farmacie in due regioni diverse non sia preclusa, dall'art. 11 del D.L. 1/2012, la possibilità di conseguire entrambe le sedi, atteso che la legislazione vigente, dopo la riforma recata dalla L. 124/2017, consente alle società di persone e di capitali di cui siano soci due farmacisti di essere titolari di due o più farmacie sul territorio nazionale, con il limite del 20% delle farmacie esistenti nel territorio della stessa regione o provincia autonoma, previsto dall'art. 1, c. 158, L. 124/2017.

Il TAR respingeva il ricorso ritenendo sussistente l'incompatibilità *ex art. 8, c. 1, lett. b), L. 362/1991*, in quanto la partecipazione alle società è incompatibile “*con la posizione di titolare...di altra farmacia*”, laddove la titolarità può essere sia individuale sia condivisa. Secondo il TAR, il legislatore del 2012, nel richiamare la gestione associata, non ha inteso riferirsi alle associazioni previste dall'art. 36 c.c., implicando così la riconducibilità della gestione associata delle farmacie nell'alveo del modello societario.

In appello il CGARS, nel rimettere l'esame delle questioni all'Adunanza Plenaria, formulava i seguenti quesiti:

“a) se il concorrere in forma associata, ai sensi dell'art. 11, comma 5 (rectius: 7), del d.l. n. 1 del 2012, sia da intendere quale una variante della titolarità in forma individuale oppure se sia invece da ascrivere al modello societario, consentendo quindi anche di assegnare la titolarità della farmacia alla società così formata e di applicare il relativo regime (di cumulabilità temperata) quanto alla titolarità di più di una sede farmaceutica;

b) se, nel silenzio dell'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, la previsione di cui al co. 7 (rectius: 5) del medesimo art. 11, che facoltizza la partecipazione al concorso in (non più) di due Regioni o due Province autonome, sia da intendere come contenente anche una regola (implicita) di incompatibilità che vieterebbe di cumulare le due sedi, dovendo per forza scegliere gli interessati di quale delle due avere la gestione, pena l'improcedibilità delle loro domande”.

L'Adunanza Plenaria ha rilevato che l'art. 11, c. 3, del D.L. 1/2012, al fine di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, ha previsto espressamente che i farmacisti soci di società e titolari di sede farmaceutica non possono partecipare al concorso straordinario.

Inoltre, la Plenaria ha ritenuto questa disposizione in linea con la previsione dell'art. 112, c. 2 e 3, R.D. 1265/1934, secondo cui è vietato il cumulo di due o più autorizzazioni in una sola persona fisica, con la conseguenza che chi sia già autorizzato all'esercizio di una farma-

cia può concorrere all'esercizio di un'altra, ma decade di diritto dalla prima autorizzazione, quando, ottenuta la seconda, non vi rinunci con dichiarazione notificata al Prefetto.

Per l'Adunanza Plenaria è quindi chiaro che l'art. 11, c. 5, D.L. 1/2012 trovi specifica applicazione nell'ipotesi di concorso straordinario per cui i farmacisti candidati, ammessi in quanto non già titolari di altra sede, ben possano concorrere – singolarmente o in forma associata – a due distinte sedi su base regionale o provinciale, ma devono poi scegliere una tra le due sedi, non potendo ottenerle cumulativamente (c.d. principio dell'alternatività); ciò in quanto devono dedicare la loro attività personale necessariamente all'una o all'altra, a presidio del servizio farmaceutico erogato sul territorio nazionale e in funzione della salute quale interesse dell'intera collettività e non quale bene meramente utilitaristico-individuale, oggetto solo di valutazioni economico-imprenditoriali.

Ebbene, l'Adunanza Plenaria ha rilevato che ciò che ai farmacisti candidati al concorso straordinario quali persone fisiche non è consentito singolarmente, non può esserlo nemmeno cumulativamente, pena una inammissibile disparità di trattamento interna agli stessi candidati che partecipino in forma associata anziché singolarmente. Circa la questione ermeneutica sulla “gestione associata” delle farmacie, il Collegio ha chiarito che tale forma non è una realtà giuridica diversa dai singoli farmacisti che concorrono alla sede, né un ente o una associazione temporanea di scopo per la gestione di una farmacia, assoggettabile alle disposizioni sulle associazioni.

In definitiva, l'Adunanza Plenaria ha statuito: che la titolarità della sede, all'esito del concorso straordinario, deve essere assegnata ai farmacisti “associati”, purché intesi in senso personale, salvo successivamente autorizzare l'apertura della farmacia e l'esercizio dell'attività in capo al soggetto giuridico (società di persone fisiche o di capitali) che sarà in grado di garantire la gestione paritetica con il vincolo temporale di almeno tre anni, diversificando così il piano concorsuale e quello, successivo, gestionale.

La rinuncia abdicativa nell'atto di proposizione in giudizio della richiesta di risarcimento del danno da perdita di proprietà illecitamente occupata dalla P.A.

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 20 gennaio 2020, n. 3)

“La questione di diritto sottoposta a questa Adunanza riguarda la configurabilità, nel nostro ordinamento giuridico, della rinuncia abdicativa quale atto implicito ed implicato nella proposizione, da parte di un privato illecittamente espropriato, della domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario derivante dall'illecito permanente costituito dall'occupazione di un suolo da parte della P.A., a fronte della irreversibile trasformazione del fondo. [...]

[...]

[L]a giurisprudenza di questo Consiglio si è più volte pronunciata nel senso dell'ammissibilità della rinuncia abdicativa in materia espropriativa [...].

[...]

Questa Adunanza ritiene tuttavia che l'ipotesi ricostruttiva della rinuncia abdicativa, quanto meno nella materia in esame, non possa essere condivisa.

Essa, invero, sul piano strutturale e normativo, si espone a un triplice ordine di obiezioni; e segnatamente:

- non spiega esaurientemente la vicenda traslativa in capo all'Autorità espropriante;
- la rinuncia viene ricostruita quale atto implicito, secondo la nota dogmatica degli atti impliciti, senza averne le caratteristiche essenziali;
- soprattutto, e in senso decisivo e assorbente, non è provvista di base legale in un ambito, quello dell'espropriazione, dove il rispetto del principio di legalità è richiamato con forza sia a livello costituzionale (art. 42 Cost.), sia a livello di diritto europeo. [...].

Per quanto riguarda la prima obiezione (mancata spiegazione esauriente della vicenda traslativa in capo all'Autorità espropriante), si deve rilevare, infatti, che se l'atto abdicativo è astrattamente idoneo a determinare la perdita della proprietà privata, non è altrettanto idoneo a determinare l'acquisto della proprietà in capo all'Autorità espropriante.

[...]

Se l'atto non è in sé idoneo a determinare il passaggio del bene in capo all'Amministrazione espropriante non potrà già di per sé essere trascrivibile e all'eventuale ordine del giudice contenuto nella sentenza non potrebbe riconoscersi base legale.

Per quanto riguarda la seconda obiezione (rinuncia abdicativa quale atto implicito, ma carenza in tale rinuncia delle caratteristiche essenziali degli atti impliciti), si deve ricordare che la rinuncia abdicativa, se riferita al ricorso giurisdizionale, non viene effettuata dalla parte, né personalmente, né attraverso un soggetto dotato di idonea procura.

[...]

6. Ma, [...] per la soluzione del quesito posto, la terza ed ultima obiezione (assenza di base legale in un ambito, quello dell'espropriazione, dove è centrale il principio di legalità), di cui deve rimarcarsi il carattere assorbente per escludere l'operatività della rinuncia abdicativa

quale strumento legalmente idoneo a definire l'assetto degli interessi coinvolti in una vicenda di espropriazione cd. indiretta.

Al riguardo, si deve ricordare in primo luogo che, ai sensi dell'art. 42, commi 2 e 3 Cost., la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge (che, peraltro, "ne determina i modi di acquisto") e può essere, "nei casi previsti dalla legge", e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale.

La rinuncia abdicativa non costituisce uno dei casi previsti dalla legge.

Anzi, in una certa prospettiva, sembra richiamare – come si accennava – l'ormai tramontato istituto dell'occupazione acquisitiva, di cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha evidenziato la contrarietà alla Convenzione Europea.

[...]

7. È nel delineato contesto normativo che il legislatore nazionale è intervenuto per regolare la fattispecie in esame, fornendo per ciò stesso una base legale, sistematica e coerente, alla disciplina ivi prevista, dapprima con l'art. 43 TUEs. (approvato con il d.P.R. n. 327-2001 ed entrato in vigore il 30 giugno 2003) e poi, dopo la dichiarazione della sua incostituzionalità per eccesso di delega, con l'art. 42-*bis* (introdotto nel testo unico dall'art. 34, comma 1, L. n. 111 del 2011).

Infatti, per i casi di occupazione *sine titulo* di un fondo da parte della Autorità devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è in vigore la specifica disciplina prevista dall'art. 42-*bis* del testo unico sugli espropri, che ha in dettaglio individuato i poteri e i doveri della medesima Autorità, nonché i poteri del giudice amministrativo.

L'art. 42-*bis*, in particolare:

- prevede che l'Autorità che utilizza *sine titulo* un bene immobile per scopi di interesse pubblico, dopo aver valutato, con un procedimento d'ufficio (che può essere sollecitato dalla parte in caso di inerzia), gli interessi in conflitto, adotti un provvedimento conclusivo del procedimento con cui sceglie se acquisire il bene o restituirlo, al fine di adeguare la situazione di diritto a quella di fatto;

- in altri termini, vincola l'Amministrazione occupante all'esercizio del potere ed attribuisce alla stessa un potere discrezionale in ordine alla scelta finale, all'esito della comparazione degli interessi;

- comporta che, nel caso di occupazione *sine titulo*, l'Autorità commette un illecito di carattere permanente [...];

- esclude che il giudice decida la 'sorte' del bene nel giudizio di cognizione instaurato dal proprietario;

- a maggior ragione, non può che escludere che la 'sorte' del bene sia decisa dal proprietario e che l'Autorità acquisti coattivamente il bene, sol perché il proprietario dichiara di averlo perso o di volerlo perdere, o di volere il controvalore del bene.

[...]

L'art. 42-*bis* ha, quindi, definito in maniera esaustiva la disciplina della fattispecie, con una normativa autosufficiente, rispetto alla quale non trovano spazio elaborazioni giurisprudenziali [...].

[...]

8. Ad avviso dell'Adunanza, dunque, per le fattispecie disciplinate dall'art. 42-*bis* una rigorosa applicazione del principio di legalità, in materia affermato dall'art. 42 della Costituzione e rimarcato dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo, richiede una base legale certa perché si determini l'effetto dell'acquisto della proprietà in capo all'espropriante [...].

Invero, per l'art. 42-*bis* l'autorità può acquisire il bene con un atto discrezionale, in assenza del quale scattano gli ordinari rimedi di tutela, compreso quello restitutorio, non residuando

alcuno spazio per giustificare la perdurante inerzia dell'amministrazione [...]. La scelta, di acquisizione del bene o della sua restituzione, va effettuata esclusivamente dall'autorità (o dal commissario *ad acta* nominato dal giudice amministrativo, all'esito del giudizio di cognizione o del giudizio d'ottemperanza, ai sensi dell'art. 34 o dell'art. 114 c.p.a): in sede di giurisdizione di legittimità, né il giudice amministrativo né il proprietario possono sostituire le proprie valutazioni a quelle attribuite alla competenza e alle responsabilità dell'autorità individuata dall'art. 42-bis.

Pertanto, il giudice amministrativo, in caso di inerzia dell'Amministrazione e di ricorso avverso il silenzio *ex art.* 117 c.p.a., può nominare già in sede di cognizione il commissario *ad acta*, che provvederà ad esercitare i poteri di cui all'art. 42-bis d.P.R. n. 327-2001 o nel senso della acquisizione o nel senso della restituzione del bene illegittimamente espropriato.

Qualora, invece, sia invocata solo la tutela (restitutoria e risarcitoria) prevista dal codice civile e non si richiami l'art. 42-bis, il giudice deve pronunciarsi tenuto conto del quadro normativo sopra delineato e del carattere doveroso della funzione attribuita dall'articolo 42-bis all'amministrazione.

Non sarebbe peraltro ammissibile una richiesta solo risarcitoria, in quanto essa si porrebbe al di fuori dello schema legale tipico previsto dalla legge per disciplinare la materia ponendosi anzi in contrasto con lo stesso. [...] Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, deve dichiararsi il seguente principio di diritto:

– per le fattispecie disciplinate dall'art. 42-bis TUEs., l'illecito permanente dell'Autorità viene meno nei casi da esso previsti (l'acquisizione del bene o la sua restituzione), salva la conclusione di un contratto traslativo tra le parti, di natura transattiva e la rinuncia abdicativa non può essere ravvisata”.

Nota di Francesco Anastasi

Con sentenza n. 3, pubblicata il 20 gennaio 2020, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si è pronunciata circa la possibilità di riconoscere la rinuncia abdicativa nell'atto di proposizione in giudizio della richiesta di risarcimento del danno da perdita di proprietà, illecitamente occupata dalla PA in seguito all'irreversibile trasformazione del fondo occupato.

Nell'ordinanza di rimessione alla Plenaria, la Sezione, dubitando che nel sistema previsto dal TUEs sia concepibile una rinuncia abdicativa, sostiene che *quest'ultimo istituto – salve le controversie rimesse all'esame del giudice civile – non possa essere ravvisato qualora sia applicabile l'art. 42-bis del TUEs*. Questa disposizione, infatti, avrebbe esaurito la disciplina della fattispecie, con una normativa completa ed autosufficiente, rispetto alla quale non dovrebbero rilevare prassi ulteriori, limitative dell'applicazione della legge.

Il ragionamento dell'Adunanza Plenaria prende le mosse dal vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha portato – in assenza di espressa positivizzazione – all'affermazione pretoria dell'ammissibilità dell'istituto della rinuncia abdicativa nel nostro ordinamento. Sul punto, ampia giurisprudenza, anche amministrativa, ne ammette l'esistenza (cfr. *ex multis* CGA 25 maggio 2009 n. 486; Cons. St. sez. IV 20 aprile 2018 n. 2396) sulla scorta degli aspetti favorevoli che, sul piano pratico, tale linea ricostruttiva presenta per il privato espropriato. Inoltre, questo istituto, valorizzando il principio di concentrazione della tutela e di ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost., offrirebbe ampie garanzie di compensazione integrale del bene perduto dal privato tramite il risarcimento.

L'Adunanza Plenaria, nell'esercizio del ruolo nomofilattico, ha operato un sostanziale *overruling* del diritto vivente ritenendo che l'ipotesi ricostruttiva dell'istituto, quanto al caso in esame, non potesse essere condivisa.

Difatti, questa ipotesi si espone ad un triplice ordine di limiti che concernono: lo svolgimento della vicenda traslativa in capo all'autorità espropriante; la qualificabilità della rinuncia come atto implicito; la base legale dell'istituto.

In ordine al primo punto, se da un lato l'atto abdicativo è astrattamente idoneo a produrre la perdita della proprietà da parte del privato espropriato, non è in realtà astrattamente idoneo a determinare l'acquisto in capo all'autorità espropriante. Difatti, riferendosi all'art. 827 c.c., come base normativa della vicenda traslativa, si determinerebbe un acquisto a titolo originario – e non derivativo – in capo allo Stato e non all'autorità espropriante.

Con riferimento al secondo punto, il Supremo Consesso rileva come la rinuncia si ponga al di fuori della teorica degli atti impliciti che concerne esclusivamente atti amministrativi e non privati. Peraltro, ad avviso del Consiglio di Stato, non si vede come da una domanda risarcitoria si possa desumere *implicitamente* la rinuncia del privato al bene, anche a fronte della pluralità degli strumenti che l'ordinamento fornisce.

Con riferimento al terzo punto, la Plenaria rileva come la proprietà privata, riconosciuta e garantita dalla legge ai sensi degli artt. 2, 3 e 42 Cost., possa essere espropriata esclusivamente per motivi di interesse generale e nei casi previsti dalla legge. In quanto istituto pretorio, la rinuncia abdicativa non è qualificabile come istituto di diritto positivo.

A dirimere il nodo gordiano soccorre la normativa dettata in tema di occupazione *sine titulo* da parte della PA dettata dall'art. 42-bis d.P.R. n.327/2001.

L'art. 42-bis prevede che l'Autorità che utilizza *sine titulo* un bene immobile per scopi di interesse pubblico, dopo aver valutato, con un procedimento d'ufficio, gli interessi in conflitto, è tenuta ad adottare un provvedimento conclusivo del procedimento con cui scegliere se acquisire il bene o restituirlo, al fine di adeguare la situazione di diritto a quella di fatto.

In considerazione del dettato dell'art. 42-bis che impone l'esercizio di un potere discrezionale da parte della Pubblica Amministrazione che può decidere se apprendere o restituire il bene, appare evidente come la volontà del privato sia aliena rispetto alla vicenda traslativa.

Al più la scelta di apprensione del bene potrà essere effettuata, per il caso di inerzia della PA, dal commissario ad acta nominato in esito a giudizio, a seguito di un procedimento volto alla ponderazione degli interessi.

Inoltre, l'Adunanza precisa come la domanda solo risarcitoria, astrattamente accoglibile dal G.A., determina necessariamente l'accertamento dell'illegittimità della procedura espropriativa e la scelta da parte del privato di un rimedio fornito dall'ordinamento.

Poiché la legge indica gli effetti dell'accertata illegittimità, in questa ipotesi non si realizza il trasferimento, ma il bene va restituito. Dal canto suo, l'amministrazione è tenuta a valutare se procedere alla restituzione del bene previa riduzione in pristino o ad acquisire il bene nel rispetto dei dettami dell'articolo 42-bis TUEs.

Ne segue pertanto che il privato può partecipare al procedimento o concludere con l'Amministrazione un contratto traslativo, ma non può essergli attribuita la scelta dell'acquisizione o della restituzione che resta nella discrezionalità della PA. Ciò è tanto più vero considerato che il giudice, per il caso di inerzia, può limitarsi alla nomina di un commissario *ad acta*.

In considerazione delle richiamate argomentazioni pertanto il Consiglio di Stato riunito in Adunanza Plenaria ha enunciato il seguente principio di diritto:

“per le fattispecie disciplinate dall'art. 42-bis TUEs, l'illecito permanente dell'Autorità viene meno nei casi da esso previsti (l'acquisizione del bene o la sua restituzione), salva la conclusione di un contratto traslativo tra le parti di natura transattiva e la rinuncia abdicativa non può essere ravvisata”.

La configurabilità della “rinuncia abdicativa” nel procedimento espropriativo

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 20 gennaio 2020, n. 4)

“[...] [L]a Sezione rimettente [...] in sintesi rileva che: l’art. 42-*bis* prevede che l’autorità, che utilizza *sine titulo* un bene immobile per scopi di interesse pubblico (con ciò perpetrando un illecito permanente), deve valutare con un provvedimento da emanare d’ufficio (e che può essere sollecitato dalla parte in caso di inerzia) “gli interessi in conflitto”, adottando un provvedimento conclusivo con cui sceglie se acquisire il bene o restituirlo; in altri termini, la richiamata disciplina obbliga l’amministrazione occupante all’esercizio del potere di natura discrezionale in ordine alla scelta finale da compiere all’esito della valutazione dei contrapposti interessi, ma esclude che il giudice possa decidere sulla sorte del bene nel giudizio di cognizione promosso dal proprietario e, a maggior ragione, che sia quest’ultimo a poter decidere attraverso la dichiarazione unilaterale di averlo perso o di volerlo perdere o di richiederne il controvalore o di rinunciare (implicitamente o espressamente) al diritto di proprietà [...].

[...]

[...] [L]e questioni rimesse a questa Adunanza plenaria [...] possono articolarsi nei seguenti quesiti:

(i) se la tesi che riconosce al proprietario del bene illegittimamente occupato e trasformato dalla pubblica amministrazione la facoltà di rinunciare al diritto di proprietà e di chiedere il risarcimento per equivalente del danno da perdita della proprietà, con l’effetto di determinare la cessazione dell’illecito permanente di occupazione *sine titulo*, sia compatibile con l’istituto delineato dall’art. 42-*bis* d.P.R. n. 327/2001, che si colloca nel settore ordinamentale speciale delle espropriazioni per pubblica utilità;

(ii) se una siffatta rinuncia abdicativa possa, in linea generale, ritenersi implicita nella domanda risarcitoria per equivalente proposta in sede giudiziale (sempre, s’intende, con riferimento al danno da perdita della proprietà, attraverso la richiesta di un risarcimento che, quale posta principale, comprenda il valore venale del bene).

[...]

16.2.1. In primo luogo, va rilevato che la trasposizione della figura negoziale della rinuncia abdicativa dall’ambito privatistico al settore dell’espropriazione per pubblica utilità [...] genera un’irrazionalità amministrativa di tipo funzionale, in quanto lascia ‘aperta’ e irrisolta la questione dell’effetto acquisitivo in favore della pubblica amministrazione.

Occorre, al riguardo, precisare che, in linea generale, i provvedimenti ablativi del diritto di proprietà (quale che sia il loro regime, ordinario o speciale) danno luogo ad un effetto privativo in capo al privato e, correlativamente, ad un effetto acquisitivo in capo all’amministrazione, essendo circolarmente l’uno conseguenza dell’altro (a prescindere dalla ricostruzione delle singole fattispecie espropriative come acquisti a titolo derivativo in senso stretto, o meno). Spezzare il nesso tra effetto privativo ed effetto acquisitivo significa privare la vicenda espropriativa della sua causa giuridica. Ebbene, come sopra esposto [...], nel contesto dell’orientamento affermativo dell’ammissibilità della rinuncia abdicativa quale strumento alternativo di tutela del privato leso dall’occupazione illegittima in funzione della domanda risarcitoria per equivalente del danno da perdita della proprietà, non è mai stata fornita una so-

luzione certa e univoca in ordine all'individuazione del *titulus* e del *modus acquirendi* del diritto di proprietà in capo all'amministrazione occupante obbligata al risarcimento dei danni.

[...]

16.2.2. In secondo luogo, s'impone il rilievo che l'evento della perdita della proprietà è un elemento costitutivo del fatto illecito produttivo del danno.

Aderendo alla tesi della rinuncia abdicativa, l'evento dannoso (perdita della proprietà) verrebbe cagionato dallo stesso danneggiato, in contrasto con i principi che presiedono all'illecito aquiliano, che esigono un rapporto di causalità diretta tra evento dannoso e comportamento del soggetto responsabile, nella specie invece interrotto dalla rinuncia dello stesso danneggiato, la quale soltanto – secondo la tesi all'esame – determina l'effetto della perdita.

Né tale rilievo appare superabile con l'obiezione per cui il proprietario verrebbe 'costretto' ad abdicare in quanto con l'occupazione gli sarebbe rimasto un bene totalmente privo di utilità, sicché sarebbe l'irreversibile trasformazione del fondo da parte dell'amministrazione ad averne causato la perdita: infatti, per un verso, in caso di contestazione s'imporrebbe la necessità di (spesso complessi) accertamenti giudiziari sul grado di trasformazione del fondo idoneo a giustificare l'atto abdicativo, dall'esito per definizione incerto [...] e, per altro verso, attraverso la riconduzione causale della perdita del bene alla sua occupazione e trasformazione *sine titulo* da parte dell'amministrazione si (re)introdurrebbe una forma di espropriazione indiretta in contrasto con i canoni della CEDU. Se, invece, la determinazione circa la rinuncia abdicativa fosse rimessa alla libera e insindacabile (sotto il profilo causale) scelta del proprietario – come sotteso alla tesi della sua ammissibilità, quale espressione della libera autodeterminazione del proprietario in ordine al diritto di proprietà sul bene leso dall'occupazione illegittima –, l'applicazione di tale strumento negoziale alle vicende delle occupazioni illegittime contrasterebbe con i richiamati principi civilistici in tema di illecito aquiliano.

16.2.3. Da ultimo, si osserva che la disciplina del procedimento espropriativo speciale *ex art. 42-bis* d.P.R. n. 327/2001 regola, in modo tipico, esaustivo e tassativo, il procedimento di (ri)composizione del contrasto tra l'interesse privato del proprietario e l'interesse generale cui è preordinata l'acquisizione del bene alla mano pubblica comportante la cessazione dell'illecito permanente. L'operatività dell'istituto postula, sul piano logico-giuridico, che la formale titolarità della proprietà risulti ancora in capo al privato (e non sia venuta meno, in tesi, con l'eventuale rinuncia implicita nella proposizione della domanda risarcitoria): infatti, l'adozione dell'atto, unitamente alla liquidazione dell'indennizzo, rappresenta il necessario presupposto per il trasferimento del diritto di proprietà in favore dell'amministrazione.

[...]

Per quanto riguarda l'amministrazione, essa è titolare di una funzione, a carattere doveroso nell'*an*, consistente nella scelta tra la restituzione del bene previa rimessione in pristino e acquisizione ai sensi dell'articolo 42-*bis*; non quindi una mera facoltà di scelta (o di non scegliere) tra opzioni possibili, ma doveroso esercizio di un potere che potrà avere come esito o la restituzione al privato o l'acquisizione alla mano pubblica del bene. Alternative entrambe finalizzate a porre fine allo stato di illegalità in cui versa la situazione presupposta dalla norma.

Quanto al privato – e corrispondentemente all'alternativa posta in termini funzionali all'amministrazione –, la sua facoltà di autodeterminazione resta conformata (sul piano legislativo, *ex art. 42*, secondo e terzo comma, Cost.) nel senso che al medesimo è attribuita la potestà di compulsare la pubblica amministrazione, attraverso una correlativa istanza/diffida, all'esercizio del potere/dovere di porre comunque termine alla situazione di illecito permanente costituita dall'occupazione senza titolo e ricondurla a legalità secondo la seguente alternativa: o adottando il provvedimento di acquisizione sulla base degli stringenti criteri motivazionali delineati dal comma 4 dell'art. 42-*bis*, verso la corresponsione dell'indennizzo parametra-

to ai criteri stabiliti nel precedente comma 1; oppure, in mancanza dell'acquisizione, disponendo la restituzione del bene previa rimessione allo stato pristino [...]. Altre soluzioni, che potevano trovare una spiegazione in presenza di una lacuna legislativa, non sono ipotizzabili, in quanto resterebbe irrisolta la definizione di una base legale certa per l'effetto traslativo della proprietà. Di conseguenza, all'interprete non è consentito più (se mai lo sia stato) di ricorrere all'*analogia iuris* per integrare la fattispecie normativa di diritto amministrativo settoriale in materia espropriativa, quale tassativamente predeterminata dal legislatore, attraverso il ricorso ad un istituto di natura prettamente privatistica, al dichiarato fine di aggiungere un ulteriore strumento di tutela del privato, limitativo e derogatorio all'istituto dell'art. 42-bis. [...]

Concludendo sul punto, preminenti esigenze di sicurezza giuridica, implicanti la prevedibilità, per tutti i soggetti coinvolti (compresa la parte pubblica), della fattispecie ablativa/acquisitiva, non possono che escludere la rilevanza dell'atto unilaterale di rinuncia abdicativa alla proprietà dell'immobile, ai fini della cessazione dell'illecito permanente costituito dall'occupazione *sine titulo* del bene di proprietà privata e della riconduzione della situazione di fatto a legalità.

16.4. Concludendo, in risposta alle questioni rimesse a questa Adunanza plenaria nell'ordinanza di rimessione [...] si deve affermare il seguente principio di diritto: *“Per le fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 42-bis d.P.R. n. 327/2001 la rinuncia abdicativa del proprietario del bene occupato sine titulo dalla pubblica amministrazione, anche a non voler considerare i profili attinenti alla forma, non costituisce causa di cessazione dell'illecito permanente dell'occupazione senza titolo”*.

Nota di Lorenza Pedullà

Il Consiglio di Stato, con un arresto che si pone al crocevia con la materia dei diritti reali, fa definitivamente chiarezza in ordine alla specifica modalità di acquisto alla mano pubblica costituita dalla rinuncia abdicativa del privato, escludendone la percorribilità nel contesto espropriativo.

Al fine di meglio apprezzare le ragioni della decisione, giova premettere qualche considerazione in tema di rinuncia.

Non tutti i diritti soggettivi sono passibili di rinuncia: se non v'è dubbio in ordine alla rinunciabilità dei diritti relativi, la soluzione non è univoca quanto ai diritti assoluti. Mentre infatti i diritti della personalità sono, *inter alia*, irrinunciabili, i diritti reali rappresentano il terreno elettivo della rinuncia, che si declina nelle forme della rinuncia traslativa, dell'abbandono liberatorio e della rinuncia abdicativa.

La prima si configura come la controprestazione di un contratto dispositivo bilaterale, che produce, al contempo, l'effetto di dismissione del diritto reale e di trasmissione dello stesso all'avente causa.

La rinuncia liberatoria, invece, si giustifica in relazione alle obbligazioni *propter rem*, le quali, stante la forte inerenza ad una *res*, si caratterizzano per il fatto che l'individuazione dell'obbligato avviene *per relationem*, *i.e.* in rapporto alla titolarità di un diritto reale; tale rinuncia risponde alla *ratio* di non sopportare più le spese connesse alla *res*, comportando l'effetto liberatorio da tutte le obbligazioni ad essa inerenti.

Da ultimo, la rinuncia (meramente) abdicativa consiste in un negozio giuridico unilaterale, non recettizio, mediante cui un soggetto abdica ad una situazione giuridica di cui è titolare,

senza che da tale volontaria dismissione consegua la traslazione in capo a soggetto diverso della situazione giuridica *de qua*, né l'automatica estinzione della stessa, differenziandosi di tal guisa dalla rinuncia traslativa, alla luce del difetto della componente traslativo-derivativa dell'acquisto e della natura contrattuale.

Chiamata a stabilire se l'illecito permanente costituito dall'esproprio illegittimo della p.a. venga meno solo nei casi previsti *ex art. 42 bis*, D.P.R. n. 327/2001 (l'acquisizione del bene o la sua restituzione) – salva la stipula di un contratto traslativo tra le parti – e “*se, pertanto, la rinuncia abdicativa, salve le questioni concernenti le controversie all'esame del giudice civile, non può essere ravvisata quando sia applicabile l'art. 42 bis*”, l'Adunanza Plenaria ha in *primis* perimetrato il campo di indagine della questione, che non si estende alla ammissibilità in termini generali della rinuncia abdicativa, pacificamente riconosciuta in dottrina, anche alla luce di una “*serie di indici normativi*”, quali gli artt. 827, 923, 1350 n. 5) e 2643 n. 5) c.c..

Nondimeno, la Plenaria ha escluso la percorribilità di tale istituto nello specifico ambito espropriativo sulla base di un triplice ordine di ragioni.

Anzitutto, la rinuncia abdicativa darebbe luogo ad una “*irrazionalità amministrativa di tipo funzionale, in quanto lascia 'aperta' e irrisolta la questione dell'effetto acquisitivo in favore della pubblica amministrazione*”: se infatti essa è astrattamente idonea a determinare il profilo dissimulativo della proprietà, non lo è altrettanto sul profilo acquisitivo in capo all'espropriante, poiché l'art. 827 c.c., nel disporre che gli immobili “vacanti” spettano al patrimonio dello Stato, integra una ipotesi di acquisto a titolo originario in capo allo Stato e non all'Autorità espropriante.

Ancora, la Plenaria osserva come l'ammissibilità dell'istituto in parola genererebbe una aporia con il sistema della responsabilità civile; infatti, posto che la perdita della proprietà integra un elemento costitutivo del fatto illecito produttivo del danno, “*aderendo alla tesi della rinuncia abdicativa, l'evento dannoso (perdita della proprietà) verrebbe cagionato dallo stesso danneggiato*”, e ciò risulterebbe fortemente distonico con i principi che presiedono all'illecito aquiliano, che “*esigono un rapporto di causalità diretta tra evento dannoso e comportamento del soggetto responsabile*”.

La terza, assorbente, argomentazione consiste nella assenza di base legale in un ambito, quello espropriativo, che eleva il principio di legalità a baricentro imprescindibile di sistema: la rinuncia abdicativa non rappresenta una delle ipotesi legali che consente *ex art. 42 Cost.* l'espropriazione, né una delle modalità di acquisto della proprietà.

In proposito, infatti, non può ritenersi che la norma in questione possa essere rappresentata dall'art. 42 *bis*, D.P.R. 327/2001, che invece “*regola, in modo tipico, esaustivo e tassativo*” il provvedimento di acquisizione c.d. “sanante” per il caso di utilizzazione *sine titulo* del bene da parte della p.a., provvedimento che “*postula, sul piano logico-giuridico, che la formale titolarità della proprietà risulti ancora in capo al privato*”. Infatti, conclude nitidamente la Plenaria, altre soluzioni “*non sono ipotizzabili, in quanto resterebbe irrisolta la definizione di una base legale certa per l'effetto traslativo della proprietà*”, sicché non è consentito “*ricorrere all'analogia iuris per integrare la fattispecie normativa di diritto amministrativo settoriale in materia espropriativa, quale tassativamente predeterminata dal legislatore, attraverso il ricorso ad un istituto di natura prettamente privatistica*” e ciò al fine di attribuire al privato una ulteriore forma di tutela, derogatoria dell'art. 42 *bis*.

In conclusione, la sentenza in commento mette a fuoco l'ineludibile esigenza di ricondurre entro i binari della legalità l'azione della p.a. nel procedimento espropriativo, evitando il riconoscimento di modalità in base alle quali il passaggio della proprietà alla mano pubblica avvenga sulla base di un fatto illecito, non dissimilmente dalla occupazione acquisitiva ed usurpativa, manifestazioni di una prassi patologica che il legislatore ha stigmatizzato proprio mediante l'introduzione dell'art. 42 *bis*.

Circa la possibilità per la P.A. di emanare un atto di imposizione della servitù di passaggio su un'area illegittimamente occupata

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 18 febbraio 2020, n. 5)

“La Corte Costituzionale, con sentenza 30 aprile 2015, n. 71, nello scrutinarne la legittimità costituzionale, ha affermato come l'art. 42 bis [DPR 327/2001], *“ha certamente reintrodotta la possibilità, per l'amministrazione che utilizza senza titolo un bene privato per scopi di interesse pubblico, di evitarne la restituzione al proprietario (e/o la riduzione in pristino stato), attraverso un atto di acquisizione coattiva al proprio patrimonio indisponibile. Tale atto sostituisce il regolare procedimento ablativo prefigurato dal T.U. sulle espropriazioni, e si pone, a sua volta, come una sorta di procedimento espropriativo semplificato, che assorbe in sé sia la dichiarazione di pubblica utilità, sia il decreto di esproprio, e quindi sintetizza uno actu lo svolgimento dell'intero procedimento, in presenza dei presupposti indicati dalla norma [...]”*.

In definitiva, secondo la Corte, ciò che differenzia l'attuale art. 42 bis, dal previgente (e dichiarato costituzionalmente illegittimo) art. 43 è, innanzi tutto, l'esclusione di ogni effetto di “sanatoria”.

Laddove il citato art. 43 prevedeva *“un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che aveva commesso l'illecito, addirittura a dispetto di un giudicato che avesse disposto il ristoro in forma specifica del diritto di proprietà violato”*, l'attuale art. 42 bis consente l'acquisto della proprietà solo con effetto *ex nunc* al momento dell'emanazione del decreto di acquisizione.

A sua volta, l'Adunanza Plenaria, con sentenza 9 febbraio 2016 n. 2, ha affermato, in particolare, quanto segue: sul piano generale, l'art. 42-bis *“configura un procedimento ablatorio sui generis, caratterizzato da una precisa base legale, semplificato nella struttura (uno actu perficitur), complesso negli effetti (che si producono sempre e comunque ex nunc), il cui scopo non è (e non può essere) quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dall'Amministrazione (perché altrimenti integrerebbe una espropriazione indiretta per ciò solo vietata), bensì quello autonomo, rispetto alle ragioni che hanno ispirato la pregressa occupazione contra ius, consistente nella soddisfazione di imperiose esigenze pubbliche, redimibili esclusivamente attraverso il mantenimento e la gestione di qualsiasi opera dell'infrastruttura realizzata sine titulo”*;

- un elemento caratterizzante l'istituto di cui all'art. 42 bis è rappresentato dalla *“impossibilità che l'Amministrazione emani il provvedimento di acquisizione in presenza di un giudicato che abbia disposto la restituzione del bene al proprietario”*;

- non sorge alcun problema (nel senso di un effetto inibitorio collegato al giudicato) *“nel caso in cui il giudicato (amministrativo o civile) disponga espressamente, sic et simpliciter, la restituzione del bene”*;

- nel caso in cui il giudicato si presenta, per effetto dell'assenza di una domanda reipersecutoria, come *“puramente cassatorio, per scelta (e a tutela) del proprietario non si produrrebbe l'effetto inibitorio dell'emanazione del provvedimento ex art. 42-bis”*;

- se, nonostante la proposizione di domanda restitutoria, per svariate ragioni processuali, *“il giudicato continua a non recare la statuizione restitutoria, comunque l’Amministrazione potrà emanare il provvedimento ex art. 42-bis non sussistendo la preclusione inibente d’anziché richiamata”*.

11.4. Alla luce dei principi desumibili dalle sentenze innanzi riportate, può affermarsi, per quel che interessa nella presente sede:

- per un verso, che, perché possa prodursi l’effetto preclusivo derivante dal giudicato restitutorio, occorre che la sentenza preveda espressamente, in accoglimento di una specifica domanda avanzata in tal senso dal ricorrente o dall’attore, la condanna dell’amministrazione alla restituzione del bene;

- per altro verso, che l’effetto preclusivo, in quanto derivante, come si è detto, da una espressa condanna alla restituzione del bene, si realizza con riguardo al provvedimento *ex art. 42 bis*, co. 2, comportante l’acquisizione dello stesso alla proprietà pubblica (in particolare, al patrimonio indisponibile della medesima) e non può, quindi, inibire anche l’adozione del diverso provvedimento di imposizione di servitù, di cui al successivo comma 6.

Quanto a questo secondo aspetto, la sentenza coperta da giudicato in senso sostanziale, *ex art. 2909 c.c.*, fa stato tra le parti, i loro eredi ed aventi causa, nei limiti oggettivi costituiti dai suoi elementi costitutivi, ovvero il titolo della stessa azione (*causa petendi*) e il bene della vita che ne forma oggetto (cd. *petitum* mediato). Appare, dunque, evidente come, se oggetto del *petitum* è il recupero del bene alla piena proprietà e disponibilità del soggetto privato originariamente proprietario, non rientra nell’ambito oggettivo del giudicato, e dunque non si pone in contrasto con lo stesso, un provvedimento che, senza incidere sulla titolarità del bene, imponga sullo stesso *ex novo* (e, quindi, *ex nunc*) una servitù, trattandosi di ipotesi affatto diversa da quella inibita dal giudicato e assolutamente coerente con, e anzi presupponente, il mantenimento della proprietà in capo al privato.

11.4.1 In definitiva [...] *“il giudicato restitutorio (amministrativo o civile), inerente all’obbligo di restituire un’area al proprietario da parte dell’Amministrazione occupante sine titolo, non preclude l’emanazione di un atto di imposizione di una servitù di passaggio sull’area in questione”*, che presuppone il mantenimento del diritto di proprietà in capo al suo titolare.

A tali fini, deve osservarsi per completezza, come il co. 6 dell’art. 42 *bis* (in base al quale *“le disposizioni di cui al presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando è imposta una servitù e il bene continua a essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale”*) non deve essere interpretato solo nel ristretto senso di consentire all’amministrazione l’emanazione di un provvedimento solo quando *“è stata”* imposta una servitù, poi venuta meno.

Deve, invece, ritenersi che, una volta venuto meno il titolo di proprietà del bene (o di sua legittima disponibilità), la pubblica amministrazione, alla quale è riconosciuto il potere di avvalersi dell’art. 42 *bis*, DPR 327/2001, in considerazione di quanto *“modificato”* sul bene appreso per la realizzazione dell’opera pubblica, può limitare l’esercizio del potere, e, quindi, procedere con limitazioni parziali delle facoltà e/o dei poteri connessi al diritto reale del privato, e dunque emanare decreti di imposizione di servitù, in luogo della piena acquisizione del bene medesimo (con corrispondente perdita dell’altrui diritto di proprietà) [...].”

La sentenza in commento risolve una controversa questione applicativa in ordine all'art. 42-*bis*, D.P.R. n. 327/2001 (T.U. espropri) e, in particolare, in merito alla compatibilità del giudizio restitutorio con la procedura espropriativa, essendo dirimente definire se il giudicato civile sull'obbligo di restituire un'area al proprietario da parte dell'Amministrazione occupante *sine titulo* possa precludere l'emanazione di un atto di imposizione di una servitù di passaggio.

L'art. 42-*bis* del T.U. sopra richiamato disciplina la c.d. acquisizione sanante, contemplando la situazione in cui la P.A. utilizzi senza titolo, per scopi di interesse pubblico, un bene immobile di proprietà altrui, modificato in assenza di un valido provvedimento di esproprio. A tal riguardo, si prevede che l'autorità possa disporre che il bene sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo, a condizione che questo atto acquisitivo costituisca l'*extrema ratio* per soddisfare "*attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico*".

Il giudizio riguarda un contratto di vendita tra soggetti privati ed il Comune, avente ad oggetto un'area in cui quest'ultimo ha edificato alcune opere, in conformità al programma di fabbricazione in vigore. Tale contratto è dichiarato nullo dal giudice civile, con sentenza passata in giudicato, in cui viene, altresì, disposto l'ordine al Comune di immediata restituzione dell'area. In seguito, il Consiglio comunale emana un atto di dichiarazione di pubblica utilità e di imposizione di una servitù di passaggio pedonale e carrabile, ai sensi dell'art. 42-*bis*, D.P.R. n.327/2001. I proprietari dell'area impugnano la delibera comunale dinanzi al TAR, che accoglie il ricorso, annullandola. Propone appello un soggetto controinteressato, la cui attività commerciale subirebbe pregiudizio dalla cessazione dell'uso pubblico dell'area in questione. I motivi di appello concernono la compatibilità tra il giudicato restitutorio e il procedimento *ex art. 42-bis*, censurando la sentenza del giudice di prime cure laddove statuisce che, trattandosi di una vicenda privatistica, un atto amministrativo non potrebbe incidere sulle trattative riguardanti la vendita dell'area. Tale affermazione, infatti, non prende in debita considerazione che l'acquisto *iure privatorum* del bene risulta motivato dalle medesime ragioni di pubblico interesse che fondano il provvedimento ablatorio *ex art. 42-bis* del Comune.

L'Adunanza Plenaria accoglie l'appello, evidenziando la necessità di una preliminare disamina dell'ambito di applicazione dell'art. 42-*bis* anche al di fuori dei casi in cui vi sia stato un procedimento espropriativo. Secondo la sentenza impugnata, l'art. 42-*bis* riguarda solo le vicende in cui la P.A. agisce in veste di autorità e non anche quando il rapporto fra il privato e la stessa si sviluppi a livello privatistico.

Al contrario, la Plenaria statuisce che l'ambito di applicazione dell'art. 42-*bis* si estende a tutti i casi in cui un bene immobile altrui sia utilizzato dalla P.A. per finalità di pubblico interesse, pur in assenza di titolo. Ne discende che i presupposti fondanti il potere di acquisizione siano l'avvenuta modifica del bene immobile nella sua consistenza materiale e la sua utilizzazione per scopi di interesse pubblico, senza che assumano rilievo le circostanze che hanno condotto all'occupazione *sine titulo* e la riconducibilità di queste a vicende di natura privatistica o pubblicistica. In questo senso, la norma in esame svolge il ruolo di "*disposizione di chiusura*" del sistema, predisponendo un rimedio generale per i casi di utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico, senza esser limitata alle ipotesi connesse all'esercizio del potere autoritativo di tipo ablatorio da parte della P.A.

La Plenaria ricorda che l'azione amministrativa si può concretizzare tanto nell'emanazione di provvedimenti, quanto nella sottoscrizione di accordi con i soggetti privati *ex art. 1, L. n. 241/1990*, nei quali la finalità pubblica resta immanente.

Nel caso di specie, il contratto di compravendita del bene, poi dichiarato nullo, si configura come uno strumento attuativo di finalità di pubblico interesse, definite dall'atto di pianificazione urbanistica comunale. Ne deriva che l'*art. 42-bis* risulti applicabile anche nelle ipotesi in cui la P.A. perda la disponibilità del bene a causa dell'invalidità di un contratto, che ha stipulato in alternativa al procedimento espropriativo, ma per la medesima finalità di pubblico interesse.

Sciolto questo nodo "pregiudiziale", la Plenaria procede ad esaminare la questione inerente all'efficacia preclusiva del giudicato civile nei confronti dell'emanazione di un atto di imposizione di una servitù di passaggio.

La soluzione della Plenaria prende le mosse dai principi elaborati dalla giurisprudenza precedente per cui l'effetto preclusivo derivante dalla espressa condanna alla restituzione del bene si realizza con riguardo al provvedimento *ex art. 42-bis, comma 2*, comportante l'acquisizione dello stesso alla proprietà pubblica. Tuttavia, non può inibire anche l'adozione del diverso provvedimento di imposizione di servitù, di cui al successivo comma 6. A tal proposito, occorre considerare che il giudicato copre il *petitum* della sentenza, che consiste nel recupero della piena proprietà del bene. Pertanto, non si pone in contrasto con lo stesso un provvedimento che, senza incidere sulla titolarità del bene, vi imponga *ex nunc* una servitù, diritto reale di godimento che presuppone il mantenimento della proprietà in capo al privato. Per queste ragioni, l'Adunanza Plenaria perviene alla conclusione per cui non possa considerarsi confliggente con un giudicato restitutorio l'esercizio del potere di imposizione di servitù, di cui all'*art. 42 bis, comma 6, D.P.R. n. 321/2001*.

Sulla legittimazione generale degli enti esponenziali in ordine alla tutela degli interessi collettivi dinanzi al giudice amministrativo

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 20 febbraio 2020, n. 6)

“Il fondamento teorico della cd. collettivizzazione dell’interesse diffuso a mezzo della sua identificazione risiede [...] nella individuazione di interessi che sono riferibili ad una collettività o a una categoria più o meno ampia di soggetti (fruitori dell’ambiente, consumatori, utenti, etc.) o in generale a una formazione sociale, senza alcuna differenziazione tra i singoli che quella collettività o categoria compongono, e ciò in ragione del carattere sociale e non esclusivo del godimento o dell’utilità che dal bene materiale o immateriale, a quell’interesse correlato, i singoli possono trarre [...].

4.1. È evidente da questa definizione, che il *discrimen* più complesso da stabilire sia, non quello sul versante dell’interesse legittimo individuale (caratterizzato dall’esclusività del godimento o dell’utilità riconoscibile in capo ai singoli) ma, piuttosto, sul diverso e più generale versante dell’interesse pubblico vero e proprio, la cui cura è rimessa, secondo la tradizionale impostazione, unicamente all’amministrazione sulla base del principio di legalità.

La circostanza che la cura dell’interesse pubblico generale (ad es. all’ambiente) sia rimessa all’amministrazione non toglie, tuttavia, che essa sia soggettivamente riferibile, sia pur indistintamente, a formazioni sociali, e che queste ultime, nella loro dimensione associata, rappresentino gli effettivi e finali fruitori del bene comune della cui cura trattasi. Le situazioni sono infatti diverse ed eterogenee: l’amministrazione ha il dovere di curare l’interesse pubblico e dunque gode di una situazione giuridica capace di incidere sulle collettività e sulle categorie (potestà); le associazioni rappresentative delle collettività o delle categorie invece incarnano l’interesse sostanziale, ne sono fruitrici, e dunque la situazione giuridica della quale sono titolari è quella propria dell’interesse legittimo, *id est*, quella pertinente alla sfera soggettiva dell’associazione, correlata a un potere pubblico, che, sul versante processuale, si pone in senso strumentale ad ottenere tutela in ordine a beni della vita, toccati dal potere riconosciuto all’amministrazione.

[...]

L’Adunanza plenaria [...] ritiene che il percorso compiuto dal legislatore sia stato [...] contraddistinto dalla consapevolezza dell’esistenza di un diritto vivente che, secondo una linea di progressivo innalzamento della tutela, ha dato protezione giuridica ad interessi sostanziali diffusi (ossia condivisi e non esclusivi) riconoscendone il rilievo per il tramite di un ente esponenziale che ne assume statutariamente e non occasionalmente la rappresentanza. [...]

5.2.1. Tralasciando per il momento la materia consumeristica, il legislatore è infatti intervenuto dopo oltre un decennio dall’emersione giurisprudenziale degli interessi collettivi [...] consentendo alle associazioni ambientaliste individuate [...] di “*intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l’annullamento di atti illegittimi*” [...].

A questa ipotesi, speciale *ratione materiae*, si aggiunge la previsione generale di cui all’art. 4, co. 2, l. 11 novembre 2011, n. 180, che riconosce alle associazioni di imprenditori mag-

giormente rappresentative ai diversi livelli territoriali la legittimazione a impugnare gli atti amministrativi lesivi di interessi diffusi.

[...]

7. La concreta questione portata all'attenzione dell'Adunanza, riguarda, tuttavia, un caso concernente la tutela consumeristica che richiede ulteriori approfondimenti in considerazione della sussistenza di peculiari norme di settore.

[...]

7.2. [...] La circostanza che il legislatore sia intervenuto espressamente a disciplinare, in ambito processual-civilistico, un caso di legittimazione straordinaria per la tutela di interessi collettivi non può certamente leggersi come l'epilogo di un generale percorso di delimitazione soggettiva della legittimazione degli enti associativi e di tipizzazione delle azioni esperibili in ogni e qualsiasi altro ambito processuale, come, nello specifico, quello amministrativo.

[...]

Questo processo di espansione delle posizioni giuridiche verso una dimensione collettiva in ambito civilistico consente di spostare avanti la soglia di tutela, affrancandola dal vincolo contrattuale individuale, e di conferire alla stessa una caratteristica inibitoria idonea a paralizzare, ad un livello generale, gli atti e i comportamenti del soggetto privato "forte" suscettibili di ripercuotersi pregiudizievolemente sui diritti collettivi fondamentali dei consumatori. Interessando posizioni giuridiche paritarie, seppur asimmetriche, è chiaro che tale processo non avrebbe potuto inverarsi senza l'emersione positiva di situazioni giuridiche collettive e la tipizzazione delle azioni giuridiche esperibili da parte di un soggetto – quello a base associativa e con funzioni rappresentative [...] – che non sia parte dei rapporti giuridici instaurandi e instauratisi tra il soggetto "forte" e i singoli consumatori.

[...]

8. [...] Deve quindi ritenersi che un'associazione di utenti o consumatori, iscritta nello speciale elenco previsto dal codice del consumo oppure che sia munita dei requisiti individuati dalla giurisprudenza per riconoscere la legittimazione delle associazioni non iscritte, sia abilitata a ricorrere dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità.

La legittimazione, in altri termini, si ricava o dal riconoscimento del legislatore quale deriva dall'iscrizione negli speciali elenchi o dal possesso dei requisiti a tal fine individuati dalla giurisprudenza. [...]

