

Un anno di sentenze
2021-2022

Diritto Amministrativo

a cura di

Rossella Bartiromo, Davide Gambetta, Aniello Iervolino



Giappichelli

Un anno di sentenze
2021-2022

Diritto Amministrativo



Un anno di sentenze
2021-2022

Diritto Amministrativo

a cura di

Rossella Bartiromo, Davide Gambetta, Aniello Iervolino



Giappichelli

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 979-12-211-5430-6

Pubblicato nel mese di giugno 2023.

Indice

ADUNANZA PLENARIA

L'onere di ripristino e smaltimento dei rifiuti ricade sulla curatela fallimentare (Cons. St., Ad. Plen., 26 gennaio 2021, n. 3)	9
Istanza di accesso: è insufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive (Cons. St., Ad. Plen., 13 marzo 2021, n. 4)	13
Nota di Alisia Mercurio	15
Gli effetti del giudicato civile di rigetto della domanda di risarcimento del danno per l'equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato dalla pubblica amministrazione (Cons. St., Ad. Plen., 9 aprile 2021, n. 6)	18
Nota di Pierandrea Fulgenzi	23
Responsabilità da ritardo nella conclusione del procedimento e sopravvenienze normative (Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7)	26
Nomina del Commissario ad acta e possibilità di provvedere da parte della P.A. (Cons. St., Ad. Plen., 25 maggio 2021, n. 8)	30
L'escludibilità da una gara dell'operatore economico che ha presentato domanda di concordato in bianco (Cons. di Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 9)	32
Nota di Francesco Anastasi	38
La sostituzione del mandatario o del mandante di un RTI nella fase di gara (Cons. St., Ad. Plen. 27 maggio 2021, n. 10)	41
Nota di Amalia Pastore	46
Prestazioni già eseguite e revisione dei prezzi in caso di interdittiva antimafia (Cons. St., Ad. Plen., 6 agosto 2021, n. 14)	50
Nota di Federica Faleri	52
Termini di prescrizione per la transazione relativa al risarcimento danni da trasfusione di sangue infetto (Cons. St., Ad. Plen., 5 novembre 2021, n. 16)	55
Nota di Chiara Mattei	57
Circa la configurabilità dell'affidamento del privato sul legittimo esercizio del pubblico potere e circa il risarcimento in caso di aggiudicazione di appalto revocata (Cons. St., Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21)	60
Nota di Gianpiero Gaudiosi	63

Legittimazione ad agire e interesse al ricorso per l'impugnazione di titolo edilizio rilasciato a terzi	
(Cons. St., Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22)	67
Nota di Serena Cosentino	69
La sostituzione della mandante e della mandataria consentite anche in fase di gara	
(Cons. St., Ad. Plen., 25 gennaio 2022, n. 2)	72
Nota di Paolo Felix Iurich	75
Amministratori e soci non sono legittimati a impugnare l'interdittiva antimafia dell'impresa	
(Cons. St., Ad. Plen., 28 gennaio 2022, n. 3)	78
Accesso agli atti in relazione a cartelle di pagamento: non è sufficiente rilasciare l'estratto di ruolo	
(Cons. St., Ad. Plen., 14 marzo 2022, n. 4)	80
Nota di Matteo Tofanelli	82
Circa il potenziale conflitto di interessi derivante dalla commistione tra esercizio della professione medica e attività di dispensazione dei farmaci	
(Cons. St., Ad. Plen., 14 aprile 2022, n. 5)	85
Irregolarità sanabile di un ricorso privo di firma digitale e decorrenza dei termini per il deposito	
(Cons. St., Ad. Plen., 21 aprile 2022, n. 6)	89
Nota di Alessandra Coppola	91
La Plenaria sull'escussione della garanzia provvisoria	
(Cons. St., Ad. Plen., 26 aprile 2022, n. 7)	95
La dichiarazione necessaria per l'accertamento dell'illegittimità a fini risarcitori ex art. 34 comma 3 c.p.a.	
(Cons. St., Ad. Plen., 3 luglio 2022, n. 8)	99
Assegno ad personam e componenti laici del CSM	
(Cons. St., Ad. Plen., 5 agosto 2022, n. 10)	103
Incidenza della sospensione feriale sul calcolo del termine lungo di impugnazione delle sentenze	
(Cons. St., Ad. Plen., 3 settembre 2022, n. 11)	106
Natura del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana e conflitti di competenza	
(Cons. St., Ad. Plen., 13 settembre 2022, n. 13)	109

L'instaurazione o ripresa del procedimento disciplinare a seguito di una sentenza penale definitiva. (Cons. St., Ad. Plen, 13 settembre 2022, n. 14)	112
Valutazione delle offerte tecniche e attribuzione del punteggio da parte della commissione (Cons. St., Ad. Plen., 14 dicembre 2022, n. 15)	117
Qualifica di insegnante conseguita in un Paese UE: limiti e termini della verifica da parte dell'Italia (Cons. St., Ad. Plen. 29 dicembre 2022, n. 22)	121

CGUE

L'art. 83 del d.lgs. 50/2016 non è, in parte, conforme alla normativa europea (Corte GUE, sez. IV, 28 aprile 2022, C-642/20, Skatteverket c/ DSAB Destination Stockholm AB)	126
--	-----

CONSIGLIO DI STATO

Al giudice ordinario la decadenza da consigliere del CSM per raggiungimento del limite di età (Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2021, n. 215)	130
Ristrutturazione edilizia e nuova costruzione (Cons. St., sez. VI, 13 gennaio 2021, n. 423)	132
L'atto d'obbligo è elemento accidentale del titolo edilizio che lo ingloba (Cons. St., sez. II, 19 gennaio 2021, n. 579)	134
Nota di Alessandra Scaffidi	136
Assegnazione della sede di servizio ai vincitori di concorso pubblico: deroga al principio del rispetto dell'ordine di graduatoria per i soggetti in possesso dei requisiti di cui all'art. 33, comma 3, L. 104/1992 (Cons. St., sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1331)	138
Nota di Luigi Nicola Carafa	140
Diritto di accesso e nesso di strumentalità (Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2021, n. 1492)	143
Nota di Maddalena Anna Chirico	144

In merito alla libera scelta del medico di fiducia (Cons. St., sez. III, 23 febbraio 2021, n. 1555)	146
Concessione di pubblico servizio, principio di invariabilità del canone e rischio della domanda (Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2021, n. 2426)	148
Nota di Gianpiero Gaudiosi	149
Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra PP.AA. (Cons. St., sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)	152
Nota di Anna De Vito	154
Silenzio-assenso in relazione ai piani di lottizzazione a iniziativa privata (Cons. St., sez. IV, 15 aprile 2021, n. 3114)	156
Motivazione: integrazione in corso di giudizio (Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385)	157
Nota di Manuela Trombetta	158
Lottizzazione abusiva: decorso del tempo e affidamento (Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2021, n. 4281)	161
Nota di Noel Libera	163
Limiti dimensionali alla relazione allegata all'offerta tecnica (Cons. St., sez. III, 8 giugno 2021, n. 4371)	166
Vincolo indiretto e tutela della “cornice ambientale” (Cons. St., sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4923)	167
Nota di Riccardo D'Ercole	169
VIA, VAS e valutazione della c.d. “opzione zero” (Cons. St., sez. II, 1 settembre 2021, n. 6152)	171
Nota di Beatrice Valeria Fernicola	173
La sindacabilità della delibera del Consiglio dei Ministri nei procedimenti di VIA (Cons. St., sez. IV, 27 settembre 2021, n. 6473)	176
Nota di Maria Carmela Capra	176
La differenza tra avvalimento operativo ed avvalimento di garanzia (Cons. di St., sez. IV, 7 ottobre 2021, n. 6711)	179
La stabilizzazione del personale precario nella pubblica amministrazione (Cons. St., sez. VI, 26 novembre 2021, n. 7911)	180
Nota di Agostino Sabatino	181
Discrezionalità della commissione esaminatrice nei concorsi a professore universitario	

(Cons. St., sez. VI, 26 novembre 2021, n. 7917)	185
La necessaria qualificazione giuridica per l'impugnazione degli atti di gara (Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2021, n. 8232)	187
Nota di Santa Carucci	188
Sull'esclusione di una candidata in stato di gravidanza (Cons. St., sez. II, 24 dicembre 2021, n. 8578)	190
Nota di Agostino Sabatino	192
L'equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello previsto dalla legge di gara (Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2022, n. 65)	195
La giurisdizione del G.A. nel caso di diniego del subappalto (Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2022, n. 171)	197
In merito alla verifica del rispetto dei criteri ambientali minimi (Cons. St., sez. III, 21 gennaio 2022, n. 397)	199
Il soccorso istruttorio quale espressione del 'giusto procedimento' (Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2022, n. 1308)	201
Nota di Mariarita Cupersito	202
Il tracciamento del divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e di esecuzione (Cons. St., sez. V, 7 marzo 2022, n. 1617)	204
Revocazione di revocazione e riapertura del processo in caso di gravi violazioni processuali (Cons. St., sez. III, 9 marzo 2022, n. 1697)	206
I limiti di età per l'accesso ai pubblici concorsi costituiscono ipotesi eccezionali che devono trovare giustificazione nella specificità delle concrete mansioni svolte (Cons. St., sez. II, 14 marzo 2022, n. 1789)	209
Nota di Salvatore Magra	210
Concorsi a professore universitario: natura dei criteri di valutazione e imparzialità della commissione (Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2022, n. 3445)	214
Legittima la valutazione dei requisiti dell'aggiudicatario operata dal dirigente comunale in sostituzione del RUP (Cons. St., sez. V, 10 maggio 2022, n. 3638)	217
Nota di Paolo Felix Iurich	218
Diniego del permesso di soggiorno per grave pericolosità sociale e bilanciamento con le esigenze familiari (Cons. St., sez. III, 26 maggio 2022, n. 4211)	221

Nota di Alessandra Coppola	222
Il sindacato giurisdizionale sull'aggiudicazione disposta in favore di un o.e. con gravi illeciti professionali (Cons. St., sez. V, 30 maggio 2022 n. 4362)	225
Accordi di cooperazione internazionale, accesso civico (semplice e generalizzato) e segreto di Stato (Cons. St., sez. III, 10 giugno 2022, n. 4735)	227
La rilevanza delle pregresse vicende professionali dichiarate dal concorrente (Cons. St., sez. IV, 14 giugno 2022, n. 4831)	230
Il principio di equivalenza delle offerte (Cons. St., sez. V, 20 giugno 2022 n. 5027)	232
La qualificazione cumulativa dei consorzi stabili (Cons. St., sez. V, 22 agosto 2022 n. 7360)	233
Sull'avvalimento esperenziale (Cons. St., sez. VI, 24 agosto 2022, n. 7438)	236
Bando, disciplinare e capitolato speciale d'appalto: gerarchia differenziata all'interno della complessiva documentazione di gara (Cons. St., sez. V, 30 agosto 2022, n. 7573)	237
Possesso dei requisiti per intero o in misura maggioritaria dalla mandataria di un RTI (CGA Sicilia, sez. giurisdiz., 25 ottobre 2022, n. 1099)	239

CORTE CORTE COSTITUZIONALE

Illegittimità costituzionale di disposizioni regionali che prorogano concessioni demaniali marittime (Corte Cost., 7 luglio 2021, n. 139)	242
Nota di Francesco Anastasi	243

TAR

Paesaggio agrario e vincoli paesaggistici: “vincolare tutto per non tutelare nulla”? (T.A.R. Lazio - Roma, sez. II <i>quater</i> , 27 gennaio 2021, n. 1080)	246
---	-----

Sanzionabile disciplinarmente il militare che invii fotografie in divisa tramite applicazioni (T.A.R. Emilia Romagna - Bologna, sez. I, 18 febbraio 2021, n. 124)	248
I presupposti dell'indennizzo da mero ritardo nella conclusione dei procedimenti amministrativi (T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, 12 aprile 2021, n. 2346)	250
Nota di Danilo Marchese	250
Illegittimità dell'esclusione dal concorso per aver introdotto una matita (T.A.R. Lazio – Roma, sez. III, 19 aprile 2021, n. 4559)	253
Illegittimo il diniego della RAI all'accesso ad atti o fonti informative prodotti da Report (T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 18 giugno 2021, n. 7333)	255
Nota di Domenico Ciaburri	257
Silenzio assenso ex art. 17-bis, L. 241/1990 su parere della Soprintendenza ai beni paesaggistici (T.A.R. Campania - Salerno, sez. II, 23 giugno 2021, n. 1542)	261
Nota di Maddalena Anna Chirico	263

ADUNANZA PLENARIA

L'onere di ripristino e smaltimento dei rifiuti ricade sulla curatela fallimentare

Argomento: rifiuti

(Cons. St., Ad. Plen., 26 gennaio 2021, n. 3)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“[...] La questione posta all’esame di questa Adunanza plenaria consiste nello stabilire se, a seguito della dichiarazione di fallimento, perdano giuridica rilevanza gli obblighi cui era tenuta la società fallita ai sensi dell’art. 192 [...].

Ritiene l’Adunanza che la presenza dei rifiuti in un sito industriale e la posizione di detentore degli stessi, acquisita dal curatore dal momento della dichiarazione del fallimento dell’impresa, tramite l’inventario dei beni dell’impresa medesima ex artt. 87 e ss. L.F., comportino la sua legittimazione passiva all’ordine di rimozione.

Nella predetta situazione, infatti, la responsabilità alla rimozione è connessa alla qualifica di detentore acquisita dal curatore fallimentare non in riferimento ai rifiuti (che sotto il profilo economico a seconda dei casi talvolta si possono considerare ‘beni negativi’), ma in virtù della detenzione del bene immobile inquinato (normalmente un fondo già di proprietà dell’imprenditore) su cui i rifiuti insistono e che, per esigenze di tutela ambientale e di rispetto della normativa nazionale e comunitaria, devono essere smaltiti).

Conseguentemente, ad avviso dell’Adunanza, l’unica lettura del decreto legislativo n. 152 del 2006 compatibile con il diritto europeo, ispirati entrambi ai principi di prevenzione e di responsabilità, è quella che consente all’Amministrazione di disporre misure appropriate nei confronti dei curatori che gestiscono i beni immobili su cui i rifiuti prodotti dall’impresa cessata sono collocati e necessitano di smaltimento.

3. Tale conclusione si fonda innanzitutto sulle disposizioni dello stesso decreto legislativo n. 152-2006.

Come è noto, al generale divieto di abbandono e di deposito incontrollato di rifiuti si riconnettono gli obblighi di rimozione, di avvio al recupero o smaltimento e di ripristino dello stato dei luoghi in capo al trasgressore e al proprietario, in solido, a condizione che la violazione sia ad almeno uno di essi imputabile secondo gli ordinari titoli di responsabilità, anche per condotta omissiva, colposa nei limiti della esigibilità, o dolosa.

Nell’ottica del diritto europeo (che non pone alcuna norma esimente per i curatori), i rifiuti devono comunque essere rimossi, pur quando cessa l’attività, o dallo stesso imprenditore che non sia fallito, o in alternativa da chi amministra il patrimonio fallimentare dopo la dichiarazione del fallimento.

L’art. 3, par. 1 punto 6, della direttiva n. 2008/98/CE definisce, infatti, il detentore, in contrapposizione al produttore, come la persona fisica o giuridica che è in possesso dei rifiuti (rectius: dei beni immobili sui quali i rifiuti insistono).

Non sono pertanto in materia rilevanti le nozioni nazionali sulla distinzione tra il possesso e la detenzione: ciò che conta è la disponibilità materiale dei beni, la titolarità di un titolo giuridico che consenta (o imponga) l'amministrazione di un patrimonio nel quale sono compresi i beni immobili inquinati.

[...] Per le finalità perseguite dal diritto comunitario, quindi, è sufficiente distinguere il soggetto che ha prodotto i rifiuti dal soggetto che ne abbia materialmente acquisito la detenzione o la disponibilità giuridica, senza necessità di indagare sulla natura del titolo giuridico sottostante.

4. Peraltro, per la disciplina comunitaria (art. 14, par. 1, della direttiva n. 2008/98/CE), i costi della gestione dei rifiuti sono sostenuti dal produttore iniziale o dai detentori del momento o ancora dai detentori precedenti dei rifiuti.

Questa regola costituisce un'applicazione del principio "chi inquina paga" (v. il 'considerando' n. 1 della citata direttiva n. 2008/98/CE), nel cui ambito solo chi non è detentore dei rifiuti, come il proprietario incolpevole del terreno su cui gli stessi siano collocati, può, in definitiva, invocare la cd. 'esimente interna' prevista dall'art. 192, comma 3, del d.lgs. n. 152 del 2006.

La curatela fallimentare, che ha la custodia dei beni del fallito, tuttavia, anche quando non prosegue l'attività imprenditoriale, non può evidentemente avvantaggiarsi dell'esimente di cui all'art. 192, lasciando abbandonati i rifiuti risultanti dall'attività imprenditoriale dell'impresa cessata.

Nella qualità di detentore dei rifiuti, sia secondo il diritto interno, ma anche secondo il diritto comunitario (quale gestore dei beni immobili inquinati), il curatore fallimentare è perciò senz'altro obbligato a metterli in sicurezza e a rimuoverli, avviandoli allo smaltimento o al recupero.

5. Il rilievo centrale che, nel diritto comunitario, assume la detenzione dei rifiuti risultanti dall'attività produttiva pregressa, a garanzia del principio "chi inquina paga", è, inoltre, coerente con la sopportazione del peso economico della messa in sicurezza e dello smaltimento da parte dell'attivo fallimentare dell'impresa che li ha prodotti.

In altre parole, poiché l'abbandono di rifiuti e, più in generale, l'inquinamento, costituiscono 'diseconomie esterne' generate dall'attività di impresa (cd. "esternalità negative di produzione"), appare giustificato e coerente con tale impostazione ritenere che i costi derivanti da tali esternalità di impresa ricadano sulla massa dei creditori dell'imprenditore stesso che, per contro, beneficiano degli effetti dell'ufficio fallimentare della curatela in termini di ripartizione degli eventuali utili del fallimento.

Seguendo invece la tesi contraria, i costi della bonifica finirebbero per ricadere sulla collettività incolpevole, in antitesi non solo con il principio comunitario "chi inquina paga", ma anche in contrasto con la realtà economica sottesa alla relazione che intercorre tra il patrimonio dell'imprenditore e la massa fallimentare di cui il curatore ha la responsabilità che, sotto il profilo economico, si pone in continuità con detto patrimonio.

6. Né, in senso contrario, assumono rilievo le considerazioni, pur espresse dalla difesa, concernenti l'eventualità che il fallimento sia, in tutto o in parte, incapiente rispetto ai costi della bonifica. Si tratta invero di evenienze di mero fatto, peraltro configurabili anche in ipotesi riferibili a un imprenditore non fallito, o al proprietario del bene o alla stessa amministrazione comunale che, in dissesto o meno, non abbia disponibilità finanziarie adeguate. Ciò che rileva nella presente sede è l'affermazione dell'imputabilità al fallimento dell'obbligo di porre in essere le attività strumentali alla bonifica. In caso di mancanza di risorse, si attiveranno gli strumenti ordinari azionabili qualora il soggetto obbligato (fallito o meno, imprenditore o meno) non provveda per mancanza di idonee risorse. E il Comune, qualora intervenga direttamente esercitando le funzioni inerenti all'eliminazione del pericolo ambientale, potrà poi insinuare

le spese sostenute per gli interventi nel fallimento, spese che godranno del privilegio speciale sull'area bonificata a termini dell'art. 253, comma 2, d.lgs. n. 152-2006.

7. La difesa del Fallimento deduce poi che il curatore potrebbe sempre avvalersi della facoltà riconosciuta dall'art. 42, comma 3, secondo cui "il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può rinunciare ad acquisire i beni che pervengono al fallito durante la procedura fallimentare qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e la loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi". Il curatore potrebbe, così, rinunciare ad acquisire il fondo su cui grava un eventuale onere di bonifica, frustrando gli intenti del Comune.

Tali considerazioni non sono condivisibili, sulla base di due distinte considerazioni.

In primo luogo, l'evenienza prevista da tale art. 42, comma 3, costituisce una mera eventualità di fatto, riguardante la gestione della procedura fallimentare e il ventaglio di scelte accordate dal legislatore al curatore e non incide sul rapporto amministrativo e sui principi in materia di bonifica come sopra rappresentati.

In secondo luogo, e soprattutto, il medesimo comma 3 si riferisce ai beni [...] che entrano a diverso titolo nel patrimonio dell'imprenditore dopo la dichiarazione di fallimento e che sono oggetto di spossessamento: esso comunque comporta che, a seguito della rinuncia del creditore, l'imprenditore stesso gestisca i medesimi beni che restano suoi e comunque non si applica ai casi – quale quello all'esame del Collegio – in cui il bene, cioè l'immobile inquinato, risulti di proprietà dell'imprenditore al momento della dichiarazione del fallimento.

8. Da ultimo occorre rammentare, come ha chiarito l'Adunanza plenaria, con la sentenza n. 10-2019, che in tema di prevenzione il principio "chi inquina paga" non richiede, nella sua accezione comunitaria, anche la prova dell'elemento soggettivo, né l'intervenuta successione.

Al contrario, la direttiva n. 2004/35/CE configura la responsabilità ambientale come responsabilità (non di posizione), ma, comunque, oggettiva; il che rappresenta un criterio interpretativo per tutte le disposizioni legislative nazionali.

L'Adunanza plenaria ha in particolare ritenuto che le misure introdotte con il decreto legislativo n. 22-1997 (c.d. "decreto Ronchi"), ed ora disciplinate dagli artt. 239 ss. del codice di cui al d.lgs. n. 152 del 2006, hanno nel loro complesso una finalità di salvaguardia del bene-ambiente rispetto ad ogni evento di pericolo o danno, ed è assente ogni matrice di sanzione dell'autore.

Entro questi termini, la bonifica costituisce uno strumento pubblicistico teso non a monetizzare la diminuzione del relativo valore, ma a consentirne il recupero materiale.

Ne discende che nella bonifica emerge la funzione di reintegrazione del bene giuridico leso propria della responsabilità civile, che evoca il rimedio della reintegrazione in forma specifica ex art. 2058 c.c., previsto per il danno all'ambiente dall'art. 18, comma 8, L. n. 349-1986.

Tale impostazione è coerente, d'altra parte, con la giurisprudenza comunitaria, da ultimo espressa con la sentenza della Corte di giustizia UE, sez. II, 13 luglio 2017, C-129/16, Ungheria c. Commissione europea secondo cui: "Le disposizioni della direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, lette alla luce degli articoli 191 e 193 TFUE devono essere interpretate nel senso che, sempre che la controversia di cui al procedimento principale rientri nel campo di applicazione della direttiva 2004/35, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, esse non ostano a una normativa nazionale che identifica, oltre agli utilizzatori dei fondi su cui è stato generato l'inquinamento illecito, un'altra categoria

di persone solidamente responsabili di un tale danno ambientale, ossia i proprietari di detti fondi, senza che occorra accertare l'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta dei proprietari e il danno constatato, a condizione che tale normativa sia conforme ai principi generali di diritto dell'Unione, nonché ad ogni disposizione pertinente dei Trattati UE e FUE e degli atti di diritto derivato dell'Unione”.

Pertanto, la responsabilità della curatela fallimentare - nell'eseguire la bonifica dei terreni di cui acquisisce la detenzione per effetto dell'inventario fallimentare dei beni (come è già stato messo in luce), ex artt. 87 e ss. L.F. - può analogamente prescindere dall'accertamento dell'esistenza di un nesso di causalità tra la condotta e il danno constatato.

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

- ricade sulla curatela fallimentare l'onere di ripristino e di smaltimento dei rifiuti di cui all'art. 192 d.lgs. n. 152-2006 e i relativi costi gravano sulla massa fallimentare”.

Istanza di accesso: è insufficiente un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive

Argomento: accesso agli atti

(Cons. St., Ad. Plen., 13 marzo 2021, n. 4)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“[...] [L]a 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), della l. n. 241 del 1990), in modo tale da ancorare il giudizio sull’interesse legittimante a due parametri fissi, rigidi e predeterminati quanto al loro contenuto obiettivo.

17. La “corrispondenza” circoscrive esattamente l’interesse all’accesso agli atti in senso «*corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata*».

17.1. L’unico interesse legittimante all’accesso difensivo sarà quello che corrisponderà in modo diretto, concreto ed attuale alla cura o anche difesa in giudizio di tali predeterminate fattispecie, in chiave strettamente difensiva.

17.2. Tale ultimo aspetto, più in particolare, è chiarito dal secondo dei parametri al quale si è fatto cenno, e cioè quello riguardante il c.d. “collegamento”.

17.3. Il legislatore ha ulteriormente circoscritto l’oggetto della situazione legittimante l’accesso difensivo rispetto all’accesso “ordinario”, esigendo che la stessa, oltre a corrispondere al contenuto dell’astratto paradigma legale, sia anche collegata al documento al quale è chiesto l’accesso (art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990), 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.

18. Questa esigenza è soddisfatta, sul piano procedimentale, dal successivo art. 25, comma 2, della l. n. 241 del 1990, ai sensi del quale «*la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata*».

18.1. 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.), così da 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.

[...] [Q]uesta Adunanza plenaria ha 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, poiché l’ostensione del documento passa attraverso un rigoroso vaglio circa l’appena descritto nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale controversa

[...] Ai fini del bilanciamento tra il diritto di accesso difensivo, preordinato all'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale in senso lato, e la tutela della riservatezza (nella specie, cd. finanziaria ed economica), secondo la previsione dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990, non trova applicazione né il criterio della stretta indispensabilità (riferito ai dati sensibili e giudiziari) né il criterio dell'indispensabilità e della parità di rango (riferito ai dati cc.dd. supersensibili), ma il criterio generale della "necessità" ai fini della "cura" e della "difesa" di un proprio interesse giuridico, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza, a condizione del riscontro della sussistenza dei presupposti generali, di cui si è detto, dell'accesso documentale di tipo difensivo.

20. Se così è [...] è chiaro che il collegamento tra la situazione legittimante e la documentazione richiesta, richiesto da questa Adunanza plenaria, impone un'attenta analisi della motivazione che la pubblica amministrazione ha adottato nel provvedimento con cui ha accolto o, viceversa, respinto l'istanza di accesso.

20.1. Soltanto attraverso l'esame di questa motivazione è infatti possibile comprendere se questo collegamento, nel senso sopra precisato, esista effettivamente e se l'esigenza di difesa rappresentata dall'istante prevalga o meno sul contrario interesse alla riservatezza nel delicato bilanciamento tra i valori in gioco.

20.1. La pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione o allo stesso giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso.

20.2. Un diverso ragionamento reintrodurrebbe nella disciplina dell'accesso difensivo e, soprattutto, nella sua pratica applicazione limiti e preclusioni che, invece, non sono contemplati dalla legge, la quale ha già previsto, come si è detto, adeguati criteri per valutare la situazione legittimante all'accesso difensivo e per effettuare il bilanciamento tra gli interessi contrapposti all'ostensione del documento o alla riservatezza.

20.3. Certamente, se l'istanza di accesso sia motivata unicamente, ai sensi dell'art. 25, comma 2, della l. n. 241 del 1990, con riferimento ad esigenze difensive di un particolare giudizio e il giudice di quella causa si sia già pronunciato sull'ammissibilità o, addirittura, sulla rilevanza del documento nel giudizio già instaurato, la pubblica amministrazione e, in sede contenziosa ai sensi dell'art. 116 c.p.a., il giudice amministrativo dovranno tenere conto di questa valutazione, sul piano motivazionale, ma sempre e solo per valutare la concretezza e l'attualità del bisogno di conoscenza a fini difensivi, nei termini si è detto, e non già per sostituirsi *ex ante* al giudice competente nella inammissibile e impossibile prognosi circa la fondatezza di una particolare tesi difensiva, alla quale la richiesta di accesso sia preordinata, salvo, ovviamente, il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990.

20.4. Si possono quindi affermare in sintesi i seguenti principi di diritto:

a) in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della l. n. 241 del 1990 si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare;

b) la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono invece svolgere *ex ante* alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla l. n. 241 del 1990".

Nota a cura di Alisia Mercurio.

Il Consiglio di Stato, in sede di Adunanza Plenaria, torna ad affrontare il tema dell'accesso difensivo, precisandone i limiti.

La vicenda da cui trae origine la pronuncia in esame riguarda una società commerciale detentrica di un immobile in locazione, la quale, nell'ambito di una causa civile instaurata per far accertare che la cessione delle quote del predetto immobile costituiva una vendita simulata realizzata allo scopo di eludere il suo diritto di prelazione, presenta all'Agenzia delle Entrate un'istanza di accesso finalizzata ad ottenere copia di alcuni documenti relativi alla posizione fiscale dei controinteressati per produrli nel giudizio civile.

L'Agenzia rigetta l'istanza sull'assunto per cui la possibilità di acquisire, al di fuori del processo, documenti amministrativi dei quali il richiedente intenda avvalersi in giudizio costituisce una "elusione delle norme sull'acquisizione delle prove" e una "lesione del diritto di difesa" della controparte.

Il diniego è confermato anche a seguito di invito della Commissione ministeriale per l'accesso adita, dopo il primo diniego, dalla società affittuaria richiedente. In tale caso, l'Agenzia afferma anche che i documenti a lei trasmessi nell'esercizio delle proprie funzioni istituzionali di vigilanza e controllo in materia finanziaria e tributaria sarebbero sottratti all'accesso per ragioni di tutela della riservatezza del soggetto cui afferiscono. Di conseguenza, potrebbero essere resi accessibili solo se strettamente indispensabili per l'esercizio del diritto di difesa.

Contro tale diniego la società presenta ricorso al Tar, il quale ritiene di condividere la tesi dell'applicabilità delle norme sull'accesso anche alle istanze presentate in pendenza di causa civile e relative a documenti da produrre in quella sede e accoglie il ricorso.

A seguito di appello avverso tale sentenza, la IV sezione del Consiglio di Stato rimette la questione all'Adunanza plenaria. Nell'ordinanza di rimessione, richiama i principi affermati dalla stessa Adunanza Plenaria nelle sentenze nn. 19 e 20 del 2020 sulla concorrenza e alternative tra accesso documentale difensivo e poteri istruttori del giudice civile e giunge ad osservare che l'amministrazione e il giudice dovrebbero operare lo stesso tipo di valutazione sull'ammissibilità e rilevanza della prova con l'unica differenza che solo il giudice dovrebbe porsi il problema del rispetto di eventuali preclusioni processuali maturate.

L'Adunanza Plenaria n. 19/2020 aveva affermato che 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 c.p.c.

Per rispondere ai quesiti posti dall'ordinanza di rimessione, l'Adunanza Plenaria ribadisce innanzitutto quanto già statuito nelle sentenze nn. 19, 20 e 21 del 25 settembre 2020, precisando che la disciplina dell'accesso dettata dalla Legge n. 241/1990 si ispira ad alcuni principi.

In primo luogo, l'art. 24, comma 7, richiede la sussistenza del solo requisito della necessità dell'accesso ai fini della cura e della difesa in giudizio dei propri interessi giuridici.

In secondo luogo, ricomprende tra i destinatari tutti i soggetti privati, inclusi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi senza alcuna ulteriore esclusione.

In terzo luogo, circoscrive le qualità dell'interesse legittimante l'accesso a quelle ipotesi che garantiscono la piena corrispondenza tra la situazione giuridicamente tutelata e i fatti di cui la stessa fattispecie si compone.

Precisamente, la legge richiede la sussistenza dei canoni della immediatezza, concretezza e attualità (art. 22, comma 1, lett. b): "... *interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*").

Dunque, per quanto concerne il criterio del "collegamento", il legislatore ha stabilito che la situazione legittimante l'accesso difensivo sia collegata al documento di cui è chiesta l'ostensione, in modo da evidenziare in maniera diretta ed inequivoca il "nesso di strumentalità" tra la situazione soggettiva finale e la documentazione richiesta.

E proprio al fine di consentire all'amministrazione detentrica del documento di vagliare la sussistenza del predetto nesso di strumentalità necessaria, l'art. 25, comma 2, della l. n. 241/1990 prevede che la richiesta di accesso sia motivata, mentre la stessa Adunanza plenaria "*ha 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*".

Per quanto concerne il bilanciamento tra l'interesse all'accesso difensivo dell'istante e la tutela della riservatezza del controinteressato, il Consiglio di Stato richiama la disciplina dettata dall'art. 24 della l. n. 241/90 che prevede al comma 1 le ipotesi di esclusione legale dal diritto di accesso (per esempio, documenti coperti da segreto di Stato).

Al comma 6, invece, prevede una esclusione demandata ad un regolamento governativo con cui possono essere individuati casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi, tra cui, ai sensi della lett. d), "*quando i documenti riguardano la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorchè i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono*".

Infine, al comma 7, prevede una esclusione basata su un bilanciamento tra gli interessi contrapposti e improntato ai criteri della necessità, della indispensabilità e della parità di grado.

In particolare, per i "dati sensibili" definiti dall'art. 9 del Regolamento n. 2016/679/UE (origine razziale o etnica, opinioni politiche, convinzioni religiose o filosofiche, appartenenza sindacale, dati biometrici) e per i dati giudiziari di cui al successivo art. 10 (dati personali relativi a condanne penali e ai reati o a connesse misure di sicurezza) l'ostensione è consentita nei limiti in cui sia strettamente indispensabile per la cura e la difesa degli interessi giuridici dell'istante.

Per i "dati supersensibili" di cui all'art. 60 del D. Lgs. n. 196/2003 (dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona) è necessario dimostrare l'esistenza di un interesse di pari rango che giustifichi l'ostensione.

Nel caso di specie, invece, vengono in rilievo dati personali rientranti nella tutela della riservatezza finanziaria ed economica, per i quali, ai sensi del comma 7 dell'art. 24 della L. n. 241/1990, non trovano applicazione i criteri sopra citati della stretta indispensabilità e della parità di rango, ma *“il criterio generale della necessità ai fini della cura e della difesa di un proprio interesse giuridico, ritenuto dal legislatore tendenzialmente prevalente sulla tutela della riservatezza a condizione del riscontro della sussistenza dei presupposti generali dell'accesso difensivo, di cui si è detto”*.

A questo punto l'Adunanza Plenaria specifica che sia la pubblica amministrazione detentrica del documento, sia il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a. non devono svolgere alcuna ultronea valutazione sulla influenza o sulla decisività del documento richiesto nel giudizio instaurato, poiché tale valutazione compete solo al giudice investito della questione, salvo il caso in cui sia evidente una assoluta mancanza di collegamento tra la documentazione di cui è chiesta l'ostensione e le esigenze difensive legittimanti la richiesta. In altre parole, solo al giudice di quella particolare causa compete la valutazione sull'ammissibilità o sulla rilevanza del documento nel giudizio innanzi a esso instaurato, e non anche alla pubblica amministrazione o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, altrimenti sarebbero introdotti limiti e preclusioni non previsti dalla legge, la quale, come si è ampiamente detto, ha già stabilito adeguati criteri per valutare la situazione legittimante l'accesso e per operare il bilanciamento tra il diritto all'ostensione del documento e il diritto alla riservatezza.

In definitiva, i principi di diritto affermati dalla pronuncia in esame sono i seguenti:

“a) in materia di accesso difensivo ai sensi dell'art. 24, comma 7, della L. n. 241 del 1990 si deve escludere che sia sufficiente nell'istanza di accesso un generico riferimento a non meglio precisate esigenze probatorie e difensive, siano esse riferite a un processo già pendente oppure ancora instaurando, poiché l'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare;

b) la pubblica amministrazione detentrica del documento e il giudice amministrativo adito nel giudizio di accesso ai sensi dell'art. 116 p.a. non devono invece svolgere ex ante alcuna ultronea valutazione sull'ammissibilità, sull'influenza o sulla decisività del documento richiesto nell'eventuale giudizio instaurato, poiché un simile apprezzamento compete, se del caso, solo all'autorità giudiziaria investita della questione e non certo alla pubblica amministrazione detentrica del documento o al giudice amministrativo nel giudizio sull'accesso, salvo il caso di una evidente, assoluta, mancanza di collegamento tra il documento e le esigenze difensive e, quindi, in ipotesi di esercizio pretestuoso o temerario dell'accesso difensivo stesso per la radicale assenza dei presupposti legittimanti previsti dalla L. n. 241 del 1990”.

Gli effetti del giudicato civile di rigetto della domanda di risarcimento del danno per l'equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato dalla pubblica amministrazione

Argomento: giudicato

(Cons. St., Ad. Plen., 9 aprile 2021, n. 6)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“Gli appellanti chiedono pertanto, in riforma dell’impugnata sentenza, previo accertamento dell’illegittima occupazione delle aree in questione, la condanna delle amministrazioni appellate «al risarcimento del danno in forma specifica attraverso il rilascio del terreno, previa rimessione in pristino, ed alla corresponsione ai ricorrenti dei danni conseguenti alla illegittima occupazione» [...]

All’esito dell’udienza pubblica del 9 luglio 2020 la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, investita della causa d’appello, ha pronunciato l’ordinanza n. 6531/2020, con la quale, ai sensi dell’art. 99, comma 1, cod. proc. amm., ha rimesso la causa all’Adunanza plenaria sulle seguenti questioni:

«a) se – in caso di occupazione illegittima, a fronte di un giudicato civile di rigetto della domanda di risarcimento del danno per l’equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato, formatosi con una sentenza emessa quando vi era la prassi nazionale che dava rilievo alla ‘occupazione appropriativa’ o ‘accessione invertita’ – sia precluso l’esercizio attuale dell’azione di risarcimento del danno in forma specifica attraverso il rilascio dei terreni, previa rimessione in pristino;

b) in caso positivo, se l’effetto preclusivo derivante dal giudicato civile di rigetto della domanda di risarcimento del danno, per l’equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato, sia subordinato alla sussistenza in tale pronuncia (e nel dispositivo) della formale, chiara e univoca statuizione costitutiva sul trasferimento del bene in favore dell’Amministrazione in base alla ‘occupazione appropriativa’ ovvero se a tali fini sia sufficiente che – in motivazione – la pronuncia abbia unicamente (eventualmente anche per implicito) fatto riferimento a tale istituto per giungere al rigetto della domanda risarcitoria;

c) come possa influire sull’esito del giudizio il principio, per il quale – nel caso di occupazione senza titolo del terreno occupato dall’amministrazione – si applica sul piano sostanziale l’art. 42-bis d.P.R. n. 327/2001, con la conseguente possibilità ormai riconosciuta dalla giurisprudenza di disporre la conversione della domanda nel corso del giudizio, e dunque di ritenere ammissibile il rimedio di tutela da esso previsto, basato sulla diversità della causa petendi e del petitum (riferibili a posizioni di interesse legittimo correlativo al potere di acquisizione) rispetto alle domande di risarcimento o di restituzione (riferibili alla tutela del diritto di proprietà in quanto tale);

d) per il caso in cui ritenga che gli appellanti sono ancora proprietari del bene (aventi pertanto titolo a chiedere l’emanazione del provvedimento discrezionale previsto dall’art. 42-bis d.P.R. n. 327/2001), se –

nel caso di emanazione dell'atto di acquisizione – l'Autorità debba disporre unicamente il pagamento del controvalore del terreno e non anche ulteriori importi a titolo di risarcimento del danno, in considerazione del giudicato civile, che a suo tempo ha respinto la domanda risarcitoria (sia pure per equivalente)».

5.1 La Sezione premette che la questione dirimente ai fini della decisione, preliminare alla individuazione dei legittimati passivi delle richieste oggetto del giudizio, attiene alla rilevanza del giudicato civile di rigetto formatosi sulla domanda di risarcimento per equivalente ed alla efficacia dello stesso rispetto alla domanda di risarcimento in forma specifica, intentata successivamente dinanzi al giudice amministrativo.

La Sezione rimettente rileva che la soluzione della questione presuppone:

- per un verso, la corretta definizione del rapporto tra le due forme di tutela esperite nei due giudizi, quali azioni distinte e autonome ovvero quali modalità alternative di attuazione dell'unitaria obbligazione risarcitoria (tenendo altresì conto dei principi affermati dall'Adunanza plenaria con le sentenze nn. 2, 3 e 4 del 2020, circa la possibilità di convertire – anche in sede d'appello – la domanda di restituzione, basata sulla lesione del diritto di proprietà, nella domanda di applicazione dell'art. 42-bis d.P.R. n. 327/2001, basata sulla lesione dell'interesse legittimo pretensivo disciplinato da tale disposizione);

- per altro verso, l'individuazione degli effetti delle novità normative, nonché del cambiamento dell'orientamento giurisprudenziale sviluppatosi sulle forme di tutela esperibili avverso l'occupazione *sine titulo* di immobili da parte della pubblica amministrazione, per individuare se la domanda formulata in primo grado sia «nuova» rispetto a quella decisa dal giudice civile, il che dovrebbe ritenersi determinante per verificare se nel caso di specie sia ravvisabile una res iudicata preclusiva della medesima domanda di primo grado.

La Sezione rileva altresì che tale questione va inquadrata nell'ambito della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato che, in linea di principio, ha nettamente rimarcato come – a seguito dapprima dell'introduzione dell'art. 43, e poi dell'art. 42-bis, del d.P.R. n. 327/2001 – il proprietario, in assenza di un provvedimento di acquisizione, può sempre agire per la restituzione del bene, sia con riferimento alle fattispecie successive all'entrata in vigore del d.P.R. n. 327/2001 che in relazione alle fattispecie pregresse, poiché il citato testo unico non consente più di dare seguito nell'ordinamento nazionale – e nella sede della ormai prevista giurisdizione amministrativa esclusiva – alla prassi più volte censurata dalla Corte EDU [...] Più in generale, si tratta di risolvere la questione, se e in presenza di quali presupposti il giudicato civile di rigetto, per intervenuta prescrizione del diritto fatto valere in giudizio, di una domanda di risarcimento (per equivalente) dei danni da perdita della proprietà sul suolo per effetto dell'occupazione illegittima e della trasformazione irreversibile del bene da parte della pubblica amministrazione, in applicazione dell'istituto (ormai superato) di creazione giurisprudenziale della cd. occupazione acquisitiva, precluda l'esercizio di un'azione di risarcimento in forma specifica diretta alla restituzione dell'*eadem res* previa rimessione in pristino, quale quella esperita nel caso di specie dinanzi al TAR per la Sardegna con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Ulteriore tematica da affrontare – ancorché non rilevante ai fini della decisione della presente causa, ma pur sempre da esaminare da questa Adunanza plenaria nell'esercizio della funzione nomofilattica, attesa la stretta connessione con l'oggetto delle questioni deferite con l'ordinanza di rimessione – è se siffatto giudicato civile precluda, o meno, l'esercizio di un'azione reale di rivendicazione del bene, oppure, ancora, l'esercizio di un'azione ex artt. 31 e 117 cod. proc. amm. avverso il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di provvedere ai sensi dell'art. 42-bis d.P.R. n. 327/2001[...].

La posizione della giurisprudenza, condivisa da questa Adunanza plenaria per preminenti ragioni di economia processuale e di garanzia della certezza e stabilità dei rapporti giuridici, è, invero, attestata su una concezione estensiva dei limiti oggettivi del giudicato, per cui il giudicato sostanziale (art. 2909 Cod. civ.) – che, in quanto riflesso di quello formale (art. 324 Cod. proc. civ.), fa stato ad ogni effetto fra le parti, i loro eredi o aventi causa, relativamente all'accertamento di merito, positivo o negativo, del diritto controverso – si forma su tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, compresi gli accertamenti in fatto e in diritto, i quali rappresentino le premesse necessarie e il fondamento logico-giuridico della pronuncia finale, spiegando, quindi, la sua autorità non solo sulla situazione giuridica soggettiva fatta valere con la domanda giudiziale (cd. giudicato esplicito), ma estendendosi agli accertamenti che si ricollegano in modo inscindibile con la decisione e ne formano il presupposto, così da coprire tutto quanto rappresenta il fondamento logico-giuridico della statuizione finale (cd. giudicato implicito). Pertanto, l'accertamento su una questione di fatto o di diritto costituente la premessa necessaria e il motivo portante della decisione divenuta definitiva, quando sia comune ad una causa introdotta posteriormente inter partes, preclude il riesame della questione, anche se il giudizio successivo abbia finalità diverse da quelle del primo [...].

In particolare, il giudicato implicito si estende anche alla questione pregiudiziale di merito rispetto ad altra di carattere dipendente su cui si sia formato il giudicato esplicito, senza che a tal fine sia necessaria la proposizione, in via principale o riconvenzionale, di una domanda di parte volta a trasformare la questione pregiudiziale in causa pregiudiziale ai sensi dell'art. 34 Cod. proc. civ. (v. Cass. civ., Sez. 3, 15 maggio 2018, n. 11754), allorché la seconda sia legata alla prima da un nesso di dipendenza così indissolubile da non poter essere decisa senza la preventiva decisione di quella pregiudiziale, avente ad oggetto un antecedente giuridico necessitato in senso logico dalla decisione e potenzialmente idoneo a riprodursi fra le stesse parti in relazione ad ulteriori e distinte controversie. Ciò, a condizione che dalla sentenza emerga che gli aspetti del rapporto su cui verte la questione pregiudiziale abbiano formato oggetto di una valutazione effettiva, il che, ad esempio, è da escludere allorché la decisione sia stata adottata in applicazione del cd. 'primato della ragione più liquida' e la soluzione della causa sia basata su una o più questioni assorbenti, oppure si sia in presenza di un obiter dictum privo di relazione causale con il *decisum* [...]

Giova sin d'ora precisare che l'individuazione, in modo più o meno estensivo, dell'oggetto del processo e del giudicato si riflette, oltre che su una serie di altri istituti processuali (quali la litispendenza, la continenza, la competenza, la connessione, il regime delle impugnazioni, ecc.), anche su quello della modificazione della domanda (nelle forme della *mutatio* e, rispettivamente, della *emendatio libelli*), nel senso che, quanto più si estendono i limiti oggettivi del giudicato, tanto più ampia dovrà essere concepita la facoltà di modifica delle domande in corso di giudizio [...]

In tale prospettiva, la qui condivisa concezione estensiva dei limiti oggettivi del giudicato su un piano generale appare senz'altro coerente con il principio richiamato nell'ordinanza di rimessione, per il quale – nel caso di occupazione illegittima del terreno da parte dell'amministrazione – si applica sul piano sostanziale l'art. 42-bis d.P.R. n. 327/2001, con la conseguente possibilità di convertire la domanda nel corso del giudizio e quindi di ritenere ammissibile il rimedio di tutela da esso previsto, sebbene basato sulla diversità della *causa petendi* e del *petitum* (riferibili a una posizione di interesse legittimo correlativo al potere di acquisizione) rispetto alle domande di risarcimento o di restituzione (riferibili alla tutela del diritto di proprietà in quanto tale) proposte in origine.[...]

7.2 Procedendo in applicazione delle evidenziate coordinate ermeneutiche alla individuazione dei limiti oggettivi del giudicato formatosi sulla sentenza n. 2860/2006 del Tribunale ordinario di Cagliari, si osserva che:

- nel percorso motivazionale di detta sentenza, la statuizione di rigetto della domanda di risarcimento per equivalente del danno da perdita della proprietà, per intervenuta prescrizione quinquennale, si fonda sulla ricostruzione della fattispecie dedotta in giudizio a sostegno della pretesa risarcitoria in termini di cd. occupazione acquisitiva; [...]

- l'accertamento – effettivo e specifico – del perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva costituisce, nell'iter motivazionale della sentenza civile all'esame, un passaggio logico necessario per qualificare l'occupazione illegittima e la trasformazione irreversibile del bene come illecito istantaneo (ad effetti permanenti) ed individuare il dies a quo del termine di prescrizione quinquennale alla data di scadenza del termine dell'occupazione legittima (nella specie, scaduto il 1° settembre 1983), essendo la realizzazione dell'opera pubblica intervenuta in pendenza di tale termine [...];

- la statuizione finale di reiezione della domanda di risarcimento per equivalente dei danni da perdita della proprietà [...], per prescrizione quinquennale (non risultando intervenuto alcun atto interruttivo prima della notificazione dell'atto di citazione in data 24 giugno 1999), contenuta nella sentenza passata in giudicato, trova pertanto il suo antecedente logico necessario nell'accertato perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva e dei relativi effetti, di estinzione della proprietà sul suolo in capo all'originaria proprietaria (costituente l'evento lesivo integrante l'illecito) e di acquisizione della proprietà sullo stesso bene in capo all'amministrazione costruttrice dell'opera pubblica (costituente un effetto lecito, eziologicamente non dipendente dall'illecito che costituisce un mero antecedente storico, ma ricollegato alla situazione di realizzazione dell'opera pubblica con la conseguente non restituibilità del suolo in essa incorporato e l'accessione del suolo all'opera pubblica realizzata), e nella correlata qualificazione dell'illecito generatore dell'obbligazione risarcitoria come illecito istantaneo;

- il giudicato si è dunque formato, oltre che sull'inesistenza del diritto al risarcimento dei danni perché estinto per prescrizione (oggetto immediato della statuizione finale), anche sul perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva e sui relativi effetti, di estinzione della proprietà sul suolo in capo all'originaria proprietaria e di acquisizione della proprietà sullo stesso bene in capo all'amministrazione costruttrice, in quanto antecedenti logici necessari della statuizione finale.

[...] Concludendo sul punto, deve ritenersi che nel caso di specie il giudicato civile si sia formato sia sull'inesistenza del diritto al risarcimento dei danni perché estinto per prescrizione, sia sul regime proprietario del bene conseguente all'accertato perfezionamento della cd. occupazione acquisitiva.

7.3 Passando all'esame dell'effetto preclusivo scaturente da tale giudicato sulla domanda risarcitoria in forma specifica proposta nel presente giudizio, occorre premettere, in punto di qualificazione dell'azione restitutoria/riparatoria qui esercitata, che gli odierni appellanti sin dalle conclusioni del ricorso dinanzi al TAR, riproposte in appello, hanno chiesto la condanna delle amministrazioni resistenti «al risarcimento del danno in forma specifica attraverso il rilascio dei terreni, previa rimessione in pristino», con ciò in modo chiaro e univoco proponendo azione (di natura personale e obbligatoria) di risarcimento dei danni in forma specifica ai sensi dell'art. 2058 Cod. civ., e non già azione (di natura reale e petitoria) di rivendicazione ex art. 948 Cod. civ..

[...] 7.3.1 Sotto un profilo strettamente processuale e procedurale, deve ritenersi che l'azione esercitata nel presente giudizio sia stata proposta ai sensi degli artt. 30, commi 1, 2 e 6, e 34, comma 1, lettera c),

Cod. proc. amm., nell'ambito della giurisdizione esclusiva attribuita al giudice amministrativo dall'art. 133, comma 1, lettera g), Cod. proc. amm., secondo cui spettano alla cognizione del giudice amministrativo tutte le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere da parte delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, quali che siano i diritti (reali o personali) fatti valere nei confronti di quest'ultima, nonché la natura (reipersecutoria/ripristinatoria o risarcitoria) della pretesa avanzata.

7.3.2 Quanto al rapporto tra l'azione di risarcimento in forma specifica (esercitata nel presente giudizio) e l'azione di risarcimento dei danni per equivalente (respinta con il giudicato civile), si osserva che si tratta di due rimedi in rapporto di concorso alternativo, diretti all'attuazione dell'unico diritto alla reintegrazione della sfera giuridica lesa che trova la sua fonte nella medesima fattispecie di illecito, con la particolarità che l'effetto programmato dalla norma al verificarsi della fattispecie si determina, nel suo specifico contenuto, con riguardo alla scelta compiuta dal titolare circa l'una o l'altra forma di tutela.

Per consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, formatasi in sede di giurisdizione esclusiva con specifico riferimento a fattispecie di occupazione illegittima del bene da parte della pubblica amministrazione, i due rimedi costituiscono mezzi concorrenti alternativi a tutela dell'unico diritto al risarcimento dei danni, tant'è che è consentita la scelta in corso di giudizio per una delle due modalità, qualificata come ammissibile emendatio libelli anziché come vietata mutatio [...].

Quindi, pur completandosi la fattispecie multipla con la proposizione della domanda e con l'opzione esercitata dall'attore a favore dell'una o dell'altra forma di tutela, il diritto rimane unico, come unica rimane la posizione giuridica sostanziale fatta valere in giudizio, con la conseguenza che il giudicato di rigetto della prima domanda (nella specie, quella di risarcimento per equivalente respinta dal Tribunale ordinario di Cagliari con la sentenza n. 22860/2006) preclude una nuova azione sulla seconda (nella specie, quella di risarcimento in forma specifica, proposta nel presente giudizio). Pertanto, sotto tale angolo visuale l'effetto preclusivo si è formato in ragione della circostanza che sull'unico diritto al risarcimento dei danni, scaturente dal medesimo fatto illecito, si è già deciso e si è ormai formato il giudicato di rigetto fondato sul motivo portante, comune ad entrambi i rimedi, dell'estinzione per prescrizione dell'unico diritto al risarcimento dei danni.

[...] 7.9 Alla luce delle considerazioni tutte sopra svolte, in risposta ai primi due quesiti deferiti all'Adunanza plenaria, riportati sopra sub §§ 5.a) e 5.b), devono essere formulati i seguenti principi di diritto:

«(i) *In caso di occupazione illegittima, a fronte di un giudicato civile di rigetto della domanda di risarcimento del danno per l'equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato dalla pubblica amministrazione, formatosi su una sentenza irrevocabile contenente l'accertamento del perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva, alle parti e ai loro eredi o aventi causa è precluso il successivo esercizio, in relazione al medesimo bene, sia dell'azione (di natura personale e obbligatoria) di risarcimento del danno in forma specifica attraverso la restituzione del bene previa rimessione in pristino, sia dell'azione (di natura reale, petitoria e reipersecutoria) di rivendicazione, sia dell'azione ex artt. 31 e 117 Cod. proc. amm. avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di provvedere ai sensi dell'art. 42-bis d.P.R. n. 327/2001.*

(ii) *Ai fini della produzione di tale effetto preclusivo non è necessario che la sentenza passata in giudicato contenga un'espressa e formale statuizione sul trasferimento del bene in favore dell'amministrazione, essendo sufficiente che, sulla base di un'interpretazione logico-sistematica della parte-motiva in combinazione con la parte-dispositiva della sentenza, nel caso concreto si possa ravvisare un accertamento, anche implicito, del perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva e*

dei relativi effetti sul regime proprietario del bene, purché si tratti di accertamento effettivo e costituente un necessario antecedente logico della statuizione finale di rigetto».

Nota a cura di Pierandrea Fulgenzi.

In un caso di procedimento ablatorio avviato dalla PA con una formale Dichiarazione di Pubblica Utilità, ma mai concluso con l'adozione di un provvedimento di esproprio, ci si domanda se il giudicato civile che abbia respinto la domanda di risarcimento del danno per equivalente pecuniario sia preclusivo della successiva proposizione, da parte del privato, di una domanda finalizzata alla restituzione del fondo – ovvero della formulazione di una rinuncia abdicativa, attraverso la conclusione di un contratto traslativo, secondo lo schema dell'art. 42-*bis* D.P.R. 327/2001 – dinanzi al G.A.

Il caso di specie trae origine da un giudicato civile di rigetto della domanda di risarcimento del danno per equivalente formatosi quando ancora la giurisprudenza nazionale riconosceva il fenomeno dell'occupazione acquisitiva. Il privato chiedeva il risarcimento del danno per equivalente, ma il G.O. rigettava la domanda, accertando e dichiarando l'intervenuta prescrizione del diritto.

Orbene, a fronte di tale statuizione, la questione è se il privato possa:

- chiedere la restituzione del bene, con un'azione di risarcimento in forma specifica;
- chiedere la restituzione del bene, quale effetto dell'azione di rivendicazione *ex* art. 948 c.c.;
- in caso di inerzia dell'Amministrazione, fare ricorso al G.A. avverso il silenzio inadempimento (artt. 31 e 117 c.p.a.), chiedendo la condanna della P.A. a provvedere e, in caso di inadempimento alla statuizione, fare ricorso per ottemperanza, chiedendo la nomina di un *commissario ad acta*, ai fini dell'applicazione dell'art. 42-*bis* D.P.R. 327/2001.

La sentenza dell'Adunanza Plenaria si concentra sull'individuazione della portata e dei limiti del giudicato che respinge la domanda di risarcimento del danno per equivalente, una volta accertata l'intervenuta prescrizione del diritto, in ragione di una espropriazione acquisitiva posta in essere dalla P.A.

Il giudicato, nella specie, si formava prima del consolidamento della giurisprudenza CEDU (fra le molte, la sentenza sul caso *Carbonara e Ventura* del 30 maggio 2000), sicché non si era in presenza di un contesto giuridico di equiparazione tra occupazione acquisitiva ed occupazione usurpativa e ciò incideva sul *decisum*, poiché l'illecito posto in essere dalla PA non veniva qualificato come permanente, bensì idoneo a generare il fenomeno dell'accessione invertita, con decorrenza della prescrizione dal momento della perpetrazione dell'illecito, ovvero la scadenza dei termini di validità della D.P.U. che nel 1977 aveva generato, a monte, l'occupazione del suolo di proprietà del privato avvenuta nel 1981.

In buona sostanza il G.O. adito nel 1999 si pronunciava, nel 2006, sul diritto al risarcimento del danno per equivalente escludendolo in virtù dell'intervenuta prescrizione, ma per arrivare a tale decisione passava necessariamente attraverso una valutazione della condotta della P.A., qualificandola come occupazione acquisitiva, sicché per quanto vi fosse stata una condotta illecita, il privato non aveva diritto al risarcimento del danno per equivalente, poiché era intervenuta la prescrizione.

Ciò consente di riflettere sulla portata estensiva del giudicato (artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c.), giacché esso, formatosi sull'occupazione acquisitiva, si produce anche sui relativi effetti giuridici della stessa: l'acquisizione a titolo originario della proprietà da parte della P.A., in ragione dell'accessione invertita.

Tale effetto giuridico discende *ipso iure*; pertanto, la decisione assumeva il carattere di sentenza dichiarativa di un effetto diretto della legge.

Non era, quindi, necessaria una statuizione espressa in tema di acquisto della proprietà da parte della P.A., dacché perfezionatosi il procedimento dell'accessione invertita (vera e propria espropriazione sostanziale), ne derivava *ipso iure* l'effetto acquisitivo del fondo appartenente al privato, che non poteva fare altro che domandare il risarcimento del danno per equivalente, in ragione della trasformazione del fondo (nella specie la Regione Sardegna aveva autorizzato, nel 1977, l'Ente Ospedaliero "Ospedale Riuniti" di Cagliari ad occupare d'urgenza i terreni di proprietà del privato, al fine di realizzarvi l'ospedale civile cittadino).

Orbene, il giudicato civile si formava sia sull'inesistenza del diritto al risarcimento del danno per equivalente sia sull'esistenza dell'occupazione acquisitiva.

A distanza di anni dal passaggio in giudicato di tale sentenza (2006), il privato decideva, nel 2018, di ricorrere dinanzi al G.A., tenuto conto che, *medio tempore*, la giurisprudenza della Corte EDU aveva fatto breccia nella giurisprudenza nazionale, essendo venuto meno il riconoscimento generale della fattispecie di origine pretoria dell'accessione invertita, con annessa equiparazione tra occupazione acquisitiva ed occupazione usurpativa, in termini di illecito permanente con decorso della prescrizione che matura *de die in diem*.

Dinanzi al Tar Sardegna – che respingerà la domanda del privato e sulla quale, in seguito, sarà chiamata a pronunciarsi l'Adunanza Plenaria in commento – si ponevano tre sotto-questioni:

- Può il privato proporre azione di risarcimento del danno in forma specifica?
- Che relazione sussiste tra risarcimento in forma specifica ed azione di rivendicazione *ex art. 948 c.c.*?
- In caso di inerzia della P.A. il privato può chiedere ed ottenere dal G.A. una condanna a provvedere da parte dell'Amministrazione ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a. e 42-*bis* D.P.R. 327/2001?

Preso atto del valore del giudicato, nel caso di specie, il Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa ha gioco facile nello stabilire l'assenza di tutela del privato, proprio in ragione del carattere preclusivo del giudicato previamente intervenuto.

Il giudicato esplicito formatosi sulla sentenza del G.O. che ha respinto la domanda risarcitoria per equivalente determina conseguenze preclusive anche nei confronti della domanda risarcitoria in forma specifica proposta innanzi al G.A. per un titolo connesso a quello dedotto dinanzi al G.O. (e, in ogni caso, in relazione alla medesima vicenda sostanziale); nonché preclusivo per l'ottenimento di una sentenza di condanna della P.A. affinché provveda ai sensi e per gli effetti dell'art. 42-*bis* D.P.R. 327/2001.

Risulta evidente come il G.A. non possa accogliere la domanda di risarcimento del danno in forma specifica azionata dal privato, poiché si è in presenza di un giudicato di rigetto della domanda di risarcimento del danno per equivalente. Trattasi di rimedi alternativi che insistono sulla tutela del medesimo diritto al risarcimento del danno. Sebbene quest'ultimo possa essere esercitato in due forme diverse – una volta precluso il risarcimento del danno per equivalente pecuniario, deve considerarsi altrettanto precluso quello in forma specifica (in applicazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale).

Inoltre, sul punto, occorre sottolineare come il giudicato copra anche la fattispecie di occupazione acquisitiva ed i suoi effetti, sicché se la statuizione accerta l'acquisto del diritto di proprietà da parte della P.A., il privato non è più proprietario del bene e non può chiederne la restituzione.

Tale aspetto consente di affermare, altresì, come il privato non possa agire in rivendicazione *ex art. 948 c.c.*, poiché non essendo più proprietario del bene non ha accesso alla tutela *reipersecutoria* e quindi non può perseguire l'effetto giuridico della restituzione del bene.

In ultimo, il privato non può sollecitare il potere doveroso nell'*an* ma discrezionale nel *quomodo* disciplinato nell'*art. 42-bis D.P.R. 327/2001*, giacché questa norma presuppone che la P.A. non sia proprietaria del fondo occupato illecitamente. Sotto questo punto di vista vi è una incompatibilità tra giudicato civile formatosi sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente ed il rimedio della c.d. acquisizione sanante.

Tale istituto presuppone che non vi sia stato acquisto a titolo originario della proprietà da parte della P.A., quindi il privato non può chiedere l'attivazione del medesimo né direttamente all'Amministrazione né, tantomeno, chiedere che il GA emetta una sentenza *ex art. 31 e 117 c.p.a.* affinché tale istituto venga attivato dalla P.A. o da un commissario *ad acta* all'uopo nominato in sede di ottemperanza.

Alla luce di tali argomentazioni l'Adunanza Plenaria formula i seguenti principi di diritto:

*“[...] (i) In caso di occupazione illegittima, a fronte di un giudicato civile di rigetto della domanda di risarcimento del danno per l'equivalente del valore di mercato del bene illegittimamente occupato dalla pubblica amministrazione, formatosi su una sentenza irrevocabile contenente l'accertamento del perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva, alle parti e ai loro eredi o aventi causa è precluso il successivo esercizio, in relazione al medesimo bene, sia dell'azione (di natura personale e obbligatoria) di risarcimento del danno in forma specifica attraverso la restituzione del bene previa rimessione in pristino, sia dell'azione (di natura reale, petitoria e reipersecutoria) di rivendicazione, sia dell'azione *ex artt. 31 e 117 cod. proc. amm.* avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di provvedere ai sensi dell'*art. 42-bis D.P.R. n. 327 del 2001*.”*

(ii) Ai fini della produzione di tale effetto preclusivo non è necessario che la sentenza passata in giudicato contenga un'espressa e formale statuizione sul trasferimento del bene in favore dell'amministrazione, essendo sufficiente che, sulla base di un'interpretazione logico-sistematica della parte-motiva in combinazione con la parte-dispositiva della sentenza, nel caso concreto si possa ravvisare un accertamento, anche implicito, del perfezionamento della fattispecie della cd. occupazione acquisitiva e dei relativi effetti sul regime proprietario del bene, purché si tratti di accertamento effettivo e costituente un necessario antecedente logico della statuizione finale di rigetto [...]”.

Responsabilità da ritardo nella conclusione del procedimento e sopravvenienze normative

Argomento: responsabilità della p.a.

(Cons. St., Ad. Plen., 23 aprile 2021, n. 7)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

"DIRITTO

1. Le questioni *ex art.* 99 cod. proc. amm. su cui l'Adunanza plenaria è chiamata a pronunciarsi concernono la responsabilità dell'amministrazione pubblica per il ritardo nella conclusione del procedimento originato da un'istanza autorizzativa. [...]

3. [...] l'Adunanza plenaria ritiene che la responsabilità in cui incorre l'amministrazione per l'esercizio delle sue funzioni pubbliche sia inquadrabile nella responsabilità da fatto illecito, sia pure con gli inevitabili adattamenti richiesti dalla sua collocazione ordinamentale nei rapporti intersoggettivi, quale risultante dall'evoluzione storico-istituzionale e di diritto positivo che la ha caratterizzata.

4. La responsabilità da inadempimento si fonda, ai sensi dell'art. 1218 cod. civ., sul non esatto adempimento della «prestazione» cui il debitore è obbligato in base al contratto.

Un vincolo obbligatorio di analogia portata non può essere configurato per la pubblica amministrazione che agisca nell'esercizio delle sue funzioni amministrative e quindi nel perseguimento dell'interesse pubblico definito dalla norma attributiva, che fonda la causa giuridica del potere autoritativo. Sebbene a quest'ultimo si contrapponga l'interesse legittimo del privato, la relazione giuridica che si instaura tra il privato e l'amministrazione è caratterizzata da due situazioni soggettive entrambe attive, l'interesse legittimo del privato e il potere dell'amministrazione nell'esercizio della sua funzione. [...]

5. Nel descritto paradigma dei rapporti giuridici interessati dal pubblico potere, lo strumento di tutela elettivo e di carattere generale per l'interesse legittimo è quello dell'azione costitutiva di annullamento dell'atto amministrativo [...].

[...] 6. Tra le forme di tutela ulteriori rispetto a quella di annullamento, già prima della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione 22 luglio 1999, n. 500, ha assunto un ruolo di rilievo la tutela risarcitoria [...].

[...] L'articolo 7, comma 4, della legge n. 205 del 2000 ha poi previsto la risarcibilità del danno in ogni caso di lesione arrecata all'interesse legittimo.

7. Sulla base di tale quadro normativo, è stato dunque introdotto nel diritto pubblico un sistema in cui è devoluto al giudice amministrativo il potere di condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno da illegittimo esercizio del potere pubblico, in una logica eminentemente "rimediale" [...].

[...] 9. Il paradigma cui è improntato il sistema della responsabilità dell'amministrazione per l'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o per il mancato esercizio di quella doverosa, devoluto alla giurisdizione amministrativa, è quello della responsabilità da fatto illecito. [...] Nel descritto quadro l'esercizio della funzione pubblica, manifestatosi tanto con l'emanazione di atti illegittimi quanto con un'inerzia

colpevole, può quindi essere fonte di responsabilità sulla base del principio generale *neminem laedere*: con la normativa sopra richiamata il legislatore ha progressivamente esteso ai casi di illegittimo esercizio del potere pubblico la tutela risarcitoria disciplinata dall'art. 2043 del codice civile [...]

10. Elemento centrale nella fattispecie di responsabilità ora richiamato è quindi l'ingiustizia del danno, da dimostrare in giudizio, diversamente da quanto avviene per la responsabilità da inadempimento contrattuale [...]. Declinata nel settore relativo al «risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi», di cui al sopra citato art. 7, comma 4, cod. proc. amm., il requisito dell'ingiustizia del danno implica che il risarcimento potrà essere riconosciuto se l'esercizio illegittimo del potere amministrativo abbia leso un bene della vita del privato, che quest'ultimo avrebbe avuto titolo per mantenere o ottenere, secondo la dicotomia interessi legittimi oppositivi e pretensivi. Infatti [...] il rapporto amministrativo si caratterizza per l'esercizio unilaterale del potere nell'interesse pubblico, idoneo, se difforme dal paradigma legale e in presenza degli altri elementi costitutivi dell'illecito, a ingenerare la responsabilità aquiliana dell'amministrazione.

[...] 17. Una volta ricondotta la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi al principio del *neminem laedere* positivizzato nell'art. 2043 cod. civ., deve escludersi che, nella individuazione e quantificazione del danno, possa operare il limite rappresentato dalla sua prevedibilità. Assume invece un ruolo centrale il sopra menzionato art. 1223 cod. civ., anch'esso richiamato dall'art. 2056 cod. civ., secondo cui il risarcimento del danno comprende la perdita subita dal creditore (danno emergente) e il mancato guadagno (lucro cessante) «in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta». [...]

19. [...] E' dunque incontrovertibile nel caso di specie che il ritardo ha leso il bene "tempo", che ha dignità di interesse risarcibile ex art. 2-bis l. n. 241 del 1990, se e nella misura in cui, per effetto di tale lesione, si sia prodotto un «danno ingiusto». [...]

20. [...] La questione si sostanzia più precisamente nella possibilità di imputare alla Regione siciliana il mancato accesso al regime tariffario incentivante previsto per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, a causa del sopravvenuto divieto di cui all'art. 65 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1. Il dubbio del giudice rimettente sul punto si incentra in particolare sulla questione se la sopravvenienza normativa costituisca un fattore causale autonomo, in grado di interrompere il nesso di consequenzialità immediata e diretta ex art. 1223 cod. civ. tra la ritardata conclusione dei procedimenti autorizzativi ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso al regime incentivante, o - espresso in altri termini - di configurare il ritardo dell'amministrazione come mera occasione rispetto al pregiudizio patrimoniale lamentato dalla società ricorrente, unitamente agli altri dalla stessa dedotti in giudizio.

21. La questione richiede di precisare innanzitutto che, nell'ambito della dicotomia danno emergente - lucro cessante posta dall'art. 1223 cod. civ., il mancato accesso al regime tariffario incentivante si colloca nel secondo concetto, come peraltro precisato dallo stesso giudice rimettente.

Ciò precisato, l'accertamento del nesso di consequenzialità immediata e diretta del danno con l'evento pone problemi di prova con riguardo al lucro cessante in misura maggiore rispetto al danno emergente. A differenza del secondo, consistente in un decremento patrimoniale avvenuto, il primo, quale possibile incremento patrimoniale, ha di per sé una natura ipotetica. La valutazione causale ex art. 1223 cod. civ. assume pertanto la fisionomia di un giudizio di verosimiglianza (*rectius*: di probabilità), in cui occorre stabilire se il guadagno futuro e solo prevedibile si sarebbe concretizzato con ragionevole grado di probabilità se non fosse intervenuto il fatto ingiusto altrui. [...]

In ragione di ciò il giudice rimettente dovrà valutare ogni elemento rilevante nella presente fattispecie, tra cui il fatto che, rispetto al procedimento di autorizzazione a costruire e gestire impianti di produzione

energetica da fonti rinnovabili, l'accesso alle agevolazioni tariffarie è oggetto di un procedimento amministrativo ulteriore, regolato dai vari "conti energia" in ipotesi applicabili, onde la necessità di svolgere una prognosi sul possibile esito di quest'ultimo.

22. Posta questa premessa, con specifico riguardo alla responsabilità aquiliana da fatto illecito, vi è una disposizione specifica in tema di danno-conseguenza che rimette all'«*equo apprezzamento delle circostanze del caso*» la relativa valutazione (art. 2056, comma 2, cod. civ.). [...] Il che implica, con specifico riferimento alla fattispecie in esame, che non può ritenersi che il danno da lucro cessante, sul piano giuridico, possa equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione.

[...] Occorre in altri termini valutare come operi la sopravvenienza normativa nella sequenza causale produttiva del danno, sul piano –di cui si discorre- della consequenzialità "immediata e diretta".

24. Sul punto l'Adunanza plenaria, ritiene che, con riferimento al periodo di tempo anteriore alla modifica normativa che ha soppresso gli incentivi, non sia revocabile in dubbio che sussista un rapporto di consequenzialità che consente di imputare al ritardo della Regione siciliana il pregiudizio patrimoniale subito dalla società ricorrente a causa del mancato accesso agli incentivi tariffari. La regolarità causale che lega i due eventi –ritardo dell'amministrazione nel provvedere e perdita degli incentivi- non può infatti ritenersi recisa dalla sopravvenienza normativa, per la decisiva considerazione che è stato proprio il ritardo a rendere la sopravvenienza rilevante, come fatto impeditivo per l'accesso agli incentivi tariffari altrimenti ottenibili. Lungi dal porsi come mera "occasione" del pregiudizio, il ritardo ne è stata dunque la causa. Con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre invece stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio sarebbe riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi.

[...] se è vero che, nella dinamica dei rapporti giuridici, la sopravvenienza normativa è in sé un *factum principis*, in grado pertanto di escludere l'imputazione soggettiva delle relative conseguenze pregiudizievoli, nondimeno l'ingiustificato ritardo nel rilascio del provvedimento ingenera – alle condizioni sopra delineate - una responsabilità in capo all'amministrazione coerente con la funzione del termine del procedimento, consistente nel definire un quadro certo relativo ai tempi in cui il potere pubblico deve essere esercitato e dunque è ragionevole per il privato prevedere che sia esercitato. [...]

26. Sulla base di tutto quanto finora considerato possono quindi essere formulati i principi di diritto [...]:
a) la responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi, sia da illegittimità provvedimentale sia da inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, ha natura di responsabilità da fatto illecito aquiliano e non già di responsabilità da inadempimento contrattuale; è pertanto necessario accertare che vi sia stata la lesione di un bene della vita, mentre per la quantificazione delle conseguenze risarcibili si applicano, in virtù dell'art. 2056 cod. civ. – da ritenere espressione di un principio generale dell'ordinamento - i criteri limitativi della consequenzialità immediata e diretta e dell'evitabilità con l'ordinaria diligenza del danneggiato, di cui agli artt. 1223 e 1227 cod. civ.; e non anche il criterio della prevedibilità del danno previsto dall'art. 1225 cod. civ.;

b) con riferimento al periodo temporale nel quale hanno avuto vigenza le disposizioni sui relativi benefici, è in astratto ravvisabile il nesso di consequenzialità immediata e diretta tra la ritardata conclusione del

procedimento autorizzativo ex art. 12 d.lgs. n. 387 del 2003 e il mancato accesso agli incentivi tariffari connessi alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili quando la mancata ammissione al regime incentivante sia stato determinato da un divieto normativo sopravvenuto che non sarebbe stato applicabile se i termini del procedimento fossero stati rispettati;

c) con riferimento al periodo successivo alla sopravvenienza normativa, occorre stabilire se le erogazioni sarebbero comunque cessate, per la sopravvenuta abrogazione della normativa sugli incentivi, nel qual caso il pregiudizio è riconducibile alla sopravvenienza legislativa e non più imputabile all'amministrazione, oppure se l'interessato avrebbe comunque avuto diritto a mantenere il regime agevolativo, in quanto la legge, per esempio, faccia chiaramente salvi, e sottratti quindi all'abrogazione, gli incentivi già in corso di erogazione e fino al termine finale originariamente stabilito per gli stessi;

d) in ogni caso, il danno va liquidato secondo i criteri di determinazione del danno da perdita di chance, ivi compreso il ricorso alla liquidazione equitativa, e non può equivalere a quanto l'impresa istante avrebbe lucrato se avesse svolto l'attività nei tempi pregiudicati dal ritardo dell'amministrazione".

Nomina del Commissario *ad acta* e possibilità di provvedere da parte della P.A.

Argomento: commissario *ad acta*

(Cons. St., Ad. Plen., 25 maggio 2021, n. 8)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“L’Adunanza Plenaria ritiene che l’amministrazione, che è risultata soccombente in sede giurisdizionale, non perda il proprio potere di provvedere, pur in presenza della nomina e dell’insediamento di un commissario *ad acta* al quale è conferito il potere di provvedere per il caso di sua inerzia nell’ottemperanza al giudicato [...], e fino a quando lo stesso non abbia provveduto.

Fino a tale momento, si verifica, dunque, una situazione di esercizio concorrente del potere da parte dell’amministrazione, che ne è titolare *ex lege*, e da parte del commissario, che, per ordine del giudice, deve provvedere in sua vece.

5.1. Come è noto, l’art. 21 del codice del processo amministrativo [...], prevede che “nell’ambito della propria giurisdizione, il giudice amministrativo, se deve sostituirsi all’amministrazione, può nominare come proprio ausiliario un commissario *ad acta*”. [...]

La nomina del commissario *ad acta*, dunque, si fonda su due presupposti normativamente indicati e, precisamente:

- che il giudice debba sostituirsi all’amministrazione;
- che tale circostanza si verifichi nell’ambito della giurisdizione del giudice medesimo, così come definita dalle norme che la attribuiscono.

Tali circostanze, oltre a costituire i presupposti per la nomina del commissario *ad acta*, definiscono anche il perimetro dei compiti del medesimo, che coincide con i confini della giurisdizione del giudice che lo ha nominato e nel cui ambito il commissario agisce.

[...] [I]l commissario *ad acta* svolge compiti ausiliari del giudice “dopo” la decisione, laddove questi, nell’ambito della propria giurisdizione, “deve sostituirsi all’amministrazione”.

[...] Il commissario *ad acta* è, quindi, funzionale all’effettività della tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi nei confronti della pubblica amministrazione, in attuazione degli articoli 24 e 113 Cost., nonché degli articoli 6 e 13 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

La disciplina normativa, nel definire espressamente [...] il commissario *ad acta* quale ausiliario del giudice, esclude, al tempo stesso, che a questi possa essere riconosciuta la natura di organo (straordinario) dell’amministrazione. [...]

Sul piano oggettivo dell’attività concretamente posta in essere, esso agisce in virtù di un potere, normativamente previsto, fondato sull’esigenza dell’attuazione delle decisioni giurisdizionali in quanto funzionali a rendere concreta ed effettiva della tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive.

Ciò comporta che la fonte del potere del commissario ad acta è riconducibile, quanto all'investitura, all'atto di nomina e, quanto al contenuto, alla sentenza (o comunque al provvedimento giurisdizionale della cui esecuzione si tratta).

[...] Se, come si è detto, l'attività del commissario ad acta costituisce attuazione della decisione del giudice, onde rendere effettiva la tutela giurisdizionale costituzionalmente affermata nei confronti della pubblica amministrazione, gli effetti che si imputano all'amministrazione non dipendono da una "sostituzione" nell'esercizio di poteri a questa attribuiti e da essa autonomamente esercitabili, ricorrendone le ragioni di pubblico interesse; né tantomeno ricorre un'ipotesi di trasferimento dei poteri medesimi (dall'amministrazione al commissario).

[...] Il fondamento del potere esercitato dal commissario ad acta non è il medesimo del potere di cui è titolare l'amministrazione, poiché il primo si colloca, come si è detto, nella decisione del giudice, il secondo nella norma che lo attribuisce all'amministrazione; il primo ha la sua "giustificazione funzionale" nell'effettività della tutela giurisdizionale, conferendo alla parte vittoriosa in giudizio quella attribuzione che risulta soddisfattiva della propria posizione giuridica per la cui tutela essa ha agito; il secondo, nella cura dell'interesse pubblico che costituisce, al contempo, fondamento genetico dell'attribuzione e funzionalizzazione dell'esercizio del potere.

[...] Chiarito il rapporto intercorrente tra commissario ad acta ed amministrazione soccombente, occorre ricordare come resti ovviamente fermo il potere della parte vittoriosa di rivolgersi al giudice per ogni doglianza o chiarimento nei confronti degli atti adottati.

8. Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, l'Adunanza Plenaria formula i seguenti principi di diritto:

- a) il potere dell'amministrazione e quello del commissario ad acta sono poteri concorrenti, di modo che ciascuno dei due soggetti può dare attuazione a quanto prescritto dalla sentenza passata in giudicato, o provvisoriamente esecutiva e non sospesa, o dall'ordinanza cautelare fintanto che l'altro soggetto non abbia concretamente provveduto;
- b) gli atti emanati dall'amministrazione, pur in presenza della nomina e dell'insediamento del commissario ad acta, non possono essere considerati di per sé affetti da nullità, in quanto gli stessi sono adottati da un soggetto nella pienezza dei propri poteri, a nulla rilevando a tal fine la nomina o l'insediamento del commissario.
- c) gli atti adottati dal commissario ad acta non sono annullabili dall'amministrazione nell'esercizio del proprio potere di autotutela, né sono da questa impugnabili davanti al giudice della cognizione, ma sono esclusivamente reclamabili, a seconda dei casi, innanzi al giudice dell'ottemperanza, ai sensi dell'art. 114, co. 6, c.p.a. ovvero innanzi al giudice del giudizio sul silenzio, ai sensi dell'art. 117, co. 4, c.p.a.
- d) gli atti adottati dal commissario ad acta dopo che l'amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, ovvero quelli che l'amministrazione abbia adottato dopo che il commissario ad acta abbia provveduto, sono da considerare inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse, a seconda dei casi, al giudice dell'ottemperanza o al giudice del giudizio sul silenzio".

L'escludibilità da una gara dell'operatore economico che ha presentato domanda di concordato in bianco

Argomento: appalti pubblici

(Cons. di Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 9)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“Le questioni poste all’esame dell’adunanza plenaria sono in particolare le seguenti:

“a) Se la presentazione di un’istanza di concordato in bianco ex art. 161, comma 6, legge fallimentare (r.d. n. 267/1942) debba ritenersi causa di automatica esclusione dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, ovvero se la presentazione di detta istanza non inibisca la partecipazione alle procedure per l’affidamento di commesse pubbliche, quanto meno nell’ipotesi in cui essa contenga una domanda pre-notativa per la continuità aziendale;

b) se la partecipazione alle gare pubbliche debba ritenersi atto di straordinaria amministrazione e, dunque, possa consentirsi alle imprese che abbiano presentato domanda di concordato preventivo c.d. in bianco la partecipazione alle stesse gare, soltanto previa autorizzazione giudiziale nei casi urgenti, ovvero se detta autorizzazione debba ritenersi mera condizione integrativa dell’efficacia dell’aggiudicazione;

c) in quale fase della procedura di affidamento l’autorizzazione giudiziale di ammissione alla continuità aziendale debba intervenire onde ritenersi tempestiva ai fini della legittimità della partecipazione alla procedura e dell’aggiudicazione della gara;

d) se le disposizioni normative di cui all’art. 48, commi 17, 18, 19 ter del d.lgs. n. 50/2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire la sostituzione della mandante che abbia presentato ricorso di concordato preventivo c.d. in bianco ex art. 161, comma 6, cit. con altro operatore economico subentrante anche in fase di gara, ovvero se sia possibile soltanto la mera estromissione della mandante e, in questo caso, se l’esclusione del r.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora la mandataria e le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione”.

[...] sulla questione posta con il primo quesito si è registrato un contrasto di orientamenti, puntualmente ripercorso nell’ordinanza di remissione.

L’indirizzo favorevole all’applicabilità anche al concordato in bianco o con riserva della deroga all’art. 80, comma 5, lett. b) del codice dei contratti prevista per il concordato con continuità aziendale (Cons. St., sez. V n. 1328/2020, sez. III n. 1772/2018, sez. VI n. 426/2016, sez. III n. 5519/2015, sez. V n. 6272/2013, sez. IV n. 3344/2014) fa leva sull’effetto prenotativo della domanda di concordato in bianco, in funzione del possibile concordato con continuità aziendale, e sulle finalità anticipatorie e protettive dell’istituto.

L’indirizzo restrittivo, che conduce all’esclusione in via automatica dalla procedura di gara (Cons. St., VI n. 3984/2019, sez. III n. 5966/2018), muove dalla duplice premessa che con la domanda di concordato in bianco il debitore riconosca il venir meno dei propri requisiti di affidabilità e che la partecipazione alla gara sia un atto di straordinaria amministrazione, autorizzabile a mente dell’art. 161, comma 6, solo se

urgente, per poi sottolineare l'incertezza e la fluidità della fase che si apre a seguito della domanda in bianco o con riserva, il che renderebbe tale fattispecie non comparabile con quella del concordato con continuità aziendale in senso proprio, il solo caso peraltro contemplato dall'art. 80, comma 5, lett. b) quale ragione di eccezione alla veduta regola che, in omaggio alla tradizione della contrattualistica pubblica nazionale, dispone altrimenti l'esclusione dell'operatore che si trovi in stato di insolvenza o di crisi, giudicandolo inaffidabile.

4. La soluzione del contrasto impone di riprendere il discorso sul quadro normativo di riferimento, approfondendo ora il rapporto tra le discipline della legge fallimentare e del codice dei contratti.

[...] Poiché il legislatore del codice dei contratti ha riferito testualmente il motivo di esclusione anche agli operatori nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di fallimento, o per le altre situazioni, si è fatta strada negli interpreti l'idea che l'eccezione andasse declinata unicamente in favore degli operatori che fossero già stati ammessi al concordato con continuità aziendale. Un'idea rafforzata dalla lettura dell'art. 110, comma 3 – nel testo applicabile *ratione temporis* – dove la partecipazione alle procedure di affidamento è riferita, oltre che al curatore del fallimento ammesso all'esercizio provvisorio, alla (sola) impresa (già) “ammessa” al concordato con continuità aziendale; e dove per l'impresa che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva si dice(va) solo che “può eseguire i contratti già stipulati”.

5. Stando al complessivo (e innegabilmente complesso) dato testuale ricavabile dal codice dei contratti, nella versione applicabile sempre *ratione temporis*, se ne potrebbe ricavare allora la duplice conclusione per cui la partecipazione a nuove gare sarebbe preclusa non solo a chi ha presentato domanda di concordato in bianco ma, più in generale, in tutti i casi in cui l'operatore che ha presentato domanda di concordato preventivo a norma dell'art. 161 non sia stato ancora ammesso alla procedura. Il che, nei casi di concordato con continuità, non solo condurrebbe al sicuro insuccesso dell'istituto ma contrasterebbe frontalmente con quanto si è sempre letto, in questi anni, all'art. 186 bis, comma 4, dove – come già sottolineato – si dice chiaramente che tra il deposito della domanda e il decreto di apertura della procedura la partecipazione alle gare pubbliche è possibile purché sia autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato (un ulteriore indice, in favore della possibilità di partecipare alle gare anche prima dell'ammissione al concordato, si ricava inoltre dall'art. 5 del DM 31.1.2015 in tema di regolarità contributiva).

[...] In epoca più recente, successivamente all'indizione della gara qui in contestazione, queste distonie (ma v'era chi tra i commentatori aveva parlato, al principio, di vero e proprio corto circuito tra due blocchi normativi) tra il codice dei contratti e la legge fallimentare sono andate riducendosi (come ha osservato anche Corte cost., n. 85/2020 al punto 4.2.1), se è vero che l'art. 80, comma 5, lett. b) fa ora (di nuovo) testuale rinvio all'art. 186 bis della legge fallimentare (come già prima era avvenuto con l'art. 38 del vecchio codice) e quindi anche al suo comma 4; e che l'art. 110 è stato riscritto in occasione dell'adozione proprio del codice della crisi d'impresa (ad opera dell'art. 372 di tale codice), prevedendosi che alle imprese che hanno depositato domanda di concordato con riserva si applichi l'art. 186 bis della legge fallimentare e che per la partecipazione alle gare, tra il momento di tale domanda e quello del decreto di ammissione, sia sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto. Dove il primo periodo, nel fare rinvio all'art. 186 bis, ha una valenza di chiarimento o di interpretazione autentica; laddove invece il secondo periodo ha carattere innovativo, introducendo – per l'avvenire – un elemento di ulteriore garanzia che si aggiunge al controllo giudiziale.

Esplicativa di questo stato delle cose parrebbe la relazione illustrativa all'art. 372 del codice della crisi, che nel ribadire come la domanda con riserva non impedisce la partecipazione a procedure di affidamento, puntualizza come “Lo scopo è quello di evitare che paradossalmente, tale domanda, da strumento di tutela per l'imprenditore, diventa un ostacolo alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale”.

7. L'insieme di questi rilievi e di queste evidenze conduce quindi l'Adunanza plenaria a ritenere che, sulla scorta dell'art. 186 bis, comma 4, della legge fallimentare, la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva non possa considerarsi causa di automatica esclusione né inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici. In particolare non si può ritenere che la presentazione di una tale domanda comporti per ciò solo la perdita dei requisiti generali di partecipazione - il cui eventuale successivo recupero in caso di buon esito della procedura non varrebbe neppure ad elidere una simile cesura, in ragione del noto principio di continuità sempre ribadito da questo Consiglio (Cons. St. AP n. 8/2012 e 8/2015) - ostando a tale ricostruzione, oltre che la lettera dell'art. 186 bis, la veduta e ribadita funzione prenotativa e protettiva dell'istituto del concordato con riserva che, come spiegato nella relazione ministeriale all'art. 372 del codice della crisi d'impresa, da strumento di tutela non può tradursi nel suo contrario, ossia in un ostacolo alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale in quanto proprio tale prospettiva postula che resti consentito, per quanto “vigilato”, l'accesso al mercato dei contratti pubblici (non pertinente è il richiamo a Cons. St., AP, n. 2155/2010, perché precedente le novità sul concordato introdotte a partire dal 2012).

Questa conclusione, che subordina la partecipazione alle procedure di gara al prudente apprezzamento del tribunale, vale sia per l'ipotesi che l'impresa abbia già assunto la qualità di debitore concordatario nel momento in cui è indetta la (nuova) procedura ad evidenza pubblica, che per il caso in cui, all'inverso, la domanda di concordato segua temporalmente quella già presentata di partecipazione alla gara. In questo senso la formula “partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici”, contenuta nell'art. 186 bis, comma 4 (e da ultimo all'art. 110, comma 4, del codice dei contratti), deve essere letta nel suo significato più pieno e più coerente con quella esigenza di controllo giudiziale *ab initio* che, realizzandosi sin dal momento in cui si costituisce il rapporto processuale con il giudice fallimentare, rappresenta il punto di equilibrio tra la tutela del debitore e quella dei terzi.

[...] 10. La centralità e l'importanza che riveste l'autorizzazione del giudice fallimentare, ai fini della partecipazione alla gara, conducono a ritenere che il rilascio e il deposito di tale autorizzazione debbano intervenire prima che il procedimento dell'evidenza pubblica abbia termine e, dunque, prima che sia formalizzata da parte della stazione appaltante la scelta del miglior offerente attraverso l'atto di aggiudicazione. Si tratta di una posizione, qui sostenuta anche dalla difesa erariale, che già è stata fatta propria dalla giurisprudenza più recente di questo Consiglio (Cons. St, sez. V n. 1328/2020), alla quale si è richiamata anche l'ANAC (delibera n. 362/2020), e che ha il pregio di individuare un limite temporale definito, (più) idoneo ad assicurare l'ordinato svolgimento della procedura di gara, senza far carico l'amministrazione aggiudicatrice e gli altri concorrenti dei possibili ritardi legati ai tempi di rilascio (o di richiesta) dell'autorizzazione.

Si intende che – anche a chiarimento del quesito rivolto all'Adunanza - si sta ragionando sempre dell'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara, di cui all'art. 186 bis, comma 4, e non anche dell'ammissione alla procedura di concordato di cui all'art. 163, trattandosi di provvedimenti del tribunale differenti, nei presupposti e negli effetti, il secondo dei quali destinato ad essere adottato a distanza di mesi

dalla presentazione della domanda di concordato con riserva, quando la procedura ad evidenza pubblica normalmente è già conclusa.

[...] Così rispondendosi in linea generale al terzo quesito, è comunque rimesso alle stazioni appaltanti nel singolo caso concreto valutare se un'autorizzazione tardiva, ma pur sempre sopraggiunta in tempo utile per la stipula del contratto di appalto o di concessione, possa avere efficacia integrativa o sanante. E' il caso singolare dal quale è originato il giudizio in corso, in cui è mancato il rilascio di un'autorizzazione da parte del tribunale prima dell'aggiudicazione della gara, non essendo stata presentata un'istanza in tal senso dall'impresa concordataria sull'erroneo presupposto che non occorresse, ma è intervenuta l'autorizzazione alla stipula del contratto di appalto.