9. Alla luce di quanto sino ad ora argomentato può pertanto formularsi il seguente principio di diritto, in relazione al quesito prospettato:

"Gli enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l'azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un'espressa previsione di legge in tal senso".

[...]

10.2 [...] [Q]uesta Adunanza ritiene che quando vi sia compresenza di interessi collettivi in capo all'ente associativo e di interessi individuali concorrenti, autonomamente azionabili, sia necessario acclarare che l'ente non si sta affiancando alle posizioni individuali di più soggetti nella difesa di un interesse che resta individuale pur se plurisoggettivo – il che potrebbe al più sorreggere una legittimazione al mero intervento – ma sta facendo valere un interesse proprio, di natura collettiva nei termini dianzi evidenziati, che può coesistere con più posizioni individuali.

Tale accertamento non può che essere condotto alla luce dei seguenti punti fermi:

– l’interesse collettivo del quale si è occupata la giurisprudenza, sin qui considerata, è una “derivazione” dell’interesse diffuso per sua natura adespoa, non già una “superfetazione” o una “posizione parallela” di un interesse legittimo comunque ascrivibile anche in capo ai singoli componenti della collettività (sul punto, Consiglio di Stato, Sez V, 12 marzo 2019, n. 1640).

– esso può considerarsi sussistente ove riferito a beni materiali o immateriali a fruizione collettiva e non esclusiva, tenendo comunque presente, in linea generale, che è pur possibile che un provvedimento amministrativo incida al contempo su interessi sia collettivi che individuali, ma che l’associazione è legittimata ad agire solo quando l’interesse collettivo possa dirsi effettivamente sussistente secondo la valutazione che ne fa il giudice;

– la diversità ontologica dell’interesse collettivo (ove accertato secondo il criterio sin qui rappresentato), rispetto all’interesse legittimo individuale, porta ad escludere, in radice, la necessità di un’indagine in termini di omogeneità (oltre che degli interessi diffusi dal quale quello collettivo promana, anche) degli interessi legittimi individuali eventualmente lesi dall’esercizio del potere contestato. Nel senso che se l’interesse collettivo c’è, si tratta di un interesse dell’ente e quindi diventa non pertinente in radice porsi anche il tema dell’omogeneità degli interessi legittimi individuali dei singoli (in tal senso, chiaramente, Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2013, n. 5451). [...]

L’omogeneità dell’interesse diffuso nella comunità o categoria rappresentata è infatti requisito consunzionale dell’interesse collettivo tutelato, inteso quale aggregazione di interessi diffusi oggettivamente assonanti secondo la valutazione che ne fa il giudicante; per converso, l’omogeneità non è requisito che debba riferirsi agli interessi legittimi individuali.

[...]

10.3. Trasferita sul piano pratico, l’affermazione può tradursi nel senso che non è affatto necessario che la tutela dell’interesse collettivo ridondi anche in un materiale ed effettivo vantaggio per tutti i singoli componenti della comunità o della categoria che, in relazione agli atti contestati, vantino un interesse individuale, concreto e qualificato”.

Nota di Domenico Ciaburri

Con la sentenza in commento l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha enunciato il seguente principio di diritto: *“Gli enti associativi esponenziali, iscritti nello speciale elenco delle associazioni rappresentative di utenti o consumatori oppure in possesso dei requisiti individuati dalla giurisprudenza, sono legittimati ad esperire azioni a tutela degli interessi legittimi collettivi di determinate comunità o categorie, e in particolare l’azione generale di annullamento in sede di giurisdizione amministrativa di legittimità, indipendentemente da un’espressa previsione di legge in tal senso”.*

Tale statuizione giunge in risposta ad un’ordinanza di rimessione della Sezione Sesta del Consiglio di Stato, la quale aveva chiesto se, nell’ambito di un giudizio relativo alla legittimità dei provvedimenti attuativi del meccanismo di *bail in* (c.d. salvataggio interno delle banche), potesse riconoscersi la legittimazione ad agire ad un ente esponenziale portatore di interessi diffusi pur in assenza di una espressa previsione legislativa.

Per rispondere al quesito l’Adunanza plenaria ha anzitutto preso atto dell’esistenza di un orientamento che limita la legittimazione attiva degli enti esponenziali ai soli casi espressamente previsti dalla legge.

Tale orientamento fa leva su due argomenti.

Il primo è interpretativo-teleologico: siccome “*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit*”, considerato inoltre che il legislatore ha introdotto nell’ordinamento ipotesi tassative di legittimazione degli enti esponenziali (art. 18 c. 5, l. 349/1986; art. 4 c. 2 l. 180/2011), non può più ritenersi valido quel criterio pretorio, diffusosi in assenza di tali disposizioni, in virtù del quale possono agire in giudizio tutti gli enti esponenziali portatori di interessi omogenei.

Nel caso trattato in sentenza, quanto suesposto varrebbe *a fortiori*. L’ente esponenziale, nella specie, gode per espressa previsione di legge (art. 32 *bis* d.lgs. 58/1998; art. 137 d.lgs. 205/2006) di una legittimazione processuale straordinaria nelle ipotesi degli artt. 139 e 140 del d.lgs. 58/1998.

Il secondo argomento utilizzato dall’orientamento esaminando, riguarda l’art. 81 c.p.c. Si ritiene che quest’ultimo, escludendo la possibilità di agire per diritti altrui, precluderebbe all’ente esponenziale di agire per la tutela dell’interesse legittimo dei suoi consociati.

La sentenza in commento, in accoglimento dell’opposto orientamento, supera entrambe le contestazioni prefate.

In *primis*, si ritiene che l’esistenza di ipotesi legali di legittimazione ad agire non possa tradursi in un affievolimento della tutela del diritto alla difesa (art. 24 Cost.) già riconosciuto in via pretoria a tutti gli enti esponenziali rappresentativi di interessi omogenei. Tali ipotesi non sottenderebbero la *voluntas legis* di tassativizzare, in contrasto con la giurisprudenza, i casi di legittimazione degli enti esponenziali, ma manifesterebbero invece la piena adesione del legislatore agli indirizzi giurisprudenziali espansivi dell’area dei legittimati ad agire.

Di conseguenza, con riguardo al caso specificamente trattato in sentenza, anche gli enti elencati dall’art. 137 del d.lgs. n. 206 del 2005, in presenza dei requisiti richiesti dalla giurisprudenza, potranno agire in giudizio per la tutela di interessi diffusi anche al di fuori delle ipotesi previste *ex lege*.

In secondo luogo, si esclude che l’art. 81 c.p.c. osti alla possibilità che un ente esponenziale agisca in giudizio per la tutela di interessi diffusi. Si ritiene, sul punto, che la legittimazione degli enti esponenziali non si traduca, a ben vedere, nella tutela di interessi altrui ma nella tutela di interessi propri dell’ente stesso. L’ente esponenziale tutela non l’insieme degli interessi individuali dei consociati, ma l’interesse diffuso della categoria, quale interesse autonomo, di per sé adespota, la cui tutela non spetta ai singoli, ma solo all’ente.

Ergo, l’interesse rilevante processualmente di cui è portatore l’ente esponenziale non è, in realtà, altrui, ma proprio dell’ente, poiché non individuale, ma diffuso, anche se attivabile nella forma collettiva.

In conclusione, dunque, la sentenza in esame ribadisce che la legittimazione ad agire spetta agli enti esponenziali anche al di fuori delle ipotesi tassativamente previste *ex lege*. Così, con riguardo al caso trattato, si dovrà dire che gli enti di cui all’art. 132 Cod. Cons. avranno legittimazione anche al di fuori delle ipotesi legali di cui agli artt. 32 *bis*, 139 e 140 del d.lgs. 58/1998.

Il Consiglio di Stato, da ultimo, precisa che in tali casi dovranno comunque sussistere i requisiti dell’effettiva rappresentatività dell’ente e dell’omogeneità degli interessi diffusi tutelati.

Tale omogeneità, peraltro, dovrà misurarsi solo in relazione all’interesse diffuso e non anche in rapporto agli interessi legittimi dei singoli consociati.

Così, ad esempio, con riguardo al caso in esame, la sezione rimettente ha in definitiva ritenuto che, anche ove gli interessi individuali dei soggetti componenti la categoria esponenzialmente rappresentata dall’ente risultassero tra loro in contrasto (come accade tra azionisti, meno tutelati, e correntisti, più tutelati, di una banca risolta nell’ambito di una procedura di

bail in) ciò non escluderebbe di per sé l'omogeneità dell'interesse proprio dell'ente esponenziale quando quest'ultimo sia un interesse diffuso di per sé non confliggente con quelli individuali (come accade quando l'ente esponenziale faccia valere la generica illegittimità dell'intera pratica di *bail in* proponendo soluzioni beneficianti astrattamente sia i correntisti che gli azionisti suddetti).

Sui presupposti per configurare la deroga all'obbligo espulsivo della azienda che non ha dichiarato i costi della sicurezza

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 8)

“[...] La Sezione Quinta, scrutinando le ragioni di appello, preliminarmente rilevava l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in relazione alla valenza immediatamente escludente (a prescindere dal soccorso istruttorio) dell'inosservanza dell'obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza e costi della manodopera di cui all'articolo 95, comma 10, del d.lgs. 50 del 2016, specie nel caso di silenzio sul punto della *lex specialis*.

Pertanto, con ordinanza 25 ottobre 2018 n. 6069 rimetteva a questa Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1 Cod. proc. amm., le seguenti questioni di diritto, oggetto di contrasti giurisprudenziali:

“1) Se, per le gare bandite nella vigenza del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la mancata indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendale determini immediatamente e incondizionatamente l'esclusione del concorrente, senza possibilità di soccorso istruttorio, anche quando non è in discussione l'adempimento da parte del concorrente degli obblighi di sicurezza, né il computo dei relativi oneri nella formulazione dell'offerta, né vengono in rilievo profili di anomalia dell'offerta, ma si contesta soltanto che l'offerta non specifica la quota di prezzo corrispondente ai predetti oneri.

2) Se, ai fini della eventuale operatività del soccorso istruttorio, assuma rilevanza la circostanza che la *lex specialis* richiami espressamente l'obbligo di dichiarare gli oneri di sicurezza”.

Questa Adunanza plenaria [...] formulava alla Corte di giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E. il seguente quesito interpretativo pregiudiziale:

“se il diritto dell'Unione europea (e segnatamente i principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi) ostino a una disciplina nazionale (quale quella di cui agli articoli 83, comma 9, 95, comma 10 e 97, comma 5 del 'Codice dei contratti pubblici' italiano) in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavoratori comporta comunque l'esclusione dalla gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio', pur nell'ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione”.

[...]

Con sentenza della Nona Sezione, 2 maggio 2019, causa C-309/18, la Corte adita si pronunciava sul quesito interpretativo [...]:

“I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere inter-

pretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice."

[...]

3.1. [...] Occorre sottolineare che la questione centrale della vicenda, ossia la possibilità di omettere l'indicazione separata dei costi della manodopera, è stata l'oggetto del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE.

[...]

La stessa decisione della Corte è stata peraltro già impiegata come canone interpretativo per la soluzione di analoghe vicende, sia dalle Sezioni di questo Consiglio di Stato (si veda Cons. Stato, V, 24 gennaio 2020, n. 604; id., V, 10 febbraio 2020 n. 1008) che dal giudice di prime cure (T.A.R. Lazio, 14 febbraio 2020 n. 1994, data nel giudizio che aveva originato quella rimessione alla CGUE).

In queste occasioni, affermata la dichiarata compatibilità con il diritto europeo degli automatismi espulsivi conseguenti al mancato rispetto delle previsioni di cui all'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, le questioni residue sono state rivolte unicamente a delineare la portata dell'eccezione alla regola dell'esclusione automatica, collegata all'accertamento in fatto della possibilità di indicare le voci stesse nei modelli predisposti dall'amministrazione.

Nella vicenda in scrutinio, si delinea lo stesso schema concettuale, atteso che, una volta ritenuta applicabile la citata sentenza della Nona Sezione, 2 maggio 2019, causa C-309/18, non può che evidenziarsi come, nel caso in esame, l'impresa aggiudicataria avesse chiaramente eluso le previsioni dell'art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici.

Infatti, l'aggiudicataria [...] aveva del tutto omesso nella sua offerta economica l'indicazione dei costi della manodopera come previsto dall'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 e dalla *lex specialis*. Solo successivamente, dopo la notifica del ricorso introduttivo da parte della [...] seconda classificata, la stazione appaltante chiedeva all'aggiudicataria, in sede di soccorso istruttorio, chiarimenti in ordine ai "*costi del personale al fine di verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5 lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016*".

Deve quindi ritenersi integrata l'illegittimità evidenziata dall'appellante, stante la mancata attivazione del dovuto meccanismo espulsivo da parte della stazione appaltante.

Per altro verso, rimane da chiarire il tema della riferibilità al caso in esame dell'eccezione alla regola dell'esclusione automatica, quella applicabile quando si ammette il soccorso istruttorio malgrado l'offerta non rechi la separata indicazione dei costi. Va infatti ricordato che la citata sentenza della Nona Sezione, 2 maggio 2019, causa C-309/18, ha demandato al giudice del rinvio di verificare se nel caso di specie "*fosse in effetti materialmente impossibile indicare i costi della manodopera conformemente all'articolo 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici e valutare se, di conseguenza, tale documentazione generasse confusione in capo*

agli offerenti, nonostante il rinvio esplicito alle chiare disposizioni del succitato codice” (punto 30), al fine di fare eventualmente applicazione del soccorso istruttorio.

L’equazione indicata dalla Corte (materiale impossibilità di indicazione come fatto legittimante il soccorso istruttorio) è però nel caso di specie inficiata dagli elementi di fatto, la cui valutazione spetta appunto al giudice nazionale.

Nel caso in questione, infatti, l’appellante [...] ha depositato in giudizio la documentazione della propria offerta, dalla quale si evince come la stessa avesse materialmente rispettato gli oneri dichiarativi di cui all’art. 95, comma 10, del codice dei contratti pubblici, smentendo così *per tabulas* l’esistenza di una situazione impeditiva alla dichiarazione”.

Accesso civico e accesso agli atti nel settore dei contratti pubblici

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 2 aprile 2020, n. 10)

“[...] L’accesso generalizzato, quale via elettiva della trasparenza, soddisfa [...] ampiamente questo diffuso desiderio conoscitivo finalizzato alla garanzia della legalità nei contratti pubblici, che è per così dire la rinnovata e moderna cifra dell’evidenza pubblica non solo nella tradizionale fase dell’aggiudicazione ma anche nell’esecuzione [...].

[...]

33. Argomenti di carattere letterale, teleologico e sistematico [...] depongono [...] nel senso di una accessibilità totale degli atti di gara, seppur sempre nel rispetto degli interessi-limite, pubblici e privati, e delle conseguenti eccezioni relative di cui all’art. 5-*bis*, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013.

34. Occorre tenere conto, tuttavia, delle ulteriori importanti questioni poste dalla V sezione [...].

35. Quanto alla prima questione [...] concernente il delicato bilanciamento tra il valore, fondamentale, dell’accesso e quello, altrettanto fondamentale, della riservatezza, la circostanza che l’accesso possa prevedibilmente soccombere di fronte alle ragioni normativamente connesse alla riservatezza dei dati dei concorrenti non può condurre a un’aprioristica esclusione dell’accesso.

35.1. Tutte le eccezioni relative all’accesso civico generalizzato implicano e richiedono un bilanciamento da parte della pubblica amministrazione, in concreto, tra l’interesse pubblico alla conoscibilità e il danno all’interesse-limite, pubblico o privato, alla segretezza e/o alla riservatezza [...].

35.2. È vero, infatti, che escludere dall’accesso anche generalizzato la documentazione suscettibile di rivelare gli aspetti tecnologici, produttivi, commerciali e organizzativi, costituenti i punti di forza o di debolezza delle offerte nel confronto competitivo, costituisce un obiettivo delle norme in materia di appalti pubblici dell’Unione, e che per conseguire tale obiettivo è necessario che le autorità aggiudicatrici non divulgino informazioni il cui contenuto potrebbe essere utilizzato per falsare la concorrenza, (Trib. I grado UE, sez. II, 29 gennaio 2013, in T-339/10 e in T-532/10 nonché Corte Giust UE, sez. III, 14 febbraio 2008, in C-450/06).

35.3. E tuttavia questo obiettivo può e deve essere conseguito appunto, in una equilibrata applicazione del limite previsto dall’art. 5-*bis*, comma 2, lett. c), del d. lgs. n. 33 del 2013, secondo un canone di proporzionalità, proprio del test del danno (c.d. harm test), che preservi il *know-how* industriale e commerciale dell’aggiudicatario o di altro operatore economico partecipante senza sacrificare del tutto l’esigenza di una anche parziale conoscibilità di elementi fattuali, estranei a tale *know-how* o comunque ad essi non necessariamente legati [...].

35.4. Va ribadito – concludendo sul punto – che ciò che distingue le eccezioni relative dalle eccezioni assolute è proprio il fatto che non sussista a monte, nella scala valoriale del legislatore, una priorità ontologica o una prevalenza assiologica di alcuni interessi rispetto ad altri, sicché è rimesso all’amministrazione effettuare un adeguato e proporzionato bilanciamento degli interessi coinvolti.

36. [...] [N]on persuade nemmeno l'argomento secondo cui notevole sarebbe l'aumento dei costi di gestione del procedimento di accesso, da parte delle singole pubbliche amministrazioni, aumento che, in una prospettiva di diffusa applicazione dell'accesso civico generalizzato anche ai contratti pubblici, necessiterebbe di apposita disposizione di legge.

36.1. Se il nostro ordinamento ha ormai accolto il c.d. modello FOIA non è l'accesso pubblico generalizzato degli atti a dover essere, ogni volta, ammesso dalla legge, ma sono semmai le sue eccezioni a dovere rinvenire un preciso, tassativo, fondamento nella legge.

36.2. Non deve nemmeno essere drammatizzato l'abuso dell'istituto, che possa condurre a una sorta di eccesso di accesso.

[...]

36.5. Il diritto di accesso civico generalizzato, se ha un'impronta essenzialmente personalistica, quale esercizio di un diritto fondamentale, conserva una connotazione solidaristica, nel senso che l'apertura della pubblica amministrazione alla conoscenza collettiva è funzionale alla disponibilità di dati di affidabile provenienza pubblica per informare correttamente i cittadini ed evitare il propagarsi di pseudoconoscenze e pseudoscienze a livello diffuso, in modo – come è stato efficacemente detto – da «*contribuire a salvare la democrazia dai suoi demoni, fungendo da antidoto alla tendenza [...] a manipolare i dati di realtà*».

36.6. Sarà così possibile e doveroso evitare e respingere: richieste manifestamente onerose o sproporzionate e, cioè, tali da comportare un carico irragionevole di lavoro idoneo a interferire con il buon andamento della pubblica amministrazione; richieste massive uniche [...].

[...]

37.1. La circostanza che l'interessato non abbia un interesse diretto, attuale e concreto ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, non per questo rende inammissibile l'istanza di accesso civico generalizzato, nata anche per superare le restrizioni imposte dalla legittimazione all'accesso documentale.

37.2. Non si deve confondere da questo punto di vista la *ratio* dell'istituto con l'interesse del richiedente, che non necessariamente deve essere altruistico o sociale né deve sottostare ad un giudizio di meritevolezza, per quanto, come detto, certamente non deve essere pretestuoso o contrario a buona fede.

37.3. Ciò che va tutelato è l'interesse alla conoscenza del dato e questa conoscenza non può essere negata, anche ai sensi del considerando n. 122 della richiamata direttiva, anche e anzitutto all'operatore economico del settore [...].

38. L'Adunanza plenaria, conclusivamente, enuncia, sulle questioni poste, i seguenti principi di diritto, anche ai sensi dell'art. 99, comma 5, c.p.a.:

a) la pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento;

b) è ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22 della l. n. 241 del 1990, e una conseguente legittimazione, ad avere accesso agli atti della fase esecutiva di un contratto pubblico da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della gra-

duatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale;

c) la disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d. lgs. n. 50 del 2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis del d. lgs. n. 33 del 2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della l. n. 241 del 1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza”.

Nota di Marco Coletta

Con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 10/2020, il Consiglio di Stato ha affrontato il tema dell'applicabilità dell'accesso civico generalizzato nel settore dei contratti pubblici, pronunciandosi, tra l'altro, sul seguente quesito: *“se la disciplina dell'accesso civico generalizzato [...] sia applicabile, in tutto o in parte, in relazione ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni disciplinate dal codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva, ferme restando le limitazioni ed esclusioni oggettive previste dallo stesso codice”*.

Con riferimento a detta questione sono emersi in giurisprudenza orientamenti contrastanti, in considerazione di un quadro normativo per alcuni aspetti perplesso, che di seguito si richiama brevemente.

L'accesso civico generalizzato, com'è noto, è stato introdotto nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 97/2016, il quale, modificando l'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 33/2013, ha previsto il diritto per chiunque di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo, nell'ottica della trasparenza amministrativa. Detto diritto, d'altra parte, è stato sottoposto ad una serie di limiti dallo stesso legislatore, il quale ha previsto all'art. 5-bis, co. 3, d.lgs. n. 33/2013, l'esclusione dell'accesso civico nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieto di accesso previsti dalla legge, *“ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990”*. Il senso di quest'ultimo inciso – vale a dire, l'individuazione di specifiche condizioni, modalità o limiti che escludono l'esercizio del predetto diritto – è alla base della questione risolta dall'Adunanza plenaria.

Si deve tener presente, invero, che l'art. 53, co. 1, d.lgs. n. 50/2016, prevede nel settore dei contratti pubblici un regime speciale per l'esercizio del diritto di accesso, stabilendo che l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti è disciplinato dagli artt. 22 ss. l. n. 241/1990, salvo quanto previsto dallo stesso Codice. La disposizione individua, inoltre, i casi in cui il diritto di accesso è differito (co. 2) ovvero escluso (co. 5). Più in particolare, le ipotesi di differimento temporale sono previste al fine di evitare che l'ostensione di alcuni atti o documenti prima di un certo termine possa alterare il corretto svolgimento della gara e la regolare competizione tra i concorrenti (è il caso, ad esempio, delle offerte presentate dai concorrenti in gara, per le quali l'accesso è differito fino

all'aggiudicazione). Quanto alle ipotesi di esclusione dell'accesso, queste sono previste, in alcuni casi, con l'obiettivo di preservare il diritto di difesa dell'amministrazione; in altri casi, al fine di tutelare la proprietà intellettuale dei concorrenti o della stazione appaltante su determinate informazioni e soluzioni tecniche.

A fronte di detta disciplina speciale si è posto il problema di definire il rapporto tra l'accesso civico generalizzato e l'accesso documentale nella materia dei contratti pubblici, tenuto conto del disposto di cui all'art. 5-bis, co. 3, d.lgs. n. 33/2013 che, come visto, esclude l'accesso civico generalizzato nei casi in cui siano previste specifiche condizioni, modalità o limiti per l'esercizio dell'accesso.

Sul punto, l'Adunanza plenaria, pur riconoscendo l'”*infelice formulazione*” dell'art. 5-bis, co. 3 cit., in ordine all'individuazione dei c.d. casi di esclusione, evidenzia che *“la disposizione non può invero esser intesa nel senso di esentare dall'accesso generalizzato interi ambiti di materie per il sol fatto che esse prevedano casi di accesso limitato e condizionato, compresi quelli regolati dalla l. n. 241 del 1990, perché, se così fosse, il principio di specialità condurrebbe sempre all'esclusione di quella materia dall'accesso, con la conseguenza, irragionevole, che la disciplina speciale o, addirittura, anche quella generale dell'accesso documentale, in quanto e per quanto richiamata per relationem dalla singola disciplina speciale, assorbirebbe e “fagociterebbe” l'accesso civico generalizzato”*.

Insomma, al di là dei casi di segreto di Stato e degli altri previsti da leggi settoriali (es. il segreto bancario ex art. 7, d.lgs. n. 385/1993; il segreto militare ex r.d. n. 161/1941 etc.), il rapporto tra la disciplina dell'accesso civico generalizzato e dell'accesso documentale non può essere risolto in base al criterio di specialità, *“ma secondo un canone ermeneutico di completamento/inclusione, in quanto la logica di fondo sottesa alla reazione tra le discipline non è quella della separazione, ma quella dell'integrazione dei diversi regimi, pur nelle loro differenze”*.

Sulla base di dette premesse, l'Adunanza plenaria è giunta a ritenere che la disciplina contenuta nell'art. 53, d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui prevede specifici limiti per l'esercizio dell'accesso documentale, *“non può comportare ex se l'esclusione dell'intera materia dall'applicazione dell'accesso civico generalizzato, che riacquista la sua naturale vis espansiva una volta venute meno le ragioni che giustificano siffatti limiti, condizioni o modalità di accesso”*. E ciò, anche in considerazione della natura dell'accesso civico generalizzato, che assurge ormai a diritto fondamentale e rappresenta una precondizione per l'esercizio di altri diritti fondamentali.

In conclusione, secondo il Consiglio di Stato non è possibile affermare che l'accesso agli atti di gara costituisca un microcosmo normativo compiuto e chiuso, in quanto è proprio con riferimento ai contratti pubblici che le esigenze di trasparenza assumono una più pregnante connotazione.

Sulla decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 2 luglio 2020, n. 12)

“Con l’ordinanza di rimessione [...], la Sezione Quinta ha osservato che le questioni controverse tra le parti riguardano l’individuazione:

a) delle forme e delle modalità delle comunicazioni dell’atto di aggiudicazione di un appalto;

b) della data di inizio della decorrenza del termine per impugnare tale atto;

c) dei casi in cui rilevi la sua piena ed effettiva conoscenza, quando ne manchi la formale comunicazione.

[...]

23. Innanzitutto, va rimarcato come il legislatore non abbia modificato l’art. 120, comma 5, del c.p.a., per quanto riguarda il suo richiamo all’art. 79 del ‘primo codice’, il quale – come si è sopra osservato – ha dato rilievo ad una ‘data oggettivamente riscontrabile’, da individuare in considerazione degli incombenti formali cui è tenuta *ex lege* l’Amministrazione aggiudicatrice e del rispetto della regola della diligenza cui è tenuta l’impresa interessata.

[...] [L]e incongruenze conseguenti al mancato coordinamento del ‘secondo codice’ con l’art. 120, comma 5, del c.p.a. si possono allora superare ritenendo che non vi è stato il necessario coordinamento del richiamo effettuato dal medesimo comma 5: il riferimento alla formalità previste dall’art. 79 del ‘primo codice’ deve ora intendersi effettuato alle formalità previste dall’art. 76 del ‘secondo codice’.

[...]

25. Ritiene l’Adunanza Plenaria che – a seguito della mancata riproduzione nel ‘secondo codice’ di specifiche disposizioni sull’accesso informale agli atti di gara – rilevano le disposizioni generali sull’accesso informale, previste dall’art. 5 del regolamento approvato con il d.P.R. n. 184 del 2006. [...]

25.2. L’Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all’impresa interessata di accedere agli atti, sicché – in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti) – va ribadito quanto già affermato dalla giurisprudenza [...], per la quale, qualora l’Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l’accesso o impedisca con comportamenti dilatori l’immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l’impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l’interessato li abbia conosciuti.

26. [...] [R]ileva anche l’art. 29, comma 1, ultima parte, del ‘secondo codice’, per il quale “*i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente*”.

L’impresa interessata – che intenda proporre un ricorso – ha l’onere di consultare il ‘*profilo del committente*’, dovendosi desumere la conoscenza legale degli atti dalla data nella quale ha luogo la loro pubblicazione con i relativi allegati (data che deve costantemente risultare dal sito).

27. In considerazione dell’immutato testo dell’art. 120, comma 5, del c.p.c., degli articoli 29, comma 1, e 76 del ‘secondo codice’, nonché dell’art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006, ritiene

l'Adunanza Plenaria che per determinare il *dies a quo* per l'impugnazione va riaffermata la perdurante rilevanza della 'data oggettivamente riscontrabile', cui ancora si riferisce il citato comma 5.

La sua individuazione, dunque, continua a dipendere dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla '*informazione*' e alla '*pubblicazione*' degli atti, nonché dalle iniziative dell'impresa che effettui l'accesso informale con una '*richiesta scritta*', per la quale sussiste il termine di quindici giorni previsto dall'art. 76, comma 2, del 'secondo codice', applicabile per identità di *ratio* anche all'accesso informale.

28. Le considerazioni che precedono sono corroborate dall'esame dell'art. 2 *quater* della direttiva n. 665 del 1989 e della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

28.1. L'art. 2 *quater* della direttiva n. 665 del 1989 ha disposto che il termine '*per la proposizione del ricorso*' – fissato dal legislatore nazionale – comincia '*a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'Amministrazione aggiudicatrice è stata inviata al partecipante alla gara, accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti*'.

Da tale disposizione, si desume che la direttiva ha fissato proprio il principio posto a base dapprima dell'art. 245 del 'primo codice' e poi dell'art. 120, comma 5, del c.p.a., e cioè che la decorrenza del termine di impugnazione dipenda dall'accertamento di una 'data oggettivamente riscontrabile', riconducibile al rispetto delle disposizioni sulle informazioni dettagliate, spettanti ai partecipanti alla gara.

28.2. Inoltre, come ha evidenziato l'ordinanza di rimessione, in sede di interpretazione dell'art. 1, § 1, della direttiva n. 665 del 1989, la Corte di Giustizia ha evidenziato che:

- i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento cominciano a decorrere solo quando "*il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione*" [...];

- una possibilità, come quella prevista dall'articolo 43 del decreto legislativo n. 104/2010, di sollevare «*motivi aggiunti*» nell'ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva.

[...]

28.3. Anche l'art. 2 *quater* della direttiva n. 665 del 1989 e tale giurisprudenza inducono a ritenere che la sopra riportata normativa nazionale vada interpretata nel senso che il termine di impugnazione degli atti di una procedura di una gara d'appalto non può che decorrere da una data ancorata all'effettuazione delle specifiche formalità informative di competenza della Amministrazione aggiudicatrice, dovendosi comunque tenere conto anche di quando l'impresa avrebbe potuto avere conoscenza degli atti, con una condotta ispirata alla ordinaria diligenza.

[...]

30. I principi che precedono risultano conformi alle 'esigenze di celerità dei procedimenti di aggiudicazione di affidamenti di appalti pubblici', sottolineate dall'ordinanza di rimessione.

Tali esigenze:

- sono state specificamente valutate dal legislatore in sede di redazione dapprima dell'art. 245 del 'primo codice' (come modificato dal d.lg. n. 53 del 2010) e poi dell'art. 120, commi 1 e 5, del c.p.a. [...];

- sono concretamente soddisfatte – anche nell'ottica della applicazione dell'art. 32, comma 9, del 'secondo codice' sullo *stand still* – in un sistema nel quale le Amministrazioni aggiudicatrici rispettino i loro doveri sulla trasparenza e sulla pubblicità, previsti dagli articoli 29 e 76 del 'secondo codice', fermi restando gli obblighi di diligenza ricadenti sulle imprese, di con-

sultare il ‘*profilo del committente*’ ai sensi dell’art. 29, comma 1, ultima parte, dello stesso codice e di attivarsi per l’accesso informale, ai sensi dell’art. 5 del d.P.R. n. 184 del 2006, da considerare quale ‘normativa di chiusura’ [...].

31. L’ordinanza di rimessione ha posto anche una ulteriore specifica questione [...], sul se il ‘principio della piena conoscenza o conoscibilità’ [...] si applichi anche quando l’esigenza di proporre il ricorso emerga dopo aver conosciuto i contenuti dell’offerta dell’aggiudicatario o le sue giustificazioni rese in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta.

Ritiene l’Adunanza Plenaria che [...] si applichi anche in tale caso [...].

Poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso ‘al buio’ [*in abstracto*], nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell’art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a.], cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti.

[...]

32. [...] [L]’Adunanza Plenaria ritiene di affermare i seguenti principi di diritto: a) il termine per l’impugnazione dell’aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell’art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;

c) le informazioni previste, d’ufficio o a richiesta, dall’art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;

d) la proposizione dell’istanza di accesso agli atti di gara comporta la ‘dilazione temporale’ quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l’offerta dell’aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell’ambito del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta;

e) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, ex art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;

f) sono idonee a far decorrere il termine per l’impugnazione dell’atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati [...]”.

Nota di Vincenzo D’Avino

La pronuncia in parola rappresenta una pietra miliare per la disciplina del rito speciale di cui agli artt. 120 e ss. c.p.a.

La vicenda fattuale da cui è occasionata la decisione riguarda una procedura di gara volta all’aggiudicazione del servizio di pulizia degli uffici di una società pubblica: il giudizio innanzi al T.A.R. Lazio si è concluso con la dichiarazione di improcedibilità del ricorso, poiché notificato il trentottesimo giorno successivo alla pubblicazione dell’atto di aggiudicazione sul portale telematico ove si è svolta la gara.

La *quaestio iuris* è particolarmente controversa, tanto che il Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la risoluzione di una serie di quesiti, così sintetizzabili: qual è il *dies a quo* da cui inizia a decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di una gara d'appalto?

La risposta offerta dall'Adunanza Plenaria parte dal combinato disposto degli artt. 41, comma 2 e 120, comma 5 c.p.a., che fissano in trenta giorni il termine decadenziale per proporre l'azione di annullamento; senonché, se prima dell'introduzione del codice del processo amministrativo (D. Lgs. n. 104/2010) la giurisprudenza riteneva che esso termine decorresse *“dalla comunicazione della aggiudicazione o dalla conoscenza della sua portata lesiva”*, il D. Lgs. n. 104/2010 ha ritenuto necessario individuare una *“data oggettivamente riscontrabile”*, rintracciabile nel momento della *“ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163”* ovvero in quello della pubblicazione del bando di gara.

Sin dall'entrata in vigore del citato D. Lgs. è emerso il problema dell'impugnazione degli atti di gara con portata lesiva non immediatamente riscontrabile dal ricorrente, tanto da far sorgere in capo a quest'ultimo la necessità di accedere ad altri documenti della procedura: in questi casi, la giurisprudenza ha ritenuto utile aumentare il termine di 30 giorni di ulteriori 10, come fissati dal già citato art. 79 D. Lgs. n° 163/2006; solo nel caso in cui la Stazione Appaltante avesse tenuto un comportamento dilatorio, il *dies a quo* avrebbe potuto essere individuato in quello dell'effettiva esibizione dei documenti richiesti.

Ciononostante, il quadro normativo ha subito una drastica modifica a causa dell'introduzione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. n. 50/2016): per quel che qui rileva, avendo abrogato il vecchio Codice, è venuta meno l'intera disciplina dell'accesso agli atti – e delle conseguenti tutele giurisdizionali – posta dall'art. 79.

In relazione alla corretta interpretazione dell'art. 120, comma 5 c.p.a. – che continua a riferirsi ad un articolo ormai abrogato – la giurisprudenza amministrativa ha subito una scissione: una parte si è attenuta al precedente orientamento, rideterminando la dilazione temporale per concludere l'accesso agli atti in 15 giorni e mantenendo ferma l'interpretazione in tutti i casi di comportamenti dilatori posti in essere dalla S.A.; viceversa, per una seconda interpretazione giurisprudenziale, il termine decadenziale di 30 giorni deve essere fisso ed immutabile, non avendo alcun rilievo la distinzione tra vizi propri dell'atto e vizi percepibili *aliunde*.

Tale contrasto è stato superato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Partendo dai generali principi posti dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, l'Adunanza Plenaria ha ritenuto insostenibile un sistema che, nel nome della *“certezza”* delle situazioni giuridiche, sacrificasse l'interesse primario all'effettività della tutela giurisdizionale, obbligando il ricorrente a proporre un ricorso *“al buio”* per poi impugnare con motivi agiunti altri atti (questi sì) lesivi.

Pertanto, l'art. 120, comma 5 c.p.a. va innanzitutto interpretato nel senso che il riferimento all'art. 79 del *“primo”* Codice dei Contratti Pubblici è da intendersi fatto all'attualmente vigente art. 76 D. Lgs. n. 50/2016.

Ciò posto, riprendendo e facendo applicazione delle coordinate giurisprudenziali tracciate prima del *“secondo”* Codice, *“qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti”*.

Va da sé che per tutti quei casi in cui, viceversa, il ricorrente non abbisogni di conoscere *“nuovi”* atti attraverso un procedimento di accesso agli stessi, mantengono piena vigenza le generali *“disposizioni sulle formalità inerenti alla “informazione” e alla “pubblicazione” degli atti”* gravanti sulla S.A. ai sensi del combinato disposto degli artt. 29 e 76 D. Lgs. n. 50/2016; di conseguenza, ricade sull'impresa interessata l'onere di consultare il *“profilo del*

committente”, poiché la pubblicazione degli atti di gara su di esso è idonea a determinare la loro piena conoscenza legale.

In limine, l’Adunanza Plenaria dedica alcune battute anche al problema, pure posto dalla giurisprudenza minoritaria, della celerità del rito speciale sugli appalti: essa deve essere garantita non tanto in sede giurisdizionale (ove, come detto, l’effettività della tutela prevale su tutti gli altri interessi), quanto piuttosto in sede “precontenziosa”, attraverso il pedissequo rispetto dei principi generali come delineati nella stessa decisione.

L’importanza, dal punto di vista applicativo, di questa pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è immediatamente percepibile, poiché molto spesso accade che oggetto di censura siano non tanto i provvedimenti “pubblici” della Stazione Appaltante, quanto piuttosto gli atti ad essi prodromici (ad esempio le offerte prodotte dagli operatori economici), la cui conoscenza può avvenire solo in esito all’accesso agli atti.

No all'avvalimento per il progettista ex art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 9 luglio 2020, n. 13)

“La sezione remittente, dopo aver rilevato che l'appellante principale ha dedotto che il R.T.I. controinteressato andava escluso per carenza di requisiti speciali nel progettista incaricato ed indicato ai sensi dell'articolo 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, e che tali requisiti non potevano essere suppliti mediante avvalimento, ha ritenuto di deferire la questione all'esame dell'adunanza plenaria [...] poiché sull'ammissibilità dell'avvalimento in tale situazione la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato si è pronunciata in modo difforme.

[...]

12– La questione sostanziale, sulla quale il collegio è chiamato a pronunciarsi, consiste nello stabilire quale sia la qualificazione giuridica del progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia del citato art. 53, comma 3 del d.lgs. n. 163/2006, e se questi possa ricorrere a un progettista terzo, utilizzando a sua propria volta la qualifica di altro professionista, singolo o associato. [...] si pone l'ulteriore questione se vi possa legittimamente essere, per un'offerta in gara, un duplice e consequenziale avvalimento di professionisti.

[...]

[...] [N]el caso di specie viene in rilievo non tanto la questione generale se sia possibile un avvalimento di avvalimento (c.d. “avvalimento a cascata”), bensì se sia legittimo da parte di un professionista indicato, come tale non offerente, avvalersi, con l'esibizione di tale specifica tipologia di contratto, di altro soggetto in possesso dei requisiti di cui egli è sprovvisto.

[...]

15 – [...] L'istituto dell'avvalimento, di origine comunitaria, è stato disciplinato per la prima volta dall'abrogato codice dei contratti pubblici [...]: *«Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto»*. L'articolo 53 del medesimo codice [...] stabiliva, al comma 3: *«Quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell'offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione. [...]»*.

Dal confronto delle due norme risulta come, mentre quella generale ha individuato nel “concorrente” il soggetto legittimato ad avvalersi dell'istituto, quella speciale ha adoperato l'espressione “operatori economici”, che può essere considerata come la sintesi dei soggetti così come intesi dalla prima norma riportata oppure come un'espressione polisensa, capace di allargare la legittimazione fino a ricomprendervi anche il progettista esterno alla compagine che ha formulato l'offerta. L'espressione “concorrente” non può che avere il significato proprio di chi effettua l'offerta, che per il sistema della legge dell'evidenza pubblica e per l'art. 3, commi 19 e 22, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, non può che essere *«colui che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o*

opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi», ossia l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi.

Il prestatore d'opera professionale (2229 c. c.) [...] è caratterizzato dalla autonomia rispetto al committente, dalla retribuzione commisurata alla qualità e alla quantità della prestazione, che è di mezzi e non di risultato. Per quel che qui interessa, il professionista non partecipa agli utili del committente quando questi rivesta la qualità di imprenditore, che è tenuto comunque alla corresponsione della retribuzione, essendo il rischio del lavoro del professionista a carico del committente.

[...]

15.2 – [...] [A]ll'art. 3, comma 22, del codice dei contratti pubblici, più volte richiamato e applicabile *ratione temporis*, stabilisce che: «*Il termine "operatore economico" comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi*». Non a caso in dottrina comincia a farsi strada l'idea che l'avvalimento rientri nei contratti d'impresa.

Pertanto è naturale concludere che il professionista indicato non rientra nei soggetti legittimati ad utilizzare l'istituto dell'avvalimento, non essendo un operatore economico nel senso voluto dalla disciplina dei contratti pubblici.

La posizione giuridica del progettista indicato dall'impresa, che ha formulato l'offerta con la conseguente aggiudicazione e che si ricava dalla "legge" di gara, è, come già anticipato, quella di un prestatore d'opera professionale che non entra a far parte della struttura societaria che si avvale della sua opera, e men che meno rientra nella struttura societaria quando questa formula l'offerta. Rimangono due soggetti separati e distinti, che svolgono funzioni differenti con conseguente diversa distribuzione delle responsabilità.

[...]

1.4 – [...] [N]el diritto dell'Unione il significato di operatore economico non è stato mai esteso alla figura del professionista, che anche in quell'ordinamento ha la stessa connotazione giuridica dell'ordinamento interno, ossia non è operatore del mercato nell'accezione tecnica indicata. [...]

16.1 – Dalla configurazione che il collegio ha ritenuto di dare alla figura del professionista esterno indicato dal raggruppamento che ha formulato l'offerta, discende che questi assume un rilievo tale per cui deve possedere in proprio i requisiti richiesti per eseguire la prestazione professionale e, per altra via, gli è anche preclusa la possibilità di sopperire ad eventuali lacune utilizzando i requisiti posseduti da altro professionista, singolo o associato, come avvenuto nel caso di specie. [...] Ciò è tanto più necessario per il procedimento dell'evidenza pubblica, nel quale occorre garantire l'amministrazione circa l'affidabilità dell'appaltatore nella sua struttura complessiva anche in vista dell'esecuzione dell'opera progettata.

[...]

16.5 [...] [U]na deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione è collegata alla possibilità per la stazione appaltante di avere un rapporto diretto e immediato con l'ausiliaria, che non viene assicurato dalla semplice dichiarazione dell'ausiliaria in esecuzione del contratto di avvalimento con l'impresa ausiliata, anche se dal meccanismo ne consegue la responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare.

In proposito il collegio osserva come il divieto contenuto nel Codice dei contratti pubblici attualmente in vigore, pur non essendo direttamente applicabile alla fattispecie in esame, ha comunque un ruolo di orientamento per l'interprete [...].

17 – Alla luce delle considerazioni svolte l'Adunanza Plenaria formula il seguente principio di diritto: il progettista indicato, nell'accezione e nella terminologia dell'articolo 53,

comma, del decreto legislativo n. 163 del 2006, va qualificato come professionista esterno incaricato di redigere il progetto esecutivo. Pertanto non rientra nella figura del concorrente né tanto meno in quella di operatore economico, nel significato attribuito dalla normativa interna e da quella dell'Unione europea. Sicché non può utilizzare l'istituto dell'avvalimento per la doppia ragione che esso è riservato all'operatore economico in senso tecnico e che l'avvalimento cosiddetto "a cascata" era escluso anche nel regime del codice dei contratti pubblici, ora abrogato e sostituito dal decreto legislativo n. 50 del 2016, che espressamente lo vieta".

Nota di Martina Gallucci

Nella sentenza in commento, l'Adunanza Plenaria, interrogata circa la possibilità per il professionista (*rectius* progettista) ex art. 53, d.lgs. 163/2006 (c.d. Codice De Lise), di avvalersi, con l'esibizione del contratto di avvalimento, di altro soggetto in possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara, si è pronunciata nei termini che seguono.

La vicenda trae origine da una procedura di gara aggiudicata, sotto la vigenza del Codice De Lise, ad un raggruppamento temporaneo di imprese, il quale aveva nominato un progettista esterno. Quest'ultimo, a sua volta, aveva presentato un contratto di avvalimento stipulato con una società esterna, all'evidente scopo di recuperare alcuni tra i requisiti indicati dal bando e non posseduti.

Altro concorrente non vincitore proponeva dinanzi al TAR ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione, lamentando la violazione dell'art. 49, d.lgs. 163/2006, da parte del RTI aggiudicatario, per essersi avvalso di progettista e di impresa ausiliaria privi dei requisiti richiesti a pena di esclusione per l'accesso alla competizione.

Ebbene, la questione sostanziale sulla quale la Plenaria è stata chiamata a pronunciarsi ha ad oggetto la qualificazione giuridica del progettista suindicato, nell'accezione e nella terminologia del citato art. 53, comma 3 del d.lgs. n. 163/2006, nonché la possibilità per lo stesso di utilizzare la qualifica di un ulteriore professionista, singolo o associato (c.d. avvalimento a cascata).

Giova premettere che l'avvalimento è un istituto pro-concorrenziale di derivazione comunitaria, che suscita da tempo lo scetticismo del legislatore nazionale. La *ratio* dell'istituto è quella di favorire la massima partecipazione degli operatori economici al mercato degli appalti pubblici, in particolar modo di imprese che, di per sé, non hanno i requisiti per parteciparvi. Se da un lato il contratto di avvalimento ha il pregio di aprire il mercato delle commesse pubbliche alle P.M.I., dall'altro reca con sé il rischio del c.d. avvalificio o "scatola vuota". È, pertanto, necessario che il prestito dei requisiti sia effettivo, nel senso che l'impresa ausiliaria deve mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse correlate ai requisiti prestati, per scongiurare il rischio di diminuire le garanzie relative alla ottimale realizzazione dell'opera. Ne consegue che l'istituto dell'avvalimento c.d. a cascata, in base al quale l'ausiliario si avvale a sua volta di un altro soggetto, non può trovare cittadinanza nell'ordinamento. Difatti, già ritenuto inammissibile dalla giurisprudenza maggioritaria sotto la vigenza del Codice De Lise, l'avvalimento a cascata è oggi espressamente vietato dall'art. 89, co. 6, d.lgs. 50/2016.

Dunque, l'Adunanza Plenaria, in disparte l'ormai pacifico divieto di avvalimento a cascata, esclude che il progettista possa ricorrere all'istituto dell'avvalimento.

Preliminarmente, il Collegio osserva che la questione non va risolta sulla base di una interpretazione letterale delle norme, ma osservando la realtà giuridica. Invero, il legislatore, all'art. 49, d.lgs. 163/2006, utilizza – per identificare il soggetto legittimato ad avvalersi dei requisiti altrui – l'espressione “*concorrente*”, intendendo come tale colui che offra sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi, ossia rispettivamente: l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi. Sul punto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE, sez.X, 11 giugno 2020, C-219/19 *Parsec*) ha chiarito che l'avvalimento si applica “*non ai soli concorrenti, ma a tutti gli operatori economici*” tenuti a qualsiasi titolo a dimostrare il possesso dei requisiti in sede di gara. Nonostante la lettura in chiave estensiva, nel diritto dell'UE il significato di operatore economico non è stato mai esteso alla figura del professionista, che anche per l'ordinamento comunitario non è operatore del mercato nell'accezione tecnica indicata.

Del resto, come si evince dalla scienza economica e dal diritto commerciale, l'operatore economico è l'imprenditore, singolo (art. 2082 c.c.) o associato (art. 2247 c. c.), che, operando professionalmente nel mercato, offre o acquista beni o servizi al fine di conseguire utili. Il prestatore d'opera professionale (art. 2229 c.c.), invece, è un soggetto autonomo rispetto al committente e ha diritto ad una retribuzione commisurata alla qualità e alla quantità della prestazione, non partecipando agli utili d'impresa. Inoltre, il rischio del lavoro del professionista è allocato in capo al committente. A ciò si aggiunga il comma 3 *bis* dell'art. 53 sopracitato, il quale dispone che la stazione appaltante si occupa di indicare nel bando di gara le modalità per la corresponsione diretta al progettista della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione.

Alla luce delle suesposte argomentazioni, l'Adunanza Plenaria conclude nei termini seguenti: “*il progettista assume un rilievo tale per cui deve possedere in proprio i requisiti richiesti per eseguire la prestazione professionale e, per altra via, gli è anche preclusa la possibilità di sopperire ad eventuali lacune utilizzando i requisiti posseduti da altro professionista, singolo o associato, come avvenuto nel caso di specie*”.

Circa l'atto di acquisizione sanante pronunciato entro il termine di approvazione del rendiconto della gestione liquidatoria

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 5 agosto 2020, n. 15)

“L’art. 252, comma 4, d.lgs. n. 267-2000 stabilisce che *“l’organo straordinario di liquidazione ha competenza relativamente a fatti ed atti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell’anno precedente a quello dell’ipotesi di bilancio riequilibrato”*. Tale norma ha subito un’integrazione ad opera dell’art. 5, comma 2, D.L. n. 80-2004 (convertito con L. n. 140-2004) che prevede che *“ai fini dell’applicazione degli articoli 252, comma 4, e 254, comma 3, del testo unico delle leggi sull’ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, si intendono compresi nella fattispecie ivi previste tutti i debiti correlati ad atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell’anno precedente a quello dell’ipotesi di bilancio riequilibrato, pur se accertati, anche con provvedimento giurisdizionale, successivamente a tale data ma, comunque, non oltre quella di approvazione del rendiconto della gestione di cui all’art. 256, comma 11, del medesimo Testo Unico”*. La materia del contendere ruota, dunque, intorno sia all’interpretazione da riconoscere all’espressione *“atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell’anno precedente a quello dell’ipotesi di bilancio riequilibrato”*, [...] sia intorno al significato da attribuire alla clausola normativa di tipo interpretativo del predetto disposto del TUEL, aggiunta dal citato decreto legge del 2004, secondo cui si intendono compresi nella fattispecie ivi previste tutti i debiti correlati ad atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre [...] pur se accertati, anche con provvedimento giurisdizionale, successivamente a tale data ma, comunque, non oltre quella di approvazione del rendiconto della gestione.

3. L’Adunanza ritiene che rientrano nella competenza dell’organo straordinario di liquidazione non solo le poste passive pecuniarie già contabilizzate alla data della dichiarazione di dissesto, ma anche tutte le svariate obbligazioni che, pur se *stricto jure* sorte in seguito, costituiscano comunque la conseguenza diretta ed immediata di *“atti e fatti di gestione”* pregressi alla dichiarazione di dissesto.

Nel caso di specie è pur vero che l’emanando provvedimento *ex art. 42-bis* T.U. Espropriazione, che farebbe sorgere il debito oggetto della presente controversia, ha natura costitutiva, come confermato da questa Adunanza con la sentenza 20 gennaio 2020, n. 2, che ha escluso la rilevanza del risarcimento del danno ai fini dell’occupazione acquisitiva.

Il provvedimento dell’amministrazione che dispone la cd. acquisizione sanante, quindi, non accerta un debito preesistente, ma lo determina *ex novo*, quantificandone altresì l’ammontare e non ha, quindi, carattere ricognitivo, ma costitutivo, determinando, sul piano amministrativo e civilistico, un effetto traslativo *ex nunc*.

Tuttavia, detto provvedimento *ex art. 42-bis* d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, ha per presupposto (ai sensi del primo comma della predetta norma) l’utilizzazione *“di un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità”*; inoltre il provvedimento di acquisizione, ai

sensi del successivo comma 4, deve recare *“l’indicazione delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell’area e se possibile la data dalla quale essa ha avuto inizio”*.

Pertanto, il provvedimento risulta certamente correlato, sul piano della stessa attribuzione causale, *“ad atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell’anno precedente a quello dell’ipotesi di bilancio riequilibrato, pur se accertati, anche con provvedimento giurisdizionale, successivamente a tale data”*, come specifica l’art. 5, comma 2, D.L. n. 80-2004 (convertito con L. n. 140-2004).

4.[...] Pertanto, sotto il profilo finanziario, se tali fatti sono cronologicamente ricollegabili all’arco temporale anteriore al 31 dicembre dell’anno precedente a quello dell’ipotesi di bilancio riequilibrato, il provvedimento successivo (non necessariamente giurisdizionale, come è evidente dalla mera lettura del citato art. 5) che determina l’insorgere del titolo di spesa deve essere imputato alla Gestione Liquidatoria, purché detto provvedimento sia emanato prima dell’approvazione del rendiconto della gestione di cui all’art. 256, comma 11.

In questo caso, non solo il debito viene imputato al Bilancio della Gestione Liquidatoria sotto il profilo amministrativo-contabile, e non a quello della gestione ordinaria, ma anche la competenza amministrativa ad emanare il provvedimento che costituisce il titolo di spesa (nella specie, l’acquisizione sanante) deve essere attribuita al Commissario Liquidatore, in quanto è quest’ultimo soggetto che deve costituire la relativa partita debitoria del bilancio da lui gestito.

5. [...] [L]a sentenza della Corte costituzionale 21 giugno 2013, n. 154, relativa ad analoghe disposizioni per le obbligazioni rientranti nella gestione commissariale del Comune di [...] ha sostenuto che in una procedura concorsuale – tipica di uno stato di dissesto – una norma che ancori ad una certa data il fatto o l’atto genetico dell’obbligazione è logica e coerente, proprio a tutela dell’eguaglianza tra i creditori, mentre la circostanza che l’accertamento del credito intervenga successivamente è irrilevante ai fini dell’imputazione; e sarebbe irragionevole il contrario, giacché farebbe difetto una regola precisa per individuare i crediti imputabili alla gestione commissariale o a quella ordinaria e tutto sarebbe affidato alla casualità del momento in cui si forma il titolo esecutivo, anche all’esito di una procedura giudiziaria di durata non prevedibile (punto 7.1 del considerato in diritto).

[...]

6. Anche sotto il profilo teleologico, le norme sul dissesto finanziario degli Enti Locali, contenute nel Titolo VIII, Capi II-IV del TUEL, sono preordinate al ripristino degli equilibri di bilancio degli enti locali in crisi, mediante un’apposita procedura di risanamento.

La normativa che si è succeduta nel tempo [...] ha delineato una netta separazione di compiti e competenze tra la gestione passata e quella corrente, a tutela della gestione corrente che sarebbe pregiudicata se in essa confluissero debiti sostanzialmente imputabili alle precedenti gestioni amministrative (che sono state a tal punto fallimentari da determinare il dissesto dell’ente), in modo da garantire, per il futuro, la sostenibilità finanziaria del bilancio ordinario.

In particolare, in base al TUEL (e per quanto di interesse in questa sede):

- soggetti della procedura di risanamento sono l’Organo straordinario di liquidazione (OSL), incaricato di provvedere al ripiano dell’indebitamento pregresso con i mezzi consentiti dalla legge, e gli organi istituzionali dell’ente, chiamati ad assicurare condizioni stabili di equilibrio della gestione finanziaria e a rimuovere le cause strutturali all’origine del dissesto (art. 245);

- l’OSL ha competenza relativamente a *“fatti ed atti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell’anno precedente a quello dell’ipotesi di bilancio riequilibrato”* [...] e provvede a: a) la rilevazione della massa passiva, ai sensi dell’art. 254); b) l’acquisizione e la gestione

dei mezzi finanziari disponibili ai fini del risanamento, ai sensi dell'art. 255; c) la liquidazione e il pagamento della massa passiva, ai sensi dell'art. 256 (art. 252, comma 4).

Pertanto, il principio generale è costituito dalla creazione di una massa separata affidata alla gestione di un organo straordinario, distinto dagli organi istituzionali dell'ente locale, che continui a rappresentare l'asse portante dell'intera disciplina del dissesto, nonostante le modifiche intervenute nel tempo su taluni aspetti della procedura.

[...]

[...] [L]a disciplina normativa sul dissesto, basata sulla creazione di una massa separata affidata alla gestione di un organo straordinario, distinto dagli organi istituzionali dell'ente locale, può produrre effetti positivi soltanto se tutte le poste passive riferibili a fatti antecedenti al riequilibrio del bilancio dell'ente possono essere attratte alla predetta gestione, benché il relativo accertamento (giurisdizionale o, come nel caso di specie, amministrativo) sia successivo.

Con l'unico limite rappresentato, come detto, dall'approvazione del rendiconto della gestione che segna la chiusura della Gestione Liquidatoria [...]; dopo tale data, infatti, è evidente che non sarà più possibile imputare alcunché a tale organo, in quanto, dal punto di vista giuridico, esso ha cessato la sua esistenza.

7. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, deve dichiararsi il seguente principio di diritto:

- l'atto di acquisizione sanante, generatore dell'obbligazione (e, quindi, del debito), è attratto nella competenza dell'OSL, e non rientra quindi nella gestione ordinaria, sia sotto il profilo contabile sia sotto il profilo della competenza amministrativa, se detto provvedimento *ex art. 42-bis* è pronunciato entro il termine di approvazione del rendiconto della Gestione Liquidatoria e si riferisce a fatti di occupazione illegittima anteriori al 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato [...].

Nota di Anna Maria Pelo

L'Adunanza Plenaria ha risolto un contrasto giurisprudenziale sulla corretta interpretazione del disposto di cui all'art. 252, comma 4, del d.lgs. n. 267 del 2000 e dell'art. 5, comma 2, d.l. n. 80 del 2004 (conv. con l. n. 140 del 2004) relativamente alle parole "fatti ed atti di gestione" al fine di individuare la competenza o meno dell'organo straordinario di liquidazione sulle poste passive di bilancio.

Con ordinanza del 20 marzo 2020, n. 1994, la Sezione Quarta ha sottoposto all'Adunanza Plenaria la problematica relativa alla corretta imputazione del debito conseguente all'emanazione di un provvedimento di acquisizione sanante alla gestione dell'Organo Straordinario di Liquidazione ovvero alla gestione ordinaria del bilancio del Comune.

La vicenda origina da un ricorso presentato dai proprietari di alcuni terreni illecitamente occupati e trasformati dal Comune, i quali, con istanza e successivamente con ricorso al TAR Basilicata, avevano sollecitato a rendere noto se l'ente intendesse emanare un provvedimento di acquisizione *ex art. 42-bis* d.P.R. n. 327-2001.

Il giudice di prime cure accoglieva il ricorso e imponeva al Comune di "*concludere il procedimento, attivato dai ricorrenti con l'istanza del 30.6/5.7.2016, di emanazione del provvedimento di acquisizione sanante ex art. 42-bis entro il termine di 120 giorni dalla comunicazione telematica della presente sentenza*".

Gli originari ricorrenti adivano nuovamente il Tribunale amministrativo, chiedendo la nomina di un commissario *ad acta* ai sensi dell'art. 117, comma 3, c.p.a.

Il Comune costituitosi asseriva di aver inviato all'Organo Straordinario di Liquidazione tutta la documentazione necessaria per emettere il provvedimento conferente chiedendo pertanto il rigetto del ricorso.

Il Tribunale amministrativo accoglieva il ricorso, ritenendo che le parole “fatti ed atti di gestione” andassero interpretate sotto il profilo contabile e perciò non alla data dell'evento danno, cioè alla data del compimento della fattispecie illecita, ma al momento in cui il debito del Comune era diventato certo, liquido ed esigibile.

Poiché, nella specie, il dissesto finanziario del Comune era stato dichiarato con Delibera ed il provvedimento di acquisizione sanante non era stato ancora emesso dal Comune, ad avviso del primo giudice non sussisteva la competenza dell'organo straordinario di liquidazione.

Avverso la sentenza, proponeva appello il Comune censurandola nella parte in cui imponeva al commissario *ad acta* di valersi delle somme del bilancio ordinario.

La questione attiene alla corretta interpretazione dell'art. 252, comma 4, d. lgs. n. 267 del 2000, ai sensi del quale “*l'organo straordinario di liquidazione ha competenza relativamente a fatti ed atti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato*” – e dell'art. 5, comma 2, d.l. n. 80 del 2004 (conv. con l. n. 140 del 2004) ai sensi del quale, “*ai fini dell'applicazione degli articoli 252, comma 4, e 254, comma 3, si intendono compresi nella fattispecie ivi previste tutti i debiti correlati ad atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato, pur se accertati, anche con provvedimento giurisdizionale, successivamente a tale data ma, comunque, non oltre quella di approvazione del rendiconto della gestione di cui all'art. 256, comma 11, del medesimo Testo Unico*”.

Incerta, in particolare, risultava l'interpretazione dell'espressione “*atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato*”, al riguardo contrapponendosi due orientamenti: il primo di natura formale, in base al quale se l'emanazione del provvedimento di acquisizione sanante è intervenuta dopo la dichiarazione di dissesto, la posizione debitoria è divenuta certa, liquida ed esigibile solo a partire da quel momento, sicché sarà necessaria la costituzione *ex novo* di una posta passiva sul bilancio ordinario del Comune; il secondo, in base al quale bisogna prescindere dal momento in cui i debiti si siano manifestati contabilmente quale posta passiva, riconoscendo al contrario rilevanza al loro collegamento eziologico e funzionale con un “atto o fatto di gestione” antecedente alla dichiarazione di dissesto. Pertanto, la competenza dell'organo straordinario di liquidazione sarà riferita a tutti i debiti dell'ente che, a prescindere dal momento in cui si siano manifestati contabilmente quale posta passiva pecuniaria, siano comunque eziologicamente e funzionalmente correlati ad un “atto o fatto di gestione” antecedente al 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato.

Investita della questione, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che “*rientrano nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione, non solo le poste passive pecuniarie già contabilizzate alla data della dichiarazione di dissesto, bensì anche tutte le svariate obbligazioni che, pur se stricto jure sorte, in seguito, costituiscano comunque la conseguenza diretta ed immediata di «atti e fatti di gestione» pregressi alla dichiarazione di dissesto*”.

Con specifico riferimento alla fattispecie della cd. acquisizione sanante, oggetto di causa, pur riconoscendo che il provvedimento adottato dall'Amministrazione *ex art. 42-bis T.U.* Espropriazioni non accerta un debito preesistente, ma lo determina *ex novo*, tuttavia, il prov-

vedimento ha per presupposto l'utilizzazione *“di un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità”*.

Obblighi dichiarativi ex art. 80, comma 5, lett. c e f-bis, d.lgs. n. 50 del 2016 e false dichiarazioni

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 28 agosto 2020, n. 16)

“Nel merito della questione deferita a questa Adunanza plenaria, concernente in estrema sintesi i rapporti tra le lettere c) ed f-bis dell’art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, deve innanzitutto segnalarsi che la Sezione rimettente:

a) premette che:

- gli obblighi dichiarativi posti a carico degli operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici hanno carattere strumentale rispetto alla valutazione di competenza della stazione appaltante sull’integrità ed affidabilità degli stessi ed in ragione di ciò essi si estendono ad *«ogni dato o informazione comunque rilevante»* rispetto alla valutazione stessa;

- pertanto, la violazione degli obblighi dichiarativi ha *«attitudine a concretare, in sé, una forma di grave illecito professionale»*, a dispetto del loro carattere strumentale; sarebbe conseguentemente necessaria *«una puntuale perimetrazione della portata (e dei limiti) degli obblighi informativi»*, al fine di distinguere tra mere omissioni e vere e proprie violazioni di obblighi dichiarativi posti a carico dell’operatore economico;

- solo in questo secondo caso sarebbe giustificata *«di per sé – cioè in quanto illecito professionale in sé considerato – l’operatività, in chiave sanzionatoria, della misura espulsiva»*, mentre nella prima ipotesi la stazione appaltante dovrebbe valutare se l’omissione incida negativamente sull’integrità ed affidabilità del concorrente e solo all’esito escludere il concorrente;

b) ricorda che:

- per la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato l’individuazione dei gravi illeciti professionali da parte dell’art. 80, comma 5, lett. c), del codice dei contratti pubblici ha carattere di *«norma di chiusura»*, in cui gli illeciti ivi previsti hanno *«meramente esemplificativo»*, in grado di comprendere *«ogni vicenda pregressa, anche non tipizzata»* dell’operatore economico *«di cui fosse accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa»*, l’omessa dichiarazione della quale integra *«in sé e per sé»* l’ipotesi di illecito causa di esclusione dalla gara [...];

- in senso parzialmente diverso, si registrano pronunce tendenti a limitare la portata generalizzata degli obblighi dichiarativi a carico degli operatori economici, anche dal punto di vista temporale (si richiamano le sentenze della V Sezione del 3 settembre 2018, n. 5142; 22 luglio 2019, n. 5171; 5 marzo 2020, n. 1605), in cui si è posta in risalto l’esigenza di distinguere tra falsità ed omissione, con automatismo espulsivo limitato alla prima ipotesi (Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, n. 5142; 12 aprile 2019, n. 2407);

c) evidenzia che:

- l’art. 80, comma 5, lett. c), distingue *«tra dichiarazioni omesse (rilevanti in quanto abbiano inciso, in concreto, sulla correttezza del procedimento decisionale), fuorvianti (rilevanti nella loro attitudine decettiva, di “influenza indebita”) e propriamente false (rilevanti, per contro, in quanto tali)»*;

- solo la falsità dichiarativa, oltre a dare luogo alla segnalazione all’ANAC ai sensi del

comma 12 della medesima disposizione del codice dei contratti pubblici *«ha attitudine espulsiva automatica»* e potenzialmente ultrattiva, secondo quanto previsto dalla lettera f-bis);

d) aggiunge che:

- la falsità *«costituisce frutto del mero apprezzamento di un dato di realtà, cioè di una situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso, accertabile automaticamente»*;

- per contro *«la dichiarazione mancante non potrebbe essere apprezzata in quanto tale»* ma solo con valutazione nel caso concreto, in relazione alle *«circostanze taciute, nella prospettiva della loro idoneità a dimostrare l'inaffidabilità del concorrente»*; [...] [L]a lettera c) [...] prevede tre fattispecie di *«gravi illeciti professionali»* – oggi invece collocate nella lettera c-bis), introdotta dal citato decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 – una delle quali concernente un'ipotesi di falso così espressa: *«il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione»*; in contrapposizione, desumibile dalla disgiuntiva *«ovvero»*, all'ulteriore fattispecie consistente nel *«l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»*.

12. Rispetto all'ipotesi prevista dalla falsità dichiarativa (o documentale) di cui alla lettera f-bis) quella relativa alle *«informazioni false o fuorvianti»* ha un elemento specializzante, dato dalla loro idoneità a *«influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione»* della stazione appaltante. Ai fini dell'esclusione non è dunque sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di sviare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura di gara. Coerentemente con tale elemento strutturale, la fattispecie equipara inoltre all'informazione falsa quella fuorviante, ovvero rilevante nella sua *«attitudine decettiva, di “influenza indebita”*», secondo la definizione datane dall'ordinanza di rimessione, ovvero di informazione potenzialmente incidente sulle decisioni della stazione appaltante, e che rispetto all'ipotesi della falsità può essere distinta per il maggior grado di aderenza al vero. [...].

14. In ogni caso, l'elemento comune alle fattispecie dell'omissione dichiarativa ora esaminata con quella relativa alle informazioni false o fuorvianti suscettibili di incidere sulle decisioni dell'amministrazione concernenti l'ammissione, la selezione o l'aggiudicazione, è dato dal fatto che in nessuna di queste fattispecie si ha l'automatismo espulsivo proprio del falso dichiarativo di cui alla lettera f-bis). Infatti, tanto *«il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione»*, quanto *«l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione»* sono considerati dalla lettera c) quali *«gravi illeciti professionali»* in grado di incidere sull'*«integrità o affidabilità»* dell'operatore economico. È pertanto indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante, come per tutte le altre ipotesi previste dalla medesima lettera c) [...].

[...]

15. Nel contesto di questa valutazione l'amministrazione dovrà pertanto stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni; ed infine se il comportamento tenuto dall'operatore economico incida in senso negativo sulla sua integrità o affidabilità. Del pari dovrà stabilire allo stesso scopo se quest'ultimo ha omesso di fornire informazioni rilevanti, sia perché previste dalla legge o dalla normativa di gara, sia perché evidentemente in grado di incidere sul giudizio di integrità ed affidabilità.

Qualora sia mancata, una simile valutazione non può essere rimessa al giudice amministrativo. Osta a ciò, nel caso in cui tale valutazione sia mancata, il principio di separazione dei po-

teri [...]. Laddove invece svolta, operano per essa i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale [...].

16. Il sistema così descritto ha carattere completo e coerente con la causa di esclusione “facoltativa” prevista a livello sovranazionale, consistente nella commissione di «*gravi illeciti professionali*» tali da mettere in dubbio l’integrità dell’operatore economico e da dimostrare con «*mezzi adeguati*», ai sensi dell’art. 57, par. 4, lett. c), della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, poi attuata con il codice dei contratti pubblici attualmente vigente.

17. Nondimeno, su di esso è intervenuto il sopra menzionato “correttivo”, di cui al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, con l’aggiunta all’art. 80, comma 5, del codice della lettera f-bis), e dunque della causa di esclusione relativa all’operatore economico che presenti nella procedura di gara (o negli affidamenti di subappalti; ipotesi che qui non rileva) «*documentazione o dichiarazioni non veritiere*». Non «*informazioni*» dunque, come invece previsto dalla lettera c), ma documenti o dichiarazioni.

[...]

18. Per dirimere il conflitto di norme potenzialmente concorrenti sovviene allora il criterio di specialità (art. 15 delle preleggi), in applicazione del quale deve attribuirsi prevalenza alla lettera c), sulla base dell’elemento specializzante consistente nel fatto che le informazioni false, al pari di quelle fuorvianti, sono finalizzate all’adozione dei provvedimenti di competenza della stazione appaltante «*sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione*» e concretamente idonee ad influenzarle. Per effetto di quanto ora considerato, diversamente da quanto finora affermato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, l’ambito di applicazione della lettera f-bis) viene giocoforza a restringersi alle ipotesi – di non agevole verifica – in cui le dichiarazioni rese o la documentazione presentata in sede di gara siano obiettivamente false, senza alcun margine di opinabilità, e non siano finalizzate all’adozione dei provvedimenti di competenza dell’amministrazione relativi all’ammissione, la valutazione delle offerte o l’aggiudicazione dei partecipanti alla gara o comunque relativa al corretto svolgimento di quest’ultima, secondo quanto previsto dalla lettera c)”.

Nota di Fabrizia Rumma

La Quinta sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza di rimessione n. 2332 del 9.4.2020, nell’ambito di due giudizi (riuniti) aventi ad oggetto l’impugnazione, da parte di prima e seconda classificata, dei relativi provvedimenti di esclusione, ha deferito all’Adunanza Plenaria la questione concernente l’esclusione dell’originaria aggiudicataria disposta per falsità dichiarativa ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. f-bis), D.lgs. 50/2016, in relazione alla propria cifra d’affari, per la quale l’Impresa aveva fatto ricorso all’avvalimento di un Consorzio. Secondo il provvedimento impugnato, tale dichiarazione era inficiata da falsità nella parte in cui era stato cumulato il fatturato della consorziata, benché la stessa fosse stata in precedenza sospesa dai benefici consortili con apposita deliberazione dell’ausiliario Consorzio (a causa dell’intervenuta scadenza dell’attestazione SOA). La Sezione rimettente dubita che, a tale ipotesi, sia applicabile la disposizione di cui alla menzionata lettera f-bis), che comporta un automatismo espulsivo, ipotizzando invece che la fattispecie possa incardinarsi nella lettera c) (ora, c-bis) che comporterebbe, per la stazione appaltante, una valutazione di incidenza sull’integrità ed affidabilità del concorrente. Ration per cui, l’Adunanza è stata chiamata a verificare se nel caso concreto la dichiarazione resa dall’aggiudicataria sulla pro-

pria cifra d'affari (*recte*: il cumulo delle cifre d'affari delle otto consorziate dell'ausiliaria) dovesse essere ricompresa nell'ipotesi di false dichiarazioni (lett. f-*bis*) per aver incluso anche il fatturato di una consorziata in precedenza sospesa dai benefici consortili. La prima questione che discende dall'appello, e che rappresenta, sostanzialmente, il fulcro della questione rimessa dalla Sezione, è se la dichiarazione debba considerarsi o meno falsa. Sul punto, spiega il Consesso, che non può trattarsi di falsa dichiarazione perché, effettivamente, la consorziata, poi sospesa, ha conseguito nel triennio 2013-2015 la cifra d'affari indicata in sede di partecipazione. Quindi, esclusa in radice la natura fasulla della dichiarazione strettamente intesa, la questione su cui occorre soffermarsi è se la cifra d'affari di una consorziata, sospesa, possa cumularsi con quella delle altre in base a cui, poi, l'Impresa si è qualificata nella procedura di gara. Infatti, procedendo ad un confronto tra le due disposizioni, l'ipotesi di "informazioni false e fuorvianti" (lett. c), rispetto a quella di falsità dichiarativa o documentale (lettera f-*bis*), ha un elemento specializzante data l'idoneità ad "influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione"; pertanto, affinché vi possa essere l'esclusione, non è sufficiente soltanto la falsità dell'informazione ma anche la capacità che tale informazione svii l'Amministrazione nell'adozione dei provvedimenti di gara. Ricorda il Consiglio di Stato che è consolidato il principio secondo cui l'art. 80, comma 5, lett. c) (adesso, c-*bis*) rappresenti una norma di chiusura comprensiva di tutti i fatti incidenti in modo negativo sulla integrità ed affidabilità dell'operatore economico (si vedano le ipotesi previste nelle linee guida ANAC n. 6/2016, conforme Cons. St., V, 5.5.2020, n. 2850), quali gravi illeciti professionali, ma non integranti un automatismo espulsivo (spiega l'Adunanza che la disposizione di cui alla lettera c) integra ipotesi che comportano un'esclusione soltanto facoltativa, ai sensi dell'art. 57, par. 4, lett. c), Dir. 2014/24/UE che impone di dimostrare i gravi illeciti mediante *mezzi adeguati*) proprio, invece, della fattispecie di cui alla lettera f-*bis*. Dunque, in tutti casi delineati dalla lettera c) è necessaria una valutazione in concreto della stazione appaltante affinché verifichi la falsità dell'informazione e gli effetti di quest'ultima. Ed ovviamente, qualora manchi tale passaggio valutativo a carico della SA, il Giudice Amministrativo, chiamato a decidere sulla legittimità o meno dell'esclusione, non può entrare nel merito di tale valutazione in virtù del principio di separazione dei poteri delineato dall'art. 34, comma 2, c.p.a.. A questo punto, chiarita la portata automaticamente escludente o meno dell'una e dell'altra ipotesi, l'Adunanza osserva che, sebbene nella lettera f-*bis* si parli di "dichiarazioni" e nella lettera c) di "informazioni", nella sostanza i due oggetti sono identici in quanto entrambe le disposizioni si riferiscono ad ipotesi di falso. Dunque, in base al principio di specialità di norme potenzialmente concorrenti delineato dall'art. 15 delle preleggi, il Collegio afferma la prevalenza della lettera c) sulla base dell'elemento specializzante dapprima delineato, rispetto alla lettera f-*bis*) che assume un carattere residuale, applicandosi a tutte le ipotesi di falso non rientranti nella precedente lettera e per cui comunque vi è un'obiettivo falsità, senza margine di opinabilità. Calando al caso di specie le considerazioni suesposte, il Consiglio di Stato, ha considerato la dichiarazione resa dall'appellante "*fuorviante nella misura in cui è stata taciuta la sospensione del rapporto consortile*", per cui la S.A. avrebbe dovuto verificare nel concreto – senza un'automatica esclusione – se la dichiarazione della cifra d'affari "*avesse attitudine a sviare le proprie decisioni sull'ammissione alla gara della concorrente D. I. e sull'aggiudicazione già disposta a favore di quest'ultima*", anche in virtù del fatto – sicuramente rilevante ai fini partecipativi – che "*il requisito di capacità economico-finanziaria previsto dal bando di gara era ampiamente raggiunto*". Per tali motivi ed in base a quanto in fatto ed in diritto osservato, l'Adunanza ha enunciato i principi di diritto in epigrafe riportati, accogliendo l'appello proposto da D.I. ed annullando l'esclusione dalla gara disposta nei confronti della società.

Circa l'applicazione dell'art. 38 del T.U. edilizia

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 7 settembre 2020, n. 17)

“Viene all’attenzione dell’Adunanza Plenaria l’esatta interpretazione dell’art. 38 del Testo unico edilizia (disposizione che ricalca esattamente quanto innanzi previsto dall’art. 11 della legge n. 47/1985).

La disposizione prevede che *“In caso di annullamento del permesso, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall’agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest’ultima e l’amministrazione comunale. La valutazione dell’agenzia è notificata all’interessato dal dirigente o dal responsabile dell’ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa (comma 1). L’integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all’articolo 36 (comma 2)” [...].*

5.1. La disposizione in commento fa specifico riferimento ai vizi *“delle procedure”*, avendo così cura di segmentare le cause di invalidità che possano giustificare l’operatività del temperamento più volte segnalato, in guisa da discernerele dagli altri vizi del provvedimento che, non attenendo al procedimento, coinvolgono profili di compatibilità della costruzione rispetto al quadro programmatico e regolamentare che disciplina l’*an* e il *quomodo* dell’attività edificatoria.

5.2. Non a caso il tenore della norma impone, sia pur per implicito, all’amministrazione l’obbligo di porre preliminarmente rimedio al vizio, rimuovendolo attraverso un’attività di secondo grado pacificamente sussumibile nell’esercizio del potere di convalida contemplato in via generale dall’art. 21 *nonies* comma 2 della legge generale sul procedimento. La convalida per il tramite della rimozione del vizio implica necessariamente un’illegittimità di natura *“procedurale”*, essendo evidente che ogni diverso vizio afferente alla sostanza regolatoria del rapporto amministrativo rispetto al quadro normativo vigente risulterebbe superabile solo attraverso una modifica di quest’ultimo; *ius superveniens* che, in quanto riguardante il contesto normativo generale, certamente esula da concetto di *“rimozione del vizio”* afferente la singola e concreta fattispecie provvedimentale.

5.3. Il riferimento ad un vizio procedurale astrattamente convalidabile delimita operativamente il campo semantico della successiva e connessa proposizione normativa riferita all’impossibilità di rimozione, dovendo per questa intendersi una impossibilità che attiene pur sempre ad un vizio che, sul piano astratto sarebbe suscettibile di convalida, e che per le motivate valutazioni espressamente fatte dall’amministrazione, non risulta esserlo in concreto.

5.4. [...] [I]l sindacato del giudice chiamato a vagliare la legittimità della operata fiscalizzazione dell’abuso deve avere ad oggetto proprio la natura del vizio. La *“motivata valutazione”* dell’amministrazione infatti afferisce al preliminare vaglio amministrativo circa la rimovibilità (anche) in concreto del vizio, *ex art. 21 nonies* comma 2, e rileva non già rispetto al binomio fiscalizzazione/demolizione, quanto in relazione al diverso binomio convalida/applikazione dell’art. 38, costituente soglia di accesso per applicazione dell’intero impianto dell’art. 38 (e non solo dell’opzione della fiscalizzazione).

La descritta esegesi è confermata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Quest'ultima, nella sentenza 209/2010 ha avuto modo di chiarire, giudicando della legittimità di una norma di interpretazione autentica di una disposizione provinciale di tenore identico a quella nazionale che qui si discute (interpretazione autentica tesa ad estendere la fiscalizzazione ai vizi sostanziali), che "l'espressione «vizi delle procedure amministrative» non si presta ad una molteplicità di significati, tale da abbracciare i «vizi sostanziali», che esprimono invece un concetto ben distinto da quello di vizi procedurali e non in quest'ultimo potenzialmente contenuto.

Del resto depongono in tal senso anche considerazioni di carattere sistematico.

7.1. La tutela dell'affidamento attraverso l'eccezionale potere di sanatoria contemplato dall'art. 38 non può infatti giungere sino a consentire una sorta di condono amministrativo affidato alla valutazione dell'amministrazione, in deroga a qualsivoglia previsione urbanistica, ambientale o paesaggistica, pena l'inammissibile elusione del principio di programmazione e l'irreversibile compromissione del territorio, ma è piuttosto ragionevolmente limitata a vizi che attengono esclusivamente al procedimento autorizzativo, i quali non possono ridondare in danno del privato che legittimamente ha confidato sulla presunzione di legittimità di quanto assentito.

7.2. A ciò si aggiunge, nei casi in cui l'annullamento del titolo sia intervenuto in sede giurisdizionale su istanza di proprietario limitrofo o associazioni rappresentative di interessi diffusi (giova sottolineare che l'art. 38 non si sofferma sulla natura giurisdizionale o amministrativa dell'annullamento), che la tutela dell'affidamento del costruttore, attraverso la fiscalizzazione dell'abuso anche in relazione a vizi sostanziali, di fatto vanificherebbe la tutela del terzo ricorrente, il quale, all'esito di un costoso e defatigante giudizio, si troverebbe privato di qualsivoglia utilità, essendo la sanzione pecuniaria incamerata dall'erario.

Il punto di equilibrio sin qui individuato nel delicato bilanciamento fra tutela dell'affidamento, tutela del territorio e tutela del terzo non è, ad avviso di questa Adunanza plenaria, depotenziato dalla giurisprudenza della Corte EDU sul carattere fondamentale del diritto di abitazione e sul necessario rispetto del principio di proporzionalità nell'inflizione della sanzione demolitoria (si veda, da ultimo, Corte EDU, 21/4/2016 Ivanova vs. Bulgaria).

8.1. Nell'ordinamento interno, caduto il dogma dell'irrisarcibilità degli interessi legittimi a seguito della nota sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione n. 500/99, si è affermato, anche per via legislativa, che il "bene della vita" cui il privato aspira è meritevole di protezione piena a prescindere dalla qualificazione come diritto soggettivo o interesse legittimo della posizione giuridica al quale esso di correla. È quindi ben possibile che, a prescindere dalla qualificazione giuridica della posizione giuridica del costruttore che dinanzi all'annullamento in sede amministrativa o giurisdizionale del permesso di costruire reclaims il ristoro dei danni conseguenti al legittimo affidamento dal medesimo riposto circa la legittimità dell'edificazione realizzata (sul punto le Sezioni unite sono ferme nel ritenere che trattasi di diritto soggettivo: SSUU, 24 settembre 2018, n. 22435; 22 giugno 2017, n. 15640; 4 settembre 2015, n. 17586; 23 marzo 2011, n. 6596), l'illecito commesso dall'amministrazione comporti il sorgere di un'obbligazione all'integrale risarcimento, per equivalente, del danno provocato.

8.2. Obbligazione che interviene a ridare coerenza, ragionevolezza ed effettività al sistema delle tutele, ove la conservazione dell'immobile nella sua integrità si ponga in irrimediabile conflitto con i valori urbanistici e ambientali sopra ricordati.

Al quesito posto dall'ordinanza di rimessione deve quindi risponderci nel senso che "*i vizi cui fa riferimento l'art. 38 sono esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'amministrazione, risultino di impossibile rimozione*".

Sull'accertamento necessario ai fini della pronuncia di decadenza di cui al d.lgs. 28/2011

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 11 settembre 2020, n. 18)

“Osserva l'Adunanza che la decadenza, intesa quale vicenda pubblicistica estintiva, *ex tunc* (o in alcuni casi *ex nunc*), di una posizione giuridica di vantaggio (c.d. beneficio), è istituto che, pur presentando tratti comuni col più ampio *genus* dell'autotutela, ne deve essere opportunamente differenziato, caratterizzandosi specificatamente:

a) per l'espressa e specifica previsione, da parte della legge, non sussistendo, in materia di decadenza, una norma generale quale quelle prevista dall'art. 21 *nonies* della legge 241/90 che ne disciplini presupposti, condizioni ed effetti;

b) per la tipologia del vizio, *more solito* individuato nella falsità o non veridicità degli stati e delle condizioni dichiarate dall'istante, o nella violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per il perdurante godimento dei benefici, ovvero, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto;

c) per il carattere vincolato del potere, una volta accertato il ricorrere dei presupposti;

4.1. La decadenza non presenta, invece, nessun tratto comune con il diverso istituto della sanzione, differenziandosene nettamente in ragione:

a) della non rilevanza, ai fini dell'integrazione dei presupposti, dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa;

b) del limite dell'effetto ablatorio prodotto, al massimo coincidente con l'utilità innanzi concessa attraverso il pregresso provvedimento ampliativo sul quale la decadenza viene ad incidere.

5. Alla luce delle delineate coordinate occorre dunque affrontare l'esegesi dell'art. 42 comma 3, la decadenza ivi contemplata, e soprattutto, il concetto di rilevanza contestualmente menzionato.

5.1. Non v'è dubbio alcuno che la decadenza, cui la disposizione citata fa riferimento, sia appieno sussumibile nel concetto di decadenza pubblicistica sinora descritto, potendosi pacificamente escludere un'improprietà del linguaggio legislativo, tale da ricondurre sotto il *non men iuris* utilizzato altri istituti di carattere sanzionatorio. Lo ha già chiarito la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, IV, 12 gennaio 2017, n. 50) puntualmente richiamata dall'ordinanza di rimessione, che qui deve integralmente confermarsi nella sua impostazione.

5.2. Si aggiunge che il chiaro *discrimen* fra la decadenza dal beneficio incentivante e la sanzione per la violazione delle norme che disciplinano il rapporto con la pubblica amministrazione è segnato dallo stesso art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011, che specificatamente demanda al GSE il compito di trasmettere gli atti, a base del provvedimento di decadenza, all'Autorità indipendente di settore (ARERA) per l'eventuale irrogazione delle sanzioni.

5.3. Trattandosi di decadenza in senso proprio, l'accertamento della rilevanza rispetto al beneficio fruito assume importanza primaria, non solo, com'è evidente, in relazione alla gravità dello scostamento del comportamento rispetto al paradigma normativo, ma anche in ordine all'intensità del collegamento tra il comportamento violativo e il beneficio goduto, di guisa che la decadenza non abbia a provocare effetti ablatori esorbitanti rispetto al beneficio innanzi riconosciuto.

È questo lo snodo fondamentale. Nel caso di specie non v'è dubbio che anche a prescindere dalla ricostruibilità del complessivo beneficio come conseguente ad una domanda ad oggetto plurimo, scindibile nei suoi effetti – ricostruzione che questa Adunanza ritiene ad ogni buon fine preferibile – il beneficio è materialmente e giuridicamente scomponibile in due componenti: 1) la “tariffa incentivante” base, disciplinata dall’art 12 del DM 5 maggio 2011, a mente del quale *“Per l’energia elettrica prodotta dagli impianti fotovoltaici di cui al presente titolo, il soggetto responsabile ha diritto a una tariffa individuata sulla base di quanto disposto dall’allegato 5. La tariffa incentivante è riconosciuta per un periodo di venti anni a decorrere dalla data di entrata in esercizio dell’impianto ed è costante in moneta corrente per tutto il periodo di incentivazione. Le tariffe di cui al presente articolo possono essere incrementate con le modalità e alle condizioni previste dagli articoli 13 e 14”*; 2) il premio previsto dall’art. 14 del DM citato, secondo il quale, per quanto qui rileva, *“La componente incentivante della tariffa individuata sulla base dell’allegato 5 è incrementata del 10%(per cento) per gli impianti il cui costo di investimento di cui all’art. 3, comma 1, lettera b) per quanto riguarda i componenti diversi dal lavoro, sia per non meno del 60%(per cento) riconducibile ad una produzione realizzata all’interno della Unione europea”*.

6. Nei casi, come quello di specie, la provenienza dei pannelli (in tutto o nei loro componenti) rileva esclusivamente ai fini dell’attribuzione del premio, essendo, per converso, del tutto irrilevante in ordine alla tariffa base incentivante.

7. Accertata la rilevanza oggettiva, *sub specie* di gravità della violazione, il GSE, in applicazione delle normativa sopra riportata, deve quindi ulteriormente verificare la sussistenza della rilevanza causale rispetto alla concessione del beneficio, e conseguentemente limitare la decadenza al solo premio, riservando ogni eventuale e ulteriore valutazione in punto di rimproverabilità e sanzionabilità del comportamento all’Autorità indipendente cui il potere sanzionatorio è dalla legge espressamente attribuito.

8. Riprendendo i quesiti posti, l’Adunanza ritiene debba risponderci a mezzo delle seguenti affermazioni di principio:

a) quando la domanda ha ad oggetto una tariffa incentivante maggiorata rispetto a quella base in ragione del premio contemplato dall’art. 14 del DM 5 maggio 2011, essa deve intendersi come avente un oggetto plurimo, scindibile nei suoi effetti giuridici;

b) quando la violazione riscontrata riguardi una certificazione prodotta al fine di ottenere la maggiorazione del 10% di cui all’art. 14, comma 1, lett. d), del D.M. 5 maggio 2011, la violazione stessa deve intendersi rilevante ai fini della decadenza dalla sola maggiorazione del 10% per ottenere la quale era stata prodotta;

c) l’accertamento necessario ai fini della pronuncia di decadenza ha ad oggetto la sola violazione e la sua rilevanza, prescindendo dall’elemento soggettivo; quest’ultimo ha piuttosto rilevanza nel prosieguo del procedimento sanzionatorio presso l’Autorità indipendente di settore cui gli atti sono trasmessi”.

Nota di Alisia Mercurio

La questione decisa dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato attiene all’ambito di applicazione dell’art. 42, comma 3, del D.Lgs. n. 28 del 2011 e, in particolare, alla problematica della decadenza dal beneficio incentivante nella sua interezza nell’ipotesi di omissione di informazioni indispensabili all’attribuzione della maggiorazione del 10%.

Tre sono i quesiti rimessi all'Adunanza Plenaria: 1) se la richiesta di un operatore economico degli incentivi previsti dal D.M. 5 maggio 2011 e della maggiorazione prevista dall'art. 14, comma 1, lett. d) dello stesso D.M. determini l'avvio di un unico procedimento, nel quale la maggiorazione abbia la stessa natura dell'incentivo base; 2) se, ai sensi dell'art. 42, comma 3, del D.Lgs. n. 28 del 2011, quando la violazione riscontrata riguardi una certificazione prodotta al fine di ottenere la maggiorazione del 10% di cui al predetto art. 14, la violazione stessa debba intendersi rilevante ai fini della decadenza dalla intera tariffa incentivante, ovvero dalla sola maggiorazione; 3) se il provvedimento di decadenza, nell'ipotesi in cui riguardi l'intero beneficio, abbia natura sanzionatoria e, quindi, richieda l'accertamento dell'elemento soggettivo.

Il Consiglio di Stato si sofferma, in primo luogo, sui profili di diritto intertemporale della vicenda e afferma che la fattispecie trae origine da un provvedimento del 2 marzo 2017, per cui deve essere decisa alla luce dell'originaria formulazione della norma, la quale prevedeva una generica decadenza dagli incentivi causalmente collegata alla rilevanza delle violazioni.

Analizza poi la natura della decadenza, intesa quale "vicenda pubblicistica estintiva, *ex tunc* o *ex nunc*, di una posizione giuridica di vantaggio" e stabilisce che, pur presentando dei tratti comuni con l'istituto dell'autotutela, se ne differenzia per alcune specifiche caratteristiche.

In primis, mentre per l'autotutela sussiste una norma generale, quale quella dell'art. 21 *nonies*, L. n. 241/90, che ne disciplina i presupposti, le condizioni e gli effetti, la decadenza è espressamente prevista da singole disposizioni legislative.

In secundis, i due istituti si differenziano per la tipologia del vizio sotteso. Solitamente i vizi che danno luogo a decadenza consistono nella falsità o non veridicità delle dichiarazioni dell'istante su stati e condizioni o nella violazione di prescrizioni amministrative essenziali per il perdurante godimento dei benefici o, ancora, nel venir meno dei requisiti di idoneità per la costituzione e la continuazione del rapporto. Invece, i presupposti che legittimano l'esercizio del potere di autotutela sono la illegittimità del provvedimento amministrativo, la sussistenza di un interesse pubblico al ritiro dell'atto e l'esercizio entro un termine ragionevole.

Ultimo criterio distintivo attiene al carattere vincolato del potere di decadenza. Al contrario, l'autotutela è espressione di un potere discrezionale della p.a.

La decadenza non presenta, invece, alcun tratto comune con la sanzione, non rilevando l'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

Inoltre, l'effetto ablatorio prodotto dalla decadenza è limitato alla utilità concessa attraverso il precedente provvedimento ampliativo.

È alla luce delle suddette coordinate che il Consiglio di Stato affronta l'esegesi dell'art. 42, comma 3, nella formulazione *ratione temporis* applicabile.

La decadenza a cui fa riferimento la predetta disposizione è certamente sussumibile nel concetto di decadenza pubblicistica, dovendosi invece escludere che sotto il *nomen iuris* utilizzato possano essere ricondotti altri istituti di carattere sanzionatorio.

Inoltre, il *discrimen* fra la decadenza dal beneficio incentivante e la sanzione risulta dalla stessa norma, che demanda al G.S.E. il compito di trasmettere gli atti a base del provvedimento di decadenza all'Autorità indipendente di settore per l'eventuale irrogazione di sanzioni.

Venendo al caso di specie (originato dalla impugnazione del provvedimento del 2 marzo 2017, con il quale il G.S.E., a conclusione del procedimento di verifica aveva dichiarato la decadenza dal diritto alle tariffe incentivanti, disponendo il recupero integrale degli incentivi concessi, a causa dell'omissione di una informazione indispensabile per l'attribuzione della maggiorazione del 10%) il Consiglio di Stato giunge alle seguenti conclusioni.

Il beneficio è materialmente e giuridicamente scomponibile in due parti, ovvero: la tariffa incentivante base e il premio del 10%.

Nella fattispecie l'omissione rileva esclusivamente ai fini dell'attribuzione del premio, mentre è del tutto irrilevante in ordine alla tariffa base incentivante.

Di conseguenza, il G.S.E., verificata la sussistenza della rilevanza causale della violazione rispetto alla concessione del beneficio, senza indagare sull'elemento soggettivo, avrebbe dovuto limitare la decadenza al solo premio, riservando ogni valutazione in punto di sanzionabilità del comportamento all'Autorità indipendente cui il potere sanzionatorio è dalla legge espressamente attribuito.

In definitiva, l'Adunanza Plenaria pone le seguenti affermazioni di principio: *“a) quando la domanda ha ad oggetto una tariffa incentivante maggiorata rispetto a quella base in ragione del premio contemplato dall'art. 14 del D.M. 5 maggio 2011, essa deve intendersi come avente un oggetto plurimo, scindibile nei suoi effetti giuridici; b) quando la violazione riscontrata riguarda una certificazione prodotta al fine di ottenere la maggiorazione del 10% di cui all'art. 14, comma 1, lett. d) del D.M. 5 maggio 2011, la violazione stessa deve intendersi rilevante ai fini della decadenza dalla sola maggiorazione del 10% per ottenere la quale era stata prodotta; c) l'accertamento necessario ai fini della pronuncia di decadenza ha ad oggetto la sola violazione e la sua rilevanza, prescindendo dall'elemento soggettivo; quest'ultimo ha piuttosto rilevanza nel prosieguo del procedimento sanzionatorio presso l'Autorità indipendente di settore cui gli atti sono trasmessi”*.

L'accesso agli atti in relazione ai documenti reddituali e finanziari

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 25 settembre 2020, n. 19)

“La Quarta Sezione del Consiglio di Stato, investita della causa d'appello, [...], rimetteva gli atti all'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm., ponendo le seguenti questioni: «a) *se i documenti reddituali (le dichiarazioni dei redditi e le certificazioni reddituali), patrimoniali (i contratti di locazione immobiliare a terzi) e finanziari (gli atti, i dati e le informazioni contenuti nell'Archivio dell'Anagrafe tributaria e le comunicazioni provenienti dagli operatori finanziari) siano qualificabili quali documenti e atti accessibili ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990; b) in caso positivo, quali siano i rapporti tra la disciplina generale riguardante l'accesso agli atti amministrativi ex lege n. 241/1990 e le norme processuali civilistiche previste per l'acquisizione dei documenti amministrativi al processo (secondo le previsioni generali, ai sensi degli artt. 210 e 213 del cod. proc. civ.; per la ricerca telematica nei procedimenti in materia di famiglia, ai sensi del combinato disposto di cui artt. 492-bis del cod. proc. civ. e 155-sexies delle disp. att. del cod. proc. civ.); [...]*».

[...]

8.3. [...] [L]a nozione normativa di «documento amministrativo» suscettibile di formare oggetto di istanza di accesso documentale è ampia e può riguardare ogni documento detenuto dalla pubblica amministrazione o da un soggetto, anche privato, alla stessa equiparato ai fini della specifica normativa dell'accesso agli atti, e formato non solo da una pubblica amministrazione, ma anche da soggetti privati, purché lo stesso concerna un'attività di pubblico interesse o sia utilizzato o sia detenuto o risulti significativamente collegato con lo svolgimento dell'attività amministrativa, nel perseguimento di finalità di interesse generale.

[...]

8.6. [...] [D]eve ritenersi che le dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti acquisiti dall'amministrazione finanziaria e i relativi dati inseriti e conservati nell'anagrafe tributaria [...] rientrano, senza particolari dubbi esegetici, nella sopra riportata ampia nozione di documenti amministrativi [...].

8.7 [...] [L]a qualificazione dei documenti in questione come «documenti amministrativi» comporta la loro piena accessibilità [...].

La seconda e centrale questione della controversia attiene ai rapporti tra l'istituto dell'accesso documentale difensivo ex art. 24, comma 7, l. n. 241/1990 e lo strumento processuale delineato dall'art. 155-sexies disp. att. cod. proc. civ. (inserito dal d.-l. n. 132/2014 convertito dalla legge n. 162/2014, e modificato dall'art. 5, comma 1, d.-l. n. 59/2016 convertito dalla legge n. 119/2016), con il quale sono stati ampliati i poteri istruttori del giudice ordinario ai fini della ricostruzione della situazione patrimoniale ed economico-finanziaria [...].

[...] [S]ono due le logiche all'interno delle quali opera l'istituto dell'accesso: la logica partecipativa e della trasparenza e quella difensiva. [...].

[...]

9.2. [...] [L]'accesso difensivo è costruito come una fattispecie ostensiva autonoma, caratterizzata (dal lato attivo) da una *vis espansiva* capace di superare le ordinarie preclusioni che si frappongono alla conoscenza degli atti amministrativi; e connotata (sul piano degli oneri)

da una stringente limitazione, ossia quella di dovere dimostrare la ‘necessità’ della conoscenza dell’atto o la sua ‘stretta indispensabilità’, nei casi in cui l’accesso riguarda dati sensibili o giudiziari. In secondo luogo, la conoscenza dell’atto non è destinata a consentire al privato di partecipare all’esercizio del pubblico potere in senso ‘civilmente’ più responsabile, ossia per contribuire a rendere l’esercizio del potere condiviso, trasparente e imparziale, ma rappresenta il tramite per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici.

[...]

La necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all’accesso e la situazione giuridica ‘finale’, nel senso che l’ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico *ex ante*, come il tramite – in questo senso strumentale – per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica ‘finale’ controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio. [...]. Ai fini del riconoscimento della situazione legittimante, non è positivamente richiesto il requisito dell’attuale pendenza di un processo in sede giurisdizionale. [...]. Più in particolare, dalle previsioni normative sopra illustrate emerge una disciplina dell’accesso difensivo nel senso di: a) esigere la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l’accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici (v. art. 24, comma 7, legge n. 241/1990 e s.m.i.); b) ricomprendere, tra i destinatari, tutti i soggetti privati, ivi compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, senza alcuna ulteriore esclusione (art. 22, comma 1, lettera d), con formula replicata dall’art. 2, comma 1, d.P.R. n. 184/2006); c) circoscrivere le qualità dell’interesse legittimante a quelle ipotesi che – sole – garantiscono la piena corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) di cui la stessa fattispecie si compone, atteso il necessario raffronto che l’interprete deve operare, in termini di pratica sussunzione, tra la fattispecie concreta di cui la parte domanda la tutela in giudizio e l’astratto paradigma legale che ne costituisce la base legale. Siffatto giudizio di sussunzione, che costituisce la base fondante dell’accesso difensivo, è regolato in ogni suo aspetto dalla legge (e dal rispettivo regolamento di attuazione), mostrandosi privo di tratti ‘liberi’ lasciati alla interpretazione discrezionale dell’autorità amministrativa, ovvero alla prudente interpretazione del giudice. Più in particolare, la legge ha proceduto a selezionare, tra i canoni ermeneutici in astratto possibili, quelli della immediatezza, della concretezza e dell’attualità (art. 22, comma 1, lettera d), legge n. 241 cit.), in modo tale da ancorare il giudizio sull’interesse legittimante a due parametri fissi, rigidi e predeterminati quanto al loro contenuto obiettivo. La ‘corrispondenza’ circoscrive esattamente l’interesse all’accesso agli atti in senso «*corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata*». In tal modo – ritornando allo specifico settore dei procedimenti in materia di famiglia – l’accesso di un privato agli atti reddituali, patrimoniali e *lato sensu* finanziari di un altro soggetto privato sarà strettamente ancorato e non fuoriuscirà dalla necessità della difesa in giudizio di situazioni riconosciute dall’ordinamento come meritevoli di tutela. Il legislatore medesimo, infatti, si è preoccupato di disciplinare il fenomeno giuridico della ‘famiglia’ in senso omnicomprensivo, e cioè tale da ricomprendere il momento della sua formazione, quello del suo svolgimento e quello, eventuale, della crisi e del suo scioglimento. [...] Il legislatore ha ulteriormente circoscritto l’oggetto della situazione legittimante l’accesso, esigendo che la stessa, oltre a corrispondere – come finora è stato detto – al contenuto dell’astratto paradigma legale, sia anche «*collegata al documento al quale è chiesto l’accesso*», in modo tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l’ostensione, e per l’ottenimento del quale l’accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite. Questa esigenza è soddisfatta, sul piano

procedimentale, dal successivo art. 25, comma 2, l. n. 241/1990, ai sensi del quale «[l]a richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata». La volontà del legislatore è di esigere che le finalità dell'accesso siano dedotte e rappresentate dalla parte in modo puntuale e specifico nell'istanza di ostensione, e suffragate con idonea documentazione (ad es. scambi di corrispondenza; diffide stragiudiziali; in caso di causa già pendente, indicazione sintetica del relativo oggetto e dei fatti oggetto di prova; ecc.), onde permettere all'amministrazione detentrica del documento il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta *sub specie* di astratta pertinenza con la situazione 'finale' controversa. In questa prospettiva, pertanto, va escluso che possa ritenersi sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando

[...]