11. Per quanto concerne il quarto ed ultimo quesito [...]. Si deve procedere dall'esame dei commi 17 e 18 dell'art. 48. Tali norme dispongono per quanto più rileva in questa sede che, in deroga alla regola generale dell'immodificabilità della composizione del raggruppamento temporaneo rispetto all'assetto risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (art. 48, comma 9), è consentita al raggruppamento la possibilità di modificare la propria composizione in conseguenza della sottoposizione del mandante o del mandatario ad una procedura concorsuale per insolvenza o crisi d'impresa (nel caso in questione sarebbe, per quanto detto, la pendenza di una domanda di concordato in bianco o con riserva cui non avrebbe fatto seguito in tesi il tempestivo rilascio ad opera del tribunale fallimentare, e la tempestiva comunicazione alla stazione appaltante, dell'autorizzazione a partecipare alla gara pubblica in questione) ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia.

Il comma 19 contempla, inoltre, le (ulteriori) modifiche soggettive derivanti da esigenze organizzative del raggruppamento, che nella fase dell'esecuzione del rapporto possono giustificare la riduzione del raggruppamento, alla duplice condizione che le imprese rimanenti abbiano i requisiti sufficienti e che la modifica non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara (evidentemente diverso da quello di cui all'art. 80, comma 5, lett. b).

[...] 3. Merita ricordare come la regola dell'immodificabilità risponda in via generale ad una duplice esigenza, fortemente avvertita sia a livello nazionale che, come si dirà, a livello europeo, di evitare, da un lato, che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto, del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali o speciali, di partecipazione, in conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto, e dall'altro all'esigenza di tutelare la par condicio dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento "calibrate" sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale.

[...] 13.1. In particolare secondo l'impostazione tradizionale l'aggiunta di soggetti esterni all'originaria composizione del raggruppamento, che ha presentato la propria offerta con una determinata composizione soggettiva, costituisce un vulnus non solo al fondamentale interesse pubblico alla trasparenza e, dunque, al buon andamento della pubblica amministrazione, dovendo l'iter della gara svolgersi secondo determinate e non alterabili – salvo deroghe espressamente consentite – scansioni procedurali che consentano la previa verifica dei requisiti in capo ai concorrenti e, poi, la valutazione delle offerte nell'interesse pubblico all'aggiudicazione al miglior offerente, ma anche un vulnus al principio di parità di trattamento tra le imprese interessate all'aggiudicazione e, dunque, al valore primario della concorrenza nel suo corretto esplicarsi.

13.2. Se questa è l'impostazione di partenza, con la duplice declinazione del principio appena ricordata (nella prospettiva sia della stazione appaltante che degli altri concorrenti), si tratta di interrogarsi ora se per effetto del combinato disposto dei commi 17, 18, 19 e 19 ter dell'art. 48 debba ritenersi ammessa, dal legislatore nazionale, nelle ipotesi ivi contemplate, una modifica soggettiva di tipo anche additivo quindi in aumento, nella fase dell'esecuzione come in quella della gara.

[...] Da una lettura testuale del combinato disposto – specie laddove al comma 18 utilizza la formula “altro operatore economico subentrante” - si potrebbe ritenere che in effetti il legislatore si sia mosso in tale direzione, privilegiando la continuità ovvero la prosecuzione del rapporto contrattuale come anche della partecipazione alla procedura di gara, e in nome di questa continuità – a sua volta connessa alla nuova prospettiva “recuperatoria” del diritto della crisi d'impresa in precedenza ricordata - consenta ora la modifica del raggruppamento anche per addizione. Se non fosse che, in un intervento più recente, extracodicistico (con l'art. 5, comma 4, d.l. 76/2020), peraltro di natura dichiaratamente emergenziale e quindi almeno nelle intenzioni volto ad assicurare ancora di più (del codice) la sollecita esecuzione dei contratti pubblici, sempre il legislatore è sembrato invece circoscrivere l'orizzonte della modifica limitando l'avvicendamento solo (se realizzato) “con altra impresa del raggruppamento designato”. E se questo ha ritenuto di fare (o riaffermare) nella fase dell'esecuzione, a maggior ragione parrebbe logico doversi escludere che abbia voluto ammettere una modifica additiva nella fase della gara, dove il profilo del rispetto della concorrenza è più acuto.

14. Nel diritto europeo dei contratti pubblici il tema della sostituzione è affrontato nella fase dell'esecuzione [...] manca invece una disposizione che si occupi della sostituzione dell'operatore economico nello svolgimento della procedura di aggiudicazione.

[...] Questa Adunanza plenaria, di recente, ha chiarito che anche la fase esecutiva del contratto pubblico non è una “terra di nessuno”, indifferente all'interesse pubblico e a quello privato degli altri operatori che hanno preso parte al confronto concorrenziale [...].

15. Si può quindi fondatamente ritenere che la deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e, dunque, l'indizione di una nuova gara, sia solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'addizione di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o, addirittura, che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi), ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione di diversi compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico (perché, ad esempio, incorporato od estinto). [...]

17. Questa stessa Adunanza, con la sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, ha già chiarito da tempo che il principio di immodificabilità soggettiva persegue lo scopo di consentire alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, di conseguenza, «precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari» ovvero che «tale verifica venga vanificata», sicché le uniche modifiche soggettive elusive del dettato normativo sono quelle che portano all'aggiunta delle imprese partecipanti, non già alla loro riduzione (c.d. modifica per sottrazione) o al recesso di una partecipante, laddove, però, la modifica della compagine in

sensu riduttivo avvenga per esigenze proprie del raggruppamento o del consorzio, non già per evitare la sanzione dell'esclusione dalla procedura di gara per difetto dei requisiti in capo ad un componente.

18. La procedura di gara assume il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore, ma anche del contraente più affidabile, come è stato acutamente notato in dottrina, e il principio di immodificabilità soggettiva risponde ad esigenze di sicurezza giuridica per la stazione appaltante durante l'iter di formazione e di esecuzione del contratto, oltre che al principio di concorrenza, di sicuro rilievo europeo, garantendosi così il primato giuridico della gara, la massima partecipazione, il principio di personalità del contratto, quale "specchio fedele" della gara stessa, come si è detto, e della sua tendenziale incedibilità, ammessa solo a determinate condizioni dalla legge (v., più in generale, l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2 del d. lgs. n. 50 del 2016).

Le deroghe, tassativamente previste, devono trovare un solido fondamento normativo, a livello europeo e nazionale, e rispondere anzitutto, seppur non solo, ad un preciso interesse pubblico, che giustifichi la deroga alla riapertura dell'appalto alla concorrenza per il venir meno della identità giuridica tra soggetto che ha formulato la proposta, che si aggiudica la gara e che esegue il contratto.

Ebbene, quanto meno per la fase della gara, un simile fondamento, a livello europeo, non è dato rinvenire, non al punto da consentire la modifica del raggruppamento temporaneo d'impresе con l'aggiunta di un soggetto esterno. In assenza di un tale fondamento, e al cospetto di una regola generale risalente di segno inverso di cui si è già detto, si impone quindi un'interpretazione comunitariamente orientata, ovvero conforme, della disposizione nazionale di cui al comma 19 ter dell'art. 48, privilegiando tra tutti i significati possibili quello che appare maggiormente conforme ai principi del Trattato e alle finalità della direttiva in materia, nel senso che deve ritenersi consentita in sede di gara, per tutte le ragioni vedute, solo una modifica della composizione del raggruppamento c.d. per sottrazione ovvero per riduzione, la sola coerente con i principi di parità di trattamento e di concorrenza.

[...] 19. È alla luce di queste considerazioni, dunque, che deve ora fornirsi risposta al quarto quesito, escludendo la sostituzione esterna per la figura della mandante, come anche logicamente per quella della mandataria.

20. Sulla base di tutto quanto finora considerato possono quindi essere formulati i principi di diritto sulle questioni deferite ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm. all'Adunanza plenaria dalla V sezione del Consiglio di Stato, alla quale la causa va restituita ai sensi del comma 4 della medesima disposizione:

- a) la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva, ai sensi dell'art. 161, comma 6, legge fallimentare non integra una causa di esclusione automatica dalle gare pubbliche, per perdita dei requisiti generali, essendo rimesso in primo luogo al giudice fallimentare in sede di rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 186 bis, comma 4, e al quale l'operatore che ha chiesto il concordato si deve tempestivamente rivolgere fornendo all'uopo le informazioni necessarie, valutare la compatibilità della partecipazione alla procedura di affidamento in funzione e nella prospettiva della continuità aziendale;
- b) la partecipazione alle gare pubbliche è dal legislatore considerata, a seguito del deposito della domanda di concordato anche in bianco o con riserva, come un atto che deve essere comunque autorizzato dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato, ai sensi dell'art. 186 bis, comma 4, da ultimo richiamato anche dagli articoli 80 e 110 del codice dei contratti; a tali fini l'operatore che presenta domanda di concordato in bianco o con riserva è tenuto a richiedere senza indugio l'autorizzazione, anche qualora sia già partecipante alla gara, e ad informarne prontamente la stazione appaltante;

- c) l'autorizzazione giudiziale alla partecipazione alla gara pubblica deve intervenire entro il momento dell'aggiudicazione della stessa, non occorrendo che in tale momento l'impresa, inclusa quella che ha presentato domanda di concordato in bianco o con riserva, sia anche già stata ammessa al concordato preventivo con continuità aziendale;

-d) l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione, nella fase di gara, del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, comma 6, l. fall, e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante, senza quindi che sia consentita l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento; l'evento che conduce alla sostituzione interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara”.

Nota a cura di Francesco Anastasi.

Con sentenza n. 9 del 27 maggio 2021 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale si è pronunciata relativamente al tema dell'escludibilità da una gara di un operatore economico che abbia presentato domanda di concordato in bianco.

La controversia era stata istruita in primo grado dinnanzi al TAR per l'Emilia-Romagna dalla concorrente seconda classifica contestando una ipotesi di violazione dell'art. 80 comma 5 lett. b) del Codice dei Contratti, in considerazione del fatto che la mandante del RTI aggiudicatario avrebbe presentato domanda di concordato con riserva ex art. 161 co. 6 l.fall., in corso di gara. Accogliendo la tesi del predetto operatore economico, il Tribunale di prime cure accoglieva il ricorso.

Avverso la sentenza di primo grado era stato proposto appello dalla società mandante sul presupposto che quest'ultima avesse comunicato alla Stazione appaltante l'avvenuto deposito dell'istanza ex art. 161 co. 6 l.fall. e il tribunale fallimentare avesse previamente autorizzato la stipula del contratto di appalto.

Successivamente, era stato anche proposto un secondo appello da parte della società mandataria. Accolta la domanda cautelare e sospesa l'esecutività della sentenza di primo grado, il Consiglio di Stato, V sezione, riuniti gli appelli rimetteva, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., all'Adunanza Plenaria, il tema della rilevanza della presentazione della domanda di concordato in bianco per la valida partecipazione alla gara.

Più in dettaglio erano sottoposte all'esame della Adunanza Plenaria diverse questioni:

- a. Se a seguito di presentazione di domanda di concordato in bianco si debba procedere all'esclusione dalle procedure di affidamento di pubbliche commesse;
- b. Se la partecipazione a una procedura concorsuale sia atto di straordinaria amministrazione da previamente autorizzare a cura del Tribunale fallimentare in caso di presentazione di concordato in bianco;
- c. In quale fase debba intervenire tale autorizzazione;

- d. Se si possa procedere alla sostituzione della mandante in caso di concordato, o se debba essere estromessa; se una volta estromessa le altre imprese componenti il RTI possano evitare l'esclusione nel caso in cui i restanti operatori economici soddisfino i requisiti di partecipazione.

La trattazione del tema da parte dell'Adunanza Plenaria prende le mosse da una valutazione di sistema del panorama normativo. Come noto, infatti, il rapporto tradizionale tra procedure concorsuali e procedure ad evidenza pubblica è sempre stato di antinomico: se da un lato, la normativa fallimentare ha una finalità restitutoria e soddisfacente dei creditori, dall'altro lato, le procedure di appalto hanno la finalità di individuare e selezionare un contraente della P.A. che sia quanto più stabile ed affidabile nel tempo.

Questa evidente antinomia è stata progressivamente erosa da una significativa riforma del diritto concorsuale italiano che, a partire dalle riforme del 2005/2006, è stata finalizzata a mutare l'approccio all'insolvenza privilegiando l'aspetto recuperatorio volto ad assicurare il ritorno *in bonis* dell'imprenditore e la continuità dell'impresa.

La soluzione del contrasto, tuttavia, non è stata di facile risoluzione.

In questo contesto, invero particolarmente scivoloso, un preciso indirizzo non è giunto, al legislatore italiano, neanche dal diritto europeo. Infatti, le direttive europee del 2014 pur contemplando il fallimento e le altre procedure concorsuali tra i possibili motivi di esclusione hanno sempre rimesso agli Stati membri e alle loro amministrazioni la scelta se escludere i concorrenti che si trovano in tali situazioni.

Nonostante questo mutato atteggiamento del diritto fallimentare, tuttavia, l'orientamento del legislatore italiano nel rapporto tra le procedure concorsuali e quelle ad evidenza pubblica è stato tendenzialmente binario: si prevedeva l'esclusione obbligatoria e automatica per l'operatore economico in stato di fallimento, liquidazione coatta, concordato preventivo ammettendo come unica eccezione l'ipotesi di concordato con continuità aziendale.

Questa tesi fortemente sostenuta dall'orientamento più restrittivo, non ha però incontrato l'accoglienza del Supremo Consesso.

A contrario, l'Adunanza Plenaria ha sostenuto che la presentazione di una domanda di concordato in bianco o con riserva non possa considerarsi causa di automatica esclusione né inibisca la partecipazione alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici.

Questa conclusione deriva da una lettura puntuale dell'art. 186 bis comma 4, in forza del quale la partecipazione alle gare pubbliche è consentita purché sia autorizzata dal Tribunale "*acquisito il parere del Commissario giudiziale, ove già nominato*".

L'ultimo inciso "*ove già nominato*" sarebbe idoneo a estendere l'applicazione della disciplina anche al concordato in bianco, atteso che in questo caso, la nomina del commissario giudiziale non è obbligatoria ma è una facoltà lasciata al tribunale.

Tale conclusione, ad avviso dell'Adunanza Plenaria, è peraltro confortata dalla relazione illustrativa all'art. 372 del Codice della crisi d'impresa e dall'orientamento prevalente della Corte di Cassazione (sul punto Cass. Civ. Sez. I n. 14713/2019, Cass. Civ. Sez. I, n. 7117/2020).

Questo primo approdo, che risolve la prima delle questioni sollevate, consente all'Adunanza di risolvere, progressivamente gli ulteriori interrogativi posti alla sua attenzione.

Difatti, è sempre l'art. 186 bis comma 4, l. fall. a sottoporre la partecipazione ad una gara pubblica al controllo giudiziale del tribunale fallimentare. La citata disposizione tuttavia non deve necessariamente, ad avviso della Suprema corte, significare che la partecipazione è sempre da considerarsi un atto di straordinaria amministrazione. Piuttosto l'atto di partecipazione ad una gara d'appalto che in astratto potrebbe

pure qualificarsi come atto di ordinaria amministrazione, in quel contesto assume i contorni di un atto che necessita una *discovery* ulteriore dovendo l'imprenditore fornire maggiori e più idonee informazioni sul contenuto del piano in preparazione. Risolto anche il secondo quesito, se ne trae la conclusione per il terzo.

Infatti, questa circostanza fa sì che l'autorizzazione debba necessariamente intervenire in una fase anteriore alla conclusione della procedura ad evidenza pubblica e prima che sia formalizzata l'aggiudicazione da parte dell'amministrazione. Naturalmente, quand'anche fosse stata rilasciata l'autorizzazione per la partecipazione alla procedura a evidenza pubblica, nel caso in cui il Tribunale ritenga non sussistano i presupposti per l'ammissione al concordato dell'impresa e quest'ultima non sia ammessa a tale procedura, si attiverà l'ordinario iter fallimentare con esclusione dell'operatore economico dalla gara di appalto.

Affrontati, e risolti, nei termini predetti, i precedenti quesiti, l'Adunanza Plenaria si interroga sull'ultimo e più complesso tema, quello inerente alla modificabilità della composizione del raggruppamento. Trattandosi di un tema particolarmente delicato il Supremo consesso ha affrontato in maniera sistemica il quesito sottoposto.

È stato rilevato come la regola dell'immodificabilità del raggruppamento risponde, in via generale ad una duplice esigenza, fortemente avvertita sia a livello nazionale che, a livello europeo: evitare che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto previamente verificare i requisiti generali e speciali di partecipazione.

Questa regola doveva essere letta, nell'orientamento dell'Adunanza Plenaria, in maniera funzionale, nel senso cioè di non precludere la modifica soggettiva in assoluto, ma di ammetterla in senso riduttivo, solo internamente e senza innesti dall'esterno, sempre purché la stessa non sia finalizzata ad eludere controlli in ordine al possesso dei requisiti (sul punto A.P. n. 8/2012; Cons. Stato V sezione, n. 1379/2020, 1031/2018).

Occorre segnalare che l'Adunanza Plenaria aveva, già, avuto modo di rilevare con sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, come il principio di immodificabilità soggettiva persegua lo scopo di consentire alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara. In questo senso, l'obiettivo era quello di precludere modificazioni soggettive, in grado di impedire verifiche preliminari ovvero che tali verifiche possano essere vanificate. Le deroghe previste devono trovare un solido fondamento normativo, a livello europeo e nazionale, e rispondere anzitutto, seppur non solo, ad un preciso interesse pubblico, che giustifichi la deroga alla riapertura dell'appalto alla concorrenza per il venir meno della identità giuridica tra soggetto che ha formulato la proposta, che si aggiudica la gara e che esegue il contratto.

Alla luce di queste considerazioni pertanto l'art. 48 del Codice dei Contratti, ad avviso dell'Adunanza Plenaria, deve essere interpretato nel senso che *“la formulazione attuale consente la sostituzione nelle fasi gara del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese, che abbia presentato domanda di concordato in bianco o con riserva a norma dell'art. 161, co. 6, l.fall., e non sia stata utilmente autorizzato dal tribunale fallimentare a partecipare a tale gara, solo se tale sostituzione possa realizzarsi attraverso la mera estromissione del mandante senza che sia consentita l'aggiunta di un soggetto esterno al raggruppamento”*.

Avendo definito anche l'ultimo quesito sottoposto alla sua attenzione, il Consiglio di Stato in sede di Adunanza Plenaria ha rinviato, per la decisione della controversia, al giudizio della V sezione. La sentenza definitiva di chiusura del contenzioso non è stata pubblicata entro la fine dell'anno 2021.

La sostituzione del mandatario o del mandante di un RTI nella fase di gara

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., Ad. Plen. 27 maggio 2021, n. 10)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“Il Consiglio di Giustizia ha pertanto sottoposto a questa Adunanza plenaria, ai sensi dell’art. 99, comma 1, c.p.a., le seguenti questioni:

a) se le disposizioni normative di cui all’art. 48, commi 17 e 19-ter del d. lgs. n. 50 del 2016 debbano essere interpretate nel senso di consentire, in fase di gara, la sostituzione della mandataria dichiarata fallita successivamente alla presentazione dell’offerta con un altro operatore economico subentrante ovvero se ne sia possibile soltanto la mera estromissione e, in questo caso, se l’esclusione dell’a.t.i. dalla gara possa essere evitata unicamente qualora le restanti imprese partecipanti al raggruppamento soddisfino in proprio i requisiti di partecipazione;

b) i tempi e le modalità per introdurre nel procedimento di gara l’estromissione della mandataria e la sostituzione della stessa e, in particolare:

b.1) se l’impresa mandante (o le imprese mandanti) possano chiedere di essere ammesse a sostituire la mandataria fin quando non intervenga comunicazione, da parte della amministrazione procedente, di apposito interpello ovvero del provvedimento di esclusione;

b.2) se sia comunque consentito, nell’ipotesi di intervenuta conoscenza aliunde della vicenda che ha colpito la mandataria, proporre la sostituzione nel corso della gara ed anteriormente all’adozione dei citati atti da parte dell’amministrazione procedente.

[...] 22. La questione centrale del presente giudizio, devoluta alla cognizione di questa Adunanza plenaria, concerne la sostituibilità in corso di gara dell’impresa mandataria fallita o comunque assoggettata ad altra procedura concorsuale con un’altra impresa, esterna all’originario raggruppamento di imprese (c.d. sostituzione per addizione).

22.1. Occorre ricordare che il principio regolatore della materia, la tendenziale immodificabilità soggettiva dell’operatore economico partecipante alla gara in forma di raggruppamento temporaneo di imprese, è sancito in modo espresso dall’art. 48, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016, il vigente codice dei contratti pubblici, il quale prescrive che, salve le eccezioni previste al comma 17, per la mandataria, e al comma 18, per una delle mandanti, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall’impegno presentato in sede di offerta, pena l’annullamento dell’aggiudicazione e la nullità del conseguente contratto stipulato con il soggetto illegittimamente modificato.

22.2. Il c.d. correttivo al codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 57 del 2016, ha in parte ritoccato la disciplina originaria dell’art. 48 del codice dei contratti pubblici, estendendo le originarie eccezioni consentite dai commi 17 e 18, con riferimento al fallimento e alle altre ipotesi di procedure concorsuali

(in quanto la sottoposizione ad esse costituisce causa di esclusione ai sensi dall'art. 80, comma 5, lett. b) del codice), anche alla fase di gara; permettendo, altresì, la modifica soggettiva del raggruppamento, nella sola fase dell'esecuzione, anche per la perdita di uno degli altri requisiti dell'art. 80 in capo ad uno dei componenti; vietando, infine e comunque, il recesso di uno dei componenti per ragioni di mera riorganizzazione interna al raggruppamento, laddove queste ragioni siano in realtà finalizzate a colmare l'assenza dei requisiti partecipativi.

22.2. Il citato comma 17, più in particolare, dispone nell'attuale formulazione che, salvo quanto previsto dall'art. 110, comma 5, del d. lgs. n. 50 del 2016, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con un altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal codice dei contratti pubblici, purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire e, non sussistendo tali condizioni, la stazione appaltante deve recedere dal contratto.

22.3. Il successivo comma 18, ancora, prevede che, salvo quanto previsto dall'art. 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'art. 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

22.4. È ammesso dal successivo comma 19 il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire, ma in ogni caso la modifica soggettiva non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

22.5. Secondo il comma 19-bis, le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche con riferimento ai soggetti di cui all'art 45, comma 2, lettere b), c) ed e), e cioè ai consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro, ai consorzi stabili e ai consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 2602 c.c.

22.6. Secondo il comma 19-ter, infine, le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara.

[...] 23. Le disposizioni appena menzionate, che consentono nella fase dell'esecuzione del contratto la modificabilità soggettiva del raggruppamento solo in tassative, eccezionali, ipotesi, ora estese anche alla fase pubblicistica di gara, rispondono ad una duplice esigenza, fortemente avvertita sia a livello nazionale che, come si dirà, a livello europeo, di evitare, da un lato, che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto, del quale non abbia potuto verificare i requisiti, generali

o speciali, di partecipazione, in conseguenza di modifiche della composizione del raggruppamento avvenute nel corso della procedura ad evidenza pubblica o nella fase esecutiva del contratto, e dall'altro all'esigenza di tutelare la par condicio dei partecipanti alla gara con modifiche della composizione soggettiva del raggruppamento "calibrate" sull'evoluzione della gara o sull'andamento del rapporto contrattuale.

[...] 23.2. Le uniche modifiche consentite dal legislatore sono quelle interne allo stesso raggruppamento, con una diversa distribuzione di ruoli e compiti tra mandanti e mandataria, secondo la disciplina dei richiamati commi 17 e 18, in ragione di eventi imprevedibili tassativamente definiti del legislatore, che abbiano colpito taluno degli originari componenti, eventi che costituiscono all'evidenza eccezioni, di stretta interpretazione, al principio di immutabilità soggettiva.

23.3. Nella sola fase dell'esecuzione, peraltro, il legislatore, dopo la riforma apportata dall'art. 32, comma 1, lett. h), del d. lgs. n. 56 del 2017, ha previsto che anche il venir meno di uno dei requisiti di partecipazione, di cui all'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, in capo ad uno dei componenti – non essendo tale ipotesi applicabile alla fase di gara [...].

25. La deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, tale da evitare in fase esecutiva la riapertura dell'appalto alla concorrenza e, dunque, l'indizione di una nuova gara, è solo quella dovuta, in detta fase, a modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'aggiunta di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o, addirittura, che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi), ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione di diversi compiti e ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico (perché, ad esempio, incorporato od estinto).

26. È chiaro che la modifica sostituiva c.d. per addizione costituisce ex se una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara secondo regole di correttezza e trasparenza, in violazione di quanto prevede attualmente l'art. 106, comma 1, lett. d), n. 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, più in generale, per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario.

27. Le stesse regole impongono a fortiori, per coerenza logica, che nella stessa procedura di gara il soggetto che ha preso parte alla gara, presentando l'offerta, non sia diverso da quello che viene valutato dalla stazione appaltante e, infine, si aggiudica la gara, non essendo ammissibile, evidentemente, che proprio la fase pubblicistica, deputata alla scelta del miglior offerente, sia quella in cui attraverso la modifica soggettiva e l'aggiunta di un soggetto esterno alla gara si aggiri il principio della concorrenza e si ammetta in corso di gara un soggetto diverso da quello che ha presentato l'offerta.

[...] 8.1. Il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti.

28.2. La deroga al principio di immutabilità soggettiva dell'offerente, dunque, deve trovare un espresso e chiaro fondamento nel diritto dell'Unione, non potendo essa giustificarsi a livello sistematico, come sem-

bra supporre il Collegio rimettente, nel richiamo al diverso istituto dell'avvalimento e all'eventuale sostituzione dell'impresa ausiliaria, trattandosi di istituti intesi a favorire il principio della massima partecipazione alla gara, a condizioni paritarie e trasparenti tra tutti i concorrenti, non già a derogare alla parità di trattamento tra questi, ben dovendo, anzi, la stazione appaltante imporre all'operatore economico di sostituire i soggetti ausiliari che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione, come questa Adunanza plenaria ha da ultimo ricordato nella sentenza n. 5 del 18 marzo 2021.

[...] 29.1. Questa stessa Adunanza, con la sentenza n. 8 del 4 maggio 2012 [...] ha dunque dato una lettura funzionale del principio di immodificabilità nel senso di non precludere la modifica soggettiva in assoluto, ammettendola laddove questa operi in riduzione, anziché in aggiunta o in sostituzione, e quindi solo internamente e senza innesti dall'esterno del raggruppamento, e comunque sempre che non sia finalizzata ad eludere i controlli in ordine al possesso dei requisiti.

29.3. Se questa è l'impostazione di partenza, con la duplice declinazione del principio appena ricordata (nella prospettiva sia della stazione appaltante che degli altri concorrenti), si tratta in questo giudizio di interrogarsi se per effetto del combinato disposto dei commi 17, 18, 19 e 19-ter dell'art. 48 debba ritenersi ammessa, dal legislatore nazionale, nelle ipotesi ivi contemplate, una modifica soggettiva di tipo anche additivo e, quindi, in aumento, nella fase dell'esecuzione come in quella della gara.

29.4. Da una lettura testuale del combinato disposto – specialmente laddove al comma 18 utilizza la formula «altro operatore economico subentrante» – si potrebbe ritenere ad una prima lettura che in effetti il legislatore si sia mosso in tale direzione, privilegiando la continuità ovvero la prosecuzione del rapporto contrattuale come anche della partecipazione alla procedura di gara, e in nome di questa continuità consenta ora, come afferma il giudice rimettente, la modifica del raggruppamento anche per addizione.

29.5. Eppure, in un intervento più recente, extracodicistico (con l'art. 5, comma 4, d.l. n. 76 del 2020, conv. con mod. in l. n. 220 del 2020), peraltro di natura dichiaratamente emergenziale e, quindi, almeno nelle intenzioni volto ad assicurare ancora di più (del codice) la sollecita esecuzione dei contratti pubblici, sempre il legislatore è sembrato invece circoscrivere l'orizzonte della modifica limitando l'avvicendamento solo (se realizzato) «con altra impresa del raggruppamento designato».

29.6. E se questo ha ritenuto di fare (o riaffermare) nella fase dell'esecuzione, a maggior ragione parrebbe logico doversi escludere che abbia voluto ammettere una modifica additiva nella fase della gara, dove il profilo del rispetto della concorrenza è più acuto.

30. La procedura di gara assume il carattere di strumento di scelta non solo dell'offerta migliore, ma anche del contraente più affidabile, come è stato acutamente notato in dottrina, e il principio di tendenziale immodificabilità soggettiva risponde ad esigenze di sicurezza giuridica per la stazione appaltante [...].

31. Le deroghe, tassativamente previste, devono trovare un solido fondamento normativo, a livello europeo e nazionale, e rispondere anzitutto, seppur non solo, ad un preciso interesse pubblico (come è ad esempio e tradizionalmente, nella fase esecutiva, per la prosecuzione del rapporto contrattuale già avviato), che giustifichi la deroga alla riapertura dell'appalto alla concorrenza per il venir meno della identità giuridica tra il soggetto che ha formulato la proposta, il soggetto che si aggiudica la gara e il soggetto che esegue il contratto.

32. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, dunque, è ferma nell'escludere la modifica del raggruppamento con l'addizione di un soggetto esterno, essendo consentita in sede di gara, per tutte le ra-

gioni vedute, solo quella c.d. per sottrazione per ragioni riorganizzative tutte interne allo stesso raggruppamento e ora eccezionalmente, per la sola fase esecutiva, anche per il venir meno, eventualmente, di uno dei requisiti di cui all'art. 80 del d. lgs. n. 50 del 2016 in capo ad una delle imprese partecipanti.

33. È alla luce di queste considerazioni, dunque, che deve ora fornirsi risposta ai quesiti posti dalla sentenza non definitiva n. 37 del 2021.

33.1. La sostituzione esterna non è consentita né per la figura della mandataria né per quella della mandante e, in senso contrario, non assume alcun rilievo sul piano letterale né deve trarre in errore la diversa formulazione del comma 17 al rispetto al comma 18 dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici, perché il riferimento del comma 18 all'operatore economico "subentrante" non allude certo all'ingresso nel raggruppamento di soggetto esterno, ma semplicemente alla struttura stessa del raggruppamento, che presuppone una pluralità di mandanti, e al subentro, appunto, di un mandante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità ad altro mandante, salvo l'obbligo, per il mandatario, di eseguire direttamente le prestazioni, direttamente o a mezzo degli «altri mandanti», purché abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori e ai servizi o fornitura «ancora da eseguire».

33.2. La disposizione del comma 18 correttamente interpretata intende disciplinare la prosecuzione del rapporto contrattuale tra la stazione appaltante e i rimanenti soggetti del raggruppamento, mandatario e mandanti, non certo – e quasi surrettiziamente – introdurre ab externo un terzo soggetto mandante nell'esecuzione di un rapporto contrattuale tra l'originario raggruppamento aggiudicatario e la stazione appaltante.

33.3. La stessa conclusione vale a fortiori per il comma 17, in rapporto alla figura della mandataria, centrale nell'esecuzione dell'appalto (v., su questo punto, Corte cost., 7 maggio 2020, n. 85), essendo necessario costituire un nuovo rapporto di mandato, ai sensi dei commi 12 e 13 del medesimo art. 48, nella «prosecuzione del rapporto» tra i medesimi soggetti, esclusa, appunto, la mandataria colpita dall'evento ostativo, da sostituirsi con uno dei mandanti, purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

33.4. Altrimenti, non sussistendo tali condizioni, così come ancora prevede l'ultimo periodo del comma 17 novellato dal d. lgs. n. 56 del 2017, la «stazione appaltante deve recedere dal contratto».

[...] Le disposizioni dell'art. 48 del d. lgs. n. 50 del 2016 non intendono certo "sanzionare" gli altri incolpevoli partecipanti al raggruppamento, che non abbiano alcuna responsabilità nell'evento che ha colpito la mandataria o la mandante, né avvilire il principio dell'iniziativa economica, sancito dall'art. 41 Cost., con l'esclusione del raggruppamento al quale viene impedito di ricorrere ad una sostituzione aggiuntiva, mediante l'inserzione di un soggetto nuovo, ma semplicemente regolare la prosecuzione del rapporto contrattuale o – in forza di quanto prevede ora il comma 19-ter – anche della gara con il raggruppamento in cui un'impresa partecipante, mandataria o mandante, sia stata raggiunta da un evento eccezionale, che impedisce la sua partecipazione alla fase della gara o all'esecuzione del contratto.

34.1. È semmai l'aggiunta di un soggetto esterno all'originario raggruppamento a ledere non solo l'interesse pubblico al corretto svolgimento della gara e alla trasparenza nell'esecuzione del contratto aggiudicato al contraente più affidabile, ma anche lo stesso interesse alla concorrenza, tutelato dall'art. 41 Cost., degli altri partecipanti alla gara, che devono concorrere a parità di condizioni con soggetti che, tendenzialmente, abbiano preso parte a tutte le sue fasi a tutela della trasparenza e, insieme, della concorrenza stessa.

34.2. Rispetto a questi interessi, ben delineati dalla Corte di Giustizia nella propria giurisprudenza e dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 85 del 2020, l'interesse del raggruppamento è senz'altro recessivo e non può prevalere per un malinteso senso della concorrenza che, paradossalmente, produrrebbe effetti anticoncorrenziali a livello più generale.

37. Conclusivamente, pertanto, questa Adunanza plenaria, in risposta ai quesiti posti dal Consiglio di Giustizia, deve affermare i seguenti principî di diritto:

a) l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d. lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che – per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate – queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara;

b) l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità procedimentalizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale”.

Nota a cura di Amalia Pastore.

La questione controversa ha ad oggetto l'esclusione del RTI che, in corso di gara, veda la società mandataria risultare fallita con conseguente perdita del requisito ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 (codice appalti) e, per l'effetto, decadenza dell'attestazione SOA.

È noto che proprio l'art. 80, comma 5, lett. b) del predetto codice preveda l'esclusione dalla procedura d'Appalto dell'operatore economico che “*sia stato sottoposto a liquidazione giudiziale o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni [...]*”. Con l'attestazione SOA, infatti, i partecipanti alla gara attestano l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 che, per l'appunto, sono presupposti ai fini della qualificazione. Da ciò consegue che la sopravvenienza di una situazione ostativa, come il fallimento, ne comporta la decadenza.

Orbene, nel caso di specie, il raggruppamento escluso lamentava di non esser stato preventivamente interpellato, al fine di operare una sostituzione esterna della capogruppo fallita, e chiedeva l'annullamento dell'esclusione indicando una nuova mandataria in possesso dei requisiti.

La stazione appaltante restava silente. Le società del raggruppamento impugnavano il provvedimento di esclusione e il mancato riscontro della s.a. innanzi al TAR.

Il Tribunale adito dichiarava il ricorso inammissibile ritenendo il provvedimento plurimotivato ed evidenziando la mancanza di specifiche censure avverso l'esclusione da parte del r.t.i. Fondamento della

pronuncia, dunque, era l'orientamento giurisprudenziale inerente all'immutabilità soggettiva del r.t.i. (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8).

La decisione, anche in applicazione dell'art. 48, comma 17, del d.lgs. 50/2016 (nella riformulazione operata dal d.lgs. n. 56/2017), affermava l'imprescindibilità del limite dell'immutabilità cd. temperata dei concorrenti nella gara, fondata proprio sul principio della *par condicio creditorum* tutelati anche dall'art. 41 della Costituzione.

Il giudice di prime cure, dunque, riteneva non fondate le doglianze delle ricorrenti *“poiché solo con riferimento alla posizione dell'impresa mandante sarebbe espressamente prevista una modificazione “additiva”, con soggetti non facenti parte del raggruppamento originario, mentre, ove la fattispecie patologica colpisca la mandataria, la modificazione soggettiva potrebbe intervenire solo in termini restrittivi ovvero mediante l'espulsione della mandataria e la sua sostituzione con un'altra delle imprese già presenti nel raggruppamento”*.

Il TAR fondava la decisione sui commi 17 e 18 dell'art. 48 del d.lgs. 50/2016 che, nel disciplinare le patologie dell'impresa mandante di un r.t.i., prevedono che *“in caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.”*

In tale prospettiva, dunque, il legislatore ha previsto espressamente la possibilità di sostituire la mandante colpita da una specifica fattispecie patologica, mentre la mandataria resta immutata.

La modifica, invero, è *“additiva”* con specifico riferimento alla mandante che viene sostituita da una *“subentrante”*.

Diversa, invero, è la norma riferita alla mandataria per cui il legislatore ha previsto una modifica soggettiva solo in termini restrittivi con l'espulsione della mandataria e la sua sostituzione con un'altra delle imprese già presenti nella compagine del raggruppamento. Norma a sostegno è il comma 17 dell'art. 48 del codice a tenore del quale *“la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto”*.

La legittimità dell'esclusione dalla gara, dunque, è dichiarata anche in virtù del disposto del successivo comma 19 *ter* secondo cui: *“Le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verificano in fase di gara.”*

Chiara la decisione in primo grado, le escluse adivano il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia adducendo che la sentenza appellata si discostava dalla giurisprudenza dell'art. 48 comma 17 del d.lgs. 50/2016 secondo cui il mandatario fallito può essere legittimamente sostituito da un nuovo operatore anche se estraneo al raggruppamento originario.

Tuttavia, stante la chiara complessità della fattispecie in esame, il Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia, accolto in parte l'appello, rimetteva all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione controversa.

Segnatamente, la problematica sollevata dal Consiglio di Giustizia Amministrativa attiene alla possibilità da parte dell'impresa mandante di essere ammessa in sostituzione della mandataria. Inoltre, il Giudice del

rinvio domanda se sia possibile, nell'ipotesi in cui vi sia stata conoscenza da parte della mandante della vicenda che ha colpito la società mandante, proporre la sostituzione nel corso di gara.

Orbene, il Consiglio di Stato, con una precisa e articolata sentenza, ha delineato la questione della cd. *sostituzione per addizione* e, cioè, della possibilità di sostituire in corso di gara l'impresa mandataria fallita, o assoggettata ad altra procedura concorsuale, con un'altra impresa esterna ed ulteriore rispetto all'originale r.t.i.

Al fine di sviscerare la tematica di non semplice interpretazione, l'Adunanza Plenaria basa il proprio ragionamento logico giuridico sul presupposto necessario del principio sancito dall'art. 48, comma 9, del d.lgs. 50/2016. La norma, infatti, sancisce l'immodificabilità soggettiva dell'operatore economico partecipante alla gara in forma di r.t.i. La modifica, salvo le eccezioni previste ai commi 17 per le mandatarie e al comma 18 per le mandanti, comporta l'annullamento dell'aggiudicazione e la conseguente nullità del contratto stipulato con il soggetto modificato.

Da un lato, il legislatore ha voluto evitare che, a seguito di modifiche della composizione del raggruppamento in costanza di gara o in costanza di esecuzione, la stazione appaltante aggiudichi la gara e stipuli un contratto con un soggetto di cui non abbia verificato i requisiti di partecipazione (cfr. a tal proposito Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10). Tale principio, afferma l'Adunanza Plenaria, è stato anche ribadito in sede comunitaria con il Considerando n. 110 della Direttiva n. 24/2014/UE.

D'altra parte, poi, la modifica del r.t.i. rischia di confliggere con l'interesse ad un procedimento trasparente, nonché con i principi del buon andamento della pubblica amministrazione, della parità di trattamento e della concorrenza.

Proprio per tale motivo, il legislatore ha previsto che le modifiche consentite siano quelle interne al raggruppamento e afferenti alla distribuzione di ruoli e compiti tra mandanti e mandataria, sempre in casi eccezionali e di stretta interpretazione del principio di immutabilità soggettiva (*ex art. 48 commi 17 e 18*). Tanto premesso, il Consiglio di Stato ha ritenuto che siano consentite le modifiche strutturali interne al raggruppamento e non quelli che permettano l'ingresso a nuovi soggetti estranei alla procedura di gara. Ritiene, altresì, che la cd. *modifica sostitutiva per addizione* sia una deroga non consentita dal principio di concorrenza anche in violazione dell'art. 106 comma 1, lett. d) del d.lgs. 50/2016 per la sostituzione dell'iniziale aggiudicatario. Non è ammissibile, dunque, che nella fase pubblicistica si ammetta un soggetto diverso da quello che ha presentato l'offerta.

Il Consiglio di Stato, poi, ribadisce come i contratti di diritto pubblico poggiano sul principio della personalità, dell'offerta migliore su base tecnica, organizzativa, economica e morale delle imprese concorrenti così come affermato dalla medesima Adunanza Plenaria con la sentenza n. 8 del 4 maggio 2012. In tale occasione, infatti, il Supremo Consesso ha ribadito che le uniche modifiche soggettive elusive sono quelle aggiuntive e non cd. *per sottrazione* che avvengano per esigenze proprie del raggruppamento e non per eludere la sanzione dell'esclusione dalla procedura di gara per mancanza dei requisiti in capo ad una delle componenti.

Dunque, la modifica legittima è solo quella interna "*senza innesti dall'esterno del raggruppamento, e comunque sempre che non sia finalizzata ad eludere i controlli in ordine al possesso dei requisiti*" e che la "*sostituzione esterna non è consentita né per la figura della mandataria né per la figura della mandante e, in senso contrario, non assume alcun rilievo sul piano letterale né deve trarre in errore la diversa formulazione del comma 17 al rispetto del comma 18*". Il termine "*subentrate*" richiamato nella norma non allude alla modifica cd. additiva, ma al "*subentro, appunto, di un mandante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità ad altro mandante, salvo l'obbligo, per il mandatarario, di eseguire*

direttamente le prestazioni” anche a mezzo di altri mandanti, purché con i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori ed ai servizi da eseguire. Stessa conclusione per il comma 17 con riferimento alla mandataria. In quest’ultimo caso, però, è necessaria la costituzione di un nuovo rapporto di mandato tra i medesimi soggetti, ad esclusione della mandataria colpita dall’evento escludente. In mancanza di tali condizioni, la stazione appaltante deve recedere dal contratto.

In conclusione, è evidente che per il Consiglio di Stato l’interesse del raggruppamento è senz’altro recessivo rispetto a quello pubblicistico volto a garantire che il soggetto che ha presentato l’offerta, aggiudicata la gara, esegua il contratto senza elusione, non potendosi ammettere, invero, modifiche rilevanti e prive di controllo in seno al raggruppamento.

Orbene, il tema trattato dalla sentenza in oggetto risulta, ad oggi, ancora in piena evoluzione giurisprudenziale. Esempio di ciò, da ultimo, la pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, del 25 gennaio 2022 n. 2 che si inserisce nell’evoluzione logico giuridica della questione.

Prestazioni già eseguite e revisione dei prezzi in caso di interdittiva antimafia

Argomento: interdittiva antimafia

(Cons. St., Ad. Plen., 6 agosto 2021, n. 14)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“14. [...] L’informazione interdittiva antimafia determina una particolare forma di incapacità *ex lege* parziale (in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione) e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto - persona fisica o giuridica - è precluso avere con la Pubblica Amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall’art. 67 co. 1 lett. g) d.lgs. n. 159/2011, nella parte in cui prevede il divieto di ottenere “contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali.”

La disposizione dell’art. 67, co. 1, lett. g) del codice antimafia va interpretata nel senso di riferirsi a qualunque tipo di esborso proveniente dalla P.A., quale che ne sia la fonte e la causa, per il tempo di durata degli effetti dell’interdittiva (Cons. St., sez. III, 4 giugno 2021, n. 4293).

Eccezione al detto principio è contenuta nel disposto degli artt. 92, co. 3 e 94, co. 2 che prevedono testualmente che i soggetti di cui all’art. 83 “*revocano le autorizzazioni o 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*”.

Ai soggetti, sebbene già destinatari del provvedimento interdittivo, deve essere comunque corrisposto il “*valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l’esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite*”.

15. Il quesito posto dall’ordinanza di rimessione chiede di verificare come debba essere interpretato il concetto di “valore delle opere già eseguite” e, con particolare riferimento agli appalti di servizi connotati da prestazioni periodiche, ripetitive e standardizzate (quale è quello per cui qui è processo), come debba essere inteso il “valore dei servizi già resi”, e cioè se debba tenersi conto solo del prezzo pattuito come desumibile dal contratto stipulato tra le parti o dell’effettivo valore economico delle prestazioni, che deve essere quantificato dovendosi anche tenere conto della revisione dei prezzi che hanno interessato le opere già realizzate ed i servizi già erogati.

16. Prima della risposta al quesito posto dal Consiglio di giustizia amministrativa, occorre stabilire che cosa debba intendersi per “valore delle opere (o servizi) già eseguiti”, pagabili al contraente privato interdetto “nei limiti delle utilità conseguite” dall’Amministrazione [...].

[...] 16.5. [...] con l’espressione “utilità conseguite” si intende riconoscere “*al soggetto interdetto [...] il diritto a vedersi corrisposto un compenso limitato all’utilità conseguita dall’amministrazione, onde evitare che quest’ultima, dall’esecuzione dell’opera, possa trarre un ingiustificato arricchimento*”.

“Le utilità conseguite” non sono dunque necessariamente equivalenti al valore e nemmeno al prezzo delle opere e servizi eseguiti.

Si tratta di “*nozione riferibile ad una parte specifica e da questa apprezzabile attraverso il filtro selettivo di una valutazione di convenienza, tipica dell’operatore economico-giuridico individuale*”; pertanto, essa deve essere intesa in un senso più limitato

e strettamente patrimoniale, tale da applicarsi alle sole opere, servizi o forniture che accrescono il patrimonio dell'amministrazione e che per quest'ultima rappresentano un valore economicamente valutabile".

Può, in conclusione, affermarsi che la determinazione delle utilità conseguite è compito della p.a. che provvede, ricorrendone le condizioni di fatto, alla quantificazione alla stregua delle norme di legge.

[...] 16.6. Negli appalti di servizi, quale è quello per cui è processo, in cui l'aggiudicazione e quindi la determinazione del prezzo contrattuale seguono a una procedura di evidenza pubblica, il valore dei servizi già eseguiti, pagabile nel limite delle utilità conseguite, può essere ritenuto coincidente con il prezzo contrattuale pattuito dalle parti.

Il prezzo contrattuale, stabilito a seguito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, deve infatti ritenersi coincidente con il miglior prezzo di mercato conseguibile e quindi con il valore di mercato della prestazione.

Nei contratti di prestazione periodica o continuativa di servizi, quindi, il prezzo tende a coincidere con il valore della prestazione [...].

[...] 17. Si può così affrontare il quesito [...] se, nella determinazione del prezzo contrattuale relativo ad un appalto di servizi, da pagarsi o già pagato in relazione alle prestazioni già eseguite dall'esecutore attinto da informativa antimafia, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, co. 3 e 94, co. 2 d.lgs. n. 159/2011 debba farsi riferimento solo al prezzo originariamente pattuito nel contratto, ovvero a tale prezzo come integrato dalla revisione dei prezzi nel frattempo maturata (anche essa prima della interdittiva antimafia).

[...] La revisione dei prezzi serve [...] precipuamente a ragguagliare con pienezza la remunerazione contrattuale dell'appaltatore al valore della prestazione resa dal medesimo all'Amministrazione.

[...] 18. Proprio in considerazione della delineata *ratio* della revisione dei prezzi, è conseguenziale che essa svolga una funzione "integrativa" del prezzo contrattuale, nel senso che definisce l'esatto corrispettivo, rideterminando il prezzo dedotto nel contratto in retrospettiva, cioè con riferimento allo squilibrio che nel tempo si è venuto progressivamente a produrre rispetto alla prestazione oggetto del contratto.

Il carattere obbligatorio della revisione dei prezzi negli appalti di servizi, ai sensi dell'art. 115 d.lgs. n. 163/2006 qui applicabile *ratione temporis*, corrobora tale conclusione. La revisione, infatti, opera anche se non espressamente pattuita dalle parti [...]. Ne deriva che la somma determinata a seguito della revisione dei prezzi altro non è che una parte del prezzo, e, quale parte del tutto, ne ha la stessa natura e conseguentemente deve averne la stessa disciplina giuridica. [...].

[...] E' questa la medesima *ratio* sottesa alla revisione dei prezzi: evitare che oscillazioni dei prezzi, tali da portare il prezzo pattuito sotto il valore di mercato delle prestazioni, comportino un ingiustificato arricchimento della parte contrattuale pubblica in danno della parte privata.

Pertanto, se si ritenesse che in caso di interdittiva antimafia il prezzo da pagare per le prestazioni eseguite sia solo quello originario senza la integrazione derivante dalla revisione, si affermerebbe che all'esecutore vada pagato un prezzo inferiore alle utilità conseguite dall'amministrazione, il che sarebbe contrario alla lettera e alla *ratio legis*.

La soluzione negativa, quindi, renderebbe concreto quel pericolo paventato dalla sentenza n. 23 del 2020 di questa Adunanza e cioè il fatto che la pubblica amministrazione ne trarrebbe un "ingiustificato arricchimento".

18.1. Nello specifico caso per cui è processo, negare il pagamento della revisione dei prezzi significherebbe che la stazione appaltante sarebbe autorizzata a quantificare le utilità conseguite calcolando il costo del lavoro dei dipendenti (che forma la voce di spesa più rilevante con il prestatore di servizi) alla stregua

del prezzo previsto dal contratto iniziale non tenendo conto degli aumenti subiti dallo stesso nel corso di un arco temporale di oltre tredici anni.

La pubblica amministrazione così operando si approprierebbe ingiustificatamente della quantità di “valore” quale risultante dalla differenza tra quanto previsto originariamente nel contratto e il (maggior) costo del lavoro determinato tenendo conto della revisione: tale differenza costituirebbe quell’ingiustificato arricchimento che le norme richiamate e la stessa sentenza n.23 del 2020 tendono a evitare.

19. Si devono in conclusione affermare i seguenti principi di diritto:

a) *negli appalti pubblici di servizi aggiudicati a seguito di una procedura di evidenza pubblica, aventi ad oggetto prestazioni periodiche o continuative connotate da standardizzazione, omogeneità e ripetitività, il “valore delle prestazioni già eseguite”, da pagarsi all’esecutore nei limiti delle utilità conseguite dalla stazione appaltante, in caso di interdittiva antimafia, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, co. 3 e 94, co. 2 del d.lgs. n. 159/2011, corrisponde al prezzo contrattuale pattuito dalle parti, salva la possibilità di prova contraria da parte della stazione appaltante che esercita il recesso;*

b) *nella determinazione del valore-prezzo degli appalti di servizi da pagarsi per le prestazioni già eseguite, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, co. 3 e 94, co. 2 del d.lgs. n. 159/2011, deve intendersi compresa anche la somma risultante dall’applicazione del procedimento obbligatorio di revisione dei prezzi di cui all’art. 115 d.lgs. n. 163/2006.”*

Nota a cura di Federica Faleri.

Le questioni sottoposte all’esame dell’Adunanza Plenaria in materia di interdittiva antimafia riguardano il rimborso delle opere già eseguite a seguito del recesso dal contratto esercitato dalla Pubblica Amministrazione. In particolare, con l’ordinanza di rimessione si richiede di stabilire come debba esser interpretato il concetto di “valore delle opere già eseguite” e, con particolare riferimento agli appalti di servizi connotati da prestazioni periodiche, ripetitive e standardizzate, come debba essere inteso il “valore dei servizi già resi”, cioè se debba tenersi conto solo del prezzo pattuito come desumibile dal contratto stipulato tra le parti o dell’effettivo valore economico delle prestazioni, da quantificarsi anche tenendo conto della revisione dei prezzi che hanno interessato le opere già realizzate ed i servizi già erogati.

Occorre premettere che l’interdittiva antimafia costituisce uno dei principali strumenti di contrasto al coinvolgimento di organizzazioni criminali nell’ambito dei rapporti economici tra Pubblica Amministrazione e privati. Nel dettaglio, l’interdittiva comporta una particolare forma di incapacità *ex lege* parziale, poiché limitata ai rapporti giuridici intessuti con la P.A. e tendenzialmente temporanea. In sostanza, si esclude che un imprenditore, sebbene dotato di adeguati mezzi economici e di un’efficace organizzazione di impresa, risulti affidabile per le istituzioni, non potendo lo stesso esser titolare di rapporti contrattuali con le Pubbliche Amministrazioni.

Come evidenziato dalla giurisprudenza, l’interdittiva ha una natura cautelare e preventiva, richiedendo la sua applicazione un bilanciamento tra la tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica, da un lato, e la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), dall’altro.

La conseguenza dell’applicazione dell’interdittiva antimafia è che al soggetto che ne è destinatario, sia esso persona fisica o giuridica, è precluso avere con la P.A. rapporti riconducibili a quanto disposto dall’art. 67 co. 1 lett. g) d.lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia), nella parte in cui prevede il divieto di ottenere “contributi, finanziamenti e mutui agevolati ed altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee, per lo svolgimento di attività imprenditoriali.”

Sul punto, l'Adunanza Plenaria in commento richiama la giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo cui la disposizione di cui all'art. 67, co. 1, lett. g) del Codice Antimafia debba esser interpretata nel senso di riferirsi a qualunque tipo di esborso proveniente dalla P.A., quale che ne sia la fonte e la causa, per il tempo di durata degli effetti dell'interdittiva. Tuttavia, si mette in luce quale sia l'eccezione a tale principio, contenuta nel disposto di cui agli artt. 92, co. 3 e 94, co. 2, secondo cui ai soggetti destinatari del provvedimento interdittivo deve essere comunque corrisposto il *“valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”*.

Tanto premesso in punto di diritto, la Plenaria si è preliminarmente soffermata su che cosa debba intendersi per “valore” delle opere (o dei servizi) già eseguite, pagabili al contraente privato interdetto *“nei limiti delle utilità conseguite”* dall'Amministrazione, dato che non vi può esser un'automatica equivalenza tra prezzo contrattuale e valore delle prestazioni.

A tal fine, il Collegio ribadisce i principi già affermati, anche in ordine alla natura dell'interdittiva antimafia, dalla stessa Adunanza Plenaria nelle sentenze n. 3 del 2018 e n.23 del 2020, con le quali era stato messo in luce il carattere eccezionale del complessivo sistema normativo disciplinante l'interdittiva antimafia, rispetto al quale deve imporsi la regola di stretta interpretazione propria delle norme di eccezione. La Plenaria, quindi, chiarisce che le eccezioni di cui agli artt. 92 e 94 citati rappresentano una precisa scelta del legislatore, che si giustifica in ragione di un bilanciamento delle conseguenze derivanti da un'esecuzione del contratto disposta in assenza di interdittiva antimafia, intendendosi riconoscere al soggetto interdetto il diritto a vedersi corrisposto un compenso limitato all'utilità conseguita dall'amministrazione, al fine di evitare che quest'ultima possa trarre un ingiustificato arricchimento dall'esecuzione dell'opera.

In tale quadro, la sentenza giunge a stabilire che negli appalti di servizi, dato che sia la fase di aggiudicazione che la determinazione del prezzo contrattuale seguono ad una procedura ad evidenza pubblica, il valore dei servizi già eseguiti, pagabile nel limite delle utilità conseguite, può essere ritenuto coincidente con il prezzo contrattuale pattuito dalle parti. Ciò in quanto il prezzo contrattuale, stabilito all'esito di una procedura di gara ad evidenza pubblica, deve ritenersi corrispondente al miglior prezzo di mercato conseguibile e, dunque, al valore di mercato della prestazione. Difatti, lo scopo della gara è proprio quello di individuare il contraente che offra un prezzo che meglio corrisponda al valore di mercato della prestazione che la P.A. intende acquisire per soddisfare i bisogni che l'hanno indotta ad esperire il procedimento ad evidenza pubblica.

Quanto al limite delle “utilità conseguite”, si osserva che la peculiarità dell'appalto di servizi, connotato da prestazioni tipologicamente prefissate, standardizzate e “ripetitive” nel corso della durata contrattuale, con pagamenti periodici delle stesse, implica che le prestazioni eseguite siano scorporabili e omogenee nella loro utilità e, pertanto, può *“senz'altro ritenersi che il valore dei servizi già eseguiti, da pagarsi all'impresa interdetta nei limiti delle utilità conseguite dalla stazione appaltante, coincida con il prezzo contrattuale dei servizi già resi”*.

Per quanto riguarda il secondo nodo problematico su cui si è pronunciata l'Adunanza Plenaria, cioè se nella determinazione del prezzo contrattuale relativo ad un appalto di servizi, da pagarsi in relazione alle prestazioni già eseguite dall'esecutore colpito dall'interdittiva antimafia, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, comma 3, e 94, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011, debba farsi riferimento solo al prezzo originariamente pattuito nel contratto oppure a tale prezzo come integrato dalla revisione dei prezzi nel frattempo maturata per il periodo antecedente all'applicazione dell'interdittiva antimafia, si stabilisce quanto segue.

In primo luogo, la Plenaria esclude che l'istituto della revisione dei prezzi abbia finalità risarcitorie, condividendo l'orientamento per cui la *ratio* sottesa alla revisione dei prezzi sia quella di evitare che oscillazioni dei prezzi, tali da portare il prezzo pattuito sotto il valore di mercato delle prestazioni, comportino un ingiustificato arricchimento della parte contrattuale pubblica in danno della parte privata. La revisione dei prezzi serve, difatti, precipuamente a raggugliare con pienezza la remunerazione contrattuale dell'appaltatore al valore della prestazione resa dal medesimo all'Amministrazione. Al contrario, se si ritenesse che in caso di interdittiva antimafia il prezzo da pagare per le prestazioni eseguite sia solo quello originario senza l'integrazione derivante dalla revisione, si affermerebbe che all'esecutore vada pagato un prezzo inferiore alle utilità conseguite dall'Amministrazione. Tale conclusione sarebbe contraria alla lettera e alla *ratio legis*, poichè la P.A., così operando, si approprierebbe ingiustificatamente della quantità di "valore" quale risultante dalla differenza tra quanto previsto originariamente nel contratto e il (maggior) costo del lavoro determinato tenendo conto della revisione. La differenza in questione costituirebbe quell'ingiustificato arricchimento che le norme citate (artt. 92 e 94 del Codice Antimafia) e la stessa sentenza n. 23 del 2020 tendono ad evitare, prevedendo il pagamento del valore delle prestazioni già eseguite, ancorché nei limiti delle utilità conseguite dall'Amministrazione.

Di conseguenza, la Plenaria giunge ad affermare che le somme da corrispondere per i servizi resi non potranno che avere come base di riferimento il prezzo come revisionato.

In definitiva, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 14/2021, afferma i seguenti principi di diritto:

“a) negli appalti pubblici di servizi aggiudicati a seguito di una procedura di evidenza pubblica, aventi ad oggetto prestazioni periodiche o continuative connotate da standardizzazione, omogeneità e ripetitività, il “valore delle prestazioni già eseguite”, da pagarsi all'esecutore nei limiti delle utilità conseguite dalla stazione appaltante, in caso di interdittiva antimafia, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, co. 3 e 94, co. 2 del d.lgs. n. 159/2011, corrisponde al prezzo contrattuale pattuito dalle parti, salva la possibilità di prova contraria da parte della stazione appaltante che esercita il recesso;

b) nella determinazione del valore-prezzo degli appalti di servizi da pagarsi per le prestazioni già eseguite, ai sensi e per gli effetti degli artt. 92, co. 3 e 94, co. 2 del d.lgs. n. 159/2011, deve intendersi compresa anche la somma risultante dall'applicazione del procedimento obbligatorio di revisione dei prezzi di cui all'art. 115 d.lgs. n. 163/2006”.

Termini di prescrizione per la transazione relativa al risarcimento danni da trasfusione di sangue infetto

Argomento: risarcimento danni

(Cons. St., Ad. Plen., 5 novembre 2021, n. 16)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“1. [...] la vicenda contenziosa oggetto del presente giudizio, concernente la speciale procedura transattiva messa a disposizione dallo Stato a favore dei “*soggetti talassemici, affetti da altre emoglobinopatie o affetti da anemie ereditarie, emofilici ed emotrasfusi occasionali danneggiati da trasfusione con sangue infetto o da somministrazione di emoderivati infetti...*”, che abbiano instaurato azioni di risarcimento danni. [...].

1.2. La legge 25/2/1992 n. 210 ha riconosciuto un indennizzo ai soggetti danneggiati. Le successive leggi 29.11.2007 n. 222 e 31 dicembre 2007, n. 244 hanno inoltre previsto la possibilità per il Ministero della Salute di stipulare transazioni con soggetti talassemici, affetti da altre emoglobinopatie o da anemie ereditarie, emofilici ed emotrasfusi occasionali danneggiati da trasfusione con sangue infetto o da somministrazione di emoderivati infetti e con soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, che abbiano instaurato azioni di risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.

1.3. Tali disposizioni sono state attuate con DM 28 aprile 2009, n. 132, che ha fissato i criteri in base ai quali definire le suddette transazioni. [...].

La medesima fonte, all'art. 2, comma 2, ha precisato che per la stipula delle transazioni si tiene conto dei principi generali in materia di decorrenza dei termini di prescrizione [...].

1.4. Sul punto giova sin d'ora precisare che il quadro dei termini prescrizionali era, già al tempo dell'emanazione del regolamento in parola, assolutamente chiaro e definito: la Corte di Cassazione ha infatti chiarito sin dal 2008 (cfr. Cass. civ., n. 581/2008 e tutte le successive decisioni, tra cui Cass. civ., nn. 5964/2016 e 7254/2018) che il regime della prescrizione del diritto al risarcimento del danno spettante ai familiari della persona deceduta a causa di emotrasfusione va correlato al titolo della responsabilità fatto valere, in correlazione con la qualificazione penalistica della vicenda. [...]

1.5. In sintesi, i congiunti, se agiscono *iure hereditatis*, non possono far valere altro che il reato di lesioni, perché quello è il solo reato rispetto al quale il defunto avrebbe potuto avanzare una pretesa risarcitoria diretta, e conseguentemente la prescrizione è quinquennale; viceversa, qualora essi agiscano *iure proprio*, cioè chiedendo il risarcimento di un danno diretto da loro patito per la morte del congiunto, allora è invocabile il delitto di omicidio colposo, con il corollario della prescrizione decennale (Cass. civ., n. 5964/2016 e n. 7254/2018 cit.).

1.6. Riprendendo il filo della vicenda normativa, il DM 28 aprile 2009, n. 132, pur avendo fissato stringenti criteri, ha ritenuto opportuno demandare la definizione dei “moduli” transattivi, *id est* la determinazione degli importi da riconoscere secondo un piano di rateizzazione, a un successivo decreto espressamente definito “*di natura non regolamentare*” [...].

1.7. E' stato quindi emanato il decreto ministeriale del 4 maggio 2012 (cd. “*Decreto moduli?*”) [...].

1.8. [...] l'art. 5, comma 1, ha previsto che i moduli transattivi sono applicabili ai soggetti che abbiano presentato istanza di adesione alla procedura transattiva, per i quali:

“a) non siano decorsi più di cinque anni tra la data di presentazione della domanda per l'indennizzo di cui alla legge 25.02.1992, n. 210 e la data di notifica dell'atto di citazione, da parte dei danneggiati viventi;

b) non siano decorsi più di dieci anni tra la data del decesso e la data di notifica dell'atto di citazione da parte degli eredi dei danneggiati deceduti;

c) non sia già intervenuta una sentenza dichiarativa della prescrizione”.

[...] 3. La Sezione rimettente non nutre dubbio alcuno che la lett. b), nel tracciare il perimetro di applicabilità della speciale procedura transattiva, si riferisca al danno *iure hereditatis*, con esclusione del danno eventualmente subito dalle vittime secondarie *iure proprio* [...] e dunque si limita a interrogare questa Aduanza sul significato utile da dare alla previsione ivi riportata con riferimento al solo danno *iure hereditatis*, [...].

[...] 5. Né il regolamento di cui al DM 28 aprile 2009, n. 132, né il “DM moduli” a cui il primo ha demandato la fissazione di alcuni profili meramente attuativi della fattispecie avrebbero potuto prevedere alcunché di innovativo in materia di prescrizione, non avendo forza di legge (cfr. art. 2946 cc e seguenti). Trattasi di fonti e atti generali applicativi, il cui unico compito è piuttosto quello di dettare criteri e modalità operative per la definizione transattiva delle liti pendenti, alla luce dei principi generali in materia di decorrenza dei termini di prescrizione del diritto fissati dal codice civile.

6. L'amministrazione, nell'adempire a tale compito a mezzo del “DM moduli”, ha ritenuto di individuare quale criterio primario, idoneo a scremare l'area della materia contenziosa suscettibile di speciale transazione, quello dell'insussistenza di una sentenza dichiarativa della prescrizione (lett. c). Questa è invero l'unica previsione che deve ritenersi direttamente collegata all'effettivo decorso dei termini prescrizionali: essa è declinata nel senso che se la prescrizione è stata oggetto di accertamento giurisdizionale, seppur non coperto da giudicato, l'accesso al modulo transattivo è da ritenersi precluso.

6.1. Le altre due coordinate selettive, riferite rispettivamente ai “*danneggiati viventi*” (lett. a) e agli “*eredi dei danneggiati deceduti*” (lett. b) si limitano, ferma la condizione del mancato intervento di una sentenza accertativa della prescrizione, a definire un arco temporale entro il quale la domanda di adesione alla procedura transattiva può essere presentata. Ciò fanno, è da ritenere, sulla base di motivazioni che non attengono al presunto maturarsi della prescrizione alla luce delle previsioni codicistiche, ma a ragioni di carattere gestionale correlate alla limitatezza delle risorse messe a disposizione, e, probabilmente, al grado di interesse e bisogno del danneggiato presuntivamente evincibile dai tempi di attivazione del giudizio. [...].

6.2. [...] Il procedimento transattivo del quale si discorre è certamente procedimento di carattere speciale che non esclude la percorribilità della transazione ordinaria fra le parti ove ne ricorrano i presupposti generali di cui all'art. 1965 c.c..

Esso ha la duplice finalità di incidere sul vasto contenzioso che la vicenda ha generato nonché di offrire in tempi rapidi (purtroppo solo auspicati) ai danneggiati o ai loro eredi un ristoro, sì da evitare che, specialmente nelle fasce di popolazione a basso reddito, al danno si associno ulteriori disagi sociali ed economici.

[...] 7. Può dunque risponderci ai quesiti posti dalla Sezione III nel modo che segue:

a) la previsione di cui all'art. 5, comma 1, lettera b), del D.M. 4 maggio 2012 comprende nel proprio ambito applicativo l'ipotesi della richiesta di adesione alla transazione formulata dall'erede del danneggiato da emotrasfusioni, il quale abbia fatto valere in giudizio la propria pretesa al risarcimento del danno iure hereditario;

b) il termine decennale contemplato dal citato art. 5, comma 1, lettera b), non è riferibile alla presunta prescrizione ma si limita a segnare l'ambito temporale entro il quale la pendenza del giudizio costituisce il necessario presupposto per l'ammissione alla transazione."

Nota a cura di Chiara Mattei.

Con la sentenza n. 16 del 5 novembre 2021, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha interpretato la disposizione di cui all'articolo 5, comma 1, del DM 4 maggio 2012, cd. decreto moduli, nel senso che, non avendo tale atto forza di legge, si limita a delimitare l'arco temporale entro cui – per i soggetti danneggiati, o loro eredi, sul presupposto del danno subito esclusivamente *iure hereditatis* – è possibile accedere alla speciale procedura transattiva introdotta dalle leggi 222 e 224 del 2007, attuate dal regolamento n.132 del 2009 e dal decreto moduli, in favore delle vittime di trasfusione di sangue infetto o emoderivati infetti, che abbiano preventivamente instaurato un'azione risarcitoria.

La vicenda che ha dato luogo alla pronuncia s'inserisce nel più ampio quadro fattuale della trasfusione di sangue o somministrazione di emoderivati infetti da virus delle epatiti HBV e HCV o dell'HIV, a danno di soggetti *“talassemici, affetti da altre emoglobinopatie o affetti da anemie ereditarie, emofilici ed emotrasfusi occasionali”*, che tra gli anni '70 e '90 del secolo scorso ha interessato decine di migliaia di individui in Italia.

In proposito, è opportuno rammentare che la Corte di Cassazione, da ultimo con sentenza n.14748/22, ha stabilito che il Ministero della Salute è tenuto a rispondere dei danni di tal specie provocati a partire dal 1 gennaio 1968, poiché a fare da spartiacque è la legge n. 592 del 14 luglio 1967 sulla *“Raccolta, conservazione e distribuzione del sangue umano”*.

Nel caso di specie, a seguito del decesso di un soggetto, a causa della subita trasfusione di sangue infetto, gli eredi nel 2005 azionarono un procedimento nei confronti del Ministero della Salute per il risarcimento del danno extracontrattuale subito *iure hereditatis* e *iure proprio* e, successivamente, in pendenza del giudizio civile, chiesero di poter accedere alla speciale procedura transattiva introdotta dalle leggi 29.11.2007 n.222 e 31.12.2007, n.244 integrate dal regolamento n.132 del 28.04.2009.

Detta procedura transattiva ha *“la duplice finalità di incidere sul vasto contenzioso che la vicenda ha generato nonché di offrire in tempi rapidi (purtroppo solo auspicati) ai danneggiati o ai loro eredi un ristoro, sì da evitare che, specialmente nelle fasce di popolazione a basso reddito, al danno si associno ulteriori disagi sociali ed economici”*.

Alla richiesta il Ministero diede riscontro negativo, sul presupposto che fosse spirato il termine di cinque anni, richiesto dall'art. 5, co 1, lett. a), del DM 4 maggio 2012 per accedere alla procedura.

Dall'impugnazione del decreto di rigetto prende le mosse il giudizio nell'ambito del quale è intervenuta la sentenza in epigrafe.

In primo grado, il TAR per il Lazio confermava la legittimità del rigetto, sul presupposto che i ricorrenti non avessero in alcun modo dimostrato che l'instaurazione del giudizio civile fosse avvenuta, come richiesto dai termini prescrizionali dettati dal citato articolo alla lettera a), entro cinque anni dalla domanda di indennizzo o dalla piena conoscenza della patologia da parte del danneggiato.

Diversamente, nel giudizio di gravame, dinanzi la III sezione del Consiglio di Stato, controversa era l'interpretazione della lettera b) dell'art. 5, co 1, del decreto moduli, poiché, ritenute inconferenti rispetto al caso di specie le previsioni della lettera a), in adesione alle difese degli appellanti, era da stabilirsi il valore

da attribuire al termine decennale dettato dalla norma per la per la presentazione della domanda, in apparente contrasto con i termini di prescrizione dell'azione di risarcimento del danno aquiliano, fissati a cinque anni dal codice civile.

In tal sede, la III sezione ha ritenuto necessario l'intervento della Plenaria onde rispondere a tre quesiti ermeneutici funzionali alla decisione del gravame, rispettivamente attinenti all'applicabilità dell'art. 5, co 1, lett. b) del DM moduli all'ipotesi di una richiesta di adesione alla transazione promanante dall'erede del danneggiato, il quale abbia agito in giudizio *iure hereditatis*; alla natura del termine di dieci anni ivi previsto in rapporto alle regole generali in materia di prescrizione del diritto al risarcimento del danno ex art. 2043 e all'esistenza o meno di un potere-dovere del giudice amministrativo di disapplicare un regolamento che sia in contrasto con una norma di legge primaria.

Controversa era dunque l'interpretazione dell'art.5, co 1, del DM moduli.

Il Collegio, nel ricostruire la cornice normativa, fa riferimento alla legge n. 210/1992, istitutiva dell'indennizzo in favore dei soggetti danneggiati da sangue infetto, nonché alle citate leggi n. 222 e n. 224 del 2007, che hanno stanziato dei fondi destinati alla speciale procedura transattiva di cui al caso di specie. Disposizioni cui ha dato attuazione il DM n.132/2009, il quale – per quanto d'interesse in questa sede – ha previsto al suo art. 2, co 2 che le transazioni fossero stipulate nel rispetto dei principi generali in materia di decorrenza dei termini di prescrizione del diritto.

Sul punto, la Plenaria precisa che il quadro dei termini prescrizionali era, già dal 2008, incontroverso. Ai sensi di un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, onde stabilire il regime di prescrizione applicabile alle azioni di danno attivate dai congiunti di soggetti vittima di trasfusioni di sangue infetto o emoderivati infetti, è necessario guardare al titolo di responsabilità fatto valere - *iure proprio* o *iure hereditatis* - in correlazione con la qualificazione sul piano penale del fatto - dunque, nel primo caso la prescrizione sarà decennale, poiché il danno subito dai congiunti in via diretta deriva dall'omicidio colposo del soggetto emotrasfuso, diversamente, nel secondo caso l'azione fatta valere per il danno subito in vita dal soggetto deceduto, ha come presupposto il reato di lesioni (“*il solo reato rispetto al quale il defunto avrebbe potuto avanzare una pretesa risarcitoria diretta*”) e di conseguenza la prescrizione è a cinque anni.

La Plenaria giunge poi al *punctum pruriens* della questione, trattando del DM 4 maggio 2012 del Ministero della Salute, in concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze, esplicitamente di “*natura non regolamentare*” avente lo scopo di definire i moduli transattivi, ovverosia, gli importi da applicare in detti moduli alle diverse categorie di soggetti.

L'articolo 5, comma 1, individua i soggetti che possono richiedere di aderire alla speciale procedura transattiva a dette condizioni:

- “a) non siano decorsi più di cinque anni tra la data di presentazione della domanda per l'indennizzo di cui alla legge 25.02.1992, n. 210 e la data di notifica dell'atto di citazione, da parte dei danneggiati viventi;*
- b) non siano decorsi più di dieci anni tra la data del decesso e la data di notifica dell'atto di citazione da parte degli eredi dei danneggiati deceduti;*
- c) non sia già intervenuta una sentenza dichiarativa della prescrizione”.*

La III sezione, posta la ritenuta inapplicabilità al caso di specie della lettera a), e l'esclusiva possibilità di riferirsi al danno subito dagli appellanti *iure hereditatis*, ha interrogato la Plenaria sulla possibilità di applicare la lettera b), prospettando diverse vie interpretative astrattamente idonee a conciliare la lettera della norma con i principi generali in tema di prescrizione.

Tra queste, figura l'opzione ermeneutica alla quale ha aderito il Collegio in sentenza.

Il DM 132/2009, nonché il decreto moduli, fonti e atti generali di natura applicativa, sono privi di forza di legge, ciò implica che non “avrebbero potuto prevedere alcunché di innovativo in materia di prescrizione”.

Dalla lettura della norma controversa, l'unica previsione direttamente legata alla prescrizione inerisce agli effetti preclusivi derivanti da una sentenza che ne dichiara la decorrenza. Diversamente, i termini fissati, rispettivamente, alla lettera a) per i “danneggiati viventi” e alla lettera b) per gli “eredi dei danneggiati deceduti” rispondono alla necessità di circoscrivere l'arco temporale entro cui la domanda di risoluzione transattiva può essere presentata, in ragione di motivi prettamente organizzativi legati alla limitatezza delle risorse a disposizione (in opposizione alla vastità del contenzioso), con la possibilità di distinguere il grado di bisogno ed interesse del danneggiato dai tempi di attivazione del giudizio. Detta soluzione ermeneutica è l'unica, secondo l'Adunanza Plenaria, coerente con “il topos ermeneutico dell'interpretazione “conforme”.

In definitiva, nella pronuncia n. 16/2021 dell'Adunanza Plenaria, vengono dettati due principi interpretativi:

“a) la previsione di cui all'art. 5, comma 1, lettera b), del D.M. 4 maggio 2012 comprende nel proprio ambito applicativo l'ipotesi della richiesta di adesione alla transazione formulata dall'erede del danneggiato da emotrasfusioni, il quale abbia fatto valere in giudizio la propria pretesa al risarcimento del danno iure hereditatis;

b) il termine decennale contemplato dal citato art. 5, comma 1, lettera b), non è riferibile alla presunta prescrizione ma si limita a segnare l'ambito temporale entro il quale la pendenza del giudizio costituisce il necessario presupposto per l'ammissione alla transazione”.”

Circa la configurabilità dell'affidamento del privato sul legittimo esercizio del pubblico potere e circa il risarcimento in caso di aggiudicazione di appalto revocata

Argomento: affidamento

(Cons. St., Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 21)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

"[...] L'affidamento nella legittimità dei provvedimenti dell'amministrazione e più in generale sulla correttezza del suo operato è riconosciuto dalla risalente giurisprudenza di questa Adunanza plenaria come situazione giuridica soggettiva tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno. L'affermazione di principio può essere fatta risalire alla sentenza del 5 settembre 2005, n. 6[...] Sul presupposto che nell'applicare le norme sull'evidenza pubblica quest'ultima è anche soggetta alle *«norme di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. prescritte dal diritto comune»*, e malgrado la legittimità dell'intervento in autotutela, l'Adunanza plenaria ha riconosciuto il risarcimento per la lesione dell'affidamento maturato dall'aggiudicataria sulla conclusione del contratto, una volta che la sua offerta era stata selezionata in gara come la migliore ed era stato emesso a suo favore il provvedimento definitivo. Negli stessi termini l'Adunanza plenaria si è più di recente espressa con la sentenza 4 maggio 2018, n. 5.

3. Secondo i principi formulati nei precedenti ora richiamati, le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti, uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro concernente invece la responsabilità dell'amministrazione e i connessi obblighi di protezione in favore della controparte. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi. [...]

4. Più di recente la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha statuito, con affermazione di carattere generale, che l'affidamento *«è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività»* (Cons. Stato, VI, 13 agosto 2020, n. 5011). Pur sorto nei rapporti di diritto civile, con lo scopo di tutelare la buona fede ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata [...], l'affidamento è ormai considerato canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ovvero quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, sia nel corso del procedimento amministrativo sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo.

5. A conferma della descritta evoluzione si pone l'art. 1, comma 2-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241[...]. La disposizione ora richiamata ha positivizzato una regola di carattere generale dell'agire pubblicistico dell'amministrazione, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento

(art. 97, comma 2, Cost.) e che porta a compimento la concezione secondo cui il procedimento amministrativo - forma tipica di esercizio della funzione amministrativa - è il luogo di composizione del conflitto tra l'interesse pubblico primario e gli altri interessi, pubblici e privati, coinvolti nell'esercizio del primo. Per il migliore esercizio della discrezionalità amministrativa il procedimento necessita pertanto dell'apporto dei soggetti a vario titolo interessati, nelle forme previste dalla legge sul procedimento del 7 agosto 1990, n. 241. Concepito in questi termini, il dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede ha quindi portata bilaterale, perché sorge nell'ambito di una relazione che, sebbene asimmetrica, è nondimeno partecipata; ed in ragione di ciò esso si rivolge all'amministrazione e ai soggetti che a vario titolo intervengono nel procedimento.

6. A fronte del dovere di collaborazione e di comportarsi secondo buona fede possono pertanto sorgere aspettative, che per il privato istante si indirizzano all'utilità derivante dall'atto finale del procedimento, la cui frustrazione può essere per l'amministrazione fonte di responsabilità. Inoltre la lesione dell'aspettativa può configurarsi non solo in caso di atto legittimo, come nella fattispecie decisa dall'Adunanza plenaria nelle sopra menzionate sentenze del 6 settembre 2005, n. 6, e del 4 maggio 2018, n. 5, ma anche nel caso di atto illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale. Anche in questa seconda ipotesi può infatti darsi il caso che il soggetto beneficiario dell'atto per sé favorevole abbia maturato un'aspettativa ragionevole alla sua stabilità, che dunque può essere ingiustamente lesa per effetto dell'annullamento in sede giurisdizionale.

7. Sulla base di tutto quanto finora considerato può dunque essere affermato il seguente principio di diritto: *«nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi».*

8. Con riguardo all'ulteriore questione posta nella presente sede nomofilattica, concernente i limiti entro cui può essere riconosciuto il risarcimento per lesione dell'affidamento, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale, deve in primo luogo essere precisato che questo settore dell'attività della pubblica amministrazione è quello in cui tradizionalmente e più volte è stata riconosciuta la responsabilità di quest'ultima. Le ragioni alla base dell'orientamento di giurisprudenza favorevole al privato venutosi a creare in questo settore si spiega sulla base del fatto che, sebbene svolta secondo i moduli autoritativi ed impersonali dell'evidenza pubblica, l'attività contrattuale dell'amministrazione è nello stesso tempo inquadrabile nello schema delle trattative prenegoziali, da cui deriva quindi l'assoggettamento al generale dovere di *«comportarsi secondo buona fede»* enunciato dall'art. 1337 del codice civile (come chiarito dall'Adunanza plenaria nelle sopra citate pronunce del 5 settembre 2005, n. 6, e del 4 maggio 2018, n. 5).

[...] 10. Applicata all'evidenza pubblica, la responsabilità precontrattuale sottopone l'amministrazione alla duplice soggezione alla legittimità amministrativa e agli obblighi di comportamento secondo correttezza e buona fede, i quali costituiscono, come in precedenza esposto, profili tra loro autonomi, e da cui può rispettivamente derivare l'annullamento degli atti adottati nella procedura di gara e le responsabilità per la sua conduzione (da ultimo in questo senso: Cons. Stato, V, 12 luglio 2021, n. 5274; 12 aprile 2021, n. 2938; 2 febbraio 2018, n. 680).[...]

12. Analogamente, per diffusa opinione nella giurisprudenza amministrativa (da ultimo: Cons. Stato, II, 20 novembre 2020, n. 7237), l'affidamento è legittimo quando sia stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva, cui non abbia poi fatto seguito la stipula del contratto, ed ancorché ciò sia avvenuto nel legittimo esercizio dei poteri della stazione appaltante. L'aggiudicazione è dunque considerato il punto di emersione dell'affidamento ragionevole, tutelabile pertanto con il rimedio della responsabilità precontrattuale. Il recesso ingiustificato assume i connotati provvedimenti tipici della revoca o dell'annullamento d'ufficio della gara, che interviene a vanificare l'aspettativa dell'aggiudicatario alla stipula del contratto e che, pur legittimo, non vale quindi ad esonerare l'amministrazione da responsabilità per avere inutilmente condotto una procedura di gara fino all'atto conclusivo ed avere così ingenerato e fatto maturare il convincimento della sua positiva conclusione con la stipula del contratto d'appalto.[...]

La stessa giurisprudenza amministrativa non si è del resto arroccata su rigidi apriorismi, ma con criterio elastico – che questa Adunanza plenaria ritiene condivisibile – ha negato rilievo dirimente all'intervenuta aggiudicazione definitiva, laddove ha in particolare affermato che la verifica di un affidamento ragionevole sulla conclusione positiva della procedura di gara va svolta in concreto, in ragione del fatto che *«il grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca, riflettendosi sullo spessore dell'affidamento ravvisabile nei partecipanti, presenta una sicura rilevanza, sul piano dello stesso diritto comune, ai fini dello scrutinio di fondatezza della domanda risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale»* (Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3831).

15. Nella medesima prospettiva di un accertamento in concreto degli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale si è del resto espressa questa Adunanza plenaria nella più volte richiamata sentenza 4 maggio 2018, n. 5 [...]. Più in generale, l'Adunanza plenaria ha precisato che la tutela civilistica della responsabilità precontrattuale, pur nel quadro del principio generale dell'autonomia negoziale delle parti, ivi compresa l'amministrazione, opera nel senso di assicurare la serietà delle trattative finalizzate alla conclusione del contratto, per cui essa costituisce il punto di equilibrio: *«tra la libertà contrattuale della stazione appaltante e la discrezionalità nell'esercizio delle sue prerogative pubblicistiche da una parte, rispetto del limite della correttezza e della buona fede, dall'altro»*, tenuto conto che ciascun contraente assume *«un ineliminabile margine di rischio in ordine alla conclusione del contratto»* e che dunque non può confidare sempre sulla positiva conclusione delle trattative, ma solo quando queste abbiano raggiunto un grado di sviluppo tale da rendere ragionevolmente prevedibile la stipula del contratto.

16. Individuato un primo requisito dell'affidamento tutelabile nella sua ragionevolezza e nel correlato carattere ingiustificato del recesso, il secondo consiste nel carattere colposo della condotta dell'amministrazione, nel senso che la violazione del dovere di correttezza e buona fede deve esserle imputabile quanto meno a colpa, secondo le regole generali valevoli in materia di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 cod. civ. (in questo senso va ancora richiamato Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).

17. A sua volta non deve essere inficiato da colpa l'affidamento del concorrente. [...]

18. Il profilo in esame ha rilievo rispetto al potere di annullamento d'ufficio della procedura di gara, ai sensi dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990, che opera in modo distinto rispetto alla revoca ai sensi dell'art. 21-*quinquies* della medesima legge sul procedimento amministrativo, perché interviene non già come rivalutazione dell'interesse pubblico sotteso all'affidamento del contratto, secondo l'ampia definizione del potere di revoca data dalla disposizione da ultimo richiamata, ma per rimuovere un vizio di legittimità degli atti della procedura di gara. Se pertanto il motivo di illegittimità che ha determinato la

stazione appaltante ad annullare in autotutela la gara è conoscibile dal concorrente, la responsabilità della prima deve escludersi [...].

19. Peraltro, l'elemento della colpevolezza dell'affidamento si modula diversamente nel caso in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non sia disposto d'ufficio dall'amministrazione ma in sede giurisdizionale. In questo secondo caso emergono con tutta evidenza i caratteri di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, tra cui la centralità che nel primo assume la tutela costitutiva di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, contraddistinta dal fatto che il beneficiario di questi assume la qualità di controinteressato nel relativo giudizio. Con l'esercizio dell'azione di annullamento quest'ultimo è quindi posto nelle condizioni di conoscere la possibile illegittimità del provvedimento a sé favorevole, per giunta entro il ristretto arco temporale dato dal termine di decadenza entro cui ai sensi dell'art. 29 cod. proc. amm. l'azione deve essere proposta, e di difenderlo. La situazione che viene così a crearsi induce per un verso ad escludere un affidamento incolpevole, dal momento che l'annullamento dell'atto per effetto dell'accoglimento del ricorso diviene un'evenienza non imprevedibile, di cui il destinatario non può non tenere conto ed addirittura da questo avversata allorché deve resistere all'altrui ricorso; per altro verso porta ad ipotizzare un affidamento tutelabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

20. In conclusione, sulle ulteriori questioni deferite in sede nomofilattica può essere affermato il seguente principio di diritto: *«nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa»*.

Nota a cura di Gianpiero Gaudiosi.

Residuano ancora oggi contrasti ermeneutici in merito alla configurabilità di un «legittimo e qualificato affidamento» del privato in relazione ad una procedura ad evidenza pubblica, il cui provvedimento di aggiudicazione sia poi rimosso.

Se può ritenersi in abstracto acquisito l'insegnamento che, già a partire dagli albori degli anni '60, estende lo schema della culpa in contrahendo alle pubbliche amministrazioni, gli arresti della giurisprudenza amministrativa rivitalizzano incessantemente il dibattito nella materia de qua, rendendone incerti i confini nelle singole applicazioni pratiche.

È il caso della vicenda sottesa alla sentenza in commento. Il G.A. è stato chiamato a pronunciarsi con riferimento alla revoca dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori (scilicet del provvedimento favorevole al privato), in quanto fatto (potenzialmente) generatore di responsabilità precontrattuale in capo all'ente appaltante. Revoca che l'amministrazione comunale nel caso di specie aveva disposto in esecuzione di una sentenza di annullamento pronunciata su ricorso presentato dall'unico altro concorrente in gara e motivata in ragione dell'ambigua formulazione delle clausole del bando, da cui era scaturita l'esclusione dell'impresa ricorrente.

Sul punto, ravvisata l'esistenza di orientamenti confliggenti, la questione è stata deferita alla Plenaria. In effetti, a un indirizzo che tradizionalmente negava in circostanze siffatte la configurabilità di un danno ingiusto, in considerazione della non spettanza (giudizialmente accertata) del bene della vita ambito dal

ricorrente, si contrapponeva una corrente favorevole a riconoscerne la risarcibilità, pur corredandola dell'onere in capo al danneggiato di fornire esaustiva prova di tutti gli elementi costitutivi della domanda di ristoro patrimoniale ex art. 2697 c.c.

Per quanto concernente l'*an* della sussistenza di un legittimo affidamento, l'orientamento valorizzato dalla Sezione rimettente – è nel senso di escludere qualsivoglia aspettativa qualificata in capo all'impresa, sul presupposto secondo cui «la soccombenza in sede giurisdizionale non può mai ridondare in una lesione di un affidamento legittimo».

Così opinando, sul versante del collegamento con il potere, la Sezione remittente reitera in sostanza il ragionamento teso a mantenere nettamente separate – in quanto divergenti sul piano causale – le fattispecie di lesioni promananti da un atto (*id est*, annullamento giurisdizionale) da quelle generate da meri comportamenti. Distinzione ripresa altresì dalla pronuncia in commento come si dirà infra.

Con riferimento al primo dei quesiti deferiti, il massimo Consesso amministrativo ancora la risposta affermativa aderendo al solido impianto argomentativo e concettuale costruito in sede nomofilattica già con la Plenaria n. 6/2005, riecheggiata più di recente dalla n. 5 del 2018. I precedenti appena ricordati destano notevole interesse giacché per la prima volta paiono superarsi alcuni dogmi classici della giurisprudenza amministrativa.

Le due pronunce da ultimo richiamate, difatti, riconoscono la possibilità di invocare, pure a fronte di revoca legittima della gara, una responsabilità precontrattuale in capo all'amministrazione – quale responsabilità da comportamento illecito che non necessariamente si traduce in provvedimenti illegittimi – coerentemente con il principio secondo cui «le regole di legittimità amministrativa e quelle di correttezza operano su piani distinti».

Da siffatto principio deriva altresì che, non intercorrendo tra i due ordini di regole alcun rapporto di pregiudizialità, «l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni».

Una volta acclarata la riconducibilità dell'operato dell'amministrazione – quand'anche essa agisca in applicazione dei moduli autoritativi ed impersonali propri dell'evidenza pubblica – al novero dei precetti comportamentali codificati dall'art. 1337 c.c. e ravvisato nelle forme della responsabilità precontrattuale il solo grimaldello idoneo a scardinare la potenziale irresponsabilità delle stazioni appaltanti nella fase pubblicistica delle procedure competitive, l'A.P. focalizza l'attenzione sul concetto di affidamento.

Recenti e consolidate ricostruzioni giurisprudenziali hanno elevato l'istituto a situazione giuridica soggettiva autonoma tutelabile attraverso il rimedio del risarcimento del danno, fermo che proprio la tutela dell'affidamento rappresenta principio generale regolatore dell'*agere* amministrativo.

L'istituto dell'affidamento è classicamente declinato anche in termini di criterio interpretativo delle dichiarazioni negoziali, allo scopo di conformare le vicende relative alla circolazione dei beni all'impronta solidaristica e adeguare, sul piano delle regole di validità degli atti, l'assetto di interessi all'apparenza creata da fatti, comportamenti o dichiarazioni.

Nell'ambito del diritto amministrativo, la nozione trova il proprio avallo normativo nella previsione scolpita dall'art. 1, comma 2-bis della l. n. 241/90. La norma anzidetta – valorizzando la dimensione partecipativa del procedimento – estende i doveri di correttezza e buona fede alla attività dell'amministrazione (tanto in sede procedimentale quanto provvedimento).

Da ciò, la Plenaria considera siffatti obblighi valevoli a far sorgere aspettative in capo al privato e soggiunge – dirimendo un altro rilevante aspetto, giacché foriero di

notevoli criticità interpretative – che consimili aspettative possano sorgere «non solo in caso di atto legittimo, come nella fattispecie decisa dall'Adunanza plenaria nelle sopra menzionate sentenze...ma anche nel caso di atto illegittimo, poi annullato in sede giurisdizionale».