L'Adunanza plenaria, conclusivamente, enuncia sulle questioni poste i seguenti principi di diritto, anche ai sensi dell'art. 99, comma 5, cod. proc. amm.:

(i) «Le dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti presentati o acquisiti (d)agli uffici dell'amministrazione finanziaria, contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari ed inseriti nelle banche dati dell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, costituiscono documenti amministrativi ai fini dell'accesso documentale difensivo ai sensi degli artt. 22 e ss. della legge n. 241/1990»;

(ii) «L'accesso documentale difensivo può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione istruttoria di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile ai sensi degli artt. 210, 211 e 213 cod. proc. civ.»;

(iii) «L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori di cui agli artt. 155-sexies disp. att. cod. proc. civ. e 492-bis cod. proc. civ., nonché, più in generale, dalla previsione e dall'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio del giudice civile nei procedimenti in materia di famiglia»;

(iv) «L'accesso difensivo ai documenti contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, presenti nell'anagrafe tributaria, ivi compreso l'archivio dei rapporti finanziari, può essere esercitato mediante estrazione di copia».

Nota di Pierandrea Fulgenzi

Con ordinanza di rimessione la IV^a Sezione del Consiglio di Stato ha posto al vaglio dell'Adunanza plenaria il rapporto tra la disciplina del diritto d'accesso contenuta nella legge 7 agosto 1990, n. 241 (artt. 22 e ss.) e le norme processuali civilistiche (artt. 210 e 213 c.p.c.; art. 492-bis cod. proc. civ. e art. 155-sexies disp. att. c.p.c. sulla ricerca telematica nei procedimenti in materia di famiglia), che regolano l'acquisizione di informazioni e documenti relativi all'accertamento della situazione reddituale e patrimoniale dell'ex-coniuge o convivente, da far valere nel giudizio civile instaurato nell'interesse del figlio minorenne.

Secondo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, le dichiarazioni, le comunicazioni e gli atti comunque acquisiti dall'amministrazione finanziaria – contenenti i dati reddituali, patrimoniali e finanziari, e inseriti nelle banche dati dell'anagrafe tributaria – costituiscono do-

cumenti amministrativi ai fini dell'accesso documentale difensivo, che può essere esercitato indipendentemente dalla previsione e dall'esercizio dei poteri processuali di esibizione di documenti amministrativi e di richiesta di informazioni alla pubblica amministrazione nel processo civile, nonché dei poteri istruttori d'ufficio del giudice civile nei procedimenti in materia di famiglia. Il collegio ha poi precisato che l'accesso difensivo ai documenti presenti nell'anagrafe tributaria può essere esercitato mediante estrazione di copia anche attraverso modalità telematiche.

La sentenza in commento fornisce occasione di riflessione circa l'estensione o meno della disciplina dell'accesso documentale a tutti i documenti dell'anagrafe tributaria contenenti sia i dati patrimoniali e fiscali sia i dati sui rapporti finanziari. Trattasi di questione che deve essere risolta in senso affermativo, atteso il concetto ampio di "*documento amministrativo*" delineato dagli artt. 22 co. 1, lett. d) legge 241/1990 e 1, co. 1, lett. a), D.P.R. 445/2000. Sotto il profilo oggettivo la nozione normativa di "*documento amministrativo*" suscettibile di istanza di accesso è ampia e può riguardare ogni documento detenuto dalla PA o da un soggetto, anche privato, alla stessa equiparato "*purché lo stesso concerna un'attività di pubblico interesse o sia utilizzata o sia detenuta o risulti significativamente collegato con lo svolgimento dell'attività amministrativa, nel perseguimento di finalità di interesse generale*".

Tali considerazioni consentono di indugiare sul rapporto tra l'istituto dell'accesso documentale difensivo ex art. 24, comma 7 l. 241/1990 e gli strumenti di accesso ai documenti amministrativi messi a disposizione dal processo civile.

L'art. 24 della l. 241/1990, nell'ultimo comma, enuclea un'autonoma funzione dell'accesso, costruendola come "*un'eccezione*" rispetto all'elenco delle esclusioni dal diritto di accesso che danno la rubrica all'articolo in parola. Il comma 7 è "*netto*" nello stabilire che "*deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso [...] per curare e difendere i propri interessi giuridici*". Discende da ciò che attraverso l'utilizzo dell'avverbio "*comunque*" il Legislatore non abbia voluto "*appiattare*" l'istituto dell'accesso documentale sulla sola prospettiva della partecipazione, dell'imparzialità e della trasparenza, giacché in tale istituto convivono due anime, di cui una, quella afferente l'accesso difensivo, "*può addirittura operare quale eccezione al catalogo delle esclusioni previste per l'altra (e cioè l'accesso partecipativo)*", salvo gli opportuni temperamenti di cui all'art. 60 D.Lgs. 196/2003, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

Emerge una disciplina dell'accesso difensivo "*priva di tratti liberi lasciati all'interpretazione discrezionale*" del giudice, in quanto il Legislatore ha circoscritto l'operatività dell'istituto in esame, esigendo che la situazione legittimante l'accesso non solo sia astrattamente sussumibile nel paradigma legale ma anche "*astrattamente collegata al documento del quale è chiesto l'accesso*". Tale esigenza è soddisfatta dalla necessaria motivazione che deve accompagnare la richiesta di accesso (art. 25, co. 2 L. 241/1990), "*onde permettere all'amministrazione [...] il vaglio del nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta sub specie di astratta pertinenza con la situazione finale controversa*", non essendo sufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie.

Orbene, l'accesso difensivo ha una duplice natura giuridica, sostanziale e processuale. La natura sostanziale dipende dall'essere – l'accesso – una situazione strumentale per la tutela di una situazione giuridica finale; la natura processuale consiste nel fatto che il Legislatore ha voluto fornire di "*azione*" la "*pretesa*" di conoscenza (cfr. art. 116 cod. proc. amm.).

Viceversa, gli strumenti di acquisizione probatoria, tipizzati nel processo civile, si muovono esclusivamente sul piano e all'interno del rito, sicché "*[...] costruire, oggi, l'accesso agli atti amministrativi come uno strumento non tanto alternativo, quanto addirittura recessivo rispetto agli strumenti processuali civilistici di acquisizione probatoria, è – dunque – operazio-*

ne giuridicamente non convincente [...]”, poiché a livello oggettivo non si evince un rapporto di specialità tra questi strumenti, bensì un rapporto di concorrenza e cumulatività.

In conclusione si può affermare come gli strumenti offerti dal processo civile non siano un limite alla esperibilità dell’accesso documentale difensivo prima o in pendenza del giudizio sulla situazione giuridica “*finale*”, atteso che essi “*sembrano presupporre (e in qualche modo imporre) il suo previo esperimento*”.

Nullità delle clausole del bando che limitano il ricorso all'avvalimento in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 16 ottobre 2020, n. 22)

“[A] integrazione di quanto già affermato dalla sentenza [...] n. 9 del 2014, ritiene l'Adunanza Plenaria che – al cospetto della nullità della clausola escludente *contra legem* del bando di gara – non vi sia l'onere per l'impresa di proporre alcun ricorso: tale clausola – in quanto inefficace e improduttiva di effetti – si deve intendere come ‘non apposta’, a tutti gli effetti di legge.

Non si possono considerare applicabili l'art. 21-*septies* della legge n. 241 del 1990 e l'art. 31 del codice del processo amministrativo, i quali si riferiscono ai casi in cui un provvedimento sia nullo ed ‘integralmente’ improduttivo di effetti: la clausola escludente affetta da nullità, in base al principio *vitiatur sed non vitiat* già affermato dalla sentenza di questa Adunanza n. 9 del 2014, non incide sulla natura autoritativa del bando di gara, quanto alle sue ulteriori determinazioni.

Il legislatore, nel prevedere la nullità della clausola in questione, ha disposto la sua inefficacia, tanto che – se anche il procedimento dura ben più dei sei mesi previsti dall'art. 31 del c.p.a. per l'esercizio della azione di nullità – la stazione appaltante comunque non può attribuire ad essa rilievo perché ritenuta “inoppugnabile”.

I successivi atti del procedimento, inclusi quelli di esclusione e di aggiudicazione, pur basati sulla clausola nulla, conservano il loro carattere autoritativo e sono soggetti al termine di impugnazione previsto dall'art. 120 del codice del processo amministrativo, entro il quale si può chiedere l'annullamento dell'atto di esclusione (e degli atti successivi) per aver fatto illegittima applicazione della clausola escludente nulla.

L'art. 120 non prevede alcuna deroga al termine di decadenza di trenta giorni, che sussiste qualsiasi sia il vizio – più o meno grave – dell'atto impugnato. Né può farsi discendere, quanto meno nell'ordinamento amministrativo, la nullità di un atto applicativo di un precedente provvedimento solo parzialmente affetto da una nullità riferita a una sua specifica clausola inidonea a inficiare la validità di quel provvedimento nel suo complesso.

13. Non vi è dunque alcun onere, in conclusione, per le imprese partecipanti alla gara di impugnare (entro l'ordinario termine di decadenza) la clausola escludente nulla e quindi “inefficace” *ex lege*, ma vi è uno specifico onere di impugnare nei termini ordinari gli atti successivi che facciano applicazione (anche) della clausola nulla contenuta nell'atto precedente.

14. Per le ragioni che precedono, l'Adunanza Plenaria enuncia i seguenti principi di diritto:

a) la clausola del disciplinare di gara che subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione SOA anche della stessa impresa ausiliata si pone in contrasto con gli artt. 84 e 89, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 ed è pertanto nulla ai sensi dell'articolo 83, comma 8, ultimo periodo, del medesimo decreto legislativo;

b) la nullità della clausola ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d. lgs. n. 50 del 2016 configura un'ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all'intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa;

c) i provvedimenti successivi adottati dall'amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla, ivi compresi il provvedimento di esclusione dalla gara o la sua aggiudicazione, vanno impugnati nell'ordinario termine di decadenza, anche per far valere l'illegittimità derivante dall'applicazione della clausola nulla”.

Nota di Nunziante Di Lorenzo

La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 16.10.2020 n. 22 affronta e risolve la dibattuta questione della validità della clausola del bando di gara *praeter legem*, con portata oggettivamente escludente.

In particolare, la V Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza non definitiva n. 1920 del 17 marzo 2020, ha rimesso all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

“a) se rientrano nel divieto di clausole cosiddette atipiche, di cui all'art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, le previsioni dei bandi o delle lettere d'invito con le quali la stazione appaltante, limitando o vietando, a pena di esclusione, il ricorso all'avvalimento al di fuori delle ipotesi consentite dall'art. 89 del medesimo decreto legislativo, escluda, di fatto, la partecipazione alla gara degli operatori economici che siano privi dei corrispondenti requisiti di carattere economico-finanziario o tecnico-professionale;

b) se, in particolare, possa reputarsi nulla la clausola con la quale, nel caso di appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, sia consentito il ricorso all'avvalimento dell'attestazione SOA soltanto da parte di soggetti che già ne posseggano una propria”.

La vicenda processuale trae origine dall'impugnazione del provvedimento di esclusione adottato da una Stazione appaltante ai danni di una delle imprese concorrenti per carenza di un requisito tecnico di partecipazione alla gara (art. 83 del d.lgs. n. 50/2016). In particolare, per quanto rileva ai fini del presente lavoro, la ricorrente ha impugnato la predetta esclusione in relazione all'art. 20 della *lex specialis*, nella misura in cui quest'ultimo, pur consentendo all'operatore economico di comprovare i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale richiesti dal disciplinare di gara avvalendosi dell'attestazione SOA di altro soggetto, al contempo, prescrive l'obbligo per l'impresa ausiliata di essere in possesso di una propria attestazione SOA.

Il canone normativo violato, secondo la ricostruzione della ricorrente, è quello degli artt. 83, comma 8, e 89 del Codice dei contratti pubblici. In altri termini, l'impresa esclusa lamenta non un semplice vizio di annullabilità della richiamata clausola del bando bensì quello più grave della nullità. Infatti, l'art. 83 citato, al comma 8, prevede che: *“... I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.*

A prescindere dai pur interessanti risvolti processuali che involgono il *casus belli*, ciò che giova evidenziare sono i vari passaggi motivazionali della pronuncia in commento che sorreggono la finale statuizione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

A tal fine, bisogna partire dal dato testuale del citato art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016. Quest'ultimo prevede espressamente la sanzione della nullità delle clausole del bando (o delle lettere di invito) che impongono il rispetto, a pena di esclusione, di ulteriori prescrizioni rispetto a quelle previste dalla legge per la partecipazione alla procedura di gara.

Nella fattispecie in esame viene in rilievo la disciplina dell'avvalimento di cui all'art. 89 del Codice dei contratti pubblici, in particolare dell'avvalimento dell'attestazione SOA. Come ribadito anche dalla sentenza in commento: *“la giurisprudenza di questo Consiglio ha più volte ribadito che l'avvalimento dell'attestazione SOA è consentito ad una duplice condizione: a) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA; b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile”* (cfr. pag. 11, punto 8.2).

Di converso, sono tipizzate, al medesimo art. 89, le ipotesi tassative in cui non è possibile ricorrere all'avvalimento, al di fuori delle quali ogni altra prescrizione si porrebbe in contrasto con le norme del Codice.

Pertanto, sul punto, la sentenza risolve: *“risulta illegittima, per violazione degli artt. 84 e 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, la clausola del disciplinare di gara che, senza indicare le specifiche ragioni ai sensi dell'art. 89, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, subordini l'avvalimento dell'attestazione SOA alla produzione, in sede di gara, dell'attestazione SOA della impresa ausiliata”* (cfr. pag. 15, punto 8.9).

Giunto a questa parziale conclusione, quindi, il Collegio qualifica il vizio di illegittimità rilevato statuendo che: *“... deve ritenersi che la clausola escludente del bando è affetta da nullità, e pertanto da considerare come non apposta e quindi disapplicabile, poiché essa finisce per integrare un requisito ulteriore rispetto a quelli espressamente previsti dagli artt. 80 e 83 del codice dei contratti pubblici; cosa non consentita dall'ordinamento, che anzi in tal caso prevede la sanzione massima della nullità ... L'art. 83, comma 8, del vigente codice degli appalti (d.lgs. n. 50 del 2016) ha confermato il principio di tassatività delle cause di esclusione e ha ribadito che ‘sono comunque nulle’ le clausole escludenti in contrasto con tale principio. Ritiene l'Adunanza Plenaria che la nullità della clausola escludente contra legem, ora prevista dall'art. 83, comma 8, del codice, vada intesa anch'essa come nullità in senso tecnico (con la conseguente improduttività dei suoi effetti) ... In altri termini, la clausola è nulla, ma tale nullità, se da un lato non si estende al provvedimento nel suo complesso (vitiatur sed non vitiat), d'altro canto impedisce all'amministrazione di porre in essere atti ulteriori che si fondino su quella clausola, rendendoli altrimenti illegittimi e quindi, attesa l'autoritatività di tali atti applicativi, annullabili secondo le regole ordinarie”*.

Sull'applicabilità della clausola di salvaguardia ai finanziamenti pubblici

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 26 ottobre 2020, n. 23)

“Occorre precisare, preliminarmente, che la questione deferita all’esame dell’Adunanza Plenaria dalla Sezione nei seguenti termini – *“se il limite normativo delle “utilità conseguite”, di cui all’inciso finale contenuto sia nell’art. 92 comma terzo, sia nell’art. 94 secondo comma del D. Lgs. n.159/2011, è da ritenersi applicabile ai soli contratti di appalto pubblico, ovvero anche ai finanziamenti e ai contributi pubblici erogati per finalità di interesse collettivo”* – abbisogna di una diversa e più ampia formulazione.

Le disposizioni considerate prevedono, in modo sostanzialmente simile, che i soggetti di cui all’art. 83, nel caso di informazione antimafia interdittiva, *“revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”*.

Stabilire, dunque, se *“il limite normativo”* delle *“utilità conseguite”* si riferisca solo ai contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, oppure anche ai finanziamenti e contributi pubblici, così come richiede il Giudice del deferimento, presuppone innanzi tutto stabilire se la salvezza *“del pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione del rimanente”* si riferisca solo ai predetti contratti o anche ai finanziamenti.

Difatti, è la *“salvezza”* del pagamento il vero *“limite”* normativo (ovvero l’eccezione agli effetti della revoca e del recesso dai contratti), contribuendo invece il limite delle *“utilità conseguite”* solo alla definizione del *“quantum”* di una salvezza già verificata sussistente.

[...]

7. Tanto precisato in ordine alla questione sottoposta al presente giudizio, occorre ricordare che, con sentenza 6 aprile 2018 n. 3, questa Adunanza Plenaria ha già avuto modo di affermare, formulando il *“principio di diritto”*, che il provvedimento di cd. *“interdittiva antimafia”* determina una particolare forma di incapacità giuridica in ambito pubblico, e dunque la insusciabilità del soggetto (persona fisica o giuridica) che di esso è destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che, sul loro cd. *“lato esterno”*, determinino rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione. [...] Da quanto esposto consegue che [...] costituiscono norme di eccezione, e come tali di stretta interpretazione [...], quelle che, pur in presenza di una riconosciuta situazione di incapacità, consentono la conservazione da parte di un soggetto destinatario di informazione interdittiva di attribuzioni patrimoniali medio tempore eventualmente acquisite ovvero la possibilità di procedere alla loro dazione da parte delle pubbliche amministrazioni.

Pertanto, l’esame ermeneutico degli articoli 92, co. 3 e 94, co. 2 del d lgs. n. 159/2011, nella parte in cui questi consentono la salvezza del *“pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”* – da accertare se con riferimento ai contratti da cui si recede ovvero anche ai finanziamenti o simili medio tempore erogati – deve rispondere alla regola di stretta interpretazione propria delle norme di eccezione.

8. In aggiunta a quanto ora esposto, occorre rilevare che gli articoli più volte citati disciplinano, di per sé, non già la situazione “ordinaria” di particolari rapporti giuridici con le pubbliche amministrazioni, bensì una situazione che costituisce già essa stessa “deroga” all’ordinario procedimento volto alla adozione di atti ovvero alla costituzione di rapporti contrattuali.

[...]

9.1. [...] [N]el caso della disciplina “derogatoria”, proprio perché essa consente di procedere alla instaurazione di rapporti con un privato del quale, allo stato, non si conosce la sussistenza della capacità ad avere tali rapporti con la pubblica amministrazione, viene altresì cautelativamente precisato che:

– “i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni di cui all’articolo 67 sono corrisposti sotto condizione risolutiva” e i soggetti pubblici “revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti” (art. 92, co. 3)

– “la revoca e il recesso . . . si applicano anche quando gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati successivamente alla stipula del contratto, alla concessione dei lavori o all’autorizzazione del subcontratto” (art. 92, co. 4).

In sostanza, ciò che, in contemperamento della pluralità di esigenze connesse alla tutela di interessi pubblici e privati, viene effettuato dai soggetti di cui all’articolo 83 (rilascio di autorizzazioni o concessioni, erogazione di contributi e simili, stipulazione di contratti) avviene sotto la rigida condizione dell’accertamento della stessa capacità del soggetto privato ad essere parte del rapporto con la pubblica amministrazione, con la ovvia conseguenza che – laddove per il tramite dell’informazione antimafia interdittiva tale capacità venga accertata come insussistente – non possono che manifestarsi in termini di nullità sia i provvedimenti amministrativi rilasciati (per difetto di un elemento essenziale del medesimo, *ex art. 21-septies l. n. 241/1990*), sia il contratto stipulato con soggetto incapace.

Giova precisare che ciò che consegue alla interdittiva antimafia non costituisce un “fatto” sopravvenuto che determina la revoca del provvedimento emanato ovvero la risoluzione del contratto *per factum principis*, bensì il (pur tardivo) accertamento della insussistenza della capacità del soggetto ad essere parte del rapporto con l’amministrazione pubblica: quella incapacità che – laddove fosse stata, come di regola, previamente accertata – avrebbe escluso in radice sia l’adozione di provvedimenti sia la stipula di contratti.

[...] [L]e disposizioni degli articoli 92 e 94 intendono affermare per il tramite del non appropriato riferimento agli istituti della “revoca” (del provvedimento) e del “recesso” (dal contratto), che l’accertamento dell’intervenuta “condizione risolutiva” altro non è che l’accertamento successivo (consentito dalla legge) dell’incapacità giuridica del soggetto ad essere destinatario di provvedimenti amministrativi ovvero ad essere parte del contratto ad evidenza pubblica.

A ciò consegue, quanto ai provvedimenti di concessione di benefici economici, comunque denominati, che l’intervenuto accertamento dell’incapacità del soggetto, cui si riconnette la “precarietà” degli effetti dei medesimi, espressamente enunciata dalle norme, esclude che possa esservi legittima ritenzione delle somme da parte del soggetto beneficiario (ma giuridicamente incapace).

Né è possibile ipotizzare, in presenza di un chiaro riferimento normativo alla “precarietà” dei provvedimenti adottati o del provvedimento stipulato, l’insorgere di un “affidamento” in capo al soggetto privato.

[...]

Anche il riferimento alle “utilità conseguite” – come misura del “quantum” dovuto dall’amministrazione al privato colpito da interdittiva – contribuisce ad escludere che la nor-

ma di eccezione relativa alla salvezza dei pagamenti possa estendersi anche ai finanziamenti ed ai contributi.

L'“utilità conseguita” non corrisponde all'investimento realizzato in conformità al programma di finanziamento.

[...]

[...] [N]el caso del finanziamento, non può parlarsi di una “utilità” per l'amministrazione, soggettivamente intesa, ma più esattamente di un interesse pubblico che trascende la mera (sia pur completa e corretta) realizzazione del programma (che invece, ove non realizzato, comporta *ex se* conseguenze quali la revoca sanzionatoria del finanziamento, oltre alla possibile configurazione di un illecito penale).

Si tratta di un interesse pubblico per il perseguimento del quale il programma realizzato (e che molto spesso consiste in opere che restano in proprietà del privato) costituisce un mezzo e non un fine. Se è vero che *“ogni attività della pubblica amministrazione che importa erogazione di provvidenze economiche è (deve essere) finalizzata a scopi di interesse pubblico e questi ultimi si sostanziano in benefici collettivi, immediatamente o mediamente riconducibili all'esercizio del potere”* (in tal senso, Cgars, n. 3/2019 cit.), appare evidente come non sia possibile ricondurre alla “utilità conseguita”, presente nel testo normativo, anche più generali interessi pubblici, per i quali: per un verso, l'accertamento appare non rispondere (o non rispondere sempre) a parametri giuridici, bensì a parametri macroeconomici, proporzionati alla tipologia, alla estesa latitudine degli interessi programmati e alla loro distribuzione nel lungo periodo; per altro verso, essi stessi prescindono da una vera e propria possibilità di “misurazione” in senso giuridico o economico, afferendo alla migliore esplicazione di diritti politici o economici, ovvero ad aspetti di sviluppo sociale o culturale[...]. [...]

D'altra parte, occorre non dimenticare che il testo normativo (del quale qui si nega l'interpretazione estensiva) prevede *“la salvezza del pagamento del valore delle opere già eseguite e del rimborso delle spese già sostenute per l'esecuzione del rimanente”*; ciò rende valutabile l'utilità conseguita dall'amministrazione anche attraverso un'opera incompiuta – perché all'amministrazione resta un bene che comunque ne accresce il patrimonio – ma non rende altrettanto valutabile un interesse pubblico derivante da un programma finanziato ma solo in parte realizzato.

Il che comporta ulteriori “distingui” interpretativi che rendono ancor più evidente l'impossibilità di una lettura estensiva che, già dubbia con queste modalità ermeneutiche per norme ordinarie, è da escludere per norme eccezionali.

10. Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, l'Adunanza Plenaria formula il seguente principio di diritto:

“la salvezza del pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, previsti dagli articoli 92, comma 3, e 94, comma 2, del d. lgs. 6 settembre 2011 n. 159, si applicano solo con riferimento ai contratti di appalto di lavori, di servizi e di forniture”.

Nota di Federica Marconi

La pronuncia in commento trae origine dalla richiesta di ripetizione di un contributo pubblico concesso ad una azienda per incentivare un'iniziativa imprenditoriale privata. In previsione dell'erogazione del finanziamento, l'ente pubblico richiedeva il rilascio dell'informativa

antimafia alla Prefettura competente, che comunicava l'intervenuta informativa positiva nei confronti dell'impresa finanziata solo quando i lavori oggetto di finanziamento erano già stati interamente eseguiti. L'ente provvedeva, pertanto, alla revoca dei contributi erogati, chiedendone la restituzione.

L'Adunanza Plenaria, risolvendo il contrasto giurisprudenziale sul tema, definisce l'ambito delle conseguenze di un'interdittiva antimafia c.d. "*sopravvenuta*" sull'erogazione di finanziamenti pubblici per un'opera compiutamente realizzata. In particolare, oggetto del quesito deferito dalla sezione terza del Consiglio di Stato è la previsione, sostanzialmente simile, degli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2 d.lgs. n. 159/2011, secondo cui i soggetti di cui all'art. 83, in caso di eventuale informazione antimafia positiva intervenuta successivamente al pagamento, procedono alla revoca delle autorizzazioni e delle concessioni, ovvero al recesso dai contratti, "*fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite*".

L'iter argomentativo seguito dalla Plenaria si snoda affrontando due questioni principali: i) verificare se il "*limite normativo*" delle "*utilità conseguite*" si applichi ai soli contratti di appalto di lavori, servizi e forniture ovvero anche alle concessioni di finanziamenti e contributi; ii) cosa debba intendersi per utilità conseguita. A tal riguardo, viene preliminarmente precisato che il vero limite normativo – e cioè l'eccezione agli effetti della revoca e del recesso dai contratti – deve considerarsi la "*salvezza*" del pagamento, poiché il limite delle "*utilità conseguite*" contribuisce solo alla definizione del *quantum* di una salvezza già verificata nell'*an*.

In apertura delle proprie argomentazioni, richiamando la sua precedente pronuncia 6 aprile 2018, n. 3, l'Adunanza ribadisce che il provvedimento di interdittiva antimafia determina una particolare forma di incapacità giuridica in ambito pubblico con insuscettività del soggetto ad essere titolare di rapporti giuridici, in particolare patrimoniali, con la P.A.

Ne consegue che costituiscono norme di eccezione, e come tali di stretta interpretazione, quelle che, pur in presenza di una riconosciuta situazione di incapacità, consentono la conservazione da parte di un soggetto destinatario di informazione interdittiva di attribuzioni patrimoniali *medio tempore* eventualmente acquisite ovvero la possibilità di procedere alla loro dazione da parte delle pubbliche amministrazioni.

Secondo la Plenaria, l'esame ermeneutico degli articoli 92, comma 3 e 94, comma 2, deve rispondere ai canoni di interpretazione restrittiva propri delle norme di eccezione, trattandosi di norme che derogano alla previsione ordinaria che subordina il rilascio di autorizzazioni, concessioni, ovvero la stipula di contratti o subcontratti da parte dei soggetti pubblici alla previa acquisizione dell'informazione antimafia. In quest'ultimo caso, proprio perché si consente di procedere alla instaurazione di rapporti con un privato del quale, allo stato, non si conosce la sussistenza della capacità ad instaurare rapporti con la P.A., viene altresì cautelativamente precisato che i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni sono corrisposti sotto condizione risolutiva e che i soggetti pubblici revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, anche quando gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa siano accertati successivamente.

L'interdittiva, pertanto, non costituisce un fatto sopravvenuto che determina la revoca del provvedimento emanato ovvero la risoluzione del contratto, bensì un accertamento di "*quella incapacità che – laddove fosse stata, come di regola, previamente accertata – avrebbe escluso in radice sia l'adozione di provvedimenti sia la stipula di contratti*". Stante la provvisorietà dei contributi concessi, l'atto di revoca non rappresenta un nuovo provvedimento adottato in autotutela dall'amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale (come farebbe pensare il *nomen*), ma "*un mero atto ricognitivo che constata l'avvenuta verifica della condizione risolutiva afferente al contributo ancora precario*". La mancata definitività

dell'attribuzione patrimoniale esclude, inoltre, tanto la legittima ritenzione delle somme da parte del soggetto beneficiario, quanto l'insorgere di un legittimo affidamento.

La Plenaria precisa, inoltre, che alla "*utilità conseguita*" possano ricondursi le sole opere, servizi o forniture che accrescono il patrimonio dell'amministrazione e che rappresentano per quest'ultima un valore economicamente valutabile, così che devono ritenersi esclusi gli investimenti realizzati in conformità al programma di finanziamento.

La Plenaria conclude ritenendo che la salvezza del pagamento delle opere già eseguite e il rimborso del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite, vadano riferiti solo al recesso dai contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, con esclusione, dunque, delle ipotesi riconnesse alla concessione di finanziamenti pubblici o simili.

Sull'interruzione del termine di prescrizione decennale ex art. 114 c.p.a.

(Cons. di Stato, Adunanza Plenaria, 4 dicembre 2020, n. 24)

“[L'] art. 114, comma 1, ha introdotto la [...] regola per la quale in ogni caso è ‘interrompibile’ il termine di prescrizione decennale, quando si agisce con l’*actio iudicati*: non rileva sotto tale profilo la posizione soggettiva di cui si chieda tutela al giudice dell’ottemperanza. Da tale comma, si desume chiaramente la determinazione del legislatore di qualificare come termine di prescrizione e non di decadenza quello entro il quale è proponibile il ricorso d’ottemperanza [...].

Con riferimento ai diritti, tale determinazione risultava del resto costituzionalmente obbligata, poiché – per il principio di uguaglianza e per i principi fondanti la giustizia amministrativa (artt. 3, 103 e 113 Cost.) – di certo non si sarebbe potuto introdurre per essi un termine decennale di ‘decadenza’, tale da rendere del tutto incoerente la disciplina processuale sull’*actio iudicati* con quella sostanziale prevista dall’art. 2953 del codice civile (che consente di interrompere la prescrizione anche quando si tratti di un diritto che abbia dato luogo ad un giudicato favorevole).

Una specifica ed autonoma portata applicativa dell’art. 114, comma 1, ha allora riguardato proprio l’*actio iudicati* riguardanti i giudicati aventi per oggetto posizioni di interesse legittimo, nel senso che il legislatore ha espressamente ammesso, in ogni caso, che il termine decennale, proprio perché è di prescrizione e non di decadenza, possa essere interrotto anche con idonei atti stragiudiziali, senza la necessità che entro il termine decennale sia notificato il ricorso d’ottemperanza.

6.4. La scelta del legislatore è stata dunque quella di disporre regole unitarie per l’*actio iudicati*, quanto al tempo della proposizione del ricorso d’ottemperanza, con riferimento sia ai diritti che agli interessi: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Ad avviso della Adunanza Plenaria, tale scelta risulta pienamente coerente con il principio di effettività della tutela e con la giurisprudenza costituzionale, poiché:

a) l’art. 1 del codice del processo amministrativo dispone che ‘*la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*’, senza distinguere i diritti dagli interessi, aventi pari dignità ai sensi degli articoli 24 e 103 della Costituzione, sicché ben si regge su tale principio la regola per la quale in ogni caso chi abbia ottenuto un giudicato favorevole possa sollecitare l’Amministrazione soccombenente anche in sede stragiudiziale, affinché ci sia l’esecuzione, con la conseguente interruzione del termine di proposizione dell’*actio iudicati*;

b) più volte la Corte Costituzionale, anche con le sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006, ha evidenziato lo ‘*stretto intreccio*’ che talvolta vi è tra gli interessi e i diritti devoluti dalla legge alla giurisdizione amministrativa esclusiva, sicché si giustifica un regime giuridico unitario (e dunque semplificato) dell’*actio iudicati*, che ai fini della proponibilità del rimedio – in presenza di atti stragiudiziali volti all’esecuzione del giudicato – renda irrilevante l’esame della natura della posizione fatta valere nel giudizio di cognizione.

La regola generale della interrompibilità del termine decennale di prescrizione dell'*actio iudicati* neppure risulta in contrasto con gli articoli 97 e 111 della Costituzione, diversamente da quanto è stato paventato dall'ordinanza di rimessione.

Si deve infatti considerare che l'Amministrazione risultata soccombente nel giudizio di cognizione ha il dovere di dare esecuzione d'ufficio al giudicato: la mancata esecuzione del giudicato si pone in sé in contrasto con il principio del buon andamento dell'azione amministrativa.

Il rimedio del ricorso d'ottemperanza va visto come *extrema ratio* per ottenere in sede di giurisdizione di merito l'esecuzione del giudicato, qualora in sede amministrativa non vi sia stata una definizione della questione conforme al giudicato stesso, a seguito dei contatti eventualmente intercorsi tra le parti.

[...]

[...] [G]li atti di impulso univocamente rivolti ad ottenere l'esecuzione del giudicato sono stati evidentemente ritenuti idonei dal legislatore ad interrompere il termine di prescrizione dell'*actio iudicati*, non potendo essere 'premiata' l'Amministrazione – con una regola della non interrompibilità della prescrizione – quando, malgrado tali atti, non vi sia stata né la 'unilaterale' esecuzione del giudicato, né una soluzione consensuale.

La regola generale della interrompibilità del termine decennale di prescrizione dell'*actio iudicati* neppure risulta in contrasto col principio della ragionevole durata del processo.

Tale principio riguarda di per sé il periodo di tempo entro il quale deve esservi da parte del giudice la risposta di giustizia e non può essere inteso nel senso che vi siano preclusioni per il legislatore nel fissare una regola generale, per la quale – una volta ottenuto un giudicato favorevole – chi ha titolo ad ottenere l'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto preferisca anche periodicamente sollecitare l'Amministrazione soccombente a dare esecuzione al giudicato, senza ricorrere al giudice dell'ottemperanza e confidando che l'Amministrazione stessa, nel rispetto dei propri doveri istituzionali, dia finalmente esecuzione del giudicato.

7. Sulla base di tale quadro normativo desumibile dall'art. 114, comma 1, del c.p.a., ed in risposta ai quesiti sollevati dall'ordinanza di rimessione, ritiene dunque l'Adunanza Plenaria di enunciare il seguente principio di diritto:

‘Il termine decennale previsto dall'art. 114, comma 1, del c.p.a. in ogni caso può essere interrotto anche con un atto stragiudiziale volto a conseguire quanto spetta in base al giudicato’.

Nota di Anna De Vito

Con ordinanza 25 giugno 2020, n. 466 il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana rimetteva all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato una serie di quesiti relativi alla possibile interruzione del termine per l'esercizio dell'*actio iudicati*, dibattuta in giurisprudenza soprattutto prima dell'entrata in vigore del Codice.

Trattasi di un arresto che consente di riflettere sì sulla natura del ricorso di ottemperanza ma, più in generale, anche sulla tutela di diritti e interessi legittimi nonché sul ruolo del giudice amministrativo nel sistema di giustizia amministrativa.

In origine il giudizio d'ottemperanza era preposto all'esecuzione del giudicato civile a garanzia della tutela dei diritti e proponibile entro il termine di trent'anni suscettibile di interru-

zione. Il Consiglio di Stato ha previsto, solo di seguito, che tale istituto potesse essere ammesso in ipotesi di mancata esecuzione delle decisioni della Giustizia Amministrativa.

Il Codice del 1942 ha apportato significative modifiche all'istituto della prescrizione, incidendo, in primo luogo, sulla disciplina dell'*actio iudicati* prevista dall'art. 2953 c.c. ed in secondo luogo sulla possibilità di interrompere tale prescrizione (art. 2943 c.c.).

La Plenaria si è soffermata sulla circostanza che *“mentre l'art. 90 del r.d. n. 642 del 1907 e l'art. 2135 c.c. del 1865 si sono riferiti all'azione e alle azioni e dunque a nozioni processuali”* – l'art. 2953 c.c. del 1942 si è invece riferito a *diritti* e dunque ad una nozione *sostanziale*, facendo sorgere la perdurante discussione se l'istituto della prescrizione riguardi il diritto o l'azione”.

Il Collegio ha statuito che, sebbene non siano mai sorti dubbi in merito alla applicabilità degli artt. 2953 e 2943 co. quarto c.c. sulla proponibilità dei ricorsi d'ottemperanza nel caso di mancata esecuzione dei giudicati civili o di mancata esecuzione dei giudicati amministrativi riguardanti posizioni di diritti, *“quanto ai giudicati amministrativi di annullamento di atti lesivi di interessi legittimi, si è posta effettivamente la questione se l'actio iudicati fosse proponibile improrogabilmente entro il termine di dieci anni[...]o anche dopo la scadenza di tale termine, qualora vi fossero state iniziative stragiudiziali degli interessati volte ad ottenere l'esecuzione del giudicato”*.

In prosieguo, il Collegio, dopo aver sottolineato che gli interessi legittimi come pure i poteri autoritativi esulano, per definizione, dalla disciplina prescizionale, ha appurato che, benché in *prima facie* *“in ogni tempo il vincitore della lite avrebbe potuto agire col giudizio d'ottemperanza, per far emanare le misure volte alla esecuzione del giudicato”* non si può che tener presente la circostanza che *“la giurisprudenza ha prevalentemente seguito la tesi per la quale il termine richiamato dall'art. 90 del r.d. del 1907 – divenuto dieci anni dopo l'entrata in vigore del Codice Civile del 1942 – si dovesse intendere non interrompibile quando si agiva in ottemperanza per la tutela di un interesse legittimo, con il corollario della necessaria proposizione del ricorso entro il termine decennale, pena la conseguente prescrizione”*.

In tale scenario normativo e giurisprudenziale è stato, poi, inserito nel Codice del Processo Amministrativo l'art. 114, co. 1, il quale, in materia di giudizio di ottemperanza, disciplina che *“l'azione si prescrive con il decorso di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza”*.

La Plenaria, soffermandosi sul *“come l'art. 114, co. 1, abbia sancito la regola della prescrizione decennale riferendosi alla proponibilità dell'azione di esecuzione del giudicato e non al rilievo del decorso del tempo sulle posizioni giuridiche oggetto del giudicato”* ne deduce, che l'art. 114, co. 1, ha introdotto la diversa regola per la quale è *“interrompibile”* il termine di prescrizione decennale quando si agisca con l'*actio iudicati*, non rilevando la posizione soggettiva di cui si chiedi tutela al giudice dell'ottemperanza. Va, quindi, qualificato quale termine di prescrizione e non di decadenza, quello entro il quale è proponibile il ricorso per l'ottemperanza e, quindi, può essere interrotto anche con atti stragiudiziali idonei assicurando, in tal modo, regole unitarie con riferimento sia ai diritti sia agli interessi.

Tale scelta risulta, ad avviso del Collegio, coerente sia con il principio di effettività della tutela sia con il dettato giurisprudenziale di stampo costituzionale e neppure in contrasto con gli artt. 97 e 111 Cost. L'Amministrazione risultata soccombente ha il dovere di dare esecuzione al giudicato, diversamente si porrebbe in contrasto con il principio del buon andamento dell'azione amministrativa.

Ritenuto il ricorso d'ottemperanza quale *extrema ratio* è, pertanto, fisiologico che il vincitore del giudizio di cognizione solleciti l'Amministrazione a portare ad esecuzione il giudica-

to prospettando soluzioni che possano essere concordate “*non potendo essere ‘premiata’ l’Amministrazione – con una regola della non interrompibilità della prescrizione – quando, malgrado tali atti, non vi sia stata né l’unilaterale esecuzione del giudicato, né una soluzione consensuale*”.

La regola dell’interrompibilità del termine di prescrizione dell’*actio iudicati* neppure risulta in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo che riguarda, di per sé, il periodo entro il quale deve esservi, da parte del giudice, la risposta di giustizia. Pare ovvio che chi ne ha titolo preferisca sollecitare l’Amministrazione soccombente a dare esecuzione al giudicato confidando nell’Amministrazione stessa e nel rispetto dei doveri istituzionali.

L’Adunanza Plenaria si è determinata, pertanto, con il seguente principio di diritto: “*il termine decennale previsto dall’art. 114, co. 1 c.p.a., in ogni caso, può essere interrotto anche con un atto stragiudiziale volto a conseguire quanto spetta in base al giudicato*”.

Compatibilità con il diritto comunitario della normativa nazionale che vieta l'affidamento di concessioni autostradali scadute o in scadenza mediante la procedura della finanza di progetto

(Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. IX, 26 novembre 2020, C-835/2019)

«[I]l Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se il diritto [dell'Unione] e, in particolare, i principi fissati dalla direttiva [2014/23], specificamente la libertà di scelta delle procedure di affidamento, nel rispetto dei principi di trasparenza e di [parità] di trattamento, di cui al considerando 68 ed all'articolo 30 [di tale direttiva], nell'ambito degli affidamenti delle concessioni, ostano alla norma nazionale dell'articolo 178, comma 8-bis, del [nuovo codice dei contratti pubblici], che vieta incondizionatamente alle amministrazioni di procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 183 [del medesimo codice], che disciplina la finanza di progetto».

[...]

In via preliminare, si deve rilevare che la presente domanda di pronuncia pregiudiziale mira non a stabilire se la procedura di finanza di progetto disciplinata dall'articolo 183 del nuovo codice dei contratti pubblici sia compatibile con la direttiva 2014/23, bensì a determinare se uno Stato membro possa imporre alle sue amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere a una concessione per la gestione autostradale e, in tal modo, vietare loro di optare per la procedura della finanza di progetto.

41. Con la sua questione, il Consiglio di Stato chiede, in sostanza, se l'articolo 2, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/23, in combinato disposto con l'articolo 30 e i considerando 5 e 68 di tale direttiva, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una disposizione nazionale che vieta alle amministrazioni aggiudicatrici di affidare concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alla procedura della finanza di progetto prevista all'articolo 183 del nuovo codice dei contratti pubblici [...].

43. In primo luogo, come risulta dall'articolo 1 della direttiva 2014/23, in combinato disposto con il suo considerando 8, il solo oggetto di tale direttiva è stabilire le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione indette da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori il cui valore stimato non è inferiore alla soglia indicata all'articolo 8 della direttiva in parola.

44. La direttiva 2014/23 è quindi destinata ad applicarsi solo nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore abbia avviato una procedura di aggiudicazione di una concessione.

[...]

[...] [L]'articolo 2, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/23 riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'ese-

cuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. In tal modo, tali «autorità», considerate nella loro qualità di autorità investite di un potere normativo e non quali amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi al fine di garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici.

46. In terzo luogo [...] la direttiva 2014/23 non può privare gli Stati membri della libertà di privilegiare un modo di gestione a scapito degli altri. Questa libertà implica in effetti una scelta che viene effettuata in una fase precedente a quella della procedura di aggiudicazione e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione di tale direttiva [...].

In quarto luogo, tale interpretazione non può essere inficiata dall'asserzione, contenuta all'articolo 30, paragrafo 1, di detta direttiva, nonché al considerando 68 della stessa, secondo cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto della medesima direttiva.

48. Infatti, nell'ipotesi in cui le autorità nazionali, regionali o locali abbiano inteso privilegiare un modo di gestione in particolare, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori beneficiano solo di una libertà condizionata, che, di conseguenza, può dispiegarsi solo nell'ambito delle scelte politiche precedentemente operate da dette autorità.

49. In quinto luogo, la libertà delle autorità nazionali, regionali o locali, conformemente all'articolo 2, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/23, di scegliere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi non può tuttavia essere illimitata. Essa deve al contrario essere esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del trattato FUE, segnatamente la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, il divieto di discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza [...].

52. Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 2, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/23, in combinato disposto con l'articolo 30 e i considerando 5 e 68 di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una disposizione nazionale che vieta alle amministrazioni aggiudicatrici di affidare concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alla procedura della finanza di progetto prevista all'articolo 183 del nuovo codice dei contratti pubblici”.

Nota di Pasquale La Selva

La società OMISSIS, in forza di più concessioni rilasciate da OMISSIS, gestiva taluni tratti autostradali.

In procinto della scadenza delle concessioni, la società presentava al Ministero dei Trasporti (MIT) due proposte di finanza di progetto per la concessione della gestione e manutenzione delle stesse.

Il MIT respingeva le proposte della concessionaria sostenendo che la procedura della finanza di progetto non sarebbe stata applicabile alla concessione di gestione di un'autostrada, che le proposte non sarebbero state conformi né alle prescrizioni del previgente codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) né agli artt. 178 e 183, c. 15, del

“nuovo” Codice (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) e che l’art. 178, c. 8-*bis* del “nuovo” Codice non avrebbe consentito alle amministrazioni di aggiudicare le concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alla procedura della finanza di progetto.

Avverso tali provvedimenti, la società proponeva ricorso dinanzi al TAR al fine di ottenerne l’annullamento con contestuale accertamento dell’obbligo del MIT di pronunciarsi circa la fattibilità della proposta.

Con le sentenze nn. 977 e 978 del 31.08.2018, il TAR Piemonte rigettava entrambi i ricorsi della concessionaria, ritenendo che il mancato rispetto da parte del MIT del termine di tre mesi previsto dal previgente Codice, non poteva inficiare la legittimità del primo provvedimento di rigetto, e che la proposta della OMISSIS non era, in ogni caso, conforme a quanto richiesto dal “nuovo” Codice atteso che presentava un grado di approfondimento tale da non consentire all’amministrazione di apportare modifiche.

Avverso le sentenze la società OMISSIS proponeva appello. Il Consiglio di Stato, con Ordinanza n. 7587/2019, rimetteva alla CGUE la seguente questione pregiudiziale: *“se il diritto eurounitario, e, in particolare, i principi fissati dalla direttiva n. 23/2014/UE, specificamente la libertà di scelta delle procedure di affidamento, nel rispetto dei principi di trasparenza e di libertà di trattamento, di cui al considerando 68 ed all’art. 30, nell’ambito degli affidamenti delle concessioni, ostano alla norma nazionale dell’art. 178, comma 8-bis, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che vieta incondizionatamente alle amministrazioni di procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all’art. 183, che disciplina la finanza di progetto”*.

I giudici di Palazzo Spada sottolineavano in particolare che *medio tempore* con il D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 è stato aggiunto all’art. 178 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 il comma 8-*bis*, che così recita: *“Le amministrazioni non possono procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all’art. 183”*, ossia facendo ricorso alla finanza di progetto, sia di iniziativa pubblica che di iniziativa privata.

Per il Consiglio di Stato risultava pertanto dirimente comprendere con quali effetti operasse l’art. 178, c. 8-*bis* del Codice, che ha introdotto un divieto incondizionato ed astratto, in spregio al principio europeo di libertà di scelta della procedura per l’affidamento di concessioni, anche autostradali.

La CGUE, IX Sez., con l’Ordinanza 26.11.2020, causa C-835/19 ha risposto negativamente al quesito posto dal Consiglio di Stato, statuendo quanto segue: *“L’articolo 2, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, in combinato disposto con l’articolo 30 e i considerando 5 e 68 di tale direttiva, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una disposizione nazionale che vieta alle amministrazioni aggiudicatrici di affidare concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alla procedura della finanza di progetto prevista all’articolo 183 del decreto legislativo del 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici.”*.

La CGUE ha rilevato preliminarmente che la Direttiva 2014/23/UE ha ad oggetto le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione indette da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori, il cui valore non sia inferiore a 5.186.000 €.

La Corte ha evidenziato poi che per “autorità” si devono intendere non già le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori, ma, piuttosto, le autorità investite di un potere normativo, che possono decidere di espletare i loro compiti d’interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni.

Pertanto, la Direttiva ha attribuito agli Stati membri la libertà di privilegiare talune o talaltre modalità di gestione degli affidamenti.

Infatti, nell'ipotesi in cui le autorità nazionali, regionali o locali abbiano inteso privilegiare un modo di gestione in particolare (nel rispetto dei principi fondamentali del TFUE), le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori beneficeranno solo di una libertà condizionata, che potrà dispiegarsi solo nell'ambito delle scelte politiche precedentemente operate.

Con specifico riferimento poi all'art. 178, c. 8-*bis* del D.Lgs. n. 50/2016, la CGUE ha rilevato come la disposizione non abbia superato i limiti alle scelte politiche poc'anzi citati, ponendo tuttalpiù in luce la sua *ratio* inequivocabilmente pro-concorrenziale, atteso che la disposizione non ha inteso attribuire alcun tipo di vantaggio ai concessionari uscenti attraverso l'aggiudicazione mediante finanza di progetto, prevedendo così lo svolgimento della sola gara pubblica per l'aggiudicazione di concessioni autostradali.

Principio di proporzionalità e rapporto tra consumo del suolo e programmazione urbanistica locale

(Cons. di Stato, sez. IV, 4 febbraio 2020, n. 906)

“[...] [C]on sentenza n. 179/2019, la Corte costituzionale ha dichiarato, in primo luogo, “l’illegittimità costituzionale dell’ultimo periodo dell’art. 5, comma 4, della legge della Regione Lombardia 28 novembre 2014, n. 31 (Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato), nel testo precedente alle modifiche apportate dalla legge della Regione Lombardia 26 maggio 2017, n. 16, recante «Modifiche all’articolo 5 della legge regionale 28 novembre 2014, n. 31 (Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato)», nella parte in cui non consente ai Comuni di apportare varianti che riducono le previsioni e i programmi edificatori nel documento di piano vigente”.

[...] Con la citata sentenza n. 179/2019, la Corte Costituzionale ha dichiarato l’incostituzionalità dell’ultimo periodo dell’art. 5, comma 4, della legge della Regione Lombardia 28 novembre 2014, n. 31, per violazione del combinato disposto dell’art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, relativamente alla competenza esclusiva statale sulle funzioni fondamentali, e degli artt. 5 e 118, commi 1 e 2, della Costituzione, con riguardo al principio di sussidiarietà verticale.

Come sopra evidenziato, con la citata norma regionale (dichiarata incostituzionale) è stata introdotta una disciplina transitoria nel periodo occorrente alla integrazione dei contenuti del Piano Territoriale Regionale (PTR) e al successivo adeguamento dei Piani Territoriali di Coordinamento Provinciale (PTCP) e dei Piani di Governo del Territorio (PGT), per rendere i suddetti piani coerenti con i nuovi principi in materia di governo del territorio e di riduzione del consumo di suolo e di paesaggio introdotti dalla legge regionale Lombardia n. 31/2014 (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 2019, n. 7667).

In particolare, nel testo antecedente alle modifiche apportate dalla legge regionale n. 16/2017, il comma 3 dell’art. 5 della legge regionale n. 31/2014 ha disposto che: “*Successivamente all’integrazione del PTR e all’adeguamento dei PTCP e degli strumenti di pianificazione territoriale della città metropolitana, di cui ai commi 1 e 2, e in coerenza con i contenuti dei medesimi, i comuni adeguano, in occasione della prima scadenza del documento di piano, i PGT alle disposizioni della presente legge*”. Il successivo comma 4 dell’art. 5 ha stabilito che: “*Fino a detto adeguamento sono comunque mantenute le previsioni e i programmi edificatori del documento di piano vigente*” (art. 5, comma 4, ultimo periodo).

In sintesi, la citata legge regionale n. 31/2014 ha introdotto un divieto di *ius variandi* in relazione ai contenuti edificatori del documento di piano sino alla conclusione del processo di adeguamento degli strumenti urbanistici regionale, provinciali e comunali ai principi introdotti dalla medesima legge (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 2019, n. 7667).

[...]

Prendendo le mosse dal principio secondo cui la competenza concorrente in materia di governo del territorio abilita fisiologicamente la legislazione regionale a intervenire nell’ambito

di disciplina della pianificazione urbanistica, la Consulta afferma che, nel rispetto dell'autonomia dei comuni nella materia urbanistica (riconosciuta dall'art. 14, comma 27, lettera d, del decreto legge n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni dalla legge n. 122 del 2010), è richiesto uno scrutinio particolarmente rigoroso laddove *“la normativa regionale non si limiti a conformare, mediante previsioni normative alle quali i Comuni sono tenuti a uniformarsi, le previsioni urbanistiche nell'esercizio della competenza concorrente in tema di governo del territorio, quanto piuttosto comprima l'esercizio stesso della potestà pianificatoria, come nel caso di specie, paralizzandola per un periodo temporale”* (cfr. C. cost. n. 179 del 2019, 12.5). In tali casi, constatato che *“il punto di equilibrio tra regionalismo e municipalismo non sia stato risolto una volta per tutte dal riformato impianto del Titolo V della Costituzione”*, secondo la Consulta il giudizio di verifica della legittimità costituzionale dell'intervento regionale non passa tanto su di una valutazione in astratto, quanto sulla valutazione in concreto in ordine all'esistenza di esigenze generali che possano ragionevolmente giustificare le disposizioni legislative limitative delle funzioni già assegnate agli enti locali. Segnatamente, occorrerà valutare, nell'ambito di una funzione riconosciuta come fondamentale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera p), Cost., *“quanto la legge regionale toglie all'autonomia comunale e quanto di questa residua, in nome di quali interessi sovracomunali attua questa sottrazione, quali compensazioni procedurali essa prevede e per quale periodo temporale la dispone”*. Si tratta di un giudizio di proporzionalità, da svolgersi *“dapprima in astratto sulla legittimità dello scopo perseguito dal legislatore regionale, successivamente in concreto con riguardo alla necessità, alla adeguatezza ed al corretto bilanciamento degli interessi coinvolti”* (cfr. C. Cost. n. 179 del 2019, 12.5).

Ciò premesso, la Consulta ha affermato, da una parte, il principio secondo il quale il livello di intervento regionale *“è strutturalmente quello più efficace a contrastare il fenomeno del consumo di suolo, perché in grado di porre limiti ab externo e generali alla pianificazione urbanistica locale”*, di talché *“lo scopo perseguito dal legislatore regionale rientra, senza dubbio, nell'ambito del legittimo esercizio della competenza regionale e di per sé appare compatibile con la pianificazione urbanistica locale”* e, dall'altra, che il divieto di *ius variandi*, come introdotto dalla norma regionale lombarda, paralizza la potestà di pianificazione comunale anche quando i comuni intendessero esercitarla nella stessa direzione dei principi di coordinamento enunciati dal legislatore regionale e non reca alcun termine certo e congruo per limitarne l'effetto, giacché rimette la delimitazione del periodo di sottrazione della potestà di pianificazione comunale alla discrezionalità della regione nell'approvare l'adeguamento al Piano Territoriale Regionale.

Di qui la conclusione che *“la norma impugnata non supera, ai sensi del legittimo esercizio del principio di sussidiarietà verticale, il test di proporzionalità con riguardo all'adeguatezza e necessità della limitazione imposta all'autonomia comunale in merito a una funzione amministrativa che il legislatore statale ha individuato come connotato fondamentale dell'autonomia comunale”*.

Secondo il Collegio, l'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 5, comma 4, ultimo periodo, della legge della Regione Lombardia n. 31/2014, nei sensi sopra descritti, ha fatto venir meno il limite al potere comunale di modificare le previsioni del documento di piano vigente.

Tale limite resta circoscritto al divieto (del tutto compatibile con lo scopo della legge regionale suddetta) di prevedere nuove fattispecie comportanti consumo di suolo [...].

Pertanto, deve ritenersi che la deliberazione consiliare [...] sia legittima, in quanto adottata dall'Amministrazione comunale al precipuo scopo di ridurre il consumo di suolo, in conformità con la ratio della legge regionale n. 31/2014”.

Il processo di attuazione del “*regionalismo*”, iniziato con l’entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, recante norme di modifica al Titolo V, Parte II, della Costituzione, ha confermato la peculiare rilevanza costituzionale delle Regioni, in virtù del conferimento alle stesse di una più accentuata potestà legislativa nelle materie non espressamente riservate alla legislazione dello Stato e dell’affermazione del principio di sussidiarietà.

Parallelamente la riforma costituzionale ha valorizzato il cd. “*municipalismo*”, ossia l’autonomia comunale nell’esercizio di funzioni amministrative considerate “fondamentali” dalla legge, in applicazione del principio di prossimità, la cui *ratio* risiede, come osservato da Luigi Sturzo che ne fu precursore, “*nell’essere il più vicino possibile alla realtà vissuta, alla concretezza dei fatti, al contatto immediato con la popolazione minuta, con l’individuo-uomo*”.

I giudici di Palazzo Spada, con la pronuncia in commento, hanno indagato il rapporto tra regionalismo e municipalismo, ritenendo di dubbia costituzionalità una norma regionale, nella parte in cui avrebbe potenzialmente interferito con le funzioni fondamentali del Comune mediante una paralisi *sine die* dello *jus variandi* delle previsioni di PGT (Piano di Governo del Territorio).

Difatti, la Corte Costituzionale, investita della questione, con sentenza n. 179/2019 ha dichiarato parzialmente incostituzionale la disposizione sottoposta al suo vaglio, (art. 5, c. 4, u.p., e c. 9, L.R. Lombardia n. 31/2014 – Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato).

L’esegesi della Consulta muove dalla considerazione che, fin dalla legge n. 2359/1865, la funzione di pianificazione urbanistica è stata rimessa all’autonomia dei Comuni. Invero, l’ingresso delle Regioni ha mutato soltanto in parte questo dato, tanto che l’art. 14, c. 27, lett. d, del d.l. n. 78/2010, convertito, con modificazioni dalla l. n. 122/2010, annovera la pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale tra le funzioni “fondamentali” dei Comuni.

Vero è che la Regione può disciplinare la funzione di pianificazione comunale e conformarla, in nome della verifica e della protezione di concorrenti interessi generali collegati a una valutazione più ampia delle esigenze diffuse sul territorio e che l’autonomia dei Comuni non può risolversi in una riserva intangibile di funzioni (C. Cost. n. 160/2016). È altrettanto vero e fisiologico, poi, che la competenza concorrente in materia di governo del territorio abiliti la legislazione regionale ad intervenire nell’ambito della pianificazione urbanistica. Tuttavia, la competenza regionale non può mai essere esercitata in modo che ne risulti vanificata l’autonomia comunale (C. Cost. n. 83/1997).

Pertanto, per valutare il rispetto dell’autonomia dei Comuni nella materia urbanistica, è richiesto uno scrutinio particolarmente rigoroso laddove “*la normativa regionale non si limiti a conformare, mediante previsioni normative alle quali i Comuni sono tenuti a uniformarsi, le previsioni urbanistiche nell’esercizio della competenza concorrente in tema di governo del territorio, quanto piuttosto comprima l’esercizio stesso della potestà pianificatoria, come nel caso di specie, paralizzandola per un periodo temporale*” (C. Cost. n. 179/2019).

In tali casi, constatato che “*il punto di equilibrio tra regionalismo e municipalismo non sia stato risolto una volta per tutte dal riformato impianto del Titolo V della Costituzione*” (C. Cost. n. 179/2019), secondo il Giudice delle Leggi il giudizio di verifica della legittimità costituzionale dell’intervento regionale non passa tanto da una valutazione in astratto, quanto da una valutazione in concreto circa la “*verifica dell’esistenza di esigenze generali che possano*

ragionevolmente giustificare le disposizioni legislative limitative delle funzioni già assegnate agli enti locali” (C. Cost. n. 286/1997).

Decisivo l’inciso della statuizione in esame mutuato dalla Corte, secondo cui nell’ambito di una funzione riconosciuta come fondamentale ai sensi dell’art. 117, c. 2, lett. p), Cost., *“occorrerà valutare quanto la legge regionale toglie all’autonomia comunale e quanto di questa residua, in nome di quali interessi sovracomunali attua questa sottrazione, quali compensazioni procedurali essa prevede e per quale periodo temporale la dispone”* (C.d.S., Sez. IV, n. 906/2020).

Si tratta di un giudizio di proporzionalità e di adeguatezza, da svolgersi *“dapprima in astratto sulla legittimità dello scopo perseguito dal legislatore regionale, successivamente in concreto con riguardo alla necessità, alla adeguatezza ed al corretto bilanciamento degli interessi coinvolti”* (C. Cost. n. 179/2019).

Con tale *dictum*, foriero di principi di diritto e di un’interpretazione conforme a Costituzione, il Consiglio di Stato ha affrontato e posto in rilievo una duplice criticità. La prima, sostanziale, risiede nel precario rapporto che intercorre tra Regione e Comune nei termini descritti, che, inevitabilmente, si ripercuote sul piano processuale, inducendo di volta in volta a chiedere l’intervento in via incidentale (o principale) della Corte, in spregio all’ottica deflattiva del contenzioso.

Trasversalmente, il dato positivo potrebbe derivare da una riflessione che investe il riformato art. 116, c. 3, Cost., ulteriore novella della citata l.c. n. 3/2001, il quale ha introdotto il cd. *regionalismo “asimmetrico”*, secondo il principio di differenziazione e cioè la possibilità (mai attuata) di attribuire alle Regioni a statuto ordinario ulteriori competenze legislative in ragione delle specificità territoriali, pur non escludendo il decentramento di funzioni amministrative, eventualità forse idonea a mitigare il rapporto tra Regioni e Comuni.

Modifiche unilaterali del contratto di telefonia mobile solo per giustificato motivo e ragioni oggettive

(Cons. di Stato, sez. VI, 2 marzo 2020, n. 1529)

“1. La questione all’esame della Sezione attiene alla legittimità della disposizione contenuta nel regolamento adottato dall’Autorità garante delle comunicazioni nella parte in cui dispone che gli operatori di telefonia mobile possono modificare *«le condizioni contrattuali solo nelle ipotesi e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto medesimo»*. Si tratta di stabilire se tale prescrizione regolamentare rinvenga un fondamento nella legge e, dunque, se sia stato rispettato il principio di legalità. [...] Su un piano generale, lo *ius variandi* costituisce un diritto potestativo, riconosciuto ad una parte, dalla legge o dal contratto, di modificare o specificare unilateralmente il contenuto del contratto. [...]

Si discute se sia ammissibile uno *ius variandi* di matrice convenzionale e cioè se sia legittima una clausola negoziale che attribuisca ad una sola delle parti, in particolare, il potere di modificare, nel corso dell’esecuzione, il rapporto negoziale.

Un primo orientamento, minoritario, esclude che tale potere possa essere esercitato in mancanza di una norma generale che ne autorizzi l’esercizio e in presenza di una norma [...]. Un secondo orientamento, prevalente e preferibile, ritiene che tale potere sia configurabile in quanto, in mancanza di espressi divieti legali, rientra nell’autonomia negoziale delle parti [...]. Il rischio di abusi contrattuali può essere evitato mediante l’operatività di limiti all’esercizio di tale diritto potestativo.

Il primo limite è di natura convenzionale e può essere rappresentato dalla introduzione nel contratto stesso di previsioni che sottopongano l’esercizio del potere di modifica unilaterale del contratto a precise condizioni di esercizio.

[...]

Il secondo limite è di natura legale e deriva dal principio di buona fede (artt. 1375-1376 cod. civ.).

[...]

Nell’ambito dei contratti con le parti deboli, caratterizzati da una situazione di squilibrio informativo ed, in alcuni casi, economico, tra le parti, il legislatore europeo e nazionale, proprio in ragione della particolare natura della clausola in esame, ha ritenuto necessario disciplinare il potere di modificazione unilaterale sottoponendo il suo esercizio a limiti legali mediante la previsione di specifiche norme imperative che costituiscono una proiezione applicativa dello stesso principio di buona fede.

In particolare, nei contratti dei consumatori, il decreto legislativo n. 206 del 2005 [...] ha previsto, [...] di *«consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso»* (art. 33, comma 2, lett. m. cod. cons.).

[...]

Ne consegue che il contratto che contempla la clausola di *ius variandi* deve indicare i motivi che giustificano l'esercizio di tale potere, da parte del professionista, nella fase di attuazione del rapporto.

Nei contratti di comunicazione elettronica, [...] Il legislatore nazionale ha previsto, pertanto, un chiaro limite legale all'esercizio del potere di *ius variandi* che è costituito dal potere di recesso riconosciuto all'utente. [...] Occorre [...] accertare se sia applicabile l'art. 33, comma 2, lett. m, del Codice del consumo che, come sopra riportato, condiziona l'esercizio dello *ius variandi* alla sussistenza di un giustificato motivo.

[...]

In particolare, per quanto rileva in questa sede, deve ritenersi che trovi applicazione l'art. 33, comma 2, lett. m [...].

Chiarito ciò, deve, comunque, rilevarsi come, anche in assenza di tale puntuale prescrizione, un limite legale è desumibile dal principio generale di buona fede nella fase di esecuzione del contratto, che impedisce alla parte forte di incidere in via unilaterale sul contenuto del contratto con modalità esecutive contrastanti con le regole di correttezza. Ne consegue che l'operatore di telefonia mobile, nella fase di esercizio del diritto potestativo di modificazione del rapporto contrattuale, è obbligato ad indicare le ragioni oggettive, connesse, normalmente, alla gestione di sopravvenienze rilevanti, che giustificano in modo oggettivo lo *ius variandi*.

Deve, infine, rilevarsi che questo Consiglio ha già avuto di affermare, sia pure seguendo un diverso percorso argomentativo, che lo *ius variandi* disciplinato dall'art. 70 del Codice delle comunicazioni elettroniche incontra due tipologie di limiti: «*in primo luogo, le modifiche unilaterali possono riguardare soltanto la variazione di condizioni già contemplate nel contratto; in secondo luogo, i mutamenti delle condizioni preesistenti non possono mai raggiungere il livello della novazione del preesistente rapporto obbligatorio*»“.

Nota di Marika Capone

Il contenzioso è originato dall'impugnazione di una delibera dell'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni (AGCOM) con la quale si modificava il Regolamento per l'esercizio dello *ius variandi*, ossia il diritto di mutare unilateralmente le condizioni contrattuali. L'Autorità, infatti, aveva previsto la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali «*solo nelle ipotesi e nei limiti previsti dalla legge o dal contratto medesimo*»; per le compagnie telefoniche ciò rappresentava una limitazione ingiustificata all'esercizio dello *ius variandi*.

Nell'accogliere il ricorso di primo grado, il Collegio aveva ritenuto che il potere esercitato dall'Autorità dovesse essere reputato privo di base legale, considerato che nel settore delle telecomunicazioni non potevano applicarsi le norme relative alle clausole abusive nei contratti dei consumatori.

L'appellante ha ritenuto erronea la sentenza del T.A.R., sul presupposto che il Codice del Consumo condizioni l'esercizio dello *ius variandi* alla presenza di un "giustificato motivo".

Il Consiglio di Stato, pertanto, ha circoscritto la questione e si è concentrato sul comprendere se la modifica regolamentare rispettasse il principio di legalità, interrogandosi sulla possibilità di ritenere ammissibile uno *ius variandi* di matrice convenzionale.

La sentenza ha dato atto dell'esistenza di due orientamenti giurisprudenziali: uno, minoritario, che esclude il potere di modifica unilaterale in mancanza di una norma generale; un secondo, maggioritario, che ritiene configurabile tale potere poiché, in assenza di espresso di-

vieta legale, rientra nei limiti dell'autonomia contrattuale delle parti consentire la modifica unilaterale del contratto.

Vero è che tali clausole possono dar vita ad abusi, ma questo rischio può essere arginato con condizioni limitatrici l'esercizio di tale diritto, come ad esempio: la modifica unilaterale a sole precise condizioni e il limite legale della buona fede.

Per lo *ius variandi* nell'ambito di contratti caratterizzati da una situazione di squilibrio tra le parti, il legislatore, sia a livello europeo che nazionale, ha reputato necessario disciplinare tale potere attraverso specifiche norme imperative.

Nei contratti dei consumatori, il d.lgs. 206/2005 ha previsto, a tal proposito, due clausole che si presumono vessatorie: a) la prima è quella di «consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso» (art. 33, comma 2, lett. m. cod. cons.); b) la seconda è quella di «consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto» (art. 33, comma 2, lett. o, cod. cons.).

In entrambe le clausole il potere di modificazione unilaterale è condizionato al rispetto del limite legale, costituito nel primo caso dalla presenza di un "giustificato motivo"; nel secondo caso, dalla possibilità per il consumatore di "sciogliersi" dal contratto attraverso l'esercizio del recesso.

Per tali ragioni, i Giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto opportuno riformare la sentenza di primo grado: le condizioni apposte alle clausole devono considerarsi equipollenti a divieti imperativi. Se non sono rispettati questi divieti, le clausole devono ritenersi nulle, in ossequio al regime giuridico della nullità di protezione, posto a favore della parte debole che nei contratti di comunicazione elettronica è rappresentata dall'utente.

Il legislatore nazionale, con l'art. 70 del Codice del Consumo, ha previsto un chiaro limite legale all'esercizio del potere di *ius variandi*, costituito proprio dal potere di recesso riconosciuto all'utente.

Trattasi di norma di protezione che, però, comporta l'interruzione del rapporto contrattuale qualora l'utente non intenda accettare la modificazione effettuata dal professionista.

Oltre all'art. 70 poc'anzi invocato, i Giudici hanno stabilito che sono rinvenibili anche altri limiti legali all'esercizio del diritto potestativo in questione, accertando se esistano disposizioni di collegamento tra le norme relative ai consumatori e quelle riguardanti gli utenti nei contratti di comunicazione elettronica.

La sentenza ha dato atto della circostanza che, dalla lettura coordinata delle norme nazionali ed europee, risulta come la ragione dell'abrogazione dell'ultimo inciso dell'art. 70 del Codice sia dipesa dalla volontà del legislatore di dare attuazione a quanto sancito a livello europeo con la introduzione della norma generale, inserita nella direttiva n. 22/2002/Ce, di coordinamento tra parte generale e speciale di tutela delle parti deboli.

Pertanto, all'esito di una interpretazione conforme, il diritto interno deve essere inteso nel senso che la disposizione dell'art. 70 non esclude che si applichino anche le disposizioni generali contenute nel Codice stesso.

In particolare, per quanto rileva in questa sede, deve ritenersi che trovi applicazione l'art. 33, comma 2, lett. m, il quale condiziona l'esercizio dello *ius variandi* alla sussistenza di un giustificato motivo indicato nel contratto.

Del resto, la giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di ritenere che lo *ius variandi* incontra due tipologie di limiti: «in primo luogo, le modifiche unilaterali possono riguardare soltanto la variazione di condizioni già contemplate nel contratto; in secondo luogo,

go, i mutamenti delle condizioni preesistenti non possono mai raggiungere il livello della novazione del preesistente rapporto obbligatorio» (Cons. di Stato, sez. VI, 25 novembre 2019, n. 8024).

Per tali motivi, il Consiglio di Stato si è pronunciato per la legittimità della disposizione regolamentare dell'AGCOM.

Le pratiche commerciali scorrette sono *genus* unitario di illecito

(Cons. di Stato, sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414)

“Con il termine “*secondary ticketing*” si suole indicare la diffusione di mercati “paralleli” a quelli ufficialmente autorizzati, in cui si offrono in vendita i titoli di accesso ad eventi spettacolistici di varia natura, ad un prezzo maggiorato rispetto a quello determinato dall’organizzatore. [...] Desta [...] allarme sociale l’acquisto massivo di biglietti da parte di organizzazioni, che si servono di software creati appositamente (c.d. *ticketbots*), che poi li rivendono a prezzi maggiorati.

Questa peculiare forma di bagarinaggio online ha ricevuto solo recentemente una specifica disciplina, attraverso i commi 545 e 546 dell’art. 1, della legge 11 dicembre 2016, n. 232. [...] Il legislatore, se da un lato ha chiarito che gli unici soggetti legittimati a vendere i titoli di accesso per eventi spettacolistici sono gli organizzatori degli stessi, nonché i titolari di biglietterie automatizzate da questi incaricate alla vendita, dall’altro ha avuto cura di escludere che l’illecito sia configurabile in presenza di transazioni tra utenti finali: in particolare, non è suscettibile di sanzione la vendita o qualsiasi altra forma di collocamento di titoli di accesso ad attività di spettacolo «*effettuata da una persona fisica in modo occasionale, purché senza finalità commerciali*».

[...]

4.1. – L’espressione «*pratiche commerciali scorrette*» designa le condotte che formano oggetto del divieto generale sancito dall’art. 20 del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del consumo), in attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 11 maggio 2005, n. 2005/29/CE. [...]

Scopo della normativa è quello di ricondurre l’attività commerciale in generale entro i binari della buona fede e della correttezza. [...] Per «*pratiche commerciali*» assoggettate al titolo III della parte II del Codice del consumo si intendono tutti i comportamenti tenuti da professionisti che siano oggettivamente «*correlati*» alla «*promozione, vendita o fornitura*» di beni o servizi a consumatori, e posti in essere anteriormente, contestualmente o anche posteriormente all’instaurazione dei rapporti contrattuali.

Quanto ai criteri in applicazione dei quali deve stabilirsi se una determinata pratica commerciale sia o meno «*scorretta*», il comma 2 dell’art. 20 del Codice del consumo stabilisce in termini generali che una pratica commerciale è scorretta se «*è contraria alla diligenza professionale*» ed «*è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori*».

Nella trama normativa, tale definizione generale di pratica scorretta si scompone in due diverse categorie: le pratiche ingannevoli (di cui agli artt. 21 e 22) e le pratiche aggressive (di cui agli artt. 24 e 25). Il legislatore ha inoltre analiticamente individuato una serie di specifiche tipologie di pratiche commerciali (le c.d. ‘liste nere’) da considerarsi sicuramente ingannevoli e aggressive (art. 23 e 26, cui si aggiungono le previsioni ‘speciali’ di cui ai commi 3 e 4 dell’art. 21 e all’art. 22-*bis*), senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla

«diligenza professionale» nonché dalla sua concreta attitudine «a falsare il comportamento economico del consumatore».

4.2.– Il tema inedito posto all’attenzione del Collegio è quello di comprendere se il citato art. 20, comma 2, vada inteso come una mera clausola “ricognitiva” delle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive – rispetto alle quali la definizione generale sarebbe rilevante solo a fini interpretativi – oppure integri essa stessa una “fattispecie” di illecito, dotata di autonomia portata disciplinare, cui attingere in via residuale.

Ebbene, la lettura sistematica del titolo III della Parte seconda del codice del consumo rende certi che le “pratiche commerciali scorrette” costituiscono un *genus* unitario di illecito, i cui elementi costitutivi sono definiti dall’art. 20, comma 2. All’interno della fattispecie generale, il legislatore ha “ritagliato” – per finalità di semplificazione probatoria – due sottotipi (e all’interno di ciascuno di essi, due ulteriori fattispecie presuntive) che si pongono in rapporto di specialità (per specificazione) rispetto alla prima.

A questi fini, in ordine di successione ermeneutica:

- occorre prima stabilire se la condotta contestata possa essere inquadrata all’interno delle “liste nere” (di cui agli articoli 23 e 26): in caso di risposta positiva, la pratica dovrà qualificarsi scorretta senza che si renda necessario accertare la sua contrarietà alla «diligenza professionale» e la sua concreta attitudine «a falsare il comportamento economico del consumatore»;

- qualora la pratica non sia ricompresa in nessuna delle due fattispecie presuntive, va accertato se ricorrono gli estremi della pratica commerciale ingannevole (artt. 21 e 22) oppure aggressiva (artt. 24 e 25): in tal caso, la verifica di ingannevolezza ed aggressività integra di per sé la contrarietà alla «diligenza professionale»;

- ove i precedenti tentativi di sussunzione non risultino percorribili, non resta che ricorrere alla norma di chiusura sussidiaria di cui all’art. 20, comma 2: la mancata caratterizzazione dell’illecito in termini di ingannevolezza e aggressività impone di accertare in concreto il grado della «specifica competenza e attenzione» che «ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti», tenuto conto delle peculiarità del caso di specie.

[...]

Nel contenuto della «diligenza professionale» [...] rientrano anche gli adempimenti organizzativi che il rivenditore deve porre in essere per contrastare o almeno contenere il fenomeno di quanti acquistano massivamente per poi rivendere sul mercato secondario.

Neppure può sostenersi, ai fini di escludere l’illecito, che il consumatore si è autonomamente e spontaneamente rivolto ai rivenditori del mercato secondario. L’ampia nozione di «decisione di natura commerciale» consente di includere tra le pratiche idonee «ad indurre un consumatore ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso», non soltanto la condotta che si riveli fondamentale nello spingere il consumatore ad accettare di concludere un contratto con il professionista, ma anche la condotta del rivenditore che abbia semplicemente posto il consumatore nella impossibilità di finalizzare l’acquisto del biglietto per assistere all’evento di suo interesse, inducendolo a soddisfare il bisogno di consumo sul mercato secondario.

5. – Prima di procedere alla verifica in concreto dell’illecito contestato, va sottolineata l’erroneità della tesi dell’appellante secondo cui la valutazione della diligenza professionale, cui è tenuto un professionista in uno specifico settore di riferimento, costituirebbe una valutazione tecnico-discrezionale dell’Autorità, sindacabile dal giudice amministrativo soltanto sotto il profilo della congruenza logica e della razionalità.

[...]

Quando il fatto produttivo di effetti giuridici – la fattispecie dell'illecito – è descritto dalla norma mediante elementi normativi indeterminati, spetta al giudice l'opera di estrapolazione della regola dalla clausola generale. Nelle fattispecie sanzionatorie, gli elementi descrittivi del divieto sono presi in considerazione dalla norma attributiva del potere, nella dimensione oggettiva di "fatto storico" accertabile in via diretta dal giudice, e non di fatto "mediato" dall'apprezzamento dell'Autorità. Per questi motivi, il giudice non deve limitarsi a verificare se l'opzione prescelta da quest'ultima rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili che possono essere date a quel problema alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto, bensì deve procedere ad una compiuta e diretta disamina della fattispecie. La sussunzione delle circostanze di fatto nel perimetro di estensione logica e semantica dei concetti giuridici indeterminati è attività intellettuale ricompresa nell'interpretazione dei presupposti della fattispecie normativa, in quanto il tratto "libero" dell'apprezzamento tecnico si limita qui a riflettere esclusivamente l'opinabilità propria di talune valutazioni giuridiche, tecniche ed economiche. Ne consegue che la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile).

Più in generale, va rimarcato che le sanzioni amministrative in senso stretto – quelle che costituiscono reazione dell'ordinamento alla violazione di un precetto, ed a cui è estranea qualunque finalità ripristinatoria o risarcitoria – sono inflitte nell'esercizio di un potere ontologicamente diverso dalla discrezionalità amministrativa che presuppone una ponderazione di interessi. Sul piano funzionale, si tratta infatti di un potere equivalente a quello del giudice penale, sia pure con la peculiarità di essere irrogata dall'amministrazione e, per questo motivo, capace di incidere esclusivamente su beni diversi dalla libertà personale (a cagione della riserva costituzionale di giurisdizione). Nel caso invece della funzione amministrativa in senso proprio, il provvedimento amministrativo, anche quando è fonte, per il suo destinatario, di conseguenze pregiudizievoli o afflittive, queste non sono mai lo scopo o la causa dell'esercizio del potere, bensì la conseguenza "indiretta" di un atto che ha come obiettivo principale la cura di un interesse pubblico determinato".

Nota di Federica Faleri

La sentenza in commento presenta un duplice profilo di interesse. In primo luogo, essa fornisce l'occasione per ricostruire la nozione di pratica commerciale scorretta, ai sensi dell'art. 20 del Codice del Consumo (D.Lgs. n. 206/2005). Sotto diverso profilo, viene affrontato il tema dei limiti al sindacato del giudice amministrativo nei confronti del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Il giudizio trae origine dal provvedimento emanato dall'AGCM nei confronti di una società attiva in Italia nella vendita *online* di biglietti per eventi di vario genere. In particolare, alcune associazioni di consumatori hanno segnalato il verificarsi di un rapido esaurimento dei biglietti pubblicizzati sul sito e la contestuale disponibilità degli stessi sul mercato secondario, ad un prezzo più elevato. Pertanto, l'Autorità contesta alla società l'omessa adozione di misure idonee a contrastare l'acquisto multiplo di biglietti sui propri canali di vendita. Tale condotta, infatti, si è tradotta nella limitazione della libertà del consumatore, che si è trovato costretto nell'alternativa tra rinunciare all'evento o rivolgersi al mercato secondario, corrispondendo un

prezzo maggiorato. Per queste ragioni, l'Autorità sanziona la società per violazione dell'art. 20, comma 2, Codice del Consumo. Questa ricorre al TAR, ottenendo l'annullamento del provvedimento sanzionatorio, a causa della presenza di lacune istruttorie. In seguito, l'Autorità propone appello e, con appello incidentale, la società censura l'illegittimità del provvedimento nella parte in cui sanziona la pratica scorretta, senza qualificarla come aggressiva o ingannevole. A tal proposito, rimarca che l'ordinamento non consente di valutare come "scorrette" le pratiche commerciali che non siano né ingannevoli, né aggressive.

Il Consiglio di Stato respinge tale doglianza, soffermandosi sulla definizione recata dall'art. 20, comma 2, che qualifica scorretta una pratica commerciale «*contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio[...]*». Tale definizione generale si scompone all'interno del Codice in due diverse categorie: le pratiche ingannevoli e le pratiche aggressive. Date le precedenti indicazioni, la questione sottoposta al Collegio è se la disposizione di cui all'art. 20 vada intesa come una mera clausola ricognitiva delle pratiche commerciali ingannevoli ed aggressive oppure se rappresenti un'autonoma fattispecie di illecito. La soluzione prende le mosse da una lettura sistematica della normativa consumeristica, da cui si ricava che le pratiche commerciali scorrette integrino un *genus* unitario di illecito. All'interno di questo *genus*, il legislatore colloca le due *species* delle pratiche ingannevoli e aggressive, che costituiscono una tipizzazione più specifica delle condotte vietate. In sostanza, viene messo in luce il carattere generale e residuale della definizione di pratica commerciale scorretta, in relazione con le pratiche ingannevoli e aggressive. Il Collegio enuncia, altresì, quale debba essere il *modus operandi* in ordine alla valutazione della condotta di un operatore di mercato. A tal riguardo, occorre dapprima indagare se la condotta contestata rientri nelle c.d. liste nere. Solo in caso negativo, si rende necessario accertare se sussistano gli estremi della pratica commerciale ingannevole oppure aggressiva. Qualora i precedenti tentativi di sussunzione dovessero fallire, si ricorre alla norma di chiusura sussidiaria di cui all'art. 20, comma 2. In relazione a quest'ultima, l'indagine sulla diligenza del professionista si configura come elemento centrale, in quanto la mancata caratterizzazione dell'illecito in termini di ingannevolezza e aggressività impone di accertare in concreto la «*specificità competenza e attenzione*» che «*ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti*». In definitiva, la norma in esame prevede una fattispecie autonoma a cui attingere in via residuale, consentendo di ampliare la tutela per il consumatore oltre le pratiche ingannevoli ed aggressive. Ne deriva che, nel caso di specie, l'Autorità ha correttamente fatto ricorso alla definizione generale di pratica commerciale scorretta per sanzionare violazioni della diligenza professionale diverse dalla ingannevolezza e dalla aggressività. Nonostante ciò, l'appello principale viene respinto sotto diverso profilo. Il Collegio, infatti, si sofferma sull'istruttoria condotta dall'AGCM. In generale il sindacato del giudice amministrativo sulle sanzioni emesse dall'AGCM non deve esser limitato al controllo «*sotto il profilo della congruenza logica e della razionalità*». Ciò in quanto l'attività sanzionatoria dell'AGCM prescinde dalla discrezionalità amministrativa, dato che consiste nella ricerca di quegli elementi che consentono di ricondurre la condotta dell'operatore economico a una delle fattispecie previste dal Codice. Inoltre, il Collegio osserva che le sanzioni amministrative in senso stretto, consistenti nella reazione dell'ordinamento alla violazione di un precetto, sono inflitte nell'esercizio di un potere del tutto diverso dalla discrezionalità amministrativa, che presuppone, invece, una ponderazione di interessi. Ne consegue che il sindacato del giudice amministrativo in riferimento alle sanzioni emesse dall'AGCM deve spingersi fino a valutare i fatti concreti e le modalità di apprezzamento degli stessi in sede di istruttoria. Per questo motivo, nel caso di specie, il Collegio censura l'istruttoria operata, in quanto non forniva alcuna prova del legame tra la condotta della società e il pregiudizio subito dai consumatori.

Approvazione *per silentium* della proposta di aggiudicazione e successiva esclusione dell'operatore economico

(Cons. di Stato, sez. V, 27 aprile 2020, n. 2655)

“L’art. 32, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede che: *“La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell’articolo 33, comma 1, provvede all’aggiudicazione”*.”

Nel nuovo codice dei contratti pubblici risulta eliminata la precedente distinzione tra “aggiudicazione provvisoria” e “aggiudicazione definitiva” e la fase finale della procedura di aggiudicazione si articola nella “proposta di aggiudicazione”, che è adottata dal seggio di gara, e nell’“aggiudicazione” tout court, che è il provvedimento conclusivo della procedura (cfr. Cons. Stato, V, 10 ottobre 2019, n. 6904; V, 15 marzo 2019, n. 1710).

2.2. L’aggiudicazione costituisce un’autonoma manifestazione di volontà della stazione appaltante, resa all’esito della *“verifica della proposta di aggiudicazione”*, prevista dal citato art. 32, comma 5.

Si tratta invero di un’attività di controllo sulla proposta di aggiudicazione rientrante nel più generale controllo degli atti della procedura attuato dalla stazione appaltante (che autonomamente individua l’organo competente, ovvero, in mancanza, il R.u.p.), disciplinata dall’art. 33, comma 1, d.lgs. n. 50 cit. a mente del quale: *“La proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell’organo competente secondo l’ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell’organo competente. In mancanza il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti provengono all’organo richiedente. Decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si intende approvata”*.

La norma regola in realtà il rapporto tra l’attività della commissione (o del seggio) di gara (che formula la proposta) e l’amministrazione appaltante (che deve verificare e controllare la regolarità e la legittimità del procedimento, formulando eventualmente osservazioni o chiedendo chiarimenti), così che l’approvazione *per silentium* della proposta impedisce l’ulteriore attività della commissione e consuma il potere di controllo dell’amministrazione, ma non trasforma automaticamente la proposta di aggiudicazione (ormai definitiva) in aggiudicazione”.

Nota di Azzurra Baggieri

Con la sentenza n. 2655 del 27 aprile 2020, la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ha ribadito il principio, già dalla stessa precedentemente espresso (Cons. Stato, Sez. V, 4 gennaio 2019, n. 107), circa la legittimità del provvedimento di esclusione sebbene emesso dalla sta-

zione appaltante in un momento successivo all'approvazione *per silentium* della proposta di aggiudicazione.

Al fine di fornire un'adeguata spiegazione al principio suddetto, il Collegio adito ripercorre le tappe salienti dell'evoluzione legislativa che ha interessato la fase dell'aggiudicazione nelle procedure ad evidenza pubblica.

In particolare, fino a quando trovava applicazione il previgente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006), la fase dell'aggiudicazione si articolava in due ulteriori sottofasce: quella dell'aggiudicazione provvisoria e quella dell'aggiudicazione definitiva.

La prima consisteva nella dichiarazione di individuazione del miglior contraente; la seconda nell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, previo espletamento dei necessari controlli di tipo formale.

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), le fasi dell'aggiudicazione provvisoria e definitiva hanno lasciato il posto rispettivamente alle fasi della *"proposta di aggiudicazione"* e dell'*"aggiudicazione"*.

L'art. 33, co. 1 del vigente Codice dei contratti pubblici, infatti, recita: *"la proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente. In mancanza il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti provengono all'organo richiedente. Decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si intende approvata"*.

La disposizione sopra riportata individua nella *"proposta di aggiudicazione"* un atto endoprocedimentale privo di valenza decisoria (quindi non autonomamente impugnabile in quanto di per sé non lesivo) e, nella fase di *"aggiudicazione"*, il provvedimento conclusivo della procedura cui si perviene sempre previa verifica dei requisiti richiesti dal bando.

La disposizione poi introduce l'istituto dell'aggiudicazione *per silentium*. Per tale deve intendersi quella che si concretizza per il mero decorso del tempo senza che l'organo competente sia intervenuto esercitando i suoi poteri di controllo.

La norma precisa che, in mancanza di espressa indicazione da parte dell'organo competente, il termine per l'esercizio dei suddetti poteri di controllo è quello di trenta giorni con *dies a quo* la data di presentazione della proposta di aggiudicazione.

La *ratio* della norma è quella di evitare una stasi procedimentale, *ratio* che, a ben vedere, non viene snaturata per il solo fatto che venga emesso, dopo l'aggiudicazione *per silentium*, un successivo provvedimento di esclusione.

Il Consiglio di Stato con la sentenza in commento afferma, infatti, che l'art. 33, co. 1, D.Lgs. n. 50/2016 regola in realtà *"il rapporto tra l'attività della commissione (o del seggio) di gara (che formula la proposta) e l'amministrazione appaltante (che deve verificare e controllare la regolarità e la legittimità del procedimento, formulando eventualmente osservazioni o chiedendo chiarimenti)"*.

In particolare, il Consiglio di Stato ribadisce il principio, già precedentemente espresso in diversi altri arresti giurisprudenziali, secondo il quale *"l'approvazione per silentium della proposta impedisce l'ulteriore attività della commissione e consuma il potere di controllo dell'amministrazione, ma non trasforma automaticamente la proposta di aggiudicazione (ormai definitiva) in aggiudicazione"* (Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2019, n. 107; III, 16 ottobre 2012, n. 5282; VI, 26 marzo 2012, n. 1766).

In altre parole, l'approvazione dell'aggiudicazione intervenuta per silenzio da un lato esaurisce il potere di controllo dell'amministrazione (che diviene non più esercitabile una volta

scaduto il termine dei trenta giorni fissato dalla legge), ma dall'altro non può impedire alla stazione appaltante di procedere all'esclusione dell'operatore economico già risultato aggiudicatario.

Siffatto principio è ancora più condivisibile se sol si consideri che l'operatore economico, risultato aggiudicatario per il mero decorso del termine *ex art. 33, co. 1, D.Lgs. n. 50/2016*, dovrebbe comunque affrontare le verifiche che la stazione appaltante è tenuta ad espletare successivamente alla stipula del contratto.

Sicché appare logicamente conveniente che la stazione appaltante possa pervenire all'esclusione dell'operatore economico, carente dei requisiti richiesti, in un momento antecedente la stipula del contratto e ciò al fine di evitare dispendio di tempo e risorse.

Sullo scioglimento del Consiglio Comunale per infiltrazione mafiosa

(Cons. di Stato, sez. III, 14 maggio 2020 n. 3067)

“[N]ell’applicazione dell’art. 143 del T.U.E.L., [...], l’indubbio nesso di interdipendenza che deve esistere tra gli elementi soggettivi – i collegamenti diretti o indiretti degli amministratori locali con le associazioni mafiose – nel caso di specie dimostrati dalle stesse frequentazioni del sindaco e dei consiglieri comunali, dalla sottoscrizione di tutte e tre le liste presentatesi alle elezioni del 2015 da parte di soggetti intranei o contigui alle cosche [...], dalle parentele di tre consiglieri di minoranza con elementi controindicati – e quelli oggettivi – sul piano del corretto svolgimento delle funzioni amministrative, [...] – va valutato, complessivamente e non atomisticamente, secondo una logica probabilistica, tipica del diritto della prevenzione (Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105), alla quale sicuramente anche lo scioglimento di cui all’art. 143, comma 1, del T.U.E.L., per sua stessa finalità anticipatoria, appartiene, e non già secondo il criterio della certezza raggiunta oltre ogni ragionevole dubbio, propria dell’accertamento penale.

15. La stessa giurisprudenza amministrativa, nell’affermare la necessità che entrambi gli elementi – soggettivo e oggettivo – coesistano, ben avverte che lo sforzo ricostruttivo della loro intima connessione sistematica è ancor più necessario nel caso di piccole comunità, come quella in esame, che per dimensione, coesione interna e eventuale chiusura o limitata apertura verso l’esterno, offrono «*elementi di difficile reperimento e, ove raccolti, di incerta o difficile decifrazione*», con «*un costante e concreto aggancio ad elementi rilevanti ed univoci che, pur non assurgendo al rango di prova, contribuiscono ad indicare un percorso di ragionevolezza valutativa e di proporzionalità ed adeguatezza della misura adottata*» (Cons. St., sez. IV, 3 marzo 2016, n. 876).

16. E nel caso di specie non si può negare, proprio nel seguire tale percorso di ragionevolezza valutativa e di proporzionalità, il nesso di interdipendenza, secondo la logica della c.d. probabilità cruciale e nell’ottica di una complessiva valutazione, sussista, in quanto i condizionamenti mafiosi sulla vita amministrativa dell’ente, per i collegamenti diretti o indiretti dei suoi amministratori con la ‘ndrangheta (i cui esponenti o fiancheggiatori risultavano addirittura sottoscrittori di tutte e tre le liste presentatesi alle elezioni del 2015), si sono riflessi in un generale disordine amministrativo e in un’opacità del potere pubblico locale, con compromissione della sua efficace azione e un indebito vantaggio degli interessi economici facenti capo alle cosche egemoni sul territorio”.

Nota di Mariarita Cupersito

Il Consiglio di Stato si pronuncia nuovamente in merito al contenuto della valutazione prefettizia su cui si basa lo scioglimento per infiltrazioni mafiose di cui all’art. 143 del d. lgs. n. 267 del 2000 (Testo Unico degli Enti Locali).

La vicenda ha per protagonista un Comune, il cui relativo d.P.R. di scioglimento è stato oggetto di giudizio dinanzi al TAR Lazio in quanto, a detta dei ricorrenti, non sussistevano i presupposti per l'applicazione dell'art. 143 TUEL ai fini dell'emanazione del provvedimento dissolutorio dell'amministrazione comunale, rilevata l'assenza di concreti, univoci e rilevanti elementi su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata.

Gli elementi che giustificavano lo scioglimento riguardavano i rapporti e le frequentazioni del sindaco con esponenti della mafia locale; invece, la tesi dei ricorrenti (poi, appellanti) sosteneva che tali incontri, la cui frequenza è da redistribuire su un lasso temporale di 27 anni, non erano da ritenersi forieri di condizionamento dell'amministrazione.

È, tuttavia, emerso un ulteriore elemento consistente in una pluralità di affidamenti diretti a favore di una stessa impresa la quale, come risulta dagli atti di indagine della commissione, fa capo alla famiglia i cui componenti sono stati coinvolti in indagini e segnalazioni o, in qualche caso, condannati per il reato di associazione di stampo mafioso. Proprio sulla base della pluralità di tali affidamenti, avvenuti anche in somma urgenza ai sensi degli artt. 63 e 163 del d.lgs. 50/2016, si supposeva l'amministrazione comunale abbia favorito quella determinata azienda.

Con la sentenza del 28 maggio 2019, il TAR Lazio ha respinto il ricorso affermando che la valutazione effettuata dalla competente autorità risponde ai criteri elaborati dalla già consolidata giurisprudenza amministrativa. Nello specifico, i presupposti dello scioglimento sono i c.d. elementi sintomatici, come da definizione dottrinale e giurisprudenziale, da cui possa ragionevolmente desumersi il condizionamento mafioso. L'art. 143 TUEL dispone che i consigli comunali e provinciali sono sciolti qualora emergano, dagli accertamenti effettuati, elementi *“concreti, univoci e rilevanti su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata”* che determinino un'alterazione del funzionamento dell'ente, così da produrre un danno alla comunità locale. Il risultato deve essere un sintomatico plurimo fatto di elementi univoci e convergenti che rendano verosimile l'idea di un condizionamento per l'agire dell'amministrazione in base alle regole di comune esperienza.

Affinché possa procedersi allo scioglimento, si tiene, dunque, conto di condizionamenti o collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata che siano tali da compromettere il buon andamento, l'imparzialità e il regolare funzionamento dei servizi.

Viene in rilievo in questa sede non già l'accertamento della responsabilità penale degli amministratori locali, bensì il carattere potenziale e presuntivo dell'infiltrazione.

Quanto affermato dal TAR è stato confermato dal Consiglio di Stato che, nel caso esaminato, ha valutato l'esistenza di un quadro sintomatico piuttosto esteso: in primis, contrariamente a quanto sostenuto dagli appellanti, il consistente arco temporale preso in considerazione non determina l'irrelevanza degli incontri ma, al contrario, lascia supporre che *“un'attività di monitoraggio e controllo ben più costante e mirata avrebbe potuto disvelare una serie di frequentazioni assai più estesa in un contesto locale assai ristretto”*, dove l'accompagnarsi a determinati interlocutori implica spesso una precisa scelta o comunque l'assenza di una necessaria presa di distanza.

In secondo luogo, i ripetuti affidamenti in taluni strategici settori (lavori pubblici, rilascio delle concessioni demaniali, riscossione dei tributi) dimostrano una condotta inefficiente, disattenta e opaca, che ha oggettivamente consentito agli amministratori locali di favorire gli interessi di una cosca della 'ndrangheta locale.

“Nell'applicazione dell'art. 143 del T.U.E.L.”, si legge nella sentenza, *“l'indubbio nesso di interdipendenza che deve esistere tra gli elementi soggettivi – i collegamenti diretti o indiretti degli amministratori locali con le associazioni mafiose – nel caso di specie dimostrati dalle stesse frequentazioni del sindaco e dei consiglieri comunali, dalla sottoscrizione di tutte*

e tre le liste presentatesi alle elezioni del 2015 da parte di soggetti intranei o contigui alle cosche –OMISSIS– e –OMISSIS–, dalle parentele di tre consiglieri di minoranza con elementi controindicati – e quelli oggettivi – sul piano del corretto svolgimento delle funzioni amministrative, sin qui esaminate – va valutato, complessivamente e non atomisticamente, secondo una logica probabilistica, tipica del diritto della prevenzione (Cons. St., sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758, Cons. St., sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105), alla quale sicuramente anche lo scioglimento di cui all’art. 143, comma 1, del T.U.E.L., per sua stessa finalità anticipatoria, appartiene, e non già secondo il criterio della certezza raggiunta oltre ogni ragionevole dubbio, propria dell’accertamento penale”.

In conclusione, un quadro sintomatico complessivo e non atomistico dei fatti, basato sulla connessione sistematica tra elemento soggettivo ed elemento oggettivo, porta all’applicazione di un’adeguata misura di contrasto alle mafie radicate nel territorio che, infiltrandosi nelle amministrazioni comunali, compromettono il perseguimento dei fini istituzionali, recando pregiudizio ai principi di buon andamento e imparzialità dell’agire amministrativo.

Questione di legittimità costituzionale della normativa riguardante l'interdittiva antimafia

(Cons. di Stato, sez. III, 8 giugno 2020, n. 3641)

“[V]a esaminata la questione di legittimità costituzionale [...] degli artt. 84, comma 4, lett. d ed e, e 91, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011 per contrasto all’ordinamento interno costituzionale e, in specie, agli artt. 117 e 3 Cost.

La questione è manifestamente infondata, alla luce dei principi dettati dallo stesso Giudice delle leggi, più volte intervenuto sulla normativa antimafia confermando l’iter argomentativo del giudice amministrativo.

[...] [L]a verifica della legittimità dell’informativa deve essere effettuata sulla base di una valutazione unitaria degli elementi e dei fatti che, visti nel loro complesso, possono costituire un’ipotesi ragionevole e probabile di permeabilità della singola impresa ad ingerenze della criminalità organizzata di stampo mafioso sulla base della regola causale del “più probabile che non”, integrata da dati di comune esperienza, evincibili dall’osservazione dei fenomeni sociali (qual è quello mafioso), e che risente della estraneità al sistema delle informazioni antimafia di qualsiasi logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio [...].

[...]

I principi elaborati dalla Sezione [...] sono stati da ultimo nuovamente confermati dalla Corte costituzionale (sentenza n. 57 del 26 marzo 2020) [...].

In particolare, in detta occasione il giudice delle leggi è stato chiamato ad esaminare la conformità dell’art. 89-*bis* (e in via consequenziale dell’art. 92, commi 3 e 4), d.lgs. n. 159 del 2011 per violazione degli artt. 3 e 41 Cost. perché priverebbe un soggetto del diritto, sancito dall’art. 41 Cost., di esercitare l’iniziativa economica, ponendolo nella stessa situazione di colui che risulti destinatario di una misura di prevenzione personale applicata con provvedimento definitivo.

Nel respingere la questione di legittimità costituzionale la Corte [...] ha affermato che il fenomeno mafioso rappresenta un quadro preoccupante non solo per le dimensioni ma anche per le caratteristiche del fenomeno, e in particolare – e in primo luogo – per la sua pericolosità (rilevata anche da questa Corte: sentenza n. 4 del 2018). Difatti la forza intimidatoria del vincolo associativo e la mole ingente di capitali provenienti da attività illecite sono inevitabilmente destinate a tradursi in atti e comportamenti che inquinano e falsano il libero e naturale sviluppo dell’attività economica nei settori infiltrati, con grave *vulnus*, non solo per la concorrenza, ma per la stessa libertà e dignità umana.

Le modalità, poi, di tale azione criminale non sono meno specifiche, perché esse manifestano una grande “adattabilità alle circostanze”: variano, cioè, in relazione alle situazioni e alle problematiche locali, nonché alle modalità di penetrazione, e mutano in funzione delle stesse.