Date le suesposte premesse, l'A.P. enuncia quindi il seguente principio di diritto: «nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato...non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica...ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi». Ne deriva che, caducata l'aggiudicazione, residua il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa, prima graduata, ravvisabili, dapprima, nella "possibilità" di diventare affidataria del contratto e in un secondo momento (sopraggiunta l'aggiudicazione) nella disponibilità di un titolo che la abilita ad accedere alla stipula del contratto medesimo.

Il secondo dei quesiti investe le condizioni di accesso alla tutela risarcitoria. Invero, si tratta di stabilire se l'amministrazione, nell'adottare un provvedimento favorevole al privato, assuma una obbligazione di risultato – preordinata a far conseguire stabilmente il bene della vita all'interessato – o piuttosto una obbligazione di mezzi, traducibile quale dovere di fare tutto il possibile per farglielo conseguire, entro i limiti imposti dalla buona fede.

Orbene, per comune acquisizione del diritto civile, la tutela risarcitoria per responsabilità precontrattuale si atteggia a presidio del più generale interesse di ordine economico a che sia assicurata la serietà dei contraenti nelle attività preparatorie e prodromiche al perfezionamento del vincolo negoziale. Lo stesso dicasi per la responsabilità precontrattuale applicata al procedimento pubblicistico, che costituisce parte integrante delle trattative e non si colloca al di fuori di esse, come riteneva l'ormai superata concezione binaria dell'evidenza pubblica.

Leggendo in maniera sistematica i principali orientamenti della giurisprudenza sia amministrativa che civile sul tema, la Plenaria evidenzia che, affinché l'affidamento sia qualificabile come legittimo, occorre che il livello di definizione delle trattative abbia reso la conclusione del contratto uno "sbocco prevedibile".

Nel caso specifico della procedura di gara non assume rilievo dirimente l'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, bensì il concreto grado di sviluppo raggiunto dalla singola procedura al momento della revoca.

Tali coordinate consentono alla Plenaria di meglio perimetrare i tratti caratterizzanti l'affidamento meritevole di tutela. In primo luogo, deve essere "ragionevole" e non inficiato da colpa. Diversamente, la conoscenza o conoscibilità di una causa di invalidità del contratto "delegittimerebbe" il concorrente a confidare nella positiva

conclusione delle trattative. Inoltre, pur temperando l'approccio assolutizzante della Sezione rimettente – improntato a una logica automatistica – la Plenaria prende atto che l'elemento della colpevolezza dell'affidamento è diversamente modulabile a seconda che l'annullamento dell'aggiudicazione sia disposto d'ufficio dall'amministrazione ovvero in sede giurisdizionale. Ipotesi quest'ultima contraddistinta dal fatto che il beneficiario assume la qualità di controinteressato nel giudizio di annullamento ed è posto nelle condizioni non solo di conoscere la possibile illegittimità degli atti amministrativi e prevedere il conseguente annullamento del provvedimento a sé favorevole ma anche di avversare l'altrui ricorso. Il che non impedisce a priori il configurarsi di un affidamento tutelabile ma implica che sia ipotizzabile solo prima della notifica dell'atto introduttivo del giudizio.

Trasposte nel caso concreto le surriferite direttrici ermeneutiche, la Plenaria esclude qualsivoglia addebito di responsabilità in capo al Comune, atteso che l'originaria aggiudicataria definitiva, in qualità di controinteressata nel giudizio di annullamento, «oltre ad acquisire consapevolezza della caducità del provvedimento conclusivo a sé favorevole, ha inoltre potuto difendere la legittimità delle clausole del bando di gara che hanno comportato l'esclusione dell'altro concorrente».

Legittimazione ad agire e interesse al ricorso per l'impugnazione di titolo edilizio rilasciato a terzi

Argomento: urbanistica

(Cons. St., Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“FATTO

[...] la sezione si interroga se, per impugnare i titoli edilizi altrui, il requisito della *vicinitas*, inteso quale stabile collegamento tra il ricorrente e l'area dove si trova il bene oggetto del titolo in contestazione, sia sufficiente a fondare insieme la legittimazione ad agire e l'interesse al ricorso, quali condizioni dell'azione di annullamento. [...].

DIRITTO

1. Le numerose questioni sollevate dal Consiglio di giustizia sottopongono all'esame dell'Adunanza plenaria il tema della tutela del terzo a fronte di atti ampliativi della sfera di altri soggetti, nel caso di specie al cospetto di un titolo edilizio espresso [...].

[...] Quello dell'interesse, oppositivo, ad impedire o comunque a contrastare un atto ampliativo della sfera di altri soggetti costituisce una delle tre principali figure più comunemente discusse nello studio della legittimazione al ricorso nel processo amministrativo, per differenziare la posizione dei soggetti legittimati da quella della generalità dei consociati.

Limitando il discorso alla tutela dell'interesse legittimo e data in premessa la distinzione tra interessi oppositivi e interessi pretensivi, le altre due figure corrispondono, come noto, all'interesse, oppositivo, ad impedire un atto restrittivo nella propria sfera giuridica (esempio paradigmatico quello dei provvedimenti ablatori) e all'interesse, in questo caso pretensivo, a contestare il diniego ovvero il rifiuto di un atto ampliativo della propria sfera vanamente richiesto dallo stesso interessato (ad esempio il rifiuto di un'autorizzazione o di una concessione).

Nella seconda e nella terza figura l'individuazione di un interesse differenziato, e con essa il riconoscimento della legittimazione a ricorrere, è certamente agevolata dall'essere il soggetto “legittimato” destinatario di un provvedimento che – privandolo di un bene che prima aveva o negandogli un bene che non aveva e che aveva richiesto - lo lede direttamente e, prima ancora, parte necessaria del procedimento amministrativo che l'ha preceduto. Nel primo caso invece, laddove procedimento e provvedimento non contemplino il soggetto terzo, il problema che da sempre si pone è quello di stabilire se l'interesse di costui a contrastare un atto ampliativo della sfera altrui sia effettivamente qualificato e differenziato, rispetto all'interesse della generalità, e in base a quali criteri.

[...] Nella realtà delle cose è raro che la norma attributiva del potere, occupata a definire presupposti, forme e modi dell'esercizio del potere amministrativo, menzioni (tutti) gli interessi privati qualificabili come legittimi; sicché il criterio materiale, incentrato sulla dinamica procedimentale e sull'evidenza provvedimento, svolge un ruolo determinante ed è quello più comunemente praticato.

2. Dove procedimento e provvedimento non siano di particolare ausilio, in quanto il terzo non vi ha partecipato e l'atto finale di lui non fa menzione, può essere rilevante l'elemento fisico-spaziale della vicinitas, intesa quale stabile collegamento tra un determinato soggetto e il territorio o l'area sul quale sono destinati a prodursi gli effetti dell'atto contestato.

Tale criterio di differenziazione - che la giurisprudenza applica, anche, in materia urbanistica, ambientale, nelle attività economiche (con particolare riguardo alle autorizzazioni di commercio), con una serie di specificità - si è andato affermando in primo luogo in ambito edilizio, all'indomani della legge 765 del 1967, cd. legge ponte [...].

[...] 3. E' al lume di queste premesse che la Plenaria reputa che debba esaminarsi la completa ricostruzione del quadro giurisprudenziale offerta nella sentenza del CGA, dove si dà atto (al punto 39 della motivazione) di un orientamento maggioritario, per cui la vicinitas quale criterio idoneo a legittimare l'impugnazione di singoli titoli edilizi assorbe in sé anche il profilo dell'interesse al ricorso; e di un secondo indirizzo per cui la vicinitas da sola non basta a fondare anche l'interesse, dovendo il ricorrente fornire la prova concreta di un pregiudizio sofferto.

[...] 5. Sempre nella riflessione dottrinale sulle condizioni dell'azione l'autonomia della nozione dell'interesse al ricorso, rispetto a quella della legittimazione, è un dato oramai acquisito, nonostante i dubbi di carattere teorico sollevati in passato [...].

[...] 6. Con specifico riferimento alla vicinitas, in ambito edilizio-urbanistico, dove la "qualificazione" dell'interesse del terzo può farsi discendere in ultimo dall'art. 872 c.c., dopo l'abrogazione dell'art. 31 della legge urbanistica ad opera dell'art. 136, comma 1, lett. a) del d.p.r. 380/2001, il discorso va ora ricondotto entro gli schemi generali ricavabili dal c.p.a..

Il ragionamento intorno all'interesse al ricorso, inteso come uno stato di fatto, si lega quindi necessariamente all'utilità ricavabile dalla tutela di annullamento e dall'effetto ripristinatorio; utilità che a sua volta è in funzione e specchio del pregiudizio sofferto. Tale pregiudizio, riprendendo quanto in precedenza accennato al punto 2, a fronte di un intervento edilizio *contra legem* è rinvenuto in giurisprudenza, non senza una serie di varianti, nel possibile deprezzamento dell'immobile, confinante o comunque contiguo, ovvero nella compromissione dei beni della salute e dell'ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata. Si può discutere se tali beni siano il risultato della scomposizione di un unico interesse per così dire riassuntivo, quello alla qualità dell'insediamento abitativo (espressione presente già nella ricordata sentenza 523/1970), o se debbano essere considerati per forza atomisticamente, sull'assunto che non sarebbe dato un interesse inerente all'insediamento abitativo come tale.

[...] 7. Tornando a ragionare sul piano generale, l'interesse ad agire dovrebbe ad esempio escludersi nei casi in cui il titolo edilizio impugnato fosse affetto da vizi solamente formali o procedurali, sicuramente emendabili, quand'anche ne fosse possibile l'annullamento, quindi senza che a tale annullamento possa seguire l'applicazione di una qualunque sanzione; o, ancora più in radice, laddove al rilascio illegittimo del titolo edilizio non fosse poi seguita alcuna attività e nel frattempo fosse maturato il termine di decadenza del permesso.

[...] 9. Sulla base di tutto quanto finora considerato possono quindi essere formulati i principi di diritto sulle questioni deferite ai sensi dell'art. 99, comma 1, cod. proc. amm. all'Adunanza plenaria dal Consiglio di giustizia, al quale la causa va restituita ai sensi del comma 4 della medesima disposizione:

a) Nei casi di impugnazione di un titolo autorizzatorio edilizio, riaffermata la distinzione e l'autonomia tra la legittimazione e l'interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario che il giudice accerti,

anche d'ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della *vicinitas*, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo ed in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato;

b) L'interesse al ricorso correlato allo specifico pregiudizio derivante dall'intervento previsto dal titolo autorizzatorio edilizio che si assume illegittimo può comunque ricavarsi dall'insieme delle allegazioni raccolte nel ricorso;

c) L'interesse al ricorso è suscettibile di essere precisato e comprovato dal ricorrente nel corso del processo, laddove il pregiudizio fosse posto in dubbio dalle controparti o la questione rilevata d'ufficio dal giudice, nel rispetto dell'art. 73, comma 3, c.p.a.;

d) Nelle cause in cui si lamenti l'illegittimità del titolo autorizzatorio edilizio per contrasto con le norme sulle distanze tra le costruzioni imposte da leggi, regolamenti o strumenti urbanistici, non solo la violazione della distanza legale con l'immobile confinante con quello del ricorrente, ma anche quella tra detto immobile e una terza costruzione può essere rilevante ai fini dell'accertamento dell'interesse al ricorso, tutte le volte in cui da tale violazione possa discendere con l'annullamento del titolo edilizio un effetto di ripristino concretamente utile, per il ricorrente, e non meramente emulativo”.

Nota a cura di Serena Cosentino.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è stata chiamata a chiarire quando e in che misura l'interesse del terzo a contrastare un atto amministrativo ampliativo dell'altrui sfera giudica sia effettivamente qualificato e differenziato rispetto all'interesse della generalità e sia, pertanto, idoneo a legittimare l'azione in giudizio. In particolar modo, nei casi in cui il terzo non abbia preso parte al procedimento e non sia fra i destinatari del provvedimento, viene in rilievo, nel settore edilizio-urbanistico e in quello ambientale, quale criterio idoneo a legittimare l'azione, la *vicinitas* intesa come “*stabile collegamento tra un determinato soggetto e il territorio o l'area sul quale sono destinati a prodursi gli effetti dell'atto contestato*”.

Parte della giurisprudenza ha affermato che la *vicinitas* è criterio idoneo a legittimare l'impugnazione del titolo edilizio assorbendo in sé il profilo dell'interesse al ricorso. Tale posizione nasce dalla previsione normativa dell'art. 10 c. 9 della legge Ponte n. 765/1967 che novellava l'art. 31 della Legge Urbanistica n. 1150/1942 prevedendo che “*Chiunque può prendere visione presso gli uffici comunali, della licenza edilizia e dei relativi atti di progetto e ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione*”.

Come rilevato dalla sentenza in commento, poiché obiettivo del legislatore era quello di porre rimedio al dilagare del fenomeno dell'abusivismo edilizio, si affermò l'idea che “*la legge avesse ora previsto che davvero chiunque potesse ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia altrui quando in contrasto con leggi, regolamenti e prescrizioni urbanistiche*”. La giurisprudenza del tempo (poi consolidatasi con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria 23/1977), in realtà, esclude che potesse rinvenirsi nella citata disposizione una ipotesi di azione popolare valorizzando un criterio di legittimazione all'azione piuttosto elastico legato alla *vicinitas*.

Per verificare se la *vicinitas* sia effettivamente criterio da solo idoneo a legittimare l'azione senza necessità di verificare l'esistenza di uno specifico interesse è necessaria una riflessione più attenta su detti presupposti processuali.

In particolare la *legitimatio ad causam* ha la funzione di permettere in astratto la preventiva selezione dei soggetti che hanno il legittimo diritto di promuovere l'esercizio della giurisdizione e che abbiano un diritto o interesse da tutelare: riguarda quindi la titolarità effettiva e reale delle posizioni giuridiche dedotte in giudizio.

L'interesse ad agire trova invece fondamento nell'art. 100 c.p.c. in base al quale *“per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse”* e si sostanzia nella concretezza e attualità della lesione e del vantaggio, anche solo potenziale, derivante dalla pronuncia nel merito della controversia. È pacifico che detto vantaggio possa essere tanto patrimoniale quanto morale.

Nel codice del processo amministrativo manca una norma sulle condizioni generali dell'azione ma la disciplina processual-civilistica è applicabile al processo amministrativo in base al rinvio esterno operato dall'art. 39 c.p.a.. Naturalmente non può non tenersi in debita considerazione la struttura del processo amministrativo, non più oggi processo sull'atto, ma giudizio sul rapporto volto ad accertare la pretesa al bene della vita.

In tale contesto l'interesse ad agire, attraverso il filtro dell'art. 100 c.p.c., trova ulteriore specifica disciplina in alcune norme di dettaglio: l'art. 13 c.p.a., nella parte in cui fa riferimento al *“provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere”*, l'art. 35 c.p.c. che contempla l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, l'art. 31 c.p.a. che attribuisce a chi ha interesse il potere di chiedere l'accertamento dell'obbligo della p.a. di provvedere, l'art. 34 c.3 c.p.a. che disciplina l'ipotesi in cui l'annullamento del provvedimento non è più utile per il ricorrente.

Inoltre, mentre il diritto soggettivo è una posizione giuridica di vantaggio riconosciuta direttamente dalla legge, l'interesse legittimo è una situazione di vantaggio che dipende dall'intermediazione provvedimento dell'amministrazione, con la conseguenza che diritti e interessi trovano nell'ordinamento una diversa tutela. Nel giudizio civile, infatti, *“ai fini dell'accesso al giudice è sufficiente la mera affermazione di una titolarità astratta del diritto soggettivo, posto che la sussistenza del diritto coincide in sede di merito con il riconoscimento del titolo alla pretesa riparatrice. Nel processo amministrativo, invece, la sussistenza nel concreto dell'interesse legittimo “serve” da condizione legittimante l'accesso”*, ma non è, in quanto tale, sufficiente in sede di merito, ove diviene oggetto di verifica la modalità di esercizio del potere. Inoltre, come rilevato dalla sentenza in commento, *“nella realtà delle cose è raro che la norma attributiva del potere, occupata a definire presupposti, forme e modi dell'esercizio del potere amministrativo, menzioni (tutti) gli interessi privati qualificabili come legittimi”* e, ancora, nell'ambito edilizio-urbanistico *“il ragionamento intorno all'interesse al ricorso, inteso come uno stato di fatto, si lega quindi necessariamente all'utilità ricavabile dalla tutela di annullamento e dall'effetto ripristinatorio; utilità che a sua volta è in funzione e specchio del pregiudizio sofferto. Tale pregiudizio [...] a fronte di un intervento edilizio contra legem è rinvenuto in giurisprudenza, [...] nel possibile deprezzamento dell'immobile confinante o comunque contiguo, ovvero nella compromissione dei beni della salute e dall'ambiente”*.

Ritenere che la *vicinitas* sia in grado, da sola e in maniera automatica, di soddisfare l'interesse al ricorso rischia di trasformare la giurisdizione amministrativa in una giurisdizione “oggettiva” quando, invece, il processo è volto a tutelare l'interesse del privato in concreto e non a garantire in astratto la legittimità e legalità dell'azione amministrativa.

Si consideri ad esempio che quando il legislatore ha voluto offrire una protezione più intensa all'ambiente, inteso come interesse superindividuale che riguarda l'intera collettività, lo ha fatto espressamente annoverando le regioni e gli enti locali (art. 309 c. 1 T.u. ambiente) e le organizzazioni non governative che

promuovono la protezione dell'ambiente, di cui all'art. 13 l. 349/1986, tra i soggetti legittimati a presentare denunce e osservazioni concernenti qualsiasi caso di danno ambientale al Ministero dell'ambiente (art. 309 c. 2 T.U. ambiente). In tali ipotesi emerge l'esistenza di una situazione giuridica da cui scaturiscono poteri e interessi che si irradiano in maniera uniforme verso un'ampia categoria di soggetti e in cui interesse e legittimazione nascono anche dal far parte di una categoria indicata dalla legge.

Non si può, tuttavia, affermare l'esistenza di una azione popolare al di fuori dei casi previsti dalla legge, ecco perché, nei casi di impugnazione di un titolo edilizio, *“affermata la necessità di distinzione e l'autonomia tra la legittimazione e l'interesse al ricorso quali condizioni dell'azione, è necessario che il giudice accerti, anche d'ufficio, la sussistenza di entrambi e non può affermarsi che il criterio della vicinitas, quale elemento di individuazione della legittimazione, valga da solo e in automatico a dimostrare la sussistenza dell'interesse al ricorso, che va inteso come specifico pregiudizio derivante dall'atto impugnato”*. Inoltre *“lo specifico pregiudizio derivante dall'intervento edilizio che si assume illegittimo, e che è necessario sussista, può comunque ricavarsi, in termini di prospettazione, dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso, suscettibili di essere precisate e comprovate laddove il pregiudizio fosse posto in dubbio dalle controparti o dai rilievi del giudicante, essendo questione rilevabile d'ufficio nel rispetto dell'art. 73 c.3 c.p.a. e quindi nel contraddittorio fra le parti”*.

La sentenza in commento afferma, infine, un principio collegato al caso concreto e cioè all'ipotesi in cui il titolo edilizio venga impugnato per la violazione delle distanze tra le costruzioni imposte dalla legge ed in particolare, fra l'immobile oggetto del titolo edilizio ed una terza costruzione non di proprietà del ricorrente. Anche in tali ipotesi il terzo può avere un interesse all'azione quando dall'annullamento derivi un effetto di ripristino concretamente utile e non meramente emulativo.

La sostituzione della mandante e della mandataria consentite anche in fase di gara

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., Ad. Plen., 25 gennaio 2022, n. 2)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“8. L’Adunanza Plenaria ritiene che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all’art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici) da parte del mandatario o di una delle mandanti, è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l’art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice.

Ne consegue che, laddove si verifichi la predetta ipotesi di perdita dei requisiti, la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento e, laddove questo intenda effettuare una riorganizzazione del proprio assetto, onde poter riprendere la partecipazione alla gara, provveda ad assegnare un congruo termine per la predetta riorganizzazione.

[...] occorre ricordare che i commi 17 e 18 [dell’art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016], nella loro originaria formulazione, si occupavano di specifiche sopravvenienze, quali la sottoposizione a procedura concorsuale (fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione), ovvero, nel caso di imprenditore individuale, la morte, l’interdizione e l’inabilitazione, ovvero ancora i “casi previsti dalla normativa antimafia”.

In tali ipotesi, le disposizioni predette consentivano, rispettivamente, la prosecuzione del rapporto di appalto con altro operatore in qualità di mandatario, purché in possesso dei requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire e, nel caso di sopravvenienza relativa ad una delle mandanti, consentivano l’indicazione da parte del mandatario di altro operatore economico subentrante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, prevedendo altresì che, in caso di mancata indicazione, fosse lo stesso mandatario tenuto all’esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché in possesso dei requisiti adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

Il riferimento, in entrambe le disposizioni, ai “lavori ancora da eseguire” rendeva chiaro – come sottolinea anche l’ordinanza di rimessione – “che la fase cui le disposizioni avevano riguardo era quella di esecuzione del contratto di appalto”.

A fronte di ciò, l’art. 32, comma 1, lett. h) del d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56 ha introdotto nel testo dell’art. 48, per quel che interessa nella presente sede, due modifiche:

- la prima nei commi 17 e 18, aggiungendo alle sopravvenienze già ivi presenti anche il “caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all’art. 80”;

- la seconda, consistente nell'introduzione del comma 19-ter, il quale prevede che "le previsioni di cui ai commi 17, 18 e 19 trovano applicazione anche laddove le modifiche soggettive ivi contemplate si verifichino in fase di gara".

Per un verso, dunque, il riferimento espresso al "corso dell'esecuzione", contenuto nei commi 17 e 18, farebbe propendere per ritenere l'ipotesi di "perdita dei requisiti di cui all'art. 80", come limitata ad una sopravvenienza che si verifichi in quella fase; per altro verso, l'ampia dizione del comma 19-ter rende applicabili tutte le modifiche soggettive contemplate dai commi 17 e 18 (quindi anche la predetta "perdita dei requisiti di cui all'art. 80"), anche in fase di gara.

11.2. Tale contraddizione o incompatibilità tra norme, sussumibile nella fattispecie generale dell'"antinomia normativa", risulta ancora più problematica per l'interprete, attesa la contestualità temporale delle disposizioni che le prevedono, riferibili ed introdotte dalla medesima fonte.

Ciò rende l'antinomia non risolvibile applicando normali criteri interpretativi, quali il criterio gerarchico ovvero il criterio della competenza della fonte, ovvero ancora i criteri cronologico o temporale o quello di specialità, trattandosi in questo caso di introduzione di norme per il tramite della medesima fonte.

Né particolari elementi utili all'interprete possono essere ricavati, in applicazione dell'art. 12 disp. prel. cod. civ., dalla lettera delle disposizioni, ovvero dalla "volontà del legislatore".

Quanto alla lettera delle disposizioni, essa non si presenta particolarmente "affidabile", tale cioè da poter desumerne un senso "fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse", non essendo in particolare coordinati gli enunciati introdotti dal d. lgs. n. 56 del 2017 con quelli originari del Codice; e di ciò costituisce dimostrazione, oltre ad altri casi non rilevanti nella presente sede, lo stesso intervento interpretativo effettuato da questa Adunanza Plenaria con la propria sentenza n. 10/2021.

12. L'Adunanza Plenaria ritiene che l'antinomia evidenziata possa e debba essere superata (come è noto, non ammettendo l'ordinamento lacune), attraverso il ricorso ad altre considerazioni, riconducibili ai principi di interpretazione secondo ragionevolezza ovvero secondo Costituzione (o costituzionalmente orientata), cui peraltro lo stesso criterio di ragionevolezza (riferibile all'art. 3 Cost.) si riporta.

A tali fini, giova innanzi tutto osservare come una interpretazione che escluda la sopravvenienza della perdita dei requisiti ex art. 80 in fase di gara, per un verso introdurrebbe una disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze non ragionevolmente supportata; per altro verso, perverrebbe ad un risultato irragionevole nella comparazione in concreto tra le diverse ipotesi, poiché sarebbe consentita la modificazione del raggruppamento in casi che ben possono essere considerate più gravi – secondo criteri di disvalore ancorati a valori costituzionali che l'ordinamento deve tutelare, come certamente quella inerente a casi previsti dalla normativa antimafia - rispetto a quelli relative alla perdita di requisiti di cui all'art. 80.

[...] Se uno dei principi fondamentali in tema di disciplina dei contratti con la pubblica amministrazione - tale da giustificare la previsione stessa del raggruppamento temporaneo di imprese - è quello di consentire la più ampia partecipazione delle imprese, in condizione di parità, ai procedimenti di scelta del contraente (e dunque favorirne la potenzialità di accedere al contratto, al contempo tutelando l'interesse pubblico ad una maggiore ampiezza di scelta conseguente alla pluralità di offerte), una interpretazione restrittiva della sopravvenuta perdita dei requisiti ex art. 80, a maggior ragione perché non sorretta da alcuna giustificazione non solo ragionevole, ma nemmeno percepibile, finisce per porsi in contrasto sia con il principio di eguaglianza, sia con il principio di libertà economica e di par condicio delle imprese

nei confronti delle pubbliche amministrazioni (come concretamente declinati anche dall'art. 1 della l. n. 241/1990 e dall'art. 4 del codice dei contratti pubblici).

Ed infatti, come condivisibilmente affermato dall'ordinanza di rimessione, “nessuna delle ragioni che sorreggono il principio di immodificabilità della composizione del raggruppamento varrebbero a spiegare in maniera convincente il divieto di modifica per la perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 in sede di gara: non la necessità che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare la gara e a stipulare il contratto con un soggetto del quale non abbia potuto verificare i requisiti, in quanto, una volta esclusa dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 10 del 2021 la c.d. sostituzione per addizione, tale evenienza non potrà giammai verificarsi quale che sia la vicenda sopravvenuta per la quale sia venuto meno uno dei componenti del raggruppamento; né la tutela della par condicio dei partecipanti alla procedura di gara, che è violata solo se all'uno è consentito quel che all'altro è negato”.

Nel caso in esame, quindi, l'antinomia trova soluzione inquadrando il caso concreto e le norme antinomiche ad esso applicabili nel più generale contesto dei principi costituzionali ed eurounitari, fornendo una interpretazione che renda applicabile una sola di esse in quanto coerente con detti principi, e che consente una regolazione del caso concreto con essi compatibile.

In tal modo, l'interpretazione determina – in presenza di norme incompatibili ma provenienti da fonti di pari livello e contestualmente introdotte dalla medesima fonte – la applicazione di una sola di esse (quella, appunto, compatibile con le fonti sovraordinate della Costituzione e del diritto dell'Unione Europea) e la non applicazione dell'altra, recessiva perché contraria ai più volte richiamati principi.

Tale operazione interpretativa – lungi dal porsi come inedita “costruzione giuridica” – costituisce, per un verso (sia pure in presenza di due norme incompatibili e non di una sola con riferimento ad un caso da esse disciplinato) solo una più articolata applicazione del metodo di interpretazione secondo Costituzione; per altro verso, costituisce metodo interpretativo non del tutto ignoto allo stesso legislatore ordinario, laddove questi prevede (art. 15 disp. prel. cod. civ.) la possibile abrogazione di norme “per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti”. Se vi è, dunque, la possibilità di verificare l'intervenuta abrogazione di una norma rimettendo al giudice/interprete la verifica della incompatibilità tra due norme temporalmente successive, non sembrano sussistere impedimenti a che la medesima operazione possa riguardare norme incompatibili non successive ma coeve.

E ciò anche in attuazione del “principio di coerenza” dell'ordinamento giuridico, che impone il superamento delle antinomie, rimettendo all'interprete, chiamato ad individuare ed applicare la regola di diritto al caso concreto, di verificare le possibilità offerte dall'interpretazione, senza necessariamente (e prima di) evocare l'intervento del giudice delle leggi.

13. Il riconoscimento della possibilità di modificare (in diminuzione) il raggruppamento temporaneo di imprese, anche nel caso di perdita sopravvenuta dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice dei contratti, determina che, laddove si verifichi un caso riconducibile a tale fattispecie, la stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990 e all'art. 4 d. lgs. n. 50/2016, debba interpellare il raggruppamento (se questo non abbia già manifestato la propria volontà) in ordine alla volontà di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, al fine di rendere possibile la propria partecipazione alla gara.

In modo non dissimile da quanto avviene ai fini del soccorso istruttorio, la stazione appaltante concederà un termine ragionevole e proporzionale al caso concretamente verificatosi, riprendendo all'esito l'ordinario procedimento di gara”.

La sentenza in commento risolve un importante contrasto giurisprudenziale in ordine alla possibilità di modifica dei raggruppamenti temporanei di imprese in caso di perdita dei requisiti di talune imprese partecipanti, in deroga al principio di immodificabilità degli RTI.

Con l'ordinanza del 18 ottobre 2021 n. 6959, la V° Sezione del Consiglio di Stato investiva l'Adunanza Plenaria dei seguenti quesiti:

- *“se sia possibile interpretare l'art. 48, commi 17, 18 e 19 – ter d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara”;*
- e, in caso di esito positivo del primo quesito, *“precisare la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire”*, in particolare se *“la stazione appaltante sia tenuta, anche in questo caso, ed anche qualora abbia già negato la autorizzazione al recesso che sia stata richiesta dal raggruppamento per restare in gara avendo ritenuto intervenuta la perdita di un requisito professionale, ad interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere la propria partecipazione alla gara”*.

Come noto, l'art. 48 comma 9 del Codice dei contratti pubblici enuncia il c.d. principio di immodificabilità dei Raggruppamenti Temporanei di Imprese, secondo cui *“è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta”*.

Le ragioni di siffatto divieto sono state chiaramente spiegate dalla sentenza della Adunanza Plenaria n. 10/2021: innanzitutto, il divieto in parola mira ad evitare che la stazione appaltante si trovi ad aggiudicare o stipulare il contratto con soggetti per i quali non abbia preliminarmente verificato il possesso dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria (al riguardo, si veda anche A.P. sent. n. 8/2012); inoltre, il divieto risponderebbe anche ad un'esigenza di tutela della *par condicio competitorum* rispetto ai concorrenti che non partecipino alla gara in forma associata, non potendo questi essere sostituiti. Da ultimo, il principio di immodificabilità sarebbe altresì finalizzato ad evitare che le modifiche successive siano funzionali ad eludere il possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica.

Tanto chiarito, il Consiglio di Stato, nel motivare la soluzione elaborata dalla sentenza in commento, ha innanzitutto ricordato che il principio di immodificabilità è temperato dalle previsioni di cui ai commi 17,18 e 19 del medesimo articolo 48, che permettono, a determinate condizioni, la modifica del raggruppamento; tali disposizioni consentirebbero *“esclusivamente la modificazione “in diminuzione”*.

In proposito, il Supremo consesso ha ribadito l'inaammissibilità della c.d. modifica in aggiunta, che si verificherebbe con *“l'introduzione nella compagine di un soggetto ad essa esterna”*, trattandosi di *“una deroga non consentita al principio della concorrenza perché ammette ad eseguire la prestazione un soggetto che non ha preso parte alla gara”*.

È stata poi preliminarmente affrontata la questione della rilevanza del diniego di autorizzazione al recesso di cui al comma 19, in ordine alle previsioni di cui ai commi 17 e 18.

Inoltre è stato evidenziato come i commi 17 e 18 disciplinino fattispecie diverse da quella di cui al comma 19: in particolare, mentre i commi 17 e 19 riguardano eventi sopravvenuti rispetto al momento di presentazione dell'offerta, il comma 19 delinea una modificazione derivante “*da una autonoma manifestazione di volontà di recedere dal raggruppamento stesso*”, in mancanza di uno di quei fatti espressamente elencati dai commi 17 e 18.

Pertanto, il Consiglio di Stato, nel delimitare la questione centrale della vicenda, ha specificato che il diniego di cui al comma 19 non assume alcuna rilevanza per le ipotesi elencate ai commi 17 e 18, stante l'ontologica diversità tra le fattispecie considerate.

Al riguardo, va rammentato che, in precedenza, una parte della giurisprudenza aveva sostenuto che il comma 19 *ter* estendesse la modifica soggettiva a tutte le vicende richiamate dai commi 17 e 18 dell'art. 48, anche in caso di perdita dei requisiti (si veda Cons. Stato III° Sez., 2245/2020). Tuttavia, la già ricordata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 10/2021 aveva espressamente limitato la sostituibilità dell'impresa mandataria alla “*sola fase di esecuzione*”, escludendola, invece, nella fase di gara.

L'ordinanza di rimessione n. 6959/2021 ha evidenziato come l'assunto secondo cui la sostituibilità debba operare limitatamente alla sola fase esecutiva del rapporto sia stato esplicitato solo incidentalmente e che, ad ogni modo, il rinvio espresso del comma 19 *ter* ai commi 17 e 18 (oltre che 19), comporti la possibilità di sostituzione degli operatori anche nella fase ad evidenza pubblica.

Ed in effetti, l'Adunanza Plenaria in commento, ha rilevato, nell'ambito della complessiva interpretazione dell'art. 48, l'esistenza di una antinomia normativa per la quale “*il riferimento espresso al “corso dell'esecuzione”*” di cui ai commi 17 e 18, circoscriverebbe la perdita dei requisiti di cui all'art. 80 ad una sopravvenienza che si verifichi durante l'esecuzione del contratto, mentre, al contrario, “*l'ampia dizione del comma 19-ter*” renderebbe applicabili “*tutte le modifiche soggettive contemplate dai commi 17 e 18*”, dunque anche in fase di gara. L'Adunanza Plenaria, tuttavia, precisa che la contraddizione tra le due norme non comporta una totale incompatibilità tra le stesse (antinomia c.d. assoluta), bensì meramente apparente, attesa “*la natura “generale” della norma espressa dal comma 19-ter e la natura “parziale”*” di cui ai commi 17 e 18.

Il Consiglio di Stato rammenta che, per una prima tesi, condivisa da una parte della giurisprudenza (Cons. Stato sez. V, 833/2021 e sez. III 5852/2021), il disposto di cui al comma 19 *ter* non sarebbe applicabile in caso di perdita dei requisiti, trattandosi di norme speciali che si riferiscono ad eventi che si verificano “*in corso di esecuzione*” del contratto. Secondo questa ricostruzione, diversamente opinando, si perverrebbe ad un'illogica interpretazione con “*effetto abrogativo*” dei commi 17 e 18.

Ed invero, la Plenaria esclude tale orientamento, perché una simile interpretazione si porrebbe in diretto contrasto con il dato letterale del comma 19 *ter*, il quale include espressamente le fattispecie di cui ai commi 17 e 18, senza escludere specificamente l'ipotesi della perdita dei requisiti.

In sostanza, tale orientamento presuppone un'operazione esegetica con la quale dapprima si estenderebbe il comma 19 *ter* alle varie ipotesi contemplate dai commi 17 e 18, e, successivamente, si escluderebbe la portata applicativa della predetta norma in caso di sopravvenuta mancanza di requisiti. In tal modo, l'interprete creerebbe *ex novo* una norma non ricavabile da alcun'altra disposizione.

Ciò premesso, l'Adunanza Plenaria ha invece affermato che la modifica soggettiva del raggruppamento “*è consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara*”. L'Adunanza Plenaria ha risolto l'evidenziata antinomia secondo un criterio di ragionevolezza, riferibile all'art. 3 Cost., in conformità ai principi costituzionali ed eurounitari, attraverso “*una interpretazione che renda applicabile una sola di esse in quanto coerente con detti principi*”.

Più nello specifico, l'Adunanza plenaria, in primo luogo, ha affermato che escludere la sopravvenuta perdita dei requisiti durante la fase di gara comporterebbe una irragionevole ed ingiustificata disparità di trattamento tra varie ipotesi di sopravvenienze.

Peraltro, la legge permette la modificazione del raggruppamento in casi ritenuti ben più gravi rispetto al venir meno dei requisiti per la partecipazione della gara: quindi, così ragionando, mentre la sostituzione sarebbe vietata in caso di perdita di requisiti, la modifica sarebbe ammessa, ad esempio, nelle fattispecie disciplinate dalla normativa antimafia. È evidente che una simile interpretazione rischierebbe di ingenerare situazioni di irragionevole disparità, non supportate da alcuna *ratio* giustificatrice.

Da ultimo, escludere la modifica durante lo svolgimento della gara comporterebbe un ulteriore esito paradossale per le altre imprese partecipanti al RTT: le stesse, infatti, risponderebbero della sopravvenuta mancanza dei requisiti di una di queste, configurando così una sorta di responsabilità oggettiva e verificandosi, inoltre, una fattispecie atipica di *“incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione”*. Invero, è evidente che una simile conclusione risulterebbe inammissibile, non solo perché siffatta ipotesi di incapacità a contrarre non è in alcun modo prevista da alcuna legge, ma anche per la diversa ragione secondo cui gli RTT non costituiscono un soggetto giuridico distinto rispetto alle singole imprese partecipanti, né rappresentano degli autonomi centri di imputazione giuridica e, pertanto, non può sussistere alcuna forma di responsabilità oggettiva in tale ipotesi.

Infine, riconosciuta la sostituibilità anche in fase di gara, la Plenaria conclude che *“la stazione appaltante, in ossequio al principio di partecipazione procedimentale, è tenuta ad interpellare il raggruppamento”*.

In particolare, l'Amministrazione è tenuta ad avviare un dialogo procedimentale con il raggruppamento nel rispetto dei principi generali di cui all'art. 1 l. 241/1990 e all'art. 4 d. lgs. 50/2016, verificando se quest'ultimo risulti disponibile a riorganizzazione il proprio assetto interno.

Amministratori e soci non sono legittimati a impugnare l'interdittiva antimafia dell'impresa

Argomento: interdittiva antimafia

(Cons. St., Ad. Plen., 28 gennaio 2022, n. 3)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“[...] DIRITTO

9. L'Adunanza Plenaria ritiene che gli amministratori ed i soci di una società destinataria di interdittiva antimafia non sono titolari di legittimazione attiva [...].

Ed infatti [...] non appare possibile, onde riconoscere la legittimazione attiva in sede processuale (ai fini del ricorso avverso tale provvedimento), argomentare in termini di “bilanciamento” del “sacrificio delle garanzie procedurali” ovvero di “compensazione” della “omessa garanzia del contraddittorio endo-procedimentale” per il tramite di un riconoscimento di legittimazione ad agire.

[...] ciò che rileva [...] è la individuazione della sussistenza (o meno) di una situazione soggettiva in capo agli amministratori ed ai soci della persona giuridica [...] non sussistendo, in caso contrario, né la legittimazione ad agire in giudizio né quella a partecipare al procedimento.

Né può essere obliato che, anche in sede di partecipazione procedimentale, la stessa legge n. 241 del 1990 – utilizzando un concetto di “pregiudizio” variamente riferito a diverse tipologie di “interesse” - conosce forme e livelli diversi di partecipazione in funzione di tutela nell'ambito del procedimento, riconoscendo:

- una partecipazione piena – quale forma di tutela “anticipata” in sede procedimentale delle proprie situazioni giuridiche – ai destinatari diretti del provvedimento [...];

- una ulteriore forma di partecipazione, riconosciuta a quei soggetti, portatori di interessi pubblici o privati “cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento”

E tali differenti forme di partecipazione procedimentale si riflettono su distinte situazioni in sede processuale, quali quella della legittimazione ad agire o a resistere, per un verso; ovvero dell'intervento (*ad adiuvandum* o *ad opponendum*), per altro verso. [...].

11.2. D'altra parte, il recente d.l. 6 novembre 2021 n. 152, nell'introdurre modifiche agli artt. 92 e 93 del d. lgs. n. 159/2011, prevede forme di partecipazione del soggetto destinatario del provvedimento di informazione antimafia interdittiva, disponendo che allo stesso venga data tempestiva comunicazione, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa ed assegnandogli un termine (non superiore a venti giorni) per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione.

[...] 12.1. Come si è innanzi affermato, dunque, la risposta al quesito sottoposto consiste nella individuazione della sussistenza (o meno) di una posizione soggettiva in capo agli amministratori ed ai soci della persona giuridica, con la conseguenza che, solo nel caso in cui tale posizione venga individuata ed abbia, in particolare, la consistenza di interesse legittimo, e questo subisca “pregiudizio” dall'esercizio del potere

amministrativo, su di essa potrà fondarsi la legittimazione ad agire in giudizio a tutela della posizione medesima, in piena attuazione degli articoli 24 e 113 Cost..

[...] Occorre ribadire, dunque, che la posizione di interesse legittimo (alla quale inerisce la legittimazione ad agire in sede processuale) presuppone ed esprime necessariamente una relazione intercorrente tra un soggetto che ha (o intende ottenere) una determinata utilità (riferita ad un “bene della vita”), e la pubblica amministrazione nell’esercizio di un potere ad essa attribuito dall’ordinamento giuridico, sia che tale utilità consista nel neutralizzare l’esercizio del potere amministrativo, a tutela di un patrimonio giuridico già esistente che verrebbe altrimenti compresso; sia se volta ad ottenere l’esercizio del potere amministrativo negato dall’amministrazione, attraverso il quale si intende(va) conseguire un ampliamento del proprio patrimonio giuridico.

[...] Alla luce di quanto sin qui esposto, può allora affermarsi che le caratteristiche di “personale” e “diretto”, che devono assistere l’interesse legittimo, svolgono, sul piano sostanziale, anche il ruolo di definire l’ambito della (possibile) titolarità della posizione giuridica, il riconoscimento e tutela della medesima da parte dell’ordinamento giuridico.

[...] Al contrario, laddove non è individuabile tale posizione, ma purtuttavia sono enucleabili generiche posizioni di interesse (anche derivanti da rapporti, quale che ne sia la fonte, intercorrenti tra soggetto in relazione con il potere amministrativo ed ulteriori soggetti), queste ultime – che ben possono ricevere indirettamente e/o di riflesso, un “pregiudizio”- legittimano i loro titolari a spiegare intervento in giudizio, ma non già ad impugnare autonomamente il provvedimento lesivo della sfera giuridica del soggetto con il quale intrattengono a diverso titolo rapporti giuridici.

[...] 13. Nel caso oggetto del presente giudizio, non può non rinvenirsi carenza di legittimazione attiva in capo agli amministratori ed ai soci della persona giuridica colpita da interdittiva antimafia.

[...] Più specificamente, con riferimento alla posizione degli appellanti nella presente sede, è la posizione degli stessi in rapporto alla persona giuridica/società per azioni che, alla luce di quanto innanzi esposto, esclude la loro legittimazione ad agire, non essendo individuabile una loro titolarità di interesse legittimo.

[...] Ma questo rapporto, estraneo alla relazione intersoggettiva tra destinatario dell’atto e pubblica amministrazione, è inidoneo a far sorgere situazioni di interesse legittimo e impedisce, quindi, di configurare sul piano processuale la legittimazione ad agire nei confronti del provvedimento di interdittiva antimafia. Ciò non significa che tale provvedimento non possa produrre “pregiudizi” sulla loro sfera giuridica, ma che, in ogni caso, questi ultimi non possono sorreggere la legittimazione ad impugnare, ma solo, nell’ambito del sindacato giurisdizionale di legittimità e ricorrendone i presupposti, un intervento in giudizio.

14. Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, l’Adunanza Plenaria formula il seguente principio di diritto: “gli amministratori ed i soci di una persona giuridica destinataria di interdittiva antimafia non sono titolari di legittimazione attiva all’impugnazione di tale provvedimento””.

Accesso agli atti in relazione a cartelle di pagamento: non è sufficiente rilasciare l'estratto di ruolo

Argomento: accesso agli atti

(Cons. St., Ad. Plen., 14 marzo 2022, n. 4)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“[...] DIRITTO

1. Oggetto della controversia è l'incompleto riscontro fornito da [...] a una richiesta dell'appellante avente a oggetto diciotto cartelle di pagamento. Il concessionario della riscossione ha ostenso la sola documentazione relativa alla notificazione, sul dichiarato presupposto che le cartelle fossero “estinte”, salvo che una, per la quale il medesimo ha rilasciato anche l'estratto di ruolo.

[...] 3. In sostanza, i dubbi che la Sezione rimettente sottopone a questa Adunanza possono enuclearsi nei due seguenti quesiti:

- a) se il concessionario possa essere esonerato dalla conservazione della copia della cartella di pagamento
- b) se la cartella, ai fini dell'accesso, possa essere surrogata dall'estratto di ruolo

4. Questa Adunanza ritiene anzitutto opportuno chiarire che la cartella di pagamento va considerata come documento amministrativo accessibile ai sensi dell'art. 22 della legge 241/90.

Può parimenti escludersi che la stessa rientri nell'area dei procedimenti tributari per i quali l'art. 24 della medesima fonte “esclude” l'accesso: la cartella di pagamento, infatti, presuppone la conclusione del procedimento tributario e rappresenta piuttosto il primo atto dell'esecuzione esattoriale. In ogni caso l'art. 24 cit. non esclude “tout court” l'accesso per gli atti del procedimento tributario, ma dispone che esso debba svolgersi secondo le “particolari norme che li regolano” [...].

[...] 5.1. La cartella ha, invero, una funzione composita che si riflette inevitabilmente sulla sua natura giuridica:

- a) da una parte è lo strumento che nel procedimento di esecuzione esattoriale serve a portare a conoscenza del contribuente, mediante notifica, l'esistenza del titolo esecutivo posto a base dell'esecuzione esattoriale e costituito dal ruolo. [...];
- b) dall'altro la cartella di pagamento incorpora anche il contenuto del “precetto” (tipico dell'esecuzione civile) [...];
- c) in alcuni peculiari e tassativi casi, inoltre, la cartella di pagamento può addirittura rivestire funzione impositiva in senso sostanziale, in tutto assimilabile ad un atto di accertamento [...].

5.2. Insomma, come rilevato dalle Sezioni Unite, in generale e salvo casi specifici, “la notifica della cartella assolve *uno actu* le funzioni che nella espropriazione forzata codicistica sono svolte dalla notificazione del titolo esecutivo ex art. 479 c.p.c. e dalla notificazione del precetto” (Cass., sez.un., 14 aprile 2020, n. 7822).

[...] 6. Tanto chiarito conviene subito soffermarsi sul tenore testuale dell'art. 26, quinto comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, poiché esso contiene la disposizione speciale che regola l'accesso alla cartella di pagamento.

[...] 6.1. Il dato testuale è chiaro: individua nel Concessionario l'amministrazione che deve conservare il documento e lo detiene ai fini dell'accesso, circoscrive temporalmente gli obblighi di conservazione, individua i titolari del diritto d'accesso nelle parti del rapporto tributario (contribuente e amministrazione). L'unico elemento di incertezza è costituito dall'alternativa che la stessa pone tra due modalità di conservazione del documento: a) la copia della cartella, oppure b) la "matrice".

6.2. Il riferimento alla "matrice" è presente sin dalla prima emanazione della disposizione e allude, invero, a una modalità di produzione della cartella invalsa al tempo in cui il ruolo era ancora cartaceo (in sostanza la "matrice" era l'originale dalla cui compilazione scaturiva la "figlia" da notificare al contribuente). Esso, una volta "dematerializzati" i ruoli in forza delle previsioni di cui al D.Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46, e del D.M. 03 settembre 1999, n. 321, ha perso di significato e valenza applicativa: la cartella infatti è divenuto un documento estratto a mezzo stampa dal ruolo informatico, secondo un modello predeterminato in sede regolamentare nei suoi contenuti e nel suo standard.

La modalità alternativa di conservazione dell'atto si è concentrata, dunque, di fatto, su una sola modalità: l'effettuazione della copia della cartella.

6.3. Il sistema informatico [...] consente, oggi tuttavia, oggi la stampa di un unico originale, probabilmente per evitare la duplicazione accidentale o addirittura dolosa del titolo.

Ne discende la necessità di un'azione informatica o umana che consenta di tenere traccia fedele e conforme del detto originale. Certamente può trattarsi di una copia digitale, ossia il prodotto di una copia generata direttamente dal sistema informatico oppure scannerizzata dall'operatore a valle della stampa, ma dev'essere la riproduzione conforme dell'atto, non essendo possibile, ai fini dell'accesso, adempiere alla richiesta a mezzo del rilascio di un estratto di ruolo, ossia della mera stampa di dati estrapolati dal ruolo informatizzato, ma non "organizzati" in cartella.

7. L'estratto di ruolo infatti "è l'atto del concessionario, relativo al singolo contribuente, che non contiene però alcuna pretesa impositiva, e non è specificamente previsto da alcuna disposizione di legge; si tratta di un elaborato informatico formato dal concessionario della riscossione, contenente gli elementi della cartella, e quindi anche gli elementi del ruolo afferenti a quella cartella, privo di pretesa impositiva" (da ultimo Cass. Sez. V, 11 febbraio 2022, n. 22798). Trattasi in altri termini di un documento non avente un ruolo predeterminato nella scansione procedimentale dell'esecuzione esattoriale, caratterizzato semplicemente da una valenza ricognitiva del contenuto del ruolo in ordine a posizioni individuali.

[...] esso è un atto ontologicamente diverso dalla cartella di pagamento: il primo è un mero strumento di conoscenza, la seconda è un atto fondamentale del procedimento di esecuzione esattoriale che dev'essere notificato al contribuente e conservato in copia a cura del Concessionario.

8. Corollario di tale ricostruzione è che ove il contribuente chieda accesso alla cartella di pagamento e questa rientri nel periodo di obbligatoria conservazione, è solo con il rilascio della copia della cartella di pagamento, e non con l'estratto di ruolo, che il concessionario adempie esattamente ai suoi obblighi di ostensione.

9. [...] non è condivisibile la tesi secondo cui la disponibilità di un atto che la legge chiede di assicurare per un certo numero di anni sia obliterata a cagione della scelta della raccomandata postale quale canale di notificazione [...].

[...] Ad avviso di questa Adunanza l'esigenza della effettiva possibilità di conoscenza comporta anche il dovere in capo al concessionario di esibire, a richiesta del contribuente, la copia della cartella che, proprio

a causa delle modalità semplificatorie della notificazione “diretta”, egli assume di non aver conosciuto materialmente.

[...] 12. Questa Adunanza ritiene che in tal caso il concessionario dovrà rilasciare specifica attestazione della mancata detenzione della cartella, avendo cura di specificarne le cause, essendo evidente che l’obbligo di concreta ostensione incontra il limite della oggettiva possibilità.

13. Riepilogando, dunque, l’Adunanza, in risposta ai quesiti sottoposti dalla Sezione rimettente, formula i seguenti principi di diritto:

1) Il concessionario, ai sensi dell’art. 26 comma 5 del DPR 602/73, ha l’obbligo di conservare la copia della cartella di pagamento, anche quando esso si sia avvalso delle modalità semplificate di diretta notificazione della stessa a mezzo di raccomandata postale;

2) Qualora il contribuente richieda la copia della cartella di pagamento, e questa non sia concretamente disponibile, il concessionario non si libera dell’obbligo di ostensione attraverso il rilascio del mero estratto di ruolo, ma deve rilasciare una attestazione che dia atto dell’inesistenza della cartella, avendo cura di spiegarne le ragioni”.

Nota a cura di Matteo Tofanelli.

I fatti di causa concernono l’incompleto riscontro fornito dal concessionario della riscossione alla richiesta avente ad oggetto l’esibizione di cartelle di pagamento al fine di riscontrare la corrispondenza delle medesime con l’estratto di ruolo. Il concessionario della Riscossione su istanza dell’interessato ha osteso la documentazione della notificazione adducendo l’estinzione di tutte le cartelle, eccetto una per la quale veniva rilasciato estratto di ruolo. La vicenda in commento vede il Tar respingere il ricorso, rilevando che il concessionario abbia depositato in giudizio copia delle relate di notifica relative a tutte le cartelle richieste. Il motivo d’appello consistente all’asserita erroneità di valutazione, in quanto il Tar di Latina avrebbe dato alla documentazione di notificazione una valenza solutoria senza però l’ostensione delle stesse cartelle. La IV Sezione del Consiglio di Stato, investita del gravame ha rilevato l’esistenza di un contrasto giurisprudenziale con la consequenziale rimessione della questione all’Adunanza Plenaria.

La Sezione rimettente evidenzia dubbi in merito all’accessibilità della cartella di pagamento nel caso in cui, in ragione delle modalità di produzione e di notificazione - ricorso alla raccomandata postale - non sia detenuta copia dal concessionario né riproducibile dallo stesso. Emergono tre filoni giurisprudenziali come rilevato dalla rimettente ed attestato dall’Adunanza Plenaria.

Il primo filone giurisprudenziale, constatando l’indisponibilità concreta dell’atto, nega l’accesso ritenendo come adempimento satisfattivo delle ragioni dell’istante il rilascio di un “estratto” di ruolo” (Cons. Stato, Sez. IV, 26 maggio 2017, n.2477; 7 agosto 2017, n.3947, 1° luglio 2021, n.5035). I fondamenti teorici impliciti di tale orientamento sono due: la possibilità del concessionario di conservare in sostituzione di copia della cartella, la cd. “matrice”, ex art.26 quinto comma, D.P.R 29 settembre 1973, n. 602; la natura essenzialmente certificativa della cartella di pagamento con valenza surrogatoria dell’estratto di ruolo riportandone i medesimi dati, pertanto riconoscendo una certa interscambiabilità tra i due.

Il secondo filone ritiene che la cartella di pagamento sia la stampa in un unico ruolo, il che giustifica la mancata conservazione della copia – come da prassi – ai fini della notifica postale ma contestualmente l’obbligo per il concessionario in virtù delle caratteristiche di autonomia ed infungibilità della medesima

il rilascio di un'attestazione di non disponibilità (Cons. Stato, Sez. IV, 6 novembre 2017, n. 5128; 20 novembre 2020, n. 7226.)

Il terzo filone ritenendo ingiustificata la mancata conservazione della copia della cartella, evidenzia la natura di atto tipico disciplinato dall'ordinamento insostituibile nell'esecuzione esattoriale e pertanto non soggetto a conservazione da parte del concessionario emittente altrimenti costituirebbe situazione *contra legem* (Cons. Stato, Sez. IV, 12 maggio 2014, n. 2422 e 26 febbraio 2021, n. 1667). Tale filone, sulla base della tipicità ed infungibilità della cartella di pagamento, evidenzia l'irragionevolezza di un sistema che fa dipendere la disponibilità dell'atto alla modalità di notificazione. Dunque, se la notifica è effettuata a mezzo PEC o ufficiale giudiziario, il concessionario disporrebbe della copia conforme, cartacea o digitale. Diversamente, se il concessionario utilizza la raccomandata postale, esso sarebbe esonerato dall'effettuare e conservare una copia cartacea. In definitiva, le questioni sollevate all'Adunanza Plenaria sono: se il concessionario possa essere esonerato dalla conservazione della copia della cartella di pagamento; se la cartella, ai fini dell'accesso, possa essere surrogata dall'estratto di ruolo.

Necessario è indagare la natura dell'estratto di ruolo ai fini di rintracciare effettivamente, come ha operato l'Adunanza Plenaria, la sua sostituibilità con la cartella di pagamento a seguito della richiesta di accesso. L'estratto di ruolo (ultimo Cass. Sez. V, 11 febbraio 2022, n.22798) costituisce un atto interno dell'Amministrazione sfornito di una pretesa impositiva, contenente elementi peculiari a quelli della cartella. Dunque, ha una mera rilevanza ricognitiva del contenuto del ruolo e pertanto non rileva nell'esecuzione esattoriale, al contrario della cartella di pagamento che è un atto fondamentale del procedimento di esecuzione esattoriale da notificare e conservare in capo al Concessionario. Escludendo in virtù della natura dell'estratto di ruolo, la sua surrogabilità alla cartella di pagamento è necessario preliminarmente, chiarire la natura e funzione polivalente della medesima. Avendo natura amministrativa ex – art.22 l.241/1990, la cartella di pagamento non rientra nei procedimenti tributari escludenti l'accesso ex art.24 medesima legge, in quanto presuppone la conclusione del procedimento tributario. La cartella di pagamento ha funzione e natura polivalente in quanto costituisce uno strumento con funzione equipollente al titolo esecutivo cui contestuale notifica vale anche come notifica di ruolo ex art. 21 D.Lgs n.546/1992 “*la notificazione della cartella di pagamento vale anche come notificazione del ruolo*”. Inoltre, l'art. 25, secondo comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, afferma che “*la cartella di pagamento contiene l'intimazione ad adempiere l'obbligo risultante dal ruolo entro il termine di sessanta giorni dalla notificazione, con l'avvertimento che, in mancanza, si procederà ad esecuzione forzata*”, nonché “*l'indicazione della data in cui il ruolo è stato reso esecutivo*”.

Secondo la Plenaria, in tassativi casi, la cartella di pagamento può assolvere a funzione impositiva sostanziale, *quomodo* un atto di accertamento (es. la cartella di pagamento emessa nell'ambito della procedura di controllo automatizzato delle dichiarazioni reddituali, ai sensi dell'art. 36 *bis* dal D.P.R 600/1973).

Punto di svolta nella questione risulta essere il tenore testuale dell'art. 26, quinto comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, contenente la disposizione speciale che regola l'accesso alla cartella di pagamento, che prevede che “Il concessionario deve conservare per cinque anni la matrice o la copia della cartella con la relazione dell'avvenuta notificazione o l'avviso di ricevimento ed ha l'obbligo di farne esibizione su richiesta del contribuente o dell'amministrazione”. Rigettando le tesi che si prospettano al riguardo, la Plenaria conformemente al dictum, piuttosto coerente con la tutela del soggetto passivo del rapporto tributario, della Corte Costituzionale, che, con sentenza 23 luglio 2018, n.175- alla luce dei dubbi riguardo la modalità di notifica diretta sine rilascio della relata di notifica- ha evidenziato la necessità dell’“effettiva conoscenza” della cartella alla luce dei principi processuali.

In conclusione, l'Adunanza Plenaria, alla luce dei quesiti posti dalla IV Sezione del Consiglio di Stato rimettente, ha individuato con la sentenza n.4/2022 i due seguenti principi di diritto: 1) *“Il concessionario, ai sensi dell’art. 26 comma 5 del DPR 602/73, ha l’obbligo di conservare la copia della cartella di pagamento, anche quando esso si sia avvalso delle modalità semplificate di diretta notificazione della stessa a mezzo di raccomandata postale;”* 2) *“Qualora il contribuente richieda la copia della cartella di pagamento, e questa non sia concretamente disponibile, il concessionario non si libera dell’obbligo di ostensione attraverso il rilascio del mero estratto di ruolo, ma deve rilasciare una attestazione che dia atto dell’inesistenza della cartella, avendo cura di spiegarne le ragioni”*.

L'Adunanza Plenaria, a parere dello scrivente partendo dall'aspetto sostanziale concernente la natura e la funzione dei due atti ha evidenziato la necessità del rispetto del più generale principio processuale del “giusto processo” conformemente a quanto si possa evincere dal dictum (v.supra) costituzionale dell'effettiva conoscenza della cartella da parte del soggetto passivo del rapporto tributario.

Circa il potenziale conflitto di interessi derivante dalla commistione tra esercizio della professione medica e attività di dispensazione dei farmaci

Argomento: conflitto di interessi

(Cons. St., Ad. Plen., 14 aprile 2022, n. 5)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“L’attività di vendita al pubblico di farmaci al dettaglio, che la giurisprudenza costituzionale inquadra nell’ambito dei servizi pubblici di natura economica dati in concessione [...] costituisce un’attività economica da molto tempo disciplinata e vigilata, soggetta a programmazione a partire dalla “storica” legge n. 468 del 1913, che modificò il regime tardo ottocentesco precedentemente nel segno di una sostanziale libertà nell’apertura e nell’esercizio delle farmacie (cfr. art. 26 della l. n. 5849 del 1888).

La riforma del 1913, trasposta senza sostanziali modifiche nel testo unico delle leggi sanitarie del 1934 (il r.d. n. 1265, in particolare il Capo II del Titolo II, artt. 104 ss.), configurava il servizio farmaceutico secondo i crismi di una professione intellettuale “protetta”, riservata esclusivamente ad una persona fisica, il farmacista, che fosse in possesso di specifici requisiti di idoneità e risultasse titolare di un’autorizzazione amministrativa all’apertura e all’esercizio della farmacia [...], strettamente personale, non cumulabile e, almeno in origine, incedibile ad altri [...].

In epoca repubblicana la programmazione, effettuata in questo ambito anche in termini quantitativi e numerici, ha assunto i contorni di una vera e propria pianificazione, articolata su base comunale, attraverso la pianta organica delle farmacie (art. 2 della l. n. 475 del 1968) [...].

Il nesso tra contingentamento, programmazione e sottoposizione del farmacista ad una serie di disposizioni imperative, in uno con il richiamo sin da allora all’art. 32 Cost. quale loro fondamento, era evidenziato in una delle prime pronunce della Corte costituzionale (la n. 29 del 1957) la quale ha osservato come “L’organizzazione del servizio farmaceutico, se da un lato ha creato al farmacista concessionario di una farmacia una posizione di privilegio con l’eliminare la concorrenza entro determinati limiti demografici e territoriali; dall’altro, trattandosi di un servizio di pubblica necessità, ha imposto allo stesso farmacista l’obbligo di svolgere la sua attività con l’adempimento delle prescrizioni dalle leggi stabilite per questa particolare professione”.

All’indomani dell’istituzione del Servizio sanitario nazionale nel 1978 le farmacie [...] ne sono divenute parte integrante e costituiscono, lo strumento attraverso il quale è erogata l’assistenza farmaceutica alla popolazione [...] in ragione della loro capillarità e del loro obbligo di erogare i farmaci agli assistiti ed a chiunque intenda acquistarli e di non interrompere lo svolgimento del servizio soggetto ad ampi poteri di vigilanza e di controllo dell’amministrazione [...].

Sperimentata anche in altri ordinamenti europei (ad esempio in Francia e Spagna) e giustificata ora nella prospettiva di assicurare a ciascuna farmacia una clientela “sufficiente” (come rilevava criticamente AGCM in una segnalazione del 1998), ora di assicurare (anche, se non piuttosto) ai residenti la reperibilità

dei farmaci entro un'area non troppo distante dalla propria abitazione e comunque anche nelle zone più isolate e svantaggiate o meno redditizie [...], in funzione del diritto alla salute, la programmazione anche mediante il contingentamento numerico è stata oggetto di recenti modifiche apportate dall'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, convertito in legge n. 27 del 2012. Con esse il rapporto tra numero degli esercizi e fattore demografico è stato rimodulato nella direzione di una (parziale "liberalizzazione" e quindi di una) distribuzione più capillare del servizio, attraverso l'apertura di nuove farmacie private da mettere a concorso, sicché la programmazione di turni ed orari è stata allentata, riconoscendo all'iniziativa del singolo farmacista maggiore voce in capitolo. 3. Alle limitazioni *quantitative*, si cui si è appena detto, si sono affiancate tradizionalmente limitazioni *soggettive*, nel riservare alla (sola) categoria dei farmacisti la possibilità di esercitare l'attività di distribuzione e vendita al pubblico dei farmaci.

La disciplina già ricordata del 1968, se da un lato reintrodusse rispetto alla legislazione "giolittiana" la possibilità a determinate condizioni di trasferire la titolarità della farmacia in deroga alla regola del pubblico concorso, dall'altro accentuò ulteriormente la struttura personalistica dell'attività di gestione della farmacia, disponendo che tale gestione dovesse essere diretta e personale da parte del titolare e costruendo una sorta di simmetria tra status di farmacista, titolarità e gestione dell'esercizio[...].

[...] Variazioni [...], sul piano sistematico, sono state introdotte più di recente, con la legge 4 agosto 2017, n. 124, recante la legge annuale per il mercato e la concorrenza [...] il cui art. 1, comma 157, ha riscritto larga parte dell'art. 7 della l. 362/1991, in primo luogo sostituendone il comma 1 che, nella versione attuale, per effetto della modifica, prevede adesso che: «1. Sono titolari dell'esercizio della farmacia privata le persone fisiche, in conformità alle disposizioni vigenti, le società di persone, le società di capitali e le società cooperative a responsabilità limitata».

4. L'apertura alle società di capitali, anche per le farmacie private, si è accompagnata inoltre, sempre nella riforma del 2017, al venir meno ovvero all'abolizione, per tutti i tipi societari, della previsione che in precedenza imponeva che i soci, delle società che gestiscono farmacie, dovessero essere a loro volta farmacisti, come anche alla rimozione del limite delle quattro licenze in capo ad una stessa società, limite sostituito dal divieto, meno pregnante, di controllare una quota superiore al 20 per cento delle farmacie della medesima regione o provincia autonoma ed il cui rispetto è sottoposto ai poteri di indagine, istruttoria e diffida dell'AGCM.

[...] La riforma del 2017 – quale ulteriore e importante dato da sottolineare – ha disciplinato anche il regime delle incompatibilità, novellando l'art. 7, comma 2, secondo periodo, della l. n. 362/1991 e prevedendo che «La partecipazione alle società di cui al comma 1 (si intendono le società titolari dell'esercizio di farmacie private) è incompatibile con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché con l'esercizio della professione medica. Alle società di cui al comma 1 si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 8.»

[...] La nuova [...]previsione, dunque include ora tra le incompatibilità anche l'esercizio della professione medica e la cui necessità è originata dalla possibilità, introdotta nel 2017, che i soci non siano più farmacisti, laddove in precedenza (anche dopo il 1991) potevano ritenersi sufficienti – quanto all'esercizio della professione medica - i tradizionali divieti posti dal r.d. n. 1256 del 1934 (in specie agli artt. 102 e 112) dettati per i farmacisti persone fisiche titolari ovvero esercenti (da soli o in società di persone) di farmacia. Sono perciò esistenti a ben vedere, in due distinte e separate regole di incompatibilità. La prima, declinata in termini all'apparenza assoluti, definisce la partecipazione (societaria) alle società titolari di farmacie private incompatibile con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione e informazione scientifica del farmaco, nonché

con l'esercizio della professione medica, la seconda, declinata in termini in tesi meno assoluti, valorizzando l'inciso "per quanto compatibili", fa rinvio alle disposizioni del successivo art. 8 che, per quanto più rileva in questa sede, definiscono quella medesima partecipazione (societaria) incompatibile, tra le altre cose, "con qualsiasi rapporto di lavoro pubblico e privato".

[...] Il punto cruciale attiene al rapporto tra la clinica privata e i medici che in essa (e per essa) svolgono la loro attività. Per quanto indubbiamente peculiare, in ragione della autonomia e libertà di cura del medico anche alla luce delle regole deontologiche di tale professione, tale rapporto vede pur sempre rispondere la struttura a titolo contrattuale per il comportamento dei medici della cui collaborazione si avvale per l'adempimento della propria obbligazione, ancorché possano non essere suoi dipendenti, comunque sussistendo un collegamento tra la prestazione da costoro effettuata e l'organizzazione aziendale della casa di cura, il che giustifica l'applicazione della regola posta dall'art. 1228 c.c. (come ribadito da ultimo dall'art. 7 della l. n. 24 del 2017).

L'insieme di queste considerazioni debbono quindi condurre a ritenere che anche una persona giuridica, in particolare una clinica privata, possa considerarsi esercitare, nei confronti dei propri assistiti, la professione medica ai fini della previsione di cui all'art. 7, comma 2, secondo periodo, della l. 362/1991.

[...] La *ratio*, quella originaria, riconosciuta anche da Corte cost. n. 275/2003 – è quella di "evitare eventuali conflitti di interesse, che possano ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico e, quindi, sul diritto alla salute" e, come si è visto, ha sempre caratterizzato la disciplina in materia, come una delle sue costanti o invarianti, attraversando le diverse "stagioni" della regolazione pubblica delle farmacie. Ciò è dimostrato anche dalle disposizioni penali che ancora puniscono il cd. reato di comparaggio, ossia l'accordo tra medici e farmacisti volti ad agevolare la diffusione di specialità medicinali o di altri prodotti ad uso farmaceutico (artt. 170 ss del r.d. 1265/1934) [...]

Sul primo versante, il consentire ad una casa di cura, che offre prestazioni mediche composite e nel cui ambito si prescrivono medicinali, di partecipare ad una società che ha la titolarità di una farmacia e che come tale dispensa e rivende medicinali previa prescrizione medica, finirebbe per rendere possibile una integrazione verticale di beni ed attività con una potenziale confusione di ruoli tra domanda ed offerta, passibile di determinare privilegi ed abusi di posizione, oltre che conflitti di interesse.

Sul secondo versante, il rischio è che la commistione tra le due attività in capo al medesimo centro decisionale [...] possa determinare un esubero nel consumo farmaceutico, con evidenti riflessi anche sulla spesa pubblica (v. su tale aspetto, anche Corte Giust., Grande sez., 19 maggio 2009, in causa 531/06 al punto 57).

[...] Diversa può essere la conclusione, sulla scorta di Corte cost. n. 11 del 2020, al cospetto di incompatibilità differenti, segnatamente quella di essere il socio titolare di rapporti di lavoro pubblico o privato, rispetto a cui si può valorizzare la formula "per quanto compatibili" impiegata all'art. 7, comma 2, terzo periodo, senza della quale un'interpretazione rigorosamente letterale finirebbe per consentire la partecipazione solo (o quasi) a studenti, disoccupati o pensionati.

[...] Differentemente, in assenza di una società unipersonale e quindi di una partecipazione totalitaria, (ma sempre ragionando in relazione ad un diverso tipo di incompatibilità) dovrebbe assumere rilevanza una partecipazione che comunque permetta di concorrere nella gestione della farmacia, nel senso di influenzarne le scelte aziendali. Non rileverebbe quindi qualunque partecipazione sociale ma quella che possa dare al socio il controllo della società, nei modi gradatamente indicati dal citato art. 2359 e in presenza dei quali, come si è già osservato, opera la presunzione di direzione e coordinamento (ricavabile

anche *aliunde*, in specie dall'essere la società tenuta al consolidamento del proprio bilancio). Soccorrono evidentemente le regole e gli istituti propri del diritto societario, nell'elaborazione offertane in primo luogo dalla giurisprudenza civile. Non è possibile offrire in questa sede soluzioni all'insegna dell'automatismo, apparendo imprescindibile la valutazione del singolo caso rimessa al prudente apprezzamento dell'amministrazione cui non a caso va comunicato, a norma dell'art. 8, comma 2, della l. 362/1991, lo statuto della società titolare della farmacia e "ogni successiva variazione, ivi incluse quelle relative alla compagine sociale".

[...] 10. Sulla base di tutto quanto sinora considerato, l'Adunanza Plenaria formula i seguenti principi di diritto sulle questioni ad essa deferite ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a.:

- (i) la nozione di "esercizio della professione medica", ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 7, comma 2, secondo periodo, della l. 362/1991, deve ricevere un'interpretazione funzionale ad assicurare il fine di prevenire qualunque potenziale conflitto di interessi derivante dalla commistione tra questa attività e quella di dispensazione dei farmaci, in primo luogo a tutela della salute; in tal senso deve ritenersi applicabile la situazione di incompatibilità in questione anche ad una casa di cura, società di capitali e quindi persona giuridica, che abbia una partecipazione in una società, sempre di capitali, titolare di farmacia;
- (ii) una società concorre nella "gestione della farmacia", per il tramite della società titolare cui partecipa come socio, qualora, per le caratteristiche quantitative e qualitative di detta partecipazione sociale, siano riscontrabili i presupposti di un controllo societario ai sensi dell'art. 2359 c.c., sul quale poter fondare la presunzione di direzione e coordinamento ai sensi dell'art. 2497 c.c.”.

Irregolarità sanabile di un ricorso privo di firma digitale e decorrenza dei termini per il deposito

Argomento: processo amministrativo

(Cons. St., Ad. Plen., 21 aprile 2022, n. 6)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

"Viene in particolare deferita all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato *“la questione relativa alla corretta interpretazione delle disposizioni e dei principi che regolano le impugnazioni, tra cui quello della cd. consumazione del relativo potere”*, alla luce di *“un contrasto di giurisprudenza nell’interpretazione e nell’applicazione del suddetto principio limitatamente, [...] alla questione della necessità (o meno) che la ‘duplicazione’ dei gravami (mediante rinnovazione o ripetizione della notifica) sia motivata in senso assoluto dall’esigenza di riparare a vizi di nullità dell’atto che inevitabilmente conducono alla declaratoria di irricevibilità o di improcedibilità, ovvero se, al contrario, il principio trova applicazione anche ai casi in cui la ripetizione della notificazione rimedia ad inerzie processuali della parte ovvero si fonda su strategie difensive della parte medesima, anche non palesate in atti”*.

All'uopo, è doveroso premettere cosa si intenda per *“consumazione del potere di impugnazione”*, stante l'esiguità delle fonti normative in materia.

Ai sensi dell'art. 358 Cod. proc. civ., in particolare, *“L'appello dichiarato inammissibile o improcedibile non può essere riproposto, anche se non è decorso il termine fissato dalla legge”*: detta consumazione, dunque, ai sensi del chiaro tenore della legge consegue solamente alla dichiarazione di inammissibilità o improcedibilità dell'appello e presuppone che l'impugnazione sia stata rivolta contro un provvedimento idoneo a costituire giudicato in senso formale.

In termini più ampi, Cons. Stato, IV, 3 giugno 2021, n. 4266 rileva che ove l'atto invalido sia oggettivamente inidoneo a consumare il diritto di impugnazione – come nel caso di specie – è consentito alla parte di proporre una nuova impugnazione sostitutiva della precedente, seppur a due condizioni: la prima è che i termini per l'appello non siano già decorsi e la seconda è che non sia stata già emessa una sentenza dichiarativa dell'inammissibilità o dell'improcedibilità della prima impugnazione proposta.

Il principio in esame trova un presupposto logico nel divieto di frazionamento delle impugnazioni (*ex multis*, Cons. Stato, IV, n. 4266 del 2021, cit) ed è affermato da costante giurisprudenza di legittimità nell'ambito del processo civile: comporta, in estrema sintesi, che l'impugnazione di una parte, una volta ritualmente proposta, preclude alla stessa di formulare in un successivo momento degli altri profili di gravame o di riproporre le stesse censure, anche se il relativo termine non sia ancora scaduto, attraverso un nuovo atto di impugnazione.

Quest'ultimo, quindi, se proposto, andrà dichiarato inammissibile e della validità o invalidità dell'impugnazione si dovrà giudicare avuto riguardo esclusivamente al primo atto.

A tale regola si farebbe eccezione in un solo caso, ossia quando il primo atto di impugnazione notificato presenti dei vizi che lo rendano addirittura inammissibile o improcedibile: in questo caso l'atto sarebbe oggettivamente inidoneo a consumare il diritto di impugnazione, ragione per cui sarebbe possibile per la

parte proporre una nuova impugnazione sostitutiva della precedente, a condizione ovviamente che i relativi termini non siano decorsi e non sia nel frattempo intervenuta una sentenza dichiarativa dell'inammissibilità o improcedibilità della prima impugnazione proposta.

[...] *condicio sine qua non* affinché un giudice possa dichiarare l'inammissibilità o improcedibilità del gravame – o, più in generale, pronunciarsi su di esso – è che quest'ultimo venga iscritto a ruolo, ossia depositato presso la Segreteria (o Cancelleria) del giudice medesimo.

Deposito che, nel caso del processo amministrativo, ai sensi dell'art. 45 Cod. proc. amm. segue la notifica alle controparti e solo successivamente al quale può parlarsi di litispendenza.

[...] Presupposto imprescindibile – *in primis* di carattere logico – perché possa in ipotesi configurarsi la fattispecie su cui si verte è dunque che un'impugnazione in senso tecnico sia stata effettivamente proposta, nei termini in precedenza evidenziati.

Soddisfatta tale ineludibile premessa, va poi detto che – per evidenti ragioni logiche e giuridiche – in tanto può parlarsi di “consumazione” del potere di impugnazione, in quanto alla proposizione del (primo) gravame la medesima parte processuale ne abbia fatti seguire degli *altri*, ossia uno o più *ulteriori* gravami non solo – ovviamente – successivi al primo, ma in tutto o in parte diversi da questo, quanto a *petitum* o a *causa petendi*.

Diversamente argomentando non potrebbe parlarsi di *nuovi* atti di appello – solo relativamente ai quali può porsi il problema della persistenza o meno, in capo all'appellante, del potere di proporli *in aggiunta* al primo – ma solo, quanto ad effetti concreti, di rinnovazione degli incumbenti processuali (notifica e deposito) relativi al medesimo atto, idonei non certo a modificare l'oggetto del giudizio – aspetto che il principio in esame mira in qualche modo a regolamentare – bensì, al più, a sanare eventuali vizi di carattere formale e/o processuale degli stessi.

Alla luce dei rilevi che precedono deve dunque escludersi che la vicenda sottoposta all'esame di questa Adunanza plenaria sia riconducibile al paradigma della consumazione del potere di impugnazione, difettandone entrambi i presupposti.

Da un lato, infatti, alla prima notifica dell'atto non era seguito il deposito dello stesso presso la Segreteria del giudice, ragion per cui, non essendo sorta alcuna litispendenza, non poteva ancora ritenersi esercitata – e quindi, in ipotesi, “consumata” – la facoltà di impugnazione.

Dall'altro, l'identità testuale – quanto al *petitum* ed alla *causa petendi* – degli atti notificati non consentiva di configurare una successione di diversi mezzi di gravame, essendosi semplicemente in presenza di una reiterata notifica del medesimo atto, irrilevante ai fini su cui si controverte.

Deve quindi concludersi che nel caso attualmente controverso il giudizio sulla correttezza o meno del comportamento processuale tenuto dalla parte appellante – e, quindi, sulla tempestività o meno della proposizione del relativo gravame – esula dal contesto della cd. consumazione del potere di impugnazione delle parti del processo.

Nella specie, risulta dagli atti che la seconda notifica dell'atto, effettuata allorché era ancora pendente il termine di legge per la proposizione dell'appello, era dipesa dall'intento delle amministrazioni appellanti di regolarizzare l'atto introduttivo del giudizio, atteso che la copia originariamente notificata a mezzo PEC, per evidente rifiuto, non era stata sottoscritta con firma digitale mediante l'utilizzo del formato PAdES, in violazione del combinato disposto degli artt. 136, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm. (a tenore del quale “[...] *tutti gli atti e i provvedimenti del giudice, dei suoi ausiliari, del personale degli uffici giudiziari e delle parti sono sottoscritti con firma digitale*”) e 9 (*Atti delle parti e degli ausiliari del giudice*), comma primo, d.P.C.M. 16

febbraio 2016, n. 40 (*Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico*, in base al quale gli atti processuali “sono redatti in formato di documento informatico sottoscritto con firma digitale conforme ai requisiti di cui all'articolo 24 del CAD”).

Al riguardo, va ribadito (in termini, Cons. Stato, V, ord. 24 novembre 2017, n. 5490; IV, 4 aprile 2017 n. 1541) che, ancorché non conforme alle predette disposizioni, purtuttavia la predisposizione ed il deposito del ricorso in formato non digitale non incorre in espressa comminatoria legale di nullità (*ex art. 156, comma primo, Cod. proc. civ.*), tanto più che lo stesso avrebbe comunque raggiunto il suo scopo tipico (*ex art. 156, comma 3, Cod. proc. civ.*), essendone certa l'attribuibilità ad un soggetto determinato e la natura di strumento deputato alla chiamata in causa ed alla articolazione delle proprie difese: ne consegue la sola oggettiva esigenza della regolarizzazione, anche laddove sia avvenuta la costituzione in giudizio della parte cui l'atto era indirizzato (Cons. Stato, III, 11 settembre 2017, n. 4286; in termini anche Cons. Stato, V, ord. n. 5490 del 2017, cit.; IV, n. 1541 del 2017, cit.).

In ragione delle considerazioni che precedono, va pertanto condiviso l'orientamento che qualifica il vizio del ricorso depositato pur privo di firma digitale come un'ipotesi di mera irregolarità sanabile, con conseguente applicabilità del regime di cui all'art. 44, comma 2, Cod. proc. amm. (che prevede la fissazione, da parte del giudice, di un termine perentorio entro il quale la parte deve provvedere alla regolarizzazione dell'atto, nelle forme di legge).

Nel caso in esame, dunque, una volta preso atto della irregolarità dell'atto (laddove, ovviamente, si fosse provveduto al suo deposito, il che qui non è avvenuto), la sua regolarizzazione avrebbe dovuto essere ordinata dal giudice ed eseguita dalla parte nel termine ad essa assegnato; nondimeno – va detto – l'autonomia regolarizzazione dell'atto da parte dell'appellante (evitando il deposito del primo atto notificato e procedendo direttamente ad una nuova notifica, con successivo deposito di quest'ultima) rende inutile – superandola – la ripetizione di ciò che è stato già spontaneamente eseguito, in pacifica applicazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa (art. 1 Cod. proc. amm.) e di ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2 Cod. proc. amm.).

[...] Riepilogando, l'Adunanza, in risposta ai quesiti sottoposti dalla Sezione rimettente, formula i seguenti principi di diritto:

- 1) vi è mera irregolarità sanabile, con conseguente applicabilità del regime di cui all'art. 44, comma 2, Cod. proc. amm., nel caso di un ricorso notificato privo di firma digitale;
- 2) in tal caso il ricorrente ben può, in applicazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa (art. 1 Cod. proc. amm.) e di ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2 Cod. proc. amm.), provvedere direttamente a rinotificare l'atto con firma digitale, ancor prima che il giudice ordini la rinnovazione della notifica;
- 3) in ordine infine al termine per il deposito del ricorso, di cui al combinato disposto degli artt. 94, comma primo e 45 Cod. proc. amm., lo stesso andrà fatto decorrere dalla data dell'effettiva notifica dello specifico atto concretamente depositato”.

Nota a cura di Alessandra Coppola.

Con ordinanza del 25 ottobre 2021, n. 7138, la IV Sezione del Consiglio di Stato ha deferito all'Adunanza Plenaria “la questione relativa alla corretta interpretazione delle disposizioni e dei principi che regolano le impugnazioni,

tra cui quello della cd. consumazione del relativo potere”, alla luce di “un contrasto di giurisprudenza nell’interpretazione e nell’applicazione del suddetto principio limitatamente, [...] alla questione della necessità (o meno) che la “duplicazione dei gravami (mediante rinnovazione o ripetizione della notifica) sia motivata in senso assoluto dall’esigenza di riparare a vizi di nullità dell’atto che inevitabilmente conducono alla declaratoria di irricevibilità o improcedibilità, ovvero se, al contrario, il principio trova applicazione anche ai casi in cui la ripetizione della notificazione rimedia ad inerzie processuali della parte ovvero si fonda su strategie difensive della parte medesima, anche non palesate da tutti”.

La controversia trae origine dal ricorso proposto al TAR, col quale veniva impugnata l’ordinanza emessa, ex art. 823 c.c., dall’Agenzia del demanio per il rilascio, in via amministrativa, di un immobile demaniale di proprietà della medesima Agenzia. L’impugnativa veniva estesa anche al decreto del Ministero dell’economia e delle finanze con cui il bene era stato attribuito all’Agenzia del Demanio.

Valutate positivamente le censure del ricorrente, il giudice di prime cure accoglieva il ricorso.

Avverso tale decisione interponevano appello le due amministrazioni resistenti, nonché, in via incidentale, il privato che eccepiva, preliminarmente, l’improcedibilità dell’appello, essendo stato il ricorso depositato nella Segreteria del Consiglio di Stato oltre il termine di decadenza ex art. 94 c.p.a. A tal riguardo, il privato deduceva che nessun rilievo poteva attribuirsi alla circostanza che il medesimo atto di appello, inizialmente notificato senza l’apposizione della firma digitale, fosse stato successivamente regolarizzato dalla parte appellante mediante una rituale sottoscrizione e quindi rinotificato all’appellato prima della scadenza del termine per proporre appello, in quanto il rinnovo della notifica, sia pure alla stessa parte, non avrebbe comunque consentito di eludere l’onere di rispetto del termine di trenta giorni per il deposito decorrente dalla prima notificazione.

La Sezione remittente, nel deferire la questione al Consiglio di Stato nella sua più autorevole composizione, rilevava l’esistenza di un contrasto giurisprudenziale nell’interpretazione e nell’applicazione del principio della consumazione del potere di impugnazione.

A tal proposito, precisava che il principio *de quo* non è codificato espressamente nel sistema processuale civile e neppure in quello amministrativo; sicché il suo ambito di applicazione effettivo è rimesso all’esesesi dell’interprete alla stregua di quanto previsto dagli artt. 358 e 387 c.p.c. che dispongono, in particolare, che il ricorso o l’appello dichiarati inammissibili o improcedibili non possono essere riproposti, anche se non è decorso il termine fissato dalla legge.

Sul punto, si sono registrati diversi orientamenti.

Secondo un primo orientamento della giurisprudenza di legittimità, affinché possa parlarsi di consumazione del potere di impugnazione sarebbe necessario che la seconda impugnazione sia della stessa specie della prima (Cass. Civ., 17 maggio 2013, n. 121135).

Una diversa impostazione sostiene che la seconda impugnazione possa invece basarsi anche su motivi diversi dalla prima (Cass. Civ., 12 luglio 2006, n. 15873).

Ancora, altro orientamento afferma che la riproponibilità della seconda impugnazione debba essere limitata ai soli casi in cui la medesima verta sugli stessi motivi della prima, con esclusione della possibilità di dedurre nuovi motivi (Cass. Civ. 18 marzo 2005, n. 5953).

Secondo una diversa impostazione l’ammissibilità della seconda impugnazione è subordinata all’esistenza di un vizio formale o sostanziale della prima, idoneo a decretarne la irricevibilità ovvero la improcedibilità, che dunque potrebbe essere emendato (Cass. Civ., 7 novembre 2013, n. 25047).

Da ultimo, diverso orientamento ha affermato il principio secondo cui, malgrado la sentenza non sia stata oggetto di notificazione, la possibilità di riproporre l’impugnazione è ancorata al termine breve decorrente

dalla notificazione della prima impugnazione, idonea a determinare la conoscenza legale del provvedimento medesimo.

Tenuto conto del contrasto ermeneutico pocanzi illustrato, l'Adunanza Plenaria precisa anzitutto che in tanto può parlarsi di "consumazione" del potere di impugnazione, in quanto alla proposizione del (primo) gravame la medesima parte processuale ne abbia fatti seguire altri in tutto o in parte dissimili da questo. Diversamente, si potrebbe al più parlare di rinnovazione degli incombeni processuali relativi al medesimo atto, idonei non certo a modificare l'oggetto del giudizio ma a sanare eventuali vizi di carattere formale/processuale degli stessi.

Soggiunge poi che, secondo la costante giurisprudenza di legittimità (*ex multis* Cass. Civ., Sez. III, 16 novembre 2005, n. 23220) *"deve ritenersi che fino a quando non sia intervenuta una declaratoria di improcedibilità o di inammissibilità del gravame, può sempre essere proposto un secondo atto di appello, sempre che la seconda impugnazione risulti tempestiva e si sia svolto regolare contraddittorio tra le parti"*.

Al riguardo, anche la giurisprudenza amministrativa (si veda Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2009, n. 5523) ha a più riprese rilevato che *"costituisce principio giurisprudenziale pacifico che ai sensi dell'art. 358 c.p.c. (disposizione applicabile anche al processo amministrativo) la consumazione del potere di impugnazione presuppone necessariamente l'intervenuta declaratoria di inammissibilità del primo gravame, essendo l'impugnazione riproponibile nel rispetto dei termini in mancanza di detta declaratoria; ne deriva che il mancato rispetto del termine di deposito del ricorso comporta la irritualità dell'appello, ma non ne impedisce la reiterazione nel rispetto del termine di legge nelle more della declaratoria di irritualità. [...]"*. Di conseguenza, se *"il secondo appello è stato pacificamente proposto e depositato nei termini di legge, e per altro verso il primo atto di impugnazione – ancorché notificato – non è mai stato depositato [...] giammai avrebbe potuto esserne dichiarata l'inammissibilità"* applicandosi, pertanto *a fortiori* i principi appena richiamati.

Il Supremo Consesso di Giustizia amministrativa nella sentenza in commento ribadisce, poi, l'orientamento che qualifica il vizio del ricorso depositato pur privo di firma digitale come un'ipotesi di mera irregolarità sanabile, con conseguente applicabilità del regime di cui all'art. 44, co. 2 c.p.a.

Di talché, sebbene la regolarizzazione dovrebbe essere ordinata dal giudice ed eseguita, poi, dalla parte nel termine assegnato, alla stregua dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa e di ragionevole durata del processo, non può non essere attribuita una certa valenza alla ripetizione spontaneamente eseguita.

Del resto, quanto all'interpretazione dell'art. 94, co. 1 c.p.c., l'Adunanza precisa che non sarebbe condivisibile la tesi per cui, *"nel caso di plurime notifiche dell'atto volte ad emendare i vizi dello stesso, della sua notificazione o del suo deposito, il dies a quo per il deposito dell'atto di appello decorrerebbe comunque dalla prima notifica, dovendosi intendere la formula degli artt. 94, comma primo e 45 Cod. proc. amm. (a mente dei quali, rispettivamente, "il ricorso deve essere depositato nella segreteria del giudice adito a pena di decadenza, entro trenta giorni dall'ultima notificazione ai sensi dell'art. 45 [...]" e "Il ricorso e gli altri atti processuali soggetti a preventiva notificazione sono depositati nella segreteria del giudice nel termine perentorio di trenta giorni, decorrente dal momento in cui l'ultima notificazione dell'atto stesso si è perfezionata anche per il destinatario") come idonea a legittimare ulteriori notificazioni del medesimo atto, purché sia ancora pendente il termine per impugnare"*. In tale ipotesi, in ordine alla *"ultima notificazione dell'atto che si è perfezionata anche per il destinatario"* il termine per il deposito andrà fatto decorrere dalla data dell'effettiva notifica dello specifico atto concretamente depositato.

In risposta ai quesiti interpretativi avanzati dalla Sezione remittente, ricomponendo il contrasto giurisprudenziale, l'Adunanza ha sancito i seguenti principi di diritto:

“1) vi è mera irregolarità sanabile, con conseguente applicabilità del regime di cui all’art. 44, co. 2, Cod. proc. amm., nel caso di un ricorso notificato privo di firma digitale;

2) in tal caso il ricorrente ben può, in applicazione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale amministrativa (art. 1 Cod. proc. amm.) e di ragionevole durata del processo (art. 2, comma 2 Cod. proc. amm.), provvedere direttamente a rinotificare l’atto con firma digitale, ancor prima che il giudice ordini la rinnovazione della notifica;

3) in ordine infine al termine per il deposito del ricorso, di cui al combinato disposto degli artt. 94, comma primo e 45 Cod. proc. amm., lo stesso andrà fatto decorrere dalla data dell’effettiva notifica dello specifico atto concretamente depositato”.

La Plenaria sull'escussione della garanzia provvisoria

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., Ad. Plen., 26 aprile 2022, n. 7)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“[...] DIRITTO

1.- La questione posta all'esame dell'Adunanza Plenaria attiene all'ambito di operatività della “garanzia provvisoria”, che correda l'offerta dei partecipanti alla procedura di gara, al fine di stabilire se essa copra soltanto i “fatti” che si verificano nel periodo compreso tra l'aggiudicazione e il contratto ovvero se si estenda anche a quelli che si verificano nel periodo compreso tra la “proposta di aggiudicazione” e l'aggiudicazione.

[...] 2.2.- Il Codice ha previsto che la fase procedimentale e la fase esecutiva siano corredate da un sistema di “garanzie provvisorie” (che rilevano in questa sede) e “garanzie definitive”.

[...] 2.2.2.- Nella vigenza del decreto legislativo n. 50 del 2016 [...]. L'art. 93, comma 1, prevede, infatti, che *«l'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata “garanzia provvisoria” pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente»*.

[...] Il sesto comma dell'art. 93 stabiliva che *«la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione, per fatto dell'affidatario riconducibile ad una condotta connotata da dolo o colpa grave, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo»*.

L'art. 59, comma 1, lett. d), del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, ha modificato tale ultimo comma, disponendo che *«la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto»*.

La possibilità di escussione della “garanzia provvisoria” per il concorrente è prevista soltanto nel caso di dichiarazioni false rese dall'operatore economico nell'ambito della procedura di avvalimento (art. 89, comma 1).