Ha aggiunto la Corte costituzionale che quello che si chiede alle autorità amministrative non è di colpire pratiche e comportamenti direttamente lesivi degli interessi e dei valori prima

ricordati, compito naturale dell'autorità giudiziaria, bensì di prevenire tali evenienze, con un costante monitoraggio del fenomeno, la conoscenza delle sue specifiche manifestazioni, la individuazione e valutazione dei relativi sintomi, la rapidità di intervento.

È in questa prospettiva anticipatoria della difesa della legalità che si colloca il provvedimento di informativa antimafia al quale, infatti, è riconosciuta dalla giurisprudenza natura “cautelare e preventiva” (Cons. Stato, A.P., 6 aprile 2018, n. 3), comportando un giudizio prognostico circa probabili sbocchi illegali della infiltrazione mafiosa.

La Corte costituzionale ha quindi fatto riferimento alle situazioni indiziarie, che sviluppino e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale, individuate da questa Sezione. Tra queste: i provvedimenti “sfavorevoli” del giudice penale; le sentenze di proscioglimento o di assoluzione, da cui pure emergano valutazioni del giudice competente su fatti che, pur non superando la soglia della punibilità penale, sono però sintomatici della contaminazione mafiosa; la proposta o il provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione previste dallo stesso d.lgs. n. 159 del 2011; i rapporti di parentela, laddove assumano una intensità tale da far ritenere una conduzione familiare e una “regia collettiva” dell'impresa, nel quadro di usuali metodi mafiosi fondati sulla regia “clanica”; i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia; le vicende anomale nella formale struttura dell'impresa e nella sua gestione, incluse le situazioni in cui la società compie attività di strumentale pubblico sostegno a iniziative, campagne antimafia, antiusura, antiriciclaggio, allo scopo di mostrare un “volto di legalità” idoneo a stornare sospetti o elementi sostanziosi sintomatici della contaminazione mafiosa; la condivisione di un sistema di illegalità, volto ad ottenere i relativi “benefici”; l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità. Sulla base di tali principi possono escludersi profili di incostituzionalità degli artt. 84, comma 4, lett. d ed e, e 91, comma 6, d.lgs. n. 159 del 2011”.

Nota di Gianpiero Gaudiosi

L'annotata sentenza, con la quale il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi sull'istituto dell'interdittiva antimafia, è inscrivibile nel più ampio panorama decisionale afferente alla materia dei poteri amministrativi a tutela della pubblica sicurezza, *sub specie* di verifiche prefettizie rispondenti alle finalità di prevenzione e contrasto alla criminalità organizzata.

Al centro della *quaestio facti* da cui trae abbrivio il sindacato del giudice amministrativo si rinviene un'informativa emessa dalla Prefettura a carico di una società formalmente esercente attività commerciali in ambito gastronomico.

L'autorità prefettizia aveva estrapolato un quadro indiziaro univoco e credibile circa la permeabilità al condizionamento mafioso da parte del pubblico esercizio in questione, muovendo da un coacervo di elementi esperienziali apprezzati nel relativo legame sistematico e compendiabili in legami familiari, frequentazioni, intrecci societari e cointeressenze che avvincevano il contesto sociale “sospetto” ad individui inseriti a vario titolo all'interno di conoterie criminali.

Le valutazioni anzidette erano state dappoi accolte dal T.A.R. che – valorizzando l'elevato valore dimostrativo delle circostanze fattuali addotte e documentate dalla Prefettura – aveva ritenuto perfettamente congrua la revoca degli effetti autorizzativi della Scia per l'esercizio della suddetta attività di somministrazione di alimenti e bevande.

La Terza Sezione del Consiglio di Stato, coerentemente con l'*iter* motivazionale seguito dal giudice di prime cure, rigetta il gravame della società e dichiara l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale prospettata da parte appellante con riferimento agli artt. 84, co. 4, lett. d ed e, e 91, co. 6, d.lgs. n. 159 del 2011 (Codice delle leggi antimafia) per asserito contrasto con gli artt. 117 e 3 Cost..

A fondamento della reiezione, i giudici di Palazzo Spada pongono l'accento sulla funzione di "frontiera avanzata" ormai comunemente attribuita all'informazione antimafia, traendo solide basi argomentative da un folto gruppo di precedenti resi dal medesimo Collegio e ulteriore conforto dai principi generali dettati dalla Corte Cost. nella sentenza n. 24/2019.

Nel pervenire agli esiti ricostruttivi così sinteticamente riproposti, appare decisivo il riferimento al dato normativo desumibile dal Codice antimafia, da leggersi in ossequio alle ragioni esplicative della scelta del Legislatore di novellare detta misura di prevenzione.

Al riguardo, il Collegio rintraccia l'elemento fondante l'informativa antimafia nell'accertamento della «sussistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate», in presenza dei quali l'ordinamento ha inteso munirsi di una serie di strumenti utili a ostacolare la propalazione di "agenti inquinanti" rispetto al sano sviluppo del tessuto economico.

Così inquadrata, la *ratio* sottesa all'interdittiva assume nuovi significati alla luce delle considerevoli capacità "adattive" maturate dalle mafie tradizionali al cospetto dei più variegati contesti socio-imprenditoriali. È proprio il rinnovato *modus operandi* del fenomeno mafioso ad aver imposto al Legislatore di porre a servizio delle Prefetture diverse e più efficaci misure di contrasto, dotandole dell'estrema duttilità garantita loro dal carattere atipico, «*come atipica, del resto, è la capacità, da parte delle mafie, di perseguire i propri fini*», e assegnando alle stesse una finalità anticipatoria della difesa della legalità propria della giurisprudenza «*cautelare e preventiva*».

In questa prospettiva l'interdittiva impinge su fattispecie di mero pericolo, in relazione alle quali le minacce di ingerenza mafiosa devono valutarsi con un ragionamento probabilistico di tipo induttivo e secondo il criterio della c.d. probabilità cruciale o del "*più probabile che non*", agganciato a parametri valutativi attenuati rispetto al rigore che contraddistingue il diverso accertamento della responsabilità penale che, invece, esige un livello di prova collocato al di sopra della soglia del ragionevole dubbio.

Alla stregua di ciò, seguendo un orientamento granitico, il Consiglio di Stato considera irrilevante la sussistenza o meno di fattispecie di reato a carico dell'operatore economico come pure i sopraggiunti cambiamenti intervenuti negli assetti societari e nelle cariche sociali, trattandosi di prassi elusive d'uso corrente aventi lo scopo di paralizzare le verifiche prefettizie, mentre conferisce ai rapporti intrattenuti dal socio che ricopre incarichi apicali nei confronti di un congiunto affiliato ad una cosca mafiosa natura presuntiva del pericolo che l'impresa possa "orbitare" attorno al medesimo sodalizio, ogniquale volta riaffiorino situazioni di regia "clanica" di tipo familiare.

Gli elementi fattuali testé menzionati, in parte tipizzati dal legislatore tramite i c.d. delitti-spia e in parte "a condotta libera" ad integrazione delle indicazioni legislative, sottendono un giudizio a carattere prognostico ed inevitabilmente «*connotato da ampia discrezionalità di apprezzamento*», come tale, sindacabile in sede giurisdizionale nei soli casi di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti.

In considerazione del principio secondo cui il compito elettivamente affidato alle autorità amministrative non è quello di «*colpire pratiche e comportamenti direttamente lesivi degli interessi e dei valori sopra ricordati, compito naturale dell'autorità giudiziaria*», quanto piuttosto quello di prevenire simili evenienze tramite la conoscenza e valutazione delle relative ma-

nifestazioni sintomatiche, il Consiglio di Stato esclude i denunciati profili di illegittimità costituzionale e ritiene la misura prefettizia, per come tratteggiata dalle citate disposizioni, del tutto ragionevole e proporzionata in rapporto ai valori tutelati dagli artt. 3 e 117 Cost..

Risarcimento del danno da emoderivati infetti e poteri del giudice dell'ottemperanza

(Cons. di Stato, sez. III, 24 giugno 2020, n. 4028)

“[...] [L]a controversia ha ad oggetto l'esatta perimetrazione degli obblighi attuativi facenti capo all'Amministrazione, quali discendenti nei suoi confronti dalle sentenze del giudice ordinario che, in primo e secondo grado, hanno affermato il suo obbligo risarcitorio nei confronti della appellante per i danni derivanti dalla infezione da virus HCV da essa contratta e conseguente alla somministrazione di emoderivati infetti.

[...]

[...] [P]ermane da definire la questione attinente alla compensabilità del risarcimento con i ratei successivamente maturati e maturandi.

[...]

La soluzione della questione [...] presuppone l'analisi del *dictum* giurisdizionale oggetto di ottemperanza, al fine di verificare la possibilità di enucleare dallo stesso le indicazioni precettive atte a delimitare, in termini compiutamente definiti, l'attività ottemperativa dell'Amministrazione: ciò sia al fine di determinare contenutisticamente la portata oggettiva del giudicato, quindi gli esatti termini in cui il G.O. ha ritenuto la fondatezza della domanda della parte attrice e la meritevolezza dell'interesse da essa fatto valere in giudizio, sia al fine di verificare se la ricorrente in ottemperanza abbia introdotto in sede di incidente di esecuzione, come ritenuto dal giudice amministrativo di primo grado, temi avulsi rispetto al giudicato e non risolvibili se non attraverso un ulteriore intervento cognitorio del giudice (ordinario) munito della relativa e necessaria *potestas iudicandi*. La formula della “capitalizzazione” sottende appunto l'esigenza di valorizzare, in termini più o meno fittizi, una prestazione economica di carattere durevole e solitamente commisurata alla vita dell'avente diritto, al fine di tradurla in una entità monetaria unitaria, laddove, per le più varie esigenze giuridiche, si renda necessario considerare la prima, con la sua caratteristica articolazione temporale, in luogo della seconda, con la sua tipica connotazione una tantum: così (inevitabilmente) concepita, la “capitalizzazione” è inconciliabile con qualsivoglia delimitazione temporale che non sia quella rapportata all'intero arco temporale di (prevedibile) erogazione della prestazione continuativa, ciò tanto più laddove, come nella fattispecie in esame, si tratti di assicurare la piena esplicazione del summenzionato principio della *compensatio lucri cum damno* [...].

La questione [...] si sposta quindi [...] sul tema della individuazione dei criteri sulla scorta dei quali concretizzare e quantificare quella rilevanza ai fini della esecuzione della condanna risarcitoria, ovvero, in ultima analisi, la disposta “capitalizzazione”. Da questo punto di vista, non è controverso che la sentenza oggetto di ottemperanza non rechi esplicite indicazioni [...].

Cionondimeno, ritiene questo giudice che la clausola in “bianco” che caratterizza, per il profilo in esame, la sentenza del giudice civile si presti ad essere coerentemente “riempita” nella presente sede esecutiva: ciò anche al fine di realizzare intuibili – oltre che costituzionalmente rilevanti – esigenze di effettività e di concentrazione della tutela, oltre che ragionevole durata del processo, le quali sarebbero inevitabilmente frustrate qualora la parte appellante, al fine di ottenere finalmente il bene della vita riconosciutole dal G.O., fosse costretta ad

adire nuovamente quest'ultimo (conseguenza, questa, ineluttabilmente discendente dalla appellata pronuncia di inammissibilità).

Da un punto di vista sostanziale, infatti, deve ritenersi che la concreta definizione operativa del meccanismo della “capitalizzazione” non appartenga al nucleo sostanziale del diritto oggetto di accertamento nel giudizio civile di cognizione, ma agli aspetti tecnico-esecutivi della sentenza oggetto di ottemperanza: in altre parole, la pretesa risarcitoria azionata dalla odierna appellante si trova già compiutamente conformata, [...] mentre la identificazione dei criteri cui questa deve ispirarsi, per la sua connotazione squisitamente tecnica, appartiene al legittimo ambito decisorio del giudizio di ottemperanza (al pari di qualsiasi altra questione che involga l'esecuzione di una sentenza contenente formule elastiche e richiedenti, per la loro compiuta definizione, di essere etero-determinate).

I rilievi che precedono inducono quindi a respingere la deduzione attorea della “indeterminatezza ed indeterminabilità” della posta compensativa, che ne impedirebbe la concreta applicazione ai fini della determinazione finale del quantum risarcitorio, così come la tesi di parte resistente, intesa a sostenere, per la stessa ragione, la non eseguibilità della sentenza civile di condanna.

[...]

Resta tuttavia rimesso al Commissario *ad acta*, come innanzi individuato e nominato, di verificare quale, tra i criteri astrattamente prospettabili, sia idoneo a garantire la capitalizzazione del suddetto assegno in termini il più possibile coerenti con la specifica natura dello stesso, l'aspettativa di vita della appellante e la finalità ultima che la capitalizzazione deve perseguire nel caso di specie, come individuata dalla sentenza oggetto di ottemperanza”.

Nota di Gianpiero Gaudiosi

La pronuncia in epigrafe offre innumerevoli spunti di riflessione, utili ad approfondire la *vexata quaestio* di carattere eminentemente sostanziale relativa ai limiti operativi della *compensatio lucri cum damno*, coniugandola con il più ampio dibattito, dai connotati squisitamente processuali, attorno ai profili cognitori dell'ottemperanza al giudicato civile.

Prima di affrontare *funditus* le singole questioni, val la pena ripercorrere brevemente il quadro giuridico-fattuale da cui trae origine la decisione dei Giudici di Palazzo Spada. La ricorrente adiva il T.A.R. per l'ottemperanza del giudicato formatosi sulla sentenza pronunciata dal giudice civile nei confronti del Ministero della Salute e poi, nuovamente, nelle forme dell'incidente di esecuzione, con cui lamentava la corresponsione di somme inferiori a quelle asseritamente dovute. In esito al giudizio civile, la convenuta Amministrazione era stata difatti condannata al risarcimento dei danni, patrimoniali e non, patiti dal ricorrente che – per effetto della somministrazione di emoderivati infetti praticata presso una struttura pubblica – aveva contratto l'infezione da epatite C (virus HCV). Le poste anzidette – soggiungeva il G.O. – andavano versate al soggetto danneggiato al netto dell'importo da questi già percepito a titolo di rendita mensile e, con specifico riferimento alla componente non patrimoniale, andavano altresì decurtate dei ratei futuri della rendita, da capitalizzare per il periodo successivo alla notificazione dell'atto introduttivo del giudizio civile risarcitorio.

Sul punto, il T.A.R. riteneva che l'omessa indicazione delle precise modalità tecniche attraverso le quali procedere alla capitalizzazione e, per l'effetto, l'indeterminatezza del *quantum* risarcitorio si sostanziassero nella richiesta, rivolta al G.A., di integrare le statuizioni con-

tenute nella sentenza civile, con spendita di attività cognitoria e conseguenziale invasione della giurisdizione ordinaria da parte del giudice dell'ottemperanza.

Come accennato in premessa, il Consiglio di Stato è stato così investito di una duplice questione interpretativa. In primo luogo, sul tema dell'esatta perimetrazione del meccanismo compensativo e, per quel che qui specificatamente rileva, a proposito dell'applicabilità dello stesso «*oltre la misura (temporalmente circoscritta)...già operata dal G.O.*», la sentenza del Consiglio di Stato ha arricchito il filone inquadrabile nel solco delle coordinate ermeneutiche tracciate nel 2018 dalle Sezioni Unite della Cassazione con le quattro sentenze gemelle (nn. 12564, 12565, 12566, 12567). Nei citati arresti gli Ermellini si erano mostrati concordi nel ricostruire il non codificato istituto della *compensatio* quale esplicazione del generico principio civilistico dell'indifferenza del risarcimento, desumibile dagli artt. 1223-1224 c.c., del quale istituto è rintracciabile un *continuum* anche in sede penale nel principio di equivalenza causale di cui all'art. 41 c.p.. Su tali basi si era affermato che una corretta stima del danno provocato dall'illecito civile debba passare attraverso una simultanea valutazione di tutte le conseguenze dal medesimo derivate, siano esse *in bonam* o *in malam partem*.

In continuità con l'insegnamento nomofilattico, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la finalità di evitare un'ingiustificata locupletazione della vittima del medesimo fatto lesivo, nelle ipotesi di «*coincidenza tra il soggetto autore dell'illecito tenuto al risarcimento e quello chiamato per legge ad erogare il beneficio*», sarebbe rimasta (parzialmente) disattesa ove il giudicante avesse acconsentito a che «*il defalco dall'entità del risarcimento spettante fosse limitato ai ratei già corrisposti al momento della liquidazione del danno, con esclusione di quelli futuri*». Dette conclusioni hanno trovato ulteriore riscontro nel rilievo in base a cui l'apposizione di limiti temporali snaturerebbe l'operazione di "capitalizzazione", in sé tipicamente riferentesi a prestazioni economiche commisurate all'intera vita dell'avente diritto. L'assenza nella sentenza civile di esplicite indicazioni sul computo delle somme risarcitorie fornisce al Collegio l'abbrivio per trattare e approfondire il secondo tema d'indagine, concernente la delimitazione dell'ambito decisorio del giudizio di ottemperanza. In proposito, la Corte ha ritenuto plausibile ricondurvi tutte le questioni che involgano «*l'esecuzione di una sentenza contenente formule elastiche e richiedenti, per la loro compiuta definizione, di essere etero-determinate*», ivi includendo, perciò, anche l'identificazione dei criteri necessari per tradurre in termini aritmetici il meccanismo di capitalizzazione della rendita. Trattasi invero – chiosa la Terza Sezione nella parte conclusiva della pronuncia – di operazione che non inerisce «*al nucleo sostanziale del diritto oggetto di accertamento nel giudizio civile di cognizione*» ma che investe aspetti puramente tecnico-esecutivi della sentenza oggetto di ottemperanza.

Giudicato silente e spazio regolativo lasciato vuoto

(Cons. di Stato, sez. III, 7 luglio 2020, n. 4369)

“Innanzitutto, la petizione di principio sostenuta dall’INPS trova riscontro nella costante giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. Sez. Lavoro n. 17528/2002; 7556/2014; n. 27677/2011; n. 5419/2020) oltre che negli indirizzi di questa stessa sezione (Cons. Stato, sez. III, n. 1718/2018), né viene in alcun modo confutata da parte appellante.

Si tratta della tesi secondo cui il beneficio di cui all’art. 13 cit. [della L. 257/92] assolve alla principale funzione di agevolare il conseguimento della pensione massima ai lavoratori esposti al cd “rischio amianto” ed è ottenibile solo da coloro che non abbiano raggiunto il massimo della prestazione conseguibile.

1.2. Quanto al giudicato civile del quale si chiede l’ottemperanza, deve escludersi che esso si sia formato sulla base di una interpretazione diversa da quella qui perorata dalla parte appellata.

Tra le eccezioni di merito sollevate dall’INPS nel corso del giudizio civile ve ne era effettivamente una intesa a determinare il “*numero di settimane massimo*” da conteggiare quale limite invalicabile del montante contributivo [...]. Nondimeno, il giudice civile non si è espresso sul punto, trascurando del tutto la questione sollevata dall’INPS. La statuizione di condanna al pagamento delle differenze di trattamento conseguenti alla sopravvalutazione non contiene alcuna indicazione, neppure nella parte motivazionale, in ordine alle modalità di calcolo dell’anzianità contributiva e alla sua riconduzione entro i limiti ordinamentali.

Non può quindi dirsi che la tematica sia stata affrontata e risolta [...] con un “implicito” riconoscimento del diritto al superamento del tetto contributivo.

1.3. Deve anche escludersi che la questione abbia costituito un passaggio logico pregiudiziale necessariamente implicato nel percorso argomentativo della traccia motivazionale, la quale risulta del tutto neutra rispetto alla tematica del limite contributivo. È pur vero, dunque, che il giudicato copre il dedotto e il deducibile in relazione al medesimo oggetto e, pertanto, riguarda non solo le ragioni giuridiche e di fatto esercitate in giudizio ma anche tutte le possibili questioni, proponibili in via di azione o eccezione, che, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono precedenti logici, essenziali e necessari, della pronuncia; ciò nondimeno, la questione afferente al superamento del tetto contributivo qui in rilievo non può dirsi in rapporto di implicazione necessaria con la *res controversa* concernente il riconoscimento del beneficio ex art. 13, comma 8, della L. 257 del 1992, in quanto ad essa logicamente succedanea [...].

1.4. Non vi sono margini, pertanto, per interpretare il dispositivo del Tribunale Civile nel senso dell’assenza di limiti massimi all’anzianità utilmente valutabile nel conteggio della rivalutazione.

[...]

Non resta, pertanto, che rendere una applicazione del giudicato la più conforme ai principi ordinamentali, anche in virtù del criterio di stretta continenza che deve orientare il giudice amministrativo nel dare esecuzione alle pronunce emesse da organi giudicanti appartenenti ad altri plessi giurisdizionali.

Così operando, non si determina alcuna impropria manipolazione interpretativa del *decisum*.

È facile constatare, infatti, come innanzi ad un giudicato “silente” quale quello qui in esame, entrambe le opzioni patrocinata dalle parti contendenti (a favore e contro l’invalidità del tetto contributivo) finiscono per provocare un arricchimento regolativo del tratto esecutivo rimasto incompiuto.

Nondimeno, questo effetto arricchente si produce come conseguenza di linee di ragionamento niente affatto equivalenti, posto che in un caso si fa luogo all’applicazione di regole ordinamentali che riconducono l’ottemperanza a conclusioni coerenti con il sistema normativo; nell’altro caso, si propone di orientare l’esecuzione verso un esito interpretativo manifestamente *extra ordinem*.

Non resta, dunque, che colmare lo spazio regolativo lasciato vuoto dal giudicato, senza alterarne il contenuto ma integrandolo nella parte mancante attraverso l’applicazione dei principi generali dell’ordinamento (v. art. 12 disposizioni preliminari al codice civile)”.

Nota di Domenico Ciaburri

Con la pronuncia in commento la terza sezione del Consiglio di Stato ha affrontato il problema delle modalità di esecuzione di una sentenza di merito passata in giudicato che non risolva *expressis verbis* alcune questioni rilevanti ai fini della concreta attuazione giudiziale della medesima, ritenendo che, in tal caso, debba essere attribuito alla stessa il significato maggiormente conforme all’ordinamento.

Nel caso concreto il Supremo Consesso è stato chiamato ad ottemperare ad una pronuncia del giudice del lavoro che aveva riconosciuto ad un lavoratore esposto a inalazione di fibre di amianto, il beneficio della “*supervalutazione*” di cui all’art. 13, co. 8 l. 257/92, consistente nel riconoscimento di un’anzianità contributiva calcolata moltiplicando per il coefficiente di 1,5 gli anni lavorativi svolti sotto l’esposizione dell’agente patogeno. In esito a tale calcolo il lavoratore avrebbe ottenuto il riconoscimento di un’anzianità pensionistica pari a 52 anni, a fronte di un’anzianità contributiva valutabile secondo i criteri INPS al massimo in 36 anni.

Il Consiglio di Stato ha pertanto dovuto stabilire se l’anzianità contributiva riconoscibile fosse effettivamente di 52 anni, come detto *expressis verbis* dal giudice ordinario, o se, diversamente, tale pronuncia andasse circoscritta entro i limiti posti dall’ordinamento e, pertanto, nel massimo dei 36 anni previsti come tetto massimo dall’INPS.

La sentenza si sviluppa in tre fondamentali passaggi logici che è utile ripercorrere sia con riferimento alla questione generale dell’ottemperabilità del giudicato che lasci “*spazi vuoti*”, non espressamente regolati, sia con riferimento al caso specificamente trattato.

In primo luogo, il Giudice Amministrativo ricorda che il ruolo svolto dal giudizio di ottemperanza è principalmente quello di eseguire la pronuncia emessa dal giudice della cognizione, la quale non può in alcun modo essere eseguita contro la sua *ratio*. In ossequio a tale principio deve ritenersi che il giudice dell’ottemperanza possa sì condurre operazioni interpretative e integrative della sentenza, ma solo per colmare gli spazi lasciati vuoti dal giudice della cognizione, non potendo invece operare alcuna integrazione del disposto di merito in contrasto con le statuizioni della pronuncia.

Orbene, tali spazi vuoti, a giudizio della sezione giudicante, certamente sussistevano nel caso esaminato, ove l’ottemperanda sentenza del giudice del lavoro non aveva espressamente trattato il problema del limite massimo dei contributi di anzianità, nonostante quest’ultimo fosse stato posto all’attenzione del giudicante dall’INPS in via di eccezione.

Una volta individuati i suddetti “spazi vuoti”, il giudice dell’ottemperanza dovrà tentare di colmarli anzitutto con tecniche logico deduttive. Ciò in quanto il giudicato, come noto, copre non solo il dedotto, ma anche il deducibile. Pertanto, ove sia possibile dedurre dalla pronuncia stessa una regola esecutiva, anche se non esplicitata, a tale regola dovrà attenersi l’ottemperante, onde evitare di violare il giudicato stesso. Nel compiere tale operazione il Giudice dovrà considerare che è deducibile tutto ciò che è logicamente antecedente, essenziale e necessario alle statuizioni esplicitate in sentenza. Ciò, beninteso, salvo preclusioni *ex lege*: ad esempio, si ammette che la pronuncia di merito possa formare giudicato implicito sulla competenza, ma ciò non vale quando trattasi di competenza giurisdizionale (Cass. Civ. sez. lav. sent. n. 27357 del 2020).

La regola del dedotto e deducibile non è stata tuttavia ritenuta dirimente nel caso concretamente risolto dalla sentenza in commento, ove si è invece sostenuto che “*la questione afferente al superamento del tetto contributivo [...] non può dirsi in rapporto di implicazione necessaria con [...] il riconoscimento del beneficio ex art. 13, comma 8, della l. 257 del 1992, in quanto ad essa logicamente succedanea*”. L’imposizione del limite contributivo, infatti, attiene ad un momento logicamente successivo a quello del calcolo astratto degli anni contributivi spettanti al lavoratore che benefici della *supervalutazione* più volte citata (Cass. Civ. sez. lav. sent. n. 5419 del 2020). Avendo il giudice di merito, nonostante l’eccezione proposta dall’INPS, omesso del tutto di affrontare la questione, lo spazio vuoto non è stato ritenuto colmabile in via deduttiva, perché su di esso il giudicato non solo non ha sentenziato *expressis verbis*, ma neppure lo ha fatto implicitamente.

È a questo punto che si colloca la parte più significativa della pronuncia in commento, la quale, nella parte finale, ritiene che, quando la regola risolutiva del caso concreto non sia espressa in sentenza, né quest’ultima sia deducibile dal giudicato, occorre fare ricorso a criteri interpretativi estranei alla lettera della pronuncia. In altri termini, quando il giudicato non deduca, né da esso sia deducibile la regola alla quale orientare l’esecuzione della pronuncia in sede di ottemperanza, “*non resta che colmare lo spazio regolativo lasciato vuoto dal giudicato, senza alterarne il contenuto ma integrandolo nella parte mancante attraverso l’applicazione dei principi generali dell’ordinamento*”. Ciò allo scopo di interpretare e pertanto integrare la pronuncia in modo che la sua esecuzione sia conforme all’ordinamento e non *extra ordinem*.

Così, con riferimento al caso concreto, la regola fissata dal giudice di merito, in virtù della quale al lavoratore avente diritto alla *supervalutazione ex art. 13 co. 8 l. 257/92* debba riconoscersi un’anzianità di servizio da calcolarsi moltiplicando per 1,5 gli anni di servizio svolti sotto l’esposizione di un agente patogeno, in assenza di una chiara o implicita presa di posizione sul punto da parte del giudice della cognizione, deve intendersi comunque limitata dalla normativa pensionistica INPS, la quale prevede che la massima anzianità di servizio riconoscibile in termini previdenziali sia in ogni caso di 32 anni.

Un’interpretazione diversa risulterebbe manifestamente *extra ordinem*.

Diritto europeo e processo amministrativo

(Cons. di Stato, sez. IV, 9 luglio 2020, n. 4403)

“[...] [I]l Collegio osserva che anche l'applicazione del diritto europeo [...] deve sottostare alle regole del processo amministrativo.

Al riguardo si rileva che:

– la Corte giustizia UE, nella pronuncia del 17 marzo 2016, C- 161/15, Bensada, ha affermato che un motivo attinente alla violazione del diritto di essere sentito, come garantito dal diritto dell'Unione, sollevato per la prima volta dinanzi al giudice nazionale, in un procedimento per cassazione, deve essere dichiarato ricevibile se tale diritto, come garantito dall'ordinamento nazionale, soddisfa le condizioni previste da detto ordinamento per essere qualificato come motivo di ordine pubblico; sicché la Corte, nel riconoscere l'operatività del principio di autonomia processuale degli Stati membri, prendendo come parametro nella fattispecie quello di equivalenza, ha ritenuto che, qualora esso non sia violato, la violazione del diritto di essere sentiti, se non ritualmente e tempestivamente dedotta nel processo, resta ferma e non scatta l'obbligo di funzionalizzare la regola processuale nazionale per rendere effettivo il diritto comunitario;

– inoltre, la Corte giustizia UE, nella pronuncia 14 dicembre 1995, in cause riunite C-430/93 e C-431/93, van Schijndel, con riferimento al principio dispositivo, ha chiarito che *“il diritto comunitario non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda”* (così punto 22);

– così come, più in generale, la Corte di giustizia UE, sezione I, nella sentenza 4 marzo 2020, C-34/19, Telecom Italia s.p.a., ha affermato che: *“Il diritto dell'Unione dev'essere interpretato nel senso che esso non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di procedura interne che riconoscono autorità di cosa giudicata a una pronuncia di un organo giurisdizionale, anche qualora ciò consenta di porre rimedio a una violazione di una disposizione del diritto dell'Unione, senza con ciò escludere la possibilità per gli interessati di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione”*;

– la giurisprudenza nazionale ha ripetutamente affermato che l'applicazione del diritto comunitario debba comunque rispettare le norme processuali dello Stato membro poste a tutela del principio di certezza del diritto (cfr. Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2015, n. 540; sez. V, 22 gennaio 2015, n. 272; sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131; sez. V, 7 novembre 2012, n. 5649; specificamente sul giudizio di revocazione: Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2018, n. 2332; sez. V, 17 luglio 2014, n. 3806); né paiono applicabili al caso di specie i principi elaborati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 9 del 2018 – peraltro in un caso in cui, diversamente dal presente, era stato impugnato il provvedimento amministrativo oggetto del giudizio, in merito alla questione relativa alla ammissibilità della disapplicazione *ex officio* in appello di norma regolamentare contrastante con il diritto eurounitario, a vantaggio dell'appellante, in assenza di specifico motivo di impugnazione – secondo cui non risulter-

rebbe predicabile alcuna preclusione per il Giudice amministrativo, anche alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale oltre che della Corte di giustizia UE in forza del principio di *primauté* del diritto comunitario;

[...]

[...] [L]a richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea non risulta essere stata formalmente proposta e, ad ogni modo, si palesa non meritevole di accoglimento perché la questione interpretativa è stata sollevata in modo del tutto generico, non riveste interesse transfrontaliero ed è irrilevante stante la mancata impugnazione degli atti regionali effettivamente lesivi della sfera giuridica dei ricorrenti (cfr., Cons. Stato, sez. IV, n. 6219 del 2019; Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. IX, sentenza 14 febbraio 2019, C-710/17 – Consorzio Cooperative Costruzioni soc. coop.)”.

Nota di Irene Pellegrini

Con la sentenza n. 4403, pubblicata il 9 luglio 2020, la Sezione Quarta del Consiglio di Stato è tornata a occuparsi della questione concernente il rapporto tra diritto di matrice europea e diritto nazionale e, *in species*, della portata applicativa del principio di *primauté* rispetto alle norme che regolano il processo amministrativo.

La pronuncia in commento trae origine dal ricorso proposto dal legale rappresentante di un'azienda avverso il diniego del permesso a costruire di un capannone agricolo, emanato dal Comune per contrasto con gli strumenti urbanistici; difatti, i terreni interessati dall'edificazione risultavano oggetto di esproprio finalizzato alla realizzazione di un'infrastruttura autostradale.

Osservando come la natura vincolata dell'attività amministrativa volta ad attuare gli strumenti urbanistici escludesse qualsiasi discrezionalità in capo al Comune, il T.A.R. respingeva il ricorso.

La ricorrente esperiva dunque appello dinanzi al Consiglio di Stato, per ottenere la riforma della sentenza di primo grado e il conseguente integrale accoglimento del ricorso, oltre al risarcimento dei danni derivanti dall'illegittimo esercizio della funzione pubblica; si costituiva altresì in giudizio il Comune, affiancato dalla Regione tramite intervento *ad opponendum*.

I tre motivi di censura avanzati dall'appellante erano essenzialmente imperniati sulla violazione, da parte del giudice di *prime cure*, del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c, nonché sulla falsa applicazione della legge n. 241/90 in merito ai diritti partecipativi e al dovere di trasparenza della P.A. e sul difetto di motivazione della decisione impugnata, la quale veniva altresì tacciata di ledere i principi costituzionali di libertà di iniziativa economica e del diritto al lavoro.

In ordine a quest'ultimo punto, l'appellante denunciava l'illegittimità dell'art. 20 della legge regionale n. 12/2005 e dell'art. 19, commi 3, lettera c) e 4, legge regionale n. 9/2001, nella parte in cui tali norme avrebbero introdotto contro il singolo gravi limitazioni alla libertà, proprietà e lavoro in totale assenza di proporzionalità; in conseguenza di ciò, chiedeva quindi di disapplicare le disposizioni summenzionate per violazione degli artt. 49 e 56 TFUE, degli artt. 15, 16 e 17 della Carta di Nizza (*ex* articolo 6 del TUE) e, infine, dell'art. 1 Protocollo n. 1 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, eccedendone in subordine l'incostituzionalità per violazione degli artt. 2, 3, 5, 24, 35, 41, 42, 44,

97, 117, 118 Cost., in quanto in contrasto con i principi di eguaglianza, ragionevolezza, del giusto processo, del buon andamento e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione.

Nel decidere il caso a essa sottoposto, la Sezione Quarta del Supremo Consesso amministrativo ha rilevato l'infondatezza di tutte le doglianze avanzate tramite impugnativa.

Con particolare riguardo all'asserita incompatibilità tra gli articoli 20 l. r. n. 12/2005 e 19, commi 3, lett. c), e 4 l.r. n. 9/2001 e le disposizioni contenute nel TFUE e nella Carta di Nizza sulla libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e la libera prestazione di servizi (art. 56 TFUE), i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che: “[...] *anche l'applicazione del diritto europeo – per altro nel caso in esame genericamente invocata ed irrilevante non essendo stati impugnati i provvedimenti regionali lesivi della sfera giuridica della ditta ed attuativi della sopra-stante disciplina regionale – deve sottostare alle regole del processo amministrativo*”.

Tale affermazione viene suffragata attraverso il richiamo a plurime pronunce (sentenza 17 marzo 2016, C– 161/15, Bensada, sentenza 4 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, van Schijndel e, da ultimo, sentenza 4 marzo 2020 C–34/19, Telecom Italia s.p.a) della Corte di Giustizia dell'Unione europea, dal cui impianto complessivo è possibile evincere come il principio dell'intangibilità del giudicato, il principio dispositivo e, più in generale, le regole che uno Stato membro pone a fondamento del proprio sistema processuale non possano essere derogate neppure al fine di porre rimedio alla violazione di una disposizione del diritto dell'Unione.

Un simile assunto, secondo la sentenza, appare del resto in linea con quanto già affermato in precedenza dalla giurisprudenza amministrativa in ordine al rispetto del principio di certezza del diritto, né smentisce la posizione adottata dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 9 del 2018, con cui la stessa ha sancito che, in merito all'ammissibilità della disapplicazione d'ufficio di norma regolamentare contrastante col diritto di matrice europea, il giudice amministrativo non incontra preclusione neppure laddove tale norma non sia stata specificatamente censurata dall'appellante nel giudizio di impugnazione.

Ancora, la richiesta di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE alla Corte di Giustizia si presentava, nel caso di specie, “*non meritevole di accoglimento*” in quanto “[...] *sollevata in modo del tutto generico, non riveste interesse transfrontaliero ed è irrilevante stante la mancata impugnazione degli atti regionali effettivamente lesivi della sfera giuridica dei ricorrenti*”.

Circa i presupposti delle misure volte a prevenire la corruzione

(Cons. di Stato, sez. III, 10 luglio 2020, n. 4406)

“L’articolo 32, comma 1, in esame prevede due ipotesi alternative nelle quali il Presidente dell’ANAC può attivare la procedura:

– nel caso in cui l’Autorità giudiziaria proceda per i delitti – previsti dal codice penale – di concussione (articolo 317), corruzione per l’esercizio della funzione (articolo 318), corruzione semplice e aggravata per atto contrario ai doveri d’ufficio (articoli 319 e 319 *bis*), corruzione in atti giudiziari (articolo 319 *ter*), induzione indebita a dare o promettere utilità (articolo 319 *quater*), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (articolo 320), istigazione alla corruzione (articolo 322), peculato, concussione, induzione indebita dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (articolo 322 *bis*), traffico di influenze illecite (articolo 346 *bis*), turbata libertà degli incanti (articolo 353) e del procedimento di scelta del contraente (articolo 353 *bis*).

– in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un’impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale.

Egli, dunque, propone al Prefetto competente, alternativamente:

a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l’impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell’impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto d’appalto oggetto del procedimento penale;

b) di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell’impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto oggetto del procedimento penale.

La circostanza che la legge preveda espressamente l’avverbio “alternativamente”, a proposito dei due presupposti, depone nel senso che le misure possano essere disposte anche a prescindere dalla pendenza di un procedimento penale per fatti corruttivi.

Dispone il comma 2: *“Il Prefetto, previo accertamento dei presupposti indicati al comma 1 e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto dell’indagine, intima all’impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto e ove l’impresa non si adegui nel termine di trenta giorni ovvero nei casi più gravi, provvede nei dieci giorni successivi con decreto alla nomina di uno o più amministratori, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui al regolamento adottato ai sensi dell’articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270. Il predetto decreto stabilisce la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell’opera pubblica oggetto del contratto”*.

Il comma 8, della medesima norma poi dispone che *“Nel caso in cui le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma è disposta la misura di sostegno e monitoraggio dell’impresa. Il Prefetto provvede,*

con decreto, adottato secondo le modalità di cui al comma 2, alla nomina di uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, con il compito di svolgere funzioni di sostegno e monitoraggio dell'impresa. A tal fine, gli esperti forniscono all'impresa prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferite agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo".

Si pone qui un problema di coordinamento. Il comma 1, infatti, non contiene una elencazione di organi sociali di cui il Prefetto può ordinare la sostituzione (o che egli stesso può sostituire mediante la nomina di amministratori) sicché, posto che dall'interpretazione letterale dell'art. 32, comma 1, lett. a) e b) si può sostenere che le misure prefettizie possano avere ad oggetto gli organi societari necessari, può ipotizzarsi che solo se le indagini riguardano componenti di organi societari non necessari, il Prefetto possa nominare gli esperti ex art. 32, comma 8. Diversa è la conclusione contenuta, tuttavia, nelle prime Linee Guida ANAC, laddove si fa riferimento agli organi "propriamente" titolari dei poteri di amministrazione, che, dunque sembra far riferimento a quanto previsto dal codice civile, secondo cui gli organi societari sono – per la società di capitali – l'assemblea, l'organo amministrativo (c.d.a. o amministratore unico) e il collegio sindacale.

Tuttavia, in maniera chiarificatrice, le seconde Linee Guida ANAC hanno ritenuto valido l'orientamento – espresso dalla prima dottrina elaboratasi sulla questione – che questa tipologia più soft di gestione (quella di cui al comma 8), possa più frequentemente essere attivata nei casi in cui il *vulnus* coinvolga figure societarie apicali ma diverse dagli organi di amministrazione in senso proprio (ad es. il direttore tecnico, ovvero organi societari di imprese diverse dalla aggiudicataria come ad esempio gli amministratori della controllante).

Tale interpretazione è ribadita dal TAR Napoli con la sentenza richiamata dall'appellante [...], che ribadisce che la misura prevista dall'art. 32 comma 8 cit. ha "natura residuale"; tale misura trova infatti applicazione solo nell'ipotesi in cui i tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a soggetti della compagine di impresa che ricoprono ruoli o incarichi diversi da quelli indicati nell'art. 85 del d.lgs. n. 159/2011.

Orbene, applicando tali coordinate ermeneutiche al caso in esame, non può ritenersi irragionevole la scelta di disporre la misura della straordinaria gestione dell'impresa anziché quella del sostegno e del monitoraggio che può trovare applicazione in fattispecie connotate da minore gravità dei fatti e con minore livello di infiltrazione criminale nei meccanismi vitali dell'impresa. Da siffatta ricostruzione emergono alcuni dati:

- 1 – l'art. 32 dispone una gradualità delle misure chiaramente orientata alla salvaguardia dell'esecuzione del contratto da un lato e, dall'altro, alla tutela del lavoro;
- 2 – la lettera del comma 8 non è chiara in quanto sicuramente manca il termine di raffronto nel comma 1, come evidenziato dall'appellante, sicché se ne impone una lettura sistematica;
- 3 – esiste una differenza delle misure con riguardo all'ambito cui sono dirette; infatti mentre i commi 1 e 2 sono finalizzati unicamente alla esecuzione del contratto, appare palese che quella di cui al comma 8 è diretta al monitoraggio dell'impresa".

Accesso finalizzato alla difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto

(Cons. di Stato, sez. V, 21 agosto 2020, n. 5167)

“Giova premettere come l’art. 53, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 disponga che *«in relazione all’ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l’accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto»*; il comma 5, lett. a), è la norma che esclude dall’ambito oggettivo di operatività del diritto di accesso *«le informazioni fornite nell’ambito dell’offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell’offerente, segreti tecnici o commerciali»*.

[...]

[...][D]al combinato disposto delle due norme si evince la *voluntas legis*, consona al particolare contesto concorrenziale che informa la disciplina dei contratti pubblici, di escludere dall’ostensibilità propria degli atti di gara quella parte dell’offerta od anche delle giustificazioni dell’anomalia che riguardano le specifiche e riservate capacità tecnico-industriali od in genere gestionali proprie dell’impresa in gara (il *know how*), vale a dire l’insieme del “saper fare” e delle competenze ed esperienze, originali e tendenzialmente riservate, maturate ed acquisite nell’esercizio professionale dell’attività industriale e commerciale e che concorre a definire e qualificare la specifica competitività dell’impresa nel mercato aperto alla concorrenza.

Il limite all’ostensibilità è subordinato all’espressa “*manifestazione di interesse*” da parte dell’impresa interessata, cui incombe l’onere dell’allegazione di motivata e comprovata dichiarazione, mediante la quale sia dimostrata l’effettiva sussistenza di un segreto industriale o commerciale meritevole di salvaguardia [...].

Nondimeno, la evidenziata causa di esclusione dall’accesso viene meno allorché il concorrente dimostri che l’ostensione documentale è finalizzata alla difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto. Dunque l’accesso è correlato alla sola esigenza di difesa in giudizio, previsione più restrittiva di quella, con portata generale, dell’art. 24, comma 7, della legge n. 241 del 1990, che consente un ventaglio più ampio di possibilità di accesso (correlate alla dimostrazione che la conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici, in una proiezione non necessariamente processuale).

Ne consegue che, al fine di esercitare, in un procedimento di gara per l’affidamento di contratti pubblici, il diritto di accesso riguardo ad informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da intendersi in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio (Cons. Stato, V, ord. 27 marzo 2020, n. 2150).

In altra concorrente prospettiva può dirsi che l’accesso difensivo presupponga la stretta indispensabilità della documentazione richiesta al fine di curare o difendere i propri interessi giuridici, atteso che nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali

ed il diritto all'esercizio del c.d. accesso difensivo risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate, con la conseguenza che l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo il consueto criterio di riparto dell'onere della prova, su chi agisce (Cons. Stato, V, 28 febbraio 2020, n. 1451).

In definitiva il criterio normativo del bilanciamento dei contrapposti interessi, di cui all'art. 53, comma 6, richiede, da parte dell'istante, la prova dell'indispensabilità dei documenti ai quali è chiesto l'accesso, affinché possa difendersi in un determinato giudizio; il che equivale ad affermare che l'interesse difensivo all'accesso agli atti di gara va verificato in concreto".

Natura del procedimento di “*screening*” per l’assoggettamento a V.I.A.

(Cons. di Stato, sez. II, 7 settembre 2020, n. 5379)

“6. Oggetto dell’odierna controversia è la correttezza del procedimento di valutazione preliminare (cd. *screening*), volto a decidere l’assoggettamento o meno a V.I.A. di un determinato intervento [...]. Trattasi di una fase preliminare, ma non necessariamente propedeutica alla V.I.A., in quanto funzionale proprio ad evitarne l’attivazione, la cui disciplina procedurale è contenuta in dettaglio nell’art. 20 del d.lgs. n. 152/2006.

[...]

Per quanto qui di interesse, la V.I.A. è configurata come procedura amministrativa di supporto per l’autorità competente finalizzata ad individuare, descrivere e valutare gli impatti ambientali di un’opera, il cui progetto è sottoposto ad approvazione o autorizzazione. In altri termini, trattasi di un procedimento di valutazione *ex ante* degli effetti prodotti sull’ambiente da determinati interventi progettuali, il cui obiettivo è proteggere la salute umana, migliorare la qualità della vita, provvedere al mantenimento delle specie, conservare la capacità di riproduzione dell’ecosistema, promuovere uno sviluppo economico sostenibile (cfr. art. 3, direttiva n. 85/337/CEE e successive modifiche apportate dalla direttiva n. 97/11/CE).

[...]

8. Anche l’oggetto dello *screening* è, sostanzialmente, ridetto “*impatto*”, ovvero “*alterazione*” dell’ambiente *lato sensu* inteso: solo che esso svolge una funzione preliminare per così dire di “carotaggio”, nel senso che “sonda” la progettualità e solo ove ravvisi effettivamente una significatività della stessa in termini di incidenza negativa sull’ambiente, impone il passaggio alla fase successiva della relativa procedura [...].

Lo *screening* [...] è esso stesso una procedura di valutazione di impatto ambientale, meno complessa della V.I.A., la cui previsione risponde a motivazioni comprensibilmente diverse. [...] Esso è qualificato altresì come preliminare alla V.I.A., dizione questa da intendere solo in senso cronologico, stante che è realizzato preventivamente, ma solo con riguardo a determinate tipologie di progetto rispetto alle quali alla valutazione vera e propria si arriva in via eventuale, in base cioè proprio all’esito in tal senso della verifica di assoggettabilità.

La verifica di assoggettabilità, dunque, non può essere considerata una fase costitutiva ed imprescindibile della V.I.A., perché essa non deve essere esperita sempre [...]. Ne costituisce pertanto un elemento aggiuntivo eccezionale rispetto al normale *iter* [...].

8.1. La direttiva n. 2011/92/UE [...] specifica che lo *screening* può essere realizzato o mediante un’analisi caso per caso, oppure lasciando agli Stati membri la possibilità di fissare delle soglie dimensionali rispetto alle quali procedere o meno alla verifica di assoggettabilità.

[...]

I criteri in questione sono stati recepiti a livello nazionale nell’Allegato V, Parte II, del Codice ambientale. Essi sono molteplici, e spaziano dalle intrinseche caratteristiche del progetto (dimensioni, cumulo con altri progetti, produzione di rifiuti, utilizzazione delle risorse naturali, produzione di inquinamento e disturbi acustici, rischio di incidenti concernenti le tecnologie o sostanze utilizzate); alla sua localizzazione (capacità di assorbimento ambientale delle aree geografiche in cui verrà situato l’impianto, effetti su riserve e parchi naturali, zone co-

stiere e montuose, zone a forte densità demografica); alle caratteristiche dell'impatto potenziale (portata dell'impatto, probabilità di accadimento dell'impatto, durata, frequenza e reversibilità dell'impatto).

La *ratio* è evidentemente quella di garantire per quanto possibile il più elevato livello di tutela ambientale, senza tuttavia onerare inutilmente il cittadino richiedente. Quanto detto rende evidente la peculiarità dell'autonomia del procedimento di *screening*, che non si conclude mai con un diniego di V.I.A., bensì con un giudizio di necessità di sostanziale approfondimento. In altre parole, il rapporto tra i due procedimenti appare configurabile graficamente in termini di cerchi concentrici caratterizzati da un nucleo comune rappresentato dalla valutazione della progettualità proposta in termini di negativa incidenza sull'ambiente, nel primo caso in via sommaria e, appunto, preliminare, nel secondo in via definitiva, con conseguente formalizzazione del provvedimento di avallo o meno della stessa. La “*verifica di assoggettabilità*”, come positivamente normata, anticipa sostanzialmente la valutazione di impatto, delibandone l'opportunità, sulla base della ritenuta sussistenza *prima facie* dei relativi presupposti [...]”.

I piani consortili nella pianificazione urbanistica multilivello

(Cons. di Stato, sez. II, 15 ottobre 2020, n. 6263)

“Il sistema della pianificazione territoriale urbanistica successivo alla riforma costituzionale del 2001 [...] risponde [...] ad una visione meno “gerarchica” e più armonica, che vede nella leale collaborazione, oltre che nella sussidiarietà, i teorici principi ispiratori delle scelte. La pianificazione sovracomunale [...] si connota pertanto per una natura “mista” relativamente a contenuti – prescrittivi, di indirizzo e di direttiva – e ad efficacia, nonché per la flessibilità nei rapporti con gli strumenti sottordinati. La pianificazione comunale a sua volta non si esaurisce più nel solo tradizionale piano regolatore generale, ma presenta un’articolazione in atti o parti tendenzialmente distinti tra il profilo strutturale e quello operativo, e si connota per l’intersecarsi di disposizioni volte ad una programmazione generale che abbia come obiettivo lo sviluppo socio-economico dell’intero contesto. L’atto rimesso alla competenza dell’Ente sovraordinato (tipicamente, la Provincia), in quanto rivolto ad un ambito territoriale più ampio, non può che essere destinato ad indirizzare per linee generali le scelte degli enti territoriali, nel pieno rispetto dell’allocazione delle stesse, secondo il richiamato principio di sussidiarietà, al livello di governo più vicino al contesto cui si riferisce, rispondendo all’obiettivo di valorizzare le peculiarità storiche, economiche e culturali locali e insieme assicurare il principio di adeguatezza ed efficacia dell’azione amministrativa. Nell’impostazione articolata e flessibile del sistema della pianificazione territoriale, cioè, tipicamente strutturata su vari livelli, esso si colloca “a monte”, quale inquadramento degli elementi strutturali, delle reti e delle strategie, dalle quali è evidente che il Comune non può prescindere.

8. I piani regolatori delle aree e dei nuclei di sviluppo industriale, a loro volta, costituiscono una peculiare e atipica declinazione di strumenti urbanistici sovracomunali, caratterizzati non da una generica esigenza di conferire alla pianificazione un respiro più ampio rispetto a quello della dimensione comunale, bensì anche da finalità di politica economica omogenea. [...] Si tratta dunque di un modello di sovraordinazione connotato da una particolare incisività, rispondente a logiche di coordinamento settoriale, ma anche di sviluppo economico [...].