2.2.3.- La “garanzia definitiva” deve essere rilasciata dall'appaltatore al momento della sottoscrizione del contratto, nella forma della “cauzione” o della “fideiussione”, a garanzia, in particolare, *«dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse»* (art. 103, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016; cfr. anche art. 113 d.lgs. n. 163 del 2006).

3.- In via preliminare, occorre stabilire, altresì, quali siano la natura e la funzione della “garanzia provvisoria”.

3.1.- Nella vigenza del Codice del 2006, l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa distingue la “garanzia provvisoria” escussa nei confronti dei concorrenti di cui all'art. 48, comma 1, e la “garanzia provvisoria” escussa nei confronti dell'aggiudicatario di cui all'art. 75, comma 1 [...].

Alla prima tipologia di garanzia si assegnava natura sanzionatoria, con funzione punitiva, in quanto l'amministrazione poteva escutere la garanzia, incamerando la somma predeterminata, nei confronti di tutti

gli offerenti sorteggiati che non fossero in possesso dei requisiti di partecipazione, con conseguenze economiche sovra-compensative.

[...] Alla seconda tipologia di garanzia si assegnava natura non sanzionatoria, qualificando la “cauzione” quale garanzia avente una valenza analoga a quella della caparra confirmatoria e la “fideiussione” quale contratto di garanzia personale, con funzione di evidenziare *«la serietà ed affidabilità dell’offerta»* [...].

3.2.- Nella vigenza del Codice del 2016, l’orientamento prevalente [...] ha attribuito alla “garanzia provvisoria” natura esclusivamente non sanzionatoria [...].

3.3.- L’Adunanza Plenaria ritiene che entrambi gli istituti in esame hanno natura non sanzionatoria, con differente qualificazione giuridica a seconda che venga in rilievo la “cauzione” o la “fideiussione”.

La “cauzione” è una obbligazione di garanzia di fonte legale imposta ai fini della partecipazione alla gara, che deve essere eseguita dallo stesso debitore. Nella fase fisiologica, la “cauzione” assolve alla funzione di evidenziare la serietà e l’affidabilità dell’offerta, con obbligo dell’amministrazione di restituire la prestazione al momento della sottoscrizione del contratto. Nella fase patologica, la “cauzione” ha natura di rimedio di autotutela, con funzione compensativa, potendo l’amministrazione incamerare il bene consegnato a titolo di liquidazione forfettaria dei danni relativi alla fase procedimentale. [...].

La “fideiussione”, che rileva in questa sede, è una obbligazione di garanzia di fonte legale imposta ai fini della partecipazione alla gara, che sorge a seguito della stipulazione di un contratto tra un terzo garante e il creditore [...].

Tale forma di garanzia si caratterizza in modo peculiare rispetto al contratto di fideiussione disciplinato dal codice civile (artt. 1936-1957 cod. civ.).

[...] Le regole civilistiche rilevanti in questa sede sono le seguenti: *i*) il fideiussore è obbligato in solido con il debitore principale al pagamento del debito, con la possibilità che le parti convengano che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell’escussione del debitore (art. 1944, commi 1 e 2, cod. civ.); *ii*) il fideiussore può opporre contro il creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale, salva quella derivante dall’incapacità (art. 1945 cod. civ.); *iii*) il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell’obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate (art. 1956, comma 1, cod. civ.).

L’art. 93, comma 4, del Codice dei contratti pubblici deroga alle disposizioni sopra riportate, disponendo che deve essere prevista la rinuncia: *i*) al beneficio della preventiva escussione del debitore principale; *ii*) al rapporto di accessorietà, dovendo operare questa forma di garanzia a semplice richiesta; *iii*) all’eccezione che consente di fare valere la garanzia anche dopo la scadenza dell’obbligazione principale.

Tale peculiare disciplina e, in particolare, la deroga al rapporto di accessorietà comporta che il tipo contrattuale deve essere identificato nel contratto autonomo di garanzia [...].

Nella fase fisiologica, la “fideiussione” assolve alla sola funzione di consentire la serietà e l’affidabilità dell’offerta, con obbligo dell’amministrazione di svincolare tale garanzia al momento della sottoscrizione del contratto. Nella fase patologica, la “fideiussione” consente all’amministrazione di azionare il rimedio di adempimento dell’obbligo di pagamento della somma predeterminata dalla legge con funzione compensativa dei danni relativi alla fase procedimentale.

[...] 4.- La questione specifica rimessa all’esame dell’Adunanza Plenaria [...] riguarda l’individuazione dei “soggetti” nei cui confronti può essere escussa la “garanzia provvisoria”.

[...] 5.2.- Sul piano dell’interpretazione letterale, il comma 6 dell’art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 è chiaro nello stabilire che *«la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l’aggiudicazione dovuta*

ad ogni fatto riconducibile all'affidatario [...]». Il riferimento sia all'aggiudicazione, quale provvedimento finale della procedura amministrativa, sia al *«fatto riconducibile all'affidatario»* e non anche al concorrente destinatario della “proposta di aggiudicazione” rende palese il significato delle parole utilizzate dal legislatore nel senso di delimitare l'operatività della garanzia al momento successivo all'aggiudicazione [...]. Il comma 9 dello stesso art. 93 prevede, inoltre, che *«la stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia»* prestata a corredo dell'offerta. Il significato letterale della norma è confermato anche dal contenuto degli atti della procedura di gara. Il disciplinare dispone, infatti, che *«l'eventuale esclusione dalla gara prima dell'aggiudicazione, al di fuori dei casi di cui all'art. 89, comma 1, non comporterà l'escussione della garanzia provvisoria»*.

5.3.- Sul piano dell'interpretazione teleologica, il legislatore ha inteso ridurre l'ambito di operatività del sistema delle garanzie nella fase procedimentale, come risulta dall'analisi della successione delle leggi nel tempo.

[...] 5.4.- Sul piano dell'interpretazione sistematica [...] risulta chiara la distinzione tra la fase procedimentale relativa alla “proposta di aggiudicazione” e la fase provvedimentale relativa all'“aggiudicazione”.

[...] 5.5.- Sul piano dell'interpretazione analogica, la diversità della disciplina e delle situazioni regolate relativa alle due fasi, risultante dall'applicazione degli esposti criteri interpretativi, impedisce di estendere alla fase procedimentale le “garanzie provvisorie” della fase provvedimentale per i motivi di seguito indicati.

Nel caso di mancata stipulazione del contratto a seguito di una “aggiudicazione”, le ragioni, come esposto, possono dipendere sia dalla successiva verifica della mancanza dei requisiti di partecipazione sia, soprattutto, dalla condotta dell'aggiudicatario che, per una sua scelta, decide di non stipulare il contratto. In queste ipotesi la stazione appaltante deve annullare d'ufficio il provvedimento di aggiudicazione e rinnovare il procedimento con regressione alla fase della “proposta di aggiudicazione”. In tale contesto i possibili pregiudizi economici determinati dalla condotta dell'aggiudicatario sono coperti dalla “garanzia provvisoria” che consente all'amministrazione di azionare il rimedio di adempimento della prestazione dovuta con la finalità di compensare in via fortettaria i danni subiti dall'amministrazione per violazione delle regole procedimentali nonché dell'obbligo di concludere il contratto.

Nel caso di “mancata aggiudicazione” a seguito di una “proposta di aggiudicazione”, i motivi di tale determinazione possono dipendere, oltre che da ragioni relative all'offerta, dalla verifica negativa preventiva del possesso dei requisiti di partecipazione del concorrente individuato. In queste ipotesi, contrariamente a quanto affermato nell'ordinanza di rimessione, l'amministrazione non è costretta a procedere all'aggiudicazione e poi ad esercitare il potere di annullamento in autotutela, potendosi limitare a non adottare l'atto di aggiudicazione e ad individuare il secondo classificato nei cui confronti indirizzare la nuova “proposta di aggiudicazione”. In tale contesto i pregiudizi economici, se esistenti, hanno portata differente rispetto a quelli che si possono verificare nella fase provvedimentale, con possibilità per l'amministrazione, ricorrendone i presupposti, di fare valere l'eventuale responsabilità precontrattuale del concorrente ai sensi degli artt. 1337-1338 cod. civ. [...].

6.- Alla luce di quanto sin qui esposto, l'Adunanza Plenaria afferma il seguente principio di diritto: il comma 6 dell'art. 93 del decreto legislativo n. 50 del 2016 – nel prevedere che la “garanzia provvisoria” a corredo dell'offerta *«copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto ricondu-*

cibile all'affidatario [...]» – delinea un sistema di garanzie che si riferisce al solo periodo compreso tra l'aggiudicazione ed il contratto e non anche al periodo compreso tra la “proposta di aggiudicazione” e l'aggiudicazione”.

La dichiarazione necessaria per l'accertamento dell'illegittimità a fini risarcitori ex art. 34 comma 3 c.p.a.

Argomento: risarcimento art. 34 c.p.a.

(Cons. St., Ad. Plen., 3 luglio 2022, n. 8)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“[L]e questioni sull’interpretazione e l’applicazione dell’art. 34, comma 3, cod. proc. amm. [...] poste richiedono di stabilire se l’interesse risarcitorio sulla cui base si debba accertare l’illegittimità dell’atto impugnato, malgrado la sopravvenuta inutilità del suo annullamento, vada manifestato dal ricorrente con semplice dichiarazione, come affermato dalla più risalente giurisprudenza; se invece la dichiarazione debba essere corredata dall’esposizione degli elementi costitutivi dell’azione risarcitoria, secondo quanto in seguito precisato dalla stessa giurisprudenza; o se sia necessario che la domanda risarcitoria sia effettivamente proposta, come sostiene l’ordinanza di rimessione.

8. L’Adunanza plenaria reputa [...] sufficiente la dichiarazione del ricorrente di avere interesse a che sia accertata l’illegittimità dell’atto impugnato in vista della futura azione risarcitoria.

9. La soluzione ora affermata va fatta discendere dalle seguenti disposizioni del codice del processo amministrativo:

- art. 30, comma 5, secondo cui nel giudizio di annullamento «*la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza*»;

- art. 35, comma 1, lett. c), che prevede l’improcedibilità del ricorso «*quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse delle parti alla decisione*», soggetta non solo all’eccezione di parte ma anche al rilievo ufficioso del giudice;

- art. 104, comma 1, che nell’enunciare il c.d. divieto dei *nova* in appello, secondo cui «*non possono essere proposte nuove domande*», precisa che resta «*fermo quanto previsto dall’articolo 34, comma 3*».

L’improcedibilità del ricorso si verifica quando viene meno l’interesse ad una decisione nel merito della domanda azionata. [...].

10. Il parimenti citato art. 30, comma 5, cod. proc. amm. è parte della complessiva disciplina di carattere processuale relativa ai rapporti tra azione di annullamento e azione di risarcimento per lesione di interessi legittimi proponibile in sede giurisdizionale amministrativa. In coerenza con il principio ex art. 1 cod. proc. amm. fondamentale di pienezza ed effettività della tutela, la disciplina in questione è improntata nel suo complesso all’autonomia dell’azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, in vista del superamento del precedente assetto di origine giurisprudenziale incentrato invece sulla c.d. pregiudiziale amministrativa. Nel codice l’autonomia tra le due azioni si è tra l’altro manifestata con la possibilità prevista dal 30, comma 5, cod. proc. amm. in esame di posporre il risarcimento all’annullamento e dunque di domandare in successione i due rimedi. [...]

[...] 12. L’istituto previsto dall’art. 34, comma 3, cod. proc. amm. si colloca nella descritta tendenza.

In un sistema evoluto di tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, in cui alla tradizionale azione di annullamento si è affiancata con pari dignità rispetto ad essa l'azione risarcitoria, l'accertamento di illegittimità ai fini risarcitori previsto dalla disposizione processuale in esame risponde alla medesima esigenza sulla cui base era stato ristretto l'ambito di applicazione dell'improcedibilità del ricorso. Essa consiste nel conservare un'utilità alla decisione di merito sulla domanda di annullamento, pur a fronte di un mutamento della situazione di fatto e di diritto rispetto all'epoca in cui la stessa è stata azionata.

[...] 14. L'esigenza che l'interesse sia dichiarato dalla parte si correla al fatto che nell'ambito della [...] natura di giurisdizione di diritto soggettivo della giurisdizione amministrativa [...] è allo stesso ricorrente che è per legge rimessa l'iniziativa a tutela del suo interesse risarcitorio. La manifestazione dell'interesse risarcitorio una volta venuto meno quello all'annullamento dell'atto impugnato è dunque il presupposto indispensabile affinché il giudice possa pronunciarsi sulla legittimità dello stesso atto con pronuncia di mero accertamento. In questi termini va inteso l'inciso finale dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. «*se sussiste l'interesse ai fini risarcitori*», posto a condizione della pronuncia di accertamento.

[...] [L]a dichiarazione è condizione necessaria ma nello stesso tempo sufficiente perché sorga l'obbligo per il giudice di accertare l'eventuale illegittimità dell'atto impugnato. [...]

[...] Nella cornice così definita [...] la manifestazione dell'interesse risarcitorio ai fini dell'eventuale azione di risarcimento dei danni dell'atto originariamente impugnato, ma per il cui annullamento è venuto meno l'interesse nel corso del giudizio, consente al medesimo privato di ricavare dal giudizio di impugnazione un'utilità residua, impeditiva della pronuncia in rito ex art. 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., nella futura prospettiva di una tutela per equivalente monetario che il codice consente di fare valere in separato giudizio.

16. Nello stesso tempo, è possibile individuare nell'accertamento ex art. 34, comma 3, cod. proc. amm. una funzione deflattiva, rispondente alle esigenze del ricorrente, di conoscere anticipatamente se è fondato il presupposto principale dell'eventuale domanda di risarcimento dei danni, ma anche alle esigenze prospettate nell'ordinanza di rimessione, riferite all'amministrazione autrice dell'atto impugnato, di conoscere anticipatamente se questo sia o meno illegittimo e se vi sono pertanto rischi di esborsi economici, e dunque di assumere le opportune iniziative attraverso il proprio potere di autotutela. L'effetto di deflazione si ricava dal fatto che se l'accertamento richiesto dal ricorrente dovesse essere negativo, e dunque l'atto impugnato risultasse legittimo, l'azione risarcitoria sarebbe preclusa.

17. Per ottenere l'accertamento preventivo si palesa dunque sufficiente una semplice dichiarazione, da rendersi nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 cod. proc. amm., [...] Dal punto di vista processuale il fenomeno è inquadrabile nella c.d. *emendatio* della domanda, in senso riduttivo quanto al *petitum* immediato, non integrante pertanto un mutamento non consentito nell'ambito del principio della domanda, come evincibile dalla clausola di salvezza rispetto al c.d. divieto dei *nova in* appello previsto dall'art. 104, comma 1, cod. proc. amm., sopra richiamato. A sua volta, la dichiarazione di interesse risarcitorio in funzione dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato mira a provocare una pronuncia che seppur non modificativa della realtà giuridica, come invece quella demolitoria di annullamento, verte comunque su un'antecedente logico-giuridico dell'azione risarcitoria, per la quale è conseguentemente predicabile l'attitudine a divenire cosa giudicata in senso sostanziale ai sensi dell'art. 2909 del codice civile.

18. Sulla base di quanto ora esposto si trae l'ulteriore corollario per cui l'accertamento richiesto è esattamente quello che il giudice avrebbe dovuto svolgere nell'esaminare nel merito la domanda di annullamento, [...].

19. In forza delle considerazioni finora svolte diviene evidentemente superfluo, oltre che privo di base normativa, onerare il ricorrente di promuovere nello stesso giudizio la domanda risarcitoria, quando il termine ultimo si colloca oltre la definizione del giudizio di annullamento [...].

20. Da quanto ora esposto si evince pertanto che l'accertamento di legittimità dell'atto impugnato in funzione dell'interesse risarcitorio si pone in termini di contraddizione logica con la domanda di risarcimento del danno. Esso presuppone non già una domanda risarcitoria in atto, ma la sola proponibilità della stessa, che come più volte precisato è consentita entro il termine di decadenza previsto dall'art. 30, comma 5, cod. proc. amm. della sentenza che definisce il giudizio di annullamento. Se la domanda è stata invece proposta, l'accertamento mero si palesa inutile ed è assorbito da quello che deve svolgersi in sede di esame della domanda risarcitoria.

[...] In presenza di una domanda risarcitoria non ancora formulata, l'accertamento sui relativi presupposti non avrebbe peraltro attitudine al giudicato. In conseguenza di quest'ultimo rilievo deve pertanto escludersi che il giudice «*possa comunque pronunciarsi su una questione 'assorbente' e dunque su ogni profilo costitutivo della fattispecie risarcitoria*», come ipotizza l'ordinanza di rimessione.

23. Sulla base delle considerazioni finora svolte deve dunque essere condiviso l'orientamento giurisprudenziale originario, peraltro ancora di recente riaffermato, in particolare dalla V Sezione di questo Consiglio di Stato, con sentenza 29 gennaio 2020, n. 727, di cui merita richiamare i seguenti passaggi motivazionali:

- «*l'art. 34, comma 3, Cod. proc. amm. [...] va interpretato nel senso che l'obbligo di pronunciare sui motivi di ricorso (ovvero di accertare l'illegittimità dell'atto impugnato) sussista in caso di istanza, o, comunque, espressa dichiarazione di interesse della parte ricorrente, non potendo il giudice, alla declaratoria di improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, far seguire la verifica d'ufficio della permanenza dell'interesse del ricorrente ad una pronuncia sulla fondatezza dei motivi di ricorso per fini risarcitori*»;

- e che a questo scopo è sufficiente «*la dichiarazione di interesse della parte ricorrente*» e non già «*un'istanza circostanziata che allegghi il danno concretamente subito*»;

- ed ancora, con riguardo ai rapporti con la domanda risarcitoria: «*se fosse stata proposta domanda di risarcimento in cumulo con la domanda di annullamento, il giudice, pur avendo accertato l'improcedibilità della domanda di annullamento, per il carattere autonomo della domanda risarcitoria, sarebbe comunque tenuto a pronunciarsi sulla stessa per il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato ex art. 112 Cod. proc. amm., incorrendo, altrimenti, nel vizio di omessa pronuncia. In tale ricostruzione, pertanto, la disposizione contenuta nell'art. 34, comma 3, Cod. proc. amm., sarebbe del tutto superflua; essa, invece, si rende necessaria proprio per l'assenza di rituale domanda risarcitoria che la parte ben potrebbe proporre successivamente in autonomo giudizio, una volta ottenuto dal giudice l'accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa*».

24. In continuità con il precedente da ultimo richiamato, sui quesiti formulati dall'ordinanza di rimessione devono in conclusione essere affermati i seguenti principi di diritto:

- (sul primo quesito) «*per procedersi all'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., è sufficiente dichiarare di avervi interesse a fini risarcitori; non è pertanto necessario specificare i presupposti dell'eventuale domanda risarcitoria né tanto meno averla proposta nello stesso giudizio di impugnazione; la dichiarazione deve essere resa nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 cod. proc. amm.*»;

- (sul secondo quesito) *«una volta manifestato l'interesse risarcitorio, il giudice deve limitarsi ad accertare se l'atto impugnato sia o meno legittimo, come avrebbe fatto in caso di permanente procedibilità dell'azione di annullamento, mentre gli è precluso pronunciarsi su una questione in ipotesi assorbente della fattispecie risarcitoria, oggetto di eventuale successiva domanda»*.

Assegno *ad personam* e componenti laici del CSM

Argomento: magistratura

(Cons. St., Ad. Plen., 5 agosto 2022, n. 10)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

[...] 4. All'esito dell'udienza pubblica [...] la settima Sezione del Consiglio di Stato [...] ha rimesso all'adunanza plenaria la decisione dei seguenti quesiti:

“a) se le disposizioni normative di cui all'art. 1, commi 457 e 458, della l. n. 147 del 2013, nonché quelle di cui all'articolo 8, comma 5, della legge n. 370 del 1999 (nel testo vigente) siano applicabili anche ai componenti cc.dd. laici del Consiglio superiore della Magistratura (con la conseguenza di rendere inapplicabili nei loro confronti l'istituto dell'assegno *ad personam*) ovvero se questi ultimi siano esclusi dalla applicazione delle norme ivi contenute, anche in ragione del particolare munus ad essi affidato (art. 104, comma 4, Cost.)”;

“b) (in caso di risposta affermativa al primo quesito) se le disposizioni normative de quibus siano applicabili ai ratei da corrispondersi a partire da 1° febbraio 2014, anche se il conferimento dell'incarico di componente c.d. laico del Consiglio superiore della Magistratura sia avvenuto antecedentemente alla data di entrata in vigore della l. n. 147/2013”.

[...] 6. Per la soluzione del primo quesito va svolto il ragionamento che segue.

6.1. Prima dell'entrata in vigore del comma 458 dell'art. 1, l. n. 174 del 2013 (*Legge di stabilità per il 2014*), erano contemporaneamente vigenti:

- l'art. 202 (*Assegno personale nei passaggi di carriera*) d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (*Testo unico delle disposizioni concernenti lo stato degli impiegati civili dello Stato*) [...];

- l'art. 3 l. 3 maggio 1971, n. 312 (*Trattamento economico dei componenti del Consiglio superiore della magistratura eletti dal Parlamento cessati dalla carica*) [...].

L'identificazione dell'ambito soggettivo di applicazione di quest'ultima disposizione avveniva per rinvio all'art. 40, comma 3, l. 24 marzo 1958, n. 195 avente ad oggetto il trattamento dovuto ai “componenti eletti dal Parlamento che fruisce[o]no di stipendio o di assegni a carico del bilancio dello Stato” in costanza di carica.

[...] 6.2. L'art. 202 era una norma di carattere generale sul trattamento economico del dipendente pubblico in caso di “passaggio di carriera”: era prevista la conservazione del trattamento economico (più favorevole) in godimento nella precedente posizione mediante corresponsione di assegno *ad personam* (pari alla differenza tra lo stipendio già goduto e il nuovo stipendio), pensionabile e riassorbibile.

La norma vietata, dunque, la *reformatio in pejus* del trattamento economico in caso di passaggio di carriera: il mutamento di carriera non doveva in alcun modo risolversi in una regressione nel trattamento economico (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 febbraio 2022, n. 1093; VI, 7 febbraio 2018, n. 776; V, 12 febbraio 2013, n. 808; VI, 4 luglio 2011, n. 3961; IV, 29 febbraio 2008, n. 779; IV, 26 gennaio 2007, n. 289).

[...] 6.6. E' poi entrato in vigore l'art. 1, comma 458, della l. 27 dicembre 2013, n. 147 (*legge di stabilità per il 2014*) per il quale: “L'articolo 202 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3 e l'articolo 3, commi 57 e 58, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, sono abrogati. Ai pubblici dipendenti che abbiano ricoperto ruoli o incarichi, dopo che siano cessati dal ruolo o dall'incarico, è sempre corrisposto un trattamento pari a quello attribuito al collega di pari anzianità”.

Due sono le norme di cui si compone il comma 458.

La prima abroga espressamente l'art. 202 d.P.R. n. 3 del 1957, unitamente all'art. 3, commi 57 e 58 l. n. 537 del 1993, le quali, come si è detto, completavano la disciplina dei c.d. passaggi di carriera.

La seconda fissa la regola per la quale alla cessazione dell'incarico ricoperto (o del diverso ruolo assunto) al dipendente pubblico che rientri (nei ruoli) nell'amministrazione di provenienza spetta un trattamento pari quello del collega con pari anzianità.

6.7. Occorre allora stabilire in che rapporto si ponga tale (innovativa) regola con le previgenti disposizioni in materia di trattamento economico e giuridico del dipendente pubblico alla cessazione di incarico cui era stato eletto (o nominato) e, per quanto interessa al presente giudizio, con la disposizione di cui all'art. 3, l. n. 312 del 1972, riferita ai professori eletti consiglieri c.d. laici del C.S.M.

Occorre domandarsi se il legislatore abbia inteso disporre la loro abrogazione, tacita o implicita, o se, invece, abbia voluto innovare all'ordinamento giuridico senza effetti sulle disposizioni previgenti (alcune delle quali sono state in precedenza richiamate).

[...] 6.10. L'Adunanza plenaria ritiene, invece, che si sia prodotta un'abrogazione delle disposizioni previgenti incompatibili per rinnovazione della materia.

Il legislatore, con la norma contenuta nella seconda parte del comma 458 della legge di stabilità per il 2014, ha fissato una regola unitaria per quella particolare vicenda del rapporto di pubblico impiego rappresentata dal rientro nei ruoli di provenienza in seguito alla cessazione dell'incarico (o del ruolo) al quale il dipendente sia stato eletto o nominato; si è disposto che il trattamento dovuto sarà equivalente a quello attribuito al collega di pari anzianità.

[...] 6.13. In conclusione, al primo quesito posto dalla sezione remittente questa Adunanza plenaria risponde nel senso che l'art. 1, comma 458, l. n. 147 del 2013, debba trovare applicazione anche nei confronti dei professori universitari eletti componenti c.d. laici del C.S.M. che alla cessazione dell'incarico siano rientrati nei ruoli dell'università di provenienza.

7. Il secondo quesito attiene all'efficacia temporale della sopravvenuta disposizione normativa; si domanda, come rammentato, se essa sia applicabile ai ratei da corrispondere ai professori universitari a partire dal 1° febbraio 2014, anche se la data di cessazione dell'incarico sia stata antecedente all'entrata in vigore.

7.1. L'efficacia temporale della nuova disposizione è stabilita dal comma 459 della legge di stabilità 2014 per il quale: *“Le amministrazioni interessate adeguano i trattamenti giuridici ed economici, a partire dalla prima mensilità successiva alla data di entrata in vigore della presente legge, in attuazione di quanto disposto dal comma 458, secondo periodo, del presente articolo e dall'articolo 8, comma 5, della legge 19 ottobre 1999, n. 370, come modificato dall'articolo 5, comma 10 – ter, del decreto - legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135”*.

La norma è chiara e non dà adito a dubbi interpretativi: le amministrazioni sono tenute ad applicare immediatamente la nuova disposizione (*id est.* a partire dalla prima mensilità successiva alla sua entrata in vigore) e, di conseguenza, a rivedere il trattamento giuridico ed economico in godimento dei dipendenti già beneficiari del previgente regime, ormai superato dalla nuova disciplina.

Per rispondere compiutamente al secondo quesito posto all'Adunanza plenaria, tuttavia, occorre verificare se la scelta del legislatore si ponga in contrasto con principi di rilevanza costituzionale poiché in tal caso sarebbe corretto vagliare altre possibili interpretazioni che tale contrasto consentano di evitare.

7.2. A tal scopo, va detto che per aver il legislatore disposto l'immediata revisione del trattamento giuridico ed economico in godimento dei dipendenti cessati dall'incarico di consigliere del C.S.M. vigente la precedente disciplina, il comma citato è una norma connotata da retroattività c.d. impropria.

[...] Il comma 458 dell'articolo 1 della legge di stabilità del 2014 è connotata da retroattività impropria perché: a) considera un fatto generatore di un rapporto giuridico – la cessazione dall'incarico di consigliere c.d. laico del C.S.M. – che si è verificato anteriormente alla sua entrata in vigore; b) quel rapporto giuridico era disciplinato da una previgente disciplina alla quale le parti sono state sottoposte per un certo periodo; c) introduce una nuova disciplina cui le parti sono sottoposte a partire dalla sua entrata in vigore.

[...] Quel che più conta, però, è che la nuova regola del rapporto comporta per il periodo successivo alla sua entrata in vigore un peggioramento del trattamento economico (e giuridico) del dipendente pubblico; essa, cioè, incide negativamente sui diritti in godimento.

[...] Per questo motivo, se ne deve accertare l'eventuale contrasto con il principio del legittimo affidamento del dipendente pubblico.

[...] La disposizione va, dunque, sottoposta a scrutinio di ragionevolezza il quale sempre si risolve nella verifica del corretto bilanciamento tra le opposte esigenze: dell'una, sempre uguale, s'è detto ed è l'aspettativa del privato a conservare quel che ha acquisito, l'altra, mutevole, è ciò che giustifica l'intervento in senso peggiorativo del preesistente assetto di interessi deciso dal legislatore.

È quel che si definisce la "*causa normativa adeguata*" (così in Corte cost. 2016, n. 203; 12 marzo 2015, n. 34; 2013, n. 92); a sua volta consistente ad un interesse pubblico sopravvenuto (o anche in una "*inderogabile esigenza*") di rilievo costituzionale (o che abbia riscontro in principio, diritto o bene di rilievo costituzionale).

[...] 7.6. Per le chiare indicazioni della Corte costituzionale, in consonanza con la Corte EDU, può escludersi ogni dubbio di contrasto con il principio del legittimo affidamento (come corollario del principio di certezza dei rapporti giuridici) della normativa qui in esame.

Pur volendo dire legittimamente maturata l'aspettativa dei consiglieri c.d. laici alla conservazione del favorevole trattamento economico in godimento all'entrata in vigore dei commi 458 e 459 dell'articolo 1 della l. n. 147 del 2013, è certo che le nuove regole rispondano ad interessi generali (che hanno cioè "*causa normativa adeguata*"); ciò che rende ragionevole la decisione in punto di loro immediata applicazione.

La nuova disciplina del trattamento economico del dipendente pubblico alla cessazione dell'incarico risponde ad un'esigenza di contenimento della spesa pubblica, poiché porta alla soppressione di quel surplus di retribuzione (l'assegno *ad personam*) – non correlata all'attività svolta al rientro presso l'amministrazione di appartenenza né conseguente all'anzianità maturata – percepita per il solo fatto del pregresso svolgimento dell'incarico.

[...] In secondo luogo, attraverso l'innovativa disposizione sono eliminate ragioni di differenziazione dei trattamenti economici all'interno della stessa amministrazione [...].

[...] 7.9. In conclusione, al secondo quesito posto dalla Sezione rimettente può darsi risposta nel senso che le nuove disposizioni si applicano ai ratei da corrispondersi a partire dal 1° febbraio 2014, anche se il conferimento dell'incarico di componente c.d. laico del C.S.M. sia avvenuto antecedentemente alla data di entrata in vigore della l. n. 147 del 2003 e senza che ciò comporti lesione del legittimo affidamento maturato dal consigliere”.

Incidenza della sospensione feriale sul calcolo del termine lungo di impugnazione delle sentenze

Argomento: processo amministrativo

(Cons. St., Ad. Plen., 3 settembre 2022, n. 11)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“1. La questione di principio [...] sottoposta all’esame della Adunanza Plenaria, riguarda le modalità con le quali va computato il periodo della sospensione feriale, ai fini del calcolo del termine lungo di impugnazione delle sentenze.

In particolare, la questione riguarda l’incidenza che ha la sospensione dei termini processuali, dal primo al 31 agosto di ciascun anno (come disciplinata dall’art. 16 del decreto legge n. 132 del 2014, convertito nella legge n. 162 del 2014), ai fini del calcolo del termine di impugnazione, laddove questo termine abbia cominciato a decorrere prima della sospensione “feriale”.

2. Nell’ambito dei termini processuali, i termini perentori di impugnazione delle sentenze (v. art. 326 c.p.c. e art. 92 c.p.a.) sono soggetti ad ipotesi particolari di sospensione, talune previste dal codice di procedura civile (43, 398, comma 4), altre da disposizioni speciali emanate dal legislatore, specie in occasione di eventi bellici o di calamità naturali o di eventi epidemiologici (v. ad esempio l’art. 49, comma 2, del decreto legge n. 189 del 2016, in occasione del sisma che ha colpito il centro Italia, l’art. 83 del decreto legge n. 18 del 2020 e l’art. 36, comma 3, del decreto legge n. 23 del 2020, in occasione della pandemia da Covid-19), che abbiano impedito o compromesso l’ordinario svolgimento delle attività processuali.

3. A differenza di queste ultime sospensioni, legate a fenomeni emergenziali e di regola temporanei, quella legata alla pausa estiva - stabilita dalla l. n. 742 del 1969 (preceduta dalla l. n. 818 del 1965) - costituisce un’ipotesi di sospensione dei termini processuali di carattere generale, sebbene con alcune eccezioni, ed è giustificata dall’intento di salvaguardare un periodo di ferie per gli avvocati, i quali sarebbero altrimenti vincolati al rispetto dei termini anche per tutto il periodo estivo.

Si tratta, in questo senso, di una misura di sospensione generale, a tutela del diritto di difesa (come già rilevato a suo tempo da questa Adunanza nella pronuncia n. 5 del 1978, a p. 5, e in seguito più volte ribadito dalla Corte costituzionale, con le sentenze n. 255 del 1987, n. 49 del 1990 e n. 380 del 1992), conosciuta e disciplinata anche in altri ordinamenti europei, come dimostrano gli esempi di Austria, Belgio, Portogallo e Spagna (notizie al riguardo sono ricavabili anche dal sito e-justice.europa.eu).

L’art. 1 della l. n. 742 del 1969 - nel disporre la sospensione di diritto dei termini processuali dal 1° al 31 agosto di ciascun anno, e specificando che il loro decorso “riprende” dalla fine del periodo di sospensione - fa espresso riferimento ai termini relativi alla giurisdizione ordinaria ed a quelle amministrative.

La sicura applicazione di tale sospensione anche al giudizio amministrativo dinanzi ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato è confermata anche dall’art. 5 della medesima legge, dove l’eccezione prevista per il giudizio cautelare presuppone chiaramente che valga, altrimenti, la regola della sospensione per ogni altro rito dinanzi al giudice amministrativo (v. già Cons. St., Ad. Plen. n. 5 del 1978). Della nozione di termini processuali – giova ricordare, per completezza - la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha sempre dato interpretazioni piuttosto ampie, riconoscendo tale carattere, ad esempio, anche ai termini per l’impugnazione dei provvedimenti amministrativi (sin dalla decisione n. 202 del 1967; con

esiti non dissimili si veda anche Corte costituzionale n. 49 del 1990, con riguardo all'impugnazione delle delibere condominiali).

In questo quadro normativo, le disposizioni sopravvenute racchiuse nei commi 2 e 3 dell'art. 54 del c.p.a., nel ribadire per il giudizio amministrativo sia la regola che l'eccezione in tema di sospensione feriale dei termini processuali, non hanno introdotto elementi di differenza o di novità. Occorre dunque tenere particolarmente conto dell'orientamento già sviluppatosi con riferimento alla legge n. 742 del 1969.

4. Nel discorso sui termini processuali in generale, e su quelli perentori di impugnazione delle sentenze in particolare, debbono inoltre richiamarsi anche le regole sul loro computo, indicate dall'art. 155 c.p.c. e da intendersi applicabili anche al processo amministrativo in forza del rinvio di cui all'art. 39 c.p.a.

In particolare, e per quanto più rileva ai fini della definizione della questione qui sollevata, nei termini a mesi (qual è il termine lungo di impugnazione delle sentenze) si osserva il calendario comune, con la precisazione che, applicando l'art. 2963, commi 4 e 5, c.c. relativo al computo dei termini di prescrizione (ma avente tuttavia portata generale, anche nel diritto processuale), la scadenza si verifica nel giorno del mese corrispondente al giorno del mese iniziale. Si adotta in questo modo il sistema detto della computazione civile, non *ex numero* bensì *ex nominatione dierum*, nel senso che il decorso del tempo si ha, indipendentemente dal numero dei giorni compresi nel rispettivo periodo, allo spirare del giorno corrispondente a quello del mese iniziale. Se però nel mese di scadenza manca tale giorno, il termine si compie con l'ultimo giorno dello stesso mese.

Nei termini a giorni o ad ore, vale la regola per cui non si computa il giorno nel corso del quale cade il momento iniziale del termine, mentre si computa il giorno finale, salvo che non cada in un giorno festivo: in tal caso la scadenza è prorogata al primo giorno seguente non festivo.

Nel rimettere la questione, il Consiglio di giustizia muove dal duplice presupposto che il termine lungo di impugnazione sia un termine a mesi e vada quindi calcolato *ex nominatione dierum* ed inoltre che anche quello di sospensione "feriale" sia divenuto, dopo la modifica del 2014, un termine calcolabile a mesi.

Mentre il primo presupposto è indubbio, il secondo, come si dirà, è invece revocabile in dubbio.

5. Al di là peraltro della natura (se a mesi o a giorni) del termine della sospensione feriale, la questione centrale posta dal Consiglio di giustizia concerne le modalità di computo di detto periodo nel suo interferire con il calcolo del termine lungo di impugnazione che (si intende, sempre) abbia già cominciato a decorrere.

[...] 6. [...] secondo l'orientamento tradizionale, ribadito dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 18450 del 2005 [...] il termine lungo di impugnazione [...] qualora abbia cominciato a decorrere prima della sospensione dei termini durante il periodo feriale, è calcolato dapprima a mesi includendovi "fittiziamente" anche il periodo feriale, per poi essere "prolungato" di 46 giorni (ridotti a 31 con la riforma del 2014), calcolati *ex numeratione dierum*. ai sensi del combinato disposto dell'articolo 155, primo comma, c.p.c. e dell'articolo 1, primo comma, l. n. 742 del 1969.

Ciò comporta che, rilevando la data di pubblicazione della sentenza quale *dies a quo* e calcolando da tale data i sei mesi (o, nel caso dell'art. 119 c.p.a., i tre mesi) del termine lungo che vengono a scadenza nel giorno del sesto (o del terzo) mese corrispondente al giorno del mese iniziale (art. 155, secondo comma, c.p.c. e art. 2963, quarto comma, c.c.), solo alla fine si aggiunge il periodo a giorni di sospensione feriale (v. Cass., sez. VI, n. 17640 del 2020).

Tale orientamento, ispirato con ogni probabilità più da ragioni pratiche che da convinzioni teoriche, e al quale il giudice amministrativo si è sempre conformato (v. ad esempio Cons. St., sez. VI, n. 1145 del

2011, e ancora da ultimo Cons. St., sez. II, n. 1248 del 2022), si è dunque sviluppato quando la sospensione feriale era fissata dal legislatore dal 1° al 15 settembre, ma è stato ribadito dalla Corte di Cassazione anche dopo l'entrata in vigore del sopra citato art. 16 del decreto legge n. 132 del 2014, convertito nella legge n. 162 del 2014, che ha ridotto la sospensione al periodo compreso tra il 1° e il 31 agosto.

Va richiamata in particolare Cass., sez. VI, n. 2186 del 2021, secondo cui “è costante indirizzo nomofilattico quello per cui il periodo di sospensione sia computato *ex numeratione dierum* ai sensi del combinato disposto dell'art. 155 c.p.c., comma 1, e l. n. 742 del 1969, art. 1, comma 1, proprio per la differente dicitura di quest'ultimo precetto (immutata, ai fini in parola, dopo la novella del 2014) (Cass., 24 marzo 1998, n. 3112, Cass., 7 luglio 2000, n. 9068, Cass., 4 ottobre 2013, n. 22699, pag. 4)”.

7. Nella sua *ratio decidendi*, la Corte di Cassazione ha evidenziato che il riferimento al periodo ‘dal 1° al 31 agosto’ riguarda ancora un termine ‘a giorni’, com’era già prima della modifica del 2014 (in questo senso cfr. Cass, sez. III, n. 6592 del 2019 e n. 4426 del 2022).

Questa Adunanza Plenaria condivide e fa propria questa considerazione, che costituisce il primo degli argomenti a sostegno della conferma dell'indirizzo tradizionale quanto alle modalità di computo, nel senso che non emergono effettive ragioni di novità, legate a fatti normativi sopravvenuti, per discostarsi da un criterio interpretativo pluridecennale.

Nella medesima direzione spingono, inoltre, considerazioni di ordine pratico (destinate a prevalere, anche in chiave di certezza, sulle possibili incongruenze riscontrabili nella pratica quotidiana ed evidenziate dalla Sezione remittente), che già questa Adunanza ebbe modo di sottolineare nel precedente più recente in materia di cui alla sentenza n. 18 del 2016, connaturate all'ambito di applicazione della materia che qui viene in discussione e pertanto - come si legge al punto 3 di tale motivazione - “legate all'esigenza di uniforme applicazione del diritto nazionale che mal si conciliano con interpretazioni giurisprudenziali divergenti su una questione comune al processo amministrativo ed al processo civile”.

Tali considerazioni suggeriscono soluzioni interpretative per quanto possibile convergenti, almeno ogni qual volta vengano in preminente rilievo questioni ed istituti di teoria generale o comunque espressione di un diritto processuale, per così dire, “comune” tra i diversi plessi.

8. Sulla base di quanto sinora considerato, può essere quindi formulato il seguente principio di diritto sulla questione deferita ai sensi dell'art. 99, comma 1, del c.p.a. dal Consiglio di giustizia, al quale la causa va restituita ai sensi del comma 4 del medesimo articolo:

- qualora il termine lungo di impugnazione abbia cominciato a decorrere prima del periodo feriale, al termine di impugnazione, calcolato a mesi, ai sensi degli articoli 155, secondo comma, c.p.c. e 2963, quarto comma, c.c. (per cui il decorso del tempo si ha, indipendentemente dall'effettivo numero dei giorni compresi nel rispettivo periodo, allo spirare del giorno corrispondente a quello del mese iniziale coincidente con la data di pubblicazione della sentenza), va alla fine aggiunto, realizzandosi così un prolungamento di tale termine nella misura corrispondente, il periodo di 31 giorni di sospensione previsto dalla l. n. 742 del 1969, come ribadito dall'art. 54, comma 2, del c.p.a., computato *ex numeratione dierum* ai sensi dell'art. 155, primo comma, c.p.c.”.

Natura del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana e conflitti di competenza

Argomento: competenza

(Cons. St., Ad. Plen., 13 settembre 2022, n. 13)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“[...] 4. Con il primo quesito, il Consiglio di giustizia per la Regione Siciliana chiede “se l’art. 10, comma 5, del d.lgs. n. 373 del 2003 debba essere interpretato come riferito ai soli conflitti di competenza (positivi o negativi) attuali, o anche a quelli virtuali che sono determinati dalla contemporanea pendenza dell’appello sulla competenza davanti al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana e al Consiglio di Stato”.

L’art. 10, comma 5, stabilisce che “*All’Adunanza plenaria, composta ai sensi del comma 4*” (cioè integrata da due magistrati del Consiglio di giustizia), “*è altresì devoluta la cognizione dei conflitti di competenza, in sede giurisdizionale, tra il Consiglio di giustizia amministrativa ed il Consiglio di Stato*”.

[...] Come ha osservato questa Adunanza Plenaria con l’ordinanza 9 marzo 2011, n. 6:

-si tratta di una disposizione speciale, contenuta in una fonte tra l’altro di rango sub costituzionale, e non trasfusa nel codice del processo amministrativo, ragion per cui non rileva, per la sua corretta interpretazione, il rinvio esterno alle disposizioni del codice di procedura civile, effettuato dall’articolo 39 del c.p.a.;
-la fattispecie non può essere assimilata al conflitto di competenza disciplinato dall’articolo 45 del codice di procedura civile (riguardante il solo conflitto negativo virtuale, a prevenzione del conflitto reale);
-“la formulazione dell’articolo 10, comma quinto, è di tale ampiezza da ricomprendere sia il conflitto positivo che quello negativo, sia il conflitto reale che quello virtuale”.

Ad avviso di questa Adunanza Plenaria, tali considerazioni vanno di per sé ribadite, con la precisazione che l’art. 10, comma 5, presuppone per la sua applicazione che vi sia un conflitto, sia pure virtuale: non è invece sufficiente il ‘mero rischio di conflitto virtuale’, per la pendenza di due procedimenti analoghi, in assenza di un provvedimento che possa considerarsi quale esplicita o implicita invasione della sfera di competenza dell’altro ufficio giudiziario.

Nel caso di specie, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, proprio per evitare il rischio del conflitto, ha sottoposto le questioni in esame all’Adunanza Plenaria, in applicazione non dell’art. 10, comma 5, del d.lgs n. 373 del 2003, ma dell’art. 99 del codice del processo amministrativo, per ottenere un’indicazione interpretativa chiarificatrice cui adeguarsi: tale *modus procedendi* è di per sé incompatibile con l’ipotesi, sia pur virtuale, di un conflitto.

5. Quanto al secondo quesito, il Consiglio di giustizia per la Regione Siciliana ha chiesto “se, nell’ipotesi in cui il Tar per la Sicilia abbia declinato la propria competenza indicando la competenza di un altro Tar, il relativo regolamento di competenza debba essere proposto dinanzi al Consiglio di Stato o al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana”.

L'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 373 del 2003 stabilisce che, in sede giurisdizionale, *“il Consiglio di giustizia amministrativa esercita le funzioni di giudice di appello contro le pronunce del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia”*.

[...] 6. Ritiene l'Adunanza Plenaria che la questione sollevata dall'ordinanza di rimessione vada risolta sulla base del fondamentale principio per il quale il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana è una sezione del Consiglio di Stato.

Il codice del processo amministrativo non contiene specifiche disposizioni sul Consiglio di giustizia per la Regione siciliana, ad eccezione dell'art. 100 [...].

Nessun'altra disposizione si è riferita al Consiglio di giustizia, le cui competenze sono state date per presupposte dal codice del processo amministrativo, proprio perché costituisce una sezione del Consiglio di Stato.

E' al riguardo emblematico l'art. 62, il quale – per gli appelli avverso le ordinanze cautelari – ha previsto che *“contro le ordinanze cautelari è ammesso appello al Consiglio di Stato”*: è ovvio, tuttavia, che gli appelli avverso le ordinanze cautelari del TAR per la Sicilia debbano essere proposti dinanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

Similmente, nel codice non vi è alcun riferimento al Consiglio di giustizia amministrativa neanche in tema di ricorso per revocazione, né di opposizione di terzo: le relative disposizioni si riferiscono alle sentenze del Consiglio di Stato, ma è ovvio che tali rimedi debbano essere proposti al Consiglio di giustizia amministrativa quando si tratti delle sue pronunce.

Evidentemente, i compilatori del codice del processo amministrativa hanno tenuto conto del principio fondamentale affermato dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 373 del 2003, per il quale *“il Consiglio di giustizia amministrativa ... è composto da due Sezioni, con funzioni, rispettivamente, consultive e giurisdizionali, che costituiscono Sezioni staccate del Consiglio di Stato”*.

Trattandosi di *“Sezioni”* del Consiglio di Stato, sia pure aventi sede a Palermo, le disposizioni del codice del processo amministrativo non hanno dovuto di volta in volta rimarcare le loro competenze, disposte per di più da una fonte di rilievo sovraordinato alla legge ordinaria.

Ogni disposizione del codice del processo amministrativo, quando si riferisce al Consiglio di Stato, va intesa quale riferita a tutte le sezioni giurisdizionali, anche a quelle aventi sede a Palermo.

7. Ciò posto, per la soluzione della questione sollevata dall'ordinanza di rimessione rilevano anche le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 373 del 2003, che ha attuato lo Statuto della Regione siciliana, approvato con la legge costituzionale n. 2 del 1948, dunque destinato a prevalere nella gerarchia delle fonti rispetto alla legge ordinaria, in ragione del carattere *“riservato e separato”* che lo Statuto speciale attribuisce a tale fonte [...].

L'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 373 del 2003 ha previsto che *“In sede giurisdizionale il Consiglio di giustizia amministrativa esercita le funzioni di giudice di appello contro le pronunce del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia”*.

La formulazione è molto ampia e riguarda tutte le funzioni del giudice di appello (cioè del Consiglio di Stato) da esercitare *ratione loci*, e non già al solo mezzo dell'appello.

Essa sul piano testuale ben si presta dunque a ricomprendere anche il regolamento di competenza che il codice del processo attribuisce, per l'appunto, in via generale al giudice di appello.

8. Del resto, la preoccupazione circa il carattere esondante di una eventuale pronuncia che in sede di regolamento giunga a individuare, con effetto vincolante, quale giudice territorialmente o funzionalmente competente un TAR non siciliano, non si giustifica sul piano sistematico.

Va sottolineato che l'art. 62 c.p.a. consente in appello il rilievo d'ufficio dell'incompetenza del primo giudice che abbia concesso misure cautelari in violazione delle disposizioni sulla competenza inderogabile e, al comma 4, dispone che "*il giudice competente per l'appello cautelare*" - che certamente è il Consiglio di giustizia amministrativa quando è impugnata una ordinanza del TAR per la Sicilia - "*regola d'ufficio la competenza ai sensi dell'articolo 16, comma 3*".

Il Consiglio di giustizia amministrativa conosce sempre, nell'ambito del processo cautelare incardinato in primo grado presso il TAR per la Sicilia, delle questioni di competenza, e conseguentemente ne regola, con effetto vincolante, l'attribuzione, anche definendo il regolamento di competenza.

Ciò avviene anche quando la competenza costituisca un motivo d'appello dell'ordinanza o della sentenza, che ha, insieme al merito, deciso, anche implicitamente, sulla competenza: il giudice dell'appello è sempre anche giudice della competenza, ove questa venga contestata a mezzo dei motivi di appello.

Gli effetti ultraterritoriali della pronuncia non costituiscono dunque argomento che possa avere un peso dirimente nell'individuazione dell'esatto perimetro delle funzioni giurisdizionali che il Consiglio di giustizia amministrativa è chiamato a esercitare.

9. Sulla base delle considerazioni che precedono, in relazione ai quesiti sopra riportati, ai sensi dell'art. 99 del codice del processo amministrativo l'Adunanza Plenaria afferma i seguenti principi:

1) *L'art. 10, comma 5, del d.lgs. n. 373 del 2003 va interpretato come riferito ai conflitti di competenza positivi o negativi, reali o virtuali. Tuttavia la mera pendenza di due procedimenti identici, in assenza di provvedimenti giudiziari che costituiscano invasione della sfera di competenza riservata, non costituisce un'ipotesi di conflitto.*

2) *Qualora il Tar per la Sicilia abbia declinato la propria competenza indicando la competenza di un altro Tar, il relativo regolamento di competenza va proposto dinanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana*".

L'instaurazione o ripresa del procedimento disciplinare a seguito di una sentenza penale definitiva

Argomento: procedimento

(Cons. St., Ad. Plen, 13 settembre 2022, n. 14)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“1. Con l'ordinanza -OMISSIS-, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ha deferito a questa Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

a) come vada individuato il dies a quo dell'avvio del procedimento disciplinare di stato nell'ipotesi di giudicato parziale;

b) qualora il dies a quo si riferisca al passaggio in giudicato della decisione parziale, se il termine vada individuato:

b1) nella data in cui l'amministrazione venga a conoscenza della sentenza di merito e del ricorso per Cassazione, da cui desumere che alcuni capi non sono stati impugnati e dunque sono passati in giudicato,

b2) ovvero nella data in cui l'amministrazione venga a conoscenza della sentenza di merito e del dispositivo della decisione della Cassazione,

b3) ovvero ancora nella data in cui l'amministrazione venga a conoscenza della sentenza di merito e della sentenza integrale della Cassazione.

[...] 8. L'Adunanza Plenaria ritiene che il procedimento disciplinare debba essere instaurato o riaperto, ai sensi degli artt. 1392, co. 3, e 1393, co. 4, d. lgs. 15 marzo 2010 n. 66, a decorrere dalla data di intervenuta conoscenza, integrale e certa, della sentenza che conclude definitivamente e complessivamente il processo penale, non assumendo alcun rilievo, ai fini della determinazione del dies a quo, il passaggio in giudicato di precedenti sentenze con riferimento a singoli capi di imputazione.

9. La prima questione sottoposta a questa Adunanza Plenaria attiene “alla individuazione del dies a quo per l'avvio del procedimento disciplinare in caso di impugnazione parziale di una sentenza penale, e cioè se lo stesso debba riferirsi ai giudicati parziali, ovvero all'ultimo giudicato”.

Nel caso di specie, come si è innanzi esposto, una sentenza di Corte di Appello ha:

i) dichiarato non doversi procedere per prescrizione per taluni reati (-OMISSIS-);

ii) assolto l'imputato perché il fatto non sussiste per altri due reati (altra -OMISSIS- e altro -OMISSIS-);

iii) condannato l'imputato per il reato di -OMISSIS- ad anni otto di reclusione.

Questo capo della sentenza è stato impugnato dall'imputato con ricorso per Cassazione, la quale ha annullato la sentenza di condanna. Infine, altra Sezione della Corte di Appello ha assolto l'imputato anche dal reato di -OMISSIS- perché il fatto non sussiste.

Oggetto del procedimento disciplinare sono, dunque, solo i fatti per i quali vi è stata pronuncia di non luogo a procedere per intervenuta prescrizione.

Tuttavia, l'amministrazione non ha proceduto ad avviare il procedimento disciplinare dopo la pronuncia della Corte d'Appello passata (parzialmente) in giudicato, circostanza di cui aveva conoscenza, ma ha avviato detto procedimento solo quando è stata definito l'intero processo penale.

[...] 10. Occorre, innanzi tutto, ricordare che, nell'attuale assetto ordinamentale, non ricorre più la cd. pregiudiziale penale al procedimento disciplinare, ma trova, al contrario, applicazione il diverso principio dell'autonomia, sia pur "temperata", dei giudizi, ben potendo (ed anzi dovendo) l'amministrazione avviare il procedimento disciplinare nei termini prescritti.

[...] Attualmente, il codice di procedura penale non prevede la sospensione obbligatoria del procedimento disciplinare [...].

Anche la disciplina del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione accoglie il principio di autonomia "temperata" di ciascuno dei due procedimenti, sia per i dipendenti in rapporto di lavoro cd. contrattualizzato, sia per dipendenti in rapporto di lavoro di diritto pubblico.

[...] Per il personale militare dispongono, in modo non dissimile da quanto previsto per il cd. personale contrattualizzato, gli articoli 1392 e 1393 d. lgs. n. 66/2010. In particolare, in base a tale ultima disposizione:

- "il procedimento disciplinare che abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è avviato, proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale" (co. 1, primo periodo);

- "per le infrazioni disciplinari di maggiore gravità punibili con la consegna di rigore" e in particolare per quelle "disciplinari di stato", l'amministrazione militare "solo nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al militare ovvero qualora, all'esito degli accertamenti preliminari, non disponga di elementi conoscitivi sufficienti ai fini della valutazione disciplinare, promuove il procedimento disciplinare al termine di quello penale" (co.1, secondo periodo);

- il procedimento disciplinare è "avviato o riaperto entro novanta giorni dalla data in cui l'amministrazione ha avuto conoscenza integrale della sentenza....".

In linea generale, può affermarsi che per il personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (e, in particolare, per i militari imputati di fatti penalmente rilevanti), resta fermo il principio generale di "autonomia temperata" del procedimento disciplinare rispetto a quello penale, dato che, nel caso di addebito di fatti penalmente rilevanti che comportino sanzioni gravi (ed in particolare, quelle di stato), e sempre che vi siano necessità istruttorie, il procedimento disciplinare può essere sospeso in attesa di quello penale.

L'avvio del procedimento disciplinare, anche in pendenza di procedimento penale, costituisce, dunque, la regola nell'impiego pubblico, mentre la sospensione rappresenta l'eccezione, dipendente dalla sussistenza di due distinti presupposti: la natura particolarmente grave della sanzione astrattamente irrogabile all'esito del procedimento; la particolare "complessità" dell'istruttoria, ovvero la indisponibilità di "elementi conoscitivi sufficienti"; quegli elementi cioè, come è dato dedurre, che solo le indagini penali ed il successivo dibattimento possono fornire, attesa l'ampiezza e la capacità di acquisizione proprie dei mezzi all'uopo predisposti dall'ordinamento.

11. In questo contesto, a favore della soluzione ermeneutica che individua la decorrenza del termine per avviare o riaprire il procedimento disciplinare solo dalla conclusione dell'"intero" processo penale (senza quindi considerare sentenze parziali coperte da giudicato) militano diverse considerazioni.

11.1. In primo luogo, vi è il dato letterale dell'art. 1392, co. 3 (valorizzato anche dall'ordinanza di rimesione) e dell'art. 1393, co. 1, che fanno entrambi riferimento, alla "conclusione" del processo penale, in tal modo segnalando l'esigenza di "voler evitare una valutazione spezzettata di una complessa vicenda fattuale" (così l'ordinanza).

L'art. 1393, in particolare, nel descrivere i casi nei quali è consentito attendere l'esito del processo penale, fa genericamente riferimento ai "fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria", con ciò intendendo riferirsi non già a "singoli" fatti ciascuno dei quali costituente illecito penale, ma all' "insieme" dei fatti per i quali l'autorità giudiziaria procede.

Se è l'insieme di tali fatti (e la necessità di una loro migliore conoscenza, nel loro complesso e nelle loro interrelazioni) a consentire la sospensione (che, come si è detto, costituisce eccezione), appare poi poco coerente ritenere che la medesima sospensione debba di volta in volta cessare allorché, nei vari gradi di giudizio, uno o più dei fatti per cui è processo penale venga definito, sia pure irrevocabilmente.

[...] Se, quindi, l'esigenza di una valutazione unitaria vale per fatti fin dall'origine non penalmente rilevanti (che attendono per la loro valutazione l'esito del giudizio instaurato per quei fatti che hanno invece rilevanza penale), identica esigenza vi è per quelli che – considerati ab initio di rilevanza penale – "retrocedono" alla condizione di fatti disciplinarmente (ma non più penalmente) rilevanti: una condizione non dissimile, cioè, da quella dei fatti per i quali l'art. 1393, co. 1, primo periodo, ammette la sospensione in attesa dell'esito del giudizio penale.

11.2. Sul più generale piano logico-sistematico, la sospensione del procedimento penale costituisce, come si è detto, un'eccezione, prevista sia nell'interesse dell'amministrazione, consentendole di avere una valutazione migliore dei fatti, sia nell'interesse del militare, sottraendolo alle conseguenze di valutazioni disciplinari frutto di incompletezza o frettezza e che, peraltro, potrebbero essere smentite dalle conclusioni del giudizio penale.

Ambedue le esigenze che consentono (e rendono opportuno) di attendere l'esito del giudizio penale, verrebbero frustrate laddove l'amministrazione fosse costretta ad inseguire ogni esito parziale di quel giudizio [...]

Né può essere dimenticato che il medesimo fatto ben può costituire sia illecito disciplinare sia illecito penale e che, ferma restando l'autonomia dei due illeciti, nondimeno la valutazione in sede penale (e la formula con la quale il giudizio si conclude) non è irrilevante sul piano disciplinare.

Ed infatti, l'esito assolutorio "perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso" per un singolo reato non può non esplicare effetti sulle valutazioni dell'amministrazione in sede disciplinare, laddove per altro fatto si sia stati invece condannati ovvero (come nel caso di specie) sia intervenuta prescrizione.

Ma, specularmente, ciò costituisce interesse anche del dipendente che, in presenza di un giudizio già concluso in relazione a fatti-reato per i quali è intervenuta la prescrizione (o vi è stata condanna), non può non giovare di una successiva assoluzione per il fatto-reato (eventualmente più grave) per il quale il processo è invece continuato.

In definitiva, ciò che le norme intendono tutelare, per il tramite dell'attesa della definizione del giudizio penale, sia nell'interesse pubblico che nell'interesse del dipendente, è la correttezza e completezza della valutazione in sede disciplinare dei "fatti" (tutti i fatti) che hanno formato oggetto di giudizio penale.

[...] 11.3. Le considerazioni sin qui esposte consentono di affermare come, ai fini dell'avvio o della ripresa del procedimento disciplinare, occorre considerare la "totale" definizione del giudizio a suo tempo instaurato, non attribuendo rilevanza all'eventuale, parziale passaggio in giudicato di una sentenza (in relazione, cioè, solo ad alcuni capi di imputazione) con formula di assoluzione (diversa da quelle considerate impeditive del procedimento disciplinare dall'art. 653 c.p.p.), ovvero, come nel caso di specie, di non doversi procedere per intervenuta prescrizione.

L'individuazione del dies a quo per l'instaurazione o la ripresa del procedimento disciplinare, ai sensi degli artt. 1392, co. 3, e 1393, co. 4, cod. ord. mil. nei sensi innanzi esposti, appare coerente (diversamente da come ritenuto dall'ordinanza di rimessione) con le esigenze indicate dalla Corte costituzionale (sent. 27 luglio 2000 n. 375), che afferma:

“i termini per promuovere l'azione disciplinare – e concludere, quindi, il procedimento – mirano a garantire la posizione del dipendente e, al tempo stesso, il buon andamento dell'amministrazione”, di modo che “l'azione disciplinare deve iniziare tempestivamente, senza ritardi ingiustificati – o, peggio, arbitrari – rispetto al momento in cui l'amministrazione ha conoscenza della pronuncia irrevocabile di condanna”. Come si è già affermato, l'attesa della sentenza conclusiva dell'intero processo penale, onde avviare o riprendere il procedimento disciplinare, lungi dal costituire un irragionevole ritardo, costituisce invece una evidente garanzia per la completezza e correttezza del giudizio, e ciò sia in favore del dipendente pubblico (militare) sia in favore non già dell'amministrazione/soggetto, ma del valore costituzionalmente tutelato del buon andamento dell'attività amministrativa; quella medesima esigenza, cioè, che aveva ex ante reso opportuno sospendere il procedimento disciplinare.

Ed infatti, la sospensione, ove ne ricorrano le condizioni, non rappresenta essa stessa un ingiustificato ritardo nella conclusione del procedimento disciplinare (e dunque un istituto che si caratterizza per un intrinseco contenuto afflittivo), ma risponde all'esigenza di acquisire tutti gli elementi emergenti dal processo penale per una migliore valutazione, a tutela dell'interesse pubblico e di quello del dipendente.

12. La conoscenza della sentenza che conclude definitivamente il giudizio penale, perché possa determinare il dies a quo di decorrenza del termine di cui all'art. 1392, co. 3, e di cui all'art. 1393, co. 4, cod. ord. mil. deve essere integrale e certa.

Occorre, infatti, ricordare che:

- l'art. 1392 prevede che il procedimento disciplinare di stato a seguito di giudizio penale deve essere istaurato “entro 90 giorni dalla data in cui l'amministrazione ha avuto conoscenza integrale della sentenza o del decreto penale irrevocabili, che lo concludono, ovvero del provvedimento di archiviazione” (co. 1) e che il medesimo procedimento deve concludersi entro 270 giorni dal medesimo dies a quo (co.3);

- l'art. 1393, co. 4, prevede che il procedimento disciplinare è “avviato o riaperto entro 90 giorni dalla data in cui l'amministrazione ha avuto conoscenza integrale della sentenza ovvero dalla presentazione dell'istanza di riapertura”.

I riferimenti ora riportati alla conoscenza “integrale” della sentenza escludono che siano sufficienti, per la determinazione del dies a quo, la conoscenza del mero dispositivo o quella di estratti della sentenza.

Inoltre, la conoscenza integrale della sentenza non può che essere “certa”, dunque essa deve intervenire – in adesione alla modalità individuata dall'ordinamento per attribuire certezza legale ai provvedimenti giurisdizionali (e non solo: art. 2714 c.c.) - per mezzo di copia della sentenza conforme all'originale (Cons. Stato, sez. II, 16 agosto 2021 n. 5893).

La stessa irrevocabilità della sentenza deve risultare formalmente, non già da (pur oggettive) deduzioni dell'amministrazione o dell'incolpato, ma dalla sentenza medesima, posto che l'art. 27 reg. esec. c.p.p. prevede che “la cancelleria annota sull'originale della sentenza o del decreto di condanna l'irrevocabilità del provvedimento...”.

Giova, inoltre, sottolineare come l'art. 55-ter d. lgs. n. 165/2001 preveda che “il procedimento disciplinare è, rispettivamente, ripreso o riaperto, mediante rinnovo della contestazione dell'addebito, entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza, da parte della cancelleria del giudice, all'amministrazione di appartenenza del dipendente, ovvero dal ricevimento dell'istanza di riapertura”.

Tale comunicazione da parte della cancelleria del giudice, riferita alla sentenza nella sua integralità, priva di rilievo quanto previsto dall'art. 154-ter disp. att. c.p.p., in base al quale “la cancelleria del giudice che ha pronunciato sentenza penale nei confronti di un lavoratore dipendente di un'amministrazione pubblica ne comunica il dispositivo all'amministrazione di appartenenza e, su richiesta di questa, trasmette copia integrale del provvedimento”.

Per effetto della successione delle norme, ciò che l'amministrazione pubblica deve ricevere dalla cancelleria del giudice penale è la sentenza integrale, non già il solo dispositivo.

Alla luce di quanto ora esposto, non appare sussistente il pericolo, paventato dall'appellante, che l'amministrazione possa “gestire” il termine di decorrenza (ad esempio, ritardando la richiesta di copia integrale della sentenza), e che il militare sia sottoposto più lungamente ad incertezza circa la propria sorte.

Per un verso, come si è detto, la cancelleria del giudice penale è onerata dell'invio della sentenza (e non del solo dispositivo), sentenza che può essere comunque richiesta dall'amministrazione.

Per altro verso, il militare, ove lo ritenga, può senz'altro procedere egli stesso ad acquisire copia conforme della sentenza irrevocabile ed a notificarla all'amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2015 n. 5367), in modo non dissimile da quanto previsto per la riapertura del procedimento disciplinare dall'art. 1393, co. 2, cod. ord. mil.

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

“il procedimento disciplinare nei confronti del personale militare deve essere instaurato o ripreso, ai sensi dell'art. 1392, co. 3, e dell'art. 1393, co. 4, d. lgs. 15 marzo 2010 n. 66, a decorrere dalla data di intervenuta conoscenza della sentenza che conclude definitivamente e complessivamente il processo penale, non assumendo alcun rilievo, ai fini della determinazione del dies a quo, il passaggio in giudicato di precedenti sentenze con riferimento a singoli capi di imputazione.

La conoscenza della sentenza conclusiva del processo penale deve essere integrale, non essendo sufficiente la mera conoscenza del dispositivo o di estratti della stessa, e legalmente certa, dovendo la stessa irrevocabilità risultare formalmente, secondo le modalità previste dalla legge”.

Valutazione delle offerte tecniche e attribuzione del punteggio da parte della commissione

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., Ad. Plen., 14 dicembre 2022, n. 15)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

"[S]ul piano giuridico si deve rilevare che il procedimento valutativo delle commissioni giudicatrici [...] non è disciplinato compiutamente né dall'attuale codice dei contratti pubblici – d. lgs. n. 50 del 2016 – né dalle altre fonti che regolano la materia, a differenza di quanto prevedeva, ad esempio, l'abrogato d.P.R. n. 207 del 2010 [...].

24.1. L'art. 95 del d. lgs. n. 50 del 2016, rubricato "*criteri di aggiudicazione dell'appalto*", stabilisce soltanto, al comma 8, che *«i documenti di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato»*, precisando che *«per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi»* (comma 8), mentre, al comma 9, si limita ad aggiungere che *«le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 8 non possibile per ragioni oggettive, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'onori o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri»* e che *«per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa»*.

24.2. Dopo l'abrogazione del d.P.R. n. 207 del 2010, l'ANAC ha emanato le *Linee Guida* n. 2/2016, in attuazione dell'art. 95, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016.

24.3. Ne consegue che, in base alle disposizioni vigenti, la stazione appaltante può determinare nel bando o nel capitolato il criterio di attribuzione dei punteggi per i criteri di natura qualitativa (nel rispetto dei principi di proporzionalità, trasparenza e razionalità) e le modalità con cui assegnarli, ma, come prevedono le *Linee guida* [...] nella prassi applicativa sono seguiti due metodi alternativi:

a) l'attribuzione discrezionale di un coefficiente (da moltiplicare poi per il punteggio massimo attribuibile in relazione al criterio), variabile tra zero e uno, da parte di ciascun commissario di gara;

b) il 'confronto a coppie' tra le offerte presentate, da parte di ciascun commissario di gara.

24.4. Sulla base del primo criterio, ogni commissario attribuisce un punteggio a ciascuna offerta e le ragioni di tale attribuzione devono essere adeguatamente motivate e la motivazione deve essere collegata ai criteri presenti nel bando.

24.5. In relazione a ciascun criterio o subcriterio di valutazione, la stazione appaltante deve indicare gli specifici profili oggetto di valutazione, in maniera analitica e concreta.

25. Nel caso in cui si scelga di attribuire i coefficienti con il criterio del 'confronto a coppie', il confronto avviene sulla base delle preferenze accordate da ciascun commissario a ciascun progetto in confronto con tutti gli altri, secondo i parametri contenuti nei documenti di gara.

[...] 31.5. Si deve [...] condividere l'ordinanza di rimessione, quando afferma l'ammissibilità della discussione e del confronto, in quanto aventi una funzione arricchente, capace di mettere in relazione dialettica competenze e professionalità diverse, potendo giungere tale confronto a mettere a fuoco la bontà complessiva delle singole opzioni e prefigurando, secondo le varie angolazioni, le informazioni presupposto di valutazione delle caratteristiche-parametri che giustificano, per così dire in senso assoluto, queste varie opinioni.

31.6 Tuttavia, resta fermo il principio che il commissario deve esprimere il grado di preferenza o i coefficienti numerici in base al proprio personale convincimento, senza che la discussione collegiale precostituisca *ex ante* il contenuto e persino la graduazione delle singole, molteplici, preferenze.

31.7. L'autonomia e la separatezza di questo convincimento, risultanti dalla verbalizzazione, non implicano necessariamente e formalmente la segretezza o la riservatezza della preferenza, ma devono garantire appunto l'individualità di questa, senza che il commissario non svolga la sua insostituibile funzione e al *principium individuationis*, che le è proprio, imitando le preferenze altrui e, così, frustrando il funzionamento stesso del 'confronto a coppie'.

31.8. La valutazione di questa necessaria preliminare individualità della preferenza nel 'confronto a coppie' è rimessa al prudente apprezzamento del giudice, chiamato a valutare, in base a tutte le circostanze del caso concreto, se la ripetitività dei coefficienti individuali espressi dai singoli commissari sia tanto elevata, sul piano quantitativo, e soprattutto tanto sistematica, sul piano qualitativo, da vanificare una pur minima distinguibile e perciò apprezzabile, a livello di valutazione *uti singulus*, autonomia preferenziale da parte del singolo commissario.

31.9. La divergenza delle valutazioni dei singoli commissari in ordine alle singole voci dell'offerta tecnica è immanente alla dialettica propria di un organo collegiale chiamato a scrutinare le offerte di una gara d'appalto ed è espressione delle preferenze soggettive dei commissari (cfr. Cons. St., sez. VI, 10 giugno 2013, n. 3203), tanto che il medesimo elemento può legittimamente essere remunerato con un punteggio elevato da parte di alcuni componenti e con retribuzione più bassa da parte di altri in conseguenza del ritenuto maggiore o minore pregio tecnico-qualitativo della proposta sulla base di elementi di preferenza, necessariamente soggettivi e opinabili, circa le soluzioni offerte.

31.9.1. Pertanto, le differenze di attribuzione dei punteggi sono fisiologiche e costituiscono un'indiretta testimonianza di autonomia di giudizio del singolo componente della commissione.

32. Per il resto, laddove invece non si proceda con il sistema del 'confronto a coppie' e in mancanza di più specifiche previsioni della *lex specialis*, rileva il consolidato orientamento secondo cui, «*in assenza di un espresso obbligo di specifica verbalizzazione imposto dal disciplinare di gara, non vi è ragione per derogare dal principio generale secondo il quale gli apprezzamenti dei commissari sono destinati a essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali*» (Cons. St., sez. V, 14 febbraio 2018, n. 952, che richiama Cons. St., sez. III, 13 ottobre 2017, n. 4772, Cons. St., sez. V, 8 settembre 2015, n. 4209, Cons. St., sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810).

33. I principi affermati da questa Adunanza rilevano perché vi sia la massima trasparenza nelle operazioni di gara.

33.1. Il considerando n. 90, punto 3, primo periodo, della Direttiva 2014/24/UE, ad esempio, afferma che, «*al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento in sede di aggiudicazione degli appalti, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere obbligate ad assicurare la trasparenza necessaria per consentire a qualsiasi offerente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità che saranno applicati nella decisione di aggiudicazione*

dell'appalto» e quindi ad essere preventivamente informati sul fatto che i giudizi nel ‘confronto a coppie’ saranno l’esito di un giudizio collegiale della commissione o se invece i singoli commissari esprimeranno le proprie preferenze singolarmente e in autonomia, previo eventuale confronto collettivo.

33.2. Dello stesso tenore è anche il considerando n. 126, primo periodo, secondo cui «*la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi*».

33.3. Ovviamente il richiamo al principio di trasparenza non si esaurisce nell’ambito dei *consideranda* che, benché privi di valenza prescrittiva, assumono comunque rilevanza interpretativa, ma è collocato tra i principi regolatori della materia dall’art. 76, par. 1, primo periodo, della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui «*gli Stati membri introducono norme a livello nazionale per l’aggiudicazione degli appalti ai sensi delle disposizioni del presente capo, al fine di garantire il pieno rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici da parte delle amministrazioni aggiudicatrici*», nonché negli articoli 28 e 30 del d. lgs. n. 50 del 2016.

33.4. Il principio di trasparenza permea, pertanto, molteplici momenti applicativi nell’ambito delle procedure di gara e, in particolare, le fasi di verifica delle offerte e di attribuzione dei punteggi che costituiscono momenti essenziali del confronto competitivo tra i vari operatori economici.

34. Questo principio impone che il sistema del ‘confronto a coppie’ sia rispettato nei propri essenziali passaggi, ove si consideri che esso, applicato per l’attribuzione del punteggio relativo agli elementi qualitativi, è particolarmente adatto alle gare con la presenza di numerose offerte, in quanto, come rilevano le *Linee guida*, riduce la necessità di attribuire più punteggi discrezionali e le relative motivazioni (v., *supra*, § 25.6.).

34.1. D’altra parte la responsabilizzazione dei commissari, nell’espressione di un giudizio individuale e non meramente ripetitivo, muove nel senso, auspicato dalla legge delega al Governo in materia di contratti pubblici (l. n. 78 del 2022), di un rafforzamento della specializzazione professionale dei commissari all’interno di ciascuna amministrazione (art. 1, comma 2, lett. m).

35. I principî affermati da questa Adunanza con specifico riferimento al diritto dei contratti pubblici e alle più volte richiamate *Linee guida* non si applicano alla materia dei concorsi pubblici, né a quella del ‘pubblico impiego’, ‘privatizzato’ o meno.

35.1. In questi diversi ambiti dell’ordinamento vige infatti il principio generale secondo cui, come afferma la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. VI, 9 ottobre 2007, n. 5302), la votazione finale costituisce la estrinsecazione piena delle conclusioni cui è pervenuta la commissione all’esito dell’esame complessivo della posizione dei singoli candidati, non essendo necessaria un’analitica esposizione dei momenti di confronto tra i singoli componenti in sede di verbalizzazione.

35.2. La votazione finale rappresenta, infatti, la risultante di un’elaborazione delle valutazioni espresse nei giudizi individuali che, attraverso l’esame e la discussione collegiale di tutti gli elementi considerati da ciascun commissario, la supera ed assorbe nel convincimento a cui la commissione stessa, all’unanimità o a maggioranza, ritiene di pervenire, fornendo in altri termini, nel confronto comparativo dei giudizi individuali rispetto al quello finale collegiale, adeguata contezza dell’iter logico seguito dalla commissione nella “*reductio ad unitatem*” dei giudizi individuali con la sintesi finale posta a fondamento della decisione finale.

36. Nel rispondere, conclusivamente, ai due quesiti posti dalla Sezione rimettente, si deve affermare che:
a) *nel diritto dei contratti pubblici, i commissari di gara cui è demandato il compito di esprimere una preferenza o un coefficiente numerico, quando procedono alla valutazione degli elementi qualitativi dell’offerta tecnica, possono confrontarsi*

tra loro in ordine a tali elementi prima di attribuire individualmente il punteggio alle offerte, purché tale confronto non si presti ad una surrettizia introduzione del principio di collegialità, con la formulazione di punteggi precostituiti ex ante, laddove tali valutazioni debbano essere, alla luce del vigente quadro regolatorio, anzitutto di natura esclusivamente individuale;

b) con riferimento al metodo del confronto a coppie, in particolare, l'assegnazione di punteggi tutti o in larga parte identici e non differenziati da parte dei tutti i commissari annulla l'individualità della valutazione che, anche a seguito della valutazione collegiale, in una prima fase deve necessariamente mantenere una distinguibile autonomia preferenziale nel confronto tra la singola offerta e le altre in modo da garantire l'assegnazione di coefficienti non meramente ripetitivi e il funzionamento stesso del confronto a coppie;

c) le valutazioni espresse dai singoli commissari, nella forma del coefficiente numerico non comparativo, possano ritenersi assorbite nella decisione collegiale finale, in assenza di una disposizione che ne imponga l'autonoma verbalizzazione, mentre per il confronto a coppie la manifestazione della preferenza è e deve essere anzitutto in una prima fase individuale, nel senso sopra precisato, e in quanto tale individualmente espressa e risultante dalla verbalizzazione”.

Qualifica di insegnante conseguita in un Paese UE: limiti e termini della verifica da parte dell'Italia

Argomento: insegnamento

(Cons. St., Ad. Plen. 29 dicembre 2022, n. 22)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“5.4. La Settima Sezione ha quindi posto all’Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

a) *se, ai sensi della Direttiva 2005/36/CE, sul riconoscimento delle qualifiche professionali (recepita nell’Ordinamento nazionale con il decreto legislativo n. 206 del 2007) e in particolare ai fini dell’accesso in Italia alla professione regolamentata di insegnante nelle scuole primaria e secondaria, sia necessario riconoscere in modo sostanzialmente automatico in Italia un percorso di formazione seguito da un cittadino dell’UE (nel caso in esame, italiano) presso altro Paese membro dell’UE (nel caso in esame, in Romania), soltanto previa verifica della durata complessiva, del livello e della qualità della formazione ivi ricevuta (e fatta salva la possibilità per le autorità italiane di disporre a tal fine specifiche misure compensative).*

b) *in particolare, se tale riconoscimento sia doveroso (o anche solo possibile) laddove:*

- *nel Paese membro di origine (i.e.: nel Paese in cui il percorso di formazione si è svolto – nel caso in esame, in Romania -) il completamento di tale percorso formativo non assume di per sé carattere abilitante ai fini dell’accesso all’insegnamento, ma presuppone altresì in via necessaria che l’interessato abbia conseguito nel Paese di origine (nel caso in esame: la Romania) sia studi di istruzione superiore o post-secondaria, sia studi universitari;*
- *all’esito di tale percorso di formazione le Autorità del Paese di origine (nel caso in esame: la Romania) non abbiano rilasciato un attestato di competenza o un titolo di formazione ai sensi dell’articolo 13, par. 1 della Direttiva 2005/36/CE.*

[...] Le Autorità amministrative rumene hanno formalmente dichiarato che i laureati in Italia - che abbiano intrapreso e completato i corsi di formazione *Nivel I e Nivel II* in Romania – possano insegnare in Romania, anche se nell’attestato rilasciato all’esito del corso – c.d. *Adeverinta* – manca formalmente l’espressa dizione “*abilitante*”, sol perché in quell’ordinamento essa viene annotata solo per chi abbia espletato l’intero corso di studi – superiori e universitari – in Romania.

9.2. Come ha chiarito più volte la Sesta Sezione, l’avviso di data 2 aprile 2019 – che ha posto in dubbio la validità dei titoli conseguiti in Romania – si è dunque basato su un equivoco, derivante da una inadeguata lettura della nota n. 40527 del 26 novembre 2018 del Ministero rumeno, ove si legge – a p. 2 - che «*il Certificato di Conformità agli Studi ai sensi della Direttiva 2005/36/CE riguardante il riconoscimento delle qualifiche professionali ai cittadini che hanno studiato in Romania, per svolgere attività didattica all’estero, viene rilasciato al richiedente, solo se si è laureato in Romania, sia in studi superiori/post-secondari di profilo pedagogico, sia in studi universitari*». Tuttavia, il Ministero rumeno con note successive ha modificato e comunque chiarito tale affermazione, precisando che – per evitare una prassi rumena contrastante con i principi del diritto europeo e con la Direttiva – già dal 2016 era mutato il quadro normativo rumeno.

9.3. Con la nota n. 30912 del 21 maggio 2019, il Ministero rumeno ha rilevato che «*la legislazione nazionale ha trasposto correttamente ed interamente le disposizioni della direttiva 2005/36/CE riguardante il riconoscimento delle*

qualifiche professionali con le variazioni ed inserzioni successive» e che «la legge n. 200/2004 riguardante il riconoscimento dei diplomi e delle qualifiche professionali per le professioni regolamentate di Romania, con le variazioni ed inserzioni successive, ha creato il quadro affinché ogni cittadino di uno stato membro dell'Unione Europea, possa esercitare la professione di insegnante sul territorio della Romania».

Infatti, con l'ordinanza n. 5414 del 2016 del Ministero rumeno dell'educazione nazionale e della ricerca scientifica, è stata approvata la metodologia sul rilascio del certificato di conformità degli studi con le disposizioni della Direttiva 2005/36/CE riguardante il riconoscimento delle qualifiche professionali e del certificato riguardante la certificazione delle competenze per la professione di docente per i cittadini, indifferentemente dalla nazionalità.

9.4. In coerenza con tali ultimi atti, l'ordinanza del Ministero rumeno n. 5611 del 19 dicembre 2019 ha disposto che *«il certificato relativo alla certificazione delle competenze per la professione di insegnante nell'istruzione pre-universitaria può essere richiesto dai cittadini di cui all'art. 1 [rumeni e dai cittadini degli stati membri dell'Unione Europea, n.d.r.], sulla base di un certificato di completamento del programma di formazione psicopedagogica, rilasciato da una scuola o da un istituto di formazione istruzione superiore accreditata, all'interno del sistema 4 educativo nazionale in Romania».*

L'art. 3, lett. c), di tale ordinanza ha ribadito che per richiedere il certificato bisogna produrre copia del titolo di studio “sotteso” conseguito in Romania o *«l'equivalenza dei diplomi, riguardante il riconoscimento del diploma di laurea triennale/ laurea magistrale conseguito all'estero».*

9.5. Nell'ordinamento rumeno, il Ministero dell'educazione, a mezzo del c.d. Centro nazionale di riconoscimento ed equivalenza dei diplomi (CNRED), rilascia al docente che si abilita o si specializza in Romania il c.d. *“atestat de recunoastere a studiilor”*, cioè l'attestato di ‘riconoscimento degli studi’, e dei titoli esteri, rilevante in quell'ordinamento.

Solo dopo il rilascio di tale certificazione di equipollenza e di validità del titolo italiano in Romania, i docenti sono stati ammessi ai programmi di formazione psicopedagogica dei docenti.

10. Risulta, dunque, che in Romania:

- una laurea conseguita in Italia, e riconosciuta equivalente in Romania, sia un titolo che consente la frequenza dei percorsi di formazione degli insegnanti ed il conseguimento dei relativi titoli;
- a seguito di tale riconoscimento, del conseguimento del *Nivel I* e *Nivel II* e del rilascio del certificato *Adeverinta*, vi è la possibilità di insegnare.

[...] Nel rilevare che il programma di formazione di livello I e II (‘Nivel I’ e ‘Nivel II’) è soltanto una parte del programma formativo dell'abilitazione a insegnare, nella medesima nota del 31 luglio 2019 la Direzione Generale della Commissione europea ha concluso che *«il cittadino italiano [che] non ha né completato il periodo di tirocinio né superato l'esame nazionale [...] non è quindi pienamente qualificato ai sensi della direttiva 2005/36/CE e che [...] la direttiva non è pertanto applicabile».*

Osserva l'Adunanza Plenaria che questa osservazione della Commissione non va intesa nel senso che al certificato rilasciato dal Ministero rumeno – c.d. *Adeverinta* – non vada riconosciuta alcuna equipollenza in Italia.

Infatti, come ha sottolineato la nota della Commissione europea del 29 marzo 2019, non è necessaria l'identità tra i titoli confrontati, essendo sufficiente una mera equivalenza per far scaturire il dovere di riconoscere il titolo conseguito all'estero: il certificato va considerato non automaticamente, ma secondo il sistema generale di riconoscimento e confrontando le qualifiche professionali attestate da altri Stati

membri con quelle richieste dalla normativa italiana e disponendo, se del caso, le misure compensative in applicazione dell'art. 14 della Direttiva 2005/36/CE.

Anche ai cittadini italiani o dell'Unione, che abbiano superato tutte queste fasi (e, in particolare, il tirocinio pratico) e l'esame nazionale, è comunque consentito insegnare in Romania.

15. In considerazione delle sopra richiamate note del Ministero rumeno, non risulta condivisibile l'osservazione della Sezione remittente, per la quale sarebbe *«pacifico che l'appellato non abbia il diritto all'abilitazione in Romania e che non possa ivi accedere alla professione di insegnante, secondo la legge ivi vigente, perché non ha ottenuto la laurea in quel Paese»*.

Al contrario, la certificazione rilasciata dall'Autorità rumena all'appellato va qualificata come attestato di competenza, rilevante per l'ordinamento italiano così come è rilevante in quello rumeno.

[...] Peraltro, quand'anche la prassi dell'Amministrazione rumena fosse risultata quella poi da essa stessa superata, rileverebbe il principio già enunciato dalla Settima Sezione di questo Consiglio, per il quale l'autorità italiana deve comunque applicare la Direttiva europea ispirata alla parità di trattamento dei cittadini dell'Unione europea, e pertanto non deve considerare necessario che il diploma di laurea sia stato conseguito in Romania (Cons. St., sez. VII, 16 marzo 2022, n. 1850).

Rileva infatti il principio enunciato dalla Corte di Giustizia, per il quale *«spetta all'autorità competente verificare, conformemente ai principi sanciti dalla Corte nelle [...] sentenze Vlassopoulou e Fernandez de Bobadilla, se, e in quale misura, si debba ritenere che le conoscenze attestate dal diploma rilasciato in un altro Stato membro e le qualifiche o l'esperienza professionale ottenute in quest'ultimo, nonché l'esperienza ottenuta nello Stato membro in cui il candidato chiede di essere iscritto, soddisfino, anche parzialmente, le condizioni richieste per accedere all'attività di cui trattasi»* (cfr. Corte Giustizia UE, 13 novembre 2003, in causa C-313/01, *Morgenbesser*).

19. Con specifico riferimento agli insegnanti di sostegno, poi, si deve qui rilevare come la giurisprudenza di questo Consiglio (v., ad esempio, Cons. St., sez. IV, 6 novembre 2020, n. 6827) abbia già osservato, in modo del tutto condivisibile, come un analogo provvedimento di rigetto dell'istanza adottato dal Ministero sia illegittimo per difetto di motivazione in quanto si limita esclusivamente a richiamare, in astratto, le differenze che esisterebbero tra Romania e Italia nel *quomodo* dell'erogazione del servizio pubblico dell'insegnamento di sostegno.

19.1. In Italia, difatti, l'insegnante di sostegno è un docente di classe a tutti gli effetti, previsto dalla l. n. 517 del 1977, che viene assegnato, in piena contitolarità con gli altri docenti, alla classe in cui è inserito il soggetto cui è destinata la sua attività per attuare forme di integrazione a favore degli alunni portatori di handicap e realizzare interventi individualizzati in relazione alle esigenze dei singoli alunni.

Tale figura deve perciò conseguire una "specializzazione specifica", nel senso di acquisire una professionalità ulteriore, tenuto conto delle esigenze speciali degli studenti per i quali l'attuazione del diritto allo studio richiede più intense modalità di assistenza.

19.2. Questi docenti, dopo aver visto riconosciuto in Romania il percorso di studi universitari svolto in Italia, conseguono l'abilitazione all'insegnamento sul sostegno in Romania all'esito di specifico corso di studi.

Costoro hanno, dunque, acquisito tutte quelle competenze e conoscenze didattiche e psico-pedagogiche richieste ai fini del conseguimento di quella professionalità ulteriore che deve caratterizzare la figura dell'insegnante di sostegno, in Romania come in Italia.

Si tratta di percorsi che comprendono la preparazione nelle materie afferenti alla specializzazione (a mero titolo esemplificativo: psicologia dell'educazione, dello sviluppo, tecnologia dell'informazione e delle comunicazioni nell'educazione inclusiva, psicologia delle persone con bisogni speciali, ecc.), nonché un'attività di tirocinio di 120 ore, sia presso istituti rumeni che rientrano nell'ambito delle scuole cd. "speciali" previste in Romania, e sia in scuole che prevedono, come in Italia, la scolarizzazione degli alunni disabili con la loro integrazione nell'istruzione ordinaria.

20. Per le ragioni che precedono, in continuità con la giurisprudenza della Sesta Sezione, si deve affermare il seguente principio di diritto:

«spetta al Ministero competente verificare se, e in quale misura, si debba ritenere che le conoscenze attestate dal diploma rilasciato da altro Stato o la qualifica attestata da questo, nonché l'esperienza ottenuta nello Stato membro in cui il candidato chiede di essere iscritto, soddisfino, anche parzialmente, le condizioni per accedere all'insegnamento in Italia, salva l'adozione di opportune e proporzionate misure compensative ai sensi dell'art. 14 della Direttiva 2005/36/CE».

CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA

L'art. 83 del d.lgs. 50/2016 non è, in parte, conforme alla normativa europea

Argomento: appalti pubblici

(Corte GUE, sez. IV, 28 aprile 2022, C-642/20, Skatteverket c/ DSAB Destination Stockholm AB)
Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“Con la sua questione il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l’articolo 63 della direttiva 2014/24, in combinato disposto con gli articoli 49 e 56 TFUE, debba essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale secondo la quale l’impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti [...].

L’articolo 63 di tale direttiva enuncia, al paragrafo 1, che un operatore economico può, per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria nonché i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali, e che, alle stesse condizioni, un raggruppamento di operatori economici può fare affidamento sulle capacità di partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti. Esso precisa, peraltro, al suo paragrafo 2, che, per taluni tipi di appalto, tra cui gli appalti di servizi, «le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall’offerente stesso o, nel caso di un’offerta presentata da un raggruppamento di operatori economici di cui all’articolo 19, paragrafo 2, da un partecipante al raggruppamento [...].

Orbene, imponendo all’impresa mandataria del raggruppamento di operatori economici di eseguire le prestazioni «in misura maggioritaria» rispetto a tutti i membri del raggruppamento, vale a dire di eseguire la maggior parte dell’insieme delle prestazioni contemplate dall’appalto, l’articolo 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici fissa una condizione più rigorosa di quella prevista dalla direttiva 2014/24, la quale si limita ad autorizzare l’amministrazione aggiudicatrice a prevedere, nel bando di gara, che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente da un partecipante al raggruppamento di operatori economici.

Secondo il regime istituito da tale direttiva, le amministrazioni aggiudicatrici hanno la facoltà di esigere che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall’offerente stesso o, se l’offerta è presentata da un raggruppamento di operatori economici ai sensi dell’articolo 19, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, da un partecipante a detto raggruppamento; per contro, secondo il diritto nazionale di cui trattasi nel procedimento principale, il legislatore nazionale impone, in modo orizzontale, per tutti gli appalti pubblici in Italia, che il mandatario del raggruppamento di operatori economici esegua la maggior parte delle prestazioni.

È vero che l’articolo 19, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2014/24 prevede che gli Stati membri possano stabilire clausole standard che specifichino il modo in cui i raggruppamenti di operatori economici devono soddisfare le condizioni relative alla capacità economica e finanziaria o alle capacità tecniche e professionali di cui all’articolo 58 di tale direttiva.

Tuttavia, quand'anche la capacità di svolgere compiti essenziali rientrasse nella nozione di «capacità tecnica», ai sensi degli articoli 19 e 58 della direttiva 2014/24, ciò che consentirebbe al legislatore nazionale di includerla nelle clausole standard previste dall'articolo 19, paragrafo 2, della stessa, una norma come quella contenuta nell'articolo 83, comma 8, terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici, che obbliga il mandatario del raggruppamento di operatori economici ad eseguire direttamente la maggior parte dei compiti, va al di là di quanto consentito da tale direttiva. Infatti, una norma del genere non si limita a precisare il modo in cui un raggruppamento di operatori economici deve garantire di possedere le risorse umane e tecniche necessarie per eseguire l'appalto, ai sensi dell'articolo 19, paragrafo 2, di detta direttiva, in combinato disposto con l'articolo 58, paragrafo 4, della stessa, ma riguarda l'esecuzione stessa dell'appalto e richiede in proposito che essa sia svolta in misura maggioritaria dal mandatario del raggruppamento.

Infine, è vero che l'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 consente alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere, per gli appalti di servizi, che «taluni compiti essenziali» siano svolti da un partecipante al raggruppamento di operatori economici.

Nondimeno, nonostante le lievi differenze sussistenti tra le versioni linguistiche della direttiva 2014/24, si evince manifestamente dai termini «taluni compiti essenziali», utilizzati in parecchie di esse, tra cui la versione in lingua francese («certaines tâches essentielles»), nonché dai termini equivalenti a «determinati compiti critici», utilizzati in altre versioni di tale direttiva, tra cui quelle in lingua spagnola («determinadas tareas críticas»), tedesca («bestimmte kritische Aufgaben»), inglese («certain critical tasks»), neerlandese («bepaalde kritieke taken») e rumena («anumite sarcini critice»), che la volontà del legislatore dell'Unione, conformemente agli obiettivi di cui ai considerando 1 e 2 della medesima direttiva, consiste nel limitare ciò che può essere imposto a un singolo operatore di un raggruppamento, seguendo un approccio qualitativo e non meramente quantitativo, al fine di incoraggiare la partecipazione di raggruppamenti come le associazioni temporanee di piccole e medie imprese alle gare di appalto pubbliche. Un requisito come quello enunciato all'articolo 83, comma 8, terzo periodo, del Codice dei contratti pubblici, che si estende alle «prestazioni in misura maggioritaria», contravviene a siffatto approccio, eccede i termini mirati impiegati all'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 e pregiudica così la finalità, perseguita dalla normativa dell'Unione in materia, di aprire gli appalti pubblici alla concorrenza più ampia possibile e di facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese [...].

Del resto, mentre l'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 si limita ad autorizzare le amministrazioni aggiudicatrici ad esigere, per gli appalti di servizi, che taluni compiti siano svolti dall'uno o dall'altro partecipante al raggruppamento di operatori economici, l'articolo 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici impone l'obbligo di esecuzione delle prestazioni in misura maggioritaria al solo mandatario del raggruppamento, ad esclusione di tutte le altre imprese che vi partecipano, limitando così indebitamente il senso e la portata dei termini impiegati all'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24.

Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 63 della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria.

[...] Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

L'articolo 63 della 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, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria”.

CONSIGLIO DI STATO

Al giudice ordinario la decadenza da consigliere del CSM per raggiungimento del limite di età

Argomento: magistratura

(Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2021, n. 215)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“il dott. [...] esponeva di essere stato eletto [...] Consigliere del Consiglio Superiore della Magistratura [...].

[...] al compimento del settantesimo anno dell'età anagrafica per il collocamento obbligatorio a riposo, aveva [...] chiesto [...] verifica degli effetti del conseguimento del limite massimo d'età per il servizio attivo sul *munus* di Consigliere.

[...] la Commissione verifica titoli aveva proposto [...] di deliberare la cessazione “*dalla carica* [...]”.

[...] il *Plenum* aveva, di conserva, approvato la ridetta proposta [...].

[...] l'adito Tribunale [...] aveva dichiarato [...] l'inammissibilità del ricorso, indicando, quale giudice munito di giurisdizione, il giudice ordinario [...].

[...] il perimetro della giurisdizione del giudice amministrativo (fuori dalle ipotesi in cui, per espressa indicazione di legge, gli è attribuita, in via esclusiva, anche la tutela *ratione materiae* di posizioni di diritto soggettivo: caso che qui non ricorre perché si è al di fuori dell'ipotesi dell'art. 133, comma 1, lett. i), cod. proc. amm., cioè delle “*controversie relative ai rapporti di lavoro del personale in regime di diritto pubblico*”, non essendo fatta questione del rapporto di lavoro dell'interessato) è individuato dall'art. 7 cod. proc. amm. con il richiamo alle “*controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi*”, tali essendo quelle “*concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo*”.

Dando positiva attuazione all'art. 103 Cost. e recependo i più maturi esiti della elaborazione giurisprudenziale e dottrinarie, la regola (che figura e scolpisce un criterio discrezionale della giurisdizione direttamente affidato alla *causa petendi*, cioè, appunto, alla intrinseca natura della situazione soggettiva dedotta in giudizio) individua il nesso tra *potere amministrativo* ed *interesse legittimo*, orientando all'esatto intendimento di quest'ultimo in termini di situazione soggettiva dinamica, attivamente orientata alla conservazione o alla acquisizione di beni della vita, in contesti relazionali non paritari, a connotazione per l'appunto “*potestativa*”.

La stessa disposizione chiarisce peraltro (a superamento della tradizionale struttura meramente impugnatoria del giudizio amministrativo) che non è essenziale al radicamento della giurisdizione amministrativa che l'oggetto *immediato* della controversia concerna *atti* (e, più specificamente, *provvedimenti*: cfr. ancora l'art. 113 Cost.), essendone piuttosto condizione necessaria (ma anche sufficiente) la *manifestazione* di un *potere amministrativo*.

Il nesso tra *potere amministrativo* e *interesse legittimo* va precisato alla luce della *asimmetria di posizioni* sussistente, in base alla norma attributiva del potere, tra il decisore pubblico e i destinatari dell'attività amministrativa.

5.- Nel caso di specie, la questione si risolve nel quesito se la determinazione assunta dal Consiglio [...] consista in un (vero e proprio) “*provvedimento amministrativo*” (motivato ed elaborato frutto di una determi-

nazione volitiva intesa a privilegiare, in chiave autoritativa, un determinato assetto dei confliggenti interessi, in concreto sfavorevoli all'appellante) ovvero un “*mero atto*” paritetico (con funzione di vincolato “*accertamento*” di un effetto decadenziale, discendente dal paradigma normativo, così come concretamente interpretato).

5.1.- Ritiene il Collegio che sia corretta la seconda prospettiva [...].

In quanto frutto di mera attività ricognitiva della volontà di legge e puramente intesa all'automatica applicazione della stessa, la decisione (che si muove, allora, secondo lo schema dinamico *norma-fatto-dichiarazione-effetto*) non rappresenta l'esercizio di un potere (e, tanto meno, di un potere pretesamente “discrezionale”: essendovi, con ogni evidenza, estraneo l'apprezzamento comparativo di “interessi” in conflitto) e non concreta manifestazione di autoritatività, rientrando nella attività (vincolata) di “*verifica*” della sussistenza dei requisiti legalmente necessari per il mantenimento della carica, ivi compresi quelli costituenti un *prius* logico del diritto di elettorato passivo. [...]

Non si prospetta, infine, sotto il profilo remediale, un problema di “*impugnazione*”, con esito demolitorio: oggetto di tutela è infatti, in via *immediata*, la pretesa a permanere, *ex art. 104, sesto comma, Cost.*, nelle funzioni di “*membro effettivo*” del C.S.M., [...]: pretesa che – in quanto esplicitazione di “*diritti soggettivi di elettorato passivo*” e che, in un ordinamento *rappresentativo*, non fa fronte all'esercizio (dall'alto), di un (grazioso) *potere pubblico (concessione)*, ma al diretto fatto (dal basso) del risultato elettorale – ha, appunto, la consistenza del diritto soggettivo.

[...] a diverso esito non può condurre l'art. 135, comma 1, lettera *a*) cod. proc. amm. [...] essa a monte *postula*, ma non *fonda* la sussistenza della giurisdizione [...].”

Ristrutturazione edilizia e nuova costruzione

Argomento: edilizia

(Cons. St., sez. VI, 13 gennaio 2021, n. 423)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“[Q]uando un manufatto viene stravolto nelle sue caratteristiche essenziali, così come autorizzate, l'intervento è da qualificare non di “*ristrutturazione*” bensì di “*nuova costruzione*”. Con tale locuzione si intende qualsiasi intervento che consista in una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, attuata attraverso opere di rimodellamento della morfologia del terreno, ovvero costruzioni *lato sensu* intese, che, indipendentemente dai materiali utilizzati e dal grado di amovibilità, presentino un simultaneo carattere di stabilità fisica e di permanenza temporale, dovendosi con ciò intendere qualunque manufatto che sia fisicamente ancorato al suolo (il cui tratto distintivo e qualificante viene, dunque, assunto nell'irreversibilità spazio-temporale dell'intervento) che possono sostanziarsi o nella costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati o nell'ampliamento di quelli esistenti all'esterno della sagoma stabilita (Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2020, n. 1536).

Orbene, nella nozione di nuova costruzione possono rientrare anche gli interventi di ristrutturazione qualora, in considerazione dell'entità delle modifiche apportate al volume e alla collocazione dell'immobile, possa parlarsi di una modifica radicale dello stesso, con la conseguenza che l'opera realizzata nel suo complesso sia oggettivamente diversa da quella preesistente (Cons. Stato, sez. II, 6 aprile 2020, n. 2304). La ristrutturazione edilizia sussiste solo quando viene modificato un immobile già esistente nel rispetto delle caratteristiche fondamentali dello stesso, mentre laddove esso sia stato totalmente trasformato, con conseguente creazione non solo di un apprezzabile aumento volumetrico (in rapporto al volume complessivo dell'intero fabbricato), ma anche di un disegno sagomale con connotati alquanto diversi da quelli della struttura originaria (allungamento delle falde del tetto, perdita degli originari abbaini, sopraelevazione della cassa scale, etc.), l'intervento rientra nella nozione di nuova costruzione.

Pur consentendo l'art. 10, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 380/2001 di qualificare come interventi di ristrutturazione edilizia anche le attività volte a realizzare un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, implicanti modifiche della volumetria complessiva, della sagoma o dei prospetti, tuttavia occorre conservare sempre una identificabile linea distintiva tra le nozioni di ristrutturazione edilizia e di nuova costruzione, potendo configurarsi la prima solo quando le modifiche volumetriche e di sagoma siano di portata limitata e comunque riconducibili all'organismo preesistente [...].

[I]noltre apportare modifiche, peraltro così significative (tali da “isolare” due livelli dell'edificio), ad un'opera edilizia di cui si chiede la sanatoria ex art. 36 del T.u.ed. è in stridente contrasto con la stessa ratio della norma, che è quella di consentire la conservazione degli immobili interessati da abusi solo formali. Questo Consiglio ha già avuto modo di osservare che (sentenza, sez. VI, 4 luglio 2014, n. 3410) l'art. 36 cit. “non prevede sanatorie parziali o condizionate di edificazioni strutturalmente unitarie”. Si è quindi consolidato in giurisprudenza l'orientamento secondo cui “il rilascio di un permesso in sanatoria con prescrizioni, con le quali si subordina l'efficacia dell'accertamento alla realizzazione di lavori che

consentano di rendere il manufatto conforme alla disciplina urbanistica vigente al momento della domanda o al momento della decisione, contraddice, innanzitutto sul piano logico, la rigida direttiva normativa poiché la previsione di condizioni o prescrizioni smentisce qualsiasi asserzione circa la doppia conformità dell'opera, dimostrando che tale conformità non sussiste se non attraverso l'esecuzione di modifiche ulteriori e postume (rispetto alla stessa presentazione della domanda di accertamento in sanatoria)". A medesime conclusioni si deve pervenire quando le modifiche allo status quo sono apportate preliminarmente su iniziativa dello stesso richiedente il titolo in sanatoria, tanto più che esse rappresentano un ulteriore stadio costruttivo a sua volta non autorizzato e quindi comunque, financo se dettato da esigenze manutentive, di carattere abusivo".

L'atto d'obbligo è elemento accidentale del titolo edilizio che lo ingloba

Argomento: edilizia

(Cons. St., sez. II, 19 gennaio 2021, n. 579)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“L’art. 11 della l. n. 241 del 1990 ha di fatto portato a sistema tutte le astratte possibilità di accordo cui la pubblica amministrazione può addivenire con i privati, in passato già previste in singole norme spesso oggetto di letture riduttive, preoccupate di valorizzare la preponderanza del profilo pubblicistico, in qualche modo percepito come messo in pericolo o depotenziato dal suo attingere a strumenti e ambiti privatistici. Con tale norma si è dunque definitivamente positivizzata la capacità negoziale delle amministrazioni pubbliche, individuando nel procedimento il “luogo” tipico nel quale potestà e autonomia negoziale possono trovare un giusto momento di sintesi, sì da asservire la seconda, in quanto modalità ritenuta più conveniente in relazione al singolo caso di specie, al perseguimento dell’interesse pubblico che connota la prima. A fronte, peraltro, di un iniziale disinteresse per l’istituto, sono state successivamente ricondotte sotto l’egida dell’art. 11 numerose fattispecie consensuali tipicamente in uso proprio nella materia urbanistica, dove l’immanente esigenza di ricondurre l’esercizio dello *ius aedificandi* ad una più vasta cornice di buon governo del territorio, rende talvolta conveniente per l’Amministrazione “scendere a patti”, richiedendo sforzi aggiuntivi al privato in termini di *dare* ovvero di *facere*, onde orientarne la maggiore libertà di movimento verso i propri obiettivi di programmazione, nel contempo ottimizzando le aspirazioni dello stesso a ricavare i maggiori vantaggi possibili dalla proprietà. Oggi pertanto tutta la vasta pletera di convenzioni urbanistiche comunque denominate vengono di regola ricondotte all’alveo di tale disciplina, caratterizzata dall’aggiungere al paradigma pubblico generale i canoni del diritto civile «*ove non diversamente previsto*» e «*in quanto compatibili*» (art. 11, comma 2, della l. n. 241/1990).

10. Gli atti d’obbligo, tuttavia, proprio in quanto “unilaterali” presentano peculiarità tali da aver meritato nel tempo un autonomo spazio nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale. Essi, cioè, pur appartenendo al più ampio *genus* degli atti negoziali e dispositivi coi quali il privato assume obbligazioni, si caratterizzano per essere teleologicamente orientati al rilascio del titolo edilizio nel quale sono destinati a confluire. E’ stato pertanto affermato che essi non rivestono un’autonoma efficacia negoziale, ma incidono tramite la stessa sul provvedimento cui sono intimamente collegati, tanto da divenirne un “elemento accidentale”, mutuando la terminologia di cui alla nota sistematica civilistica che distingue tra *essentialia* e *accidentalia negotii* (cfr. sul punto Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5628; Cass., Sez. Un., 11 luglio 1994, n. 6527; *id.* 20 aprile 2007, n. 9360). La legislazione urbanistica ha da sempre previsto tali momenti pattizi. L’atto unilaterale, in particolare, veniva menzionato quale alternativa alla convenzione quale tipico strumento di “edilizia convenzionata”, intendendosi per tale, nella ristretta accezione originaria riveniente dalla rubrica della norma (art. 7 della l. 28 gennaio 1977, n. 10), quella finalizzata alla realizzazione di complessi residenziali per i quali l’Amministrazione intende farsi carico in via pattizia di calmierare i futuri

prezzi di cessione o canoni di locazione delle unità immobiliari, sì da conciliare le esigenze di sviluppo urbanistico con quelle di politica sociale, avuto riguardo in particolare al soddisfacimento di quel bisogno primario dei cittadini che è la casa di abitazione (art. 8 della richiamata l. n. 10/ 1977).

Nel tempo tuttavia e con lo sviluppo nella prassi di momenti pattizi, sinallagmatici o meno, il relativo contenuto ha finito per estendersi ad altre tipologie di obblighi, comunque funzionali alla valorizzazione in chiave pubblicistica dell'intervento assentito.

11. Gli approdi della giurisprudenza amministrativa e di quella di legittimità con specifico riferimento agli atti unilaterali non sempre sono stati omogenei. In passato, infatti, i giudici della Cassazione hanno talvolta preferito scinderne la classificazione in due tipologie in ragione del tipo di obbligo assunto dal privato: sarebbe infatti riconducibile allo schema (anche) pubblicistico di cui all'art. 31, comma 5, della l. 17 agosto 1942, n. 1150, come sostituito dall'art. 10 della l. 6 agosto 1967, n. 765 (ora art. 12, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) il solo impegno dei privati a procedere direttamente alle opere di urbanizzazione primaria, laddove quello di cessione di un'area, non tipizzato normativamente, formerebbe necessariamente oggetto di un normale contratto di diritto privato (cfr. Cass., sez. II, 6 febbraio 2013, n. 2385; sez. I, 21 ottobre 2012, n. 21885).

L'impostazione, tuttavia, sconta l'idea di attribuire comunque autonomia negoziale all'atto con cui il privato si obbliga a cedere aree al Comune, laddove nell'ambito di riferimento essa è esclusivamente funzionale al titolo edilizio cui accede, pena l'illegittimità per carenza di "causa" (sul punto, v. Cons. Stato, A.P., 20 luglio 2012, n. 28).

I più recenti arresti convergono piuttosto sulla accentuazione della funzione di individuazione convenzionale del contenuto di un provvedimento che l'amministrazione andrà ad emettere a conclusione del procedimento preordinato all'esercizio della funzione urbanistico-edilizia, appunto. Si è perciò affermato che la convenzione, stipulata tra un Comune e un privato costruttore, con la quale questi, al fine di conseguire il rilascio di un titolo edilizio, si obblighi ad un *facere* o a determinati adempimenti nei confronti dell'ente pubblico (quale, ad esempio, la destinazione di un'area ad uno specifico uso, cedendola), non costituisce un contratto di diritto privato, ma neppure ha specifica autonomia e natura di fonte negoziale del regolamento dei contrapposti interessi delle parti stipulanti, configurandosi come atto intermedio del procedimento amministrativo volto al conseguimento del provvedimento finale, dal quale promanano poteri autoritativi della pubblica amministrazione. Rileva il Collegio come ciò sia stato affermato in particolare con riferimento alla tutela del diritto dei terzi che aspirino al rispetto degli obblighi assunti, con la conseguenza che, non potendosi qualificare l'atto d'obbligo come contratto a loro favore, ai sensi dell'art. 1411 c.c., i privati acquirenti dell'immobile edificato non hanno alcuna possibilità di rivendicare alcunché sulla base di esso, né, quindi, di agire per il suo adempimento, salva l'ipotesi che detto obbligo sia stato trasfuso in una disciplina negoziale al momento del trasferimento delle singole unità immobiliari (Cass.civ., sez. II, 10 febbraio 2020, n. 3058; *id.*, 23 febbraio 2012, n. 2742). A valle, dunque, si pone il provvedimento amministrativo; a monte, l'accordo, via via paragonato alla accettazione della proposta pubblica, in quanto finalizzato a perseguire programmati e manifestati obiettivi urbanistici del Comune; ovvero al contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, secondo il modulo semplificato dell'art. 1333 c.c.; ovvero infine ad un mero atto negoziale, funzionale alla definizione consensuale del contenuto del provvedimento finale, che si iscrive nel procedimento di rilascio del titolo abilitativo edilizio ed è dallo stesso recepito (cfr. Cons. Stato, n. 5628/2013, cit. *sub* § 10, ove si finisce per optare per

tale ultima ricostruzione). Quale che sia l'opzione ermeneutica preferibile, di certo l'atto d'obbligo, seppure riconducibile al modulo negoziale, non si esaurisce nello stesso, in quanto "accessivo" rispetto al titolo edilizio che lo ingloba".

Nota a cura di Alessandra Scaffidi.

Con sentenza del 19 gennaio 2021, n. 579, la II Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata in materia di urbanistica relativamente alla natura e alla finalità degli atti unilaterali d'obbligo richiamati dall' art. 11 della Legge n. 241/90.

La vicenda affrontata riguarda il trasferimento della proprietà di suolo sulla base di un atto unilaterale d'obbligo. Nello specifico, il ricorrente agiva contro una diffida della Pubblica Amministrazione locale che gli ingiungeva di cedere una particella di terreno oggetto di un atto unilaterale sottoscritto già nel 1984 nell'ambito di una complessa operazione di edilizia convenzionata.

Nello specifico, il ricorrente lamentava un'errata applicazione delle regole sottese all'interpretazione degli atti d'obbligo "con riferimento ai quali, non sussistendo una «comune volontà delle parti», si sarebbe dovuto scrutinare l'intento del soggetto firmatario, tenendo conto della portata complessiva dell'atto, giusta il rinvio alle regole sui contratti rinvenute dall'art. 1324 c.c.".

Focalizzandosi sulla *quaestio iuris* principale avente ad oggetto l'esatta portata degli atti d'obbligo sottoscritti dal privato con la Pubblica Amministrazione, il Consiglio di Stato ha dichiarato infondato il ricorso.

Attraverso una disamina sostanziale prima e giuridico-normativa poi, i giudici di Palazzo Spada sono entrati nel merito della sintesi tra la capacità contrattuale della P.A. e i principi che connotano l'autonomia negoziale, sintesi che si sviluppa ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico.

L'art. 11 della legge n. 241/90 disciplina le diverse possibilità di accordo configurabili tra la Pubblica Amministrazione e i privati, positivamente la capacità di concludere un contratto da parte della P.A. e individuando nel procedimento amministrativo "il luogo tipico nel quale potestà e autonomia negoziale possono trovare un giusto momento di sintesi, sì da asservire la seconda, in quanto modalità ritenuta più conveniente in relazione al singolo caso di specie, al perseguimento dell'interesse pubblico che connota la prima".

In materia urbanistica, in cui si è sempre avvertita l'esigenza di ricondurre l'esercizio dello *ius aedificandi* a un contesto di buon governo del territorio, si è reso conveniente e appropriato nel tempo "contrattare" con il privato richiedendogli ulteriori sacrifici in termini di *dare* ovvero di *facere* in virtù del fine pubblico da realizzare e della possibilità concessa al privato di ottimizzare e trarre vantaggio dalla sua proprietà. Tutte le convenzioni urbanistiche riconosciute dall'ordinamento giuridico vengono ricondotte nell'alveo della disciplina prevista dall'art. 11 della legge n. 241/90, «ove non diversamente previsto» e «in quanto compatibili».

In materia urbanistica, gli atti d'obbligo essendo atti unilaterali vengono trattati in maniera differente nell'ambito del dibattito dottrinario e giurisprudenziale e ciò perchè, nonostante appartengano al più ampio *genus* degli atti negoziali e dispositivi con cui il privato assume obbligazioni, sono di norma orientati al rilascio del titolo edilizio, nel quale sono destinati a confluire. Lo Stesso Consiglio di Stato, pronunciandosi con diverse e precedenti pronunce (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 novembre 2013, n. 5628; Cass., Sez. Un., 11 luglio 1994, n. 6527; id. 20 aprile 2007, n. 9360), ha affermato che gli atti d'obbligo "non rivestono

un'autonoma efficacia negoziale, ma incidono tramite la stessa sul provvedimento cui sono intimamente collegati, tanto da divenirne un "elemento accidentale", mutuando la terminologia di cui alla nota sistematica civilistica che distingue tra essentialia e accidentalia negotii?

La normativa in materia urbanistica ha sempre contemplato la possibilità per la P.A. di concludere con il privato accordi aventi contenuto negoziale. Inoltre, già nell'ambito della c.d. legge Bucalossi, n. 10/1977, gli atti unilaterali erano considerati una valida alternativa alla convenzione urbanistica quale tipico strumento di "edilizia convenzionata", intendendosi quella "finalizzata alla realizzazione di complessi residenziali per i quali l'Amministrazione intende farsi carico in via pattizia di calmierare i futuri prezzi di cessione o canoni di locazione delle unità immobiliari, sì da conciliare le esigenze di sviluppo urbanistico con quelle di politica sociale, avuto riguardo in particolare al soddisfacimento di quel bisogno primario dei cittadini che è la casa di abitazione".

Ancorchè tali contenuti siano stati estesi ad altre tipologie di obblighi, il dibattito giurisprudenziale, amministrativo e costituzionale, con specifico riguardo agli atti d'obbligo, non è sempre stato omogeneo. Le più recenti pronunce valorizzano l'individuazione convenzionale del contenuto di un provvedimento che la P.A. emette a conclusione del procedimento preordinato all'esercizio della funzione urbanistico-edilizia.

In termini pratici, si è affermato che l'accordo stipulato tra un Comune e un privato costruttore, con cui quest'ultimo si obblighi ad un *facere* o a determinati adempimenti nei confronti dell'ente pubblico, al fine di ottenere il rilascio di un titolo edilizio, non costituisce un contratto di diritto privato non avendo neppure "*specifica autonomia e natura di fonte negoziale del regolamento dei contrapposti interessi delle parti stipulanti, configurandosi come atto intermedio del procedimento amministrativo volto al conseguimento del provvedimento finale, dal quale promanano poteri autoritativi della pubblica amministrazione. [...] Con la conseguenza che*" specifica il Consiglio di Stato, "*non potendosi qualificare l'atto d'obbligo come contratto a loro favore, ai sensi dell'art. 1411 c.c., i privati acquirenti dell'immobile edificato non hanno alcuna possibilità di rivendicare alcunché sulla base di esso, né, quindi, di agire per il suo adempimento, salva l'ipotesi che detto obbligo sia stato trasfuso in una disciplina negoziale al momento del trasferimento delle singole unità immobiliari* - (Cass. civ., sez. II, 10 febbraio 2020, n. 3058; id., 23 febbraio 2012, n. 2742)".

L'atto unilaterale d'obbligo è stato pertanto ricondotto ora all'accettazione della proposta pubblica, dato che persegue obiettivi urbanistici programmati, ora al contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, ai sensi dell'art. 1333 c.c. ovvero, infine, a un mero atto negoziale, funzionale all'accordo oggetto del provvedimento finale, che si iscrive nel procedimento di rilascio del titolo abilitativo edilizio (cfr. Cons. Stato, n. 5628/2013, cit. sub § 10, ove si finisce per optare per tale ultima ricostruzione).

Viene statuito pertanto che gli atti d'obbligo non rivestendo un'autonoma efficacia negoziale, vanno a incidere tramite questa sul provvedimento amministrativo cui sono legati, così da rappresentarne un mero elemento accidentale.

Difatti, con riferimento alla sentenza in commento, il Consiglio di Stato chiarisce che "*Quale che sia l'opzione ermeneutica preferibile, di certo l'atto d'obbligo, seppure riconducibile al modulo negoziale, non si esaurisce nello stesso, in quanto «accessivo» rispetto al titolo edilizio che lo ingloba?*".

Assegnazione della sede di servizio ai vincitori di concorso pubblico: deroga al principio del rispetto dell'ordine di graduatoria per i soggetti in possesso dei requisiti di cui all'art. 33, comma 3, L. 104/1992

Argomento: concorsi pubblici

(Cons. St., sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1331)

Stralcio a cura di Luigi Nicola Carafa

“5.1.- L'art. 33, comma 5, L. n. 104 del 1992 dispone che il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità (coniuge, parente o affine entro il secondo grado, ovvero a talune condizioni anche entro il terzo grado) ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere (che non sia ricoverata a tempo pieno) e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede.

Il diritto di scelta della sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere si attegga indubbiamente quale "interesse legittimo", in quanto l'inciso "ove possibile" attribuisce al datore di lavoro la discrezionalità di verificare la compatibilità dell'interesse del dipendente ad assicurare continuità assistenziale al familiare con le esigenze organizzative ed economiche dello stesso datore di lavoro, che segnatamente nel caso di rapporti di lavoro pubblico si configurano come interessi pubblici.

5.2.- La norma trova applicazione sia in caso di trasferimento del dipendente, sia in caso di prima assegnazione: nessun discrimine in tal senso è contenuto nella lettera dell'art. 33, comma 5, della L. n. 104 del 1992 e non rappresenta un ostacolo il fatto che si tratti di un "interesse legittimo" e non di un "diritto soggettivo" (Consiglio di Stato sez. III, 10/11/2015, n.5113; Cassazione civile sez. lav., 03/08/2015, n.16298).

La giurisprudenza favorevole alla applicabilità del beneficio anche in fase di prima assegnazione ha rilevato anche che "la necessità di garantire l'avvicendamento del personale non può costituire valida ragione per ledere il preminente diritto all'assistenza spettante al disabile" (Consiglio di Stato n. 5113/2015 cit.). In qualche caso, è stato solo richiesto che l'assistenza continuativa fosse già in atto al momento dell'assunzione e della assegnazione alla prima sede di servizio escludendo che la necessità dell'assistenza si concretizzi successivamente all'assegnazione suddetta (Consiglio di Stato sez. VI, 22/06/2011, n.3759).

5.3.- Neppure, ad avviso del Collegio, può rappresentare un limite invalicabile all'applicazione dell'art. 33, comma 5, in fase di prima assegnazione della sede di servizio, "la natura, evidentemente funzionale e temporanea del beneficio riconosciuto al familiare del disabile", come asserisce l'interveniente ad opponendum, per cui al cessare dei presupposti il dipendente avrebbe l'obbligo di automatico rientro alla sede di origine, obbligo non eseguibile nel caso di assegnazione della prima sede.

Invero, non vi è nella norma alcuna indicazione esplicita nel senso della temporaneità del beneficio, anche se è logico presumerlo.

Non va tralasciato, infatti, che poiché l'attribuzione del beneficio deve, comunque, rispondere alle esigenze organizzative dell'Amministrazione, laddove nel prosieguo del rapporto si rinverrebbero esigenze contrarie della P.A., o cessino le esigenze assistenziali del dipendente trasferito, ben potrebbe essere disposto il suo rientro alla sede originaria.

Tuttavia, la stessa ratio va applicata nel caso di riconoscimento del beneficio in fase di prima assegnazione. Anche in tal caso, se successivamente l'interesse pubblico non consentisse più quella determinata assegnazione o si modificassero le condizioni personali del dipendente, venendo meno l'originario bilanciamento degli interessi ben potrebbe essere il dipendente destinato ad altra sede.

5.4. - Va ancora considerato, a sfavore dell'argomento secondo cui il beneficio sarebbe compatibile esclusivamente con le ipotesi di trasferimento, poiché non verrebbe ad intaccare, in tal caso, il diritto dei terzi e il principio "meritocratico" che è espresso dall'ordine di graduatoria, che, viceversa, anche nell'ipotesi di trasferimento l'assegnazione "agevolata" del dipendente presenta le medesime criticità, finendo ugualmente per incidere sulla regola dell'ordine di ruolo e sul "merito", espressione a loro volta di principi di rango costituzionale, quali l'imparzialità e il buon andamento della P.A. di cui all'art. 97 Cost..

5.5.- Non sembra, pertanto, che vi siano ragioni logico-giuridiche sufficienti per differenziare, ai fini dell'applicazione della norma, l'ipotesi della prima assegnazione di sede rispetto all'ipotesi del trasferimento.

5.6.- L'eccezionale prevalenza dell'interesse al sostegno di categorie svantaggiate rispetto alla regola generale dell'ordine di graduatoria trova il suo fondamento nella Costituzione.

L'art. 33, comma 5, della L. n. 104 del 1992 cit. è norma che attribuisce un vantaggio in funzione solidaristica ed è espressione dei principi di eguaglianza sostanziale e di solidarietà sociale di cui agli artt. 3, comma 2, e 2 Cost..

La Corte Costituzionale ha chiaramente individuato il fine della L. n. 104 del 1992 nel "superare, o contribuire a far superare, i molteplici ostacoli che il disabile incontra quotidianamente nelle attività sociali e lavorative, e nell'esercizio di diritti costituzionalmente protetti" (Corte Cost. n. 406 del 1992).

5.7. - Occorre, tuttavia, ancora una volta sottolineare la diversità della fattispecie in esame.

A differenza delle norme appena citate, con l'art. 33, comma 4, della L. n. 104 del 1992, come si è già detto, il Legislatore accorda al dipendente che aspira alla sede di servizio più prossima al familiare con grave handicap non un diritto soggettivo, ma un interesse legittimo.

In questo senso, è rimesso, di volta in volta, all'Amministrazione il discrezionale temperamento con l'interesse pubblico, per cui l'esigenza del dipendente è meritevole di accoglimento sempreché non siano d'ostacolo le esigenze organizzative ed operative dell'Amministrazione al momento dell'assunzione dei nuovi dipendenti.

5.8.- In questo quadro normativo, devono ritenersi legittimi i provvedimenti di assegnazione impugnati. L'Amministrazione, valutata discrezionalmente la compatibilità con le proprie esigenze organizzative, nel coprire le sedi disponibili, si è fatta carico di considerare positivamente le situazioni personali di coloro che versavano nelle condizioni previste dall'art. 33 citato, accogliendone l'istanza. [...]” .

Con la pronuncia in discorso il Consiglio di Stato, Sez. III, conferma la netta posizione assunta in precedenza con sentenza del 27 luglio 2020, n. 4779.

La questione attiene, nell'ambito dell'assegnazione delle sedi di servizio ai vincitori di concorso pubblico, al rapporto tra il principio del rispetto dell'ordine di graduatoria (art. 28 c. 1 D.P.R. n. 487/1994, a norma del quale *“Le amministrazioni e gli enti interessati procedono a nominare in prova e ad immettere in servizio i lavoratori utilmente selezionati, anche singolarmente o per scaglioni, nel rispetto dell'ordine di avviamento e di graduatoria integrata”*) e quanto disposto dall'art. 33 c. 5 L. n.104/1992 (*“Il lavoratore di cui al comma 3 ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede”*).

Occorre premettere che l'art. 21 c. 1 L. 104/1992, rubricato *“Precedenza nell'assegnazione di sede”*, fonda il diritto di scelta prioritaria della sede di servizio (nonché, al comma 2, di trasferimento) per i cd. *“titolari di L.104 propria”*: tale circostanza ha in passato indotto parte degli interpreti a ritenere che l'art. 33 c. 5 della medesima legge (riferito ai c.d. *“titolari di L.104 familiare”*, di cui al c. 3, stesso articolo), stante l'assenza di qualsiasi riferimento all'assegnazione della sede, contemplasse esclusivamente la fattispecie del diritto al trasferimento.

Il riferimento testuale *“ove possibile”*, peraltro, evidenzia chiaramente che – a differenza del disposto ex art. 21 cit. – trattasi, in questo caso, di interesse legittimo e non di diritto soggettivo.

La problematica indicata riveste un particolare interesse, tenuto conto del mutamento di indirizzo nella giurisprudenza di settore.

Una importante pronuncia, ormai risalente (Cons. Stato, Sez. IV, n. 5603/2011), assegnava specifico rilievo al predetto art. 28 c. 1 del D.P.R. cit.: sulla base di tale norma, il giudicante evidenziava, infatti, che *“[...] Il criterio dell'assegnazione delle sedi di concorso ai vincitori secondo l'ordine di graduatoria assurge dunque al rango di principio normativo generale della materia che, quindi, opera anche nei casi in cui non sia espressamente previsto dal bando. In conseguenza, la scelta della sede tra quelle non ancora occupate da chi lo precede, è un legittimo interesse giuridico del vincitore. Eventuali deroghe al principio di cui sopra possono essere ammesse tra vincitori ex aequo: 1) a condizione che siano erano espressamente contemplate ab initio nel bando di concorso e con alterino la par condicio in senso sostanziale tra i concorrenti; 2) nel caso di cui all'art. 5 del regolamento n. 487/1994 concernente “i titoli che danno luogo a precedenza o a preferenza a parità di punteggio (da presentarsi con le modalità di cui al successivo art. 16); 3) quando un certo numero di sedi siano destinate -dal bando in base a disposizione normative- a particolari “quote riservatarie” di posti in favore di determinate concorrenti da collocarsi nell'ambito di una separata graduatoria svincolata dalla graduatoria generale. In altre parole, in sede di assegnazione delle sedi ai vincitori di concorso la P.A. non ha alcun potere discrezionale di “gestione”, in quanto si tratta di un tipico procedimento concorsuale come tale strettamente regolato dal bando. Deve dunque essere escluso che [...] l'Amministrazione possa legittimamente derogare alla tassatività dell'ordine di graduatoria [...]. Parimenti erronea è la sentenza sul punto concernente il rigetto della censura riguardante l'applicazione, nel caso, dell'art. 33 comma 5 l. 5 febbraio 1992 n.104. Al riguardo basti ricordare che il diritto di scelta della sede di lavoro, assicurato al lavoratore che assista con continuità un familiare handicappato convivente, non costituisce un titolo preferenziale o una prelazione [...], e non consente mai di sovvertire l'ordine di assegnazione delle sedi secondo la graduatoria finale. La norma [...] prevede [...] che l'esercizio del relativo diritto concerna esclusivamente posti di lavoro vacanti, ulteriori rispetto a quelli assegnati ai vincitori [...]”*.

All'indirizzo in questione aveva successivamente aderito il TAR Lazio, Sez. I-bis, Ord. n. 1035 dell'11.02.2019, pur avendo sottolineato la “*non univocità degli orientamenti giurisprudenziali della questione*”; nonché, dopo qualche mese, la Sez. I con sentenza del 27.05.2019.

Il ricorso al Consiglio di Stato per la riforma di tale ultima pronuncia forniva l'occasione alla Sez. III (sent. n. 4779 del 27.07.2020) di prendere una netta posizione, in contrapposizione all'orientamento in precedenza sposato dalla Sez. IV. In particolare, il giudicante denunciava l'erroneità tanto dell'assunto per cui l'assegnazione delle sedi dovesse avvenire secondo l'ordine di graduatoria (considerato quale principio normativo generale della materia), quanto del ritenere inderogabile tale criterio, in relazione alle assegnazioni delle sedi di servizio disposte ai sensi dell'art. 33 c. 5, L. n.104/1992: “*[...] 7.3. È tuttavia evidente l'erroneità di un simile assunto [...] se inteso in modo tanto radicale e aprioristico [...], perché l'ordine della graduatoria, pur avendo valenza generale in materia, non è assolutamente inderogabile né può ritenersi impermeabile [...] alle prevalenti esigenze di salute che [...] possono giustificare l'agevolazione di cui all'art. 33, comma 5 [...] e l'attribuzione anche della prima sede al dipendente che presti assistenza ad un parente o affine afflitto da handicap grave. 7.4. Se è vero infatti che l'art. 33, comma 5 [...], a differenza dell'art. 21 [...], non configura un diritto assoluto alla scelta della sede più vicina al domicilio della persona da assistere [...], tuttavia il suo esercizio [...] non può essere subordinato in modo perentorio alle esigenze dell'ordine stabilito in graduatoria, addirittura assunta al rango di principio inderogabile, giacché l'esercizio di tale facoltà di scelta, in quanto agevolazione per la persona malata e non certo privilegio per il parente che l'assiste, deve essere possibile [...], tanto al momento dell'assunzione e quindi, all'esito di una procedura concorsuale, sulle sedi destinate ai vincitori, che in costanza di rapporto [...]. 7.5. Si tratta di un elementare principio di civiltà giuridica, che non intende certe scardinare il principio meritocratico [...] (art. 97 Cost.), ma che vuole preservare [...] le [...] aspettative di quanti abbiano una reale esigenza di assistere un parente gravemente malato, in nome di un superiore principio solidaristico, che è componente essenziale del diritto alla salute (artt. 2, 3, secondo comma, e 32 Cost.), senza che l'opposto ragionamento, inteso a privilegiare in modo aprioristico l'ordine della graduatoria [...] venga a concretizzare un atteggiamento persino discriminatorio [...] contro il dipendente che abbia esigenza di assistere un parente malato. 7.6. Questo Consiglio di Stato [...] ha ribadito il proprio costante e risalente orientamento - contraddetto solo da isolate e non condivisibili pronunce [...] - secondo cui la disciplina della L. n. 104 del 1992 trova fondamento nei principi di solidarietà sociale, di rango costituzionale, e ha carattere derogatorio rispetto alla ordinaria regolamentazione dell'assegnazione delle sedi di servizio ai dipendenti, sia in via di prima assegnazione che di successivo trasferimento [...]. Spetta certo agli specifici ordinamenti settoriali e [...] alla contrattazione collettiva [...] disciplinare nel dettaglio l'assegnazione preferenziale del posto al dipendente, che vanti un'esigenza come quella protetta dall'art. 33, comma 5 [...]*”.

L'analisi della citata pronuncia rivela un deciso cambio di prospettiva da parte del Consiglio di Stato, rispetto alla sentenza n. 5603 del 18.10.2011: l'inquadramento della L. 104/1992 nell'ambito di un “*superiore principio solidaristico, che è componente essenziale del diritto alla salute*”, infatti, comporta che tale disciplina si imponga, con specifico riguardo all'art. 33 c. 5, “*tanto al momento dell'assunzione [...] quanto in costanza di rapporto*”. Ciò, tuttavia, non muta la natura della situazione giuridica soggettiva in esame, che rimane quella di interesse legittimo (a differenza del diritto assoluto scaturente dall'art. 21 L. n. 104/1992): a fronte della persistente rilevanza delle esigenze organizzative della PA, subisce – di converso – un evidente ridimensionamento il c.d. principio dell'ordine della graduatoria, oramai ritenuto un criterio pienamente passibile di bilanciamento (e soccombenza) in riferimento all'esercizio della prerogative riconosciute in forza dell'art. 33 c. 5, L. 104/1992. In conclusione, tale norma dovrebbe trovare applicazione

immediata e diretta anche laddove non espressamente inserita tra le regole disciplinanti il concorso, secondo la regola dell'eterointegrazione del bando *ex art.1339 c.c.* (in linea con Consiglio di Stato, Sez. III, 14.06.2018, n. 3681).

L'orientamento descritto viene confermato dalla pronuncia n. 1331 del 15.02.2021, in discorso, la quale ribadisce che il diniego della P.A. alla richiesta di scelta prioritaria della sede, da parte del vincitore di concorso titolare di L. n.104/1992 *ex art. 33 c. 5*, possa ritenersi legittimo solo in presenza di motivate esigenze organizzative; di converso, un aprioristico diniego basato sul rispetto del principio dell'ordine della graduatoria risulta senz'altro passibile di censura, in quanto contrastante con una normativa (L. n. 104/1992) avente fondamento nel principio, di rango costituzionale, della solidarietà sociale. E dunque, nell'ambito dell'assegnazione delle sedi di servizio ai vincitori di concorso pubblico, deve ritenersi senz'altro rientrante nella piena discrezionalità dell'Amministrazione la considerazione delle situazioni personali di coloro che versano nelle condizioni di cui all'*art. 33 c. 3 L. n.104/1992*, e – nello specifico – delle relative preferenze.

Diritto di accesso e nesso di strumentalità

Argomento: trasparenza

(Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2021, n. 1492)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“[I]l Collegio rileva in termini generali che secondo la disciplina positiva del diritto di accesso, da intendersi come situazione soggettiva strumentale per la tutela di situazioni sostanziali (cfr. Cons. Stato, ad. pl., 18 aprile 2006, n. 6), sul piano della logica difensiva viene “*comunque*” garantito l’accesso, entro gli stringenti limiti in cui la parte interessata all’ostensione dimostri la necessità (o la stretta indispensabilità per i dati sensibili e giudiziari), la corrispondenza e il collegamento tra la situazione che si assume protetta ed il documento di cui si invoca la conoscenza.

In particolare, come di recente statuito dall’Adunanza plenaria nella sentenza n. 20 del 25 settembre 2020, “*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. La delibazione è condotta sull’astratta pertinenza della documentazione rispetto all’oggetto della res controversa*”.

Pertanto, se, da un lato, ai fini dell’accesso è sufficiente 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.), dall’altro, vi è la necessità di 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 (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., n. 20/2020).

Inoltre, il legislatore ha ulteriormente richiesto che la situazione legittimante l’accesso sia “*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 (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., n. 20/2020).

Del resto, la giurisprudenza di questo Consiglio, a cui il Collegio intende aderire, è da tempo consolidata nell’affermare la necessità, nell’ambito del diritto di accesso, del rapporto di strumentalità tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l’ostensione, negando la ammissibilità di un controllo generalizzato, generico e indistinto del singolo sull’operato dell’amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3212; Sez. VI, 25 agosto 2017, n. 4074) e facendo ricadere l’onere della prova del suddetto nesso di strumentalità su chi agisce, secondo i principi generali del processo (Cons. Stato, III, 26 ottobre 2018, n. 6083; V, 12 novembre 2019, n. 7743)”.

Prima di soffermarsi sul contenuto della sentenza del Consiglio di Stato che affronta il tema del nesso di strumentalità che deve sussistere fra interesse all'accesso agli atti di un procedimento amministrativo e documentazione rispetto alla quale si chiede l'ostensione, è utile ricostruire i fatti e le valutazioni effettuate nei due distinti gradi di giudizio.

Un'associazione nazionale rappresentativa delle aziende che producono apparecchi per il gioco lecito (art. 110, comma 6, Tulps) chiedeva all'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (d'ora innanzi ADM) di poter accedere, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241/1990, ad una serie di certificazioni e documenti che attestino le modalità di raccolta dati del gioco lecito, la quota del deposito cauzionale che l'ADM trattiene e restituisce alle varie aziende, nonché altra documentazione connessa.

Alla luce di tale valutazione, l'ADM nel 2019 respingeva la richiesta di accesso agli atti formulata dall'Associazione ritenendola inammissibile dato che la stessa *“implicherebbe un'elaborazione di dati e una certificazione di fatti, nonché in quanto relativa a dati già nella disponibilità delle parti, facendo al riguardo riferimento agli accordi con i concessionari e alla reportistica contabile”*.

L'Associazione impugnava il diniego di accesso agli atti adottato dall'ADM innanzi al T.A.R. Lazio, che respingeva il ricorso ritenendolo infondato nel merito.

Successivamente, l'Associazione ha proposto appello chiedendo la riforma della sentenza di primo grado del T.A.R. e l'accoglimento integrale del ricorso originario sostenendo la violazione dell'articolo 22 della legge 241/1990 in ordine all'accertamento dell'attualità dell'interesse all'accesso.

Il Consiglio di Stato ha dichiarato infondato l'appello respingendolo ed effettuando al contempo alcune importanti riflessioni in merito all'interesse che deve presiedere l'esercizio del diritto di accesso ex art. 22 della legge n. 241/1990 da parte dell'Associazione rappresentativa di aziende produttrici di apparecchiature per gioco lecito.

Alla base del diritto di accesso esercitato dall'Associazione si colloca *“la questione sottesa all'istanza di ostensione che attiene alla individuazione del corretto criterio di ripartizione degli oneri da versare allo Stato ex art. 1 comma 649 della legge n. 190/2014, in quanto a fronte dell'originaria interpretazione data dall'Agenzia dei Monopoli con nota del 15 gennaio 2015, favorevole ad un riparto di natura fissa, interveniva il legislatore in via interpretativa con l'art. 1, c. 921 della legge 208/2015”*

In base a tale interpretazione, a parere dell'istante (associazione) tale nuova disposizione avrebbe previsto una ripartizione degli oneri in misura proporzionale alla partecipazione alla distribuzione del compenso, con conseguente spostamento di una parte degli oneri dai gestori ai concessionari.

Proprio tale spostamento della ripartizione degli oneri, secondo l'Associazione appellante, sarebbe significativo dell'esistenza di un nesso di strumentalità fra l'interesse vantato appunto dall'istante (Associazione nazionale rappresentativa delle aziende che producono attrezzature per il gioco lecito – gestori) ed il diritto a chiedere l'ostensione della documentazione dell'Agenzia delle dogane e Monopoli.

Riguardo all'onere gravante sulla parte che richiede l'esercizio del diritto di accesso la sentenza del Consiglio di Stato ha evidenziato che *“... la disciplina positiva del diritto di accesso, da intendersi come situazione soggettiva strumentale per la tutela delle situazioni sostanziali (cfr. Cons. Stato, ad. Plen., 18 aprile 2006, n. 6), sul piano della logica difensiva viene comunque garantito l'accesso, entro gli stringenti limiti in cui la parte interessata all'ostensione*

dimostri la necessità (o la stretta indispensabilità per i dati sensibili e giudiziari), la corrispondenza e il collegamento tra la situazione che si assume protetta ed il documento in cui si invoca la conoscenza”.

Relativamente al rapporto di strumentalità fra interesse alla conoscenza del documento ed effettiva richiesta della sua ostensione in ragione del diritto di accesso la sentenza del Consiglio di Stato, riportandosi a quanto statuito dall’Adunanza Plenaria con sentenza n. 20 del 25 settembre 2020, ha precisato che *“la necessità (o la sua stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto di accesso e la situazione giuridica finale controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio. La deliberazione è condotta sull’astratta pertinenza della documentazione rispetto all’oggetto della res controversa”.*

Inoltre la sentenza del Consiglio di Stato, riportandosi ad un orientamento consolidato, ha ribadito la necessità che per il valido esercizio del diritto di accesso deve sussistere un rapporto di strumentalità tra l’interesse vantato dall’istante e la documentazione della quale si chiede l’ostensione, poiché, solo ricorrendo a tale criterio, si creano i presupposti per impedire un controllo generalizzato, generico ed indistinto del singolo sull’operato dell’amministrazione (vedasi in tal senso Consiglio di Stato sez. V, 21 maggio 2020 n. 3212; sez. VI, 25 agosto 2017, n. 4074), facendo gravare l’onere della prova dell’esistenza di tale nesso di strumentale su chi agisce tenendo conto dei principi generali del processo. (Consiglio di Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6083).

Alla luce di tali valutazioni, la sentenza della quarta sezione del Consiglio di Stato n. 1492 del 19 febbraio 2021 ha respinto l’appello proposto dall’Associazione rappresentativa delle aziende proprietarie di apparecchi per gioco lecito, rilevando la piena legittimità del diniego opposto dall’Agenzia delle Dogane e dei Monopoli alla domanda di accesso alla documentazione motivando tale diniego sull’assenza dei presupposti di legge della concretezza e dell’attualità dell’interesse a ricorrere.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 1492/2021, pertanto, si colloca perfettamente nell’ambito di un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato in ragione del quale l’interesse ad esercitare il diritto di accesso ad un documento amministrativo deve essere preceduto dalla sussistenza di un rapporto di strumentalità tra l’interesse all’accesso ed il documento del quale si chiede l’ostensione, poiché l’interesse strumentale funge da limite al controllo generalizzato ed indistinto dell’operato dell’amministrazione.

In merito alla libera scelta del medico di fiducia

Argomento: discrezionalità

(Cons. St., sez. III, 23 febbraio 2021, n. 1555)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“[...] A giudizio del Collegio sono, al contrario, fondate le più generali censure di violazione e falsa applicazione degli articoli 19 e 25 della legge 833/1978 con riferimento agli articoli 3 e 32 della Costituzione. 8.1 - In particolare, la Legge n. 833 del 23.12.1978 (*“Riforma Sanitaria”*) prevede, all’art. 19, II comma, che *“ai cittadini è assicurato il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura nei limiti oggettivi dell’organizzazione dei servizi territoriali”*. L’art. 25 ribadisce, al IV comma, sia per i medici generici che per i pediatri, il principio della libera *“scelta del medico di fiducia”* che può essere esercitata fra i sanitari dipendenti o convenzionati del SSN operanti nelle unità sanitarie locali o nel comune di residenza.

8.2 – Le predette previsioni di legge pongono una regola generale (quella della libertà di scelta del medico o del pediatra di fiducia) che deve necessariamente prevalere su ogni contraria disposizione, a maggior ragione ove rinveniente da fonti non idonee a introdurre disposizioni normative cogenti erga omnes, quale l’Accordo Collettivo Nazionale per la Disciplina dei Rapporti con i Medici Pediatri di Libera Scelta stipulato il 15 dicembre 2005 ai sensi dell’art. 8 del D.LGS. n. 502 del 1992, destinato a regolare solamente, ai sensi dell’ art. 48 della legge 833/1978, un uniforme trattamento economico e giuridico degli operatori, ma non il loro rapporto con gli assistiti né le conseguenti ricadute economiche.

Allo stesso modo, il limite di cui al citato art. 19, II comma, richiamato dal giudice di primo grado, comportando una deroga è di stretta interpretazione, ed è testualmente riferito ai soli *“limiti oggettivi dell’organizzazione dei servizi territoriali”* ovvero all’*“organizzazione del Servizio Sanitario in Aziende sanitarie munite di una propria circoscrizione”*.

La giurisprudenza amministrativa ha quindi riconosciuto che il diritto di libera scelta del medico può essere esercitato all’interno dell’intero ambito di ciascuna Azienda Sanitaria, senza che questa possa imporre indebite restrizioni di tipo territoriale (TAR Lazio, sezione I, sentenza n. 1132 del 1°6.1987, confermata Dal Consiglio di Stato, Sezione IV, con la sentenza n. 712 del 18.9.1991).

8.3 – Le previsioni della legge di riforma del Servizio Sanitario Nazionale non possono neppure essere superate dalla generica considerazione, sottesa alle conclusioni del giudice di primo grado, circa la rispondenza di tutti i sanitari interessati dal citato Accordo Collettivo Nazionale ai medesimi requisiti di legge (possessione della laurea in medicina e del titolo di specializzazione, iscrizione professionale, rapporto convenzionale in atto), in quanto tali previsioni risultano, sotto un profilo sistematico, ricognitive del generalissimo principio del *favor libertatis* che deve necessariamente caratterizzare un ordinamento democratico in cui *“La Repubblica riconosce e”* (quindi) *“garantisce i diritti inviolabili dell’uomo”* (art. 2 Cost.) e nel quale, con riferimento al caso in esame, *“La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo”* (prima ancora che) *“ come interesse della collettività”* (art. 32 Cost.).

8.4 - Il predetto quadro ordinamentale delinea pertanto il diritto, sancito dalla citata legge di riforma del Servizio Sanitario Nazionale, di ciascuno alla libera scelta del proprio medico di fiducia, e quindi del

pediatra per il minore da parte di chi esercita la potestà genitoriale, nell'ambito del *“dovere e diritto dei genitori”* di curare il benessere dei propri figli (art. 30 Cost.), secondo un rapporto fra la Libertà e l'Autorità e necessariamente improntato ai principi di uguaglianza, imparzialità e buon andamento dei pubblici uffici di cui agli artt. 3 e 97 Cost. ed ai criteri, di matrice euro-unitaria, di proporzionalità e di sussidiarietà, che impongono di consentire ad ogni cittadino-paziente la scelta fiduciaria, nell'ambito della platea dei soggetti potenzialmente idonei ed anche nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale pubblico, della struttura sanitaria ed ospedaliera, così come della Regione di riferimento, così come del medico di base e del pediatra di fiducia, ai quali rivolgersi a tutela del proprio diritto alla salute, senza subire restrizioni di spazio, di tempo o di modalità d'accesso, da parte dell'Amministrazione, diverse o ultronee rispetto a quelle strettamente giustificate da esigenze di tutela del diritto alla salute (così come accade per le misure di contrasto alla pandemia in atto) o da reali e comprovate esigenze organizzative o finanziarie del Servizio Sanitario Nazionale, qui in alcun modo allegate o documentate.

8.5 – Sotto altro profilo, le medesime norme si saldano ad duplice principio, non solo di libera scelta su base fiduciaria del medico o del pediatra di fiducia da parte degli assistiti, ma anche di libero esercizio, da parte del medico o del pediatra di fiducia, della professione medica che, anche quando esercitata in regime di convenzione con il Servizio Sanitario Pubblico, concreta un'attività professionale diretta alla cura di ogni singolo paziente, con il quale si instaura un rapporto fiduciario avente per oggetto diritti strettamente personali, assoluti ed incomprimibili, concernenti la vita e la salute di ciascuno.

8.6 – Sotto entrambi i profili sopra individuati, le pregresse considerazioni implicano quindi un rapporto esclusivo medico-paziente avente ad oggetto la cura della vita e della salute di quest'ultimo conseguendone, da un lato, l'impossibilità di configurare la presenza di colleghi *“controinteressati”* in ordine alla scelta del medico (dovendosi quindi respingere l'eccezione proposta dall'associazione sindacale interveniente) e, dall'altro, la possibilità di azionare davanti a questo giudice la tutela giurisdizionale, garantita dalla Costituzione, al fine di far valere l'irragionevolezza, alla stregua di un criterio di proporzionalità e di sussidiarietà, e quindi l'illegittimità, per violazione delle sopraindicate disposizioni ricognitive dei principi costituzionali di uguaglianza, imparzialità e buon andamento, di ogni eventuale indebito limite frapposto alla libertà di scelta del medico o del pediatra di fiducia, ove non strettamente necessario a fini di tutela della salute pubblica o per comprovate esigenze organizzative o finanziarie del Servizio Sanitario Nazionale pubblico [...].”

Concessione di pubblico servizio, principio di invariabilità del canone e rischio della domanda

Argomento: servizi pubblici

(Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2021, n. 2426)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“6. In primo luogo, in termini generali il rapporto di concessione di pubblico servizio si distingue dall'appalto di servizi proprio per l'assunzione, da parte del concessionario, del rischio di domanda.

6.1. Invero, mentre l'appalto ha struttura bifasica tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultimo grava interamente sull'appaltante, nella concessione, connotata da una dimensione triadica, il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione.

6.2. E', dunque, insito nel meccanismo causale della concessione che la fluttuazione della domanda del servizio costituisca un rischio traslato in capo al concessionario, anzi costituisca il rischio principale assunto dal concessionario.

6.3. Del resto, anche nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile nella vicenda *ratione temporis*, costante giurisprudenza aveva evidenziato che nelle concessioni di servizi vige il principio dell'ordinaria invariabilità del canone, con conseguente inapplicabilità dell'istituto della revisione dei prezzi, proprio invece degli appalti (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2013, n. 1755).

7. Con più specifico riferimento alla vicenda di specie, non può non considerarsi che l'attuale tariffa è stata indicata dalla stessa ricorrente in sede di gara, retta dal criterio del prezzo più basso *ex art.* 82 d.lgs. n. 163 del 2006: dunque, da un lato la ricorrente si è aggiudicata la gara proprio in virtù di tale offerta (che non può che assumersi libera, autonoma e consapevole), dall'altro fra l'aggiudicazione (aprile 2016) e la formulazione della richiesta di revisione (ottobre 2017) è trascorso un lasso di tempo oggettivamente breve, specie ove si tenga conto che la concessione aveva durata quinquennale, decorrente dal 1 giugno 2016.

[...] 7.2. Peraltro, la revisione dei profili economici concordati con il concedente - pur a volerne ammettere, a tutto concedere, la predicabilità astratta - richiederebbe comunque la comprovata ricorrenza di eventi eccezionali e straordinari, oggettivamente esterni ed estranei al funzionamento del mercato di settore; non sarebbero, viceversa, sufficienti all'uopo mere fluttuazioni della domanda, dato fisiologico di ogni mercato, che l'operatore economico non può non considerare come aspetto caratterizzante, intrinseco ed ineliminabile del contesto in cui opera (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653). [...]”.

Nota a cura di Gianpiero Gaudiosi.

Anche dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo Codice appalti), intriso di elementi di ispirazione unionale, non tramonta il vivido interesse suscitato in dottrina e in giurisprudenza dal dibattito attorno ai profili discretivi tra appalti e concessioni di pubblici servizi.

La costante riemersione della tematica trova plausibile spiegazione nella difficoltà di ricostruire in chiave dogmatica l'istituto concessorio, sebbene la normativa di settore – recependo le indicazioni stratificatesi sulla scorta di tre generazioni di direttive in materia di appalti – vi abbia dedicato una apposita disciplina agli artt. 164 e ss., riconducendolo all'alveo dei contratti pubblici e mettendone chiaramente in risalto gli elementi qualificanti. In specie, l'analisi è resa decisamente più articolata in virtù del fatto che al concetto di concessione si accompagna in questo caso il concetto di “servizio pubblico”, connotato – come testimoniato anche dall'ampia letteratura formata *in subiecta materia* – da notevole mutevolezza tanto sul versante temporale, quanto su quello geografico.

Scendendo nel dettaglio della vicenda giunta all'attenzione del Consiglio di Stato, l'aspetto che conferisce maggior rilievo alla sentenza in commento investe un aspetto peculiare dell'indagine: la natura del rapporto intercorrente tra le parti.

Sebbene i fatti vadano ad inquadrarsi *ratione temporis* sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006, l'analisi condotta dai giudici amministrativi è validamente spendibile anche nell'odierno contesto normativo.

Nel caso di specie, una società concessionaria del servizio di raccolta ed avvio a trattamento dei rifiuti delle navi approdanti in un porto aveva rivolto all'Autorità portuale una istanza di adeguamento tariffario, in ragione della sopravvenuta antieconomicità dell'attività prestata.

Secondo la concessionaria, l'insostenibilità del servizio in rapporto ai costi preventivati e alle prospettive sussistenti al momento della presentazione dell'offerta era da imputarsi con ogni probabilità alla drastica contrazione del numero degli scali registratasi tra l'anno di sottoscrizione del contratto e il momento dell'affidamento. Ciò avrebbe imposto all'Autorità concedente, secondo la tesi del concessionario, di provvedere al rialzo delle tariffe da quest'ultimo praticabili agli utenti in base alla Convenzione di servizio.

Rimanendo inevasa la suddetta istanza, la società – oltre a ricorrere “*contra silentium*” – chiedeva al giudice di prime cure la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno da ritardo asseritamente subito.

È proprio a partire dall'istituto della revisione dei prezzi che trae abbrivio la sentenza in commento.

In generale, il meccanismo revisionale dei prezzi, congegnato dal legislatore al precipuo scopo di prevenire alterazioni del sinallagma negoziale durante la fase di esecuzione di un contratto, contribuisce ad arricchire di un nuovo e importante “angolo visuale” lo studio della dicotomia tra appalti e concessioni.

La prospettazione del ricorso, come sopra riproposta, è stata giudicata infondata dal Tribunale di prima istanza che ha escluso la configurabilità in capo alla concessionaria di qualsivoglia aspettativa giuridicamente tutelabile. Nella sentenza di rigetto giocano un ruolo nevralgico, in prima battuta, le argomentazioni agganciate al dato testuale.

Difatti, il Tar ha giudicato la pretesa revisione tariffaria *«vanamente vantata»* dalla società ricorrente, in quanto fondata su un ragionamento che, ove condiviso, sarebbe valso a snaturare la stessa causa giustificativa del contratto di concessione, fisiologicamente connotato invero *«dal trasferimento in capo al concessionario del c.d. “rischio operativo”»*.

Secondo la definizione datane all'art. 3, comma 1, lett. zz) del nuovo Codice appalti, tale rischio – declinabile nel caso in esame nell'accezione di “rischio di domanda” – si traduce, in termini pratici, nella differenza tra il valore che il concessionario introita dall'utenza ed il corrispettivo da questi pagato all'Amministrazione.

Come ben noto, detta modalità di remunerazione tradizionalmente appartiene alle “concessioni calde”, da contrapporre alle “concessioni fredde”, così denominate in quanto tipicamente associate ad opere prive della capacità di generare reddito.

Dall'assoggettamento del privato gestore del servizio ai rischi connaturati alla fluttuazione del mercato in cui opera deriva, quale logico corollario, la riconducibilità nel paradigma concessorio del principio della invariabilità del canone, ad eccezione delle ipotesi di *«comprovata ricorrenza di eventi eccezionali e straordinari»* esorbitanti rispetto alla tipica *alea* contrattuale. Prova che, a giudizio del Tar, sarebbe difettata nel caso in esame.

L'impianto motivazionale di prime cure è integralmente confermato anche in appello.

Il Consiglio di Stato, proseguendo sulla scia dell'orientamento fatto proprio dal primo giudice, rimarca anzitutto la linea di confine esistente tra concessioni e appalti, invocando il ben noto criterio strutturale, in ossequio al quale il tratto distintivo attiene alle relazioni intersoggettive tra le parti.

Detto criterio fa leva sulla circostanza che mentre l'appalto ha carattere bifasico, nel caso delle concessioni risalta la dimensione triadica del rapporto (Amministrazione, concessionario, utenza finale).

A ben vedere, trattasi di parametro che – pur affondando solide radici nella Plenaria n. 13 del 2013 – ha assunto un rilievo residuale, apparendo inoltre insoddisfacente in relazione a quelle ipotesi in cui la prestazione sia diretta all'utenza ma la remunerazione del concessionario provenga dal soggetto concedente (tipico è il caso ad esempio delle concessioni fredde, citate poc'anzi, ad esempio i servizi carcerari od ospedalieri).

Contemporaneamente, i giudici di Palazzo Spada nel caso in commento aprono la strada ad una migliore comprensione delle coordinate ermeneutiche già tracciate dal Tribunale Regionale con il criterio incentrato sulle modalità di remunerazione del servizio. Tale criterio conduce ad escludere che nella fattispecie possa configurarsi un obbligo, di matrice convenzionale o pubblicistica che sia, di procedere alla richiesta revisione tariffaria da parte dell'Autorità.

Verso una siffatta conclusione convergono un insieme di elementi che la Quarta Sezione ha modo di apprezzare valorizzando tanto il piano fattuale quanto i dati testualmente evincibili dalla documentazione di gara.

Prima di tutto, i giudici osservano che la tariffa applicata al servizio sia *«stata indicata dalla stessa ricorrente in sede di gara»* e che proprio in virtù di una tale offerta la società si sia aggiudicata la concessione. In secondo luogo, valutano rilevante, altresì, il fatto che il lasso di tempo intercorso tra l'aggiudicazione e la formulazione della richiesta di revisione sia stato oggettivamente breve e tale da non rendere attendibili le motivazioni poste a sostegno dell'istanza.

Quanto detto vale ad escludere che dal punto di vista del concessionario la fluttuazione della domanda possa aver rappresentato in sé una dinamica patologica e imprevedibile, tale da giustificare la revisione del prezzo.

Venendo alle considerazioni legate alla *lex specialis*, il Collegio sconfessa la tesi della ricorrente che aveva interpretato l'indicazione di un preciso riferimento numerico di approdi all'interno del capitolato tecnico prestazionale alla stregua di un "minimo garantito". Interpretazione questa superata alla luce del fatto che il dato numerico non riveste alcun valore negoziale idoneo a far sorgere diritti od obblighi in capo alle parti contraenti, ma opera in funzione puramente endoprocedimentale in vista dello scopo ultimo di fissare il prezzo posto a base di gara.

Ancora, come fa constatare il Consiglio di Stato, non deve ingenerare confusione quanto previsto dal Disciplinare di gara e dalla Convenzione, laddove ammettono una particolare forma di modificazione tariffaria. Quest'ultima, per vero, si atteggia come una sorta di «*rimodulazione dell'importo nominale della tariffa in funzione dell'intervenuta variazione del potere di acquisto della moneta*» che non comporta alcun reale vantaggio per il concessionario.

Da ultimo, il Collegio chiosa rimettendo alla ricorrente la scelta se «*tutelare le proprie assunte ragioni con gli altri mezzi previsti dall'ordinamento*». Tra le azioni di impronta civilistica che l'impresa potrebbe decidere di percorrere quale ipotesi sussidiaria si può immaginare, ad esempio, alla possibilità di formulare dinanzi al giudice civile una richiesta di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, *ex art. 1467 c.c.*

Evidenti ragioni di completezza impongono di svolgere un'ultima considerazione. Come agevolmente si ricava dalla lettura del nuovo Codice, la concessionaria – per quanto esposta ad una tipologia di rischio imprenditoriale diversa da quella riscontrabile nel contratto di appalto – non risulta oggi priva di mezzi da far valere a sostegno delle proprie ragioni economiche.

Al variare delle condizioni sottese al contratto di concessione, ove ricorrano le condizioni scolpite a chiare lettere dall'art. 165 co. 6, l'eventuale disequilibrio economico-finanziario può trovare perequazione attraverso la revisione o l'aggiornamento del Piano Economico Finanziario (P.E.F.) e il conseguente adeguamento dei termini della concessione. A tale strumento si aggiungono i corrispondenti rimedi – convenzionali e di legge – e le soluzioni (anche estreme, come lo scioglimento del rapporto) per le ipotesi di mancata soddisfazione delle legittime pretese della concessionaria.

Autorizzazione paesaggistica e silenzio assenso tra PP.AA.

Argomento: procedimento

(Cons. St., sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“(A)lla funzione di tutela del paesaggio (che il Ministero dei beni culturali esercita esprimendo il suo obbligatorio parere nell’ambito del procedimento di compatibilità ambientale) è estranea ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione, essendo esso atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica, attraverso il quale, similmente a quanto avviene nell’espressione del parere di cui all’articolo 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, l’intervento progettato viene messo in relazione con i valori protetti ai fini della valutazione tecnica della sua compatibilità con il tutelato interesse pubblico paesaggistico, valutazione che è istituzionalmente finalizzata a evitare che sopravvengano alterazioni inaccettabili del preesistente valore protetto. Questa regola essenziale di tecnicità e di concretezza, per cui il giudizio di compatibilità dev’essere, appunto, “tecnico” e “proprio” del caso concreto, applica il principio fondamentale dell’articolo 9 della Costituzione, il quale consente di fare eccezione anche a regole di semplificazione a effetti sostanziali altrimenti praticabili. Anche laddove, cioè, il legislatore abbia scelto una speciale concentrazione procedimentale, come quella che si attua con il sistema della conferenza dei servizi, essa non comporta comunque un’attenuazione della rilevanza della tutela paesaggistica perché questa si fonda su un espresso principio fondamentale costituzionale (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2020, n. 1486; id., sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3039; id., 15 gennaio 2013, n. 220);

[...] l’istituto del silenzio-assenso di cui all’articolo 17-*bis* della legge n. 241/1990 non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo, che rimane regolata dalla pertinente disciplina positiva, influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso *per silentium* con la conseguenza che l’amministrazione procedente è, comunque, tenuta a condurre un’istruttoria completa e, all’esito, ad elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all’assenso dell’amministrazione co-decidente (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2020, n. 4559).

8.1. Orbene, con riguardo al procedimento di autorizzazione paesaggistica non v’è dubbio che, alla stregua del ricordato articolo 146 del d.lgs. n. 42/2004, il potere autorizzatorio appartiene in prima battuta alla Regione, spettando alla Soprintendenza un parere sulla proposta di provvedimento sottopostale dall’Amministrazione competente.

Tale parere, sebbene vincolante, in via ordinaria cessa di esserlo se reso tardivamente e per di più può essere pretermesso in caso di sua mancata espressione, secondo quanto previsto dal comma 9 dell’articolo 146, come modificato dal d.l. 12 settembre 2014, n. 133.

8.2. Invero, ai sensi dell'art. 146 d.lgs. 42/2004 (dopo le modifiche apportate dall'articolo 25, comma 3, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014, n. 164):

- “*la regione esercita la funzione autorizzatoria in materia di paesaggio avvalendosi di propri uffici dotati di adeguate competenze tecnico-scientifiche e idonee risorse strumentali?*” (comma 6);

- “*entro quaranta giorni dalla ricezione dell'istanza, l'amministrazione effettua gli accertamenti circa la conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici e trasmette al soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa nonché con una proposta di provvedimento, e dà comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento e dell'avvenuta trasmissione degli atti al soprintendente, ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di procedimento amministrativo*” (comma 7);

- “*il soprintendente rende il parere di cui al comma 5, limitatamente alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti. Il soprintendente, in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'articolo 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità*” (comma 8);

- “*decorso inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione*” (comma 9).

8.3. Alla stregua di un'interpretazione sistematica di tali disposizioni (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2136; *id.*, n. 4927/2015) e in particolare secondo quanto espressamente previsto dal primo periodo del comma 9, sussiste quindi un univoco indice normativo secondo cui, a seguito del decorso del termine per l'espressione del parere vincolante (*rectius*: conforme) da parte della Soprintendenza, l'organo statale non resti in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo.

Ne consegue, pertanto, che se nel corso di una prima fase (che si esaurisce con il decorso del termine di legge), l'organo statale può, nella pienezza dei suoi poteri di cogestione del vincolo, emanare un parere vincolante dal quale l'amministrazione deputata all'adozione dell'autorizzazione finale non potrà discostarsi (comma 8), successivamente l'amministrazione procedente “*provvede sulla domanda di autorizzazione*” (comma 9), essendo pertanto legittimata all'adozione dell'autorizzazione prescindendo in radice dal parere della Soprintendenza.

8.4. Siffatto assetto di competenze, alla stregua dei principi sopra richiamati, non può essere stravolto per il solo fatto che l'autorizzazione paesaggistica debba essere acquisita in seno a una conferenza di servizi, né su di esso incide il meccanismo del silenzio-assenso tra amministrazioni di cui all'articolo 17-*bis* della legge n. 241/1990. Quest'ultimo – come detto – vale esclusivamente nei rapporti fra l'amministrazione “*precedente*” e quelle chiamate a rendere “*assensi, concerti o nulla osta*”, e non anche nel rapporto “*interno*” fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi”.

Con sentenza 29 marzo 2021, n. 2640 il Consiglio di Stato si è pronunciato, ancora una volta, in ordine all'ambito di applicazione dell'istituto del silenzio-assenso previsto dall'art. 17 *bis* della L. n. 241/1990.

Trattasi di un arresto che consente di riflettere sulla natura applicativa dell'istituto in questione e, nello specifico, di come debba essere escluso nella fase istruttoria del procedimento amministrativo la quale *“rimane regolata dalla pertinente disciplina positiva, influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso per silentium con la conseguenza che l'amministrazione procedente è, comunque, tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito, ad elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'amministrazione co-decidente (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2020, n. 4559)”*.

Tale assunto, difatti, secondo tale orientamento, risulta applicabile anche nel caso in cui si tratti di un procedimento che riguardi il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146, co. 5, del D.lgs n. 42/2004 (*“Codice dei beni culturali e del paesaggio”*).

Il Consiglio di Stato, con la pronuncia in commento, si è soffermato sulla circostanza che, in relazione all'autorizzazione paesaggistica, in caso di mancato rilascio del parere della Soprintendenza, non risulta idonea l'applicazione del principio del silenzio-assenso di cui all'articolo 17 *bis* innanzi richiamato giacché tale istituto va ritenuto applicabile soltanto nelle relazioni tra Amministrazione *“procedente”* e quelle chiamate a rilasciare pareri, concerti e nulla osta.

Nella diversa ipotesi in cui il parere è il risultato di un *“rapporto “interno” fra le amministrazioni chiamate a co-gestire l'istruttoria e la decisione in ordine al rilascio di tali assensi (nel caso di specie, Regione Sardegna e Soprintendenza)”* che vede, dunque, la partecipazione sia della Regione che della Soprintendenza nella fase istruttoria del procedimento, la natura vincolante del parere, da rilasciarsi nel termine previsto normativamente di sessanta giorni, perde la sua efficacia *“se reso tardivamente e per di più può essere pretermesso in caso di sua mancata espressione, secondo quanto previsto dal comma 9 dell'art. 146”*.

Tale orientamento è granitico nell'affermare che la disciplina legislativa, benché trattasi di un processo di cooperazione fra ente statale e regionale, assegna il potere decisorio sul rilascio dell'autorizzazione paesaggistica alla Regione.

In prosieguo, il Consiglio di Stato ha, coerentemente, precisato che il decorso del termine previsto normativamente non recide la possibilità che la Soprintendenza possa esprimersi in maniera tardiva ovvero dopo il rilascio del provvedimento autorizzativo da parte della Regione, in previsione dei lavori di una Conferenza di servizi.

Tuttavia, in un tale scenario, *“il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'Amministrazione preposta al rilascio del titolo”*.

Per conseguenza, il rilascio tardivo del parere della Soprintendenza non incide sul legittimo rilascio dell'autorizzazione da parte dell'Amministrazione chiamata a decidere.

Diversamente, il risultato sarebbe quello di produrre *“l'effetto di “espropriare” delle proprie prerogative l'amministrazione (la Regione) che è normativamente competente a provvedere in ordine alla richiesta di autorizzazione paesaggistica”*.

Da tale arresto giurisprudenziale se ne deduce che i procedimenti, sebbene pluristrutturati ad istanza di parte, non rientrano nel campo applicativo dell'art. 17 *bis* e che la finalità di tale normativa è riscontrabile, presumibilmente, in una tutela rafforzata degli interessi pubblici *“sensibili”*, scongiurando, in tal modo, il

formarsi di taciti atti di assenso endoprocedimentali che minerebbero il potere decisorio della competente P.A.

Silenzio-assenso in relazione ai piani di lottizzazione a iniziativa privata

Argomento: urbanistica

(Cons. St., sez. IV, 15 aprile 2021, n. 3114)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“9. Quanto alla prospettata formazione del silenzio-assenso, il Collegio evidenzia che l’art. 17-*bis* l. n. 241 del 1990 non si applica ai casi, come quello di specie, in cui la richiesta di parere proviene solo formalmente dall’Amministrazione, ma in realtà sostanzialmente dal privato e, comunque, serve in via preminente l’interesse di quest’ultimo (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2633).

Il Piano di lottizzazione ad iniziativa privata, infatti, costituisce lo strumento con cui i privati proponenti possono, a completamento delle maglie pianificatorie previste dallo strumento urbanistico generale, perseguire il personale interesse allo sfruttamento edificatorio dei propri suoli, sobbarcandosi l’onere della realizzazione delle necessarie opere di urbanizzazione.

Tale Piano non persegue in via diretta, dunque, un interesse pubblico (a differenza del Piano particolareggiato ad iniziativa pubblica), ma si limita ad armonizzare l’interesse privato - che lo connota, lo qualifica e ne è alla base - con le esigenze urbanistiche generali.

Ne consegue che, in tale ipotesi, la richiesta che il Comune rivolge ad Amministrazioni territoriali sovraordinate, quale la Regione, non rientra nell’ambito di applicazione dell’art. 17-*bis* l. n. 241 del 1990.

Tale disposizione, invero, è rivolta – in base ad un’esegesi logico-sistematica e teleologica – a disciplinare i soli rapporti fra Amministrazioni che dialoghino per così dire orizzontalmente fra di loro nel contesto di procedimenti pluri-strutturati, in cui cioè il provvedimento finale sia la risultante di più apporti decisionali, non anche i rapporti fra Amministrazioni in cui una di esse compulsi l’altra al solo fine di completare l’istruzione di un procedimento radicato da privati che agiscono nell’esclusivo (o, comunque, prevalente) perseguimento del proprio interesse.

In tali casi, in definitiva, si è a ben vedere in presenza di un rapporto per così dire verticale, in cui, per il tramite dell’Amministrazione richiedente, è in sostanza lo stesso privato a rivolgere l’istanza all’Amministrazione sovra-ordinata.

Con diversa prospettiva, l’art. 17-*bis* disciplina le procedure amministrative complesse (ossia pluri-strutturate) al cui centro campeggia l’interesse pubblico: nella specie, viceversa, tutta la vicenda amministrativa per cui è causa ruota intorno all’interesse privato del [...].

Si è al di fuori, quindi, del campo di applicazione dell’art. 17-*bis* e si rientra nel generale disposto dell’art. 20 l. n. 241 del 1990, che, come noto, esclude l’istituto del silenzio-assenso per, tra l’altro, “*gli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico*” [...].”

Motivazione: integrazione in corso di giudizio

Argomento: provvedimento

(Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“Il problema dell’integrazione della motivazione dell’atto amministrativo in corso di giudizio, può essere tematizzato in relazione alle seguenti diverse fattispecie:

- i) la motivazione postuma fornita dall’amministrazione resistente attraverso gli scritti difensivi;
- ii) la statuizione del giudice di non annullabilità dell’atto viziato da carente motivazione, qualora «sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» (in applicazione, dunque, dell’art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990);
- iii) la possibilità di sanare la motivazione carente o insufficiente con un provvedimento di convalida.

6.2.– Con riguardo alla prima ipotesi (dell’integrazione della motivazione tramite atto difensivo), l’orientamento della giurisprudenza è stato sempre di segno negativo.

Gli argomenti tradizionalmente addotti possono essere così sintetizzati: senza una motivazione anteriore al giudizio, verrebbero frustrati gli apporti (oppositivi o collaborativi) del partecipante al procedimento, essendo la motivazione della decisione strettamente legata alle «risultanze dell’istruttoria»; non si potrebbe consentire all’amministrazione di modificare unilateralmente l’oggetto del giudizio rappresentato dall’atto originariamente adottato; si imporrebbe al privato di attivare la tutela giurisdizionale praticamente “al buio”, potendo questi conoscere le ragioni alla base della decisione soltanto nel corso del processo; ulteriore conferma, nel segno della inammissibilità, si trae poi dall’art. 6, della legge 18 marzo 1968, n. 249, il quale non ammetteva la convalida nelle more del giudizio se non con riguardo ai vizi di incompetenza.

6.3.– Il dibattito sulla motivazione postuma si è riproposto quando il legislatore, al fine di alleggerire il peso dei vincoli formali e procedurali di una pubblica amministrazione che si sarebbe voluta informata ad una logica di “risultato” più che alla legalità “formale” dei singoli atti, ha introdotto la regola della non applicabilità della misura caducatoria in presenza di difformità dallo schema legale che non abbiano influenzato la composizione degli interessi prefigurata nel dispositivo della decisione (si tratta, come noto, dell’art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, inserito dall’articolo 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15).

Le pronunce che avevano inizialmente ritenuto di fare applicazione della predetta clausola di non annullabilità, considerando il difetto di motivazione come vizio di carattere meramente formale reso irrilevante dall’accertamento che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, sono rimaste sporadiche e isolate.

L’indirizzo maggioritario della giurisprudenza amministrativa si è infatti ben presto orientato nel senso che «il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma [...] e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell’art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti» (ex plurimis, Consiglio di Stato, sezione terza, 7 aprile 2014, n. 1629; sezione

sesta, 22 settembre 2014, n. 4770; sezione terza, 30 aprile 2014, n. 2247; sezione quinta, 27 marzo 2013, n. 1808).

Sulla scorta di tale indirizzo giurisprudenziale, la Corte costituzionale ha dichiarato, con l'ordinanza 26 maggio 2015, n. 92, la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-*octies*, comma 2, della n. 241 de 1990, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 97, 24, 113 e 117, primo comma, della Costituzione, da una sezione giurisdizionale regionale della Corte dei conti, motivando, tra l'altro, che la rimettente si era sottratta al doveroso tentativo di sperimentare l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata, chiedendo un improprio avallo a una determinata interpretazione della norma censurata.

Anche la dottrina ha sostenuto l'opinione di inammissibilità della motivazione postuma (sia attraverso gli scritti difensivi che attraverso la regola del raggiungimento dello scopo), ritenendola in contrasto anche con le regole del giusto procedimento amministrativo come delineato dal diritto euro-unitario (in particolare, l'art. 296 TFUE, che richiede la motivazione per tutti gli atti delle istituzioni comunitarie, inclusi quelli normativi, e il diritto a una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che qualifica la motivazione come «forma sostanziale» e motivo d'ordine pubblico da sollevarsi d'ufficio (*ex plurimis*, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. VII, 11 aprile 2013, n. 652, C-652/11)".

Nota a cura di Manuela Trombetta.

La controversa prassi della motivazione postuma del provvedimento amministrativo è al centro di un acceso dibattito giurisprudenziale.

La motivazione costituisce riflesso del principio di imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione, sancito dall'art. 97 Cost., nonché contenuto indefettibile di ogni provvedimento. Essa, invero, deve indicare, ai sensi dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

La sua carenza integra il vizio di violazione di legge, che può comportare l'annullamento del provvedimento (art. 21-*octies* della citata legge).

La questione dell'integrazione della motivazione in corso di giudizio è stata di recente affrontata dai giudici di Palazzo Spada, chiamati a pronunciarsi per la riforma della sentenza del T.A.R. Lazio n. 1118 del 2018.

Nel caso di specie, parte ricorrente segnalava all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che l'edizione italiana di una certa manifestazione promozionale avrebbe costituito una pratica commerciale scorretta, suscettibile di ingenerare nei consumatori un falso affidamento su marchi commerciali, orientandoli in maniera ingannevole verso determinati prodotti, scelti non già tra tutti quelli posti in commercio, bensì soltanto tra quelli iscritti ed ammessi alla competizione.

Con una prima nota, l'Autorità comunicava all'associazione segnalante l'archiviazione per manifesta infondatezza, ai sensi dell'art. 5, co. 1, lett. c) del "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie", ritenendo "assenti gli elementi di fatto idonei a giustificare ulteriori accertamenti".

A fronte della lamentata insufficienza di motivazione, l'Autorità riesaminava la segnalazione e, con successiva nota, confermava l'archiviazione della suddetta istanza, integrando l'atto con ulteriori motivazioni.

Nel caso in esame, viene, dunque, in rilievo la fattispecie della conservazione dell'atto amministrativo operata mediante un nuovo atto integrativo della motivazione insufficiente.

Il Consiglio di Stato ha confermato la decisione di primo grado, rilevando che *“l'integrazione della motivazione non costituisce l'esito di una rinnovata istruttoria e di valutazioni autonome e distinte rispetto a quelle esplicitate in origine. L'Autorità ha semplicemente esplicitato con maggiore chiarezza i fatti – già acquisiti al procedimento – che a suo parere escludono in radice il carattere scorretto della pratica commerciale segnalata. Sul piano tecnico-giuridico,”* l'atto di riesame *“non ha << sostituito l'archiviazione originariamente disposta con un nuovo provvedimento >> (come ritenuto dal giudice di prime cure), bensì ne ha semplicemente integrato la motivazione, per convalidarne gli effetti”*.

L'orientamento giurisprudenziale è sempre stato di segno negativo con riguardo all'ipotesi dell'integrazione della motivazione fornita dall'Amministrazione resistente attraverso gli scritti difensivi. Gli argomenti tradizionalmente addotti possono essere così sintetizzati: senza una motivazione anteriore al giudizio, verrebbero frustrati gli apporti (oppositivi o collaborativi) del partecipante al procedimento, essendo la motivazione della decisione strettamente legata alle “risultanze dell'istruttoria”; non si potrebbe consentire all'Amministrazione di modificare unilateralmente l'oggetto del giudizio rappresentato dall'atto originariamente adottato; si imporrebbe al privato di attivare la tutela giurisdizionale praticamente “al buio”, potendo questi conoscere le ragioni alla base della decisione soltanto nel corso del processo; ulteriore conferma, nel segno dell'inammissibilità, si traeva, poi, dall'art. 6 della legge 18 marzo 1968, n. 249, il quale non ammetteva la convalida nelle more del giudizio se non con riguardo ai vizi di incompetenza.

Il dibattito sulla motivazione postuma si è riproposto quando il legislatore, al fine di alleggerire il peso dei vincoli formali e procedimentali di una P.A. secondo una logica di “risultato” più che alla legalità “formale” dei singoli atti, ha introdotto la regola della non applicabilità della misura caducatoria in presenza di difformità dallo schema legale che non abbiano influenzato la composizione degli interessi prefigurata nel dispositivo della decisione, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, primo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, inserito dall'art. 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15).

L'indirizzo maggioritario della giurisprudenza amministrativa si è, tuttavia, orientato nel senso che *“il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedimentali o ai vizi di forma [...] e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti”* (*ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 7 aprile 2014, n. 1629; sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4770; sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247; sez. V, 27 marzo 2013, n. 1808).

Anche la dottrina ha sostenuto l'inammissibilità della motivazione postuma, ritenendola in contrasto con le regole del giusto procedimento amministrativo, come delineato dal diritto euro-unitario (in particolare, l'art. 296 TFUE, che richiede la motivazione per tutti gli atti delle istituzioni comunitarie, inclusi quelli normativi, e il diritto a una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che qualifica la motivazione come “forma sostanziale” e motivo d'ordine pubblico, da esaminarsi d'ufficio (*ex plurimis*, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. VII, 11 aprile 2013, n. 652, C-652/11).

Per quanto attiene il fenomeno della convalida dell'atto amministrativo, la dottrina pubblicistica ha sempre ritenuto ammissibile, in virtù del principio generale di economicità e conservazione dei valori giuridici, la possibilità per l'Amministrazione di concludere il riesame del proprio operato con una decisione di carattere conservativo.

La novella del 2005 ha tipizzato la figura nel secondo comma dell'art. 21-*nonies* della l. 241/90, che fa espressamente “salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole” >>.

L'efficacia consolidativa degli effetti della convalida opera di norma retroattivamente: il provvedimento di convalida, ricollegandosi all'atto convalidato, ne mantiene fermi gli effetti fin dal momento in cui esso venne emanato (Cons. St., sez. V, 21 luglio 1951, n. 682). La decorrenza *ex tunc* è connaturale alla funzione della convalida di eliminare gli effetti del vizio con un provvedimento nuovo ed autonomo.

La retroattività della convalida trova, tuttavia, un importante limite nelle ipotesi in cui l'esercizio del potere sia sottoposto ad un termine perentorio, scaduto il quale anche il potere di convalida viene necessariamente meno.

I giudici di Palazzo Spada rimarcano i limiti entro cui è possibile convalidare – ossia sottrarre al rimedio dell'annullamento (e dell'auto annullamento) – il vizio di insufficiente motivazione, sottolineando che “*i) se l'inadeguatezza della motivazione riflette un vizio sostanziale della funzione (in termini di contraddittorietà, sviamento, travisamento, difetto dei presupposti), il difetto degli elementi giustificativi del potere non può giammai essere emendato, tantomeno con un mero maquillage della motivazione: l'atto dovrà comunque essere annullato; ii) se invece la carenza della motivazione equivale unicamente ad una insufficienza del discorso giustificativo-formale, ovvero al non corretto riepilogo della decisione presa, siamo di fronte ad un vizio formale dell'atto e non della funzione: in tale caso, non vi sono ragioni per non riconoscersi all'amministrazione la possibilità di tirare nuovamente le fila delle stesse risultanze procedurali, munendo l'atto originario di una argomentazione giustificativa sufficiente e lasciandone ferma l'essenza dispositiva, in quanto riflette la corretta sintesi ordinatoria degli interessi appresi nel procedimento*”.

Sulla base di tali premesse, si conclude per l'emendabilità tramite l'atto di convalida del vizio di motivazione nel corso del giudizio già instaurato per il suo annullamento.

Nell'impianto del nuovo processo amministrativo, diversamente dal modello primigenio, al privato è riconosciuta la possibilità di impugnare, mediante la proposizione di motivi aggiunti, tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti e connessi all'oggetto del ricorso stesso. L'interessato, quindi, nel corso del medesimo giudizio, ben potrà domandare sia l'annullamento dell'atto di convalida perché autonomamente viziato -contestandone quindi la stessa ammissibilità - sia l'annullamento dell'atto come convalidato, adducendone la persistente illegittimità.

L'ammissibilità di una motivazione successiva non comporta una dequotazione dell'obbligo motivazionale, sussistendo adeguati disincentivi alla sua inosservanza: sul piano individuale, perché restano ferme le ricadute negative sulla valutazione della performance del funzionario; sul piano processuale, in quanto il giudice potrà accollare (in tutto o in parte) le spese di lite alla P.A. che abbia con il suo comportamento dato origine alla controversia.

È, dunque, possibile per la P.A. integrare la motivazione per due ordini di motivi: uno sostanziale, data la persistenza del potere amministrativo, l'altro processuale, vista la dequotazione dei vizi formali oltremodo protetti ex art. 21-*octies* della l. 241/90.