[...]

Nel modello di pianificazione “a cascata” previsto dalla legge del 1942, il P.T.C. aveva il compito fondamentale di definire l’assetto urbanistico d’area vasta, rendendo così disponibile per i comuni il quadro di riferimento necessario all’elaborazione dei propri piani. In quanto vincolante la successiva attività comunale di piano, quello territoriale di coordinamento doveva cioè fungere da parametro alla cui stregua valutare, all’epoca in sede di controllo ministeriale, la conformità del P.R.G. adottato alle scelte racchiuse nella pianificazione sovraordinata.

[...]

Tale cogenza non può considerarsi superata dal nuovo assetto delle competenze conseguito alla novella costituzionale.

[...]

I piani consortili dunque, come ben dice l’art. 65 del medesimo d.P.R. n. 217/1978, sono vocati essenzialmente alla sistemazione ed alla gestione delle zone e delle aree industriali at-

trezzate e per realizzare infrastrutture per nuovi insediamenti industriali da allocare in quell'ambito. Essi, tuttavia, non esautorano i poteri comunali di governo del territorio; piuttosto, ed in quanto settoriali, si dedicano a tal specifico obiettivo e, quindi, abbisognano d'una regolazione dedicata e di tempi certi d'attuazione [...]

Da qui la possibilità di sintesi procedurale tra i vari livelli di pianificazione, sì da risolvere alla radice i richiamati problemi di coordinamento, facendo ricorso, ad esempio, al tipico momento di condivisione delle istanze procedurali distinte costituito dalla conferenza dei servizi [...].

È, questa, peraltro, una delle possibili declinazioni della sussidiarietà verticale *ex art. 118*, comma 1 della Costituzione, in virtù della quale si deroga, pure per singoli settori funzionali, alla competenza amministrativa generale dei Comuni, riallocando la funzione al livello di governo, in genere sovracomunale, più adatto a gestirla efficacemente.

[...]

[...] [L]a funzione urbanistica appartiene al Comune, per cui è da escludersi alcun effetto automatico delle modifiche dei piani [...]. I Comuni, dunque, sono sì tenuti ad adeguarsi alle disposizioni contenute nel piano regolatore del consorzio ASI, ma, qualora ciò non avvenga, va escluso ogni effetto automatico di conformazione dell'uso del territorio, potendo i consorzi ASI reagire unicamente con gli ordinari strumenti giurisdizionali avverso il loro inadempimento [...]. Pertanto, in assenza di recepimento delle prescrizioni dei piani regolatori dei consorzi ASI nell'ambito dei piani regolatori comunali successivamente adottati, dette prescrizioni non sono rilevanti come parametro di legittimità di atti amministrativi”.

L'istituzione di organi speciali per l'esercizio del controllo congiunto sulle società *in house*

(Cons. di Stato, sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6460)

“V'è ora [...] l'art. 11, comma 9, lett. d) d.lgs. n. 175 del 2016 che stabilisce il divieto per gli statuti delle società a controllo pubblico di “*istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società*”.

È ragionevole, allora, domandarsi se sia ora precluso ai soci pubblici di istituire organi speciali per esercitare il controllo congiunto sulla società *in house*.

Ritiene il Collegio che non vi sia divieto di istituire organi speciali.

4.1.4. Un primo argomento che spinge in tal senso [...]: il divieto è previsto in relazione alle “società a controllo pubblico” disciplinate appunto dall'art. 11, e non è ripetuto nell'art. 16 dedicato proprio alle società *in house*, la cui disciplina appare, pertanto, speciale e derogatoria.

D'altra parte – ed è questo l'argomento decisivo ad avviso del Collegio – rispetto alle società a controllo pubblico, per le quali, l'art. 2, comma 1, lett. m) d.lgs. n. 175 del 2016 richiede che il controllo si espliciti nelle forme dell'art. 2359 cod. civ., le società *in house* sono sottoposte a quella forma particolare di controllo pubblico che è costituita dal controllo analogo (come chiaramente precisato dall'art. 2, comma 1, lett. o) d.lgs. n. 175 del 2016).

Nell'elaborazione della giurisprudenza europea (seguita in ciò dalla giurisprudenza nazionale) il controllo analogo consiste in una forma di eterodirezione della società, tale per cui i poteri di *governance* non appartengono agli organi amministrativi, ma al socio pubblico controllante che si impone a questi ultimi con le proprie decisioni (così sin dalla sentenza 13 ottobre 2005 nella causa C-458/03 *Parking Brixen*).

4.1.5 La logica è esattamente opposta a quella del codice civile ove, per l'esigenza di garantire la separazione tra gestione dell'impresa sociale e proprietà della stessa, agli amministratori è riconosciuta la competenza gestoria con carattere generale [...].

Lo statuto di una società *in house* in quanto società sottoposta a controllo analogo, non può ripetere regole e procedure previste per la società di capitali di diritto comune.

La possibilità che l'art. 16 comma 2, lett. a) d.lgs. n. 175 del 2016 assegna agli statuti delle società *in house* di derogare alle disposizioni dell'articolo 2380 *bis* cod. civ., relativo ai poteri degli amministratori nel sistema societario ordinario, e dell'articolo 2409 *nonies* cod. civ., che disciplina i medesimi poteri in caso di sistema dualistico (ove è presente, cioè, un consiglio di gestione e un consiglio di sorveglianza), va intesa quale deroga all'ordinario sistema di gestione della società per azioni incentrata sul rapporto tra consiglio di amministrazione/assemblea sociale.

Lo statuto di una società *in house* pluripartecipata (e, dunque, dell'autonomia privata dei soci partecipanti) può, dunque, assegnare il potere gestorio ad organi assembleari diversi dal consiglio di amministrazione configurando, così, un peculiare sistema di amministrazione e controllo della società *in house*, nel quale gli amministratori sono privi di poteri decisionali propri, che derivano, invece, da altri organi della società, e che, comunque, non esercitano in piena autonomia rispetto ad essi.

4.1.6. Del resto, nel caso del controllo analogo in forma congiunta occorre tener conto di un aspetto particolare: i soci pubblici hanno necessità di concordare previamente le determinazioni da trasmettere agli organi di amministrazione della società.

Lo si ricava chiaramente dalle condizioni poste dall'art. 5, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per l'esercizio del controllo analogo congiunto: a) la composizione degli organi decisionali della società con la partecipazione dei rappresentanti di tutti i soci pubblici partecipanti ovvero di rappresentanti di varie o di tutte le amministrazioni partecipanti, b) la capacità per le amministrazioni partecipanti esercitare congiuntamente la già ricordata influenza determinante e c) che non siano perseguiti interessi contrari a quelli delle amministrazioni controllanti.

I soci pubblici partecipanti nominano rappresentanti comuni negli organi decisionali, si accordano sulle decisioni più significative per la vita sociale, controllano reciprocamente che gli indirizzi elaborati non vadano a discapito dei propri interessi; esercizio "congiunto" sta, allora, per esercizio "condiviso"; descrive una modalità di gestione da parte dei soci pubblici controllanti caratterizzata da coordinamento delle decisioni affinché degli interessi pubblici perseguiti da ciascuno degli enti partecipanti si faccia sintesi nell'interesse pubblico comune perseguito dalla società nell'esecuzione del servizio.

Perché si abbia condivisione del controllo è, allora, indispensabile una *sedes* nella quale la volontà comune possa assumere la forma di determinazioni vincolanti per gli organi amministrativi e che non sia l'assemblea dei soci per la prevalenza che i soci di maggioranza vi esercitano secondo le ordinarie regole deliberative (principio di maggioranza azionaria) e per la predominanza, nelle deliberazioni ivi assunte, dell'interesse al risultato economico della società.

Tale luogo è ragionevole sia un organo assembleare speciale, come, nel caso di specie, il Comitato unitario per il controllo analogo e i Comitati tecnici di controllo per ciascuna Divisione.

4.1.7. Impostato in questo modo il ragionamento, però, è d'obbligo rilevare che non si può poi affermare [...] che detti organi siano "*articolazioni dei singoli enti pubblici equiparabili ad uffici delle stesse amministrazioni emananti*" e non "*veri e propri organi societari atipici e aggiuntivi rispetto a quelli previsti dal codice civile*" [...]; è vero, invece, che i Comitati (come, in genere, organi speciali di questo tipo, come le assemblee speciali di categoria) sono organi della società composti da rappresentanti degli enti locali partecipanti al capitale sociale, previsti dagli statuti societari e regolamentati da atti negoziali (regolamenti di funzionamento) deliberati dalla società stessa.

[...]

4.2.2. La possibilità che una società *in house* sia partecipata contestualmente da soci pubblici affidanti il servizio di interesse generale e soci pubblici non affidatari – e che, dunque, all'interno del suo statuto siano distinte due categorie di soci pubblici, i soci affidanti e i soci non affidanti con il riconoscimento solamente ai primi di strumenti per l'esercizio del controllo analogo – è stata sottoposta al vaglio della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che ha fornito risposta con la sentenza 6 febbraio 2020 cause C-89/19 e C-91/19.

La Corte ha, in particolare, affermato che: "*l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale che impedisce ad un'amministrazione aggiudicatrice di acquisire partecipazioni al capitale di un ente partecipato da altre amministrazioni aggiudicatrici, qualora tali partecipazioni siano inidonee a garantire il controllo o un potere di veto e qualora detta amministrazione aggiudicatrice intenda acquisire successivamente una posizione di controllo congiunto e di conse-*

guenza la possibilità di procedere ad affidamenti diretti di appalti a favore di tale ente, il cui capitale è detenuto da più amministrazioni aggiudicatrici”.

[...]

4.5.3. La Corte di Giustizia, nella sentenza 6 febbraio 2020 cause C-89/19 e C-91/19 [...] aggiunge che tale libertà non è, però, illimitata, in quanto va esercitata nel rispetto delle regole fondamentali del TFUE – Trattato sul funzionamento dell’Unione europea e, in particolare, della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi [...].

La conclusione cui giunge la Corte è, dunque, che gli Stati membri sono autorizzati a subordinare la conclusione di una “operazione interna” per la prestazione di un servizio (tra cui, appunto, l’affidamento *in house*) “*all’impossibilità di indire una gara d’appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificatamente connessi al ricorso all’operazione interna*” (par. 41 – 42).

4.5.4. Riconosciuta la compatibilità della normativa interna con il diritto euro – unitario per la possibilità del legislatore nazionale di imporre specifiche limitazioni all’affidamento *in house* di un servizio da parte di un’amministrazione aggiudicatrice, va nuovamente spostata l’attenzione sull’interpretazione della norma interna. Vanno allora richiamate precedenti pronunce che hanno interpretato il combinato normativo precedentemente citato: a) nella sentenza 16 novembre 2018, n. 6456 si è chiarito (par. 68 – 69) che le disposizioni di legge impongono di valutare la convenienza dell’affidamento del servizio secondo lo schema dell’*in house* rispetto all’alternativa costituita dal ricorso al mercato, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio (salvo specificare le ragioni per le quali il raffronto non sarebbe stato utile) e giungere per questa via alla dimostrazione che quello fornito dalla società *in house* è il più economicamente conveniente ed in grado di garantire la migliore qualità ed efficienza; b) nella sentenza 31 luglio 2019, n. 5444 questa Sezione ha interpretato le condizioni imposte dall’art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 cit. nel senso che l’ente pubblico affidante è tenuto a fornire giustificazioni del mancato ricorso al mercato per l’approvvigionamento del servizio e a rappresentare i benefici derivanti alla collettività dalla forma di gestione *in house*; sulla base di tali premesse, in relazione al medesimo servizio oggetto dell’odierno giudizio (di igiene urbana), è stato considerato legittimo l’affidamento *in house* (nel caso di specie ad azienda speciale, ma senza che ne possano derivare differenze essendo anch’essa qualificabile come “operazione interna” per il diritto euro – unitario) per aver il Comune dimostrato che nelle passate gestioni il ricorso al mercato non aveva saputo garantire nel territorio comunale un livello adeguato di efficienza del servizio (segnatamente in punto di raggiungimento dei livelli di raccolta differenziata) e che il costo del servizio per i cittadini sarebbe diminuito; c) nel parere 29 marzo 2017, n. 774 la Sez. consultiva atti normativi ha affermato che l’affidamento diretto in favore di soggetti *in house* richieste non solo una valutazione giuridico – formale, ma anche la dimostrazione della “ragionevolezza economica” della scelta compiuta.

Anche quando è stato richiesto all’amministrazione aggiudicatrice di dimostrare che ricorra una situazione di fallimento del mercato, inteso nel senso di impossibilità a reperibile sul mercato un operatore economico disponibile a rendere il servizio alle condizioni richieste dall’amministrazione affidante nel proprio territorio, si è ritenuto che l’onere fosse assolto mediante “*un’indagine di mercato rivolta a comparare la proposta della società in house con un benchmark di riferimento, risultante dalle condizioni praticate da altre società in house operanti nel territorio limitrofo*” (così Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2020, n. 1564)

4.5.5. La Corte costituzionale, con la sentenza 27 maggio 2020, n. 100, pronunciandosi proprio sulla questione di legittimità costituzionale dell’art. 192 comma 2, d.lgs. 18 aprile

2016, n. 50 (sia pure per eccesso di delega), ha fornito precise indicazioni sull'interpretazione del dato normativo in esame (par. 9 e ss.): – la norma è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che si rinviene nell'ordinamento da oltre un decennio e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali; – già l'art. 23 – *bis* d.l. 25 giugno 2008, n. 112 condizionava il ricorso all'affidamento *in house* ad un onere motivazionale rafforzato (in quel caso consistente nella sussistenza di “*condizioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato*”); – tale onere motivazionale consiste ora per l'art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012, nella esplicazione delle ragioni dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e ciò – conclude la Corte – “*non può che essere letto come necessità di rendere palesi (anche) i motivi che hanno indotto l'amministrazione a ricorrere all'in house invece di rivolgersi al mercato*”; – il legislatore delegato, con l'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, si è posto in linea di continuità con tale indirizzo.

4.5.6. In via conclusiva sul punto, ritiene il Collegio che anche nell'attuale quadro normativo il ricorso all'affidamento *in house* del servizio è in posizione subalterna all'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica per essere imposto all'amministrazione aggiudicatrice che a quello intenda ricorrere un onere motivazionale rafforzato, quale si ricava dal combinato disposto dell'art. 192, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016 e dall'art. 34, comma 20, d.l. n. 179 del 2012”.

Nota di Federica Marconi

La questione posta all'attenzione del Consiglio di Stato ha ad oggetto la legittimità dell'affidamento diretto del servizio di igiene urbana da parte di un Comune a una società partecipata dal medesimo unitamente ad altre amministrazioni pubbliche. A tal fine, il Comune aveva approvato modifiche allo statuto della società affidataria e allo schema dei patti parasociali tra i soci, così da assicurare a ciascuna amministrazione un ruolo determinante nelle decisioni di gestione nel rispettivo territorio. La sentenza in commento, nel respingere l'appello, analizza e risolve alcune fondamentali questioni in tema di qualificazione delle società *in house* e legittimità dell'affidamento.

La prima questione riguarda la sussistenza del requisito del controllo analogo, esercitato in forma congiunta da parte del soggetto pubblico in caso di società partecipata da più enti pubblici. La sentenza in commento afferma che, a tal fine, lo statuto di una società *in house* pluripartecipata può assegnare i poteri di *governance* a organi assembleari diversi dal consiglio di amministrazione, derogando alle disposizioni ordinarie di cui agli artt. 2380 *bis* e 2409 *nonies* c.c.. Si configura, così, una peculiare forma di eterodirezione della società *in house*, in cui gli amministratori sono privi di poteri decisionali propri, che sono attribuiti, invece, ad altri organi della società. La necessità di costituire organi speciali risiede nella circostanza per cui i soci pubblici, per esercitare il controllo analogo “condiviso”, hanno necessità di concordare previamente le decisioni. Ciò permette di sintetizzare gli interessi particolari di ciascuno nell'interesse pubblico comune perseguito dalla società complessivamente intesa nell'espletamento del servizio. Ne consegue, dunque, il bisogno di individuare una *sedes* in cui la volontà comune dei soci possa assumere la forma di determinazioni vincolanti per gli organi

amministrativi. Nel caso *de quo*, sono stati reputati idonei a tal fine il Comitato unitario per il controllo analogo e il Comitato tecnico di controllo per ciascuna divisione.

In particolare, il Collegio individua alcune specifiche previsioni dello statuto della società *in house* sintomatiche dell'idoneità del controllo analogo esercitato dai soci pubblici. Tra queste: il riconoscimento di prerogative agli organi speciali con cui è esercitato il controllo analogo che limitano i poteri deliberativi dell'assemblea dei soci; l'attribuzione al Comitato Unitario per il controllo analogo, cui partecipano tutti i Comuni affidanti con proprio rappresentante, del potere di designare i membri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, nonché di annullare e revocare gli atti del consiglio di amministrazione in caso di contrasto con gli interessi pubblici della collettività e del territorio cui si riferisce il servizio.

Il Collegio si sofferma, poi, sulla legittimità di un affidamento diretto nella peculiare situazione in cui al capitale della società affidataria partecipino i c.d. "*soci affidanti*", che esercitano il controllo analogo sulla società e che possono conseguentemente operare affidamenti diretti in suo favore, congiuntamente ai c.d. "*soci non affidanti*", meri finanziatori titolari delle partecipazioni che intendono ricevere utili ma non servizi. La sentenza ritiene che la presenza di soggetti che detengono partecipazioni senza esercitare poteri di controllo sia del tutto irrilevante ai fini della legittimità dell'affidamento diretto del servizio a favore di società *in house*.

La seconda questione riguarda la sussistenza del requisito dell'attività prevalente. L'art. 5, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, prevede che per la determinazione della percentuale dell'80% si debba prendere in considerazione il fatturato totale medio o, quando ciò non sia possibile, l'attività svolta nei tre anni precedenti all'aggiudicazione. Nel caso di specie, la società affidataria aveva realizzato un processo di riorganizzazione aziendale che impediva di avere a disposizione, per i tre anni precedenti, il fatturato o la misura alternativa basata sull'attività. Il Collegio giudica legittimo l'affidamento intervenuto sulla base di proiezioni che ritenevano prevedibile e plausibile per la società realizzare, per di più a breve termine, la percentuale di fatturato imposta dalla norma.

Da ultimo, l'appellante lamenta il mancato assolvimento dell'obbligo di motivazione "rinforzata" di cui all'art. 192, comma 2, d.lgs. 50/2016, per giustificare la scelta di ricorrere all'*housing*. Il pacchetto di direttive del 2014 riconosce il principio di libera organizzazione della prestazione dei servizi, per cui le autorità nazionali possono decidere autonomamente il modo migliore per gestire la prestazione dei servizi pubblici al fine di garantire un elevato livello di qualità, sicurezza e promozione dell'accesso universale. Le disposizioni domestiche collocano gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara, giacché consentiti a condizione che sia dimostrato il fallimento del mercato rilevante e, comunque, previa esposizione di una specifica motivazione sui benefici per la collettività connessi all'affidamento diretto. Alla luce di queste considerazioni, il Consiglio di Stato ritiene valide e sufficienti le ragioni poste a fondamento della scelta nel caso in esame. L'ente pubblico, infatti, espone le condizioni del servizio rinvenibili sul mercato, ha dimostrato la maggiore convenienza dell'offerta proveniente dalla società *in house* e, più in generale, ha espresso le ragioni dell'affidamento, ivi compresa la volontà di salvaguardare il valore patrimoniale della partecipazione al capitale societario, a seguito di una «*valutazione di tipo concreto, riscontrabile, controllabile, intellegibile e pregnante*».

Danno da ritardo dell'azione amministrativa

(Cons. di Stato, sez. III, 2 novembre 2020, n. 6755)

“Il tempo dell'azione amministrativa non è un bene in sé, ma la misura di un bene consistente nella soddisfazione dell'interesse ottenibile soltanto mediante il legittimo, tempestivo, esercizio della stessa azione amministrativa.

[...]

[...] [L]'espresso riferimento al danno ingiusto – contenuto nell'art. 2-*bis* della l. n. 241 del 1990, così come nel comma 2 dell'art. 30 c.p.a., secondo cui può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal «*mancato esercizio di quella obbligatoria*» – induce a ritenere che per poter riconoscere la tutela risarcitoria in tali fattispecie, come in quelle in cui la lesione nasce da un provvedimento espresso, non possa in alcun caso prescindere dalla spettanza di un bene della vita, atteso che è soltanto la lesione di quest'ultimo che qualifica in termini di ingiustizia il danno derivante tanto dal provvedimento illegittimo e colpevole dell'amministrazione quanto dalla sua colpevole inerzia e lo rende risarcibile.

6.5. L'ingiustizia del danno e, quindi, la sua risarcibilità per il ritardo dell'azione amministrativa, pertanto, è configurabile solo ove il provvedimento favorevole sia stata adottato, sia pure in ritardo, dall'autorità competente ovvero sarebbe dovuto essere adottato, sulla base di un giudizio prognostico effettuabile sia in caso di adozione di un provvedimento negativo sia in caso di inerzia reiterata, in esito al procedimento [...].

6.6. In questa prospettiva, deve qui aggiungersi, il giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita si presenta come un'applicazione particolare dei principi generali in tema di nesso di causalità materiale e mira a stabilire quale sarebbe stato il corso delle cose se il fatto antigiusuridico non si fosse prodotto e, cioè, se l'amministrazione avesse agito correttamente (v. già Cons. St., VI, 9 giugno 2008, n. 2751 sui criteri per l'accertamento della causalità materiale, sulla base dei principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p. declinati secondo la regola della c.d. “*causalità adeguata*” e temperati in base al canone del “*più probabile che non*” nonché cfr. più di recente, *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 2 aprile 2020, n. 2210; Cons. St., sez. V, 9 luglio 2019, n. 4790; Cons. St., sez. VI, 22 giugno 2018, n. 3838).

6.7. Ciò si ricollega – declinando il principio nella dimensione del danno da ritardo – al giudizio sulla spettanza del bene della vita e, cioè, al nesso fra l'inerzia della pubblica amministrazione e la frustrazione di una situazione giuridica o di un interesse a carattere preventivo vantato dal privato”.

Nota di Maddalena Anna Chirico

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato si è pronunciato sull'appello promosso dal legale rappresentante di una società.

I motivi indicati dagli appellanti offrono l'occasione per riflettere su alcuni aspetti del procedimento amministrativo. Nel presente commento ci si soffermerà sulle conseguenze derivanti dal ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento.

L'appellante riteneva di aver subito un danno riconducibile al ritardo con cui l'amministrazione aveva emesso il provvedimento finale, senza, per altro, aver motivato tale dilazione. Ciononostante, il Collegio ha ritenuto il motivo privo di fondamento.

La norma a cui si deve fare riferimento è l'art. 2-*bis* della l. 241/90, rubricato “*conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del provvedimento*”.

L'obbligo ricade sulle amministrazioni pubbliche e sui soggetti equiparati. Ad essere ritenuto risarcibile è il “danno ingiusto”, causato dall'inosservanza dolosa o almeno colposa del termine di conclusione del procedimento.

Il riferimento al dolo è stato interpretato come un'espansione della responsabilità dell'ente nella quale dovrebbero essere inclusi anche tutti quei comportamenti che siano conseguenza di un *deficit* di organizzazione e di vigilanza.

Il ritardo può essere seguito dall'emanazione di un provvedimento favorevole al destinatario che ammetta il bene della vita richiesto o dal mancato conseguimento del bene della vita (inerzia o provvedimento sfavorevole).

Nel primo caso, è pacificamente riconosciuta la risarcibilità del danno, purché vi siano i presupposti indicati dalla norma.

La seconda evenienza, invece, presenta degli aspetti problematici (ingiustizia del danno e individuazione del bene tutelato).

L'interrogativo che ci si deve porre riguarda la sussistenza di un danno ingiusto nel caso in cui la p.a. emani, in ritardo, un provvedimento sfavorevole all'interessato o non emani alcun atto.

La giurisprudenza maggioritaria ha, inizialmente, escluso la risarcibilità, adducendo come argomento la mancata spettanza del bene della vita sotteso all'interesse legittimo.

Il legislatore è intervenuto sull'art. 2-*bis*, aggiungendo, con il d.l. 69/2013 (convertito dalla L. 98 del 9 agosto 2013), il comma 1-*bis*, grazie al quale sembra essere stata riconosciuta la rilevanza del tempo quale bene della vita avente autonomo valore.

Il danno da risarcire, in questo caso, coinciderebbe con le conseguenze negative che l'attesa ha provocato e prescinderebbe dal contenuto del provvedimento (negativo o che potrebbe non esserci stato).

L'introduzione del Codice del processo amministrativo della giurisdizione esclusiva (art. 133, d.lgs. 104/2010) ha indotto la dottrina ad interrogarsi sulla natura della situazione attribuita al privato, giungendo alla conclusione che alla “*cattiva ed illegittima esplicazione dell'attività autoritativa*” da parte della p.a., il privato opponga un interesse per tutelare il quale non si dovrebbe fare ricorso al risarcimento del danno.

Secondo una lettura il legislatore avrebbe inteso il diritto alla tempistica come oggetto di un vero e proprio diritto soggettivo (il tempo come bene della vita direttamente tutelato come posizione di diritto soggettivo). Pertanto, l'art. 2-*bis* si presterebbe a tutelare tutte le situazioni lese dal ritardo, sia di diritto soggettivo che di interesse legittimo, in base al tipo di attività svolta dall'ente pubblico.

In tal senso sembrerebbe esprimersi anche l'art. 30, comma 2, c.p.a., il quale stabilisce che, nei casi di giurisdizione esclusiva, il risarcimento del danno ingiusto possa essere chiesto sia nei casi di esercizio illegittimo dell'attività amministrativa (in presenza di interessi legittimi) sia nel caso di lesione dei diritti soggettivi.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, come detto, ha negato la risarcibilità del danno vantato dall'appellante, aderendo al consolidato orientamento giurisprudenziale in

base al quale la risarcibilità del danno non può prescindere dalla spettanza di un bene della vita, essendo solo la lesione di questo tipo di bene a consentire di qualificare come ingiusto il danno stesso, sulla base di un giudizio prognostico.

Il risarcimento non è effetto e conseguenza del ritardo in sé, ma è dovuto perché il ritardo nella conclusione del procedimento amministrativo o l'inerzia hanno prodotto un danno nella sfera giuridica dell'interessato. Tra danno e comportamento della p.a. deve esserci un nesso di causalità.

L'efficienza causale deve essere esclusa qualora emergano delle circostanze o dei fatti che avrebbero reso impossibile il conseguimento del bene della vita.

Nel caso di specie, l'adozione di un provvedimento favorevole era già stata esclusa dalla pronuncia impugnata dall'appellante, a causa dell'archiviazione del procedimento penale per usura, per infondatezza della notizia di reato. L'appellante non essendo vittima del suddetto reato non ne avrebbe neppure subito le conseguenze, con conseguente esclusione anche della lesione denunciata derivante dal ritardo nell'emissione del provvedimento finale.

La mancanza di criteri previamente stabiliti non determina l'illegittimità della nomina della commissione di gara

(Cons. di Stato, sez. III, 4 novembre 2020, n. 6818)

“[...] [I] primo giudice rigettava il ricorso essenzialmente richiamando la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che ha osservato che la mancanza di criteri previamente stabiliti *“non determina mai, ex se, l'illegittimità della nomina della commissione perché “occorre dimostrare che, in concreto, siano totalmente mancate le condizioni di trasparenza e competenza (Cons. di Stato, sez. II, n. 4865/2019) e comunque la contestazione sul punto deve essere esaminata non in maniera meccanica e formalistica, ma sulla base di una valutazione finalistica della ratio ad essa sottesa; pertanto, ove i principi di competenza e trasparenza non siano in concreto vulnerati, l'eventuale omessa predeterminazione delle ridette regole costituisce un'inosservanza meramente formale, inidonea a ridondare in vizio di legittimità della nomina” [...]*” [...].

[...]

[...] [L'] appellata ha evidenziato la ripetibilità dell'appalto, ribadendo che il combinato disposto degli artt. 77 e 78, Codice Appalti – nella lettura sistematica con l'art. 1 comma 1 dello “Sblocca Cantieri” – non contiene un obbligo di previa determinazione di un vero e proprio “regolamento”, ovvero di predeterminazione dei criteri di nomina dei commissari né nel caso in cui i Commissari siano esterni né quando i commissari siano dipendenti interni della Stazione Appaltante [...].

[...] – quanto alle nomine in assenza di albo non vi è motivo di distanziarsi dall'orientamento già seguito dalla Sezione [...]; in particolare dovendosi richiamare quanto disposto dal comma 12 dell'art. 216, d.lgs. 50/2016, che stabilisce, per l'appunto, che *“Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”*;

– inoltre – come evidenziato dall'Amministrazione appellata – questa Sez. III (con la sentenza richiamata n. 4865/2019) ha chiarito che l'assenza di criteri approvati a “monte” delle procedure da parte della stazione appaltante non determina *ex se* l'illegittimità dell'operato *“per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole”*; infatti, il comma 12 dell'articolo 216 non deve essere interpretato letteralmente come necessità di un vero e proprio regolamento, rilevando invece, sotto il profilo sostanziale, che la Commissione di gara risulti oggettivamente costituita secondo regole di trasparenza e competenza, anche per il caso di nomina di componenti interni;

- in questo senso, questo Consiglio pur ritenendo preferibile *“la previa incorporazione delle regole di procedure in un atto fonte della stazione appaltante”*, ha considerato non persuasiva la tesi dell'illegittimità – *ex se* – dell'operato della stazione appaltante che non si sia dotata di tali regole [...].

[...]

[...] [L]a nomina della commissione giudicatrice appare sufficientemente sostenuta dalla produzione dei curricula dei singoli componenti [...].

[...] [...]

[L]e censure dell'appellante si appalesano in vero dirette a delegittimare l'operato della Commissione al fine di sindacarne il giudizio tecnico, ma, a riguardo, deve richiamarsi il costante orientamento, alla luce del quale *“la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta; per cui, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, di norma devono ritenersi inammissibili le censure che impingono il merito di valutazioni per loro natura opinabili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a.”*.

Nota di Alessandra Scaffidi

Secondo quanto disciplinato dal Decreto Legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, c.d. Codice dei contratti pubblici, la stipula del contratto pubblico è il risultato di molteplici operazioni che insieme considerate costituiscono la c.d. procedura ad evidenza pubblica. Tale procedimento amministrativo prevede il compimento di atti di diritto pubblico che hanno ad oggetto non solo la valutazione dell'interesse pubblico a contrarre, comunemente inteso come determinazione a contrarre, ma anche la scelta della controparte contrattuale che proponga la migliore offerta. Durante lo svolgimento della procedura, gli interessi della P.A. tendenti alla scelta dell'offerta più conveniente, in termini di serietà, affidabilità e non eccessiva onerosità, sono tutelati dai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, quale, ad esempio, il principio di trasparenza volto a dimostrare il corretto svolgimento degli atti endoprocedimentali.

Il rispetto di tali principi, che può tradursi nella redazione di criteri diretti all'espletamento delle procedure non solo rende possibile l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti, tesa a valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte, ma garantisce, altresì, la possibilità di una concorrenza effettiva.

Pronunciandosi in materia, il Consiglio di Stato si è espresso sulla discrezionalità tecnica della Pubblica Amministrazione che governa proprio la fase valutativa delle procedure di gara. La fase di valutazione delle offerte, difatti, così come la successiva fase di attribuzione dei punteggi, prodromica alla proposta di aggiudicazione, si svolge sulla base dei criteri scelti discrezionalmente dalla P.A. Considerata la discrezionalità tecnica con cui la P.A. può legittimamente agire in tale fase, non si ritiene possibile il ricorso al sindacato sostitutorio del giudice amministrativo, a meno che non si tratti dei limitati casi di giurisdizione con cognizione estesa al merito ex art. 134 c.p.a.

Difatti, con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato ha affermato che *«la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta; per cui, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, di norma devono ritenersi inammissibili le censure che impingono il merito di valutazioni per loro natura opinabili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a.»*.

Per comprendere la ricostruzione effettuata dal Supremo Consesso di giustizia amministrativa, è necessario prendere le mosse dalla vicenda sottostante. La sentenza trae origine dal ri-

corso presentato da un'impresa per l'annullamento di un atto di aggiudicazione avente ad oggetto l'affidamento dei servizi di custodia, portierato e assistenza al pubblico presso le strutture di una ASL.

I motivi di censura dell'appellante (risultato non affidatario in seguito al completo espletamento della procedura di gara) avverso la sentenza di rigetto emessa nel primo grado di giudizio riguardano, principalmente, la violazione dell'art. 77 del Codice dei contratti pubblici, per la mancata indicazione, nel Disciplinare di gara, dei criteri stabiliti per l'individuazione dei componenti della Commissione Giudicatrice.

Secondo quanto lamentato dall'appellante, il Disciplinare di gara non predeterminava "a monte" i criteri di nomina dei commissari che venivano perfino scelti tra i membri interni dell'amministrazione della stazione appaltante, così violando i principi di competenza e trasparenza. Per tali ragioni, l'operatore economico escluso dalla procedura di affidamento contestava la legittimità del Disciplinare di gara. Inoltre, per garantire una maggiore trasparenza e al fine di una valutazione competente in materia di offerte economicamente vantaggiose, secondo l'appellante sarebbe stato necessario che la nomina dei Commissari avvenisse tra i soggetti indicati dall'art. 77, c. 3, d.lgs. n. 50/2016 e non tra i dipendenti interni della stazione appaltante. Tuttavia, il Consiglio di Stato ha chiarito che *«l'assenza di criteri approvati a "monte" delle procedure, da parte della stazione appaltante, non determina ex se l'illegittimità dell'operato»* (in tal caso, l'illegittimità della nomina della Commissione Giudicatrice), solo perché tali criteri non sono stati formalmente predeterminati nel Disciplinare di gara; ciò che rileva, infatti, è la costituzione oggettiva della Commissione, effettuata nel rispetto dei principi di competenza e trasparenza.

La nomina dei commissari, inoltre, essendo basata su criteri scelti discrezionalmente dalla Pubblica Amministrazione, è frutto di discrezionalità tecnica amministrativa e come tale non è sindacabile da parte del Giudice Amministrativo. Quest'ultimo non può effettuare una valutazione che, nella fase di valutazione delle offerte e di attribuzione dei punteggi, spetta esclusivamente alla P.A., sostituendosi ad essa e operando valutazioni tecniche *ex novo*. Il sindacato giurisdizionale del G.A. può operare legittimamente in una successiva fase di verifica, sulla base delle censure di legittimità che vengono mosse avverso il provvedimento amministrativo considerato abnorme o viziato.

Il Consiglio di Stato, pertanto, con la sentenza in commento, si è pronunciato per l'inammissibilità dei motivi di ricorso che spingano il G.A. ad assumere decisioni nel merito di valutazioni per loro natura controvertibili (derivanti dalla scelta discrezionale della P.A.), *«perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a.»*.

Sulla preclusione da giudicato implicito in relazione a distinte domande

(Cons. di Stato, sez. V, 26 novembre 2020, n. 7437)

“[L]a tematica dei limiti oggettivi dei giudicati resi in ordine a beni della vita sottesi a situazioni soggettive di interesse legittimo è ancora alla ricerca [...] di un compiuto inquadramento concettuale, anche relativamente alla non agevole circoscrizione della preclusione del deducibile all’interno di liti (per esempio, come nella specie, risarcitorie) attivate a valle (ed in dipendenza) dell’accertamento di illegittimità dell’attività amministrativa provvedimentale.

2.2. – In proposito, non è dubbio, in premessa, che il giudicato *sostanziale*, destinato a “*fase stato ad ogni effetto*” tra le parti (*arg. ex* art. 2909 Cod. civ.) anche in successivi giudizi (in termini di giudicato c.d. *esterno*), si formi in via di principio – nella logica della *corrispondenza tra chiesto e pronunciato* (cfr. art. 112 Cod. proc. civ.) e del sotteso principio della *domanda* (artt. 2907 Cod. civ.; 99 Cod. proc. civ.; 40 Cod. proc. amm.) – sul *diritto* (nel senso lato di situazione soggettiva meritevole di tutela, come tale comprensivo degli interessi legittimi: cfr. art. 24 Cost.) *fatto valere* in giudizio tramite l’esercizio dell’azione ed accertato con sentenze *di merito* (cfr. artt. 276 e 277 Cod. proc. civ. e art. 34 Cod. proc. amm.), e non già in ordine ai *fatti* (siano essi costitutivi, ovvero modificativi, impeditivi o estintivi) che, a livello di fattispecie legale, rilevano ai fini della sua esistenza e tutela.

2.3. – Per tal via, dovrebbe trarsene l’immediato e duplice corollario:

a) che sono estranee al giudicato sostanziale le questioni *di natura processuale*, destinate ad esitare in pronunce di *rito*, come deve dirsi (*arg. ex* art. 35, comma 1 lettera b), Cod. proc. civ.) per quelle inerenti l’*interesse ad agire*;

b) che, sotto distinto profilo, trattandosi di circostanze fattuali (rilevanti in termini di fatti costitutivi della pretesa, correlata all’accertamento dell’illegittimità del provvedimento amministrativo), non ne sia, in via di principio, preclusa la difforme valorizzazione nel distinto giudizio preordinato all’accertamento dei presupposti per l’erogazione della tutela risarcitoria.

2.4. – È altrettanto vero, tuttavia:

a) che, per un verso, che in ordine agli *antecedenti logici* necessari alla decisione, ancorché concretanti mere circostanze fattuali, è destinata a maturare una generale preclusione alla loro successiva messa in discussione (in virtù della “copertura” che il giudicato offre alle strumentali deduzioni di parte, sia quanto effettivamente dedotte, sia in quanto potenzialmente deducibili);

b) che, per altro verso, anche decisioni su questioni a contenuto processuale (ivi comprese quelle inerenti, come nella specie, all’*interesse ad agire*: cfr. per esempio Cass., 13 aprile 1987, n. 3670) si ritiene maturata una preclusione operante nei successivi giudizi attivati tra le parti.

2.5. – Vale osservare, in realtà, che non si tratti né di contraddizione né di eccezione ai richiamati principi generali. In effetti è più corretto ritenere [...] che – mentre le sentenze che decidono su momenti o requisiti *dell’azione in quanto esercizio di poteri processuali* non sono *di merito*, poiché riguardano i requisiti dei singoli atti processuali, nei quali si concreta e si svolge quell’esercizio – le sentenze che, per contro, decidono sulla legittimazione e sull’interesse ad agire come “*condizioni*” della tutela richiesta in giudizio sono (in tutto e per tutto)

sentenze che riguardano il *merito*, sempre che pronuncino concretamente sull'esistenza o no di tali condizioni e non sulle modalità con cui la stessa esistenza è di volta in volta prospettata e descritta nei singoli atti processuali.

Alla luce di ciò, una corretta esegesi dell'art 34 Cod. proc. civ. porta a ritenere:

a) che concretino pronunce di mero rito solo quelle (di formale *inammissibilità* del ricorso) che postulino l'accertamento della (*attuale e concreta*) insussistenza dell'interesse a ricorrere (che, perciò, ben potrebbe essere, senza preclusione di sorta, ritenuto sussistente in un distinto e successivo giudizio);

b) che, per contro, l'accertamento (strumentale) della *sussistenza* della relativa condizione dell'azione impugnatoria si incorpori (senza possibilità di successiva messa in discussione, che contraddirebbe il riconoscimento del bene della vita) nella decisione *di merito* che ne consegue (o, quanto meno, in quella di *accoglimento*: note essendo le dispute, nella specie comunque non rilevanti, in ordine ai limiti oggettivi dei giudicati di rigetto della domanda).

2.6. – È in questa logica che, a ben considerare, l'appellante formula la propria doglianza: nel senso, cioè, che i *fatti posti a fondamento della domanda di accoglimento del ricorso contro il provvedimento amministrativo presupposto* (segnatamente acquisiti e valorizzati ai fini della acclarata sussistenza dei presupposti per l'azione in concreto), non possano, nell'argomentato auspicio critico, essere rimessi in discussione nella successiva (e pedissequa) lite nella quale *gli stessi fatti vengano dedotti a fondamento della consequenziale pretesa risarcitoria*.

2.7. – Assunto suggestivo, ma infondato: perché, in effetti, la preclusione da giudicato (c.d. *implicito*), di cui si è detto, può ritenersi bensì operante, ma pur sempre *nei limiti dell'azione in concreto* (nella specie, impugnatoria), non certo ai fini di *distinte* (per quanto di fatto connesse) domande, aventi diverso oggetto (nella specie, nel giudizio risarcitorio).

Mentre, allora, è senz'altro coperto da giudicato l'accertamento della *illegittimità del provvedimento* (che, come tale, fa stato tra le parti "*ad ogni effetto*", come sancisce con precisione terminologica l'art 2909 Cod. civ.: e, quindi, anche *agli effetti della consequenziale domanda risarcitoria*, a fronte della quale non può perciò essere rimesso in discussione), lo stesso non può dirsi in relazione all'*interesse ad agire in annullamento* (o, meglio, dei fatti che abbiano strutturato il relativo e positivo vaglio) e alla *domanda risarcitoria* (in cui quei *medesimi fatti* siano acquisiti al distinto fine di vagliare, in termini di fatti *costitutivi del diritto*, la *fondatezza* della relativa pretesa sostanziale).

Non può, in definitiva, ritenersi precluso al giudice del risarcimento l'apprezzamento complessivo dei fatti di causa, che nella specie ha indotto alla reiezione dell'istanza".

Nota di Marco Coletta

Con la sentenza n. 7437/2020, il Consiglio di Stato, sez. V, è tornato ad affrontare la complessa tematica dell'individuazione dei limiti oggettivi del giudicato nel processo amministrativo, soffermandosi, in particolare, sull'applicabilità del principio di preclusione da giudicato implicito in relazione a distinte domande giudiziali, l'una di annullamento e l'altra di risarcimento del danno.

Nella specie, con detta pronuncia il giudice amministrativo si è soffermato sulla possibilità di ritenere coperti da giudicato, ex art. 2909 c.c., i fatti posti a fondamento di una questione

processuale – inerente, nella specie, all’interesse ad agire del ricorrente – già accertati in un giudizio d’annullamento e rilevanti nel successivo giudizio per il risarcimento del danno.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha osservato innanzitutto che *“la tematica dei limiti oggettivi dei giudicati resi in ordine a beni della vita sottesi a situazioni soggettive di interesse legittimo è ancora alla ricerca [...] di un compiuto inquadramento concettuale, anche relativamente alla non agevole circoscrizione della preclusione del deducibile all’interno di liti (per esempio, come nella specie, risarcitorie) attivate a valle (ed in dipendenza) dell’accertamento di illegittimità dell’attività amministrativa provvedimentale”*.

Invero, secondo il Supremo Consesso *“non è dubbio, in premessa, che il giudicato sostanziale, destinato a “[fare] stato ad ogni effetto” tra le parti [...] anche in successivi giudizi [...], si formi in via di principio [...] sul diritto (nel senso lato di situazione soggettiva meritevole di tutela, come tale comprensivo degli interessi legittimi: cfr. art. 24 Cost.) fatto valere in giudizio tramite l’esercizio dell’azione ed accertato con sentenze di merito [...], e non già in ordine ai fatti (siano essi costitutivi, ovvero modificativi, impeditivi o estintivi) che, a livello di fattispecie legale, rilevano ai fini della sua esistenza e tutela”*.

D’altra parte, nella citata sentenza si riconosce altresì, che, per un verso, *“in ordine agli antecedenti logici necessari alla decisione, ancorché concretanti mere circostanze fattuali, è destinata a maturare una generale preclusione alla loro successiva messa in discussione (in virtù della “copertura” che il giudicato offre alle strumentali deduzioni di parte, sia [in] quanto effettivamente dedotte, sia in quanto potenzialmente deducibili)”*; per altro verso, *“anche [per] decisioni su questioni a contenuto processuale (ivi comprese quelle inerenti, come nella specie, all’interesse ad agire: cfr. per esempio Cass., 13 aprile 1987, n. 3670) si ritiene maturata una preclusione operante nei successivi giudizi attivati tra le parti”*. Detta preclusione, in particolare, opera ove si tratti di sentenze che decidano anche il merito della controversa. In questi casi, infatti, si ritiene che *“l’accertamento (strumentale) della sussistenza della relativa condizione dell’azione impugnatoria si incorpori (senza possibilità di successiva messa in discussione, che contraddirebbe il riconoscimento del bene della vita) nella decisione di merito che ne consegue”*.

In questa prospettiva, nella fattispecie portata all’attenzione del Consiglio di Stato, l’appellante aveva sostenuto che i fatti dedotti nel precedente giudizio, posti a fondamento della domanda di annullamento contro il provvedimento amministrativo presupposto (acquisiti ai fini dell’accertamento dell’interesse ad agire in quel giudizio), non potessero essere messi in discussione nella successiva lite in cui gli stessi fatti venivano dedotti a fondamento della conseguenziale pretesa risarcitoria.

Detto assunto, tuttavia, non è stato condiviso dal Consiglio di Stato, in quanto *“la preclusione da giudicato (c.d. implicito), di cui si è detto, può ritenersi bensì operante, ma pur sempre nei limiti dell’azione in concreto (nella specie, impugnatoria), non certo ai fini di distinte (per quanto di fatto connesse) domande, aventi diverso oggetto (nella specie, nel giudizio risarcitorio). Mentre, allora, è senz’altro coperto da giudicato l’accertamento della illegittimità del provvedimento (che, come tale, fa stato tra le parti “ad ogni effetto”, come sancisce con precisione terminologica l’art 2909 Cod. civ.: e, quindi, anche agli effetti della conseguenziale domanda risarcitoria, a fronte della quale non può perciò essere rimesso in discussione), lo stesso non può dirsi in relazione all’interesse ad agire in annullamento (o, meglio, dei fatti che abbiano strutturato il relativo e positivo vaglio) e alla domanda risarcitoria (in cui quei medesimi fatti siano acquisiti al distinto fine di vagliare, in termini di fatti costitutivi del diritto, la fondatezza della relativa pretesa sostanziale)”*. In estrema sintesi, *“non può, in definitiva, ritenersi precluso al giudice del risarcimento l’apprezzamento complessivo dei fatti di causa, che nella specie ha indotto alla reiezione dell’istanza”*.

La sentenza, tuttavia, non sembra tener conto dei principi affermati dalla giurisprudenza della Cassazione in ordine all'ampiezza del giudicato – principi sviluppati con riferimento al processo civile, ma invero applicabili anche al processo amministrativo – secondo cui *“il giudicato sostanziale [...] si forma su tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresi gli accertamenti di fatto, i quali rappresentano le premesse necessarie ed il fondamento logico giuridico della pronuncia, spiegando, quindi, la sua autorità, non solo nell'ambito della controversia e delle ragioni fatte valere dalle parti (cosiddetto giudicato esplicito), ma estendendosi necessariamente agli accertamenti che si ricollegano in modo inscindibile con la decisione, formandone il presupposto, così da coprire tutto quanto rappresenta il fondamento logico-giuridico della pronuncia”* (Cass., S.U., 6689/1995).

Allo stato, quindi, alla luce della pronuncia in commento resta ancora perplessa, nel processo amministrativo, l'esatta delimitazione dei limiti oggettivi del giudicato.

Sversamento di rifiuti e posizione del proprietario incolpevole

(Cons. di Stato, sez. IV, 3 dicembre 2020, n. 7657)

“Con la sentenza indicata in epigrafe il T.a.r. [...] ha dichiarato in parte improcedibile, in parte infondato il ricorso svolto dalla società [...] proprietaria di un terreno [...] occupato da alcuni nomadi (poi condannati ai sensi dell’art. 633 c.p.), avverso l’ordinanza comunale [...] recante l’ingiunzione di rimuovere i rifiuti sversati sul fondo dai medesimi nomadi.

[...]

5.1. La disposizione applicata dal Comune, l’art. 14, comma 3, d.lgs. n. 22 del 1997, richiedeva l’accertamento dell’elemento soggettivo (dolo o colpa) in capo al proprietario non responsabile dello sversamento di rifiuti, il cui accertamento costituiva un presupposto indispensabile perché potesse essere emanato, a suo carico, un ordine di ripristino dello stato dei luoghi.

5.2. Nel caso di specie, è incontestato che lo sversamento di rifiuti fu operato da un gruppo di nomadi che avevano abusivamente occupato per anni l’area di proprietà della società odierna appellante [...].

5.3. Secondo l’orientamento espresso da questo Consiglio [...] l’omessa recinzione del suolo non costituisce *ex se* un indice di negligenza nella vigilanza sul fondo da parte del proprietario, essendo oltre tutto le recinzioni scarsamente dissuasive in determinati contesti.

5.4. [...] nel nostro sistema (art. 841 c.c.) la recinzione è una facoltà (ossia un *agere licere*) del *dominus*: come tale, la scelta di non fruirne non può tradursi in un fatto colposo (art. 1127, comma primo, c.c.) ovvero in un onere di ordinaria diligenza (art. 1227, comma secondo, c.c.), che circoscrive (*recte*, elide) il diritto al risarcimento del danno.

[...]

5.6. Una volta avvenuta l’illecita occupazione, poi, la negligenza del proprietario (impossibilitato dall’ordinamento a rientrare in possesso del bene invito detentore – cfr. articoli 392 e 393 c.p.) non può desumersi dal fatto che lo stesso non abbia proposto azione di spoglio nei confronti degli abusivi, giacché tale azione, tenuto conto della natura di questi ultimi, sarebbe stata con ogni evidenza priva di effetti utili.

5.7. La società, pertanto, ha fatto tutto quello che poteva fare, ossia segnalare ripetutamente alle preposte Autorità l’avvenuta occupazione, chiedendo che venissero adottati provvedimenti a tutela della sua proprietà.

5.8. Peraltro, consta che l’Autorità comunale abbia svolto sopralluoghi sul posto e che, comunque, ben conoscesse la situazione.

5.9. Il difetto di una condizione di colpevolezza in capo alla società, dunque, determina *eo ipso* l’illegittimità dell’ordinanza.

6. Quanto alla domanda risarcitoria, non sono condivisibili i rilievi svolti dal T.a.r. in ordine al preteso “*arricchimento*” che dalla spontanea opera di pulizia del fondo la società avrebbe tratto.

6.1. Di contro, lungi dal conseguire una locupletazione, da tale attività, svolta a propria cura e spese, la società ha tratto l’eliminazione di un pregiudizio, ossia, altrimenti detto, ha posto termine ad una situazione di *deminutio* patrimoniale.

[...]

7.1. Invero, le Amministrazioni pubbliche hanno il dovere di esercitare tempestivamente i propri poteri (significativamente qualificati, in sede di teoria generale, come “*potestà*”, ovvero “*potere-dovere*”) a tutela del perseguimento dell’interesse pubblico affidato.

7.2. Orbene, ai sensi dell’allora vigente art. 21 d.lgs. n. 22 del 1997, la “*gestione dei rifiuti urbani*” competeva ai Comuni, tenuti, *inter alia*, a “*assicurare la tutela igienico-sanitaria in tutte le fasi della gestione dei rifiuti urbani*”, nonché, più in generale, a vigilare sull’uso del territorio, quale Ente esponenziale della collettività locale.