Lottizzazione abusiva: decorso del tempo e affidamento

Argomento: urbanistica

(Cons. St., sez. VI, 3 giugno 2021, n. 4281)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“[...] ai sensi dell’art. 30 del d.P.R. n. 380 del 2001, nel quale è refluata la precedente disposizione statale di cui all’articolo 18 della legge n. n. 47 del 1985 – si configura una *«lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione; nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l’ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denunciino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio»*;

- a partire da tale disposizione si è soliti identificare due distinte fattispecie di lottizzazione;
- la fattispecie lottizzatoria può manifestarsi innanzitutto nella veste “*materiale*”, attraverso l’avvio non autorizzato di opere finalizzate alla trasformazione urbanistica di terreni in zona non adeguatamente urbanizzata in violazione della disciplina a quest’ultima impartita dalla legislazione e dagli strumenti pianificatori; siffatti interventi devono risultare globalmente apprezzabili in termini di trasformazione urbanistico-edilizia del territorio, di aggravio del relativo carico insediativo e, soprattutto, di pregiudizio per la potestà programmatoria attribuita all’amministrazione; devono, cioè, valutarsi alla luce della ratio del citato art. 30 del d.P.R. n. 380 del 2001, il cui bene giuridico tutelato risiede nella necessità di salvaguardare detta potestà programmatoria, nonché la connessa funzione di controllo, posta a garanzia dell’ordinata pianificazione urbanistica, del corretto uso del territorio e della sostenibilità dell’espansione abitativa in rapporto agli standards apprestabili (Consiglio di Stato, sez. VI, 6 giugno 2018, n. 3416);
- l’illecito assume invece le sembianze della lottizzazione “*cartolare*”, quando tale trasformazione viene predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l’ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denunciino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio (Consiglio di Stato Sez. II, 20 maggio 2019, n. 3215); ai fini dell’accertamento della sussistenza di una lottizzazione abusiva cartolare non è peraltro sufficiente il mero riscontro del frazionamento del terreno collegato a plurime vendite, ma è richiesta anche l’acquisizione di un sufficiente quadro indiziario dal quale sia oggettivamente possibile desumere, in maniera non equivoca, la destinazione a scopo di edificazione perseguito mediante gli atti posti in essere dalle parti. (Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 novembre 2015, n. 5108);

- va pure precisato che, per configurare la lottizzazione si può prescindere dallo stato soggettivo di buona o mala fede dei lottizzanti, giacché l'illecito si fonda sul dato oggettivo dell'intervenuta illegittima trasformazione urbanistica del territorio, fatta salva la tutela in sede civile nei confronti dei propri danti causa (Consiglio Stato, sez. IV, 8 gennaio 2016 n. 26);

- è, altresì, consolidata l'opinione che ritiene la natura permanente dell'illecito con la conseguenza che tale tipologia di illecito urbanistico-edilizio è soggettivamente trasferibile *propter rem* e sanzionabile in capo a tutti coloro che siano divenuti titolari dei terreni abusivamente lottizzati e che abbiano goduto di costruzioni eseguite *sine titulo* su tali terreni, così concorrendo attivamente alla prosecuzione della fattispecie (Consiglio di Stato Sez. II, 17 maggio 2019, n. 3196);

[...] - [...] secondo la consolidata giurisprudenza di questa Sezione, non è possibile la sanatoria della lottizzazione abusiva tramite il condono delle singole unità immobiliari realizzate abusivamente, non potendo le singole porzioni di suolo ricomprese nell'area abusivamente lottizzata essere valutate in modo isolato e atomistico, ma in relazione allo stravolgimento della destinazione di zona che ne deriva nel suo complesso (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3381; Consiglio di Stato sez. II, 7 agosto 2019, n. 5607);

[...] - la lottizzazione abusiva produce una deviazione dagli scopi stabiliti con la pianificazione urbanistica, ledendo perciò una essenziale prerogativa comunale, cosicché l'unica eccezione all'impossibilità di sanatoria delle singole costruzioni è rappresentata dall'eventuale intervento di una variante allo strumento urbanistico, finalizzata al recupero dell'area interessata dall'attività lottizzatoria secondo lo speciale meccanismo di cui agli articoli 29 e 35, comma 13, della legge n. 47 del 1985;

[...] - va pure precisato che, ai sensi dell'art. 39, comma 4, della legge n. 724 del 1994 (nonché ai sensi dell'art. 35 della legge n. 47 del 1985), il silenzio assenso previsto in tema di condono edilizio non si forma per il solo fatto dell'inutile decorso del termine perentorio prefissato per la pronuncia espressa dell'amministrazione comunale e dell'assolvimento degli oneri documentali (ed economici) ai quali è subordinato l'accoglimento della relativa istanza, ma occorre, altresì, la prova della ricorrenza di tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi ai quali è subordinata l'ammissibilità del condono, tra i quali rientra, dal punto di vista oggettivo, il fatto che l'immobile sia effettivamente condonabile per non essere stato già colpito da provvedimento sanzionatorio di lottizzazione abusiva;

[...] - [...] la lottizzazione abusiva è un illecito permanente la cui consumazione si protrae nel tempo, coincidendo con il periodo compreso tra l'inizio e la fine della condotta antiggiuridica;

- in tema di successione delle leggi nel tempo, la permanenza della condotta antiggiuridica, sotto l'imperio della nuova legge 'incriminatrice', comporta la doverosa applicazione di quest'ultima, in quanto l'illecito è stato commesso sotto la vigenza della medesima, con la realizzazione di tutti i suoi elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi;

- va pure ricordato che, in materia di condono edilizio, trova applicazione la disciplina vigente al momento dell'adozione del provvedimento conclusivo dell'istanza di sanatoria e non quella vigente al momento di realizzazione dell'abuso;

[...] - neppure può addursi, ai fini risarcitori, alcuna lesione dell'affidamento:

- la mera inerzia da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un potere-dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l'edificazione *sine titulo*) è sin dall'origine illegittimo;

- allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere ‘legittimo’ in capo al proprietario dell’abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un’aspettativa giuridicamente qualificata;
- non si può applicare a un fatto illecito (l’abuso edilizio) il complesso di acquisizioni che, in tema di valutazione dell’interesse pubblico, è stato enucleato per la diversa ipotesi dell’autotutela decisoria;
- non è in alcun modo concepibile l’idea stessa di connettere al decorso del tempo e all’inerzia dell’amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare l’abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in qualche misura l’edificazione avvenuta senza titolo, non emergendo oltretutto alcuna possibile giustificazione normativa a una siffatta – e inammissibile – forma di sanatoria automatica;
- se pertanto il decorso del tempo non può incidere sull’ineludibile doverosità degli atti volti a perseguire l’illecito attraverso l’adozione della relativa sanzione, deve conseguentemente essere escluso che l’ordinanza di demolizione di un immobile abusivo debba essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata. In tal caso, è del tutto congruo che l’ordine di demolizione sia adeguatamente motivato mercé il richiamo al comprovato carattere abusivo dell’intervento, senza che si impongano sul punto ulteriori oneri motivazionali, applicabili nel diverso ambito dell’autotutela decisoria;
- il decorso del tempo, lungi dal radicare in qualche misura la posizione giuridica dell’interessato, rafforza piuttosto il carattere abusivo dell’intervento [...]”.

Nota a cura di Noel Libera.

Dopo innumerevoli contrasti dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla configurabilità della lottizzazione abusiva, il merito di aver introdotto la prima vera definizione di tale fenomeno spetta all’art. 18 della l. n. 47/1985 e successivamente, più nello specifico, all’art. 30 co. 1 del d.P.R. n. 380/2001 ai sensi del quale si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio allorché vengano iniziate opere che comportino la trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l’ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio.

La norma, al quale primo comma seguono altre nove disposizioni, non si è mai prestata a facili letture tanto che l’intervento giurisprudenziale in materia e le conseguenti considerazioni dottrinali son tutt’ora policromi.

Sul punto, infatti, la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato Sez. IV 6 ottobre 2003, n. 5849; Sez. IV 8 gennaio 2016, n. 26; Sez. V 3 agosto 2012 n. 4429) ha dapprima ricordato che il bene giuridico protetto dall’articolo 30 d.P.R. cit. è non solo l’ordinata pianificazione urbanistica e il corretto uso del territorio ma, anche l’effettivo controllo dello stesso da parte del soggetto titolare della funzione di pianificazione – cioè di norma dal comune – al quale spetta di vigilare sul rispetto delle vigenti prescrizioni urbanistiche,

con conseguente legittima repressione di qualsiasi intervento di tipo lottizzatorio, non previamente assentito.

Parimenti, la dottrina ed anche la giurisprudenza hanno poi distintamente “frazionato” quanto disposto ex art. 30 d.P.R. cit. statuendo che “*le opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni*” costituiscono una fattispecie di “*lottizzazione abusiva materiale*” in luogo di una “*lottizzazione negoziale*” per la quale la trasformazione urbanistica dei terreni avviene attraverso il frazionamento degli stessi, la vendita dei suoli o attraverso atti equivalenti alla vendita. Un'altra parte della dottrina ha anche individuato un *tertium genus* nella c.d. lottizzazione mista che, priva di uno specifico riferimento nell'articolo 30 del T.U.E., si connota della contestuale presenza delle attività materiali e negoziali individuate nelle altre due tipologie di lottizzazione, materiale e negoziale. Sul punto si è espressa anche la VI Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza in commento, la quale, a seguito di un'impugnazione avverso una nota con la quale l'Amministrazione comunale aveva comunicato il diniego della concessione in sanatoria, stanti gli innumerevoli episodi di abusivismo edilizio gravanti sulla zona oggetto di interesse, ha poi confutato la circostanza dedotta dall'appellante - secondo cui l'ordinanza sindacale volta per l'appunto a sanzionare la lottizzazione abusiva, non sarebbe mai stata notificata al dante causa degli odierni appellanti - deducendo che tale circostanza non ne comporti affatto la nullità ma porrebbe soltanto l'atto in uno stato di quiescenza sino a quando non venga comunicato al destinatario.

Ciò posto, la mancata impugnazione nei termini di legge dell'ordinanza che, per quanto innanzi esposto, è stata nota alle parti con l'avvenuta comunicazione del preavviso di rigetto, ha reso la stessa inoppugnabile, con conseguente inammissibilità dei motivi che contestano l'esistenza della lottizzazione abusiva.

Né appare fondato – come osservato dal Consiglio di Stato - l'argomento secondo il quale il provvedimento di diniego sarebbe illegittimo poiché incentrato sull'esistenza di una fattispecie di lottizzazione abusiva introdotta nel nostro ordinamento solo nel 1985 e, come tale, inapplicabile ai lavori in questione giacché realizzati in epoca anteriore; in verità, al contrario di quanto assunto dal ricorrente, la lottizzazione abusiva è un illecito di natura permanente “*soggettivamente trasferibile propter rem e sanzionabile in capo a tutti coloro che siano divenuti titolari dei terreni abusivamente lottizzati e che abbiano goduto di costruzioni eseguite sine titulo su tali terreni, così concorrendo attivamente alla prosecuzione della fattispecie*”. Pertanto la condotta antigiusuridica, non essendosi esaurita sotto la vigenza della precedente norma incriminatrice ma essendosi al contrario protratta anche oltre l'emanazione della nuova norma incriminatrice, ha inevitabilmente determinato l'applicazione della legge successiva in luogo di quella anteriore, in ossequio al noto principio secondo il quale *lex posterior derogat priori*.

Tanto premesso, neppure meritevole di accoglimento appare la doglianza mossa in ordine alla esistenza di condoni edilizi riguardanti immobili facenti parte dell'urbanizzazione posto che – osserva il Collegio - nel caso di specie le concessioni in sanatoria richiamate dal ricorrente risalirebbero ad un periodo antecedente l'adozione dell'ordinanza sindacale attestante la realizzazione della lottizzazione abusiva e cioè in un *tempus* nel quale la pubblica amministrazione non aveva ancora contestato ai proprietari degli insediamenti, per non averne acquisito contezza, la stessa lottizzazione abusiva.

Del resto, anche attese le predette considerazioni, neppure il principio di affidamento apparirebbe essere stato lesa; infatti, costituendo un principio fondamentale dell'azione amministrativa avente origine comunitaria, esso si sostanzia nell'interesse del privato alla tutela di una situazione che si è definita nella

realtà giuridica per effetto di atti e comportamenti della Pubblica Amministrazione e che, pertanto, impongono alla stessa P.A. il rispetto delle predette posizioni giuridiche soggettive che si siano già consolidate in capo ai privati. Ma, nel caso de quo, alcuna lesione del principio - con conseguente richiesta risarcitoria - ricorrerebbe, posto che *“la mera inerzia da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un potere-dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l'edificazione sine titulo) è sin dall'origine illegittimo”* e parimenti *“tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere 'legittimo' in capo al proprietario dell'abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata”*.

Appare inconcepibile, infatti, che il decorso del tempo e la conseguente inerzia dell'amministrazione possano correlativamente generare una sostanziale perdita del potere volto a contrastare l'abusivismo edilizio ovvero possano legittimare l'edificazione avvenuta *sine titulo* non ricorrendo - come ben precisato dal massimo grado di giustizia amministrativa - alcuna forma di giustificazione normativa ad una tale sanatoria automatica.

Ciò posto, conclude il Consiglio di Stato, se il decorso del tempo non può incidere sulla doverosità degli atti volti a perseguire l'illecito attraverso l'adozione della relativa sanzione, deve conseguentemente essere escluso che l'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo debba essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata. In tal caso, è del tutto congruo che l'ordine di demolizione sia adeguatamente motivato atteso il richiamo al comprovato carattere abusivo dell'intervento. Al contrario, il decorso del tempo, lungi dal radicare in qualche misura la posizione giuridica dell'interessato, rafforza piuttosto il carattere abusivo dell'intervento stesso.

Limiti dimensionali alla relazione allegata all'offerta tecnica

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., sez. III, 8 giugno 2021, n. 4371)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

"8.1 – secondo la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. Terza, sent. nn. 7967/2020, 7787/2020 e Sez. V, n. 1451/2020), lo stralcio di una parte dell'offerta – previsto dall'art. 13, lett. B), del Disciplinare di gara – rappresenta una vera e propria sanzione espulsiva, in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri procedurali nonché con l'interesse della stessa Amministrazione a selezionare l'offerta migliore. Pertanto, al contrario di quanto ritenuto dal giudice di primo grado, una tale clausola, ove interpretata nel senso che la mancata osservanza di un parametro solo formale riferito ad una mera modalità redazionale di formulazione del testo, comporta l'esclusione dell'offerta indipendentemente dai suoi contenuti, è radicalmente nulla per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione ma, prima ancora, per violazione del principio di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., potendo consentire ad un'offerta qualitativamente peggiore o maggiormente onerosa di prevalere sull'offerta migliore per motivi che nulla hanno a che fare con l'interesse pubblico alla tutela della salute dei pazienti del Servizio sanitario pubblico ed alla ottimale allocazione delle risorse pubbliche né con il rispetto della libertà d'iniziativa economica privata e di concorrenza ma solo alla "comodità" d'esame dell'amministrazione; 8.2) peraltro la predetta clausola sfugge, almeno nel caso a quo, al predetto giudizio di nullità, in quanto, all'opposto di quanto ritenuto dal TAR, è stata pienamente osservata dall'appellante principale quanto alle prescrizioni previste, concernenti solo carattere, interlinea e numero di pagine, dovendo per ogni ulteriore e diverso profilo (ivi inclusa la contestata spaziatura fra i caratteri) valere il generalissimo principio della libertà di forma, rispondente all'ancor più generale favor libertatis del nostro ordinamento democratico; [...] 9 – Considera altresì il Collegio che, così come evidenziato dall'appellante principale, le predette conclusioni sono confermate dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato e anche dall'ANAC, con la Delibera n. 323 del 21 aprile 2021, resa in sede di precontenzioso e riguardante una fattispecie sovrapponibile a quella in esame. In generale, secondo l'ANAC la limitazione dimensionale dell'offerta tecnica deve rappresentare "una mera indicazione ai concorrenti e non può costituire causa di esclusione dalla gara". In relazione al predetto caso analogo a quello in esame, l'ANAC osserva poi che "nella fattispecie in esame la stazione appaltante aveva fornito indicazioni esclusivamente rispetto alle dimensioni del carattere e al numero di facciate, senza fornire ulteriori indicazioni in ordine al tipo di carattere da utilizzare e alla spaziatura e che tali indicazioni erano rispettate dall'aggiudicatario"; e pertanto ritiene, in conformità ai richiamati i principi di certezza, trasparenza e tutela della concorrenza, che "rispettate le indicazioni del disciplinare di gara, il concorrente avesse facoltà di scegliere un tipo di carattere piuttosto che un altro così come la relativa spaziatura anche al fine di valorizzare i contenuti dell'offerta tecnica presentata".

Vincolo indiretto e tutela della “cornice ambientale”

Argomento: beni culturali

(Cons. St., sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4923)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

"In base all'art. 45 del Codice dei beni culturali *“Il Ministero ha facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro”*. La norma demanda all'amministrazione di delimitare con intensità variabile, non predeterminata, le misure più idonee a preservare il valore ed il significato che il bene culturale rappresenta nel territorio nel quale è collocato.

La giurisprudenza ha precisato che il vincolo indiretto concerne la c.d. cornice ambientale di un bene culturale (*cf.* Cons. Stato, IV, 9 dicembre 1969, n. 722; VI, 18 aprile 2011, n. 2354). Ne deriva che non è il solo bene in sé [...] a costituire oggetto della tutela, ma l'intero ambiente potenzialmente interagente con il valore culturale, che può richiedere una conservazione particolare. In questo senso il canone di verifica del corretto esercizio del potere deve avvenire secondo un criterio di congruenza, ragionevolezza e proporzionalità.

La giurisprudenza (*cf.* Consiglio di Stato, sez. VI, 3 luglio 2012 n. 3893) ha già avuto modo di precisare che tali criteri sono tra loro strettamente connessi e si specificano nel conseguimento di un punto di equilibrio identificabile nella corretta funzionalità dell'esercizio del potere che deve essere congruo e rapportato allo scopo legale per cui è previsto.

[...] Deve anche ricordarsi che la valutazione dell'amministrazione nell'ambito in discorso è per lo più insindacabile, se non sotto il profilo della congruità e della logicità della motivazione ed in particolare per difetto o manifesta illogicità della motivazione o errore di fatto (*cf.* Cons. St., sez. IV, 22 giugno 2005, n. 3305; Cons. St., sez. VI, 22 agosto 2006, n. 4923; Cons. St., sez. IV, 9 febbraio 2006, n. 659).

Le doglianze [...] devono essere valutate in concreto, avendo presente la peculiarità del Castello del Catajo, ovvero il fatto, ben evidenziato negli atti che ne hanno disposto la tutela, che il Castello è legato da un rapporto inscindibile con il territorio circostante; più precisamente, deve sottolinearsi che una parte del valore artistico ed architettonico del bene monumentale ed il suo significato storico sono stati, da ben prima nell'apposizione del vincolo indiretto impugnato, ricondotti anche alla relazione attiva che il Castello esprime nei confronti del territorio circostante; ciò vale a giustificare la particolare invasività della misura indiretta di tutela imposta.

[...] Come già evidenziato, l'estensione del vincolo non trova giustificazione nell'esigenza di preservare i valori del contesto territoriale in sé considerato (pur in sé dotato di valore), bensì i valori che lo stesso esprime in funzione del bene culturale del Castello del Catajo e delle sue pertinenze, a cui è inscindibilmente correlato, come ben evidenziato dai passaggi delle relazioni tecniche innanzi richiamati.

Non deve inoltre trascurarsi che l'estensione del vincolo, nel caso in esame, trova una logica spiegazione nell'imponenza e nell'ubicazione del complesso monumentale da tutelare, in quanto nel perimetro del vincolo diretto sono incluse anche la collina che fiancheggia il Castello e alcune aree agricole; pertanto,

sussiste una logica congruenza tra l'ampia estensione del vincolo indiretto e l'ampia estensione del vincolo diretto da tutelare (*cf.* Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 luglio 2012, n. 3893).

3.3 – Le caratteristiche del bene sottoposto al vincolo diretto e la peculiarità del contesto sul quale si innesta il vincolo impugnato (già innanzi descritta) portano al superamento anche della prospettazione di parte appellante, secondo cui la tutela prevista dall'art. 45 del D.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 ammetterebbe una tutela della luce, della cornice e del decoro solo verso l'immobile oggetto di tutela diretta, ma non la salvaguardia degli scorci, degli equilibri prospettici e delle visuali godibili anche dall'immobile stesso.

Al riguardo, la giurisprudenza ha già avuto modo di osservare che i valori tutelati dalla norma citata hanno carattere ambivalente ed investono l'ambito territoriale interessato nel loro insieme in ragione della peculiarità dei beni da tutelare, con la conseguenza che il vincolo indiretto può essere apposto per consentire di comprendere l'importanza dei luoghi in cui gli immobili tutelati dal vincolo diretto si inseriscono mediante la loro conservazione pressoché integrale (*cf.* Consiglio di Stato, Sez. VI, 26 maggio 2017, n. 2493).

3.4 – In definitiva, il contenuto del vincolo impugnato risulta in sintonia con le caratteristiche del bene monumentale al quale è funzionale. In altre parole, il potere concretamente esercitato dall'amministrazione, che come detto è espressione di discrezionalità tecnica, non appare irragionevole o illogico, trovando invece la propria giustificazione nell'esigenza conservativa determinata dal vincolo diretto, tenuto conto delle peculiarità dello specifico bene che viene in considerazione.

[...] Per altro, la giurisprudenza ha già avuto modo di precisare che l'avvenuta edificazione di un'area non costituisce ragione sufficiente per recedere dall'intento di proteggere i valori estetici o paesaggistici ad essa legati, in quanto l'imposizione del vincolo comporta l'imposizione al proprietario delle cautele e delle opere necessarie proprio in funzione della conservazione del bene e per la cessazione degli usi incompatibili con la conservazione dell'integrità dello stesso (*cf.* Consiglio di Stato n. 3401 del 2012; n. 4196 del 2011).

[...] Si è già osservato innanzi che il cd. vincolo indiretto non ha contenuto prescrittivo tipico, per essere rimessa all'autonomo apprezzamento dell'amministrazione la determinazione delle disposizioni utili all'ottimale protezione del bene principale, fino all'inedificabilità assoluta, se e nei limiti in cui tanto è richiesto dall'obiettivo di prevenire un vulnus ai valori oggetto di salvaguardia (*cf.* Cons. St. n. 3663/2021).

[...] il principio di proporzionalità impone all'amministrazione di valutare l'intensità della misura di tutela non solo in funzione del valore culturale protetto, ma comparando le diverse misure adottabili anche con gli altri valori che possono esserne pregiudicati, non potendo l'amministrazione limitarsi, in virtù di una concezione totalizzante dell'interesse pubblico primario, ad affermarne la rilevanza assoluta, paralizzando con ciò ogni altra attività e sacrificando ogni altro interesse. Quale precipitato di tale impostazione, può ammettersi che l'applicazione del canone di proporzionalità possa anche implicare un parziale sacrificio dell'interesse pubblico primario per la parte non strettamente necessaria rispetto alla garanzia della tutela (propriamente intesa), in modo da consentire anche una ragionevole estrinsecazione (se del caso ridotta) dell'attività privata e della libertà di impresa del proprietario del bene (*cf.* Cons. St. n. 3932/2015). [...]”.

Nella sentenza in commento, i giudici di Palazzo Spada prendono posizione in relazione alla tematica connessa all'apposizione di prescrizioni e vincoli necessari a garantire l'integrità dei beni culturali immobili di cui all'art. 45 d.lgs. n. 42/2004 – c.d. Codice dei beni culturali.

La norma suindicata attribuisce all'amministrazione la funzione di creare le condizioni affinché il valore culturale insito nel bene possa compiutamente esprimersi, senza alcuna delimitazione spaziale e oggettiva che non quella attinente alla sua causa tipica, che è di "prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro", secondo criteri di congruenza, ragionevolezza e proporzionalità. (così Cons. Stato, n. 2839/2018).

La norma ha da sempre posto una serie di questioni problematiche: in particolare, sono apparse complesse la definizione dei contenuti e la perimetrazione dei confini di tali prescrizioni di tutela indiretta. Nello specifico, la difficoltà di ottenere una delimitazione più o meno certa – o quantomeno prevedibile – dell'ambito di operatività della norma sopra ricordata, è rappresentata dall'ampiezza e dalla varietà del contenuto delle prescrizioni fondate, a loro volta, su concetti giuridicamente non "misurabili" (si pensi al decoro, all'esigenze di luce, prospettiva, ecc..) e pertanto sono inevitabilmente rimessi ad una valutazione discrezionale e comparativa del sacrificio imposto al privato rispetto all'interesse pubblico perseguito da parte dell'amministrazione procedente.

Come è stato efficacemente ricordato in dottrina (T. Alibrandi – P.G. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè, 2001, 397) è connaturale alle cose immobili l'aver una propria collocazione spaziale che contribuisce a conferire loro un particolare significato; esse non possono essere considerate come avulse dalla realtà che le circonda giacché questa influisce sul loro aspetto esteriore e sulla capacità di conservare un valore artistico o storico e che anzi contribuisce spesso ad esaltare tale valore. I beni immobili, pertanto, hanno una loro radice storica e culturale nel luogo in cui, nelle epoche passate, furono progettati e costruiti; il loro insediamento aveva una ragione funzionale e non solo ornamentale.

Difatti, la giurisprudenza ha riconosciuto che gli effetti giuridici dei provvedimenti e delle prescrizioni individuate dall'art. 45 Codice dei beni culturali, pur riferendosi formalmente a beni diversi da quelli che investono quelli di pregio artistico e storico, sono funzionalmente connessi al vincolo che grava su questi ultimi e ne costituiscono beni strumentali (così, da ultimo, Cons. Stato, n. 54/2022).

Da qui la necessità che la salvaguardia di tali beni vada ben oltre la loro dimensione strettamente fisica per allargarsi fino a comprendere un'area più vasta in cui si tenga conto dei profili prospettici, architettonici e anche sociali con il territorio in cui sono stati collocati o che attorno ad essi si è sviluppato nel corso del tempo.

Per tale ragione, l'integrità del valore del bene culturale potrebbe dipendere anche dai luoghi nel quale esso si inserisce, tanto da richiedere che pure questi ultimi siano sottoposti a tutela.

A questi temi ha fatto riferimento proprio la sentenza in commento che ha ad oggetto i vincoli di tutela indiretta relativi a una importante opera monumentale veneta: il Castello del Catajo. La struttura, come bene monumentale, è in sé oggetto di tutela diretta e a completamento di tale vincolo, le competenti autorità amministrative hanno avviato un procedimento ai sensi dell'art. 45 del Codice del Beni Culturali,

concluso con un provvedimento con cui è stato apposto un vincolo indiretto anche su una vasta area circostante l'edificio.

È pacifico che il vincolo indiretto comprenda anche la c.d. cornice ambientale del bene culturale intesa come l'intero ambiente potenzialmente interagente con il valore culturale. È su tale cornice che si attesta l'ambito applicativo del vincolo stesso: ne deriva che il limite di legittimità in cui si iscrive l'esercizio di tale funzione deve essere ricercato nell'equilibrio che preservi, da un lato, la cura e l'integrità del bene culturale e, dall'altra, che ne consenta la fruizione e la valorizzazione dinamica (Cons. Stato, n. 3669/2015).

Così ricostruito, il concetto di vincolo indiretto potrebbe apparire improprio e sproporzionato, tanto in ragione della sua ampiezza quanto dell'effettiva insussistenza dell'integrità del bene.

È così che entra in gioco il tema della discrezionalità amministrativa, che funge da filtro selettivo e comparativo del sacrificio imposto al privato rispetto all'interesse pubblico perseguito. In particolare, la giurisprudenza valorizza i canoni della congruenza, della proporzionalità e della ragionevolezza della decisione che è frutto dell'esercizio di un potere discrezionale atteso che l'apposizione del vincolo indiretto è preceduta da una valutazione dell'amministrazione competente avente natura eminentemente tecnica (così Cons. Stato, n. 1332/2009; da ultimo TAR Venezia, n. 581/2022).

In definitiva, quando l'amministrazione esercita il potere di apposizione dei vincoli indiretti richiamati dall'art. 45 Codice dei beni culturali, sta esercitando discrezionalità tecnica, ovvero sta facendo ricorso a quel tipo di valutazione che viene posta in essere quando l'esame di fatti o situazioni deve essere effettuato mediante ricorso a cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico (sul punto si veda, per tutti, Cons. Stato n. 601/1999).

Pertanto, l'esercizio di tal potere sarà legittimo se, nel ricostruire il *modus operandi* dell'amministrazione, il giudice rintracci ragionevolezza, logicità e proporzionalità nella scelta fatta dall'autorità procedente (TAR Brescia n. 89/2022), senza chiaramente poter sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato poiché altrimenti scenderebbe nel c.d. merito amministrativo, da sempre ritenuto insindacabile e diverso rispetto alla c.d. opinabilità del risultato.

Ciò significa che per fare in modo che la scelta sia razionale, l'amministrazione deve agire in conformità a criteri di logicità in modo che la sua azione sia coerente con le ragioni fattuali e istruttorie emerse nel corso del procedimento.

Allo stesso modo l'azione potrà dirsi proporzionata se la scelta e l'esercizio del potere discrezionale confluito nel provvedimento amministrativo sia idoneo – quindi adeguato all'interesse pubblico da perseguire – e necessario – nel senso che nessun altro strumento sarebbe adatto a comportare il minor sacrificio per il privato.

A queste condizioni, attraverso, quindi, la valorizzazione dei principi di logicità, razionalità e proporzionalità nell'esercizio della discrezionalità tecnica in ordine al valore culturale del bene da sottoporre a tutela, l'apposizione di un vincolo indiretto può essere ritenuto legittimo e giustificato, benché gli stessi concetti di vincoli indiretti e cornici ambientali siano, per loro stessa natura, metagiuridici. È, piuttosto, il corretto esercizio del potere discrezionale che permette di controbilanciare questo *deficit* nominativo.

VIA, VAS e valutazione della c.d. “opzione zero”

Argomento: ambiente

(Cons. St., sez. II, 1 settembre 2021, n. 6152)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“12. La valutazione ambientale o VAS trova il suo fondamento nella Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 giugno 2001, con il dichiarato obiettivo di garantire un elevato livello di protezione dell’ambiente innestandone la tutela anche nel procedimento di adozione e di approvazione di piani e programmi astrattamente idonei ad impattare significativamente sullo stesso. La finalità di salvaguardia e miglioramento della qualità dell’ambiente, nonché di protezione della salute umana e di utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, ne impone una lettura ispirata al rispetto del principio di precauzione, in una prospettiva di sviluppo durevole e sostenibile dell’uso del suolo. Essa si accosta, senza identificarsi con gli stessi, ad altri strumenti di valutazione, come la valutazione di impatto ambientale (VIA) su singoli progetti e quella di incidenza, riferita ai siti di Natura 2000, in modo da costituire un unico sistema che vuole l’intero ciclo della decisione teleologicamente orientato a ridotte esigenze di tutela. La stretta compenetrazione tra i richiamati istituti trova riscontro nelle considerazioni della dottrina più accorta, che ha da tempo segnalato l’esigenza di sviluppare una reale sinergia tra valutazione di impatto ambientale e valutazione ambientale strategica, rafforzando qualitativamente, mediante obiettivi di sostenibilità sorretti da specifici *target*, la seconda, così da accelerare la prima con riferimento ad opere incardinate in piani e programmi già attentamente valutati nella loro portata generale. Per contro, il legislatore, nella continua ricerca di un giusto punto di equilibrio tra adeguato livello di tutela ambientale e accelerazione delle procedure della opere di rilevante interesse pubblico, da ultimo riferite a quelle previste nel Piano nazionale integrato energia e clima (PNIEC) ovvero nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), ha inteso incidere pressoché essenzialmente sulla VIA, ricalibrandone le fasi, ovvero comprimendone i tempi di perfezionamento [...].

13. Con riferimento alla VAS, dunque, la Direttiva 2001/42/CE è stata recepita inserendo la relativa disciplina nel richiamato d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante «*Norme in materia ambientale*», Testo unico ambientale, subito modificato ed integrato *in parte qua* dal d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4.

14. L’art. 7, commi 1 e 2, di tale decreto ha innanzi tutto distinto la procedura di VAS a livello statale da quelle riferibili ad ambiti regionali o locali, preoccupandosi poi esclusivamente della prima, anche in relazione alla indicazione dei soggetti competenti per le varie fasi della stessa. Per i casi di rilievo locale, invece, ha fatto rinvio alle disposizioni di legge regionale o delle Province autonome, evidenziando il limite di introdurre un’arbitraria discriminazione e ingiustificati aggravii procedurali [...]. Ciò ha concretamente determinato lo sviluppo di un quadro ampio e articolato di legislazione regionale, primaria e secondaria, caratterizzato da una pluralità di approcci, soprattutto per quanto riguarda le modalità procedurali, che è difficile ricondurre a sintesi.

[...] In tale cornice ricostruttiva, si inserisce la censurata mancata ponderazione della c.d. “opzione zero” [...].

[...] 19. La Direttiva 2001/42/CE prevede che, una volta individuati gli opportuni indicatori ambientali, debbano essere valutate e previste sia la situazione attuale (scenario di riferimento), sia la situazione ambientale derivante dall'applicazione del Piano in fase di predisposizione, sia le «ragionevoli alternative alla luce degli obiettivi e dell'ambito territoriale del piano o del programma» (art. 5, comma 1). Il testo non dice cosa debba intendersi per “ragionevole alternativa” a un piano o a un programma. [...]. Non essendo chiarito se si intendano piani o programmi alternativi, o alternative diverse all'interno di un piano o di un programma, è plausibile accedere ad entrambe le ipotesi ermeneutiche. Sicché l'appellante non può pretendere che l'alternativa al PGT si identifichi nella sua mancata adozione.

In tal senso, del resto, si è espressa anche la Direzione generale dell'Ambiente della Commissione europea [...]. Con specifico riferimento ai piani per la destinazione dei suoli o di quelli per la pianificazione territoriale si è altresì chiarito che «le alternative ovvie sono usi diversi di aree designate ad attività o scopi specifici, nonché aree alternative per tali attività».

20. L'Allegato I alla Direttiva alla lettera b) richiede espressamente che tra le indicazioni a corredo della VAS figuri la «evoluzione probabile [del contesto ambientale] senza l'attuazione del piano o del programma». La relativa dicitura è stata mutuata alla lettera dal legislatore nazionale che l'ha trasposta nell'allegato VI alla Parte II del T.u.a., laddove vengono declinati i contenuti del rapporto ambientale di cui all'art. 13 del decreto.

20.1. Con riferimento alla VIA l'art. 22, comma 3, lett. d), del d.lgs. n. 152/2006 menziona espressamente, quale contenuto essenziale dello studio di impatto ambientale, «l'alternativa zero, con indicazioni delle ragioni principali alla base dell'opzione scelta, prendendo in considerazione gli impatti ambientali». Ciò ha comportato che ne è stata ritenuta essenziale la presenza ai fini della correttezza e completezza dell'istruttoria, dovendo la complessiva e approfondita analisi comparativa di tutti gli elementi incidenti sull'ambiente del progetto unitariamente considerato essere effettuata proprio «alla luce delle alternative possibili e dei riflessi della stessa c.d. opzione-zero», onde ponderare il sacrificio imposto all'ambiente rispetto all'utilità socio-economica perseguita (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2016, n. 1225).

Al contrario, come sopra esplicitato, per la VAS la necessità di valutare anche l'opzione zero viene desunta dai riferimenti testuali richiamati, che in realtà richiedono di configurarsi preventivamente lo scenario conseguente alla mancanza non del piano *ex se*, ma della sua concreta attuazione. Ovvero, ritiene il Collegio, essa è intrinseca nella stessa scelta di programmazione, seppure in termini generali e astratti, che nel caso concreto in quanto effettuata presuppone che «i rimedi correttivi e compensativi ipotizzati nel parere sono stati ritenuti sufficienti a far fronte alle ricadute ambientali delle varianti urbanistiche approvate», come efficacemente evidenziato dal primo giudice.

21. L'equivoco di fondo nel quale incorre l'appellante consiste cioè nell'aver identificato il concetto di opzione zero con la sostanziale pretesa di annullare la scelta urbanistica del Comune [...], vanificando tutti gli atti pregressi, di cui il terzo Accordo di programma, e poi il PGT, costituiscono solo il segmento terminale, utilizzando peraltro argomentazioni di tipo dialettico-formale, del tutto prive di effettività contenutistica. Seguendo, infatti, l'argomentazione di parte, in alcun modo la VAS avrebbe potuto essere preventiva, se non azzerando la previsione del Polo, per il solo fatto di essere stata concepita in epoca antecedente, con conseguente ineludibile violazione delle finalità cautelari dell'istituto. Ricostruzione estranea sia al concetto di opzione zero nella VAS per come declinata dalla normativa europea e nazionale (peraltro in maniera implicita), sia alla sua attuazione al procedimento in controversia, il cui sviluppo negli anni è connotato da plurimi approfondimenti della tematica ambientale, seppure al di fuori del relativo

schema formale, in quanto non ancora in vigore. Tale ha da essere dunque il senso della contestualizzazione del quadro di partenza, cui fa riferimento anche la difesa civica, per ogni ipotesi di opzione zero riferita ad un atto urbanistico: il necessario sviluppo senza soluzione di continuità delle scelte di governo del territorio impone infatti a ciascuna di quelle sopravvenute di acquisire le risultanze (e gli impegni) rivenienti da quelle precedenti, attuandole, rivedendole, adattandole o innovandole, ma senza poterle certo completamente ignorare.

22. Va peraltro ricordato come l'attuazione in concreto delle idee racchiuse negli atti di programmazione urbanistica generale sia talvolta rimessa a provvedimenti dotati di maggiore specificità, ad iniziativa pubblica o privata. In tali ipotesi, le singole progettualità di cui essi si compongono si concretizzano solo se e quando si addivenga a ridetta pianificazione attuativa, che diviene la necessaria cinghia di trasmissione fra la generalità delle scelte e la loro concreta realizzazione. La doverosa e auspicabile compenetrazione tra gli uni e gli altri, nell'ottica di una visione complessiva dello sviluppo del territorio, rende non solo legittima, ma addirittura opportuna la posticipazione della valutazione dell'impatto ambientale a tale seconda ed eventuale fase. Da un lato, cioè, anche per evitare al privato investimenti inutili, si afferma una astratta compatibilità con le scelte di programmazione; dall'altro, si rinvia alla loro concezione concreta l'effettività della disamina, diversamente connotata da eccesso di genericità."

Nota a cura di Beatrice Valeria Fericola.

Con la sentenza che si annota il Consiglio di Stato affronta il fondamentale istituto della Valutazione ambientale Strategica (VAS) chiarendone, tramite la ricostruzione della complessa normativa di riferimento, l'applicazione e il rapporto con la pianificazione territoriale.

In primo luogo, per meglio comprendere la motivazione del Consiglio di Stato, è opportuno definire la VAS. Si tratta di un procedimento amministrativo a carattere preventivo volto ad integrare i piani e i programmi di sviluppo con valutazioni ambientali, al fine di ridurre i rischi. In altre parole, permette di valutare gli effetti ambientali che saranno causa delle scelte urbanistiche e di pianificazione territoriale ex ante, ovvero nella fase strategica che precede la realizzazione delle opere.

La valutazione ambientale trova il suo fondamento nella direttiva 2001/41/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27/06/2001, con la finalità di salvaguardia e miglioramento della qualità dell'ambiente. Tale direttiva doveva essere recepita da parte degli stati membri entro il 21 luglio 2004. Nel nostro ordinamento la direttiva appena richiamata è stata recepita dal d.lgs. n. 152/2006 c.d. "testo unico in materia ambientale".

Va anche detto che la procedura VAS è anche disciplinata a livello regionale e locale con il solo limite di non introdurre un'arbitraria discriminazione e ingiustificati aggravii procedurali. Le regioni si sono talvolta orientate a delegare le funzioni di "autorità" competente agli enti preposti a scelte urbanistiche.

Nel caso di specie, il TAR aveva dichiarato improcedibile il ricorso con il quale si chiedeva l'annullamento dell'accordo di programma e respinto, invece, i motivi aggiunti ritenendo non provati gli eventuali profili di contrasto tra VAS e PGT successivamente adottato dal comune resistente.

Il ricorrente, in primo grado, lamentava il vizio procedimentale della delibera del Comune con cui si ratificava un accordo di programma riguardante la realizzazione di un "polo per la ricerca e lo sviluppo tecnologico per la zootecnica ed il settore agroalimentare di livello europeo", poichè risultava viziata dalla

mancata valutazione strategica (VAS), chiedendo al contempo l'annullamento delle delibere comunali di approvazione del Piano di governo del territorio (PGT).

La sentenza di appello offre diversi spunti di riflessioni e notevoli precisazioni definitorie chiarendo ogni passaggio della procedura VAS con continuo richiamo alla normativa di riferimento nazionale e comunitaria.

L'appellante lamenta la tardività della valutazione ambientale strategica ponendo l'accento sulla scelta amministrativa del comune che si era limitato ad avallare opzioni pregresse prive di VAS.

Va precisato che con la legge regionale n. 12/2005 la regione Lombardia ha stabilito il termine entro il quale tutti i comuni del territorio dovevano dotarsi di PGT e al contempo ha individuato gli atti da sottoporre a VAS.

Il Consiglio di Stato ritiene che l'elencazione di cui alla legge appena richiamata sia solo esemplificativa ed "è evidente che dando rilievo alla formulazione letterale della norma, la previsione di sottoposizione VAS del Documento di Piano, in combinato disposto con la definizione dello stesso quale componente essenziale dello strumento, ne implica il vaglio in termini di compatibilità ambientale".

Il Consiglio di Stato sottolinea, al contrario di quanto sostiene l'appellante, che il Comune non è sia stato negligente, anzi "ha indicato in una successiva VAS, necessariamente di maggior dettaglio in quanto correlata alle specifiche attuative concretamente individuate, lo strumento più consono per la (nuova) ponderazione delle compatibilità dell'intervento con l'ambiente".

Orbene, il Consiglio di Stato non ravvisa alcuna violazione della finalità precauzionale dell'istituto della VAS sottolineando che le censure mosse dall'appellante, infatti, rispondono solo al mero formalismo.

Ebbene, in una visione formalistica la mancanza di VAS a supporto del accordo di programma impedirebbe il recepimento di tale scelta solo perché ogni Valutazione risulterebbe postuma.

La sola alternativa possibile sarebbe rinunciare alla pianificazione poichè priva di valutazione ambientale, difatti l'associazione appellante mette in discussione solo l'*an* e mai il *quomodo* "senza aver fornito alcun elemento che possa fare ritenere incongrue o arbitrarie le scelte di merito compiute in sede di rilascio del parere".

Si desume, dalla lettura della sentenza, che le doglianze mosse dall'appellante sono dunque tutte di carattere procedurale e formale. L'appellante lamenta infatti che l'autorità proponente e quella preposta al rilascio del parere sono, in sostanza, dipendenti dal medesimo Comune, venendo così a convergere la funzione di controllato e controllore.

Ebbene, il Collegio ha sgombrato il campo da profili di illegittimità richiamando l'art. 5 del d.lgs. n. 152/2006, che nel definire l'autorità competente e autorità procedente si limita a chiarire che entrambe sono amministrazioni, ma non vi si legge che debbano essere separate.

Ma vi è di più. Il Collegio ribadisce che la tesi dell'appellante non è condivisibile perché la concezione che devono essere due diverse autorità è rispondente ad una erronea convinzione che la VAS abbia una funzione di controllo sull'attività pianificatoria.

Le argomentazioni dei Giudici di Palazzo Spada, richiamando il quadro normativo e nello specifico l'art 11 del d.lgs n. 152/2006, ribadiscono che la Valutazione Ambientale è l'espressione di un parere volta a vagliare la sostenibilità ambientale della pianificazione e non un procedimento a parte e pertanto non si comprende la necessità che debbano essere due diverse autorità separate a provvedere.

In quanto alla mancata contemplazione della c.d "opzione zero" il Collegio richiama la normativa in materia e chiarisce in relazione alla Vas che "la Direttiva 2001/42/CE prevede che, una volta individuati

gli opportuni indicatori ambientali, debbano essere valutate e previste sia la situazione attuale (scenario di riferimento), sia la situazione ambientale derivante dall'applicazione del Piano in fase di predisposizione, sia le «ragionevoli alternative alla luce degli obiettivi e dell'ambito territoriale del piano o del programma» (art. 5, comma 1). Il testo non dice cosa debba intendersi per “ragionevole alternativa” a un piano o a un programma. Non essendo chiarito se si intendano piani o programmi alternativi, o alternative diverse all'interno di un piano o di un programma, è plausibile accedere ad entrambe le ipotesi ermeneutiche.”

Dalle argomentazioni e dal quadro normativo richiamato dal Collegio, nello specifico l'art. 22 comma 3 lett. d) del d.lgs 152/2006, si desume che per la VIA viene espressamente previsto che vengano vagliate tutte le possibili opzioni, ivi compresa l'alternativa “opzione zero” che consiste nella mancata realizzazione del progetto.

In relazione alla VAS, invece, il Collegio argomenta precisando che "la Direttiva 2001/42/CE prevede infatti che, una volta individuati gli opportuni indicatori ambientali, debbano essere valutate e previste sia la situazione attuale (scenario di riferimento), sia la situazione ambientale derivante dall'applicazione del Piano in fase di predisposizione, sia le «ragionevoli alternative alla luce degli obiettivi e dell'ambito territoriale del piano o del programma» (art. 5, comma 1)".

Dalla lettura della norma non si desume se debbano esserci piani alternativi o alternative diverse all'interno di un unico piano e pertanto, come afferma il Consiglio di Stato, è possibile accettare entrambe le ipotesi ermeneutiche ribadendo che per la VAS, a differenza della VIA, non si richiede il configurarsi preventivamente dello scenario conseguente alla mancanza del piano *ex se*, ma solo della sua concreta attuazione.

La nozione di “opzione zero” può atteggiarsi dunque in modo diverso in materia di VIA e di VAS e in questo ultimo caso "l'equivoco di fondo nel quale incorre l'appellante consiste nell'aver incentivato il concetto di opzione zero con la sostanziale pretesa di annullare la scelta urbanistica del Comune".

In conclusione, pare opportuno chiarire che il potenziale diverso contenuto dell'opzione zero in relazione alla VIA e alla VAS è insito nella differenza tra i due strumenti in quanto, la prima si riferisce allo studio dell'impatto ambientale relativamente a singoli progetti ed opere, invece, la VAS è il processo di valutazione dell'impatto ambientale ma in relazione ai piani e programmi ed è il motivo per cui si parla di valutazione strategica.

La sindacabilità della delibera del Consiglio dei Ministri nei procedimenti di VIA

Argomento: ambiente

(Cons. St., sez. IV, 27 settembre 2021, n. 6473)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

"[L]a giurisprudenza (da ultimo, Cass. sez. un., 12 luglio 2019, n. 18829), dalla quale non vi è ragione di discostarsi nella presente sede, ha affermato che la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata ai sensi dell'art. 14-*quater* l. 7 agosto 1990, n. 241, è atto di alta amministrazione sul quale il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo "*ha natura estrinseca e formale e si esaurisce nel controllo del vizio di eccesso di potere, nelle particolari figure sintomatiche dell'inadeguatezza del procedimento istruttorio, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, arbitrarietà, irragionevolezza della scelta adottata o difetto di motivazione, e non si estende all'esame diretto e all'autonoma valutazione del materiale tendente a dimostrare la sussistenza dei relativi presupposti*"; non può sconfinare, quindi, nell'esame del merito della scelta adottata, riservata all'autonoma valutazione discrezionale dell'Amministrazione.

Pur non trattandosi di atto politico, bensì di atto di alta amministrazione, è del tutto evidente come una deliberazione assunta dal Consiglio dei Ministri su una questione essenzialmente amministrativa, eleva l'esame di tale questione ad un livello di comparazione anche politico-istituzionale degli interessi pubblici coinvolti, tenendo conto del parere di una pluralità di enti ed organi, anche di rilievo costituzionale.

L'esercizio del potere discrezionale, dunque, avviene al livello della sua più ampia esplicazione, di modo che, onde non trascendere nel "merito amministrativo" – che costituisce il limite oggettivo del sindacato giurisdizionale di legittimità – quest'ultimo deve attentamente limitarsi a quell'esame "*estrinseco e formale*", innanzi richiamato.

Ai fini della deliberazione, inoltre, non vi è ragione di escludere sia che la Presidenza del Consiglio dei Ministri possa procedere, ove necessario o opportuno, ad una propria autonoma istruttoria ovvero a confronti preliminari con le amministrazioni coinvolte, sia che – ai fini dell'esame da parte del Consiglio dei Ministri – queste ultime possano precisare o integrare le ragioni motivazionali a sostegno delle proprie rispettive posizioni."

Nota a cura di Maria Carmela Capra.

I Giudici di Palazzo Spada, con *il dictum* in esame, hanno fornito la chiave di lettura della fondamentale distinzione concettuale che intercorre tra atto di alta amministrazione e atto politico, ponendone in risalto il duplice profilo sostanziale e processuale, che, inevitabilmente, tale differenza involge.

Sotto il profilo sostanziale, l'atto di alta amministrazione, quale *species* del *genus* degli atti amministrativi, concreta il raccordo della funzione politica e della funzione amministrativa della P.A., quest'ultima intesa

come *realizzazione* dei *fini* determinati dal potere politico. Mentre, l'atto politico, quale atto di suprema direzione dello Stato, concreta l'esercizio della funzione politica intesa come *individuazione* dei *fini* di interesse generale che lo Stato vuol conseguire. Peculiarità del primo tipo di atto è la vincolatività nel *fine*, quella del secondo tipo di atto è la libertà nel *fine*. Sotto il profilo processuale, l'atto di alta amministrazione è caratterizzato dalla sindacabilità da parte del G.A. perché dotato di lesività, l'atto politico è caratterizzato dall'insindacabilità perché sfornito di lesività diretta.

Di rilievo il seguente inciso, in materia di valutazione di impatto ambientale (VIA), quale strumento per vagliare *ex ante* la compatibilità dell'attività antropica con il superiore principio di sviluppo sostenibile, in ragione della tutela ambientale (art. 4, c. 3, Codice dell'ambiente D.Lgs. 152/2006 - Relazione della Commissione Europea del 27 luglio 2009 sull'applicazione e l'efficacia della direttiva n. 85/337/CEE): “*Pur non trattandosi di atto politico, bensì di atto di alta amministrazione, è del tutto evidente come una deliberazione assunta dal Consiglio dei Ministri su una questione essenzialmente amministrativa, eleva l'esame di tale questione ad un livello di comparazione anche politico-istituzionale degli interessi pubblici coinvolti, tenendo conto del parere di una pluralità di enti ed organi, anche di rilievo costituzionale*”.

Da ciò, ne consegue, una prima riflessione sostanziale, non irrilevante, che configura la delibera di VIA come un provvedimento che si potrebbe definire di natura mista, quindi, a metà strada tra l'atto politico e l'atto di alta amministrazione, presentando aspetti di entrambi.

Di poi, la IV Sezione del C.d.S, in riforma parziale della sentenza impugnata, per avere il giudice di *prime cure* operato “*uno “sconfinamento” del sindacato giurisdizionale nel merito amministrativo, avendo la sentenza sostituito una propria valutazione a quella rientrante nell'esclusivo esercizio di potere discrezionale dell'Amministrazione*”, allineandosi al Giudice nomofilattico ordinario, ha statuito che: “*... la giurisprudenza (da ultimo, Cass. sez. un., 12 luglio 2019, n. 18829), dalla quale non vi è ragione di discostarsi nella presente sede, ha affermato che la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata ai sensi dell'art. 14-quater l. 7 agosto 1990, n. 241, è atto di alta amministrazione sul quale il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo “ha natura estrinseca e formale e si esaurisce nel controllo del vizio di eccesso di potere, nelle particolari figure sintomatiche dell'inadeguatezza del procedimento istruttorio, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta, arbitrarietà, irragionevolezza della scelta adottata o difetto di motivazione, e non si estende all'esame diretto e all'autonoma valutazione del materiale tendente a dimostrare la sussistenza dei relativi presupposti*”. Continuando: “*non può sconfinare, quindi, nell'esame del merito della scelta adottata, riservata all'autonoma valutazione discrezionale dell'Amministrazione*”.

Quanto precede, implica, necessariamente, l'analisi di un ulteriore rapporto dicotomico, che si sviluppa tra discrezionalità e merito amministrativo, concetti spesso utilizzati erroneamente come sinonimi. Difatti, la non agevole linea di confine si rintraccia nell'ampiezza della facoltà di scelta e nelle norme che regolano l'una e l'altro. Precisamente, nella cd. discrezionalità, la facoltà di scelta tra più comportamenti leciti lasciata alla P.A. dal legislatore si muove nei limiti imposti da norme (*giuridiche*) di buona amministrazione, mentre, il cd. merito amministrativo, consente una maggiore libertà nella scelta che si muove nel rispetto di norme (*extragiuridiche*) quali opportunità e convenienza. Quindi, la violazione delle norme che regolano la discrezionalità, in quanto giuridiche sono sindacabili dal G.A., viceversa, quelle che regolano il merito, in quanto extragiuridiche sono insindacabili, salvo le ipotesi eccezionali e tassative di giurisdizione estesa al merito.

Nel caso scrutinato: “*L'esercizio del potere discrezionale, dunque, avviene al livello della sua più ampia esplicazione, di modo che, onde non trascendere nel “merito amministrativo” – che costituisce il limite oggettivo del sindacato giurisdizionale di legittimità – quest'ultimo deve attentamente limitarsi a quell'esame “estrinseco e formale”, innanzi richiamato*”.

Anche a tal proposito, ne deriva una seconda riflessione, processuale, che vale la pena evidenziare e che depone ancora per la natura mista del provvedimento di VIA, laddove risulta sindacabile nell'esercizio discrezionale della funzione ed insindacabile nella parte che attiene al cd. merito amministrativo.

La differenza tra avvalimento operativo ed avvalimento di garanzia

Argomento: avvalimento

(Cons. di St., sez. IV, 7 ottobre 2021, n. 6711)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“Secondo la giurisprudenza prevalente, invero, l'avvalimento di garanzia concerne requisiti inerenti alla complessiva capacità economica e finanziaria dell'offerente e, come tale, mira a assicurare la stazione appaltante circa l'idoneità soggettiva dell'offerente a far fronte alle obbligazioni derivanti dal contratto.

Viceversa, l'avvalimento operativo riguarda le risorse materiali in concreto necessarie per eseguire il contratto: inerisce, dunque, alla stessa possibilità oggettiva e, per così dire, “fisica” di eseguire la prestazione. Ne consegue che mentre l'avvalimento di garanzia non richiede di essere riferito a beni capitali descritti e individuati con precisione, mirando esclusivamente ad asseverare (mediante il formale impegno dell'ausiliaria di messa a disposizione della propria solidità finanziaria e professionale) la generale capacità dell'offerente di onorare gli obblighi contrattuali, di contro quello operativo impone l'individuazione specifica dei mezzi, giacché concerne (recte, condiziona) la stessa esecuzione della prestazione.

Orbene, allorquando (come nella specie) un'impresa proponga in gara un bene fabbricato da un altro operatore e indichi quest'ultimo come ausiliario, sia pure al solo dichiarato fine di dimostrare il buon esito di precedenti commesse di contenuto analogo, si verte nell'ambito di una forma operativa di avvalimento: questo, infatti, non è strutturalmente limitato alla generica garanzia di solidità patrimoniale, ma è oggettivamente proteso ad assicurare la stessa esecuzione della prestazione posta a gara, proprio in quanto il bene offerto è prodotto dall'ausiliaria.

In tali casi è, pertanto, necessario che il contratto di avvalimento sia specifico e dettagliato ed indichi con precisione le concrete “risorse” - in termini di competenza e capacità produttive, gestionali e manutentive - che l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata, pena, in caso contrario, la nullità ex lege disposta dall'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016”.

La stabilizzazione del personale precario nella pubblica amministrazione

Argomento: pubblico impiego

(Cons. St., sez. VI, 26 novembre 2021, n. 7911)

Stralcio a cura di Agostino Sabatino

“[...] La questione centrale di cui si controverte è già stata affrontata dalla Sezione III di questo Consiglio di Stato con la recente sentenza 3/2/2020, n. 872, che il Collegio condivide.

Non resta, pertanto, che riprenderne le motivazioni.

[...] Parte appellata obietta che la tesi sostenuta da [OMISSIS] si porrebbe in contrasto i parametri costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 4, 35, 51 e 97.

Con sentenza 6/12/2017, n. 251 la Corte Costituzionale, avrebbe, del resto, già dichiarato l'incostituzionalità di norme che vietavano l'accesso ai concorsi pubblici di personale già assunto da una pubblica amministrazione con contratto a tempo indeterminato.

Nel caso di specie, inoltre, il [OMISSIS] avrebbe ammesso alla selezione soggetti che, pur risultando titolari di contratto a tempo indeterminato presso il [OMISSIS], non avevano ancora preso servizio, nonché lavoratori assunti a tempo indeterminato da enti privati, con conseguente violazione del principio di uguaglianza.

L'avversata clausola del bando violerebbe, infine, i principi di pari opportunità e non discriminazione di cui alla direttiva 2000/78/CE del Consiglio in data 27/11/2000 e l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sottoscritta a Nizza il 7/12/2000 e contrasterebbe col principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Le obiezioni dell'appellato non meritano condivisione.

Occorre premettere che la menzionata pronuncia del giudice delle leggi risulta, nella specie, malamente invocata.

E invero, in quell'occasione la Corte ha ritenuto incostituzionale l'art. 1, comma 110, della L. 13/7/2015, n. 107, in quanto escludeva il personale scolastico già di ruolo, dai pubblici concorsi, ma quello bandito dal [OMISSIS] non è un pubblico concorso, bensì una procedura straordinaria riservata, specificamente disciplinata dall'art. 20 del D.Lgs. n. 75/2017.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, in coerenza con i pronunciamenti della Corte Costituzionale, ha, peraltro, già affermato la compatibilità col sistema costituzionale di procedure riservate di carattere straordinario come quella di specie.

Difatti, la regola del pubblico concorso non esclude la possibilità di deroghe, seppur rigorose e limitate, che possono trovare giustificazione in “peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico” (Corte Cost. 13/11/2009, n. 293), come quella, appunto, di assorbire personale precario in possesso dei requisiti richiesti dalla norma (Cons Stato, Sez. VI, 8/1/2020, n. 128).

D'altra parte, l'esigenza di assicurare il rispetto del principio del buon andamento della pubblica amministrazione risulta, comunque, soddisfatta attraverso la previsione di un'apposita procedura selettiva, di cui non è in contestazione l' idoneità a garantire la professionalità dei soggetti prescelti (Corte Cost. 29/4/2010, n. 149).

A quanto sopra giova aggiungere che la condizione che preclude all'appellato di partecipare al concorso riservato di che trattasi discende da una libera scelta dal medesimo compiuta allorché ha optato per un impiego di ruolo, condizione che, comunque, non gli impedirà, se vorrà, di partecipare a eventuali futuri concorsi pubblici banditi dal [OMISSIS] per l'accesso a posti di ricercatore, così mettendo a frutto le competenze acquisite durante i periodi di precariato presso il detto ente.

Le considerazioni svolte consentono di affermare che le deduzioni dell'appellato non integrano il necessario presupposto della non manifesta infondatezza con riguardo agli artt. 2, 3, 35, 51 e 97 Cost..

Il detto presupposto è assente anche in riferimento all'art. 4 Cost., dato che quest'ultimo afferma soltanto un principio ispiratore della tutela del lavoro, senza determinarne modi e forme (Corte Cost. 15/2/1980, n. 16; Cons Stato, Sez. VI, 27/2/2020, n. 1426).

La contestata procedura non è nemmeno inficiata dal fatto che alla stessa siano stati ammessi, come l'appellato afferma, soggetti titolare di contratto a tempo indeterminato presso altra amministrazione, non ancora entrati in servizio, o lavoratori a tempo indeterminato di enti privati.

E invero, l'accesso al concorso di che trattasi è regolato da norme che non assegnano all'amministrazione ambiti di discrezionalità, per cui l'eventuale (illegittima) ammissione di soggetti privi dei prescritti requisiti di partecipazione, non rende doveroso il medesimo trattamento nei confronti di candidati anch'essi privi dei requisiti di partecipazione.

Quanto al fatto che siano stati ammessi al concorso lavoratori titolari di rapporti a tempo indeterminato presso enti privati, è sufficiente rilevare che l'art. 20, comma 2, del D.Lgs. n. 75/2017, vieta di partecipare alla selezione ai soli dipendenti pubblici di ruolo, senza estendere la preclusione a coloro che lavorino a tempo indeterminato presso soggetti privati. Né ciò può essere considerato sintomo di incostituzionalità della norma data l'esistenza di un'obiettiva differenza tra le due categorie di lavoratori.

A quanto sopra è appena il caso di aggiungere che è irrilevante ai fini di causa la circostanza che l'appellato fosse, come egli sostiene, in aspettativa sia al momento dell'emanazione del bando di concorso, sia durante tutta la procedura selettiva, il detto istituto, infatti, non interrompe il rapporto di lavoro, ma esonera temporaneamente l'impiegato dall'obbligo di svolgere la prestazione lavorativa (Cons. Stato, Sez. IV, 27/4/2005, n. 1956; Corte Conti, Sez. reg. giur. Puglia, 7/10/2005, n. 788) [...].

Nota a cura di Agostino Sabatino.

Con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 (d'ora in avanti "decreto Madia"), il legislatore ha varato importanti norme attuative in base alle linee di indirizzo dettate dalla legge 7 agosto 2015, n. 125 (c.d. "legge Madia"), volte al superamento del precariato mediante la stabilizzazione del personale nella P.A.

La c.d. "stabilizzazione" consiste nella definitiva assunzione a tempo indeterminato presso l'ente con cui il precario ha maturato una certa esperienza lavorativa mediante contratti flessibili o a termine, la quale può essere conseguita sia mediante un nuovo concorso pubblico, sia mediante un'assunzione diretta.

Tuttavia, all'apparente semplicità teorica dell'istituto *de quo*, non corrisponde un'agevole applicazione pratica della stabilizzazione, dal momento che i dubbi posti dal decreto Madia sono ancora oggi molteplici. Il decreto Madia ha previsto due possibilità di ingresso a tempo indeterminato per il personale precario. La prima modalità di stabilizzazione "diretta" dei precari è disciplinata dall'art. 20, comma 1, del d.lgs. n. 75/2017, il quale prevede che il candidato che aspiri alla definitiva assunzione a tempo indeterminato debba possedere contestualmente i seguenti requisiti:

- risultare in servizio successivamente alla data di entrata in vigore della legge Madia con contratti a tempo determinato presso l'amministrazione che intende procedere all'assunzione;
- essere stato reclutato a tempo determinato, in relazione alle medesime attività svolte, con procedure concorsuali anche espletate presso amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione;
- aver maturato, alla data del 31 dicembre 2022, alle dipendenze dell'amministrazione che procede all'assunzione, almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni.

Tale forma di stabilizzazione risponde alla finalità di superare il precariato, di ridurre il ricorso ai contratti a termine, nonché di valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato.

In alternativa, ai sensi dell'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017, l'amministrazione può bandire procedure concorsuali riservate, in misura non superiore al 50% dei posti disponibili, al personale non dirigenziale precario che abbia maturato i seguenti requisiti:

- risulti titolare, successivamente alla data di entrata in vigore della legge Madia, di un contratto di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso;
- abbia maturato, alla data del 31 dicembre 2022, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che bandisce il concorso.

Al riguardo, occorre puntualizzare che, in entrambi i casi, la scelta della stabilizzazione (diretta o indiretta) deve essere coerente con il piano triennale del fabbisogno del personale (PTFP), sicché è illegittima la delibera che bandisce il concorso o dispone l'assunzione a tempo indeterminato del personale precario senza la previa stesura e pubblicazione del PTFP o laddove le previsioni di assunzione del personale non siano coerenti con lo stesso.

Inoltre, la scelta dell'amministrazione di assumere il personale a tempo indeterminato ricorrendo alla stabilizzazione è discrezionale, rispondendo cioè ad una facoltà e non ad un obbligo dell'ente. Infatti, l'art. 20 del decreto Madia dispone chiaramente che le amministrazioni «*possono*» assumere a tempo indeterminato (comma 1) o «*possono*» bandire procedure concorsuali riservate al personale non dirigenziale (comma 2). Tuttavia, la discrezionalità in capo all'ente di scegliere se stabilizzare il personale e di farlo secondo una delle predette modalità non deve trasmodare in arbitrio in quanto l'amministrazione è comunque tenuta a motivare le proprie scelte.

Ciò premesso in linea generale, la vicenda processuale in oggetto trae origine dal ricorso con cui un candidato, dipendente di ruolo presso altra amministrazione, collocato in aspettativa, lamentava di essere stato escluso alla procedura selettiva indetta da un ente pubblico in quanto riservata al personale in possesso dei requisiti di cui all'art. 20, comma 2, del d.lgs. n. 75/2017 e finalizzata all'assunzione, con contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, di personale.

L'aspirante candidato, ritenendo illegittimi il bando di concorso, nonché il provvedimento di esclusione, presentava ricorso al T.A.R. Lazio che accoglieva il gravame. Avverso la sentenza proponeva appello l'amministrazione, deducendo che la disposizione del bando di concorso con cui si stabiliva che potessero partecipare alla selezione soltanto coloro che non fossero già titolari di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato presso altra amministrazione sarebbe risultata del tutto coerente col precetto normativo di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 75/2017, la cui *ratio* sarebbe da individuarsi non solo nell'esigenza di ridurre il ricorso ai contratti a termine, ma soprattutto di superare il precariato.

La sezione VI del Consiglio di Stato, con la sentenza in commento accoglieva la prospettata doglianza, precisando come la questione centrale della controversia in oggetto fosse già stata affrontata dalla sezione III del Consiglio di Stato con la sentenza 3 febbraio 2020, n. 872.

Riprendendo le motivazioni della predetta pronuncia, i giudici del Supremo Collegio hanno, in via preliminare, sottolineato come, dalla lettura combinata dei primi due commi dell'art. 20 del d.lgs. n. 75/2017, risulti evidente che la stabilizzazione dei lavoratori precari costituisca obiettivo generale delle procedure di stabilizzazione, puntualizzando inoltre che qualunque deroga alla regola dell'assunzione nei ruoli dell'amministrazione mediante pubblico concorso è ammessa nei soli casi tipizzati dalla legge. Inoltre l'eliminazione del precariato costituisce, in presenza di determinate condizioni da coniugare con le esigenze organizzative della P.A., apprezzabile interesse pubblico idoneo a giustificare in certa misura l'eccezione alla regola dell'accesso mediante concorso pubblico, sempre nel rispetto dei principi costituzionali.

Pertanto, secondo il Consiglio di Stato, *«essendo il presupposto della procedura riservata quello dell'assenza di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, l'esistenza di un rapporto di lavoro stabile integra un antecedente incompatibile con l'idea stessa di stabilizzazione del dipendente "precario". Restringere la portata del concetto di "contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato" significa estendere la latitudine del concetto di lavoratore "precario" e, dunque, allargare le maglie della stabilizzazione oltre il limite fatto proprio dal significato letterale della norma».*

Il Collegio evidenzia, altresì, che, oltre alla "maturazione" del rapporto di servizio pubblico precario, non si richiede anche la sua "attuale prestazione" presso l'amministrazione precedente, di conseguenza la persistenza del rapporto precario all'atto della partecipazione alla procedura riservata non può rappresentare in senso assoluto una condizione di ammissione alla selezione riservata.

La legge è chiara nell'individuare la platea degli aspiranti alla stabilizzazione tra i soggetti precari. Pertanto, la stabilizzazione non può essere intesa come una forma di riconoscimento degli anni di lavoro a tempo determinato già espletati e come uno strumento di mera valorizzazione dell'esperienza acquisita quale titolo per l'inquadramento. Al contrario, essa si delinea come un meccanismo di trasformazione da una condizione di lavoro temporaneo ad una condizione di lavoro stabile, sicché, cessata la prima posizione, non vi è più margine per poter accedere alla procedura riservata.

Il Supremo Collegio ha, quindi, ritenuto che la partecipazione alla procedura di stabilizzazione di dipendenti già in servizio a tempo indeterminato presso un'altra pubblica amministrazione entra in contraddizione con la *ratio* della norma, alterandone il carattere speciale di reclutamento ristretto alla platea dei dipendenti in servizio precari, in quanto titolari di contratti a tempo determinato. Alla luce di tali evidenze, si è affermato che *«l'estensione della procedura di stabilizzazione oltre il suo tipico e tassativo ambito elettivo presenta effetti sistematici non irrilevanti, in quanto ha come conseguenza strutturale e primaria quella di restringere la regola concorsuale e, come effetto secondario, quello di pregiudicare le aspirazioni di quanti, proprio tramite il concorso, potrebbero legittimamente aspirare all'occupazione dei posti vacanti».*

Pertanto, il Consiglio di Stato, con le recenti pronunce in commento, in coerenza altresì con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale, ha ribadito la compatibilità col sistema costituzionale di procedure riservate di carattere straordinario. Infatti, la regola del pubblico concorso non esclude la possibilità di deroghe che possono trovare giustificazione in peculiari e straordinarie ragioni di interesse pubblico, come quella di assorbire personale precario in possesso dei requisiti richiesti dalla norma.

Discrezionalità della commissione esaminatrice nei concorsi a professore universitario

Argomento: concorsi pubblici

(Cons. St., sez. VI, 26 novembre 2021, n. 7917)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“Quando l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è infatti tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (cfr., ancora, Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2017 n. 3502).

Quanto sopra esclude che la scelta, prevista dal bando e prima ancora dal Regolamento di Ateneo (sopra richiamato più volte), di affidare alla Commissione il compito di fissare i criteri “*tenendo conto degli standard normativi*” per la valutazione dei titoli presentati dai candidati al posto di professore universitario (di prima o di seconda fascia), possa considerarsi illegittima perché in tal modo si consegnerebbe alla Commissione l'arbitraria opportunità di individuare parametri di valutazione del tutto eterogenei e quindi idonei a alterare la *par condicio* tra i candidati, laddove, per un verso, la fissazione dei criteri sia ancorata a standard “normativi” unanimemente riconosciuti, venga effettuata quando ancora non siano conosciuti i contenuti dei titoli prodotti dai candidati, sia consentito lo scrutinio giudiziale sui criteri, sebbene (per quanto poi si dirà) nel perimetro della valutazione della non illogicità o irragionevolezza degli stessi.

[...] è appena il caso di rammentare che, in linea generale l'apprezzamento delle pubblicazioni e le relative valutazioni, in quanto riservati alla Commissione, sono sindacabili dal giudice amministrativo solo ove si manifesti manifestamente incoerente o irragionevole; il giudizio della Commissione deve essere coerente e rispondere a un criterio uniforme per tutti gli esaminati, ma non può essere oggetto di un sindacato di merito da parte del giudice della legittimità, il quale non può sostituire il proprio giudizio a quello della Commissione (cfr. ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 12 gennaio 2021 n. 395 e 16 luglio 2015 n. 3561).

Inoltre, sempre in generale, va ribadito che nelle procedure di valutazione comparativa per i posti di ricercatore e professore universitario, non occorre una valutazione analitica dei singoli titoli, occorrendo invece un accertamento globale e complessivo finalizzato a verificare l'attitudine dei candidati alla ricerca scientifica (cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 9 luglio 2013 n. 5079 e 29 aprile 2009 n. 2705).

[...] va rimarcato che nell'ambito dei giudizi espressi con riferimento a ciascuno dei due candidati si apprezza la presenza di alcune espressioni che manifestano una flessione di giudizio, seppure modesta in un complesso di assoluta eccellenza che accomuna la posizione di entrambi i concorrenti [...].

Ciò si riscontra allorché i commissari fanno uso dell'espressione “molto buono” piuttosto che “eccellente”, mostrando di assegnare a dette espressioni una graduazione di valore con riguardo al corrispondente giudizio, assegnando preminenza al termine “eccellente”. [...] Il Collegio non può fare a meno di evidenziare come lo scarto di giudizio tra i due candidati, fotografato dalle espressioni sopra riprodotte,

è davvero molto modesto, ma ciò appare inevitabile laddove i profili scientifici dei candidati sono significativamente elevati, ponendo dunque la Commissione nella obiettiva difficoltà di individuare profili di prevalenza dei titoli posseduti dall'un candidato o dall'altro. Ne consegue che nei casi in cui, come è avvenuto nel caso in esame, i giudizi della Commissione, sebbene approfonditi, diano un esito di sostanziale parità tra i candidati, la prevalenza dell'uno sull'altro sarà esternabile solo attraverso sfumature espressive, per come sopra si è rappresentato, in forza delle quali, non manifestandosi evidenti spie di illogicità o irragionevolezza dei giudizi, il giudice deve arrestare il proprio sindacato, non potendo approfondirlo per non svilire l'esercizio di potere discrezionale tecnico assegnato alla Commissione stessa.

Può, in conclusione, affermarsi che le espressioni utilizzate dai commissari nell'esprimere il proprio pensiero valutativo in esito all'indagine di congruità, costituisce comunque una esternazione del processo decisionale sviluppato dai commissari medesimi che va ricondotto nell'alveo della sufficienza motivazionale, di talché, non essendo stata violata la soglia della logicità e della ragionevolezza, la motivazione espressa dalla Commissione, costituendo il frutto di discrezionalità tecnica, non poteva essere penetrata in modo più approfonditamente autonomo.

In altri termini, per le espressioni utilizzate, stante l'appropriatezza del loro significato e la plastica capacità a rendere manifesto il giudizio della Commissione, la seppur stringata motivazione utilizzata dalla Commissione per la valutazione delle produzioni scientifiche, in particolare con riferimento ad entrambi i candidate, oggi controvertenti, ben ha potuto superare positivamente il vaglio di legittimità.

[...] Anche la censura sulla mancata sottoposizione dei candidati al giudizio di idoneità linguistica [...] non si manifesta ammissibile non avendo l'appellante specificato quale avrebbe potuto essere il peso specifico di tale giudizio sul complessivo esito della selezione né, soprattutto, in disparte la mera indicazione della "lingua inglese" nella scheda riassuntiva di ciascun posto messo a bando, quale sarebbe stato il vizio nel quale sarebbe incorsa la Commissione nel non sottoporre i candidati alla relativa prova di valutazione sulla conoscenza di tale lingua straniera, dal momento che nel bando una siffatta prova non era formalmente prevista."

La necessaria qualificazione giuridica per l'impugnazione degli atti di gara

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2021, n. 8232)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“Con un primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la stessa fosse priva di legittimazione ad agire per non avere presentato la domanda di partecipazione alla gara. In particolare, si è affermato che la Società non avrebbe dovuto «sottoporsi al confronto competitivo», in quanto, all'esito della procedura, in ragione della sua qualità di concessionaria delle aree, il Comune avrebbe dovuto consentirle di «eguagliare la migliore offerta ricevuta dal Comune».

Il motivo non è fondato. [...] Nel processo civile, ai fini del riconoscimento della sussistenza della legittimazione ad agire è sufficiente la mera affermazione della astratta titolarità di un diritto soggettivo fatto valere (cd. possibilità giuridica).

Nel processo amministrativo, agli stessi fini, la giurisprudenza (tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2224) è costante nel ritenere necessaria la dimostrazione dell'effettiva titolarità di una situazione giuridica di interesse legittimo (e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, anche di diritto soggettivo). In questa prospettiva, la legittimazione ad agire assume una connotazione sostanziale in quanto costituisce la proiezione nel processo dell'interesse legittimo. Tale diversità si giustifica in ragione del fatto che nel processo civile alla fase preliminare di natura processuale nel cui ambito si accerta l'astratta titolarità del diritto soggettivo segue la fase di merito di accertamento effettivo di tale diritto. Nel processo amministrativo, l'anticipazione di tale accertamento alla fase preliminare si giustifica in quanto il riconoscimento della titolarità dell'interesse legittimo non definisce ancora giudizio, occorrendo che nella fase di merito si confronti l'interesse legittimo con l'interesse pubblico al fine di stabilire se il rapporto giuridico debba essere accertato con prevalenza del primo sul secondo per l'illegittimità dell'azione amministrativa.

Per le ragioni esposte, occorre stabilire se la Società appellante sia titolare di un interesse legittimo alla partecipazione alla gara e, dunque, di una posizione giuridica qualificata e differenziata.

La qualificazione giuridica e la differenziazione non sono due criteri autonomi. L'unico criterio è quello della qualificazione giuridica. La differenziazione è insita nella qualificazione nel senso che la norma assegna rilevanza all'interesse legittimo che si presenta in modo differenziato rispetto alla posizione di altri. Il processo di differenziazione può essere “espreso” nei casi in cui la qualificazione e differenziazione dell'interesse legittimo è effettuata dalla norma in modo diretto stabilendosi quale sia il soggetto che possa essere parte di un rapporto giuridico con la pubblica amministrazione.

Il processo di differenziazione può essere “implicito” nei casi in cui la qualificazione e differenziazione è effettuata dalla norma in modo indiretto mediante la richiesta della sussistenza di una specifica condizione desumibile dalla complessiva disciplina della materia.

Nel settore delle procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente ricorre quest'ultima evenienza. La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che è necessaria la presentazione di una domanda di partecipazione alla procedura (Cons. Stato, Ad. plen., 22 aprile 2013, n. 8)".

Nota a cura di Santa Carucci.

La sesta sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, ha fornito alcuni importanti chiarimenti con riferimento alle condizioni dell'azione nel processo amministrativo attraverso la qualificazione dell'interesse ad impugnare, in via immediata, l'indizione della procedura di gara.

In particolare, la questione all'esame della Sezione attiene alla legittimità della procedura di gara per la costituzione di un diritto di superficie di ventuno anni su aree di proprietà comunale occupate da stazioni base di telefonia mobile di proprietà della società appellante, la quale, in qualità di locatore uscente, aveva impugnato l'aggiudicazione del bando d'asta.

In primo grado, il Tribunale amministrativo regionale per la Emilia Romagna, con sentenza 30 giugno 2020, n. 129 riteneva il ricorso: *irricevibile*, per mancata impugnazione della determina a contrarre; *inammissibile*, per mancata presentazione della domanda di partecipazione alla suddetta procedura, con la conseguenza che «*l'eventuale annullamento dell'ammissione della controinteressata (...) non potrebbe che determinare lo scorrimento della graduatoria con aggiudicazione della gara alla seconda classificata*».

Il Consiglio di Stato ritiene l'appello non fondato dichiarando la correttezza della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto il ricorso irricevibile, attraverso un parallelismo con il processo civile e mettendo in evidenza le differenze sussistenti tra le due materie.

Ciò posto, il Collegio ricorda che nel processo civile, «*ai fini del riconoscimento della sussistenza della legittimazione ad agire è sufficiente la mera affermazione della astratta titolarità di un diritto soggettivo fatto valere (cd. possibilità giuridica)*» mentre «*nel processo amministrativo, agli stessi fini, la giurisprudenza è costante nel ritenere necessaria la dimostrazione dell'effettiva titolarità di una situazione giuridica di interesse legittimo (e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, anche di diritto soggettivo). Di conseguenza, la legittimazione ad agire assume una connotazione sostanziale in quanto costituisce la proiezione all'interno del processo dell'interesse legittimo*».

Tale diversità, osserva il Consiglio, «*si giustifica in ragione del fatto che nel processo civile alla fase preliminare di natura processuale nel cui ambito si accerta l'astratta titolarità del diritto soggettivo segue la fase di merito di accertamento effettivo di tale diritto*» mentre «*nel processo amministrativo, l'anticipazione di tale accertamento alla fase preliminare si giustifica in quanto il riconoscimento della titolarità dell'interesse legittimo non definisce ancora giudizio, occorrendo che nella fase di merito si confronti l'interesse legittimo con l'interesse pubblico al fine di stabilire se il rapporto giuridico debba essere accertato con prevalenza del primo sul secondo per l'illegittimità dell'azione amministrativa*».

Alla luce di tali argomentazioni di carattere generale, il G.A. procede alla qualificazione della posizione della società appellante quale titolare di un interesse legittimo alla partecipazione alla gara e, dunque, di una posizione giuridica qualificata e differenziata.

Tuttavia, termini generali, come «*la qualificazione giuridica e la differenziazione non sono due criteri autonomi. L'unico criterio è quello della qualificazione giuridica. Infatti, la differenziazione è insita nella qualificazione nel senso che la norma assegna rilevanza all'interesse legittimo che si presenta in modo differenziato rispetto alla posizione di altri*».

In particolare, il Collegio osserva che il processo di differenziazione può essere: “«*espresso*» nei casi in cui la qualificazione e differenziazione dell’interesse legittimo è effettuata dalla norma in modo diretto stabilendosi quale sia il soggetto che possa essere parte di un rapporto giuridico con la pubblica amministrazione”; “«*implicito*» nei casi in cui la qualificazione e differenziazione è effettuata dalla norma in modo indiretto mediante la richiesta della sussistenza di una specifica condizione desumibile dalla complessiva disciplina della materia”.

Effettuata questa precisazione, la sesta Sezione prosegue individuando all’interno della categoria relativa al processo di differenziazione “implicito” il settore delle procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente, una materia nella quale, peraltro, la giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che è necessaria la presentazione di una domanda di partecipazione alla procedura (Cons. Stato, Ad. plen., 22 aprile 2013, n. 8).

Il Collegio, dunque, ponendosi sul solco della sua costante giurisprudenza, afferma che la presentazione della domanda di partecipazione alla gara è condizione per impugnare immediatamente la relativa indicazione al giudice amministrativo, anche nei bandi di asta pubblica e giunge, così, a ritenere che la domanda suddetta, per analogia di procedura, è richiesta anche nel caso posto al suo esame dichiarando la società appellante priva di legittimazione ad agire e concludendo per il rigetto del ricorso”.

Sull'esclusione di una candidata in stato di gravidanza

Argomento: concorsi pubblici

(Cons. St., sez. II, 24 dicembre 2021, n. 8578)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“[...] [È] certamente corretta l'affermazione per cui la tutela della situazione soggettiva di una candidata in stato di gravidanza non può ragionevolmente costituire e determinare un detrimento per la posizione giuridica soggettiva degli altri candidati e l'interesse dell'Amministrazione a definire la procedura selettiva entro termini ragionevolmente contenuti al fine di colmare le vacanze organiche (art. 97 Cost.). Siffatta circostanza, tuttavia, non è idonea a giustificare il sacrificio definitivo della prima mediante l'esclusione dal concorso, ma impone il giusto bilanciamento dei contrapposti interessi, in quanto espressione di diritti aventi pari dignità costituzionale.

24.4 L'esclusione definitiva della candidata in stato di gravidanza contrasta frontalmente sia con il quadro normativo di riferimento che con i principi elaborati sul punto dalla giurisprudenza, entrambi volti ad evitare ogni forma di discriminazione fondata sul sesso e a garantire la parità di trattamento tra uomo e donna anche con riferimento all'accesso al lavoro.

25. Sul piano sovranazionale, viene in rilievo, in primo luogo, la Convenzione ONU sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con l. 14 marzo 1985, n. 132 che, all'art 11, sancisce “*Gli Stati parte si impegnano a prendere ogni misura adeguata al fine di eliminare la discriminazione nei confronti della donna nel campo dell'impiego ed assicurare, sulla base della parità tra uomo e donna, gli stessi diritti*”, e “*per prevenire la discriminazione nei confronti delle donne a causa del loro matrimonio o della loro maternità e garantire il loro diritto effettivo al lavoro, gli Stati parte si impegnano a prendere misure appropriate tendenti a: [...] d) assicurare una protezione speciale alle donne incinte per le quali è stato dimostrato che il lavoro è nocivo*”.

25.1 In ambito comunitario, l'art 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dispone che “*La parità fra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione*”, mentre l'art 157 (ex art 141 del TCE) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea prevede, al comma 1, che “*Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore*” [...]

[...]25.3 La Corte di Giustizia, nel qualificare come discriminazione diretta fondata sul sesso tanto il rifiuto di assumere una donna a causa del suo stato di gravidanza quanto il licenziamento di una lavoratrice per la medesima ragione (sent. 8 novembre 1990, Dekker, C-177/88 e Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, C-179/88; sent. del 4 ottobre 2001, Jiménez Melgar, C-438/99 e Tele Danmark A/S, C-109/00, nonché sent. 30 giugno 1998, Brown, C-394/96), ha avuto cura di distinguere il caso della lavoratrice che si trova in stato di gravidanza da quella che versi in stato di malattia che sopraggiunga dopo il congedo di maternità, osservando che “*Un tale stato patologico rientra quindi nel regime generale applicabile alle ipotesi di malattia. Infatti i lavoratori di sesso femminile e maschile sono del pari esposti alle malattie. Anche se è vero che taluni disturbi sono specifici dell'uno o dell'altro sesso, l'unico problema è quindi quello di sapere se una donna viene licenziata per le*

assenze dovute a malattia nelle stesse condizioni di un uomo; se per entrambi valgono le stesse condizioni non vi è discriminazione diretta in ragione del sesso” (sent. Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, C-179/88, punti 16 e 17). La Corte ha, altresì, chiarito che *“lo stato di gravidanza non è in alcun modo assimilabile ad uno stato patologico[...]*” (sentenza 14 luglio 1994, Carole Louise Webb C-32/93, punto 25).

26. Sul piano costituzionale rilevano non solo gli artt. 3 e 51 Cost, [...]ma anche l’art 4 Cost [...] l’art. 31 Cost. che qualifica compito della Repubblica l’agevolazione della formazione della famiglia e la protezione della maternità, e l’art. 37 Cost. che impone la fissazione di condizioni di lavoro per la donna compatibili con l’adempimento della sua funzione familiare.

26.1 Il legislatore ordinario, dal canto suo, ha dato attuazione ai precetti costituzionali, statuendo che *«la parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compresi quelli dell’occupazione, del lavoro e della retribuzione»* (art. 1, comma 2, d.lgs 11 aprile 2006, n. 198 il c.d. Codice delle pari opportunità tra uomo e donna).

26.2 I principi sottesi al quadro normativo sopra richiamato, sono stati puntualizzati e ribaditi dalla Corte costituzionale, la quale ha sancito che *“il principio posto dall’art. 37 - collegato al principio di uguaglianza - impone alla legge di impedire che possano, dalla maternità e dagli impegni connessi alla cura del bambino, derivare conseguenze negative e discriminatorie. Entrambe queste esigenze impongono, per lo stato di gravidanza e puerperio, di adottare misure legislative dirette non soltanto alla conservazione dell’impiego, ma anche ad evitare che nel relativo periodo di tempo intervengano, in relazione al rapporto di lavoro, comportamenti che possano turbare ingiustificatamente la condizione della donna ed alterare il suo equilibrio psico-fisico, con serie ripercussioni sulla gestazione o, successivamente, sullo sviluppo del bambino*” (sentenza n.61 del 1991; cfr. anche 12 settembre 1995 n. 423, [...]).

27. L’impianto normativo, sia nazionale che sovranazionale, è univoco nell’escludere che lo stato di gravidanza possa rappresentare un ostacolo nell’accesso al lavoro o fonte di discriminazione nell’ambito del rapporto lavorativo. Per tale ragione, il DM 17/05/2000, n. 155 (Regolamento recante norme per l’accertamento dell’idoneità al servizio nella Guardia di finanza) non può che essere letto alla luce delle coordinate sopra richiamate, in quanto volto a garantire l’uguaglianza sostanziale dei candidati che aspirano all’arruolamento in Guardia di Finanza e ad evitare che la gravidanza, di per sé, possa costituire una causa di esclusione dal concorso, e, quindi, fonte di una discriminazione diretta fondata sul sesso, la cui eliminazione si impone come un obiettivo multilivello.

27.1 L’uguaglianza sostanziale tra i candidati, senza distinzione di genere, sarebbe frustrata in via definitiva se lo stato di gravidanza si trasformasse da impedimento temporaneo all’accertamento a causa definitiva di esclusione. Giova, sotto tale profilo, richiamare i principi espressi dalla Corte di Giustizia, secondo cui il rifiuto d’assunzione per motivo di gravidanza può opporsi solo alle donne e rappresenta, quindi, una discriminazione diretta a motivo del sesso (sent. 8 novembre 1990, Dekker, C-177/88, punto 12).

[...] 27.4 Sotto tale profilo, l’art. 2139 comma 1 bis d. lgs 66/2010 (inserito dall’ art. 28, comma 5, lett. c, d.lgs. 27 dicembre 2019, n. 172), nel prevedere che l’accertamento di idoneità al servizio venga rinviato, per le candidate in stato di gravidanza, e svolto nel primo concorso utile successivo, si limita unicamente a disciplinare e chiarire, sul piano pratico-operativo, la fase posteriore alla cessazione dell’impedimento e le conseguenze dell’esito positivo dell’accertamento successivamente svolto, con riferimento alla frequenza del corso di formazione, agli effetti giuridici ed economici. La citata novella, tuttavia, nulla ha innovato in punto di temporaneità dell’impedimento che, già sulla base del DM 155/2000, non poteva che tradursi in una sospensione dell’accertamento dell’idoneità fino alla cessazione della causa impeditiva”.

La sezione II del Consiglio di Stato, con la sentenza in commento ha chiarito che: *«È illegittima l'esclusione di una candidata dal concorso per allievi finanziari perché in stato di gravidanza, contrastando tale esclusione sia con il quadro normativo di riferimento che con i principi elaborati sul punto dalla giurisprudenza, entrambi volti ad evitare ogni forma di discriminazione fondata sul sesso e a garantire la parità di trattamento tra uomo e donna anche con riferimento all'accesso al lavoro».*

Di seguito una sintetica ricostruzione della vicenda processuale.

Una donna, candidata al concorso per allievi finanziari, veniva esclusa dalla procedura selettiva perché in stato di gravidanza e, di conseguenza, la stessa decideva di impugnare al T.A.R. la determinazione di esclusione.

Il T.A.R., in accoglimento del ricorso, annullava il provvedimento, unitamente alla clausola del bando che aveva disposto l'estromissione dalla procedura di reclutamento nei confronti delle candidate che non potessero essere sottoposte agli accertamenti sanitari di rito in quanto in stato di gravidanza. In particolare, a parere del giudice di primo grado la predetta previsione del bando determinava un'inammissibile disparità di trattamento nei confronti di una concorrente donna che vedeva così pregiudicata la sua maternità e ciò in evidente contrasto con i principi costituzionali e comunitari sulle pari opportunità e sulla parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

Avverso tale sentenza proponeva appello l'Amministrazione, deducendo di aver proceduto a una corretta e puntuale applicazione dell'art. 5, comma 3, del D.M. 17 maggio 2000, n. 155 - avente ad oggetto il *«Regolamento recante norme per l'accertamento dell'idoneità al servizio nella Guardia di finanza ai sensi dell'art. 1, comma 5, della legge 20 ottobre 1999, n. 380»* - secondo cui *«l'accertamento nei riguardi dei candidati che partecipano ai concorsi per il reclutamento nella Guardia di Finanza è effettuato entro il termine stabilito dal bando di concorso in relazione ai tempi necessari per la definizione della graduatoria»* ed, altresì, che le pur legittime esigenze di tutela della maternità debbano essere bilanciate con i tempi di svolgimento della procedura a tutela della *par condicio* dei candidati e del buon andamento dell'amministrazione.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, ha confermato l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione procedente.

Preliminarmente, il Supremo Collegio ha affermato che la tutela della candidata in stato di gravidanza non può costituire e determinare un detrimento per la posizione giuridica soggettiva degli altri candidati e per l'interesse dell'Amministrazione a definire la procedura selettiva entro termini ragionevolmente contenuti al fine di colmare le vacanze organiche. Tuttavia, tale premessa non è idonea a giustificare il sacrificio definitivo della situazione giuridica della candidata mediante l'esclusione dal concorso, ma impone il giusto bilanciamento dei contrapposti interessi, in quanto espressivi di diritti aventi pari dignità costituzionale.

L'esclusione definitiva della candidata in stato di gravidanza contrasta infatti sia con il quadro normativo di riferimento che con i principi elaborati sul punto dalla giurisprudenza, entrambi volti ad evitare ogni forma di discriminazione fondata sul sesso e a garantire la parità di trattamento tra uomo e donna anche con riferimento all'accesso al lavoro.

Sul piano sovranazionale, in primo luogo, il Consiglio di Stato ha richiamato la Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (CEDAW) adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel dicembre del 1979 e ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 14 marzo 1985, n. 132; l'art. 23, comma 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea secondo cui «*La parità fra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione*»; l'art. 157, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea il quale prevede che «*Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore*».

Sul piano costituzionale, il Supremo Collegio ha ricordato non solo gli artt. 3, 4 e 51 Cost., ma anche l'art. 31 Cost. che qualifica quale compito della Repubblica l'agevolazione della formazione della famiglia e la protezione della maternità e l'art. 37 Cost. che impone la fissazione di condizioni di lavoro per la donna compatibili con l'adempimento della sua funzione familiare.

Il legislatore ordinario, dal canto suo, ha dato attuazione ai precetti costituzionali, statuendo che «*la parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere assicurata in tutti i campi, compresi quelli dell'occupazione, del lavoro e della retribuzione*» (art. 1, comma 2, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, recante il «*Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, a norma dell'art. 6 della legge 28 novembre 2005, n. 246*»).