7.3. Ove il mancato uso di tale potere abbia determinato un danno ad un soggetto *ab initio* chiaramente identificato, in quanto titolare di un interesse socialmente differenziato e giuridicamente qualificato, non può non conseguirne anche la responsabilità risarcitoria dell’Amministrazione comunale, quanto meno allorquando questa sia rimasta colpevolmente e lungamente inerte.

7.4. Nella specie, l’allora Comune [...], nonostante la risalente conoscenza della situazione e le ripetute segnalazioni della società, non solo non è per lungo tempo intervenuto con i poteri previsti dall’ordinamento, ma ha infine scaricato su di essa il costo della bonifica, spendendo potestà pubblicistiche in palese difetto dei presupposti di legge [...].

7.5. Ne consegue che la complessiva condotta del Comune costituisce una concausa diretta del danno subito dalla società.

8.1.1. La società, tuttavia, ha diritto alla rifusione [...] soltanto delle spese effettivamente e specificamente conseguenti all’attività di pulizia del fondo, non anche al montaggio di una nuova recinzione.

[...]

[...] [D]ifetta ogni prova (e financo ogni allegazione) circa il concreto danno patito dalla società per l’indisponibilità del fondo, ma, prima ancora, il danno *de quo* deriva in via principale e diretta dalla condotta delittuosa dei nomadi, il cui rilievo penale riveste un valore causale per così dire “assorbente”.

8.2.2. È, pertanto, corretta la considerazione svolta sul punto dal T.a.r., secondo cui “*in presenza di altrui fatti illeciti [...] non si può ritenere che il Ministero dell’Interno o l’Amministrazione comunale rispondano per i danni che siano stati cagionati al proprietario*”, intendendosi per “danni” quelli arrecati dalla condotta costituente reato [...].”

Fiscalizzazione dell'abuso edilizio

(Cons. di Stato, sez. II, 15 dicembre 2020, n. 8032)

“L’Amministrazione contesta la sentenza ritenendola affetta da plurimi errori in fatto e in diritto. [...] Nel merito, sarebbe errata la ricostruzione del quadro giuridico riveniente dal combinato disposto degli artt. 34 e 38 del d.P.R. n. 380/2001. Nel caso di specie, infatti, si tratterebbe semplicemente della sanzione sostitutiva della demolizione cui l’Amministrazione può fare ricorso laddove non sia possibile intervenire senza pregiudizio per la parte conforme del manufatto, applicabile anche in caso di sanatoria di cui all’art. 38 del d.P.R. n. 380/2001. Ciò a fronte non di una “nuova costruzione”, ma di un intervento in variante rispetto a quello originario, regolarmente assentito con concessione edilizia n. 1 del 10 gennaio 2008, evidentemente previa valutazione tecnica di conformità allo strumento urbanistico. [...] [I] due istituti, meglio conosciuti come “*fiscalizzazione dell’abuso*”, il primo (art. 38 del d.P.R. n. 380/2001), e “*accertamento di conformità*”, l’altro (art. 36 del medesimo Testo unico), si diversificano completamente nei presupposti e nella finalità, potendo coincidere per gli effetti nel solo caso in cui l’Amministrazione non convalidi il titolo edilizio viziato e non sia possibile addivenire alla demolizione dell’opera. [...] [L]e differenze ontologiche tra i due istituti sono ravvisabili perfino nella diversità delle relative conseguenze economiche, stante che nel primo caso (l’*accertamento di conformità*) è previsto il pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia, ovvero, in caso di gratuità a norma di legge, in misura pari a quella predeterminata dalla medesima normativa; nel secondo, invece, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall’agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest’ultima e l’amministrazione comunale [...].

L’art. 38 del T.U.E. disciplina una peculiare ipotesi di condono, di tipo per così dire “cartolare”, ragionevolmente limitato, proprio perché riconducibile comunque al *genus* delle sanatorie, a vizi che attengono esclusivamente al procedimento autorizzativo, i quali non possono ridondare in danno del privato che ha confidato sulla presunzione di legittimità di quanto in precedenza assentito. L’illiceità, pertanto, sopravviene non tanto all’avvenuta realizzazione dell’intervento, come nell’abuso edilizio “tradizionale”, ma alla caducazione del titolo che lo ha consentito. La sanatoria riguarda quindi preferibilmente il provvedimento e solo in seconda battuta e ove ciò non sia possibile entra in gioco la valutazione di impossibilità anche di demolire l’opera, monetizzandone l’importo in maniera ragguagliata al suo valore venale. In sintesi, il primo stadio valutativo deve indulgere sul provvedimento; il procedimento sfocia nella sanatoria, quale alternativa alla convalida dell’atto e, a quel punto, alla demolizione, solo se non vi sono i presupposti per la prima e non convenga, in senso pubblicistico, addivenire alla seconda. La monetizzazione (“*fiscalizzazione*”) dell’abuso implica dunque una ponderazione finale degli interessi in gioco (la «*motivata valutazione*» che regge tutti i possibili esiti della scelta sintetizzati nella norma), che può consistere anche in – e anzi, di regola, presuppone – un’analisi di fattibilità sul piano tecnico della demolizione dell’abuso senza pregiudizio per l’integrità complessiva dell’immobile [...].

Il non semplice inquadramento delle coordinate dell’art. 38 del d.P.R. n. 380/2001 ha portato nel tempo a contrapposti arresti giurisprudenziali, sui quali è di recente intervenuta una pronuncia chiarificatrice dell’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, ai cui principi

occorre fare puntuale rinvio. Con essa, cioè, la Sezione ritiene che si sia addivenuti ad una configurazione dell'istituto in termini di cerchio concentrico al cui interno si susseguono i possibili stadi decisionali, ma al di fuori del quale si collocano tutti i vizi ritenuti ostativi della ipotetica convalida. La «*motivata valutazione*» dell'amministrazione, dunque, «*afferisce al preliminare vaglio amministrativo circa la rimovibilità (anche) in concreto del vizio, ex art. 21 nonies, comma 2, e rileva non già rispetto al binomio fiscalizzazione/demolizione, quanto in relazione al diverso binomio convalida/applicazione dell'art. 38, costituente soglia di accesso per applicazione dell'intero impianto dell'art. 38 (e non solo dell'opzione della fiscalizzazione)*» (v. Cons. Stato, A.P., 7 settembre 2020, n. 17). L'affermazione non è di poco conto, in quanto da un lato riconduce la disposizione sotto l'egida dell'art. 21 *nonies*, comma 2, della l. n. 241/1990, di cui finisce per costituire un esempio di specifica applicazione; dall'altro e proprio per tale ragione, ne preclude l'applicabilità in tutti i casi in cui ridetto paradigma non sia neppure astrattamente invocabile.

11. Alla base della possibilità, comunque rimessa alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione operante, di emendare l'atto dal vizio che lo affligge, si colloca l'esigenza di tutelare l'affidamento del privato che ha realizzato un'opera nella convinzione di averne la prevista legittimazione, essendo peraltro indifferente che il vizio sia stato individuato in via di autotutela, ovvero rilevato all'esito di apposito giudizio. Ove ciò avvenga, solo in via convenzionale si parla di sanatoria, tanto che non può essere irrogata alcuna sanzione, né demolitoria, né pecuniaria. Il normale meccanismo della convalida [...] opera infatti retroattivamente, eliminando quindi soltanto la parentesi di illegittimità creata *medio tempore* in ragione dell'annullamento del titolo originario. [...] Convalida, demolizione o "fiscalizzazione" costituiscono dunque i tre possibili sbocchi del *climax* ascendente valutativo rimesso all'Amministrazione procedente, purché a monte il titolo edilizio annullato o annullabile sia affetto da un mero vizio "delle procedure amministrative", nell'accezione da ultimo chiarita dall'Adunanza plenaria, conforme del resto alla riferibilità del modello più generale di cui all'art. 21 *nonies*, comma 2 della l. n. 241 del 1990 ai soli vizi non afferenti al contenuto sostanziale dell'atto. «*Il riferimento ad un vizio procedurale astrattamente convalidabile delimita operativamente il campo semantico della successiva e connessa proposizione normativa riferita all'impossibilità di rimozione, dovendo per questa intendersi una impossibilità che attiene pur sempre ad un vizio che, sul piano astratto sarebbe suscettibile di convalida, e che per le motivate valutazioni espressamente fatte dall'amministrazione, non risulta esserlo in concreto*» (v. ancora Cons. Stato, A.P., n. 17/2020).

12. I vizi cui fa riferimento l'art. 38 ai fini della (successiva) sanatoria sono dunque esclusivamente quelli che riguardano forma e procedura che, alla luce di una valutazione in concreto operata dall'amministrazione, risultino di impossibile rimozione per il tramite della convalida.

[...]

13. Calando ora il paradigma generale delineato nell'analisi dell'atto impugnato, ne appare chiara la parzialità e la lacunosità motivazionale. Esso consegue al solo segmento finale del procedimento cui ritiene di dare seguito, mancando totalmente la valutazione primigenia della natura del vizio che affliggeva la d.i.a. annullata (secondo l'impostazione all'epoca seguita, quale atto abilitativo implicito) «*e, in stretta conseguenza*» la verifica «*se il vizio che ha condotto all'annullamento del provvedimento impugnato in sede giurisdizionale poteva essere considerato sanabile o meno*». *Id est*, rileva la Sezione, andava preliminarmente valutato se la d.i.a. fosse suscettibile di convalida non tanto e non solo, come affermato dal primo giudice, in quanto comunque il manufatto realizzato in concreto era conforme allo strumento urbanistico ed alla normativa tecnica di costruzione dell'edificio, bensì, ancora più a monte, in quan-

to essa poteva essere utilizzata per quella tipologia di intervento. Il d.P.R. n. 380 del 2001, nel testo originario entrato in vigore nel giugno 2003 e applicabile *ratione temporis*, prevedeva sostanzialmente due tipologie di titoli abilitativi edilizi, il permesso di costruire e la denuncia di inizio attività (d.i.a., poi divenuta segnalazione certificata di inizio attività, s.c.i.a.), eliminando la figura dell'autorizzazione edilizia, prevista dalla legislazione in materia anteriore al 2001. Pur nel continuo evolversi dell'area riservata all'uno e all'altra, alla ricerca di sempre maggiori spazi di semplificazione procedurale in un ambito ritenuto di significativo rilievo anche per lo sviluppo economico del territorio (di cui è prova, da ultimo, nell'incisiva riforma della materia contenuta in particolare nell'art. 10 della l. n. 120 dell'11 settembre 2020, di conversione del c.d. "decreto semplificazioni") esistono tuttavia dei limiti insormontabili che non consentono di derubricare gli interventi "maggiori" al titolo "minore". Se pertanto il privato ha sempre la possibilità di optare per il permesso di costruire, laddove gli sarebbe possibile agire tramite semplice d.i.a. (oggi s.c.i.a.) non vale il reciproco, per cui nei casi in cui è ritenuto necessario l'avallo esplicito dell'intervento, l'utilizzo di qualsivoglia altra forma di comunicazione, ivi comprese quelle nuove introdotte nel tempo (si pensi alla c.d. comunicazione inizio lavori – C.I.L. – o comunicazione inizio lavori asseverata – C.I.L.A.) appare sostanzialmente inutile. Esso, cioè, si palesa *tamquam non esset* ai fini della legittimazione dell'intervento, che resta abusivo. Al riguardo, la Sezione ritiene utile richiamare gli orientamenti della Suprema Corte relativi alla disciplina sanzionatoria ritenuta applicabile, laddove ha ribadito che integra il reato di esecuzione dei lavori in totale difformità dal permesso di costruire la realizzazione di interventi edilizi su un preesistente manufatto, comportanti modifiche alla sagoma ed incrementi di superficie o volumetrici, non essendo gli stessi inquadrabili nella categoria delle varianti minori o leggere, soggette a mera segnalazione certificata di inizio attività (cfr. *ex plurimis* Cass. Pen., sez. IV, 18 settembre 2019, n. 38611). L'utilizzo, infatti, di un titolo edilizio completamente inadeguato a "coprire" l'intervento realizzato, non elide la natura illecita dello stesso, sì da poter comunque scongiurare l'intervento sanzionatorio del Comune nell'ambito del proprio generico potere di vigilanza (art. 27 del T.U.E.). Esigenze di certezza del diritto ne impongono la rimozione anche sul piano formale, come di fatto avvenuto nel caso di specie con la sentenza n. 431/2009 del T.A.R. per la Calabria. Nel caso di specie, qualsiasi valutazione in ordine alla correttezza della tipologia del titolo utilizzato è dunque preclusa da tale giudicato, laddove, lasciando in verità sullo sfondo la questione del rispetto o meno della disciplina urbanistica, si è ormai incontestabilmente affermata l'inidoneità della d.i.a. a legittimare il tipo di variante posta in essere. Ciò in quanto «*un innalzamento di mt.1,79 della quota naturale del terreno, tanto più ove finalizzato a realizzare un vano seminterrato, non può considerarsi lavoro o opera di sistemazione*», avendo dato luogo ad una «*variazione dei prospetti e del volume*» (v. § 5.3 della richiamata sentenza del T.A.R. per la Calabria n. 431/2009). Non è chi non veda come la conseguenza di tale pronuncia sia la illiceità dell'intervento edilizio non in ragione di un vizio dell'atto che ne ha legittimato la realizzazione, bensì per travalicamento dei confini di utilizzabilità dello stesso.

16. Tale costruito non può tuttavia essere privo di conseguenze rispetto alla utilizzabilità dello schema di cui all'art. 38 del d.P.R. n. 380/2001. Non è revocabile in dubbio, infatti, che esso trovi applicazione pure agli interventi per i quali sia stato utilizzato il modello della d.i.a., oggi s.c.i.a., finanche nell'ipotesi di alternatività della stessa al permesso di costruire [...] Ammettere, come il giudice del T.A.R. fa, che attraverso il vaglio del rispetto «*dei parametri e degli standards planovolumetrici previsti dallo strumento urbanistico per la zona di riferimento*» si sarebbe potuti addivenire alla sanatoria di cui all'art. 38 equivale ad estendere la portata della norma a copertura di qualsivoglia tipologia di abuso, a prescindere dallo stretto percorso di accesso all'istituto ampiamente descritto. La sanatoria, cioè, conseguirebbe non

alla valutata impossibilità della convalida, ma alla mancata “conversione” del titolo originariamente utilizzato in quello effettivamente necessario, previa verifica *ex officio* della sussistenza dei requisiti di assentibilità dell’opera. Con ciò finendo per tutelare non la buona, ma neanche la mala fede del costruttore, che ha utilizzato un titolo di legittimazione inidoneo *ab origine* a “coprire” l’intervento, cioè ha commesso *ab origine* un abuso edilizio, per il quale, al più, avrebbe potuto richiedere una sanatoria ordinaria.

[...]

18. In sintesi, il Collegio ritiene che sia estranea al perimetro di operatività dell’istituto di cui all’art. 38 del T.U.E. la possibilità di “convertire” un titolo edilizio “minore”, quale la d.i.a, oggi s.c.i.a., in un provvedimento espresso, quale il permesso di costruire, laddove sia stata accertata la assentibilità dell’intervento solo con quest’ultimo. La “motivazione adeguata” che deve sorreggere la scelta di sanatoria, una volta esclusa la convalida, è nozione più ampia rispetto alla rilevata impossibilità di demolizione solo di una parte del manufatto, che consegue ad una comparazione complessiva degli interessi in gioco. Per contro, la conformità dell’intervento alla disciplina urbanistica, esula dal perimetro della norma, per l’evidente ragione che, presupponendo essa un vizio solo formale del titolo edilizio originario, l’avvenuta verifica ne costituisce un postulato di operatività, piuttosto che una conseguenza”.

Nota di Vincenzo D’Avino

La decisione in commento concerne l’impugnazione di una sentenza relativa all’annullamento di una sanzione pecuniaria irrogata ai sensi dell’art. 38 D.P.R. n° 380/2001.

In particolare, il giudizio di prime cure è stato evocato dalla vicina di casa di un soggetto che, a causa di un autonomo e separato giudizio amministrativo, si era visto annullare la D.I.A. presentata per la realizzazione di opere edili; a ledere gli interessi della ricorrente è stata la “sanatoria fiscale” adottata ai sensi dell’art. 38 del Testo Unico Edilizia dal Comune a seguito di tale annullamento.

L’atto amministrativo, gravato dalla vicina di casa per diversi motivi di illegittimità, è stato annullato dal Tribunale “*perché nel provvedimento manca ogni tipo di accertamento circa la possibilità di assentire i lavori in difformità rispetto al permesso a costruire (ossia l’accertamento della conformità del manufatto così come realizzato allo strumento urbanistico ed alla disciplina tecnica delle costruzioni) e manca ogni qualsivoglia accertamento dell’impossibilità di demolire le parti in difformità senza pregiudizio delle parti conformi*”.

In buona sostanza, nel caso di specie, il Comune avrebbe dovuto adottare la più consona sanzione prevista dall’art. 34, comma 2, del D.P.R. n° 380/2001; tant’è che il Tribunale ha ordinato all’Ente di rieditare il suo potere ai sensi della citata norma.

Avverso detta pronuncia è insorto il Comune, chiedendo al Consiglio di Stato di riformare la decisione del T.A.R. e, per l’effetto, di confermare la legittimità dell’originario provvedimento adottato ai sensi dell’art. 38 T.U. Edilizia.

Ma le tesi propuginate dall’Amministrazione non sono state condivise dal Supremo Consesso amministrativo, che ha respinto l’appello.

Particolarmente rilevante nella sentenza in commento è certamente la parte “di merito”, in cui il Collegio offre un’approfondita disamina della *ratio* dell’art. 38 D.P.R. n° 380/2001 e dell’affine – ma diverso – istituto dell’accertamento di conformità ex art. 36 T.U. Edilizia.

Innanzitutto, si evidenzia come nel provvedimento gravato manchi del tutto la *“pars costruens”*, rappresentata dalla valutazione, ad opera dell'autorità comunale, dell'esistenza di *“vizi che attengono esclusivamente al procedimento autorizzativo, i quali non possono ridondare in danno del privato che ha confidato sulla presunzione di legittimità di quanto in precedenza assentito”*.

In effetti, il meccanismo sanante di cui all'art. 38 tracciato dal legislatore è applicabile solo a quei casi in cui emergano vizi afferenti al procedimento amministrativo, tali da aver determinato (per via amministrativa o giudiziale) l'annullamento del titolo edilizio.

Solo dopo questa prima valutazione, l'Autorità può passare alla ponderazione degli interessi in gioco (la *“motivata valutazione”* di cui al citato art. 38): essa consiste anche nell'analisi della fattibilità tecnica dell'eventuale demolizione dell'abuso edilizio, in maniera tale da non arrecare alcun pregiudizio alla parte legittimamente esistente dell'immobile.

Tale tesi argomentativa, già condivisa dalla giurisprudenza maggioritaria, è stata *“validata”* dalla recentissima pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n° 17 del 07.09.2020, secondo cui la motivazione del provvedimento *“afferisce al preliminare vaglio amministrativo circa la rimovibilità (anche) in concreto del vizio, ex art. 21 nonies, comma 2, e rileva non già rispetto al binomio fiscalizzazione/demolizione, quanto in relazione al diverso binomio convalida/applicazione dell'art. 38, costituente soglia di accesso per applicazione dell'intero impianto dell'art. 38 (e non solo dell'opzione della fiscalizzazione)”*.

In conclusione, solo in presenza di un vizio della procedura amministrativa relativo al titolo edilizio l'Amministrazione potrà valutare se disporre la convalida, la demolizione o la *“fiscalizzazione”* dell'abuso.

Conseguenza di tale ragionamento è che non può dirsi esente da vizi neanche la decisione del giudice di prime cure, *“laddove riconduce all'utilizzo dell'art. 38 del T.U.E. il caso di intervento effettuato sulla base di un titolo annullato non solo per vizi formali, ma anche per vizi strutturali del manufatto che comunque possono essere sanati o ricondotti nell'ambito dei parametri edilizi applicabili”*.

Infatti, il Tribunale di prime cure ha *“confuso”* la prospettiva dell'atto con quella del fatto, erroneamente ritenendo che sulla scorta di quest'ultima potesse farsi ricorso alla sanatoria ex art. 38 D.P.R. n° 380/2001.

In buona sostanza, per i Giudici di Palazzo Spada *“andava preliminarmente valutato se la D.I.A. fosse suscettibile di convalida non tanto e non solo, come affermato dal primo giudice, in quanto comunque il manufatto realizzato in concreto era conforme allo strumento urbanistico ed alla normativa tecnica di costruzione dell'edificio, bensì, ancora più a monte, in quanto essa poteva essere utilizzata per quella tipologia di intervento”*.

Pertanto, in esito alla (rinnovata) istruttoria del Consiglio di Stato si è evinto che l'attività edile realizzata dal controinteressato fosse sussumibile sotto la fattispecie della *“totale difformità dal titolo edilizio”* (la D.I.A.) successivamente annullato; e ciò perché tale titolo era inidoneo ad autorizzare le opere concretamente realizzate necessitanti, viceversa, di un Permesso di Costruire.

Il Collegio ha pertanto respinto l'appello, ma riformando nella parte motiva la sentenza del T.A.R., invitando di conseguenza il Comune appellante a valutare la più idonea *“tipologia di provvedimento da adottare con riferimento all'illecito edilizio consistito nell'avvenuta realizzazione di opere in variante da un originario permesso di costruire in assenza di titolo, giusta l'avvenuto annullamento della D.I.A. originaria”*.

Valutazione di appropriatezza, prescrivibilità e rimborsabilità di un farmaco compiuta dall'AIFA a livello nazionale e valutazione tecnica della regione

(Cons. di Stato, sez. III, 15 dicembre 2020, n. 8033)

“La legislazione statale di riferimento (cfr. art. 48, comma 2, l. 24 novembre 2003, n.326 dispone che il farmaco è uno strumento per la tutela della salute, con la conseguenza che la somministrazione del farmaco da parte del servizio sanitario nazionale deve essere inteso come diritto fondamentale dell’individuo e della collettività, nei casi previsti dalla normativa di settore. [...] [A] fine di ampliare l’assistenza farmaceutica, da parte del SSN, nella misura più ampia possibile, il cit. art. 48 d.l. n. 269 del 2003 ha attribuito alla Agenzia del farmaco il potere – di natura tecnico-discrezionale – di redigere l’elenco dei farmaci rimborsabili dal SSN, sulla base dei criteri del costo e dell’efficacia, stabilendo, peraltro, meccanismi di sconto sul prezzo dei farmaci rimborsabili, al fine del contenimento della spesa farmaceutica a *“garanzia, nella misura più ampia possibile, del diritto alla salute mediante l’inserimento del maggior numero di farmaci essenziali nell’elenco di quelli rimborsabili dal SSN”* (sul punto cfr. Corte Cost. n. 279 del 2006).

[...] [L]a Regione non può sovrapporre la propria valutazione tecnica ad una valutazione di appropriatezza, prescrivibilità e rimborsabilità già compiuta dall’AIFA a livello nazionale, in quanto attinente ai livelli essenziali di assistenza.

In particolare, va ribadito che il complesso delle disposizioni legislative dedicate a regolare la materia attribuisce esclusivamente all’AIFA – l’Agenzia Italiano del Farmaco – le funzioni relative al rilascio dell’autorizzazione all’immissione in commercio dei medicinali, alla loro classificazione, alle relative indicazioni terapeutiche, ai criteri delle pertinenti prestazioni, alla determinazione dei prezzi, al regime di rimborsabilità e al monitoraggio del loro consumo.

Tali competenze sono state ripetutamente ed univocamente qualificate come ‘esclusive’, nel senso che le suddette funzioni – legislative ed amministrative – spettano solo all’autorità statale, sia dalla giurisprudenza costituzionale – v. *ex plurimis*, Corte cost., 29 maggio 2014, n. 151, e 12 gennaio 2011, n. 8 – sia da quella amministrativa – v., oltre alla richiamata sentenza n. 490 del 2015, anche Cons. St. se. III, 8 settembre 2014, n. 4538 – laddove hanno precisato che resta preclusa alle Regioni la previsione, sia in via legislativa che amministrativa, di un regime di utilizzabilità e di rimborsabilità contrastante e incompatibile con quello stabilito, in via generale e sulla base dei pareri emessi dalla competente Commissione consultiva tecnico – scientifica – dall’AIFA a livello nazionale”.

Il Consiglio di Stato è stato adito dalla Regione Puglia per la riforma della sentenza del Tar Puglia, sede di Bari, che ha disposto l'annullamento della delibera della Giunta Regionale, avente ad oggetto *"Interventi in materia farmaceutica ai fini del contenimento della spesa e dell'appropriatezza prescrittiva degli antagonisti del Sistema Renina Angiotensina"*.

Il giudice di primo grado, accogliendo il ricorso proposto dall'Istituto OMISSIS, ha rilevato la violazione del riparto di competenza con lo Stato.

La Regione Puglia, con la delibera impugnata, ha imposto delle prescrizioni che hanno come effetto la limitazione (o comunque il condizionamento) della libertà del medico di scegliere il farmaco da prescrivere al proprio paziente. Così facendo ha introdotto, per di più in via non legislativa, una disciplina, in materia di prescrizione dei farmaci, non conforme ai principi ricavabili dalla vigente legislazione nazionale.

La materia relativa alle modalità di distribuzione dei farmaci e all'attività medico-prescrittiva è riconducibile, oltre che ai livelli essenziali di assistenza (L.E.A.), anche alla tutela della salute, di competenza legislativa concorrente a norma dell'art. 117, comma 3, della Costituzione (in tal senso, C.d.S., Sez. III, n. 5790/2011). L'individuazione del criterio di riparto della competenza legislativa Stato – Regione è affidata alla distinzione tra norma di principio e norma di dettaglio.

Com'è noto, sulla base dell'insegnamento della Corte Costituzionale (cfr. Corte cost., sent. n. 59 del 2006), le norme di principio sono dirette, oltre che all'individuazione dei principi fondamentali, anche a garantire uniformità nei diritti a livello nazionale.

Nell'ambito della competenza concorrente, le Regioni possono intervenire con proprie leggi nel rispetto dei principi fondamentali riservati alla legislazione statale e, ove esistenti, dei vincoli derivanti dalla normativa comunitaria.

Ebbene, la fissazione dei limiti e dei criteri che devono guidare il medico nella scelta del farmaco che meglio risponda alle esigenze terapeutiche del singolo caso non può che appartenere ai principi fondamentali, da stabilire con legge statale.

Dall'esame della normativa statale in vigore, nessuna norma consentirebbe alle Regioni di imporre al medico la prescrizione di un principio attivo in luogo di un altro. È, al contrario, desumibile, a norma dell'art. 15, comma 11-*bis*, del D.L. n. 95/2012, nonché dell'art. 11, comma 12, del D.L. n. 1/2012, il principio generale secondo il quale spetta al medico la scelta in ordine al principio attivo da somministrare al paziente.

L'operato della Regione è illegittimo anche sotto il profilo dell'eccesso di potere, determinato dalla violazione del principio di legalità ai sensi dell'art. 97 Cost.

Detto principio ha, in diritto amministrativo, una duplice valenza. In senso formale, esprime il primato della legge nel sistema delle fonti ordinamentali e quindi, segnatamente, il rispetto del dato normativo primario da parte delle pubbliche amministrazioni. Nella sua accezione sostanziale, indica la necessità che la legge sia la fonte attributiva del potere e ne disciplini i profili essenziali di sviluppo. Pertanto, ai sensi dell'art. 117 Cost., lo strumento deputato ad introdurre la disciplina regionale di dettaglio è la legge regionale.

La deliberazione è, invece, un atto amministrativo, emanato da un organo collegiale, all'esito di un subprocedimento. È l'atto tipico con cui la Giunta e il Consiglio assumono decisioni nelle materie di loro competenza. Ciò in virtù del principio di separazione tra attività di indirizzo e di gestione, assiologicamente collegato al principio di imparzialità *ex art. 97 Cost.*, agli organi politici compete l'adozione dei soli atti di indirizzo politico-amministrativo.

Sono approvati con deliberazione, ad esempio, i bilanci dell'ente, i regolamenti e gli strumenti di pianificazione.

La Regione Puglia ha impugnato la sentenza del TAR e ha chiesto che, in sua riforma, il ricorso di primo grado fosse respinto per erroneo apprezzamento dei fatti posti a base della controversia, nonché per violazione e falsa applicazione dell'art. 1, comma 180, della legge 30 dicembre 2004, n. 311.

I giudici di Palazzo Spada hanno respinto l'appello, assumendo che la delibera in contestazione *“si pone al di là delle competenze spettanti agli organi regionali, dando luogo ad una disposizione autoritativa di rilevante incisività, che ha attribuito preminente rilievo ai dati economici e non alle esigenze della tutela della salute, rimesse alla valutazione degli organi statali”*.

Il Consiglio ribadisce che la somministrazione del farmaco da parte del servizio sanitario nazionale deve essere intesa come diritto fondamentale dell'individuo e della collettività. *“L'accessibilità al farmaco a condizioni stabilite dal diritto positivo è parametro dell'eguaglianza giuridica e attuazione del principio solidaristico stabilito dalla Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea”*.

Al fine di ampliare l'assistenza farmaceutica, l'art. 48 del D.L. n. 268/2003 ha attribuito all'AIFA – Agenzia Italiano del Farmaco la competenza a livello nazionale (in quanto attinente ai livelli essenziali di assistenza, che devono essere garantiti in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale) in merito alle valutazioni di appropriatezza, prescrivibilità e rimborsabilità dei medicinali.

Pertanto, *“resta preclusa alle Regioni la previsione, sia in via legislativa che amministrativa, di un regime di utilizzabilità e di rimborsabilità contrastante e incompatibile con quello stabilito, in via generale e sulla base dei pareri emessi dalla competente Commissione consultiva tecnico – scientifica dall'AIFA a livello nazionale”*.

Il G.A. non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma verificare la correttezza della valutazione effettuata nell'esercizio del potere

(Cons. di Stato, sez. VI, 21 dicembre 2020, n. 8187)

“[I]l giudice amministrativo non può sostituire – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri – proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle fattispecie al suo esame.

Ed è anche noto che la discrezionalità tecnica [...] non può ritenersi soggetta ad un sindacato giudiziale sostitutivo [...].

Sul versante tecnico, pertanto, in relazione alle modalità del sindacato giurisdizionale, questo deve considerarsi limitato a verificare se l'Amministrazione abbia violato il principio di ragionevolezza tecnica, senza che sia consentito, in coerenza con il principio costituzionale di separazione, sostituire le valutazioni dell'Amministrazione, anche se in astratto opinabili, con quelle giudiziali, anche se deve ammettersi in tale sede una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito dall'Amministrazione.

In ogni caso, tuttavia, il giudice non può sostituirsi ad un potere già esercitato, ma deve solo stabilire se la valutazione complessa operata nell'esercizio del potere debba essere ritenuta corretta, sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione delle norme poste, tra l'altro, a tutela dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, sia nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato.

Pertanto, anche l'apporto conoscitivo tecnico, conseguito tramite apporti scientifici, non è *ex se* dirimente allorché soccorrano dati ulteriori, di natura più strettamente giuridica, che limitano il sindacato in sede di legittimità ai soli casi di risultati abnormi, ovvero manifestamente illogici”.

Nota di Lorenza Pedullà

La decisione in commento costituisce un osservatorio privilegiato per cogliere, nell'ambito del rapporto tra autorità amministrativa e giurisdizionale, la complessa morfologia dell'estensione dello scrutinio del G.A. sull'atto amministrativo connotato da valutazioni tecniche.

La sentenza trae origine dal ricorso proposto da un laureato in medicina avverso la graduatoria del concorso per l'ammissione alle scuole di specializzazione, ritenuta illegittima in quanto attributiva di un punto indistintamente a ciascun candidato per un quesito contenente una radiografia dalla scarsa risoluzione.

Il Consiglio di Stato, nel ribaltare la soluzione del T.A.R., si inserisce nel solco di una giurisprudenza consolidata che, nell'indagare i rapporti tra p.a. e G.A., vieta a quest'ultimo di “sostituire – in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri – proprie va-

lutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica, quando si tratti di regole (tecniche) attinenti alle modalità di valutazione delle fattispecie al suo esame".

Orbene, al fine di cogliere l'*ubi consistam* della pronuncia, si rende opportuno compiere una sintetica ricognizione della discrezionalità tecnica, tracciandone preliminarmente l'*actio finium regundorum* con la discrezionalità amministrativa.

La discrezionalità amministrativa ricorre ogniqualvolta la norma attributiva del potere si limiti a conferire alla p.a. la facoltà di agire al fine di realizzare l'interesse pubblico individuato dalla norma stessa, in ossequio al principio di legalità-indirizzo, così demandando in via definitiva alla p.a. la scelta sotto i profili dell'*an*, del *quid*, del *quomodo* o del *quando* della migliore modalità di azione per la realizzazione dell'interesse pubblico, scelta che l'autorità effettua all'esito di una ponderazione di tutti gli interessi coinvolti, pubblici e privati.

Si evince, dunque, come la discrezionalità amministrativa consti di due momenti distinti, uno tipicamente valutativo, consistente nell'apprezzamento comparatistico di tutti gli interessi, ed uno successivo creativo/volitivo, che trova espressione nella scelta operata dalla p.a. alla luce della predetta comparazione, con conseguente enunciazione della regola decisoria del caso concreto.

Ebbene, la predetta discrezionalità, alla luce del principio costituzionale di separazione dei poteri, è insindacabile da parte del G.A. nella misura del merito amministrativo, per tale intendendosi l'opportunità di scelta, valutata e valutabile esclusivamente dalla p.a.; al contrario, la discrezionalità amministrativa può essere oggetto di scrutinio giurisdizionale – soltanto – laddove contrasti con il principio di ragionevolezza.

La discrezionalità tecnica, invece, consiste in valutazioni di natura tecnica che la p.a. compie utilizzando concetti tecnico-giuridici indeterminati ed applicandoli discrezionalmente.

Dal punto di vista strutturale, la discrezionalità tecnica presuppone esclusivamente l'applicazione di regole tecniche e si risolve, pertanto, nel solo momento valutativo, al netto di una ponderazione comparata di interessi, con conseguente difetto del momento volitivo: sarebbe pertanto più corretto discorrere di "valutazione tecniche".

Quanto alle modalità di sindacato, superata una fase embrionale in cui veniva indebitamente assimilata alla discrezionalità amministrativa, con conseguente preclusione di scrutinio giurisdizionale, la giurisprudenza ha iniziato ad operare una progressiva erosione dello schermo di insindacabilità della discrezionalità tecnica, culminata nella storica sentenza del Consiglio di Stato n. 601/1999, che ha sancito il passaggio da un sindacato giurisdizionale estrinseco, volto a censurare la sola "insostenibilità agli occhi del profano", ad un sindacato giurisdizionale più incisivo.

Più in particolare, si afferma che il G.A., pur non potendosi sostituire alla p.a., può sempre censurarne le valutazioni tecniche che risultino inattendibili, dal momento che è soltanto la c.d. opportunità – *i.e.* la valutazione dell'interesse pubblico – e, *mutatis mutandis*, la c.d. opinabilità ad attenere all'ambito del merito amministrativo e ad essere, quindi, insindacabile.

Così come la discrezionalità amministrativa è sindacabile laddove la scelta discrezionale effettuata violi il principio di ragionevolezza, parimenti "*il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi in base [...] alla verifica diretta dell'attendibilità delle soluzioni tecniche (individuate dall'amministrazione), sotto il profilo della loro correttezza relativamente al criterio tecnico ed al esito applicativo*" (Cons. di Stato, n. 601/1999).

Non è, quindi, l'opinabilità degli apprezzamenti tecnici espressi dalla p.a. che ne comporta la sottoposizione al sindacato giurisdizionale, bensì la inattendibilità del criterio tecnico utilizzato.

In definitiva, il sindacato cui è chiamato il G.A. concerne la c.d. ragionevolezza tecnica della scelta amministrativa, non la sua condivisibilità: sovente infatti l'autorità giudiziaria ri-

corre alla nomina di un CTU al fine di valutare se la scelta amministrativa sia tecnicamente irragionevole, con il corollario per cui, in presenza di molteplici soluzioni ordinariamente opinabili, ma al contempo tutte tecnicamente attendibili, al giudice è precluso qualsivoglia sindacato, dovendo prevalere la scelta tecnica effettuata dalla p.a.. In particolare, con riguardo alla fattispecie dedotta in giudizio, il Consiglio di Stato non ha ravvisato alcuna irrazionalità della scelta tecnica effettuata dal MIUR.

Dunque, la decisione in commento, ponendosi in linea di ideale continuità ermeneutica con il consolidato orientamento pretorio, ribadisce l'assoluta centralità, nella ricostruzione del rapporto tra p.a. e G.A., del principio di separazione dei poteri, che se impedisce a quest'ultimo il sindacato sulla discrezionalità tecnica effettuata dalla p.a., non gli preclude peraltro uno scrutinio non sostitutivo, laddove risulti manifestamente irrazionale.

Suddivisione dell'appalto in lotti

(Cons. di Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8440)

“[L]’art. 51 d.lgs 50/2016 prescrive la divisione in lotti al fine di favorire l’accesso alle piccole e medie imprese prevedendo, al contempo, la possibilità di evitare tale suddivisione a seguito di una motivazione articolata che giustifichi la scelta operata. Tale disposizione prevede che le “...stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell’appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l’effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. È fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l’applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l’aggregazione artificiosa degli appalti”.

[...] [S]econdo la giurisprudenza di questa Sezione, l’art. 51 del d.lgs. 50/2016, letto in combinazione con le disposizioni della direttiva 24/2014/UE (art. 46 e i considerando 59 e 78) non comporta l’obbligo per la stazione appaltante di ripartire la gara in lotti modulandoli necessariamente in modo da garantire l’accesso delle PMI.

L’art. 46 della direttiva 2014/24/UE dispone che “Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di aggiudicare un appalto sotto forma di lotti separati e possono determinare le dimensioni e l’oggetto dei tali lotti”; l’attenzione espressa dalla direttiva all’accesso alle gare da parte delle PMI che si ravvisa nei considerando n. 2, 59, 78 e 124 [...] non implica il venir meno della discrezionalità della stazione appaltante nella scelta di suddividere la gara in lotti e nella determinazione dell’oggetto e delle loro dimensioni [...]. Se il considerando 59 stigmatizza la tendenza delle stazioni appaltanti all’aggregazione della domanda da parte di committenti pubblici al fine di perseguire economie di scala e professionalità nella gestione degli appalti, e auspica il controllo su tali determinazioni al fine di evitare collusioni ed eccessiva concentrazione del potere di acquisto, perseguendo la trasparenza, la concorrenza e l’accesso al mercato per le PMI, nondimeno il considerando 78 dopo aver affermato che “È opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI” e fatto rinvio al “Codice europeo di buone pratiche per facilitare l’accesso delle PMI agli appalti pubblici”, ha poi statuito in modo chiaro che “L’entità e l’oggetto dei lotti dovrebbero essere determinati liberamente dall’amministrazione aggiudicatrice...”; “l’amministrazione aggiudicatrice dovrebbe avere il dovere di esaminare se sia appropriato suddividere gli appalti in lotti mantenendo la facoltà di decidere autonomamente sulla base di qualsiasi motivo ritenga rilevante, senza essere soggetta a supervisione amministrativa o giudiziaria. Se l’amministrazione aggiudicatrice decide che non è appropriato suddividere l’appalto in lotti, la relazione individuale o i documenti di gara dovrebbero contenere un’indicazione dei principali motivi della scelta dell’amministrazione aggiudicatrice. Tali motivi potrebbero, per esempio, consistere nel fatto che l’amministrazione aggiudicatrice ritiene che tale suddivisione possa rischiare di limitare la concorrenza o di rendere l’esecuzione dell’appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico o troppo costosa, ovvero che l’esigenza di coordinare i diversi operatori economici per i lotti possa rischiare seriamente di pregiudicare la corretta esecuzione dell’appalto”.

11.2 – Da questo rapido richiamo alle disposizioni contenute nella direttiva 2014/24/UE si confermano i principi espressi dalla giurisprudenza della Sezione, in precedenza richiamati:

- la suddivisione in lotti non è obbligatoria; è incentivata dalla direttiva per consentire l'accesso al mercato delle PMI, ma le amministrazioni aggiudicatrici possono derogarvi sulla scorta di una congrua motivazione ed una ragionevole ed equilibrata ponderazione degli interessi in gioco;

- in caso di frazionamento le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a dimensionare i lotti a misura delle PMI; il considerando 78 e l'art. 46 della direttiva riconoscono alle stazioni appaltanti la libertà di decidere l'oggetto e la dimensione dei lotti; il considerando 78, infine, prevede esemplificativamente ipotesi nelle quali è giustificata la mancata ripartizione in lotti;

- tale principio si applica, analogicamente, anche ai casi in cui, per le caratteristiche intrinseche dell'appalto ed, in particolare, per la sua complessità, non è concretamente ipotizzabile un frazionamento in lotti tale da consentire la partecipazione in via autonoma (senza cioè ricorrere a RTI ovvero al subappalto) delle PMI. [...]

Come già rilevato non si rinviene né nella normativa nazionale né nella direttiva 24/2014/UE l'obbligo di suddividere l'appalto in lotti e di dimensionare i lotti in modo da garantire la partecipazione alle PMI; la stazione appaltante può motivatamente decidere di bandire una gara unica, ovvero provvedere al suo frazionamento ove ciò sia maggiormente rispondente all'interesse pubblico.

Ciò che viene richiesto è il rispetto del solo obbligo di motivazione in ordine alla scelta effettuata; tale principio è connaturale all'esercizio dell'attività discrezionale da parte di una pubblica amministrazione e comporta la sindacabilità di tale scelta da parte del giudice amministrativo”.

Nota di Beatrice Valeria Fernicola

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in epigrafe, affronta il principio della suddivisione in lotti degli appalti pubblici.

In via preliminare, per chiarezza espositiva, pare opportuno richiamare l'art. 51 del D. lgs 50/2016 (Codice dei Contratti pubblici) rubricato “suddivisione in lotti”, il quale statuisce che al fine di consentire l'accesso al mercato alle piccole e medie imprese le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti e li dimensionano a misura di PMI. Tale previsione è volta all'attuazione della direttiva n. 24/2014/UE.

Infatti, la direttiva poc'anzi indicata ha lo scopo di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, più precisamente al punto n. 78 è previsto che: *«È opportuno che gli appalti pubblici siano adeguati alle necessità delle PMI [...] A tal fine e per rafforzare la concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero in particolare essere incoraggiate a suddividere in lotti i grandi appalti. Tale suddivisione potrebbe essere effettuata su base quantitativa, facendo in modo che l'entità dei singoli appalti corrisponda meglio alla capacità delle PMI, o su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti, per adattare meglio il contenuto dei singoli appalti ai settori specializzati delle PMI o in conformità alle diverse fasi successive del progetto».*

Il Consiglio di Stato nella sentenza *de qua* richiama le statuizioni più recenti e importanti in materia (*ex multis* Consiglio di Stato Sez. V, 7 febbraio 2020, n. 973; Consiglio di Stato Sez.

III, 12 febbraio 2020, n. 1076), le quali precisano che la suddivisione in lotti è considerato principio generale, in quanto l'azione dell'amministrazione appaltante deve essere *“diretta a favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese; tale principio, come recepito dall'art. 51 D. lgs 50/2016, non costituisce peraltro una regola inderogabile: la norma consente alla stazione appaltante di derogarvi per giustificati motivi, che devono essere puntualmente espressi nel bando o nella lettera di invito, essendo il precetto della ripartizione in lotti funzionale alla tutela della concorrenza.”* Tale orientamento sul punto risulta ormai consolidato.

Dalle argomentazioni appena esposte si desume che tale principio benché generale non è regola inderogabile, perché al contrario si realizzerebbe un'ingiustificata diminuzione della discrezionalità amministrativa.

Pertanto è certamente escluso che il principio della suddivisione degli appalti in lotti possa essere elevato a principio assoluto. Giacché il richiamato art. 51 del D. lgs 50/2016, al secondo periodo del comma 1, prevede infatti che: *“le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139»*.

In altre parole, già dal tenore letterale della summenzionata norma è possibile affermare che sussiste in capo alla stazione appaltante discrezionalità sulla scelta di suddividere o meno l'appalto in lotti.

A tal proposito, va chiarito che la stazione appaltante può decidere di non dividere l'appalto, di dividerlo in lotti a misura di PMI, ma può altresì dividerlo in lotti di misura elevata, non dimensionati a misura di PMI, ove tale scelta risponda all'esigenza di tutela dell'interesse pubblico, purché tale scelta sia corredata dalla congrua motivazione prevista.

Inoltre occorre tener in conto che la suddivisione in lotti, in considerazione dell'oggetto dell'appalto, non sempre è ipotizzabile, non essendo sempre idonea alla realizzazione dello scopo che si intende perseguire con il bando di gara. Si pensi, ad esempio, al caso in cui la suddivisione in lotti renderebbe l'esecuzione dell'appalto eccessivamente difficile dal punto di vista tecnico.

In estrema sintesi, dunque, come precisato dai Giudici di Palazzo Spada, nella sentenza che ci occupa, la decisione di dividere in lotti un appalto resta una scelta saldamente ancorata a valutazioni di carattere tecnico-economico, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 25).

La motivazione fornita dalla stazione appaltante deve risultare, in ogni caso, coerente con il bilanciamento degli interessi pubblici e privati coinvolti nel procedimento ed è sindacabile in sede giurisdizionale, ma solo sotto il profilo della proporzionalità, della ragionevolezza e dell'adequazione istruttoria. (Consiglio di Stato sez. V, 6 marzo 2017, n. 1038).

L'agire amministrativo della stazione appaltante risulta legittimo e conforme al modello legale, come specificato dal Consiglio di Stato (Consiglio di Stato sez. III, 29 novembre 2018, n. 5534), se nel bando di gara o nella lettera d'invito siano chiariti in maniera precisa e puntuale: – l'osservanza dell'obbligo di motivazione mediante congrua illustrazioni delle ragioni sottese alla suddivisione in lotti concretamente disposta; – la verifica della logicità e plausibilità delle stesse, in rapporto all'interesse pubblico perseguito in concreto.

Infine, la motivazione non deve essere intesa assolutamente come un mero adempimento formale.

L'onere posto a carico della stazione appaltante non può essere assolto indicando genericamente le ragioni sottese alla mancata suddivisione in lotti, ma deve indicare puntualmente le ragioni economiche idonee a giustificare l'affidamento unitario dell'appalto, o comunque la suddivisione operata in caso di frazionamento non a misura di PMI.

Alla stregua di quanto innanzi esposto, in base al richiamato quadro normativo e giurisprudenziale, è possibile affermare che la suddivisione in lotti, benché incentivata al fine di consentire l'accesso sul mercato delle PMI, non è inderogabile.

Tutela del bene culturale e valutazione discrezionale dell'amministrazione

(Cons. di Stato, sez. I, 30 novembre 2020, parere n. 1958)

“4.1. Per comprendere la nozione di “*bene culturale*” occorre far riferimento agli articoli 2, 10 e 11 d.lgs. 42/2004, codice dei beni culturali e del paesaggio; in base all’articolo 2, comma 2, sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà.

[...]

Ai sensi dell’articolo 12, comma 1 – come modificato dalla l. 124/2017 – per i beni indicati dall’articolo 10, comma 1, che siano opera di autore non più vivente e la cui esecuzione risale ad oltre 70 anni, vige una presunzione di interesse culturale e sono sottoposti alle disposizioni di tutela fino a quando non sia stata effettuata la relativa verifica.

[...]

Emerge [...] la differenza tra la verifica di culturalità ai sensi dell’articolo 12 del codice e la dichiarazione ai sensi del successivo articolo 13 perché [...] la motivazione del provvedimento di tutela non deve dar conto della presenza di un interesse particolarmente importante, interesse questo che deve invece caratterizzare la cosa oggetto di dichiarazione di bene culturale che appartiene a privati. In altri termini, perché la verifica dell’articolo 12 d.lgs. n. 42 del 2004 si concluda nel senso della conferma della qualità di bene culturale di una cosa, è sufficiente che si dimostri che questa possieda un interesse culturale (“senza aggettivazioni”, come dice la relazione di accompagnamento al Codice), non già quell’interesse qualificato ricavabile dalla locuzione interesse particolarmente importante (articolo, 10, comma 3, lett. a, b e d) o eccezionale interesse (articolo 10, comma 3, lett. c, d-*bis*, e).

[...]

4.2. La valutazione che compie l’Autorità in ordine al valore culturale del bene da sottoporre a tutela è, dunque, una valutazione discrezionale, si tratta, in particolare, della discrezionalità tecnica [...].

[...]

[...] [C]on tale concetto s’intende fare riferimento al tipo di valutazione che viene posta in essere dalla pubblica amministrazione quando l’esame di fatti o situazioni deve essere effettuato mediante ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico.

[...]

Si parla di discrezionalità proprio per indicare che tali giudizi, ancorché compiuti alla stregua di regole della scienza e della tecnica, restano opinabili, ciò in quanto l’applicazione della norma tecnica non determina un risultato univoco, posto che molte discipline tecniche e scientifiche non sono scienze esatte.

Occorre chiarire però che l’opinabilità del risultato è cosa diversa sia dalla discrezionalità amministrativa sia dalla scelta che afferisce al merito amministrativo [...].

[...]

La discrezionalità tecnica si riferisce, infatti, al momento conoscitivo ed implica un giudizio e non una scelta, non manifestazione di volontà, che può tuttavia giungere in un momento successivo.

In origine la discrezionalità tecnica era equiparata al merito e, pertanto, si riteneva insindacabile [...]. Questo perché, all'epoca, il giudice amministrativo era considerato "giudice dell'atto" e doveva limitarsi a controllarne la legittimità, senza poter esprimere il giudizio tecnico [...].

Successivamente, il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica venne ammesso entro i limiti del sindacato della discrezionalità amministrativa.

Ancora dopo, grazie all'opera della giurisprudenza amministrativa [...], il sindacato giurisdizionale sugli accertamenti tecnici è stato svolto in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì attraverso la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo.

[...]

Ammesso, in linea di principio, questo sindacato, detto intrinseco, si è posto il problema della sua intensità. [...]. Da un lato, il sindacato forte che comporta la prevalenza della valutazione tecnica sviluppata nel processo su quella effettuata dall'autorità amministrativa ed è pertanto un sindacato che può arrivare a sostituire la valutazione fatta dall'amministrazione con quella del giudice; dall'altro, il sindacato debole, diretto a censurare solo le valutazioni tecniche che appaiono inattendibili in ragione della violazione delle corrispondenti "regole tecniche" [...].

[...]

Oggi [...] il sindacato del giudice amministrativo [...] è limitato al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali e di quello di eccesso di potere per manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà ovvero se fondato su di un altrettanto palese e manifesto travisamento dei fatti".