L'impianto normativo, sia nazionale che sovranazionale, è quindi univoco nell'escludere che lo stato di gravidanza possa rappresentare un ostacolo nell'accesso al lavoro o fonte di discriminazione nell'ambito del rapporto lavorativo.

Pertanto, ad avviso del Consiglio di Stato, l'art. 3, comma 3, del D.M. n. 155/2000 non può essere letto in stretta correlazione con il comma 2 della norma citata, nel senso che l'accertamento nei confronti della candidata in gravidanza è precluso definitivamente oltre il termine stabilito dal bando.

Ad un'interpretazione di tal specie ostano due ordini di considerazioni: la prima è che, sul piano logico, la durata dell'impedimento in questione non può che essere condizionata dallo sviluppo fisiologico della gravidanza, la seconda, di natura giuridica, consiste nel fatto che la lettura congiunta dei due commi trasformerebbe l'impedimento da temporaneo in definitivo, configurando una clausola di esclusione non prevista espressamente dal bando e riferita esclusivamente alle candidate di sesso femminile.

Facendo leva sul predetto quadro normativo e giurisprudenziale, il Supremo Consiglio ha quindi sostenuto che il D.M. n. 155/2000 debba essere letto nell'ottica di garantire l'uguaglianza sostanziale dei candidati che aspirano all'arruolamento nella Guardia di Finanza ed evitare che la gravidanza, di per sé, possa costituire una causa di esclusione dal concorso e, quindi, fonte di una discriminazione diretta fondata sul sesso, la cui eliminazione si impone come un obiettivo multilivello.

Se, dunque, la gravidanza costituisce un impedimento di natura temporanea, deve procedersi all'ammissione con riserva della candidata in gravidanza. A detta ammissione con riserva consegue poi che, ai sensi dell'art. 2139, comma 1, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, recante il «*Codice dell'ordinamento militare*», l'accertamento di idoneità al servizio va rinviato, per le candidate in stato di gravidanza, e svolto nel primo concorso utile successivo.

Il Consiglio di Stato ha da ultimo evidenziato come la gravidanza non possa essere equiparata a infermità. La prima, infatti, è una situazione peculiare del sesso femminile, ad evoluzione fisiologica predeterminata e, in linea di massima, prevedibile, mentre la seconda è una condizione comune a entrambi i sessi, la cui durata è, sul piano prognostico, non predeterminabile. Da ciò discende, secondo il Collegio, che l'applicazione del limite temporale previsto dall'art. 3, comma 3, del D.M. n. 155/2000 esclusivamente a chi

versa in stato di infermità non evidenzia alcuna irragionevolezza della disciplina, non determinando alcuna discriminazione nell'accesso all'impiego fondata sul sesso che il comma 2, del medesimo art. 3, mira ad evitare.

Alla luce di tali evidenze, il Consiglio ha rigettato l'appello proposto dall'Amministrazione.

La sentenza in commento costituisce un passo in avanti nella neutralizzazione delle discriminazioni di genere in un settore, quale quello delle Forze Armate, il cui accesso è stato riservato, per molti anni, solamente agli uomini, iniziando le donne gradualmente a trovarvi ingresso solo negli ultimi trent'anni, ad opera della legge 20 ottobre 1990, n. 380, ad oggetto «*Delega al Governo per l'istituzione del servizio militare volontario femminile*».

L'equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello previsto dalla legge di gara

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2022, n. 65)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“[...] il Tar ha annullato l’aggiudicazione sul rilievo che il giudizio di equivalenza – non effettuato dalla Commissione di gara e in assenza della produzione di documentazione, da parte del concorrente, già in sede di gara – sarebbe stato illegittimamente rimesso al solo giudice amministrativo. 2. Come chiarito da una consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, (Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2021, n. 6035; sez. III, 20 ottobre 2020, n. 6345), il principio di equivalenza permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica, in quanto la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d’iniziativa economica e, dall’altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il favor participationis alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell’amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità”. Il principio di equivalenza è, dunque, finalizzato ad evitare un’irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l’ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353). Il principio di equivalenza è stato recepito del Codice dei contratti che, all’art. 68, prevede che la stazione appaltante non possa escludere un’offerta perché non conforme alle specifiche tecniche a cui ha fatto riferimento se il prodotto offerto non è “aliud pro alio”, incontrando il concorrente che voglia presentare un prodotto (o servizio) equivalente a quello richiesto il solo limite della “difformità del bene rispetto a quello descritto dalla lex specialis”, configurante ipotesi di “aliud pro alio non rimediabile” (Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258). Il Codice dispone che le “caratteristiche previste per lavori, servizi e forniture” sono definite dalla stazione appaltante mediante l’individuazione di “specifiche tecniche” inserite nei documenti di gara (art. 68, comma 1), nel rispetto del canone pro-concorrenziale che garantisca in ogni caso il “pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione” senza comportare “direttamente o indirettamente ostacoli ingiustificati all’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza” (art. 68, comma 4) o generare artificiose o discriminatorie limitazioni nell’accesso al mercato allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici. Il Collegio ben conosce e condivide l’arresto del giudice di appello secondo cui l’equivalenza del prodotto offerto a quello indicato nella legge di gara deve essere provata dall’interessato e non può essere demandata alla stazione appaltante, cui spetta, invece, di valutare l’effettiva sussistenza dell’equivalenza addotta dal concorrente. Ritiene però che tale principio vada letto e applicato considerando la tipologia di prodotto previsto in sede di gara ed offerto

come equivalente, in ragione della sua complessità e, quindi, della possibilità per la Commissione di evincere con immediatezza tale equivalenza. [...]In altri termini, è certo che, ad esempio, per un macchinario sanitario che abbia alcune caratteristiche tecniche diverse da quelle richieste dalla lex specialis di gara deve essere il concorrente a dimostrare, all'atto della presentazione dell'offerta tecnica, l'equivalenza; invece, a fronte di prodotti comunemente presenti sul mercato e di utilizzo comune, ove corredati da una scheda tecnica che ne espliciti in modo chiaro le caratteristiche e le qualità, la Commissione può autonomamente valutare se, nonostante la difformità rispetto a quanto richiesto dalla legge di gara, l'articolo offerto possa essere comunque considerato equivalente”.

La giurisdizione del G.A. nel caso di diniego del subappalto

Argomento: subappalto

(Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2022, n. 171)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“[...] Nella tradizionale prospettiva bifasica che caratterizza la formazione dei contratti ad evidenza pubblica, le ‘procedure di affidamento’ strutturano (nella fase propriamente pubblicistica) peculiari procedimenti amministrativi, che esitano nella determinazione conclusiva, con cui viene disposta l’aggiudicazione a favore dell’offerta selezionata, cui segue – con la ‘stipula del contratto’ e la formale assunzione degli impegni negoziali – la fase esecutiva, che prefigura situazioni essenzialmente paritetiche, rimesse alla cognizione del giudice ordinario.

[...] Secondo il pacifico orientamento delle SS.UU. della Corte di Cassazione, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo ogni controversia relativa all’impugnazione dell’aggiudicazione della gara e degli atti del relativo procedimento antecedenti alla stipula del contratto di appalto, mentre, nella giurisdizione del giudice ordinario, i giudizi relativi alla successiva ‘fase contrattuale’, concernente l’esecuzione del rapporto (ex multis Cass. SS.UU. 3/5/2017, n. 10705; Cass. 21/5/2019 n. 13660).

7.4. Se in linea generale la stipula del contratto segna il punto di ‘confine’ ai fini del riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo, vi sono fattispecie connotate da peculiarità tali da costituire delle deroghe a tale principio, in cui il criterio di riparto della giurisdizione si fonda sulla situazione giuridica fatta valere. Ogni volta che l’agire della stazione appaltante attiene ad un segmento procedimentale pubblicistico, ed è collegata all’esercizio di un potere da parte dell’Amministrazione, sussisterà la giurisdizione del giudice amministrativo.

[...] Ne consegue che, nella fase privatistica, l’Amministrazione si pone con la controparte in una posizione di parità che si può definire ‘tendenziale’, in quanto può sempre verificarsi l’ipotesi che l’intervento autorizzativo sia espressione di una valutazione operata al fine primario dell’interesse pubblico. In tal caso, appare all’evidenza l’insussistenza tra le parti (pubblica e privata) di un rapporto giuridico paritetico, che invece si ravviserebbe in situazioni soggettive da qualificare in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici.

7.5. Nella specie, l’amministrazione appaltante ha espresso un diniego parziale di autorizzazione al subappalto sul rilievo di elementi preesistenti e riconducibili alla procedura di gara, esercitando di fatto un potere pubblicistico, contrapposto ad un interesse legittimo del privato, in quanto espressamente riferito ai criteri fissati dalla ‘*lex specialis*’ (Cons. Stato, 19/2/2014, n. 769). Alla posizione di supremazia espressa dall’amministrazione con il predetto diniego ha fatto riscontro la soggezione della società appaltata, alla quale è riconosciuto l’interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri autoritativi spettanti alla prima, sicchè la controversia relativa al legittimo esercizio di tale potere rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo.

7.6. Ciò in coerenza con la sentenza della Corte di Cassazione SS.UU. n. 23468 del 18/11/2016 secondo cui, successivamente alla stipula del contratto conseguente a un procedimento di evidenza pubblica, tutte le controversie insorte durante la fase di esecuzione del contratto rientrano, di regola, nella giurisdizione del giudice ordinario, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e, dunque, della natura di diritto soggettivo che qualifica la posizione del contraente privato, a meno che l'amministrazione committente eserciti poteri autoritativi espressione di discrezionalità valutativa, a fronte dei quali la posizione soggettiva del privato si attegga a interesse legittimo.

7.7. Non induce in contrario il fatto che, nella specie, sia intervenuta la stipula del contratto e che si trovi nella fase della esecuzione del rapporto, in quanto l'utilizzo di strumenti privatistici è, infatti, incompatibile solo in linea generale con il 'perseguimento del pubblico interesse', come sancito dall'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, a proposito degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento amministrativo (in questo senso: cfr. Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204). Inoltre, in ogni fattispecie di utilizzo di istituti propri del diritto civile prevale presso la giurisprudenza la tesi secondo cui la pubblica amministrazione mantiene le prerogative di autorità pubblica: tanto nella fase prodromica alla conclusione dei contratti (cfr. Cons.Stato, Ad.plen., 3 giugno 2010, n. 11, con riguardo alla costituzione o partecipazione in società), quanto nel corso del rapporto con il privato una volta stipulato il contratto (così: Cons.Stato, Ad.plen. 20 giugno 2014, n.14, che ha riconosciuto perdurante il potere di autotutela amministrativa nel corso dell'esecuzione di un contratto di appalto pubblico).

In merito alla verifica del rispetto dei criteri ambientali minimi

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., sez. III, 21 gennaio 2022, n. 397)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“L’art. 34, comma 1, d.lvo n. 50/2016 prevede che *“le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l’inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare...”*”.

In base al comma 2, invece, *“i criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l’applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’articolo 95, comma 6”*.

L’art. 71, comma 1, quarto periodo, d.lvo cit., a sua volta, dispone che i bandi di gara, da redigere conformemente ai bandi tipo adottati dall’ANAC, *“contengono altresì i criteri ambientali minimi di cui all’articolo 34”*.

Le norme citate, al fine di orientare l’azione della P.A. [...] all’osservanza di criteri di sostenibilità ambientale, impongono alla stessa di adeguare la *lex specialis* della gara – sia relativamente alle prescrizioni intese a conformare la prestazione e la sua esecuzione alle specifiche esigenze della stazione appaltante, sia con riguardo alle clausole di carattere premiante – ai *“criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare”*.

Discende da tale rilievo che, al fine di individuare il livello procedurale cui avere riguardo nel compimento delle verifiche inerenti al rispetto dei criteri ambientali minimi *de quibus*, oltre che determinare il contenuto specifico di tali criteri, occorre riferirsi principalmente alle prescrizioni ministeriali cui le norme citate integralmente rinviano: prescrizioni, giova precisare, che, nell’ipotesi di omesso richiamo da parte della *lex specialis*, sono suscettibili di integrarla *ab externo*, al fine di conformarla alle disposizioni di legge sovraordinate.

[...] [D]eve richiamarsi il d.m. 11 ottobre 2017, recante l’approvazione dei *“Criteri ambientali minimi per l’affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici”*.

Deve premettersi che l’allegato al citato d.m., contenente i *“criteri ambientali minimi”* in discorso, recano, accanto alla definizione delle caratteristiche ambientali richieste ed in calce alla stessa, al dichiarato fine di *“agevolare l’attività di verifica da parte delle stazioni appaltanti della conformità alle caratteristiche ambientali richieste”*, *“una «verifica» che riporta le informazioni e la documentazione da allegare in sede di partecipazione alla gara, i mezzi di prova richiesti, e le modalità per effettuare le verifiche in sede di esecuzione contrattuale”*, demandando nel contempo *“all’amministrazione aggiudicatrice l’esecuzione di adeguati controlli per verificare il rispetto delle prescrizioni del capitolato”*.

che riguardano l'esecuzione contrattuale e, qualora non fosse già propria prassi contrattuale, si suggerisce alla stazione appaltante di collegare l'inadempimento a sanzioni e/o se del caso, alla previsione di risoluzione del contratto".

Deve fin d'ora osservarsi che la suddetta precisazione, di carattere essenzialmente ricognitivo (quanto all'impostazione metodologica del documento), assume un non secondario rilievo ai fini della decisione: ciò in quanto la connessione strumentale che lega la "verifica" al possesso del requisito ambientale induce ad allineare, da un punto di vista procedurale, le due situazioni, collocandosi entro la medesima fase (sia essa quella relativa alla gara ovvero all'esecuzione della prestazione, questione che si affronterà infra), dovendo ritenersi che l'adempimento di una prescrizione ambientale sia richiesta dall'ordinamento allorché siano anche legittimamente attivabili gli strumenti per verificarne l'attuazione.

Meritevole di menzione è anche la prescrizione, contenuta nel par. 1.2 (Indicazioni generali per la stazione appaltante), nel senso che *"nei casi di affidamento del servizio di progettazione, i criteri dovranno costituire parte integrante del disciplinare tecnico elaborato dalla stazione appaltante in modo da indirizzare la successiva progettazione".*

[...] Ebbene, l'analisi dei "criteri ambientali minimi" e delle modalità di verifica del relativo rispetto consente di affermare che, in linea generale, questa può collocarsi nella fase di espletamento della gara (con i connessi oneri dichiarativi e documentali in capo ai concorrenti) ovvero nella fase della esecuzione della prestazione contrattuale: tanto si evince dalla previsione, innanzi richiamata e contenuta nelle premesse dell'allegato descrittivo dell'impostazione seguita nella formulazione dei "criteri", secondo cui la «verifica» riporta, a seconda del criterio ambientale che venga in considerazione, *"le informazioni e la documentazione da allegare in sede di partecipazione alla gara, i mezzi di prova richiesti, e le modalità per effettuare le verifiche in sede di esecuzione contrattuale"*.

Il soccorso istruttorio quale espressione del “giusto procedimento”

Argomento: procedimento

(Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2022, n. 1308)

Stralcio a cura di Fabrizia Rumma

“[...] All’esito di un complesso itinerario normativo, del soccorso istruttorio è ora possibile avvalersi, non soltanto per ‘regolarizzare’, ma anche per ‘integrare’ la documentazione mancante. L’attuale art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici (come novellato dall’art. 52, comma 1, lettera d, del decreto legislativo n. 56 del 2017, che non prevede neanche più il pagamento di una sanzione pecuniaria) è chiaro nell’estendere l’ambito applicativo del soccorso istruttorio a tutte «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda» e, in particolare, ai casi di «mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo». Le fattispecie sottratte all’operatività dell’istituto sono oggi costituite soltanto dalle carenze e irregolarità che afferiscono «all’offerta economica e all’offerta tecnica», e dalla «carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa». È quindi consentito alle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere agli operatori economici di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione ove incomplete o non corrette, purché questo venga fatto entro un termine adeguato. Resta fermo che il mancato possesso (sostanziale) dei prescritti requisiti di partecipazione (alla data di presentazione della domanda) non è sanabile e determina l’esclusione dalla procedura di gara. 2.2.– Il soccorso istruttorio è espressione del ‘giusto procedimento’ e sottende una puntuale direttrice di valore: le regole precettive che disciplinano l’azione amministrativa non possono essere invocate per tutelare pretese che esulano dalla sfera di protezione degli interessi (pubblici e privati) che l’ordinamento, tramite di esse, intende presidiare. La procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta (in cui consiste la disciplina della contrattualistica pubblica) è informata a due principali rationes: da un lato, è volta a prevenire arbitrio o corruzione; dall’altra, ha lo scopo di emulare le dinamiche della concorrenza (ciò in quanto l’Amministrazione pubblica non è in grado di percepire, come i comuni operatori privati, il vincolo esterno del mercato). Lo scopo della gara è dunque quello di selezionare il concorrente che, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, risulti il più idoneo all’esecuzione delle prestazioni oggetto dell’affidamento. Il diritto pubblico ha lo scopo di premiare il ‘merito’ degli operatori privati, stimolandone efficienza e innovazione, e non di minare e rallentare le missioni degli apparati pubblici. Gli errori, le omissioni dichiarative e documentali che non intaccano le predette garanzie sostanziali, in quanto non alterano in alcun modo il leale confronto competitivo, non avvantaggiano cioè nessun concorrente a discapito degli altri, non possono quindi avere portata espulsiva. Nel solco della stessa direttrice valoriale si colloca, in tema di avvalimento, anche l’art. 89, comma 3, del codice dei contratti pubblici, secondo cui la stazione appaltante impone «all’operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione». 2.3.– Su queste basi, è evidente come, nel caso di

specie, non sia ravvisabile un uso distorto del soccorso istruttorio. L'Amministrazione ha consentito infatti di documentare (attraverso l'allegazione dei bilanci) il possesso in proprio di un requisito (il fatturato) posseduto ex ante (circostanza pacifica e incontestata nel presente giudizio). La precisazione fornita (in relazione alla dichiarazione di cui all'Allegato A2) non implica nessuna modifica della domanda di partecipazione né, tanto meno, dell'offerta, ragione per cui è del tutto fuorviante parlare di «novazione», espressione che nel lessico giuridico alluderebbe ad una modifica della 'base negoziale' posta a base della partecipazione in gara. Per di più, il possesso in proprio del requisito del fatturato globale emergeva anche dalla documentazione prodotta unitamente alla domanda di partecipazione, ed in particolare dal possesso dell'attestato SOA per le categorie e qualifiche prescritte dalla lex specialis. In definitiva, l'Amministrazione ha fatto buon governo della legge e dello stesso disciplinare che, all'art. 14, nel delineare i presupposti e le modalità del soccorso istruttorio prevedeva che «la successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta». [...]"

Nota a cura di Mariarita Cupersito.

Con la sentenza Cons. di Stato, sez. VI, 24 febbraio 2022, n. 1308, in tema di soccorso istruttorio, il Consiglio di Stato ha stabilito che *“all’esito di un complesso itinerario normativo, del soccorso istruttorio è ora possibile avvalersi in sede di gara pubblica non soltanto per ‘regolarizzare’, ma anche per ‘integrare’ la documentazione mancante; l’attuale art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici (come novellato dall’art. 52, comma 1, lettera d, d.lgs. n. 56 del 2017, che non prevede neanche più il pagamento di una sanzione pecuniaria) è chiaro nell’estendere l’ambito applicativo del soccorso istruttorio a tutte «le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda» e, in particolare, ai casi di «mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo». Le fattispecie sottratte all’operatività dell’istituto sono oggi costituite soltanto dalle carenze e irregolarità che afferiscono «all’offerta economica e all’offerta tecnica», e dalla «carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa»”.*

Sebbene la legge generale sul procedimento amministrativo disponga testualmente che il responsabile del procedimento *“può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali”* (l. n. 241/1990, art. 6, c. 2, lett. b), i giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato come la giurisprudenza sia orientata a considerare il c.d. soccorso istruttorio non come facoltà ma come un dovere. Come esplicito nella pronuncia, l’istituto mira a garantire ampia collaborazione tra amministrazione pubblica e privato nonché l’ottimale definizione del procedimento amministrativo. Ne consegue che l’esclusione per ragioni strettamente formali da una procedura amministrativa può giustificarsi solo se ciò sia necessario per la tutela di valori giuridici contrapposti. Qualora non ricorra tale esigenza, ha precisato il Consiglio, l’adozione di un provvedimento di esclusione basato sull’erroneità o incompletezza dell’istanza confliggerebbe con lo stesso principio di proporzionalità.

“Mentre nei procedimenti non comparativi il soccorso istruttorio dispiega la sua massima portata applicativa”, argomenta la sentenza, *“nelle procedure selettive si impone un delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi - segnatamente: la massima partecipazione e la par condicio tra i concorrenti - che la giurisprudenza ha in passato ritenuto di effettuare, distinguendo tra ‘regolarizzazione’, generalmente ammessa, ed ‘integrazione’ documentale, viceversa esclusa in quanto comportante*

un vulnus del principio di parità di trattamento tra i concorrenti. Sullo specifico terreno dei contratti pubblici, il legislatore ha inteso superare tale impostazione, ampliando l'ambito applicativo dell'istituto e superando quelle concezioni rigidamente formalistiche e burocratiche del diritto amministrativo che continuavano ad incentivare il contenzioso (ridotto ad una sorta di 'caccia all'errore' nel confezionamento della documentazione allegata alla domanda), con effetti pregiudizievoli in termini di tempestivo ed efficiente completamento delle procedure'.

Il Consiglio di Stato ha osservato ancora che l'attuale art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici (come novellato dall'art. 52, comma 1, lettera d, del d.lgs. n. 56 del 2017, che non prevede neanche più il pagamento di una sanzione pecuniaria) estende l'ambito di applicazione del soccorso istruttorio a tutte *"le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda"* e, nel dettaglio, ai casi di *"mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo"*.

Le fattispecie sottratte all'operatività dell'istituto, chiarisce la pronuncia, sono attualmente rappresentate solo dalle carenze e irregolarità relative all'offerta economica e all'offerta tecnica, nonché dalle carenze della documentazione che non permettano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Si legge nella sentenza: *"È quindi consentito alle amministrazioni aggiudicatrici di chiedere agli operatori economici di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione ove incomplete o non corrette, purché questo venga fatto entro un termine adeguato"*.

I giudici di Palazzo Spada puntualizzano inoltre che il mancato possesso (sostanziale) dei prescritti requisiti di partecipazione alla data di presentazione della domanda non è sanabile e determina l'esclusione dalla procedura di gara.

Il soccorso istruttorio, in quanto espressione del giusto procedimento, implica una precisa direttrice di valore: *"le regole precettive che disciplinano l'azione amministrativa non possono essere invocate per tutelare pretese che esulano dalla sfera di protezione degli interessi (pubblici e privati) che l'ordinamento, tramite di esse, intende presidiare"*.

La disciplina della contrattualistica pubblica fa leva sulla procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta, informata a due principali obiettivi: la prevenzione di arbitrio o corruzione nonché l'emulazione delle dinamiche della concorrenza, in quanto la Pubblica Amministrazione non può percepire, come gli operatori privati, il vincolo esterno del mercato.

La gara mira quindi a selezionare il concorrente che risulti più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento tra coloro in possesso dei requisiti richiesti dal bando; scopo delle norme di diritto pubblico in tale settore deve dunque essere quello di valorizzare gli operatori privati, non di rallentare il funzionamento degli apparati pubblici.

In conclusione: *"Gli errori, le omissioni dichiarative e documentali che non intaccano le predette garanzie sostanziali, in quanto non alterano in alcun modo il leale confronto competitivo, non avvantaggiano cioè nessun concorrente a discapito degli altri, non possono quindi avere portata espulsiva. Nel solco della stessa direttrice valoriale si colloca, in tema di avvalimento, anche l'art. 89, comma 3, del codice dei contratti pubblici, secondo cui la stazione appaltante impone «all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione»"*.

Il tracciamento del divieto di commistione tra requisiti di partecipazione e di esecuzione

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., sez. V, 7 marzo 2022, n. 1617)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“Il primo motivo attiene alla distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, elaborata dalla giurisprudenza, collocando tra i secondi gli “*elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio*” (cfr., oltre a Cons. Stato, V, 18 dicembre 2017, n. 5929, anche Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2018, n. 4390; V, 24 maggio 2017, n. 2443; V, 8 marzo 2017, n. 1094; V, 2 ottobre 2014, n. 4907), vale a dire i “*mezzi (strumenti, beni ed attrezzature) necessari all’esecuzione della prestazione promessa alla stazione appaltante*” (Cons. Stato, V, 18 dicembre 2020, n. 8159), così distinguendoli dai primi, che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016) e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione (ex art. 83 d.lgs. n. 50 del 2016).

Non essendo ovviamente in discussione che il possesso dei requisiti di partecipazione sia richiesto al concorrente sin dal momento della presentazione dell’offerta, merita evidenziare che i requisiti di esecuzione sono, di regola, *condizioni* per la stipulazione del contratto di appalto (cfr. Cons. Stato, V, 30 settembre 2020, n. 5734; 30 settembre 2020, n. 5740; 12 febbraio 2020, n. 1071), pur potendo essere considerati nella *lex specialis* come elementi dell’offerta, a volte essenziali (cfr. Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2190), più spesso idonei all’attribuzione di un punteggio premiale (cfr. Cons. Stato, V, 29 luglio 2019, n. 5309 e 25 marzo 2020, n. 2090).

In ogni caso la regolazione dei requisiti di esecuzione va rinvenuta nella *lex specialis*, con la conseguenza che, se richiesti come elementi essenziali dell’offerta o per l’attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente l’esclusione del concorrente o la mancata attribuzione del punteggio; se richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, la loro mancanza rileva al momento dell’aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall’aggiudicazione, per l’impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all’aggiudicatario.

In merito, poi, ai contenuti della *lex specialis*, va ricordato il principio giurisprudenziale - posto a salvaguardia dell’attendibilità delle offerte e della serietà della competizione, nonché dell’efficienza ed economicità dell’azione amministrativa - che, in caso di incertezza interpretativa, va preferita un’interpretazione delle clausole del bando nel senso che i mezzi e le dotazioni funzionali all’esecuzione del contratto devono essere individuati già al momento della presentazione dell’offerta, con un impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità, a carattere vincolante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2020, n. 2090; 23 agosto 2019, n. 5806; 29 luglio 2019, n. 5308) ovvero compiutamente modulato dalla stazione appaltante quanto alla serietà ed alla modalità della sua assunzione o alle condizioni e ai termini di adempimento

dell'obbligazione futura (cfr. Cons. Stato, V, n. 8159/2020 citata, laddove richiama Cons. Stato, V, n.2090/2020, citata).

Si tratta di un'elaborazione giurisprudenziale coerente col testo dell'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, in specie laddove al primo comma prevede che i criteri di aggiudicazione *“garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnate da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Le stazioni appaltanti verificano l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti”*.

Revocazione di revocazione e riapertura del processo in caso di gravi violazioni processuali

Argomento: processo amministrativo

(Cons. St., sez. III, 9 marzo 2022, n. 1697)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“[...] l'art. 107 comma 2, in linea con quanto già previsto dall'art. 403 del c.p.c., prevede che “*La sentenza emessa nel giudizio di revocazione non può essere impugnata per revocazione*”.

[...] la ratio della anzidetta preclusione si identifica nell'opportunità di evitare che, attraverso la riedizione del mezzo di impugnazione, si determini l'effetto dilatorio di differire la formazione del giudicato, con conseguente ricaduta sulla certezza dei rapporti giuridici, sulla ragionevole graduazione degli strumenti per il riesame del *decisum*, oltreché sull'economia dei mezzi stessi apprestati dall'ordinamento per la tutela dei diritti e degli interessi [...].

[...] la possibilità di riesaminare la sentenza emessa in esito a giudizio di revocazione - nel quadro di una interpretazione costituzionalmente orientata alla luce delle garanzie di tutela in sede giurisdizionale apprestate dall'art. 24 Cost. - potrebbe trovare eccezionale ingresso [...] in presenza di un ulteriore ed autonomo errore di fatto, posto a base della sentenza che ha deciso il primo giudizio di revocazione che, *in limine litis*, abbia precluso l'esplicarsi del rimedio stesso sul piano sostanziale, dando luogo ad una declaratoria di irricevibilità o di inammissibilità per erronea considerazione dei presupposti e delle condizioni a tal fine rilevanti, riconducibile alle ipotesi descritte all'art. 395, comma primo, n. 4, c.p.c. nonché nei casi, del tutto residuali, di nullità della sentenza per il difetto di sottoscrizione in assenza di impedimento ovvero di carenza in toto di elementi essenziali (motivazione o dispositivo), che si risolvono nell'inesistenza stessa dell'atto conclusivo del giudizio revocatorio.

Nella casistica enucleata dalla richiamata giurisprudenza le eccezionali fattispecie che consentirebbero di dare ingresso allo strumento qui in rilievo vengono così individuate:

- a) o nel caso di statuizioni in rito, viziate da errore di fatto, che abbiano sostanzialmente precluso il giudizio di revocazione [...];
- b) o nei casi in cui, per errore di fatto del giudice relativo ad aspetti formali di instaurazione del contraddittorio [...] la pronuncia risulta insanabilmente affetta da nullità;
- c) o nei casi in cui, per sostanziale mancanza di uno degli elementi ontologicamente fondanti la decisione, quest'ultima non può che essere dichiarata inesistente [...].

[...] 5.4. [...] il mezzo in questione attrae nel fuoco della contestazione la compiutezza e la congruenza dell'ordito motivazionale che, per la sua insufficienza ed erroneità, si risolverebbe in un autentico omesso esame del mezzo revocatorio concretando un vero e proprio rifiuto di esercizio del potere/dovere connesso alla funzione giurisdizionale.

Le doglianze attoree involgono, dunque, direttamente il *decisum* siccome non idoneo ad integrare una vera risposta alla domanda (revocatoria) azionata dalla ricorrente.

5.5. Pur tuttavia, l'omissione di pronuncia a cui vorrebbe inopportuno fare appello il ricorrente per accedere alla *revocatio revocationis* è cosa ben diversa, in quanto matura quale effetto necessitato della radicale assenza di un giudizio di revocazione determinatasi per l'erronea convinzione della sussistenza di vizi (quali la mancata notifica ad una parte necessaria, la violazione del termine di impugnazione, ecc...) che precludono a monte la formazione, nella mente del Giudice, di qualsiasi convincimento – e pertanto di una statuizione di merito – sulla controversia sottoposta al suo esame.

[...] 5.6. Di contro, non può essere revocato in dubbio che la decisione revocanda si allinei perfettamente, sotto il profilo formale, ai requisiti costitutivi minimi previsti dalla legge per la sua giuridica riconoscibilità, essendo dotata della necessaria motivazione nei termini suesposti, in cui, peraltro, il giudice ha oltretutto espresso il principio regolatorio che avrebbe dovuto governare la fattispecie controversa indicando le ragioni di fondo per cui le plurime ragioni revocatorie dedotte dalla ricorrente, e fatte oggetto di analitica ricognizione, non avrebbero potuto trovare accoglimento.

[...] E', infatti, noto che la domanda azionata trascende i limiti del giudizio revocatorio allorché si contesti l'erroneo, inesatto o incompleto apprezzamento delle risultanze processuali o di anomalia del procedimento logico di interpretazione del materiale probatorio, ovvero quando la questione controversa sia stata risolta sulla base di specifici canoni ermeneutici o di un esame critico della documentazione acquisita" [...].

[...] 5.9. Né ad un diverso approdo può pervenirsi per il fatto che precedentemente il Collegio avesse disposto approfondimenti istruttori, non esitati dall'Amministrazione all'uopo onerata, essendo il giudice evidentemente libero in fase decisoria di rivalutare la definibilità del giudizio anche in via implicita e senza necessità di revocare espressamente la precedente ordinanza.

D'altro canto, giova qui nuovamente ribadire che, attraverso la disamina dei passaggi in cui si articola la traiettoria argomentativa del corrispondente capo della decisione, non emergono elementi sintomatici di una sviata attività ricognitiva di lettura degli atti acquisiti al processo che possa aver falsato la corretta rappresentazione delle risultanze di causa, di cui il giudice ha, per converso, dato adeguatamente conto.

6. Quanto, poi, alla correttezza della valutazione offerta deve ribadirsi come ciò attenga al processo di valutazione e all'iter logico della decisione del giudice e, dunque, ma solo in via di mera tesi, all'errore di diritto.

Tale è, dunque, il reale significato della contestazione veicolata con la domanda in epigrafe che involge la diversa valutazione delle acquisizioni processuali con decisione che, pertanto, resta qui non sindacabile.

6.1. In definitiva [...] il nucleo essenziale delle censure suesposte vada qualificato come irritualmente dedotto con il mezzo in epigrafe siccome manifestamente estraneo al ventaglio delle specifiche e tipizzate ipotesi che reggono l'azione di revocazione della revocazione.

6.2. È, invero, di tutta evidenza come, con il mezzo qui in rilievo, il ricorrente contesti una presunta violazione della legge processuale a garanzia dell'effettività e dell'accuratezza dello scrutinio della propria domanda, evenienza questa in alcun modo sussumibile nell'elencazione delle fattispecie che abilitano alla proposizione di tale straordinaria impugnazione (*id est* revocazione della revocazione).

7. Né sembra praticabile l'alternativa opzione ermeneutica di enucleare, sulla scorta di un'interpretazione sistematica dell'ordinamento, pur nella sua articolata composizione multilivello, un principio generale volto, comunque, a garantire, previa declaratoria di nullità della sentenza, ancorché di ultima istanza, la riapertura del processo in presenza di gravi violazioni processuali.

Tale opzione contrasta, invero, con il principio di tipicità e tassatività delle impugnazioni, principio che nell'ordinamento processuale amministrativo non patisce eccezioni nemmeno nel caso in cui la violazione processuale, costituendo finanche una violazione della CEDU, risulti accertata dalla Corte di Strasburgo. [...]”.

I limiti di età per l'accesso ai pubblici concorsi costituiscono ipotesi eccezionali che devono trovare giustificazione nella specificità delle concrete mansioni svolte

Argomento: concorso pubblico

(Cons. St., sez. II, 14 marzo 2022, n. 1789)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“Il presente giudizio riguarda la legittimità del bando del concorso pubblico, aperto, quindi, anche agli esterni, per un posto di Maggiore dell'Esercito, quale Direttore della banda musicale, che ha previsto il limite di età massima di 40 anni non superato al momento della scadenza del termine di presentazione delle domande.

[...] Come è noto la Direttiva 2000/78 *“Direttiva del Consiglio che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro”* *“mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento”*.

[...] Il divieto di discriminazione per motivi di età costituisce, altresì, un principio generale dell'Unione in base all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per cui *“È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale”*

La Corte di Giustizia, infatti, ha affermato, sulla base della formulazione dell'art. 4 della Direttiva 78/2010, che, per non costituire una discriminazione, la differenza di trattamento deve essere fondata su una caratteristica legata a uno dei motivi di cui all'art. 1 della direttiva 2000/78 e tale caratteristica deve costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa; non è, quindi, il motivo su cui è basata la differenza di trattamento, ma una caratteristica legata a tale motivo che deve costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa (sentenza 12 gennaio 2010, causa C-229/08; sent. 13 settembre 2011, C n. 447/09; sentenza 15 novembre 2016, C n. 258/15; sentenza 13 novembre 2014, C-2014/2371).

Le varie pronunce della Corte hanno, quindi, ritenuto legittime le discriminazioni in materia di età solo nei casi in cui le specifiche mansioni esercitate, quali quelle di Vigile del Fuoco o di agente di Polizia, richiedessero in concreto una particolare capacità fisica collegata all'età, per l'esecuzione di compiti operativi ed esecutivi di tutela delle persone e dell'ordine pubblico.

La Corte ha affermato, altresì, che, quando consente di derogare al principio di non discriminazione, l'articolo 4, paragrafo 1, della menzionata direttiva dev'essere interpretato restrittivamente (sentenza 13 novembre 2014, C:2014/2371).

[...] Inoltre, l'art. 3, comma 6, della L. n. 127 del 1997 prevede che *“la partecipazione ai concorsi indetti da pubbliche amministrazioni non è soggetta a limiti di età, salvo deroghe dettate da regolamenti delle singole amministrazioni connesse alla natura del servizio o ad oggettive necessità dell'amministrazione”*.

Sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia e, altresì, della disposizione dell'art. 3 del d.lgs. 216 del 2003 - che nel testo modificato dalla legge n. 101 del 2008 continua a far salve al comma 2 le disposizioni vigenti in materia di forze armate, *“limitatamente ai fattori di età e di handicap”* ma al comma 3 prevede una valutazione in relazione alle concrete caratteristiche dell'attività - per ritenere legittimo il limite di età di 40 anni previsto per il Direttore della banda musicale dell'Esercito si devono esaminare le concrete mansioni svolte e le norme di riferimento.

Non è, dunque, sufficiente, in base alla giurisprudenza della Corte europea, quanto sostenuto dalla difesa erariale, per cui si tratta di militari che svolgono una attività nell'ambito militare e comunque una attività caratterizzata da aspetti militari come *“portare il passo o trasmettere segnali”*.

[...] Considerato, quindi, che i limiti di età per l'accesso ai pubblici concorsi costituiscono, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, ipotesi eccezionali che devono trovare giustificazione nella specificità delle concrete mansioni svolte in attività che richiedono prestanza e capacità fisiche, nel caso di specie, il limite non appare proporzionato, essendo le stesse norme relative alla banda musicale a configurare la funzione di Direttore della banda musicale dell'Esercito come eseguibile anche oltre i quaranta anni (per chi sia già vicedirettore o Direttore di altra banda) e fino ai 65.

Né rispetto agli orchestrali già appartenenti alla medesima banda musicale o ai militari in servizio si pongono criticità dovute al breve tempo di attività lavorativa prima della pensione, che, comunque, per il direttore può intervenire anche a 65 anni”.

Nota a cura di Salvatore Magra.

La sentenza in commento si occupa dei limiti di età per l'accesso ai pubblici concorsi. L'esigenza di evitare la presenza di limiti di età nei bandi di concorso si collega alla necessità di rendere concreto il diritto al lavoro e la parità di trattamento fra i potenziali candidati.

La Direttiva europea 2000/78/CE del 27 novembre 2000 si impegna a rimuovere ogni ipotesi di discriminazione, diretta o indiretta, per religione, convinzioni personali, sesso e/o orientamento sessuale e sulla disabilità. Appare palese la piena coerenza di siffatti principi con la regola di ragionevolezza e i principi di eguaglianza, di cui all'art. 3 Cost..

L'irrazionalità della previsione di limiti di età per le candidature ai pubblici concorsi appare già evidente sulla base delle disposizioni costituzionali, con particolare riferimento alla eguaglianza nei punti di partenza e alla necessità di rimuovere disparità di trattamento, ove esse non siano ragionevolmente spiegabili.

Non sempre la previsione di limiti d'età può risultare giustificabile alla luce della mansione o della posizione per cui si concorre. Si può affermare che sia legittima la previsione di limiti di età solo quando essa appaia razionalmente compatibile con la natura delle mansioni in rapporto alle quali è previsto lo specifico

bando di concorso. L'art. 3 comma 6 della legge 127/1997, in relazione alle modalità di assunzione nel pubblico impiego, sancisce il principio della assenza di "limiti di età" per la partecipazione a concorsi pubblici, ma la medesima disposizione fa salve le deroghe previste da regolamenti delle singole amministrazioni in ragione della natura del servizio o di oggettive necessità dell'amministrazione

In relazione alla tematica in parola, il Consiglio di Stato ha precedentemente sollevato la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia Europea per i ruoli - non operativi - di Commissario (del ruolo ordinario) e di Commissario Psicologo (del ruolo tecnico sanitario) della Polizia di Stato. E' ipotizzabile che il limite di età si ponga in contrasto con l'art. 21 c. 1 della Carta di Nizza, la quale vieta "*qualsiasi forma di discriminazione fondata in particolare [...] sull'età*", nonché con l'art. 10 TFUE, il quale sancisce che "*l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate [...] sull'età*".

Il principio di non discriminazione in base all'età è un principio generale dell'ordinamento comunitario, come emerge anche dalla sentenza n. 447/2009 Prigge § 38 della Grande Sezione.

Il divieto di discriminazione per motivi di età costituisce, altresì, un principio generale dell'Unione in base all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per cui "*È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale*".

La Corte di Giustizia ha affermato, sulla base della formulazione dell'art. 4 della Direttiva 78/2010, che, per non costituire una discriminazione, la differenza di trattamento deve essere fondata su una caratteristica legata a uno dei motivi di cui all'art. 1 della direttiva 2000/78 e tale caratteristica deve costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa; non è, quindi, il motivo su cui è basata la differenza di trattamento, ma una caratteristica legata a tale motivo che deve costituire un requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa (sentenza 12 gennaio 2010, causa C-229/08; sent. 13 settembre 2011, C n. 447/09; sentenza 15 novembre 2016, C n. 258/15; sentenza 13 novembre 2014, C-2014/2371).

Nella sentenza in esame si prende in considerazione la legittimità del bando del concorso pubblico, aperto anche agli esterni, per un posto di Maggiore dell'Esercito, quale Direttore della banda musicale, che ha previsto il limite di età massima di 40 anni non superato al momento della scadenza del termine di presentazione delle domande.

In primo grado il Tar ha accolto il ricorso che ha contestato la previsione del limite di età, richiamando il principio generale posto dalla Direttiva 78/2000, che vieta discriminazioni per motivi di età nell'accesso al lavoro.

Nonostante l'ampio margine di discrezionalità attribuito dall'art. 4 della Direttiva 78/2000 al legislatore nazionale in ordine ai limiti di età, in particolare per le esigenze delle Forze armate e di Polizia in relazione alla specificità delle funzioni svolte, è stato ritenuto ingiustificato il limite posto nel bando di concorso per la peculiarità dell'attività di direzione della banda musicale rispetto allo svolgimento dell'attività propria del militare.

Avverso la sentenza di primo grado ha proposto appello il Ministero della Difesa, sostenendo l'erroneità delle argomentazioni del Tar rispetto alla specificità del ruolo "artistico" degli orchestrali dell'Esercito, in quanto, secondo l'appellante, l'appartenenza alla banda militare non sottrarrebbe all'impiego operativo, come sarebbe dimostrato dalla verifica dei requisiti psico-fisici per l'accesso ai corpi militari e dai limiti di età per la permanenza in servizio per militari, inferiori a quella del restante personale pubblico.

Le pronunzie della Corte di giustizia hanno ritenuto compatibile con il diritto unionale specifiche deroghe al divieto discriminatorio collegato al limite di età solo nell'ipotesi in cui le mansioni implicino la necessità del possesso di determinate capacità psico-fisiche, come nell'ipotesi del vigile del fuoco o dell'agente di polizia, in relazione all'esigenza di garantire l'ordine pubblico e la sicurezza delle persone.

Il Consiglio di Stato, nella sentenza che si annota, conferma la sentenza del TAR, reputando incompatibile il limite stabilito di 40 anni almeno nel caso di soggetto già in servizio nell'Esercito e, in particolare, nella stessa banda musicale, come nell'ipotesi dell'appellato. La procedura di reclutamento che viene in considerazione in concreto è aperta all'esterno e funzionale all'accesso ad un grado elevato della scala gerarchica militare (Maggiore), il quale normalmente si raggiunge dopo un consistente periodo di servizio da ufficiale, con mansioni di carattere direttivo, che già in astratto non comportano le particolari esigenze che giustificano il limite di età.

L'art. 1518 del Codice dell'ordinamento militare prevede, inoltre, la possibilità del Ministro della Difesa di disporre il trattenimento in servizio permanente del Maestro Direttore, di anno in anno, fino al 65° anno di età, con ulteriore profilo di irrilevanza dei limiti attinenti all'età, potendo il Direttore della banda rimanere in servizio più a lungo degli altri militari, anche di pari grado e non mutando, nel corso del tempo, le caratteristiche delle mansioni del Direttore della banda.

L'art. 944 del D.P.R. 90 del 2010, al comma 2, prevede una deroga al limite massimo di età per la partecipazione al concorso, per i soli direttori di banda musicale di altra Forza Armata o della Polizia di Stato e per il vicedirettore della stessa banda dell'Esercito.

Si aggiunga che la normativa vigente prevede un differente regime di deroga, che esclude il limite di età per gli orchestrali in servizio della stessa banda dell'Esercito, che concorrano per una parte superiore o per il ruolo di vice direttore e che non si comprende la *ratio* delle diversa e più ristretta disciplina della deroga al limite di età di 40 anni, prevista per l'accesso alla qualifica di Direttore, per il quale è indicato lo stesso limite di età previsto per il vice direttore e gli orchestrali, pur essendo richiesti - ragionevolmente - requisiti di preparazione professionale maggiori, quali il diploma di composizione o di direzione d'orchestra.

La funzione apicale all'interno della banda musicale si collega a una maggiore anzianità del titolare della stessa e ciò appare conforme a un paradigma di ragionevolezza e proporzionalità.

Secondo il Consiglio di Stato, inoltre, la ulteriore specificità dell'attività svolta dal Direttore, risultante dal ruolo apicale dello stesso e dal previsto possibile prolungamento dell'età per la cessazione dal servizio, consentito solo per il Direttore e non per il vice direttore o gli altri componenti della banda musicale, costituisce un ulteriore argomento che corrobora la fondatezza della decisione del Giudice di primo grado.

I limiti di età per l'accesso ai pubblici concorsi costituiscono ipotesi eccezionali giustificate dalla specificità delle mansioni svolte in attività che richiedono capacità fisiche. Proprio per questa ragione, appare pienamente condivisibile la tesi del Consiglio di Stato, secondo cui, nel caso di specie, il limite non appare proporzionato, essendo le stesse norme relative alla banda musicale a configurare la funzione di Direttore della banda dell'Esercito come eseguibile anche oltre i quaranta anni (per chi sia già vicedirettore o Direttore di altra banda) e fino ai 65.

Proprio per evitare una irragionevole discriminazione, la condivisibile decisione è nel senso della conferma della sentenza di primo grado.

Il primato del diritto unionale conferma la fondatezza della tesi del Consiglio di Stato, ma questa tesi sarebbe stata da tenere ferma anche ove si fosse ragionato semplicemente sotto il prisma della Costituzione italiana, in base ai principi di eguaglianza.

Concorsi a professore universitario: natura dei criteri di valutazione e imparzialità della commissione

Argomento: concorsi pubblici

(Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2022, n. 3445)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“[...] 3. Per dirimere la controversia occorre preliminarmente definire la natura e la funzione che i “criteri e i parametri di valutazione” assolvono nell’ambito delle procedure di reclutamento dei professori universitari.

3.1 Attualmente la materia è disciplinata dal titolo III della legge 30 dicembre 2010 n. 240 [...].

L’articolo 15 di detta legge stabilisce il principio secondo il quale il reclutamento universitario avviene sulla base di: macrosettori concorsuali, settori concorsuali e settori scientifici disciplinari. Dette partizioni vengono create raggruppando le diverse discipline secondo criteri di affinità ed operano tanto per l’abilitazione scientifica nazionale (art. 16, l. 240/2010: cfr. *infra*) che per la singola chiamata di ciascun professore (art. 18, l. 240/2010: cfr. *infra*). [...]

L’accesso ai ruoli di professore di prima fascia (ordinario) e di seconda fascia (associato) può avvenire in favore di studiosi che: a) abbiano conseguito l’abilitazione scientifica nazionale (ASN). [...]; b) siano poi “chiamati” dalle singole Università sulla base di regole dettate in specifici regolamenti approvati da ciascun Ateneo. [...].

[...] 3.2 Come si è visto, la legge prevede che i criteri di valutazione per conseguire la ASN si uniformino a criteri e parametri dettati in atti normativi emanati dal Ministero (quindi di portata generale). Si vedano, in particolare: il d.p.r. 4 aprile 2016, n. 95 [...] e, soprattutto, il d.m. 7 giugno 2016, n. 120 [...].

Diverso, invece, l’approccio adottato per le procedure attivate dai singoli Atenei (e finalizzate alla effettiva chiamata in ruolo di chi è già in possesso della ASN). In questo caso la legge (art. 18, comma 1, l. 240/2010) prevede che i criteri di selezione siano dettati in appositi regolamenti approvati da ciascuna Università.

[...] Da una parte, il legislatore ha voluto valorizzare l’autonomia delle singole Università. Dall’altra ha voluto dare loro uno strumento (insieme ad altri) per governare meglio le politiche di reclutamento del proprio personale così da renderle maggiormente responsabili sul piano delle scelte e dei risultati di lungo periodo.

[...] 3.3 La normativa ministeriale, valida per la ASN, fissa alcuni punti fermi sul piano definitorio (art. 1, d.m. 120/2016).

Per «criteri» di valutazione si intendono gli elementi di giudizio suscettibili di una valutazione di carattere qualitativo.

Per «parametri» di valutazione si intendono gli elementi di giudizio che sono suscettibili di una quantificazione e quindi possono essere valutati mediante il risultato di una misura.

Per «indicatori» si intendono gli strumenti operativi mediante i quali è resa possibile la quantificazione e quindi la misurazione dei parametri.

[...] E la valutazione delle pubblicazioni e dei titoli avviene sulla base dei criteri, dei parametri e degli indicatori [...] cfr. i citati artt. 4 e 5 del d.m. 120/2016.

Il lavoro dei Commissari è in larga misura incanalato dagli elementi richiamati. Ad esempio, per valutare l'impatto della produzione scientifica dei candidati, la Commissione deve obbligatoriamente usare i parametri e gli indicatori di cui agli allegati prima citati (art. 5 d.m. 120/2016) e, quindi, non può crearne di propri. I titoli valutabili sono quelli previsti dal decreto (non altri). La Commissione può al più precisare i criteri di valutazione. Anche per la valutazione delle pubblicazioni scientifiche è la norma a prevedere i criteri da utilizzare (art. 4, d.m. 120/2016).

[...] 3.4.2 Per quel che riguarda, invece, le procedure di chiamata dei professori (ex art. 18, comma 1, l. 240/2010) occorre guardare ai regolamenti adottati da ciascun Ateneo.

Alcune Università hanno adottato regolamenti molto dettagliati in ordine ai criteri di valutazione dei candidati che le Commissioni devono fare propri (salvo interventi attuativi).

Nella più parte dei casi la predeterminazione dei criteri di valutazione viene affidata alla stessa Commissione.

[...] 3.5 La fissazione di criteri di valutazione il più possibile chiari, oggettivi e trasparenti è uno degli aspetti più importanti delle procedure di reclutamento dei professori universitari.

[...] Nel pur complesso contesto normativo, è possibile enucleare alcuni punti fermi in materia di criteri di valutazione da osservare per le procedure di chiamata ex art. 18 della legge 240/2010.

[...] 3.5.4 La valutazione dei candidati (i.e.: il loro curriculum, le loro pubblicazioni scientifiche, le loro capacità didattiche) deve avvenire sulla base di criteri, parametri e indicatori.

[...] La Commissione, anche quando le viene riconosciuto un ruolo significativo nella definizione dei criteri, non può comunque discostarsi da criteri e standard riconosciuti. Essa non potrebbe, cioè, inventarsi requisiti e standard sconosciuti e astrusi. [...]

[...] 3.5.5 La valutazione dell'attività svolta dalla Commissione per giungere alla predeterminazione dei criteri deve essere operata non in maniera meccanica e formalistica, ma sulla base di una valutazione finalistica della ratio ad essa sottesa. Sicché, ove i principi di competenza e trasparenza non siano in concreto vulnerati, l'eventuale omessa predeterminazione delle suddette regole costituisce un'inosservanza meramente formale, inidonea a ridondare in vizio di legittimità della procedura selettiva. L'importante è che i criteri individuati non siano né vaghi né generici ma siano idonei ad oggettivizzare per quanto possibile l'ampiezza della discrezionalità valutativa tipica di questo genere di selezioni, nonché a consentirne *ex post* la ricostruzione dell'iter logico seguito (Cons. Stato, Sez. VI, 14 gennaio 2021, n. 454).

3.5.6 Le Commissioni sono chiamate non solo a fissare criteri, parametri e indicatori, ma anche ad individuare la loro possibile incidenza ponderale.

[...] Si deve in ogni caso considerare che alle Commissioni si chiede di individuare il candidato migliore. Criteri, parametri e indicatori sono fondamentali nel guidare il lavoro valutativo. Ma le loro incidenze ponderali ai fini del giudizio finale non devono diventare delle gabbie meccanicistiche, ancorate addirittura a puntuali pesi specifici di ognuno di essi. [...] La previsione di un "peso" specifico per ogni criterio/parametro/indicatore (ammesso che sia possibile fare in concreto questa operazione) porterebbe ad un automatismo assorbente e insuperabile che non necessariamente propizierebbe l'esito auspicato, ovvero l'individuazione del candidato migliore. Naturalmente questo non significa consegnare il lavoro delle

Commissioni all'arbitrio. Ciò che i Commissari devono fare, una volta fissati criteri, parametri e indicatori, e la loro eventuale incidenza ponderale è giustificare con una congrua motivazione la scelta finale così da far emergere in modo quanto più preciso ed esauriente possibile le ragioni della prevalenza di un candidato sull'altro.

[...] 4.2 Alla luce dei dati documentali appena riportati si può ritenere che:

[...] b) non esiste un obbligo cogente di prevedere uno specifico "peso" (in termini numerici) di ogni singolo criterio o parametro preso in considerazione; c) ciò che i Commissari devono fare, una volta fissati criteri, parametri e indicatori, è giustificare con una congrua motivazione la scelta finale così da far emergere in modo quanto più preciso ed esauriente possibile le ragioni della prevalenza di un candidato sull'altro;

[...] Nei concorsi universitari, l'esistenza di rapporti scientifici di collaborazione costituiscono ipotesi ricorrenti nel mondo accademico, che non sono tali da inficiare in maniera giuridicamente apprezzabile il principio di imparzialità dei commissari, visto che nel campo degli specialisti è assai difficile trovare un esperto che in qualche modo non abbia avuto contatti di tipo scientifico o didattico con uno dei candidati [...].

[...] Tuttavia non può che ritenersi incompatibile con il ruolo di commissario d'esame il professore, chiamato ad esprimere una valutazione comparativa di candidati, uno dei quali sia dello stesso stabile e assiduo collaboratore, anche soltanto nell'attività accademica e/o pubblicistica. L'apprezzamento da esprimere in tale contesto, circa le attitudini dei concorrenti, potrebbe infatti essere determinato da fattori di stima e conoscenza a livello personale, o dalle possibili ricadute delle scelte da operare sul rapporto di collaborazione instaurato. Il giudizio di valore, da esprimere sui lavori scientifici dei concorrenti, difficilmente potrebbe restare pienamente imparziale, quando una parte rilevante della produzione pubblicistica di un candidato fosse riconducibile anche indirettamente al soggetto, chiamato a formulare tale giudizio. L'incompatibilità deve escludersi nei soli casi di collaborazione che possa essere ricondotta alle ordinarie relazioni accademiche o resa inevitabile dal settore particolarmente specialistico di ricerca, in modo tale da rendere non presumibile una qualsiasi preferenza personale del commissario d'esame per un singolo candidato. [...]"

Legittima la valutazione dei requisiti dell'aggiudicatario operata dal dirigente comunale in sostituzione del RUP

Argomento: istruttoria

(Cons. St., sez. V, 10 maggio 2022, n. 3638)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“Con il primo motivo [...] l'appellante critica la sentenza per non aver accolto il dedotto vizio di incompetenza del dirigente del settore contratti, il quale ha effettuato le verifiche istruttorie sul possesso dei requisiti dichiarati dal RTP aggiudicatario e ha sottoscritto la relazione finale istruttoria in luogo del RUP nominato dalla stazione appaltante, in violazione dell'art. 31 del codice dei contratti pubblici e delle linee guida Anac che definiscono ruolo e funzioni del responsabile unico del procedimento.

[...] - nell'ordinamento degli enti locali - l'art. 31 del codice dei contratti pubblici, che disciplina ruolo e funzioni del r.u.p. nei procedimenti di affidamento di contratti pubblici, deve essere necessariamente coordinato, per un verso, con l'art. 107, comma 3, del d.lgs. n. 267 del 2000 (T.u.e.l.), che riserva ai dirigenti la responsabilità delle procedure d'appalto, come emerge dallo stesso testo dell'art. 31, comma 3, il quale assegna al r.u.p. *«tutti i compiti relativi alle procedure di [...] affidamento [...] che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi e soggetti»*; per altro verso, con il principio secondo cui gli atti che impegnano l'amministrazione all'esterno debbono essere adottati da organi dotati di qualifica dirigenziale (come, del resto, si ricava anche dall'art. 6, comma 1, lett. e), della legge n. 241 del 1990: il responsabile del procedimento *«adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale [...]»*). Nel caso di specie è incontestato che il r.u.p. fosse privo di qualifica dirigenziale, per cui appare del tutto corretto che il dirigente del settore contratti pubblici abbia adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Ciò posto, lo specifico profilo sollevato con il motivo esame attiene alla configurazione dei rapporti tra responsabile del procedimento e dirigente dell'unità organizzativa, muovendo dal presupposto che una volta nominato il responsabile unico della procedura di affidamento questi goda di una «competenza esclusiva» (in particolare in ordine all'istruttoria procedimentale, per quel che rileva nel caso di specie), in conseguenza della quale il dirigente non potrebbe svolgere direttamente l'istruttoria procedimentale o singoli atti istruttori.

7.3. In questi termini, tuttavia, la tesi non può essere accolta, non potendosi aderire a una rigida distinzione, all'interno del procedimento amministrativo, tra la competenza per la fase istruttoria e quella per l'adozione del provvedimento finale.

Mantenendo il discorso nell'ambito dell'ordinamento degli enti locali, è sufficiente il richiamo alla generale responsabilità del dirigente per la gestione delle procedure di appalto di cui al citato art. 107 T.u.e.l., con il corollario della responsabilità dirigenziale per i ritardi o inadempimenti (cfr. art. 2, comma 9, della legge n. 241 del 1990), ovvero della possibilità per gli interessati di rivolgersi al dirigente dell'unità organizzativa per sopperire a eventuali ritardi o inadempimenti del responsabile del procedimento (art. 2 *cit.*,

commi 9-*bis* e ss.); ipotesi normative che in linea di principio escludono l'esistenza di una preclusione all'adozione di atti dell'istruttoria, possibilità che deve essere riconosciuta al fine di consentire al dirigente di sottrarsi alle responsabilità che altrimenti graverebbero su di lui.

7.4. È pur vero che (per riprendere le parole dell'appellante) non si può giungere ad ammettere il «*totale esautoramento del RUP*», il che comporterebbe la necessità di disporre la sostituzione del funzionario responsabile; tuttavia deve ritenersi consentito lo svolgimento di singoli atti istruttori, come avvenuto nel caso di specie, in cui il dirigente ha direttamente proceduto alla verifica dei requisiti dell'aggiudicatario».

Nota a cura di Paolo Felix Iurich.

Con la pronuncia in commento, il Consiglio di Stato ha affrontato la questione se, nell'ambito della normativa degli enti locali, il Dirigente comunale possa svolgere attività istruttoria e sottoscrivere atti in sostituzione del Responsabile Unico del Procedimento (c.d. RUP).

Nel caso sottoposto all'attenzione del Consiglio di Stato era stato dedotta, tra gli altri motivi, l'incompetenza del Dirigente comunale per aver questi esercitato poteri spettanti al RUP procedendo, in particolare, alla verifica istruttoria sul possesso dei requisiti e alla sottoscrizione della relazione finale istruttoria. Secondo la tesi paventata dall'appellante, il RUP risulterebbe titolare di una competenza esclusiva, soprattutto con riguardo all'istruttoria procedimentale, ricostruzione sostenuta anche da una parte della giurisprudenza di merito, secondo cui il RUP rappresenterebbe «*il dominus della procedura di gara*» (cfr. TAR Lecce 1373/2021).

In primo luogo, prima di analizzare la sentenza in commento, vale la pena osservare come l'incarico di RUP possa essere ricoperto non solo da soggetti con qualifica dirigenziale, ma anche da funzionari sprovvisti di tale qualifica.

Ed invero, va rilevato come spesso accada che negli enti locali di ridotte dimensioni manchino figure dirigenziali, situazione, d'altronde, prospettata dall'art. 109 comma 2 TUEL, il quale prevede che, in assenza di dirigenti, le funzioni dirigenziali siano conferite ai responsabili di servizi privi di tale qualifica.

Peraltro, secondo le Linee Guida ANAC n. 3/2017, attuative del Codice dei contratti pubblici, il RUP può essere nominato anche tra i dipendenti inquadrati con funzioni direttive.

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha precisato che l'art. 31 del Codice dei contratti pubblici, recante la disciplina del RUP, vada applicato tenendo conto delle peculiarità dell'ordinamento degli enti locali e dei principi enucleati dalla L. 241/1990: innanzitutto, la norma *de qua* deve essere coordinata con il disposto di cui all'art. 107 TUEL, disposizione che, come noto, delimita le competenze della dirigenza comunale, attribuendo alla stessa tutte le funzioni di gestione amministrativa, lasciando invece agli organi politici una funzione di indirizzo politico-amministrativa e di controllo.

L'art. 107 rappresenta la norma attributiva delle competenze dei dirigenti, riconoscendo a questi l'emanazione degli atti che «*impegnano l'amministrazione verso l'esterno*», nonché, tra gli altri, «*la responsabilità delle procedure di appalto e di concorso*» e «*la stipulazione dei contratti*».

Dunque, premesso brevemente il complessivo quadro delle competenze dirigenziali nella normativa degli enti locali, emerge, invero, come la competenza nell'adozione degli atti con efficacia esterna spetti alla dirigenza: ne consegue che il RUP privo di detta qualifica non potrebbe emanare provvedimenti conclusivi del procedimento, attesa la rilevanza esterna di simili atti.

Del resto, l'art. 5 della L. 241/1990 prevede come la responsabilità del procedimento (istruttoria ed eventualmente decisoria) possa essere assegnata dal dirigente dell'unità organizzativa preposta a sé medesimo, ovvero ad altro dipendente della propria unità, fermo restando il disposto di cui all'art. 6 comma 1 lett. a) L. 241/1990, secondo cui il responsabile del procedimento adotta il provvedimento finale *“ove ne abbia la competenza”*.

Ed infatti, nel caso in esame, è stato affermato come il citato art. 31 del Codice vada interpretato in conformità al principio per il quale *“gli atti che impegnano l'amministrazione all'esterno debbono essere adottati da organi dotati di qualifica dirigenziale”* secondo quanto previsto dall'art. 107 TUEL, principio che si ricaverebbe *“anche dall'art. 6 comma 1, lett. e)”* della L. 241/1990, norma a carattere generale, applicabile anche alla materia dei contratti pubblici, peraltro, espressamente richiamata dallo stesso art. 31 (comma 3).

Dunque, il Consiglio di Stato ha così negato che al RUP sia riconosciuta una competenza esclusiva di definizione dell'istruttoria procedimentale, sottolineando l'insussistenza di una *“rigida distinzione, all'interno del procedimento amministrativo, tra la competenza per la fase istruttoria e quella per l'adozione del provvedimento finale”*, come accaduto nel caso vagliato dal giudice di appello, nel quale il RUP della procedura era sprovvisto di qualifica dirigenziale.

D'altronde, tra il responsabile e il dirigente non sussiste un vero e proprio rapporto di competenza, atteso che la definizione del procedimento è comunque attribuita al dirigente, al quale spetta l'adozione del provvedimento finale, potendo questi conferire la responsabilità istruttoria a un funzionario, nei confronti del quale mantiene comunque dei poteri di controllo.

Qualora i predetti poteri fossero esercitati in assenza dei presupposti previsti dalla legge, l'atto del dirigente sarebbe posto in difformità rispetto agli artt. 5 e 6 L. 241/1990 e, quindi, il vizio che inficerebbe l'atto andrebbe qualificato non quale incompetenza bensì come violazione di legge.

Inoltre, nella pronuncia in commento il Consiglio di Stato ha ricordato come la *“generale responsabilità del dirigente per la gestione delle procedure di appalto di cui al citato art. 107 T.u.e.l., con il corollario della responsabilità dirigenziale per i ritardi o inadempimenti”* escluda *“l'esistenza di una preclusione all'adozione di atti dell'istruttoria”*.

Insomma, costituirebbe una contraddizione logico-giuridica l'assunto secondo cui il dirigente preposto all'unità organizzativa non possa esercitare poteri rispetto al funzionario incaricato del procedimento, considerato, peraltro, che nei confronti del primo grava anche una complessiva responsabilità di risultato di cui all'art. 21 D.lgs. 165/2001 per mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha precisato che i poteri spettanti al dirigente non possono spingersi fino ad ammettere il *“totale esautoramento del RUP”*, situazione che implicherebbe *“la necessità di disporre la sostituzione del funzionario responsabile”*.

Orbene, da quest'ultimo inciso, il Consiglio di Stato ha implicitamente ammesso la possibilità che il RUP stesso possa essere sostituito e, ovviamente, il titolare del potere sostitutivo è rappresentato dal dirigente dell'unità organizzativa ovvero, nel caso in cui il responsabile sia il dirigente medesimo, dal soggetto individuato dall'organo di governo a norma dell'art. 2 comma 9 bis L. 241/1990. Occorre, invece, indagare in che modo la sostituzione possa avvenire.

Innanzitutto, appare utile accennare brevemente al rapporto che si instaura tra il dirigente e il responsabile del procedimento subordinato al primo. Al riguardo, come già affermato in precedenza, si evince come tra i due soggetti vi sia un rapporto latamente gerarchico, visto che lo stesso dirigente può attribuire la responsabilità del procedimento ad altro funzionario.

È evidente come in quest'ultima fattispecie, nella quale il ruolo di RUP è ricoperto da un funzionario sottordinato al dirigente dell'unità organizzativa, non venga reciso il legame che intercorre tra i due soggetti.

Ed invero, occorre rilevare come tale rapporto sia qualificabile in termini di direzione e coordinamento, nel quale il soggetto sovraordinato non interferisce direttamente nei confronti del subordinato, attraverso il c.d. potere di ordine, ma, anzi, a quest'ultimo sono riconosciuti ampi spazi di autonomia.

L'operato del funzionario, tuttavia, risulta vincolato alle direttive impartite dal dirigente, alle quali deve conformarsi; in tale ottica, diversamente da quanto accade nei rapporti gerarchici "puri", l'organo superiore non gode di un diretto potere di avocazione e di sostituzione, potendo questi attivarsi solamente al ricorrere di determinati presupposti normativamente previsti.

Nonostante ciò, vale la pena precisare che nel rapporto di direzione e coordinamento, pur in assenza di poteri repressivi diretti, si configura un potere di direttiva che vincola a conformarsi al generale indirizzo delineato dall'organo superiore, tant'è che tale rapporto è riconducibile ad un tipo di gerarchia "in senso lato".

In breve, l'esistenza di un siffatto rapporto presuppone che al soggetto sovraordinato siano riconosciuti dei poteri di controllo, di avocazione e finanche di sostituzione in caso di inerzia riguardo il subordinato incardinato presso l'unità organizzativa, come sancito dall'art. 16 D.lgs. 165/2001, secondo cui, nei confronti dei responsabili dei procedimenti, ai dirigenti sono attribuiti "*poteri sostitutivi in caso di inerzia*".

Dunque, ritornando alla fattispecie esaminata dal Consiglio di Stato, il dirigente può senz'altro esercitare poteri sostitutivi, ovviamente al ricorrere dell'inerzia del RUP.

La stessa pronuncia, del resto, ricorda come la Legge sul procedimento amministrativo configuri il potere sostitutivo del dirigente, a norma dell'art. 2 comma 9 bis, quale una vera e propria garanzia volta a "*sopperire a eventuali ritardi o inadempimenti del responsabile del procedimento*", diretta anche al "*fine di consentire al dirigente di sottrarsi alle responsabilità che altrimenti graverebbero su di lui*".

Diniego del permesso di soggiorno per grave pericolosità sociale e bilanciamento con le esigenze familiari

Argomento: immigrazione

(Cons. St., sez. III, 26 maggio 2022, n. 4211)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“1. Come esposto in narrativa, oggetto della controversia è il provvedimento del Questore di [...] che ha rigettato l’istanza di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, presentata dal cittadino [...], in considerazione della circostanza che lo stesso è stato condannato [...] con sentenza del GIP [...] in quanto riconosciuto colpevole del reato continuato di atti sessuali con minori degli anni quattordici [...].

2. [...] L’art. 4, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998, come modificato dall’art. 4, comma 1, lettera b), l. 30 luglio 2002, n. 189 stabilisce che non è ammesso in Italia lo straniero: “...che sia considerato una minaccia per l’ordine pubblico e la sicurezza dello Stato [...] o che risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall’articolo 380 commi 1 e 2 del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale (...)” [...].

La giurisprudenza della Sezione (Cons. Stato, sez. III, 26 giugno 2015, n. 3210) è consolidata nel giudicare legittimo il diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per la pregressa condanna per reati ostativi – qual è quella che ha raggiunto l’appellante – e la norma del T.U. sull’immigrazione ha superato il vaglio di legittimità costituzionale in quanto la valutazione sulla pericolosità sociale è stata eseguita “a monte” dallo stesso legislatore: ne consegue che nelle ipotesi tipizzate non è necessaria alcuna autonoma valutazione da parte del Questore sulla pericolosità sociale del cittadino straniero.

Solo se sussistono vincoli familiari il Questore deve operare il bilanciamento tra gli opposti interessi alla tutela della pubblica sicurezza e alla vita familiare del cittadino straniero, ai sensi dell’art. 5, comma 5, ultimo periodo, d.lgs. n. 286 del 1998. Invero, nell’adottare il provvedimento [...] “si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell’interessato e dell’esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d’origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale”.

Applicando tali coordinate ermeneutiche nel caso all’esame, il provvedimento questorile risulta sufficientemente motivato e indenne dalle censure dedotte dall’appellante.

Invero, il Questore, come correttamente già rilevato dal primo giudice, ha valutato l’intera personalità del soggetto; le modalità delle gravissime condotte tenute dal medesimo nel compimento del reato ascrittogli e il particolare disvalore e allarme sociale che esso desta, hanno indotto a formulare un giudizio di grave pericolosità sociale in capo all’appellante e a dedurre la probabile commissione di altri e nuovi reati, anche della stessa specie.

Anche il bilanciamento della condanna penale con l'interesse all'unità del nucleo familiare dell'appellante risulta adeguatamente effettuato. Invero, nel provvedimento questorile è puntualmente richiamata la normativa che impone il suddetto bilanciamento di interessi e, nello specifico, l'art. 5, comma 5, del T.U. immigrazione, come modificato a seguito dell'intervento della Corte costituzionale. [...]

[...] Ragionevolmente e con un giudizio pienamente condivisibile, la Questura ha ritenuto l'interesse familiare del signor [...] e la durata del soggiorno in Italia recessivi nel bilanciamento con la condanna penale che lo ha raggiunto e con la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, anche alla luce della considerazione che il reato è stato commesso quando la moglie era già da tanti anni in Italia e anche i figli erano già nati, sicché il nucleo familiare e, in particolare, la presenza di minori, non ha agito da deterrente al gravissimo e odioso reato commesso ai danni di una persona ancora in tenera età.

Aggiungasi che la giurisprudenza di questa Sezione (4 maggio 2018, n. 2654) è pacifica nel ritenere che la formazione di una famiglia sul territorio italiano non può costituire scudo o garanzia assoluta di immunità dal rischio di revoca o diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, ossia del titolo in base al quale lo straniero può trattenersi sul territorio italiano. Piuttosto, in casi speciali e situazioni peculiari, che eventualmente esponcano i figli minori del reo a imminente e serio pregiudizio, l'ordinamento – ferma la valutazione amministrativa in punto di pericolosità e diniego di uno stabile titolo di soggiorno – offre, in via eccezionale, e a precipua tutela dei minori, uno specifico strumento di tutela, affidato al giudice specializzato dei minor [...].

Del resto, il Collegio condivide l'orientamento già espresso dalla Sezione che ritiene legittimo il provvedimento di diniego del Questore che, in presenza di condanne per reati di particolare gravità, ai fini della pericolosità sociale, si sia limitato a sottolineare, ai fini del diniego, la particolare gravità dei reati senza spiegare perché gli interessi familiari fossero stati considerati subvalenti rispetto alla sicurezza dello Stato. In particolari casi, connotati da condanne penali per reati di notevole gravità ed allarme sociale, l'obbligo di motivazione sul bilanciamento (con i legami familiari) può essere basato anche sulla gravità del reato, sussistendo una soglia di gravità oltre la quale il comportamento criminale, essendo oggettivamente intollerabile per il paese ospitante, non può mai bilanciarsi con quello privato alla vita familiare. Infatti, la valutazione di pericolosità sociale in concreto è implicitamente ma univocamente riferita alla condanna definitiva per fatti incompatibili con i principi costituzionali che impongono alla Repubblica di garantire la libertà, la dignità e l'integrità fisica di ogni persona (cfr. 26 febbraio 2020, n. 1415; 29 novembre 2019, n. 8175; 29 marzo 2019, n. 2083; 19 febbraio 2019, n. 1161; 4 maggio 2018 n. 2654).

[...] Infine, è irrilevante la circostanza, più volte richiamata dall'appellante a supporto del proprio argomento, di aver subito una unica condanna risalente nel tempo, essendo la stessa sufficiente a dimostrare la pericolosità del soggetto se di particolare gravità [...].”

Nota a cura di Alessandra Coppola.

Con sentenza n. 4211 del 26 maggio 2022, il Consiglio di Stato si è pronunciato in ordine alla legittimità di un provvedimento di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato, presentata da un cittadino straniero condannato alcuni anni prima con sentenza divenuta irrevocabile, parzialmente riformata in appello, per il reato continuato di atti sessuali con minori degli anni quattordici previsto dagli artt. 81, 609-quater, co. 1, n. 1 e 609-septies, co. 4, n. 2 c.p.

La Terza Sezione del Supremo Consesso di Giustizia amministrativa, aderendo al consolidato orientamento della giurisprudenza della medesima Sezione in base al quale *“solo se sussistono vincoli familiari il Questore deve operare il bilanciamento tra gli opposti interessi alla tutela della pubblica sicurezza e alla vita familiare del cittadino straniero”*, con la precisazione che *“in particolari casi, connotati da condanne penali per reati di notevole gravità ed allarme sociale, l’obbligo di motivazione sul bilanciamento (con legami familiari) può essere basato anche sulla gravità del reato”* senza che sia necessario spiegare perché gli interessi familiari siano stati considerati subvalenti rispetto alla sicurezza dello Stato, confermava la sentenza del Tar e concludeva per la legittimità dell’impugnato provvedimento questorile.

Al fine di meglio comprendere la pronuncia in esame, non può prescindersi dall’illustrare brevemente il quadro normativo di riferimento, nonché le coordinate ermeneutiche tracciate dalla giurisprudenza amministrativa in materia di permesso di soggiorno allo straniero condannato per alcuno dei reati precipuamente previsti dal T.U. immigrazione.

Orbene, l’art. 4, co. 3 del D.lgs. n. 286 del 1998, così come modificato dall’art. 4, co. 1, lett. b) della legge del 30 luglio 2002, n. 189, rubricato *“Ingresso nel territorio dello Stato”*, dispone che non è ammesso in Italia lo straniero *“[...] che sia considerato una minaccia per l’ordine pubblico e la sicurezza dello Stato [...] o che risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall’art. 380 commi 1 e 2 del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale [...]”*.

Va soggiunto che l’art. 5, comma 5 del medesimo testo normativo, stabilisce che *“il permesso di soggiorno o suo rinnovo sono rifiutati e, se il permesso di soggiorno è stato rilasciato, esso è revocato, quando mancano o vengono a mancare i requisiti richiesti per l’ingresso e il soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato, fatto salvo quanto previsto dall’art. 22, co. 9, e sempre che non siano sopraggiunti nuovi elementi che ne consentano il rilascio e che non si tratti di irregolarità amministrative sanabili”*.

Per quanto di interesse in tal sede, è d’uopo precisare che l’ultimo periodo dell’articolo pocanzi citato specifica che *“nell’adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto, ai sensi dell’art. 29, si tiene anche conto della natura e dell’effettività dei vincoli familiari dell’interessato e dell’esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d’origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale”*.

Tanto premesso, va subito rilevato che la giurisprudenza amministrativa è oramai consolidata nel giudicare legittimo l’automatismo espulsivo derivante dalla pregressa condanna per uno dei reati ostativi tassativamente previsti dall’art. 380, co. 1 e 2 del codice di procedura penale. Invero, la commissione di uno dei reati *de quibus*, caratterizzati da particolare gravità e allarme sociale, preclude la permanenza in Italia per una scelta operata a monte dal legislatore, senza che sia quindi necessario l’accertamento in concreto della pericolosità sociale del cittadino straniero, né la valutazione del suo grado di integrazione nel contesto sociale italiano (*ex plurimis* Cons. St., Sez. III, 6 novembre 2019, n. 7582).

L’unica eccezione all’operatività dell’automatismo anzidetto è costituita dalla sussistenza di eventuali legami familiari del “richiedente-condannato” con soggetti residenti in Italia. In particolare, rilevato che con sentenza del 18 luglio 2013, n. 202 la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 5, co. 5 del d.lgs. n. 286/1998, nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che “ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare” o al “familiare ricongiunto”, e non anche allo straniero “che abbia legami familiari nel territorio dello Stato”,

in tali ipotesi, pur in presenza di condanne penali, al fine di rilascio del permesso per soggiornanti di lungo periodo ex art. 9 del d.lgs. n. 286/98, si impone una valutazione comparativa discrezionale dell'interesse alla sicurezza pubblica e di quello dello straniero alla tutela dei propri rapporti familiari, unitamente ad ulteriori elementi quali la durata del soggiorno e l'inserimento sociale e lavorativo dell'istante (*ex multis* Cons. St., sez. III, 13 novembre 2020, n. 7028).

Quindi, per riassumere, *“solo se sussistono vincoli familiari il Questore deve operare il bilanciamento tra gli opposti interessi alla tutela della pubblica sicurezza e alla vita familiare del cittadino straniero, ai sensi dell'art. 5, co. 5, ultimo periodo, d.lgs. n. 286 del 1998 [...] e nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, del familiare ricongiunto, ovvero dello straniero che abbia legami familiari nel territorio dello Stato [...], si tiene anche conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine, nonché, per lo straniero già presente sul territorio nazionale, anche della durata del suo soggiorno nel medesimo territorio nazionale”*. Si soggiunga che, nell'aderire all'orientamento pocanzi illustrato, il Consiglio di Stato ha, tuttavia, precisato che *“la formazione sul territorio italiano non può costituire scudo o garanzia assoluta di immunità dal rischio di revoca o diniego di rinnovo del permesso di soggiorno, ossia del titolo in base al quale lo straniero può trattenersi sul territorio italiano”*. Piuttosto, soltanto in via eccezionale e a precipua tutela dei minori *“il Tribunale per i minorenni, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute del minore che si trova nel territorio italiano, può autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato [...]*”(così la sentenza in commento).

Riconoscendo assolto l'onus motivazionale da parte del Questore, la Terza Sezione del Consiglio di Stato, nella sentenza in commento, ha precisato che comunque, in presenza di condanne per reati di particolare gravità, non è necessario, ai fini del diniego, spiegare nel dettaglio il perché gli interessi familiari siano stati riconosciuti subvalenti rispetto alla sicurezza dello Stato.

E', invero, orientamento costante nella giurisprudenza amministrativa quello secondo cui *“in particolari casi, connotati da condanne penali per reati di notevole gravità ed allarme sociale, l'obbligo di motivazione sul bilanciamento (con i legami familiari) può essere basato anche sulla gravità del reato, sussistendo una soglia di gravità oltre la quale il comportamento criminale essendo oggettivamente intollerabile per il paese ospitante, non può mai bilanciarsi con quello privato alla vita familiare”* (*ex multis* Cons. St., sez. III, 29 marzo 2019, n. 2083).

Più di precipuo, talune fattispecie di reato (tra cui indubbiamente figura quella di atti sessuali con minori di anni quattordici), considerata la tipologia e la gravità del reato commesso, risultano incompatibili *“non solo con i valori fondanti della nostra Comunità nazionale, ma anche con l'interesse alla stabilità del nucleo familiare interessato, in quanto in questo caso la valutazione di pericolosità sociale dell'appellato risulta essere stata adeguatamente riferita alla condanna per fatti che risultano gravemente contrastanti con il principio fondamentale sancito dall'art. 2 della Costituzione, che impone alla Repubblica di garantire i diritti inviolabili della persona sia come singolo, sia nelle formazioni sociali –come il nucleo familiare– in cui svolge la propria personalità [...]*” (Cons. St., sez. III, 29 novembre 2019, n. 8175).

Del resto, è proprio *“nell'interesse familiare, ed in particolare l'esigenza di garantire i diritti inviolabili delle altre persone componenti il nucleo familiare ai sensi del citato art. 2 Cost. a rafforzare ed imporre un ancora più tempestivo intervento della Repubblica italiana, al fine di allontanare l'autore di reati incompatibili con le ragioni fondanti della nostra Repubblica sia dalla Comunità nazionale, sia dalle altre persone del nucleo familiare già lese o potenzialmente messe in pericolo dal medesimo soggetto”* (Cons. St., sez. III, 29 novembre 2019, n. 8175).

Il sindacato giurisdizionale sull'aggiudicazione disposta in favore di un o.e. con gravi illeciti professionali

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., sez. V, 30 maggio 2022 n. 4362)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“L’attribuzione all’amministrazione della valutazione discrezionale sull’affidabilità e integrità dell’operatore economico ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 è conforme alla normativa ed alla giurisprudenza euro-unitarie, in specie al considerando n. 101 ed all’art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE, come interpretati dalla Corte di Giustizia UE, da ultimo nella sentenza 19 giugno 2019 in causa C-41/18.

[...] 5.2. Le coordinate ermeneutiche fornite dal giudice europeo sono coerenti col testo dell’art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016, che ha letteralmente trasposto l’art. 57, par. 4, lett. c), della direttiva.

Essendo consentito alla stazione appaltante di dimostrare “con mezzi adeguati” l’illecito professionale grave, la relativa determinazione non può prescindere da una motivazione adeguata alle circostanze del caso concreto e priva di automatismi (cfr., ampiamente, Cons. Stato, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16).

5.3. In definitiva, il sindacato del giudice amministrativo è necessariamente un sindacato sulla motivazione, nel senso che il giudice è tenuto a valutare se, alla luce delle ragioni articolate nella motivazione del provvedimento, la stazione appaltante abbia espresso il proprio giudizio di affidabilità/inaffidabilità o integrità/non integrità del concorrente e se la valutazione non sia connotata da illogicità, irrazionalità, abnormità o, comunque, da travisamento dei fatti (cfr., tra le altre, Cons. Stato V, 6 aprile 2020, n. 2260).

5.4. In merito, poi, alla valutazione della quale devono essere esplicitate le ragioni nella motivazione del provvedimento, va dato seguito alla giurisprudenza che evidenzia i due livelli della complessiva verifica del grave illecito professionale ad effetto escludente rimessa all’amministrazione: da un lato, la qualificazione oggettiva del comportamento pregresso come comportamento in grado di incrinare l’affidabilità e l’integrità dell’operatore economico nei rapporti con l’amministrazione; dall’altro, il rapporto tra il fatto così qualificato ed il contratto oggetto dell’affidamento, “*così da poter declinare in termini relativi e concreti la nozione di inaffidabilità e assenza di integrità, ai fini della specifica procedura di gara interessata*” (Cons. Stato, V, 8 gennaio 2021, n. 307; id., 13 maggio 2021, n. 3772).

Con la precisazione che, quando l’illecito professionale consiste in una vicenda a rilevanza penale, l’apprrezzamento della stazione appaltante deve investire il comportamento (o il fatto) in sé, senza arrestarsi alla qualificazione ed al trattamento riservato in sede penale (cfr. Cons. Stato, III, 11 agosto 2021, n. 5852; V, 9 gennaio 2020, n. 158; 6 aprile 2020, n. 2260).

6. La sola lettura del provvedimento oggetto del presente contenzioso consente di dare risposta affermativa alla questione concernente la chiara espressione del giudizio di affidabilità di -OMISSIS3- da parte

della Regione Autonoma della Sardegna e di confermare perciò l'affermazione della sentenza appellata secondo cui *“nel caso in esame la valutazione della stazione appaltante vi è stata e ... si è svolta in termini analitici e diffusi?”*.

La Regione ha espresso un netto giudizio di affidabilità della società, che, sempre secondo quanto affermato in sentenza, risulta essere *“il frutto di un esame approfondito condotto dalla Regione in ordine ai molteplici elementi dettagliatamente esaminati?”*.

6.1. La motivazione della sentenza è idonea a dare conto – all'esito della riproduzione dei passaggi essenziali del provvedimento impugnato, a comprova dell'attenta considerazione del suo contenuto – delle ragioni per le quali il tribunale ha ritenuto - respingendo perciò le corrispondenti doglianze della ricorrente - la completezza dell'istruttoria (per la molteplicità degli elementi considerati e l'accuratezza del loro esame) e la non illogicità né irragionevolezza del giudizio di affidabilità tratto dalla stazione appaltante (previa, come si dirà, autonoma valutazione dei fatti e delle informazioni a disposizione dell'amministrazione in merito alla vicenda penale nella quale era coinvolto il socio ed amministratore -OMISSIS-, nonché alle loro ripercussioni sull'operato della società)”).

Accordi di cooperazione internazionale, accesso civico (semplice e generalizzato) e segreto di Stato

Argomento: accesso agli atti

(Cons. St., sez. III, 10 giugno 2022, n. 4735)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“6.- [...] è opportuno, in via pregiudiziale, osservare che l’eventuale natura politica e non amministrativa degli accordi oggetto di causa [...] non può rilevare ai sensi dell’art. 7 cod. proc. amm., primo comma, seconda parte, perché la sottrazione alla giurisdizione amministrativa ivi prevista con riferimento agli atti politici riguarda la loro impugnazione, ossia il sindacato sull’esercizio del potere politico e, specularmente, sul suo mancato esercizio [...] sindacato che ovviamente non è esercitabile nell’ipotesi dell’azione volta alla tutela del diritto di accesso civico.

[...] 8.1.- [...] Gli artt. 1, 2, 3 e 5 del d.lgs. n. 33 del 2013, nell’enucleare i principi di trasparenza e conoscibilità sottesi all’intero decreto [...] fanno riferimento non già agli atti amministrativi ma ai dati, alle informazioni e ai documenti detenuti dalla pubblica amministrazione.

Anche le più (per lo meno apparentemente) ristrette formule utilizzate dal legislatore con riferimento alla nozione di documento amministrativo oggetto di accesso difensivo riguardano, del resto, *«ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale»* (così l’art. 22, comma 1, lettera *d*, della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...]), ovvero *«ogni rappresentazione, comunque formata, del contenuto di atti, anche interni, delle pubbliche amministrazioni o, comunque, utilizzati ai fini dell’attività amministrativa»* (così l’art. 1, lettera *a*, del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 [...]).

Da tanto consegue che, anche ai fini dell’accesso difensivo, *«la 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 [...], 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»* (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, sentenza 25 settembre 2020, n. 20).

Nel caso di specie, gli accordi internazionali [...], per come affermato dallo stesso Ministero dell’interno, trattando *«delle modalità tecniche finalizzate alla cooperazione dei due Paesi in materia di gestione delle frontiere e lotta al traffico di migranti»* [...] sono accordi *«di natura operativa per la collaborazione istituzionale di polizia finalizzata ai controlli di prevenzione e contrasto all’immigrazione clandestina»* [...].

Si tratta, cioè, di documenti detenuti dalla pubblica amministrazione e riguardanti un’attività di pubblico interesse, nonché, in ogni caso, di documenti detenuti ed utilizzati dalla pubblica amministrazione, oltre che significativamente collegati con lo svolgimento dell’attività amministrativa di polizia, nel perseguimento di chiare finalità di interesse generale.

8.2.- Fatte queste precisazioni, può passarsi all'esame del criticato assunto da cui muove il Tar [...], secondo cui la ritenuta natura tecnico-amministrativa degli accordi in esame escluderebbe la loro natura di accordi internazionali in forma semplificata (e, quindi, l'obbligo di pubblicazione).

Tale assunto, in effetti, non è condivisibile.

[...] ciò che rileva ai fini dell'obbligo di pubblicazione degli accordi internazionali, compresi quelli in forma semplificata, non è dunque la loro natura amministrativa o politica, quanto piuttosto l'assunzione, da parte dello Stato italiano, di impegni nei confronti di uno Stato estero.

A conferma di tale interpretazione concorre la *ratio* di garanzia [...] con cui il legislatore, nel prevedere l'obbligo di pubblicazione (e di comunicazione al Parlamento) non solo dei trattati ma anche degli accordi internazionali in forma semplificata, ha inteso perseguire il duplice obiettivo di consentire il controllo democratico, dei cittadini e delle Camere, sulla politica estera del Governo e, per tale via, di contrastare il fenomeno, ben noto alla dottrina costituzionalistica, della "*fuga*" dall'autorizzazione parlamentare alla ratifica prevista dall'art. 80 della Costituzione per il caso di trattati «*di natura politica*» [...].

Da ultimo, proprio la stessa necessaria distinzione rispetto ai trattati, aventi natura politica ed assoggettati, nel disegno del Costituente, all'autorizzazione parlamentare e alla ratifica del Presidente della Repubblica (art. 87, comma 8, Cost.), impone di ritenere che negli accordi in forma semplificata rientrino anche, se non esclusivamente, quelli tecnico-amministrativi [...].

[...] 8.3.- È opinione del Collegio (ma, più o meno esplicitamente, anche del primo giudice e delle parti) che, ove si ravvisi l'obbligo di pubblicazione ai sensi degli artt. 1 e 4 della legge n. 839 del 1984, il suo inadempimento comporti che gli accordi in questione possano essere oggetto di accesso civico semplice [...].

L'attrazione degli accordi in questione all'ambito di operatività dell'accesso civico semplice comporta, altresì, che non possono rilevare le cause di esclusione indicate dall'art. 5-*bis* del medesimo decreto legislativo [...].

Non può invece ritenersi condivisibile l'opzione ermeneutica che riconduce all'area di operatività dell'accesso civico generalizzato, per come introdotto dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 [...] non solo gli atti non oggetto di pubblicazione obbligatoria, ma anche quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria in forza di norme esterne al citato decreto e, in particolare e per quanto qui rileva, gli atti assoggettati a pubblicazione dalla legge n. 839 del 1984.

[...] L'approccio interpretativo in esame non può essere seguito, sia perché si porrebbe in insanabile contrasto con la chiara lettera del comma 1, che fa riferimento a tutti gli obblighi di pubblicazione imposti dalla legislazione vigente, sia perché colliderebbe con la stessa *ratio* ispiratrice della riforma operata dal d.lgs. n. 97 del 2016, che ha introdotto, sul modello del FOIA (*Freedom of Information Act*), l'accesso civico generalizzato per ampliare e non per ridurre la trasparenza dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni.

Una simile riduzione della portata applicativa dell'accesso civico semplice ad opera di una legge che aveva la finalità opposta di innalzare il livello di trasparenza avrebbe piuttosto dovuto essere oggetto di una espressa previsione normativa, la cui sede naturale sarebbe stata proprio il comma 1 dell'art. 5.

[...] Nonostante, infatti, il d.lgs. n. 33 del 2013 non indichi espressamente il segreto di Stato quale clausola d'esclusione dall'accesso civico semplice (a differenza di quanto avviene per quello generalizzato), il principio di trasparenza, sotteso ad entrambe le forme di accesso, non può certamente rendere inoperante

l'istituto del segreto, che resta strumento irrinunciabile per tutelare supremi ed insopprimibili interessi dello Stato [...]".

La rilevanza delle pregresse vicende professionali dichiarate dal concorrente

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., sez. IV, 14 giugno 2022, n. 4831)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“[...] Il primo ordine di rilievi svolto dalla società -OMISSIS- riguarda le argomentazioni con cui il primo giudice – esaminando congiuntamente i motivi dal primo al sesto del ricorso principale - ha ritenuto che le vicende penali indicate nel D.G.U.E. non siano rilevanti ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50/2016, poiché si riferiscono a fatti risalenti a più di tre anni prima del 10 agosto 2020, termine ultimo fissato per la presentazione delle offerte nella gara in esame.

[...] [A]i sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. 50/2016, l’esclusione per motivi di onorabilità e affidabilità è rimessa all’ampia valutazione discrezionale della stazione appaltante così come è discrezionale la valutazione di cui alle successive lettere c- *bis*, c-*ter* e c-*quater*; in tal senso, l’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato ha ribadito che relativamente al giudizio svolto dalla stazione appaltante operano “*i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l’amministrazione sola è chiamata a fissare "il punto di rottura dell’affidamento nel pregresso e/ o futuro contraente"* [Cassazione, sezioni unite civili, nella sentenza del 17 febbraio 2012, n. 2312, che ha annullato per eccesso di potere giurisdizionale una sentenza di questo Consiglio di Stato che aveva a sua volta ritenuto illegittimo il giudizio di affidabilità professionale espresso dall’amministrazione in relazione all’allora vigente art. 38, comma 1, lett. f), dell’abrogato codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163]; limiti che non escludono in radice, ovviamente, il sindacato della discrezionalità amministrativa, ma che impongono al giudice una valutazione della correttezza dell’esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all’attendibilità della scelta effettuata dall’amministrazione” (decisione n. 16 del 20 agosto 2020, par. 15);

- la stazione appaltante che procede all’ammissione alla gara di un’impresa, non ritenendo rilevanti le pregresse vicende professionali dichiarate dal concorrente, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicitamente o *per facta concludentia*, ossia con la stessa ammissione alla gara dell’impresa (Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1500; *id.* 9 settembre 2019, n. 6112);

- la motivazione può essere ricavata *per relationem* dall’adesione della stazione appaltante alle argomentazioni con cui, nel rendere le rispettive controdeduzioni, le società partecipanti alla gara hanno contestualmente indicato le ragioni idonee ad escludere l’incidenza delle vicende ivi indicate sulla propria integrità e affidabilità professionale (Cons. Stato, sez. IV, 10 novembre 2021, n. 7501).

- è invece il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione della esistenza di un illecito professionale e sulla sua qualificazione in termini di “gravità” tali da minare la affidabilità del concorrente, a

necessitare di una espressa e puntuale motivazione; la stazione appaltante deve quindi motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2020, n. 2850; id., VI, 18 maggio 2016, n. 3198);

- solo una pregressa vicenda professionale che appaia, *ictu oculi*, di particolare rilevanza, impone alle Amministrazioni oneri positivi di istruttoria e di motivazione, in funzione di tutela delle legittime aspirazioni degli altri concorrenti e del più generale interesse pubblico alla retta e trasparente conduzione della procedura (Cons. Stato, sez. V, n. 1500 del 2021, cit.).

Nel caso di specie, emerge dagli atti che la stazione appaltante ha svolto una approfondita istruttoria in merito alla moralità professionale di entrambe le società poiché le stesse avevano sollecitato in corso di gara la reciproca esclusione in forza di pregresse vicende giudiziarie ovvero di omissioni dichiarative.

All'esito di tale subprocedimento, il Comune ha deciso di ammettere alle successive fasi della gara entrambe le società, sulla base di un provvedimento plurimotivato in cui ha dato conto di tutte le contestazioni mosse alle concorrenti da parte della rispettiva avversaria e delle ragioni del loro superamento [...] Per quanto riguarda la società -OMISSIS-, il Comune ha esaminato nel merito tutte le vicende dichiarate (e quindi non soltanto quelle rientranti nel triennio di rilevanza), ritenendo non sussistenti elementi critici ai fini del giudizio di affidabilità in quanto:

“- *Non risultano sentenze di condanna né provvedimenti che abbiano rilievo relativamente alla gara in esame; - I procedimenti penali contestati non sono risultati ostativi ai fini dell'iscrizione della -OMISSIS-nella White list degli operatori non soggetti a tentativi di infiltrazione malavitosa [...]*”.

[...] Deve altresì convenirsi con il Comune che, in ogni caso, il decorso del tempo costituisce naturalmente un elemento di valutazione, non solo e non tanto alla luce del termine ostativo di cui all'art. 80, comma 10 – bis d.lgs. 50/2016 (quale che sia la corretta interpretazione delle disposizioni interne ed europee in ordine alla decorrenza della rilevanza triennale delle “mende” morali) ma, in primo luogo, alla luce del principio di proporzionalità.

[...]

L'Amministrazione ha [...] legittimamente ritenuto tali episodi, relativi ad altre gare, non ostativi all'ammissione di -OMISSIS-, in linea con l'orientamento richiamato dal T.a.r., secondo cui “*il partecipante ad una gara di appalto non è tenuto a dichiarare le esclusioni comminate nei suoi confronti in precedenti gare per aver dichiarato circostanze non veritiere, poiché, al di là dei provvedimenti sanzionatori spettanti all'ANAC in caso di dolo o colpa grave nel mendacio, la causa di esclusione dell'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione si riferisce – e si conclude – all'interno della procedura di gara in cui è maturata (in termini, Cons. Stato, V, 9 gennaio 2019, n. 196; V, 21 novembre 2018, n. 6576; V, 13 settembre 2018, n. 5365; V, 26 luglio 2018, n. 4594)*” (Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2021, n. 1000)”.

Il principio di equivalenza delle offerte

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., sez. V, 20 giugno 2022 n. 5027)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“3.3. Per consolidato orientamento giurisprudenziale, il principio di equivalenza di cui all’art. 68 del Codice dei contratti pubblici – che attua l’art. 42 della direttiva 2014/24/UE e permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica, rispondendo, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità, buon andamento e libertà d’iniziativa economica privata e, dall’altro, al principio di libera concorrenza, che vedono quale corollario il *favor participationis* alle pubbliche gare (Cons. Stato, V, 17 febbraio 2022, n.1186; III, 10 febbraio 2022, n. 1006) – è finalizzato a evitare che un’irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici precluda l’ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (Cons. Stato, III, 7 gennaio 2022, n. 65; IV, 7 giugno 2021, n. 4353).

In altri termini, il principio di equivalenza presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante (Cons. Stato, III, 7 luglio 2021, n. 5169; 22 novembre 2017, n. 5426), quale “conformità sostanziale” con le specifiche tecniche, nella misura in cui queste vengano nella sostanza soddisfatte (Cons. Stato, V, 25 marzo 2020, n. 2093): indi, nell’ambito di una procedura a evidenza pubblica, le caratteristiche minime stabilite nella documentazione di gara non debbono intendersi come vincolanti nel *quomodo*, ma soltanto *quoad effectum*, nel senso che le offerte sono ritenute rispettose della *lex specialis* laddove siano, comunque, capaci di conseguire il fine ultimo dell’affidamento (Cons. Stato, IV, n. 4353 del 2021, cit.).

Ne deriva, sul piano applicativo, che la stazione appaltante opera il giudizio di equivalenza sulle specifiche tecniche dei prodotti offerti in gara non attenendosi a riscontri formalistici, bensì sulla base di criteri di conformità sostanziale delle soluzioni tecniche offerte; deve all’uopo registrarsi una conformità di tipo funzionale rispetto alle specifiche tecniche indicate dal bando: specifiche che, in questo modo, “*vengono in pratica comunque soddisfatte*” (Cons. Stato, III, 2 settembre 2013, n. 4364; 29 marzo 2018, n. 2013).

I limiti dell’applicazione del principio di equivalenza individuati dalla giurisprudenza sono strettamente connessi alla sua *ratio*. Se, infatti, il principio è diretto ad evitare che le norme obbligatorie, le omologazioni nazionali e le specifiche tecniche possano essere artatamente utilizzate per operare indebite esclusioni dalla gare pubbliche, fondate sul pretesto di una non perfetta corrispondenza delle soluzioni tecniche offerte con quelle richieste, ne viene come diretta conseguenza che esso, quale misura diretta ad assicurare che la valutazione della congruità tecnica dell’offerta non si risolva in una verifica formalistica ma consista nell’apprezzamento della sua conformità sostanziale alle specifiche tecniche inserite nella *lex specialis*, non possa essere invocato per ammettere offerte tecnicamente inappropriate (Cons. Stato, III, 2 marzo 2018 n. 1316) o che comprendano soluzioni che, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispettino le caratteristiche tecniche obbligatorie, configurandosi come un *aliud pro alio* (Cons. Stato, III, 9 febbraio 2021, n. 1225/2021; V 25 luglio 2019, n. 5258; III, 28 settembre 2018, n. 5568”).

La qualificazione cumulativa dei consorzi stabili

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., sez. V, 22 agosto 2022 n. 7360)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“3.1.- Vale rammentare, in premessa, che l’art. 47, comma 1 del Codice (non interessato dalle recenti modifiche normative) prevede che, per i soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettere b) e c) – e, dunque, anche per i “consorzi stabili” – i “requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l’ammissione alle procedure di affidamento” debbano essere, come d’ordinario, “posseduti” dagli stessi e, all’uopo, “comprovati”, fatta eccezione per quelli relativi “alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera, nonché all’organico medio annuo”, i quali – “ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate” – sono suscettibili di computo cumulativo.

La disposizione suona, nella sua formulazione letterale, identifica a quella già trasfusa nel corpo del previgente art. 35 del d. lgs. n. 163/2006, e nondimeno – opportunamente rimeditando sul punto, anche sulla scorta della interpretazione avallata, sia pure per obiter dictum, dalla adunanza plenaria n. 5/2021, l’orientamento espresso anche in tempi recenti dalla Sezione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 marzo 2021, n. 2588, cui la sentenza appellata ha, segnatamente, inteso dare seguito) – va acquisita restrittivamente, nel senso della (rigorosa) limitazione (dell’ambito) della scolpita facoltà di cumulo.

Milita in tal senso [...] il nuovo ‘contesto’ normativo, dal quale risulta espunta la previsione di cui al previgente art. 36, comma 7, la quale (non operando, ai fini in parola, alcuna distinzione tra imprese designate o meno per l’esecuzione delle prestazioni) aveva legittimato un intendimento comprensivo, lato e generalizzato del cumulo, detto appunto e genericamente “alla rinfusa”.

In definitiva, proprio la mancata riproduzione del testo dell’art. 36, comma 7 cit. (in base alla quale “il consorzio stabile si qualifica[va] sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”) suggerisce (ed anzi impone) di abbandonare l’orientamento esegetico che, sulla sua scorta, era maturato, restringendo la praticabilità del cumulo ai (soli) aspetti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera, nonché all’organico medio annuo.

[...] l’argomentazione sistematica obbedisce, in quanto tale, ad una direttiva ermeneutica secondaria, che non può far premio sul non equivoco dato linguistico – l’argomento prova troppo (e si risolve, di fatto, in un esito non plausibilmente correttivo), atteso che l’attitudine proconcorrenziale resta comunque confermata (senza la necessità di decampare dei limiti del tratto testuale della norma e sia pure nei limiti più restrittivi rimessi alla non implausibile opzione legislativa) dalla perdurante possibilità del ricorso alla forma consortile per consentire ad imprese prive di requisiti di accedere alle procedure di gara.

Le conclusioni che precedono, desunte dalla aggiornata esegesi del comma 1 dell’art. 47, trovano conferma nella disciplina del comma 2, così come riformulata dal d.l. n. 32/2019 (c.d. sbloccacantieri).

Invero, [...] i consorzi stabili potevano alternativamente utilizzare, ai fini della qualificazione: a) “i requisiti [...] maturati in proprio”; b) quelli “posseduti dalle singole imprese consorziate”, che fossero state

“designate per l’esecuzione delle prestazioni”; c) quelli “delle singole imprese consorziate non designate per l’esecuzione del contratto”, in tal caso “mediante avvalimento”.

Per contro, l’attuale versione dell’art. 47, comma 2 non menziona più la facoltà del consorzio di ricorrere all’avvalimento, ai fini della utilizzazione dei requisiti di qualificazione delle consorziate non designate come esecutrici e si limita a prevedere l’alternativa facoltà di eseguire il contratto “con la propria struttura” ovvero “tramite i consorziati” all’uopo “indicati in sede di gara”, con la precisazione che, in tal caso, non si tratta – ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante – di “subappalto”. La disposizione demanda, poi, al regolamento di cui all’art. 216, comma 27 octies, la definizione – “ai fini della qualificazione di cui all’art. 84” – dei “criteri per l’imputazione” delle prestazioni eseguite.

Ne discende, in virtù del congiunto operare delle due disposizioni: a) che i consorzi stabili che intendano eseguire le prestazioni “con la propria struttura” devono dimostrare (e comprovare con le modalità ordinarie) il possesso, in proprio, dei “requisiti di idoneità tecnica e finanziaria” per l’ammissione alle procedure di affidamento, salva la facoltà di “computare cumulativamente” i (soli) requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera e all’organico medio annuo, quand’anche posseduti “dalle singole imprese consorziate”, ancorché non designate alla esecuzione; b) che possano, alternativamente, affidarsi (senza che ciò costituisca subappalto) alle imprese consorziate, all’uopo indicate in sede di gara, che ne risultano corresponsabili.

In quest’ultimo caso, la norma non chiarisce espressamente (il che dà ragione al contrasto esegetico) le modalità di qualificazione dei consorziati designati per l’esecuzione (naturalmente, nell’unico caso in cui la questione si ponga, che è, all’evidenza, quello in cui gli stessi non possano dimostrarne il possesso in proprio).

Dal comma 47, comma 1 discende de plano, in ogni caso, l’operatività, sia pure limitata, del cumulo: di tal che (in ciò risolvendosi l’effetto proconcorrenziale della regola) la carenza di requisiti tecnici (in quanto attinenti alle risorse reali: attrezzature e mezzi) o professionali (attinenti alle risorse umane in senso quantitativo: organico medio) non preclude la partecipazione alla gara e l’assunzione dell’impegno ad eseguire le prestazioni contrattuali, potendo l’impresa “avvalersi” dei requisiti del consorzio (o, in via mediata, delle altre consorziate non esecutrici).

Ne discende, [...] debba applicarsi la regola generale che impone a ciascun concorrente la dimostrazione del possesso dei “requisiti” e delle “capacità” di qualificazione (artt. 83 e 84). Il che non vuol dire, beninteso, che l’impresa consorziata non qualificata non possa valorizzare i requisiti posseduti, in proprio, dal consorzio stabile ovvero dalle consorziate non esecutrici: ma solo che, in tal caso – lungi dal poter sfruttare il meccanismo del “cumulo automatico” – ha l’onere di ricorrere all’ordinario strumento dell’avvalimento (art. 89).

[...] In definitiva, alla luce dell’attuale quadro normativo, si deve concludere nei complessivi sensi per cui: a) la possibilità di “qualificazione cumulativa”, nell’ambito dei consorzi stabili, è limitata ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi d’opera e all’organico medio annuo (cfr. art. 47, comma 1); b) i consorzi stabili possono, per tal via, partecipare alle gare qualificandosi in proprio (art. 47, comma 2, prima ipotesi) e comprovando i propri requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, potendo, a tal fine, cumulare attrezzature, mezzi d’opera e organico medio annuo di tutte le consorziate (con il limite, non codificato ma implicito, del divieto di cumulo in caso di autonoma partecipazione, alla medesima gara, dell’impresa consorziata, che autorizzerebbe – di là dalla paradossale vicenda del concorso competitivo

con cooperazione qualificatoria – una implausibile valorizzazione moltiplicativa dei medesimi requisiti: cfr., per la relativa vicenda, Corte di Giustizia UE, C-376/08, 23 dicembre 2009);

c) i consorzi stabili, anche quando partecipino e si qualifichino in proprio, possono eseguire la prestazione (oltreché con la propria struttura) per il tramite delle consorziate, ancorché non indicate come esecutrici in sede di gara (onde, in chiara – seppur circostanziata – prospettiva proconcorrenziale, il ricorso alla struttura consortile consente ad imprese non qualificate di partecipare, sia pure indirettamente, alle procedure di affidamento): si tratterebbe – nella ricostruzione di ad. plen. n. 5/2021, che argomenta dal confronto con la previgente formulazione dell’art. 47, comma 2, di “una forma di avvalimento attenuata dall’assenza di responsabilità”: che, benché si tratti, va riconosciuto, di formula men tecnicamente rigorosa che sostanzialmente espressiva, sintetizza un condivisibile corollario di sistema);

d) in alternativa, il consorzio può, in sede evidenziale, designare, per l’esecuzione del contratto, una o più delle imprese consorziate (che, in tal caso, partecipano direttamente alla gara, concorrendo alla sostanziale formulazione dei tratti, anche soggettivi, dell’offerta ed assumendo, in via solidale, la responsabilità per l’esatta esecuzione, ancorché la formalizzazione del contratto sia rimessa al consorzio, che è parte formale: cfr., ancora, Cons. Stato, ad. plen., n. 5/2021 cit.);

e) in tal caso (che è quello in cui si sussume la vicenda di specie) è necessario che le imprese designate possiedano e comprovino (con la ribadita salvezza dei, limitati e specifici, casi di qualificazione cumulativa) i requisiti, tecnici e professionali, di partecipazione”.

Sull'avvalimento esperienziale

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., sez. VI, 24 agosto 2022, n. 7438)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“Con la sintetica formula linguistica di “*avvalimento esperienziale*” si fa riferimento alla forma di *avvalimento (necessariamente) operativo* che – giusta la previsione dell’art. 89, comma 1 d. lgs. n. 50/2016, in coerenza con l’art. 63, § 1 della Direttiva n. 24/2014/UE, concerne “*i titoli di studio e professionali*” e le “*esperienze professionali pertinenti*”, in ordine ai quali la valorizzazione cooperativa “*delle capacità di altri soggetti*” postula, in termini condizionanti, che “*questi ultimi esegu[a]no direttamente*” (e, per l’effetto, si impegnino effettivamente ad eseguire personalmente, non limitando l’apporto ausiliario alla mera “*messa a disposizione*”, per la durata dell’appalto, delle relative “*risorse necessarie*”, di cui il concorrente ausiliato fosse carente) “*i lavori o i servizi per cui tali capacità s[ia]no richieste*”.

La regola trae il suo fondamento dal carattere e dalla natura essenzialmente intellettuale di tali servizi (tra cui rientrano la progettazione, la direzione dei lavori, la vigilanza e il controllo sulla esecuzione del contratto etc.), che ne postulano l’esecuzione necessariamente personale.

D’altra parte, trattandosi di apprezzare l’idoneità del contratto di avvalimento nella prospettiva *a priori* della verifica dei requisiti di partecipazione alla procedura evidenziale, è chiaro che il tratto testuale della condizione posta dall’art. 84 (“*se [...] eseguono direttamente*”) va acquisito (palesandosi altrimenti illogico) nei sensi prospettici e programmatici della idoneità dell’assunzione, *in parte qua*, dell’impegno diviso: sicché – ad integrazione del generico canone dell’obbligo “*a mettere a disposizione*” le risorse, reali o personali – il contratto deve prevedere, in termini chiari e non equivoci, il (più specifico) *impegno* o *promessa* ad “*eseguire direttamente*”, sì da garantire, in tal senso, la stazione appaltante.

Nel caso di specie, importa osservare: *a*) che – all’evidenza – è irrilevante il mero (ed in sé anodino) richiamo all’art. 89 cit. (che comprende anche modalità di avvalimento ordinario, ancorché operativo), non meno che (genericamente) alla *lex specialis*: dovendo, nel senso chiarito, l’impegno alla esecuzione diretta essere *specifico, concreto ed espresso*; *b*) che non è dirimente - a fronte del mero impegno a mettere a disposizione le proprie risorse (che, di nuovo, connota genericamente l’avvalimento in quanto tale) – il concorrente ed incidentale riferimento prospettico alla “*esecuzione delle relative prestazioni di appalto*”: e ciò in quanto la proposizione finale, di suo, incorpora e veicola una (generica ed omnicomprensiva) destinazione impressa alla dichiarata “*messa a disposizione*” delle risorse, ma non la qualifica nei sensi della “*personale*” esecuzione”.

Bando, disciplinare e capitolato speciale d'appalto: gerarchia differenziata all'interno della complessiva documentazione di gara

Argomento: appalti pubblici

(Cons. St., sez. V, 30 agosto 2022, n. 7573)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“In premessa, osserva il Collegio come non sia dubbio che, ai fini dell'affidamento del servizio di manutenzione del verde urbano, non sia richiesto, ai fini della dimostrazione della idoneità professionale, il requisito della iscrizione degli operatori concorrenti all'Albo dei gestori ambientali, sicché correttamente il bando di gara – relativamente alle “*condizioni di partecipazione*” (punto III.2), non ne faceva alcuna menzione.

Del resto, non è inutile soggiungere che una diversa previsione in tal senso si sarebbe posta in contrasto con il principio per cui, ai fini della prefigurazione dei “*criteri di selezione*”, i requisiti di partecipazione imposti agli operatori economici debbano obbedire ai criteri della “*attinenza*” e della “*proporzionalità*”, ad evitare abusiva limitazione dell'accesso concorrenziale alla commessa (cfr. artt. 30 e 83, comma 2 d. lgs. n. 50/2016: da ultimo, sul punto, Cons. Stato, n. 8330/2021).

In tal senso, non è arbitrario desumerne, come ha motivatamente ritenuto il primo giudice, che l'inserimento del requisito *de quo* nel corpo del disciplinare di gara, obiettivamente erroneo, trovasse non disagevole spiegazione nella circostanza che tale documento di gara fosse stato, fino a tempi recenti, utilizzato per l'affidamento unitario del servizio di manutenzione e del servizio di raccolta dei rifiuti, per il quale era normativamente prescritto: un vero e proprio “*refuso*”.

In ogni caso, la questione decisiva riguarda lo scioglimento della (obiettiva) antinomia tra i diversi atti che strutturano la documentazione di gara, che impone di individuare, nel complesso delle prescrizioni imposte ai concorrenti, la regola prevalente.

È noto che il bando, il disciplinare e il capitolato speciale d'appalto hanno ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura.

Il bando ha, anzitutto, la funzione di rendere edotti i potenziali interessati dell'intendimento della stazione appaltante di contrattare (avendo, sotto questo profilo, funzione *indittiva*) e, a tal fine, scolpisce, sul piano *formale*, le “*regole fondamentali*” della procedura evidenziale (funzione *ordinatoria*: cfr. artt. 59, comma 5 e 71 d. lgs. n. 50/2016) e predefinisce, sul piano *sostanziale*, l'oggetto del contratto e le relative prestazioni (funzione *precontrattuale*). Suo tramite vengono predefinite non solo la disciplina in base quale i candidati dovranno attenersi nel confronto competitivo e nella formulazione della propria offerta, ma anche l'insieme delle regole procedurali che la stessa stazione appaltante sarà chiamata a rispettare, nella concorrente logica (pubblicistica) dell'*autovincolo* e in quella (privatistica) della *promessa* affidante *in incertam personam*.

È, perciò, anzitutto nel bando di gara che devono essere con precisione individuati i requisiti (di idoneità professionale e di capacità tecnica ed economica) che gli operatori economici devono possedere per l'accesso alla procedura concorrenziale (cfr. art. 83, comma 4 d. lgs. cit.).

Peraltro, l'insieme delle regole fondamentali di gara, che valgono a delineare la c.d. *lex specialis* della selezione, può essere ricavato anche dagli atti “*allegati*” al bando (capitolato speciale l'appalto e/o disciplinare di gara), sempreché – come ha, con consolidato orientamento, precisato la giurisprudenza amministrativa – nel bando sia individuato con chiarezza un criterio certo di reperimento degli stessi.

Ne discende che è proprio il bando di gara a rappresentare il “*documento fondamentale*” del procedimento di evidenza pubblica, al quale è rimesso di individuare i necessari riferimenti e gli eventuali collegamenti agli (ulteriori, correlati e successivi) atti di gara, i quali derivano il proprio contenuto (e la propria “legittimazione” funzionale) necessariamente dal primo.

È per questo che si è precisato che ognuno dei predetti atti (bando, disciplinare e capitolato) ha una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura evidenziale, il primo fissando le regole di gara, il secondo disciplinando in particolare i dettagli procedimentali, il terzo (eventualmente) *integrando* le disposizioni del bando, di norma con particolare riferimento agli aspetti tecnici anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale.

Se ne trae il corollario di una *gerarchia* differenziata all'interno della complessiva documentazione di gara, che – con specifico riguardo alla risoluzione di concreti contrasti interni tra le varie disposizioni della *lex specialis* – impone di dare la prevalenza alle previsioni del bando, laddove le disposizioni del capitolato (o del disciplinare) possono soltanto *integrare, ma non modificare* le prime (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1804; Id., sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; Id., sez. III, 11 luglio 2013 n. 3735; Id., sez. V, 24 gennaio 2013 n. 439; Id., sez. V, 17 ottobre 2012 n. 5297; Id., sez. V, 23 giugno 2010 n. 3963). A tali principi si è correttamente e motivatamente attenuto il primo giudice, il quale ne ha coerentemente desunto:

- a) che ad essere in concreto applicabile fosse, nella specie, solo il paragrafo III 2.1 del bando di gara, il quale, a differenza al paragrafo 2.1.1, lett. b), del disciplinare, non includeva tra i requisiti di partecipazione l'iscrizione del concorrente all'Albo nazionale dei gestori ambientali per attività di trasporto dei propri rifiuti da parte del produttore iniziale, categoria *2-bis*;
- b) che, a diversamente opinare, il capitolato speciale avrebbe implausibilmente modificato, e non meramente integrato il bando;
- c) che, in definitiva, l'aggiudicataria non avrebbe dovuto essere esclusa per non aver comprovato il possesso dell'iscrizione *de qua*, trattandosi, appunto, di requisito non previsto”.

Possesso dei requisiti per intero o in misura maggioritaria dalla mandataria di un RTI

Argomento: appalti pubblici

(CGA Sicilia, sez. giurisdiz., 25 ottobre 2022, n. 1099)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“11. Venendo ora allo scrutinio del terzo motivo dell’appello incidentale proposto dalla ditta individuale OMISSIS, motivo che rappresenta l’ultima censura ancora da esaminare dopo la sentenza non definitiva della Sezione n. 1103 del 2020, il Collegio ne rileva la fondatezza, alla luce di quanto affermato dalla Corte di giustizia dell’Unione europea con la citata sentenza del 28 aprile 2022, pronunciata nella causa C-642/20.

11.1. L’appellante incidentale, con il terzo motivo di gravame, ha lamentato l’erroneità della sentenza di primo grado, laddove il T.a.r. aveva accolto il primo motivo del ricorso principale proposto dalla OMISSIS.

11.2. A sua volta la OMISSIS, con il suddetto primo motivo del ricorso principale, aveva lamentato l’illegittimità dell’aggiudicazione disposta in favore dell’a.t.i. OMISSIS, deducendo eccesso di potere per contraddittorietà con i paragrafi 7, 7.3 e 7.4 del disciplinare di gara, nonché violazione degli articoli 48, 83 e 89 del d.lgs. n. 50/2016 e degli articoli 1339, 1344 e 1374 cod. civ., in quanto la predetta a.t.i. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara tenuto conto che, ai sensi dell’art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 *“la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”* e che, ai sensi dell’art. 7.4, ultimo periodo, del disciplinare di gara, i requisiti di capacità tecnica e professionale devono essere posseduti *“per intero dalla mandataria”*; al contrario, nel caso di specie, la mandataria ditta individuale OMISSIS – al fine di rispettare i tre requisiti tecnici professionali stabiliti dall’art. 7.3 della *lex specialis* - aveva fatto ricorso *“all’avalimento totale”* delle mandanti-ausiliarie, in tal modo *“aggirando”* il tenore del disciplinare di gara *“che imponeva il possesso in capo alla mandataria dei suddetti tre requisiti di capacità tecnica e professionale in via esclusiva e non frazionabile, e, quindi, in modo maggioritario rispetto alle mandanti anche in violazione dell’art. 83, comma 8, che impone che i requisiti siano posseduti in misura maggioritaria dalla mandataria, norma applicata dalla suddetta lex specialis di gara”* (pag. 12 del ricorso principale di primo grado).

11.3. Il primo motivo del ricorso principale di primo grado è infondato e deve essere respinto.

11.4. Infatti, come affermato dalla Corte di giustizia dell’Unione europea con la citata sentenza del 28 aprile 2022 (causa C-642/20): *“L’articolo 63 della 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, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l’impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria”*.

11.5. Pertanto, stante la primazia del diritto euro-unitario – così come interpretato dalla CGUE – rispetto al diritto nazionale, l’articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 deve essere disapplicato, per contrasto

con il diritto dell'Unione europea, nella parte in cui prevede che la mandataria di un'a.t.i. debba in ogni caso possedere i requisiti “*in misura maggioritaria*”, e, allo stesso modo ed *a fortiori*, deve essere disapplicato l'art. 7.4, ultimo periodo, del disciplinare di gara, laddove prevede che i requisiti di capacità tecnica e professionale debbano essere posseduti “*per intero dalla mandataria*”.

11.6. Stante la disapplicazione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 7.4, ultimo periodo, della *lex specialis* nei sensi sopra esposti, deve essere respinto il primo motivo del ricorso principale di primo grado, con il quale veniva lamentata la violazione dei predetti parametri normativi che devono essere invece disapplicati”.

CORTE COSTITUZIONALE

Illegittimità costituzionale di disposizioni regionali che prorogano concessioni demaniali marittime

Argomento: concessioni demaniali

(Corte Cost., 7 luglio 2021, n. 139)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“3.1.– Non v’è dubbio che, come giustamente osserva la difesa regionale, la disciplina delle concessioni demaniali interseca numerosi ambiti materiali di competenza legislativa primaria della Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia; ma è altrettanto pacifico, nella giurisprudenza di questa Corte, che discipline regionali le quali dispongano proroghe o rinnovi automatici delle concessioni demaniali in essere incidono sulla materia, di competenza esclusiva statale, della tutela della concorrenza, ostacolando l’ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato di riferimento (sentenze n. 10 del 2021, n. 1 del 2019, n. 171 del 2013 e n. 213 del 2011).

3.2 – L’invasione della competenza statale non è esclusa nemmeno nell’ipotesi in cui la legislazione regionale si limiti – come accade nella specie – a riprodurre, nella sostanza, una disciplina già prevista dalla legislazione statale, e in particolare dall’art. 1, commi 682 e 683, della legge n. 145 del 2018 e successive modificazioni. Infatti, qualsiasi disciplina che comporti una restrizione al libero accesso nel mercato di altri operatori, come certamente accade quando si stabiliscano proroghe dei rapporti concessori in corso, è riservata dall’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., alla legislazione statale, restando invece precluso qualsiasi intervento della legislazione regionale in questa materia.

3.3.– Né persuade l’argomento della difesa regionale secondo cui la disciplina in questa sede impugnata non introdurrebbe, in realtà, una proroga ex lege delle concessioni esistenti, bensì una procedura che consentirebbe la mera estensione della durata di tali concessioni su domanda degli interessati, in esito a un procedimento trasparente ed eventualmente comparativo, nel caso di presentazione di istanze concorrenti relative alla medesima concessione. Ciò che garantirebbe, ad avviso della Regione resistente, un livello di tutela della concorrenza più elevato di quello garantito oggi dalla legislazione statale, che prevede invece una generalizzata proroga – appunto – ex lege, di quindici anni e quindi sino al 2033, delle concessioni demaniali marittime.

Il tenore dell’art. 2, comma 1, impugnato, tuttavia, non supporta una simile ricostruzione. Esso si limita infatti a stabilire che, in presenza di domanda del titolare, la durata delle concessioni ivi indicate, in essere alla data del 31 dicembre 2018 e con scadenza antecedente al 2033, «è estesa fino alla data del 31 dicembre 2033»: senza alcun richiamo a procedure comparative che potrebbero essere innescate da domande di concessione concorrenti, e senza alcun espresso rinvio – in particolare – al procedimento disciplinato dalla legge regionale n. 10 del 2017, che secondo la difesa regionale troverebbe applicazione in questa ipotesi.

Tale conclusione non può essere revocata in dubbio dai documenti prodotti in giudizio dalla difesa regionale, che attestano l'avvenuta pubblicazione di un centinaio di domande di estensione della durata delle relative concessioni ai sensi della disciplina all'esame e la presentazione – in almeno un caso – di una domanda di concessione concorrente, senza che sia noto, peraltro, quale esito abbia avuto tale istanza. Ai fini della valutazione della legittimità costituzionale dell'art. 2 impugnato questa Corte non può, infatti, che muovere dal suo dato letterale, che subordina univocamente l'effetto di "estensione" sino al 2033 della durata delle concessioni esistenti alla data di entrata in vigore della legge regionale alla sola condizione della domanda dell'interessato, e appare pertanto atteggiarsi quale *lex specialis* rispetto ad ogni altra normativa – inclusa la legge regionale n. 10 del 2017 – che disciplina il procedimento di affidamento delle concessioni demaniali in parola.

Tanto basta a configurare l'effetto di "estensione" al 2033 della durata delle concessioni come una sostanziale proroga delle concessioni esistenti, eccedente per le ragioni anzidette la competenza legislativa regionale".

Nota a cura di Francesco Anastasi.

Con sentenza n. 139 del 2021 la Corte costituzionale si è pronunciata nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 18 maggio 2020 n. 8 recante "*misure urgenti per far fronte all'emergenza epidemiologica da Covid-19 in materia di demanio marittimo e idrico*" promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri.

Il tema del rinnovo delle concessioni demaniali marittime è stato per lungo tempo una questione spinosa all'interno del nostro ordinamento giuridico. Le Regioni e lo Stato si sono spesso trovate in conflitto per il rinnovo delle concessioni e per garantire all'intero comparto economico maggiore stabilità e certezza. La collocazione dell'Italia nel contesto normativo euro-unitario, tuttavia, comporta necessariamente il rispetto delle disposizioni di rango comunitario e la progressiva conformazione alle stesse nel rispetto.

In tale settore, questa conformità tuttavia ha vissuto momenti particolarmente travagliati e conflittuali che si sono risolti, spesso, in una bulimia normativa e provvedimentale che la Corte costituzionale e il Consiglio di Stato hanno cercato di limitare.

Nel caso in esame, la questione verte intorno a una normativa (L. r. n. 8/2020) con la quale si rinnovavano le concessioni balneari con finalità turistico-ricreativa e sportiva, diportistica e attività cantieristiche connesse nonché con finalità di acquacoltura sia mare che in laguna con scadenza anteriore al 2033 fino alla data del 31 dicembre 2033 previa presentazione di una istanza all'ufficio regionale competente.

In particolare, il ricorrente Presidente del Consiglio dei ministri, come dall'Avvocatura generale dello Stato difeso e rappresentato, ha impugnato l'art. 2 della l. regionale Friuli-Venezia Giulia 18 maggio 2020, n. 8 per violazione dell'art. 117, secondo comma lettera e) della Costituzione, sulla base dell'assunto che tale normativa eccedendo le competenze statutarie violi l'ambito di riparto delle materie ivi previsto che rimette la disciplina della concorrenza alla competenza esclusiva statale.

In primo luogo, la resistente Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia, costituendosi in giudizio, ha rappresentato l'inaammissibilità e comunque l'improcedibilità dell'impugnazione sull'assunto che il titolo V non trovi applicazione alla Regione in quanto regione a statuto speciale, e che comunque la materia ittica,

pesca e turismo nonché la competenza in demanio marittimo, lacuale e fluviale restano di competenza della Regione.

Allo stesso tempo, in secondo luogo, la difesa della Regione ha avuto modo di osservare che la normativa regionale non limita la concorrenza, anzi, la estende e la garantisce subordinando - a differenza della normativa statale di cui al D.L. 104/2020 e s.m.i. - il rinnovo alla presentazione di una istanza e alla valutazione comparativa da parte degli uffici regionali.

La Consulta ha ritenuto di dover procedere ad argomentare in termini di dettaglio la sua pronuncia definitiva.

Difatti, richiamando la precedente giurisprudenza sul punto (ex multis sent. n. 10/2021, n. 1 /2019, n. 171/2013, n. 213/2011) i Giudici costituzionali hanno ribadito come la disciplina delle concessioni demaniali intersechi numerosi ambiti materiali di competenza legislativa primaria delle Regioni e nello specifico della Regione Friuli-Venezia Giulia, tuttavia “*è altrettanto pacifico [...] che discipline regionali le quali dispongano proroghe o rinnovi automatici delle concessioni demaniali in essere incidono sulla materia, di competenza esclusivamente statale, della tutela della concorrenza, ostacolando l’ingresso di altri potenziali operatori economici nel mercato di riferimento*”.

Peraltro si configurerebbe invasione della competenza statale anche nell’ipotesi in cui la legislazione regionale si limitasse a riprodurre una disciplina già prevista in quella statale, producendosi non soltanto una inutile duplicazione, ma altresì una illegittima ripetizione. In questo senso, la Corte ha rilevato che “*qualsiasi disciplina che comporti una restrizione al libero accesso nel mercato di altri operatori [...] è riservata dall’art. 117 secondo comma, lettera e) Cost., alla legislazione statale, restando invece precluso qualsiasi intervento della legislazione regionale in questa materia*”.

Se da un lato, pertanto, non è apparsa condivisibile la prima eccezione sollevata dalla difesa regionale, parimenti, gli Ermellini hanno ritenuto di dover rigettare anche la seconda.

Non è stato ritenuto persuasivo, infatti, l’argomento della difesa regionale secondo cui la disciplina impugnata non introdurrebbe una restrizione della concorrenza ma, anzi, consentirebbe la estensione delle concessioni subordinando la domanda degli interessati ad un procedimento trasparente ed eventualmente comparativo (in caso di multipla richiesta per lo stesso lotto).

Il tenore della norma, infatti, recita “*è estesa fino alla data del 31 dicembre 2033*”, senza alcun richiamo a procedure comparative, che potrebbero o non potrebbero essere innescate dalle istanze dei concorrenti. Non sembrerebbe possibile, pertanto, secondo l’osservazione dei Giudici della Consulta, a dispetto di quanto osservato dalla difesa regionale, supportare la ricostruzione da quest’ultima avanzata.

La Corte, pertanto, definitivamente pronunciandosi sul ricorso proposto da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri, respingendo le eccezioni sollevate dalla difesa regionale, lo riteneva ammissibile e lo accoglieva dichiarando per l’effetto l’illegittimità costituzionale dell’art. 2 della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 18 maggio 2020 n. 8 recante “*misure urgenti per far fronte all’emergenza epidemiologica da Covid-19 in materia di demanio marittimo e idrico*”.

Occorre rilevare, in conclusione, a fronte della pronuncia dei giudici Costituzionali, che il tema delle concessioni demaniali marittime è stato affrontato anche dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 14 del 2021, la quale ha avuto modo di superare il dettato del D.L. 104/2020 s.m.i. statuendo che la normativa richiamata è in contrasto con il diritto euro-unitario che deve ritenersi *tamquam non esset* e che essa ha una durata limitata fino al 31 dicembre 2023 dentro cui dovrà essere adottata una nuova normativa coerente con l’art. 49 TFUE e con l’art. 12 della direttiva 2006/123/CE.

TRIBUNALI AMMINISTRATIVI
REGIONALI

Paesaggio agrario e vincoli paesaggistici: “vincolare tutto per non tutelare nulla”?

Argomento: paesaggio

(T.A.R. Lazio - Roma, sez. II *quater*, 27 gennaio 2021, n. 1080)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“[...] il solo valore identitario non è di per sé sufficiente per assoggettare un immobile o un’area al vincolo di tutela previsto dall’art. 136, essendo a tal fine richiesto anche, come requisito cumulativo, che si aggiunge al requisito proprio, quello del valore intrinseco dell’oggetto, del sito da tutelare, come “luogo dell’anima” o come “bellezza naturale” (nelle diverse declinazioni del “borgo pittoresco”, del sublime delle vette delle montagne o dell’orrido, della “curiosità” di una bizzarria della natura etc.), che costituisce una condizione indefettibile che non è stata “superata” dalla nuova concezione di paesaggio (che include anche la categoria del “bello di natura” oltre che i beni ambientali diffusi e lo stesso paesaggio-territorio privo di qualità).

[...] È pertanto richiesto un *quid pluris*, oltre al tradizionale aspetto, alla caratteristica identitaria, anche per classificare il “paesaggio agrario” - cioè quella parte di territorio caratterizzato da “naturale vocazione agricola” - nell’ambito di paesaggio agrario “di rilevante valore”, che presuppone che sia soddisfatto anche l’ulteriore e specifico requisito del “rilevante valore paesistico per l’eccellenza dell’aspetto percettivo, scenico e panoramico” [...].

In conclusione, l’evoluzione recente delle riflessioni sul tema in esame ha progressivamente messo a fuoco l’esigenza di differenziare la gravosità del regime giuridico vincolistico in corrispondenza del grado di valore del bene paesaggistico protetto - che deve rispondere alle ragioni dell’estetica, quale “causa” del vincolo, non riducibili, pertanto, al mero valore identitario dei luoghi, che costituisce solo un motivo “aggiuntivo”, incidente sulla dimensione territoriale della sua rilevanza [...], per evitare di incorrere in quegli “eccessi di tutela” non giustificati (un rischio sempre più incombente in un contesto di crescente espansione delle categorie dei beni da tutela e di intensificazione dell’attività vincolistica) ed addirittura in talune occasioni controproducenti rispetto alle stesse finalità di tutela perseguite.

Tali principi hanno acquisito sempre più considerazione nel settore in esame a seguito della trasformazione del provvedimento di vincolo da atto meramente “dichiarativo” dell’interesse paesaggistico “notevole” ex art. 136 ad atto che prescrive direttamente le modalità di gestione dello stesso, indicandone le trasformazioni e gli usi compatibili [...]; tale trasformazione ha reso non più attuale la contrapposizione tra il momento della “valutazione tecnica” (operata sulla base della “monorotaia del solo interesse culturale-paesaggistico”) che caratterizzava la prima fase (in cui l’Autorità è chiamata a verificare le caratteristiche del bene ed il loro grado al fine di “dichiararlo” bene culturale o paesaggistico) – cioè a “verificare” l’esistenza dei “presupposti di fatto” per l’assoggettamento del bene a vincolo (si fa per dire, dato che trattasi di “giudizio di valore” e non di “giudizio di fatto”) - e la successiva fase della “gestione del vincolo”

– che attiene propriamente alle “scelte d’azione” – in cui si ammette invece la presenza di un momento di “valutazione discrezionale” anche di altri interessi co-primari concomitanti.

Anche se l’inclusione nel medesimo Codice tende a sfumare la differenza tra i beni paesaggistici ed i beni culturali, accomunati nella prima fase (quella dell’individuazione ed assoggettamento a vincolo) dall’utilizzo del medesimo strumento giuridico (la cd. “dichiarazione” del loro valore), occorre considerare che, nella seconda fase (quella della gestione del vincolo), sono sottoposti a regimi differenti. I primi, infatti, si caratterizzano per essere costituiti da beni che per loro stessa natura non sono destinati esclusivamente ad un’mera “fruizione contemplativa” (come nel caso della maggior parte dei beni culturali, quelli mobili), ma per essere sfruttati anche per altre utilità, ove interessino terreni (in primis per attività produttive), che possono essere d’interesse anche generale (a differenza dello sfruttamento edificatorio che risponde all’interesse particolare del solo proprietario). [...]

[...] Pertanto, se da un lato si valorizza l’esigenza di protezione del paesaggio agrario, anche al fine di contenere quel fenomeno di espansione della città verso la periferia (che comporta il parallelo degrado dei centri storici che vengono, per conseguenza, ad essere abbandonati), dall’altro lato, rischia di essere compromesso da vincoli eccessivamente rigidi, che ne limitino la naturale vocazione produttiva, imponendo determinate coltivazioni non più redditizie a causa della globalizzazione dei mercati agricoli, contribuendo al grave fenomeno dell’abbandono dei campi.

Si tratta dei cd. “effetti perversi del vincolo”, che costituiscono una minaccia sia per i beni paesaggistici sia per i beni culturali immobili [...] che confermano la ragionevolezza della scelta del legislatore del 1939 di limitare la tutela ai soli beni che presentano valore paesistico o culturale di grado eminente (per cui non è sufficiente un interesse culturale o paesaggistico “semplice”, ma questo deve essere ulteriormente qualificato in considerazione del suo “grado”, che deve essere di rango eminente, come precisato dal legislatore con vari aggettivi: “particolare, rilevante/notevole/non comune” etc.), al fine di scongiurare il rischio di “vincolare tutto per non tutelare nulla”. In tale prospettiva, lo stesso legislatore ha indicato la necessità di fare applicazione, nel procedimento di vincolo, di criteri di valutazione che facessero riferimento al pregio, alla rappresentatività ed alla rarità tenendo conto delle particolari caratteristiche e tipologie del bene da proteggere (specificamente individuati per i beni culturali sin dalla CM 1974 e desumibili per i beni paesaggistici dalla legge 1939 e regolamento del 1940, applicabile fino all’adozione delle norme attuative delle Regioni) [...].”

Sanzionabile disciplinarmente il militare che invii fotografie in divisa tramite applicazioni

Argomento: pubblico impiego

(T.A.R. Emilia-Romagna - Bologna, sez. I, 18 febbraio 2021, n. 124)

Stralcio a cura di Davide Gambetta

“1. E’ materia del contendere la legittimità della sanzione disciplinare della sospensione di due mesi dal servizio disposta dal Ministero della Difesa nei confronti dell’odierno ricorrente Caporal Maggiore dell’Esercito [...].

[...] In punto di fatto va evidenziato come [...] la condotta contestata [...] sia circoscritta al singolo episodio ovvero alla vendita di un cucciolo in violazione dell’obbligo, in capo al detentore di cani, di identificare e registrare l’animale in possesso mediante microchip. È altresì contestata in tale occasione l’utilizzo di foto in uniforme allegata a conversazione tramite l’applicativo (OMISSIS).

[...] è pacifico che il ricorrente abbia nel corso della trattativa per la vendita pubblicato tramite l’applicativo (OMISSIS) una sua foto in divisa, al fine - a suo dire - di assicurare la potenziale acquirente (di sesso femminile) circa l’affidabilità personale del venditore. Sostiene la difesa del ricorrente la piena liceità di siffatta condotta peraltro attinente a fatto posto in essere al di fuori del servizio ricoperto e nel contesto di una conversazione assolutamente privata.

Si tratterebbe cioè di illecito extrafunzionale riconducibile al dovere generico di correttezza nella vita privata [...].

5.- Non ritiene il Collegio di poter condividere tale assunto.

L’art. 720 c. 2 lett. b del d.P.R. 15 marzo 2010 n. 90 “*Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare*” vieta al militare l’uso dell’uniforme nello svolgimento delle attività private.

Benchè l’applicativo (OMISSIS) sia strumento telematico di comunicazione a distanza di natura privata (Cassazione 10 settembre 2018 n. 21965; Tribunale Parma 7 gennaio 2019) e non già un vero e proprio *social network* destinato ad una pluralità di persone, la condotta serbata dal ricorrente appare comunque illecita e incompatibile con lo *status* di militare, non risultando verosimile l’invocata esimente della finalità di garantire la propria affidabilità personale.

6. - Ciò premesso, non ritiene tuttavia il Collegio l’inflitta sanzione della sospensione dal servizio per due mesi ragionevole e proporzionata rispetto alla condotta.

E’ noto che in tema di sanzioni disciplinari per impiegati delle forze armate, l’amministrazione dispone di un’ampia sfera di discrezionalità nell’apprezzamento della gravità dei fatti e nella graduazione della sanzione disciplinare (*ex multis* Consiglio di Stato sez. III, 13 ottobre 2020, n.6150) fermo però restando che l’applicazione della misura afflittiva deve conformarsi a parametri di ragionevolezza e proporzionalità rispetto alla rilevanza dell’illecito ascritto; di conseguenza, se normalmente il giudice amministrativo non può sostituire la propria valutazione a quella della competente autorità amministrativa, sono però fatti salvi i limiti della manifesta irragionevolezza e/o arbitrarietà della valutazione dell’autorità procedente

(T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I, 3 maggio 2019, n.1234, T.A.R. Piemonte sez. I, 3 aprile 2018, n.399; T.A.R. Liguria sez. II, 16 febbraio 2018, n.158).

Nella specie, la sanzione della sospensione dal servizio irrogata al militare, tenuto conto dei fatti concretamente oggetto dell'addebito, appare manifestamente illogica, tenuto conto della dinamica dei fatti e della natura pur sempre privata del contesto in cui è stata realizzata la condotta, fermo restando - come detto - la sua rilevanza disciplinare.

A diverse conclusioni si giungerebbe in ipotesi di avvenuta diffusione pubblica delle immagini del militare in uniforme al fine di promuovere l'attività di vendita di cani, in ipotesi certamente gravemente lesiva dell'immagine e del decoro delle Forze Armate [...].

[...] il ricorso è fondato e va accolto, con l'effetto dell'annullamento della sanzione e salvezza del riesercizio del potere disciplinare in conformità ai criteri di cui in motivazione [...].”

I presupposti dell'indennizzo da mero ritardo nella conclusione dei procedimenti amministrativi

Argomento: risarcimento

(T.A.R. Campania - Napoli, sez. V, 12 aprile 2021, n. 2346)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“8. La domanda di condanna dell'Amministrazione al pagamento di una somma da quantificarsi in relazione al perdurare dell'inadempimento, a titolo di indennizzo ai sensi dell'art. 2 bis della L. 241/1990 e s.m.i., va per contro rigettata; al riguardo occorre infatti osservare che, come noto, l'art. 28 del D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, modificando l'art. 2-bis della L. 7 agosto 1990, n. 241, con l'aggiunta del comma 1-bis, ha introdotto tale indennizzo da ritardo nella conclusione dei procedimenti ad istanza di parte.

E' noto che la fattispecie dell'indennizzo da ritardo va nettamente distinta da quella prevista dal comma 1 dell'art. 2-bis della L. n. 241 del 1990, introdotto dall'art. 7, comma 1, lettera c), della L. 18 giugno 2009, n. 69, atteso che, mentre il risarcimento presuppone la prova del danno e del comportamento colposo o doloso dell'amministrazione nonché del nesso di causalità, la fattispecie dell'indennizzo da ritardo prescinde dalla dimostrazione dei suddetti elementi, essendo sufficiente il solo superamento del termine di conclusione del procedimento.

Tuttavia, occorre evidenziare che, al fine del riconoscimento del diritto all'indennizzo, l'interessato, una volta scaduti i termini per la conclusione del procedimento e nel termine perentorio di 20 giorni dalla scadenza del termine entro il quale il procedimento si sarebbe dovuto concludere, deve ricorrere all'Autorità titolare del potere sostitutivo di cui all'art. 2, comma 9-bis, L. n. 241 del 1990, richiedendo l'emanazione del provvedimento non adottato (cfr. art. 28, secondo comma, del D.L. n. 69 del 2013 convertito, con modificazioni, dalla L. n. 98 del 2013).

Orbene, parte ricorrente non ha assolto all'onere prescritto dalla richiamata disposizione nel termine ivi indicato, onde la domanda di corresponsione dell'indennizzo non può trovare accoglimento”.

Nota a cura di Danilo Marchese.

Nella sentenza in esame, i ricorrenti, comproprietari di una particella occupata illegittimamente dal Comune hanno adito il Tribunale Amministrativo competente, agendo ai sensi del combinato disposto degli artt. 31 e 117 cpa, per sentir dichiarare l'illegittimità del silenzio, a seguito di istanza volta all'ottenimento di un provvedimento avente ad oggetto l'acquisizione sanante al patrimonio comunale della particella suindicata.

Il Comune secondo quanto affermato dai ricorrenti, avrebbe realizzato, su tale particella un edificio destinato a scuola elementare, determinando, pertanto, una completa e irreversibile trasformazione del suolo.

Gli istanti, hanno lamentato, oltre la mancata conclusione del procedimento entro il termine di sessanta giorni dalla data di trasmissione del titolo di proprietà volto all'adozione del provvedimento di acquisizione sanante, così come richiesto dall'amministrazione comunale, anche la violazione e falsa applicazione dell'art. 2, L. 241/1990, degli artt. 3 e 97 Cost, oltre che dell'art. 42 bis D.P.R. 327/2001.

La domanda, come formulata dagli istanti, veniva rigettata, in quanto il Collegio rilevava che l'amministrazione aveva risposto, seppur con provvedimento di diniego, adducendo l'acquisto della particella *de qua* con atto di compravendita. Né i ricorrenti avevano impugnato il provvedimento di diniego con ricorso per motivi aggiunti ex art.117, co.5, cpa.

Neanche la richiesta della corresponsione di un indennizzo veniva accolta, in quanto l'art. 28 del d.l.21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazioni dalla l. agosto 2013 n. 98, modificando l'art. 2 *bis* della l. 7 agosto 1990 n. 241, ha previsto tale indennizzo da ritardo per i procedimenti ad istanza di parte, non avendo altresì i ricorrenti, una volta scaduti i termini per la conclusione del procedimento, nemmeno richiesto l'attivazione dei poteri sostitutivi di cui all'art. 2, comma 9-*bis*, L. n. 241 del 1990.

In punto di diritto, occorre evidenziare una sostanziale differenza tra l'indennizzo da mero ritardo e la fattispecie del risarcimento del danno.

È consolidato, infatti, il principio secondo cui, mentre per ottenere il risarcimento del danno è essenziale la prova degli elementi costitutivi della fattispecie, quali la prova del danno, del comportamento doloso o colposo dell'amministrazione, nonché del nesso di causalità tra fatto ed evento, per la corresponsione dell'indennizzo da mero ritardo, invece, occorre solo il superamento del termine di conclusione del procedimento.

Pertanto, se le due azioni previste dall'art. 2 bis, l. n. 241/1990, richiedono entrambe la violazione del termine di conclusione del procedimento amministrativo e hanno altresì in comune la stessa *ratio* compensativa, si differenziano per quanto attiene l'ambito oggettivo di applicazione.

Alla luce di quanto finora esposto, appare chiaro che il ritardo può esporre l'amministrazione all'obbligo di risarcire il danno che si produce nella sfera giuridica dell'interessato a causa dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento (art. 2 bis, comma 1, l. n. 241/1990), gravando poi sul ricorrente l'onere di dimostrare la responsabilità in cui è incorsa l'amministrazione.

Tuttavia, il legislatore ha previsto un indennizzo per il mero ritardo; vale a dire un ristoro spettante all'amministrato, che prescinde anche dall'accertamento circa la fondatezza o meno della domanda volta ad ottenere un dato provvedimento.

Pertanto, diversamente dal danno da ritardo di cui al comma 1 della suindicata normativa, l'indennizzo in questione esula da qualsivoglia accertamento circa la fondatezza dell'istanza, così da riconoscerlo anche nei casi di provvedimenti sfavorevoli se tardivamente adottati.

Passando all'esame del rapporto fra i commi 1 e 1 *bis* dell'art. 2 l. 241/1990, occorre chiarire che, la domanda volta all'ottenimento del risarcimento del danno è cumulabile con quella tesa ad ottenere l'indennizzo, salvo poi il successivo obbligo di detrarre le somme qualificate come indennizzo da quelle dovute a titolo di risarcimento.

La *ratio* cui s'informa l'ultima parte del comma 1 *bis* sta nell'evidente necessità di evitare il verificarsi di forme di ingiustificato arricchimento da parte del privato senza che vi sia una giusta causa.

Appare evidente che con l'avvento della legge sul procedimento amministrativo, anche la posizione del privato dinanzi all'esercizio del potere amministrativo si sia arricchita di maggiori tutele sia dal punto di vista formale che sostanziale.

Le pubbliche amministrazioni, infatti, alla luce di quanto detto finora, sono tenute al rispetto rigoroso dei tempi procedurali.

Vale comunque precisare che l'indennizzo da mero ritardo opera solo quando la legge non menzioni il meccanismo del silenzio qualificato; in quest'ultimo caso, pertanto, non si configura un inadempimento, ma l'inerzia in cui incorre l'amministrazione procedente equivale ad un provvedimento di diniego o accoglimento.

La normativa in esame, oltre che nel caso in cui si è di fronte ad ipotesi tipizzate di silenzio qualificato, non si applica altresì nel caso dei concorsi pubblici.

Da quanto detto finora, può chiaramente desumersi che questa tutela indennitaria non è automatica, ma ha precisi presupposti applicativi; l'interessato deve infatti aver richiesto un intervento al titolare del potere sostitutivo.

Il titolare del potere sostitutivo, ricevuta la comunicazione, ai sensi del comma 9 – *ter* dell'art. 2 l. n. 241/1990, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, conclude il procedimento o attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario ad acta.

Nel caso in cui anche il titolare del potere sostitutivo non adempia nei termini indicati, l'interessato può comunque agire avverso il silenzio, proponendo ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale.

Vale precisare, però, che qualora il ricorso sia dichiarato inammissibile o respinto, in quanto inammissibile o manifestamente infondata è l'istanza del privato con cui si è dato avvio al procedimento amministrativo, il giudice condannerà il ricorrente al pagamento in favore dell'amministrazione di una somma da due a quattro volte il contributo unificato.

La somma che l'amministrazione potrà essere condannata a pagare, a titolo di indennizzo, è stabilita forfettariamente in trenta euro per ogni giorno di ritardo, fino ad un massimo di duemila euro.

Tutto quanto detto finora ha indubbi riflessi anche sull'attività dei giudici amministrativi: il processo diviene il luogo di verifica della congruità di tutti i principi che guidano sempre l'agire della pubblica amministrazione, sanciti altresì dalla nostra Carta Costituzionale all'art. 97.

Illegittimità dell'esclusione dal concorso per aver introdotto una matita

Argomento: concorsi pubblici

(T.A.R. Lazio – Roma, sez. III, 19 aprile 2021, n. 4559)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“1. Va premesso, in sintesi, che, come emerge dagli atti di causa, la dott.ssa [...] ha partecipato al concorso per l'ammissione dei medici alle Scuole di specializzazione di area sanitaria per l'a.a.2018/2019, bandito con D.D. 2 maggio 2019 n. 859; che, durante l'espletamento della prova è stata trovata in possesso di una matita e, per tali ragioni, il personale Responsabile d'aula ha interrotto ed annullato la di lei prova, invitandola ad abbandonare l'aula.

[...] 6. Deve il Collegio confermare la delibazione di fondatezza del gravame già espressa in sede cautelare dapprima con decreto presidenziale n. 5022/2019 e poi con Ordinanza cautelare 5962/2019 del 13 settembre 2019.

Con tale ultimo provvedimento collegiale si è affermato, con valutazione pienamente condivisa in questa sede di piena cognitio, che il ricorso fosse sorretto da sufficiente *fumus boni iuris*, in ragione della peculiarità della fattispecie dedotta in giudizio e della circostanza che l'impiego di una matita da parte della candidata, per la quale è stata annullata la prova della ricorrente, non sembra riconducibile alla introduzione nell'aula di “...uno strumento idoneo alla memorizzazione di informazioni o alla trasmissione di dati...”, vietata ai candidati dalla *lex specialis* che disciplinava la procedura concorsuale.

6.1. Soggiunge in proposito il Collegio che una matita sostanzia un oggetto idoneo unicamente a veicolare su un supporto cartaceo le cognizioni teoriche possedute da un candidato onde trasportarle nel foglio messo a disposizione dalla commissione ai fini dello svolgimento della prova concorsuale ma è sostanzialmente privo, ontologicamente, anche della mera capacità di conservazione, archiviazione e memorizzazione di qualsivoglia dato di conoscenza.

Di talché, conseguentemente, non è atto a trasferire al candidato che ne sia possessore al momento dell'esecuzione della prova d'esame né ad altri, cognizioni, dati, elementi teorici o pratici non previamente immagazzinati e conservati in essa, priva, in quanto tale, di alcuna capacità ricettiva e conservativa dei dati stessi, inattitudine derivante dalla intrinseca meramente meccanica e sostanziale (in senso etimologico) natura della matita, alla quale è estranea qualsivoglia capacità di archiviazione e susseguente riproduzione di informazioni, che solo un dispositivo informatico o elettronico può possedere.

6.2. La norma della *lex specialis* eretta dalla commissione a fondamento giuridico della comminata illegittima disposta esclusione, vale a dire l'art. 3 co. 6 del D.M. n. 130/2017 (al pari dell'art. 1 comma 5, dell'allegato 5 al D.M. n. 859/2019) invero, interdice ai candidati di possedere e introdurre nelle aule d'esame qualsiasi strumento idoneo alla memorizzazione di informazioni o alla trasmissione di dati, ma non anche un oggetto dotato di sola consistenza materiale, carente anche di “anima” informatica, qual è una matita, costituita, com'è noto, da una “anima” scrivente [...]

6.3. Altro, ma pur sempre in via ipotetica, è a dirsi quanto ad una penna, che notoriamente è scomponibile in una cannuccia e nel supporto plastico esterno: il che astrattamente ne rende ipotizzabile l'impiego come veicolo di microcomponenti hardware o microchip atti all'immagazzinamento e allo storage di dati ed informazioni.

Il che spiega la ragione per la quale ai candidati ammessi a sostenere una qualsivoglia procedura concorsuale che preveda lo svolgimento di prove scritte, è vietato utilizzare penne da loro introdotte in aula e viene loro consegnata e messa a disposizione la penna fornita dalla commissione”.

Illegittimo il diniego della RAI all'accesso ad atti o fonti informative prodotti da Report

Argomento: accesso agli atti

(T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 18 giugno 2021, n. 7333)

Stralcio a cura di Aniello Iervolino

“1. Con ricorso notificato il 28 dicembre 2020 e depositato in data 7 gennaio 2021 il ricorrente riferiva in via preliminare di aver proposto istanza di accesso (documentale e civico) alla RAI, odierna resistente, in ragione della dichiarata “esigenza di tutelare la propria reputazione nelle sedi competenti”, esponendo che la sua persona e l’attività professionale esercitata erano state oggetto (per la durata di venti minuti) della narrazione editoriale resa nell’ambito di un servizio mandato in onda durante la trasmissione “Report” e deducendo al riguardo che nel contesto del suddetto servizio sarebbero state riportate notizie false e fuorvianti.

[...] il Collegio ritiene di dover confermare, in accoglimento dell’eccezione sul punto formulata dalla Società resistente, quanto recentemente statuito dalla Sezione con la sentenza 3 marzo 2021 n. 2607 circa l’integrazione nei confronti della RAI di una delle ipotesi, contemplate in via normativa, di esclusione sul piano soggettivo dall’ambito operativo della figura dell’accesso civico.

L’art. 2 bis del D.lgs. n. 33/2013, infatti, nell’individuare il campo di applicazione della disciplina dell’accesso civico, al comma 2 lett. b), come successivamente modificato, dispone che essa si applica “... *alle società in controllo pubblico come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Sono escluse le società quotate come definite dall’articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo*”.

Il richiamato articolo 2, comma 1, lettera p), D.lgs. n. 175/2016 definisce società quotate come “*le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati*”.

Riprendendo le argomentazioni esposte nella pronuncia n. 2607/2021 sopra citata, si evidenzia che la soluzione accolta dal Legislatore trova altresì conferma nelle considerazioni espresse nell’ambito del parere n. 1257/2017 reso dal Consiglio di Stato sullo schema di Linee guida dell’ANAC elaborato per aggiornare quelle già emesse per l’applicazione del D.lgs. n. 33/2013 all’esito delle modifiche intervenute con il D.lgs. n. 97/2016.

Nel parere richiamato si osservava, infatti, che “*Le società quotate, sono sottoposte ad un sistema di obblighi, di controlli e di sanzioni autonomo, in ragione dell’esigenza di contemperare gli interessi pubblici sottesi alla normativa anti-corruzione e trasparenza con la tutela degli investitori e dei mercati finanziari, e questa circostanza ben potrebbe giustificare l’esonero dagli obblighi di trasparenza in questione*”.

Sul punto, la RAI ha allegato la circostanza relativa all’intervenuta emissione di strumenti finanziari quotati sui mercati regolamentati fin dal 28 maggio 2015, evidenziando la natura pubblica del relativo dato (e indicando il *link* per accedere alla suddetta informazione, disponibile *online*).

Risulta quindi integrata, nei confronti della Società odierna resistente, una ipotesi – espressamente prevista dalla disciplina normativa in materia – di sottrazione dal regime dell'accesso civico ai sensi dell'art. 2 bis D.lgs. n. 33/2013, comma 2, lettera b), in combinato disposto con l'articolo 2, comma 1, lettera p), D.lgs. n. 175/2016.

Di conseguenza, il ricorso è inammissibile limitatamente alla pretesa ostensiva espressamente rivolta a “dati” e “informazioni” detenuti dalla RAI, puntualmente individuati nell'istanza avanzata (in sede amministrativa e poi giurisdizionale).

[...] 9. Sul piano dell'accesso documentale, viceversa, occorre evidenziare in via preliminare che la Sezione ha già avuto occasione di affermare l'assoggettamento della RAI al diritto di accesso di cui agli artt. 22 e ss. L. n. 241/1990 (cfr., *ex multis*, sentenze n. 9347/2019 e n. 1354/2018), in forza del riferimento normativo anche ai “gestori di pubblici servizi” in quanto tale Ente, pur nella sua veste formalmente privatistica di S.p.a. e pur agendo mediante atti di diritto privato, conserva indubbiamente significativi elementi di natura pubblicistica, ravvisabili in particolare: *a*) nella prevista nomina di numerosi componenti del C.d.A. non già da parte del socio pubblico, ma da un organo ad essa esterno quale la Commissione parlamentare di vigilanza; *b*) nell'indisponibilità dello scopo da perseguire (il servizio pubblico radiotelevisivo), prefissato a livello normativo; *c*) nella destinazione di un canone, avente natura di imposta, alla copertura dei costi del servizio da essa gestito. L'azienda, inoltre, è di proprietà pubblica e rappresenta la concessionaria in esclusiva del servizio pubblico radiotelevisivo, sicché non è revocabile in dubbio la sua riconducibilità di pieno diritto all'ambito di applicazione della normativa sul diritto di accesso, entro i confini delimitati dall'art. 23 della Legge n. 241 del 1990 che, non a caso, menziona tra i soggetti passivi del diritto di accesso, accanto alle pubbliche amministrazioni e agli enti pubblici, anche i “gestori di pubblici servizi”, nel cui novero va certamente collocata la RAI.

[...] 10. Ciò posto, muovendo alla disamina delle censure sul punto articolate in ricorso, il Collegio ritiene in via preliminare che non possa condividersi l'eccezione di inammissibilità formulata dalla Società resistente circa la pretesa carenza in capo al ricorrente di un interesse all'ostensione della documentazione richiesta.

In primo luogo, occorre richiamare il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui la “strumentalità” del diritto di accesso – declinata dall'art. 22, comma 1, lett. b, L. n. 241/1990 come finalizzazione della domanda ostensiva alla cura di un interesse diretto, concreto, attuale (e non meramente emulativo o potenziale) connesso alla disponibilità dell'atto o del documento del quale si richiede l'accesso – va intesa in senso ampio, in termini di utilità per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante [...].

11. Il Collegio, inoltre, ritiene di non poter accogliere l'ulteriore eccezione di inammissibilità fondata sulla pretesa carenza di legittimazione passiva della Società resistente, dedotta sull'assunto della sostenuta estraneità dell'attività, oggetto dell'istanza ostensiva avanzata dal ricorrente, all'ambito del servizio pubblico radiotelevisivo gestito dalla RAI giustificante l'assoggettamento alla disciplina in tema di accesso ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. e), L. n. 241/1990.

Da un lato, la rappresentazione di notizie operata all'interno di un servizio trasmesso nel corso di un programma di inchiesta giornalistica in onda su una rete RAI non può configurarsi come attività distinta da quella di “informazione pubblica” riconducibile nell'ambito della nozione di servizio pubblico radiotelevisivo affidato in gestione alla medesima Società, del quale sono ritenuti caratteri essenziali il pluralismo, la democraticità e l'imparzialità dell'informazione (cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 112/1993; in senso analogo, cfr. TAR Lazio, sede di Roma, sez. I, sent. 14 giugno 2019, n. 7761).

Dall'altro, l'attività consistente nella rappresentazione di notizie non può ritenersi disgiunta da quella preparatoria, volta all'acquisizione, alla raccolta e all'elaborazione delle notizie poi oggetto di rappresentazione.

[...] 12. Ravvisata la ricorrenza nel caso di specie dei presupposti di ammissibilità dell'accesso documentale, occorre muovere alla delimitazione della documentazione suscettibile di ostensione, in base alla disciplina prevista dagli artt. 22 ss. L. n. 241/1990 e alla luce delle deduzioni del ricorrente quanto all'interesse prospettato e alla situazione giuridicamente tutelata collegata ai documenti oggetto della richiesta di accesso.

12.1. Emerge dagli atti di causa in punto di fatto che il servizio di inchiesta giornalistica trasmesso, nel cui ambito è stata fornita la rappresentazione di circostanze asseritamente riguardanti l'attività professionale del ricorrente, aveva ad oggetto la gestione dei fondi regionali e la complessa rete di rapporti che vedrebbero coinvolti l'amministrazione locale e i professionisti attivi sul territorio della Regione Lombardia e che in tale contesto la persona del ricorrente veniva indicata come professionista di riferimento per le attività di consulenza e per altri incarichi affidati dalla Regione e da alcune amministrazioni comunali ovvero da altri enti pubblici a carattere locale.

La deduzione del ricorrente sul punto è di essere stato oggetto, nel corso del servizio mandato in onda, di una rappresentazione connotata in senso negativo fondata su informazioni false e fuorvianti, in quanto sarebbe stato indicato come riferimento soggettivo di un intreccio di rapporti quantomeno opachi, lamentando la conseguente grave lesione dell'immagine e della reputazione del ricorrente stesso, nonché del suo studio legale.

12.2. Nella prospettiva delineata, va ritenuta suscettibile di ostensione nel caso in esame la documentazione connessa all'attività preparatoria di acquisizione e di raccolta di informazioni riguardanti le prestazioni di carattere professionale svolte dal ricorrente in favore di soggetti pubblici, confluite nell'elaborazione del contenuto del servizio di inchiesta giornalistica mandato in onda, nello specifico avente ad oggetto la rete di rapporti di consulenza professionale instaurati su incarico di enti territoriali e locali.

La suddetta documentazione risulta costituita, in particolare, dalle richieste informative rivolte in via scritta dalla redazione del programma ad enti di natura pubblica in merito all'eventuale conferimento di incarichi ovvero di consulenze in favore di parte ricorrente, unitamente ai riscontri forniti dai suddetti enti, in quanto rientranti nel novero dei documenti e degli atti formati ovvero detenuti da una pubblica amministrazione o da un privato gestore di un pubblico servizio.

12.3. La delimitazione in siffatti termini della documentazione ostensibile, coinvolgendo l'interlocuzione intercorsa con soggetti di natura pubblica, rende priva di rilievo nel caso concreto la prospettazione difensiva articolata dalla Società resistente circa la prevalenza che dovrebbe riconoscersi al segreto giornalistico sulle "fonti" informative per sostenere l'esclusione ovvero la limitazione dell'accesso nel caso di specie".

Nota a cura di Domenico Ciaburri.

Con la pronuncia in commento il Tar Lazio ha ritenuto illegittimo il diniego opposto dalla RAI alla richiesta di accesso agli atti mossa dal ricorrente, asseritamente leso nella propria reputazione da un servizio televisivo di un noto programma d'inchiesta.

Tre sono gli aspetti della pronuncia che si esamineranno.

Il primo riguarda la legittimazione passiva della RAI in materia di accesso. Sul punto, la sentenza ricorda che l'accesso classico e quello civico generalizzato (ambidue oggetto di istanza nel caso di specie), oltre che differenziarsi per *ratio* (entrambi gli accessi attuano il principio di trasparenza dell'attività amministrativa, ma l'accesso classico risulta principalmente proteso ad assicurare la tutela degli interessi particolari dell'istante), si differenziano pure per l'ambito soggettivo di riferimento. Se, infatti, sono in generale legittimate passive tutte le pubbliche amministrazioni, intese in senso funzionale, ossia tutti quei soggetti che svolgono una funzione pubblica, l'accesso civico generalizzato non trova applicazione con riferimento alle società quotate (art. 2 *bis*, co. 2, lett. b, d.lgs. 33/2013). Pertanto, avendo la RAI emesso per due volte strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati, pur essa va considerata una società quotata ai sensi dell'art. 2, co. 1, lett. p, d.lgs. 175/2016. Ergo, va esclusa la legittimazione passiva della stessa in materia di accesso civico generalizzato e va conseguentemente ritenuta ammissibile solo l'istanza di accesso classico, dal momento che sono invece numerosi gli indici della natura pubblicistica della RAI. Indici ravvisabili, ad esempio, “*a) nella prevista nomina di numerosi componenti del C.d.A. non già da parte del socio pubblico, ma da un organo ad essa esterno quale la Commissione parlamentare di vigilanza; b) nell'indisponibilità dello scopo da perseguire [...] c) nella destinazione di un canone, avente natura di imposta, alla copertura dei costi del servizio da essa gestito*”.

Un secondo rilevante aspetto della pronuncia in commento riguarda la disamina dell'interesse e della legittimazione a richiedere l'accesso agli atti in capo al ricorrente. La questione è stata esaminata, beninteso, solo con riferimento all'accesso classico, dal momento che l'accesso civico generalizzato era già stato ritenuto inapplicabile alla RAI per i suddetti motivi. Sul punto, occorre premettere che, ai sensi dell'art. 24 co. 3 l. 241/1990, non è possibile utilizzare l'accesso classico per finalità ultronee rispetto alla tutela di un interesse particolare dell'istante, per lo più (e, comunque, nel caso di specie) di tipo difensivo, nel senso che, almeno di norma, l'interesse sotteso all'istanza di accesso classico è quello di procurarsi una base probatoria idonea a tutelare una propria posizione giuridica soggettiva in giudizio o in altra sede. D'altronde, proprio lo stretto legame tra l'accesso classico e l'art. 24 Cost. distingue quest'ultimo dalle altre tipologie di accesso civico e civico generalizzato e gli conferisce quella particolare forza di resistenza in grado di far prevalere il diritto (in senso atecnico, essendone dibattuta la natura giuridica) di accesso su altri interessi potenzialmente confliggenti (v. art. 24, co. 7, l. 241/1990). Ebbene, a giudizio della parte resistente, tale interesse personale, concreto e attuale, non sarebbe stato rinvenibile nel caso di specie, dal momento che nulla lasciava presagire la capacità della documentazione richiesta (consistente per lo più nell'attività giornalistica preliminare al servizio asseritamente lesivo della reputazione del ricorrente) di assurgere a prova del danno subito dal ricorrente stesso, essendo tale danno, comunque eventuale e negato dalla difesa, desumibile dal servizio in sé e non dall'attività giornalistica preliminare di raccolta di informazioni. Ergo, in alcun modo i documenti e le informazioni richieste, nella prospettazione difensiva, avrebbero concretamente potuto aiutare il ricorrente a provare la lesione della propria sfera giuridica e dunque a quantificare il danno subito in caso di risarcimento. Diversamente, il Tar ha affermato che “*la valutazione in ordine al legame tra finalità dichiarata e documento richiesto [...] va effettuata in astratto, senza apprezzamenti sull'eventuale infondatezza o inammissibilità della domanda giudiziale [...] risultando sufficiente che la documentazione richiesta costituisca, genericamente, mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante, non dovendo rappresentare uno strumento di prova diretta della lesione di tale interesse*”. Tale principio, d'altronde, è ormai pacifico nella giurisprudenza amministrativa. Si ritiene infatti eccessivo attribuire al ricorrente l'onere probatorio

così gravoso di provare la certa correlazione tra i documenti oggetto di istanza e la posizione giuridica soggettiva che si intende tutelare. Basta, dunque, che tale correlazione esista in astratto, pena il rischio di lasciare nelle mani dell'Amministrazione un'arma potenzialmente elusiva della disciplina sull'accesso, tale per cui a quest'ultima basterebbe obiettare l'assenza di una certa capacità probatoria degli atti per esimersi dal concedere l'accesso, con conseguente pregiudizio del diritto alla difesa dell'istante (V. Cons. Stato, sez. III, sent. 13 gennaio 2012, n. 116). Con riferimento al caso di specie, d'altronde, è evidente che le modalità di ricerca delle informazioni finalizzate alla realizzazione del servizio sono potenzialmente rilevanti al fine di provare l'illegittima condotta della RAI e, dunque, l'eventuale esistenza di un illecito civile. Orbene, la terza questione degna di nota riguarda la delimitazione dell'oggetto del diritto di accesso classico. Occorre premettere che il ricorrente aveva richiesto l'accesso ad una serie di dati e documenti molto ampia, comprensiva della corrispondenza intervenuta tra i giornalisti del programma televisivo sopra citato e le altre fonti delle informazioni che erano poi servite a costruire il servizio asseritamente lesivo. Il ricorrente aveva dunque mosso istanza per accedere non solo ad atti amministrativi, ma anche ad informazioni e dati. Invero, la pronuncia in commento rileva come, una volta esclusa l'operatività, nel caso di specie, dell'accesso civico, solo gli atti possano essere oggetto di accesso classico, perché solo ad essi fa riferimento la disciplina di quest'ultimo, pure sotto tale profilo differente rispetto all'accesso civico generalizzato, il quale ha invece un ambito oggettivo più ampio (Con le parole del Tar: *“Di conseguenza, il ricorso è inammissibile limitatamente alla pretesa ostensiva espressamente rivolta a “dati” e “informazioni” detenuti dalla RAI, puntualmente individuati nell’istanza”*). Ciò posto, occorre chiedersi cosa concretamente debba intendersi per atto, poiché è chiaro che a definire l'atto in senso stretto, come concetto inclusivo solamente dei provvedimenti finali espressivi della volontà amministrativa, si finirebbe per escludere dall'area di ostensibilità tutta (o quasi) la documentazione giornalistica raccolta, di certo non espressiva di una volontà pubblicitaria. È noto, però, che la giurisprudenza amministrativa è giunta a definire l'atto ostensibile in maniera molto più ampia di quanto suddetto, fino a ricomprendervi non solo gli atti endo-procedimentali, ma pure ogni atto di natura privatistica seppur nei limiti della loro funzionalizzazione all'interesse pubblico (v. Cons. Stat. sez. VI, 23/09/2003, n.5432). Pertanto, chiarito che anche l'attività giornalistica legata al programma vada fatta rientrare nell'ambito delle attività di interesse pubblico in quanto destinata ad andare in onda su una rete RAI, si potrebbe in prima battuta ritenere che tutti gli atti, anche privatistici (contratti, fatture, altri documenti) posti in essere dai giornalisti per raccogliere informazioni, siano ostensibili. Tuttavia, la pronuncia in commento ha ristretto, in apparente contraddizione con quanto suesposto, il novero degli atti ostensibili, condannando la RAI a consentire l'accesso alle sole *“richieste informative rivolte in via scritta dalla redazione del programma ad enti di natura pubblica in merito all'eventuale conferimento di incarichi ovvero di consulenze in favore di parte ricorrente, unitamente ai riscontri forniti dai suddetti enti”*. Ma detta contraddizione, per l'appunto, è solo apparente. Ciò, non solo perché nulla della pronuncia in commento lascia intendere la volontà del Giudice di discostarsi dalla giurisprudenza che definisce estensivamente l'atto ostensibile, ma soprattutto perché la suddetta limitazione non pare motivata tanto con riguardo alla natura degli atti di cui si chiedeva l'ostensione, ma con riferimento all'interesse del ricorrente, il quale, può prevalere sul “segreto giornalistico” (v. art. 2, comma 3, L. 69/1963) solo nei limiti di quanto strettamente necessario alla difesa della posizione giuridica del ricorrente (art. 24, co. 7, l. 241/1990). Dunque, dolendosi il ricorrente di una lesione alla reputazione professionale, ritenuta opaca nel servizio giornalistico per aver il ricorrente intrattenuto una serie di rapporti professionali ambigui con svariati enti pubblici, è corretto ritenere, in accordo con quanto statuito, che la sola ostensione degli atti relativi a tali rapporti sia

sufficiente a dimostrare la lesività delle informazioni diffuse. Il Tar, afferma, infatti, che: *“La delimitazione [...] della documentazione ostensibile, coinvolgendo l’interlocuzione intercorsa con soggetti di natura pubblica, rende priva di rilievo [...] la prospettazione difensiva articolata dalla Società resistente circa la prevalenza che dovrebbe riconoscersi al segreto giornalistico sulle fonti informative”*.

Silenzio assenso ex art. 17-bis, L. 241/1990 su parere della Soprintendenza ai beni paesaggistici

Argomento: procedimento

(T.A.R. Campania - Salerno, sez. II, 23 giugno 2021, n. 1542)

Stralcio a cura di Rossella Bartiromo

“Il punto centrale della vicenda riguarda l’applicabilità, o meno, dell’istituto del silenzio assenso di cui all’art. 17-bis della legge 241 del 1990, al parere della Soprintendenza ai beni paesaggistici ai sensi dell’art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42 del 2004, reso oltre i quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti. Prevede la norma che: “il soprintendente rende il parere ... entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti ... in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell’art. 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l’amministrazione provvede in conformità”. Prevede, invece, l’art. 17-bis della legge 241 del 1990 che: “1. Nei casi in cui è prevista l’acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l’adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell’amministrazione precedente ... 2. Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l’assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito ... 3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l’acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l’adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all’art. 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell’amministrazione precedente”. In tale quadro, è sopraggiunto l’art. 2, comma 8-bis, della legge 241 del 1990 (operante solo a partire dalla sua introduzione, con legge n. 120 del 2020), per il quale: “le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli artt. 14-bis, comma 2, lett. c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ... sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall’art. 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni”. Pur non ignorando i variegati orientamenti esistenti in giurisprudenza (per la tesi contraria, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, n. 2640), il collegio opina per l’operatività dell’art. 17-bis della legge 241 del 1990 con riferimento al procedimento di rilascio del parere di cui all’art. 146, comma 8, del d.lgs. n. 42 del 2004 (da ultimo, cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 30 novembre 2020, n. 1811). Occorre premettere che, per opinione granitica, il parere in esame costituisce “espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico” (da ultimo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843, 18 marzo 2021,

n. 2358 e 19 marzo 2021 n. 2390), “nel quale l’apprrezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza” (da ultimo, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145). Se così è, ad esso ben si attagliano le perspicue argomentazioni espresse dal Consiglio di Stato, in sede consultiva, col parere n. 1640/2016, secondo cui: - “l’art. 17-bis opera in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione ‘pluristrutturata’ [...] per i quali il silenzio dell’amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna volontà, non ha più l’effetto di precludere l’adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato ope legis a un atto di assenso e consente all’amministrazione procedente l’adozione del provvedimento conclusivo”; - “l’art. 17-bis è, quindi, destinato ad applicarsi solo ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria ‘pluristrutturata’ e, dunque, nei casi in cui l’atto da acquisire, al di là del nomen iuris, abbia valenza codecisoria. [...] Gli interessi sensibili, quindi, restano pienamente tutelati nella fase istruttoria, non potendo la decisione finale essere assunta senza che tali interessi siano stati ritualmente acquisiti al procedimento, tramite l’obbligatorio parere o l’obbligatoria valutazione tecnica di competenza dell’amministrazione preposta alla loro cura”; - “l’applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili dev’essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall’amministrazione procedente, ma dal privato destinatario finale dell’atto”; - “la locuzione ‘termine diverso’ autorizza la conclusione per cui, in materia di interessi sensibili, restano in vigore e prevalgono non solo le norme che prevedono termini più lunghi (rispetto al termine di novanta giorni), ma anche quelle che prevedono termini speciali più brevi”. Per vero, configurandosi come ipotesi di ‘cogestione attiva del vincolo paesaggistico’, il procedimento di cui all’art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 rientra a pieno titolo tra le decisioni ‘pluristrutturate’, nelle quali, per poter emanare il provvedimento conclusivo, l’amministrazione procedente deve, per obbligo di legge, acquisire l’assenso vincolante di un’altra amministrazione. Esso è dunque reso nell’ambito di un rapporto intersoggettivo di tipo orizzontale, intercorrente tra due pubbliche amministrazioni, l’una proponente e l’altra deliberante. [...] L’indicato rapporto pubblico intersoggettivo non va confuso col diverso rapporto, di tipo verticale, intercorrente tra amministrazione procedente (Regione o ente delegato) e privato, culminante nel provvedimento di rilascio o diniego dell’autorizzazione paesaggistica e riguardo al quale il silenzio assenso non può evidentemente operare. Né va confuso con la decisione ‘monostrutturata’ [...] dove l’amministrazione procedente assume “un ruolo meramente formale (raccoglie e trasmette l’istanza all’amministrazione unica decidente). [...] [...] Verso l’applicabilità dell’art. 17-bis della legge n. 241 del 1990 al parere ex art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, depongono ancora i seguenti due argomenti. Il primo è mutuato dall’art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31 del 2017, in tema di procedura autorizzativa paesaggistica semplificata, che recita: “in caso di mancata espressione del parere vincolante del soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell’art. 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l’amministrazione procedente provvede al rilascio dell’autorizzazione paesaggistica”. E’ evidente come la predetta norma, di rango regolamentare, non può certo essere in contrasto con la disciplina primaria, così da trasformare, sia pur nell’ambito di un regime semplificato, un rapporto verticale concepito dalla legge come ‘monostrutturato’ (cui non è applicabile l’art. 17-bis) in un rapporto orizzontale ‘pluristrutturato’ (cui è applicabile l’art. 17-bis). Il secondo argomento lo si ricava dalla disamina della più autorevole prassi amministrativa della P.A. resistente, favorevole all’interpretazione qui offerta. Ci si riferisce, in particolare, alle univoche e ripetute istruzioni impartite dal capo dell’ufficio legislativo del Ministero per i beni e le attività culturali, con le direttive n. 27158 del 10 novembre

2015, n. 21892 del 20 luglio 2016 e n. 11688 dell'11 aprile 2017 (cfr. pag. 3, § b1), nonché con i pareri n. 1293 del 19 gennaio 2017 e n. 23231 del 27 settembre 2018”.

Nota a cura di Maddalena Anna Chirico.

La sentenza in commento analizza il silenzio assenso disciplinato dall'articolo 17-*bis* della legge n. 241/1990 che estende il ricorso a tale istituto ai rapporti fra pubbliche amministrazioni o gestori di beni o servizi pubblici.

La norma stabilisce che, quando è necessario acquisire “*atti di assenso, di concerto o nulla osta comunque denominati*”, prima dell'adozione di provvedimenti normativi o amministrativi, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio atto di assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dalla ricezione dello schema del provvedimento corredato dalla relativa documentazione. Occorre precisare che tale tipologia di silenzio-assenso ha valore endo-procedimentale, così facilitando i rapporti fra pubbliche amministrazioni, rendendo più semplice l'acquisizione di assensi concertati e nulla osta funzionali all'adozione del provvedimento finale. In tal modo, si distingue dal silenzio assenso disciplinato dall'articolo 20 della legge n. 241/1990 che, riguardando i rapporti fra pubblica amministrazione e privati, è invece qualificabile come silenzio provvedimentale.

Il silenzio assenso ex art. 17 bis della legge n. 241/1990 è applicabile a tutte le amministrazioni, comprese quelle preposte alla tutela di interessi sensibili come la tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini.

Nel caso sottoposto all'attenzione della seconda sezione del T.A.R. Salerno, la ricorrente assume di avere presentato istanza per la realizzazione di un fabbricato rurale su un'area di notevole interesse pubblico, senza ottenere la relativa autorizzazione, decidendo di impugnare il diniego dell'autorizzazione paesaggistica adottata dal Comune di Battipaglia, che recepisce il contenuto ostatico rilasciato dalla Soprintendenza dei beni paesaggistici di Salerno.

Al centro della vicenda giunta all'esame del Tribunale amministrativo si colloca l'applicabilità del silenzio assenso ex art. 17-*bis* della legge n. 241 del 1990 ad un parere rilasciato dalla Soprintendenza dei beni paesaggistici oltre il termine di 45 giorni dalla ricezione degli atti ai sensi dell'articolo 146 ottavo comma del decreto legislativo 42 del 2004.

Tale norma, infatti, stabilisce che “il Soprintendente rende il parere - Entro il termine di 45 giorni dalla ricezione degli atti - in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'art. 10 bis della legge 241/1990. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità”.

Nella disamina della vicenda, quindi, entrano in gioco tanto l'articolo 17 bis della legge n. 241 del 1990 quanto le modifiche apportate alla legge 241 del 1990 dalla legge n. 120/2020 che ha introdotto il comma 8 bis all'articolo 2 stabilendo che “*le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominato, adottate dopo la scadenza dei termini.....sono inefficaci, fermo restando, quanto previsto dall'art. 21 novies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni*”.

Analizzando il tema della piena operatività dell'istituto del silenzio assenso, il Tar ha condiviso un orientamento già espresso dalla stessa sezione (Tar Campania, Salerno sez. II, 30 novembre 2020 n. 1811),

riportandosi alle dettagliate argomentazioni espresse dal Consiglio di Stato che si è espresso sul tema in sede consultiva con parere n. 1640/2016.

In questa occasione il Consiglio di Stato, analizzando nel dettaglio la questione che ha suggerito alla ricorrente l'impugnazione del diniego all'autorizzazione paesaggistica in virtù della mancata acquisizione del parere della soprintendenza entro il termine di quarantacinque giorni previsto dalla legge, ha puntualizzato che *“l'art. 17 bis opera in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione pluristrutturata (nel senso che la decisione finale da parte dell'amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione), per i quali il silenzio dell'amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna volontà, non ha più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato ope legis a un atto di assenso e consente all'amministrazione procedente l'adozione del provvedimento conclusivo”*.

Pertanto, nel caso di specie, il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, va considerato chiaramente come destinato a concludersi con l'adozione di una decisione pluristrutturata ove l'amministrazione procedente (Comune di Battipaglia), per poter emanare il provvedimento conclusivo, doveva necessariamente acquisire il parere vincolante di un'altra amministrazione.

Quindi, essendo chiaro che il procedimento in questione rientra senza alcun dubbio nei procedimenti pluristrutturati ai quali partecipano altre amministrazioni, prevedendo di fatto una fase co-decisoria nella quale ogni amministrazione deve esprimere il proprio parere vincolante per l'adozione del provvedimento finale, con la sentenza in commento il T.A.R. ritiene che l'istituto del silenzio assenso disciplinato dall'articolo 17-bis della legge n. 241/1990 trova espressa applicazione al caso di specie ed a tal riguardo la seconda sezione del Tar Campania, sezione distaccata di Salerno ha precisato che *“l'espressa qualificazione in termini provvedimentali data dal legislatore (“in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'art. 10-bis della legge 241/1990”) rende concepibile che su di esso possa formarsi il silenzio assenso.”*

Muovendo da tale considerazione, quindi, il G.A. ha stabilito la piena operatività dell'istituto del silenzio assenso disciplinato dall'articolo 17 bis che opera nel caso di procedimenti ai quali partecipano, attraverso il rilascio di pareri assenti e nulla osta, anche altre amministrazioni osservando che tale operatività è confermata dal fatto che la disposizione appena citata (silenzio assenso) *“si applica ad ogni procedimento che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con privato destinatario degli effetti dello stesso”* (A tal riguardo la sentenza rimanda alla pag. 26 del parere del Consiglio di Stato n. 1640/2016).

Alla luce di tali valutazioni, il T.A.R. ha accolto il ricorso della ricorrente, annullando il diniego di autorizzazione paesaggistica illegittimamente adottato dal Comune senza tener conto del fatto che il silenzio assenso ex art. 17 bis della legge n. 241/1990 - riferito al parere vincolante che la Soprintendenza doveva rilasciare entro 45 giorni – si era già formato.