



TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL PIEMONTE

RASSEGNA

Provvedimenti pubblicati

Gennaio – febbraio – marzo - aprile

2024

La giurisprudenza amministrativa

Anno 2024

Ufficio del Processo

Sommario

ACCESSO	8
Sez. II, 15 febbraio 2024, n. 154 – Pres. Bellucci, Est. Maisano	8
ATTI RELATIVI ALLA DOCUMENTAZIONE TECNICA PROPEDEUTICA ALLA REDAZIONE DEL PROGETTO ESECUTIVO APPALTATO – ISTANZA DI ACCESSO DELL’ESECUTORE OPERA	8
AMBIENTE	9
Sez. II, 3 gennaio 2024, n. 4 – Pres. Bellucci, Est. Caporali	9
DANNO AMBIENTALE – CESSAZIONE ATTIVITA’ INDUSTRIALE - RESPONSABILITÀ SOLIDALE.....	9
APPALTI	10
Sez. II, 16 gennaio 2024, n. 23 – Pres. Bellucci Est. Maisano	10
PNRR – APPALTI INTEGRATO DI PROGETTAZIONE ESECUTIVA ED ESECUZIONE DEI LAVORI DI MANUTENZIONE STRAORDINARIA PER LA RIQUALIFICAZIONE ENERGETICA, MIGLIORAMENTO SISMICO E LA MESSA IN SICUREZZA DELL’EDIFICIO SCOLASTICO – AMMINISTRAZIONI CENTRALI TITOLARI DELLO SPECIFICO INTERVENTO PREVISTO DAL P.N.R.R. – NOTIFICA RICORSO	10
RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO – REQUISITI DI QUALIFICAZIONE - ESPULSIONE	10
Sez. II, 19 gennaio 2024, n. 42 – Pres. Bellucci Est. Caporali	11
FORNITURA IN SERVICE DI SISTEMI ANALITICI PER DETERMINAZIONI POCT PER ESAME EMOGASANALISI – CONFORMITÀ OFFERTA ALL’OGGETTO CONTRATTUALE	11
Sez. I, 30 gennaio 2024, n. 100 – Pres. Prospero Est. Malanetto	12
PROCEDURA DI GARA APERTA PER L’AFFIDAMENTO IN APPALTO DEI SERVIZI DI BIGLIETTERIA, CUSTODIA E SORVEGLIANZA, ACCOGLIENZA E ASSISTENZA AL PUBBLICO E CONCESSIONE DELLE ATTIVITÀ DIDATTICHE E LABORATORI, AUDIOGUIDE E APPLICATIVI DIGITALI, CALL CENTER E CENTRO PRENOTAZIONI PRESSO IL COMPLESSO DE “LA VENARIA REALE” – AGGIUDICAZIONE	12
Sez. I, 2 febbraio 2024, n. 107 – Pres. Prospero Est. Pavia	12
PROCEDURA RISTRETTA PER L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS – GESTORI USCENTI - CONTROINTERESSATO.....	12
BANDO – SOPRAVVENIENZE NORMATIVE.....	13
Sez. II, 7 febbraio 2024, n. 116 – Pres. Bellucci Est. Costa	13
AFFIDAMENTO DELLA FORNITURA IN SERVICE DI SISTEMI DIAGNOSTICI PER AUTOMAZIONE INTEGRATA – DIRETTIVA CE 98/79 E DEL REGOLAMENTO UE 2017/746 – CARATTERISTICHE MINIME LEX SPECIALIS.....	13
Sez. II, 15 febbraio 2024, n. 155 – Pres. Bellucci, Est. Maisano	14
RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO D’IMPRESE – LEGITTIMAZIONE AD AGIRE	14
ACCORDO QUADRO – NATURA GIURIDICA - REVOCA	14

Sez. II, 17 febbraio 2024, n. 162 – Pres. Bellucci Est. Costa	15
SISTEMA DINAMICO DI ACQUISIZIONE PER LA FORNITURA DI FARMACI ED EMODERIVATI AI FINI DEL CONSUMO OSPEDALIERO – SUDDIVISIONE APPALTO IN LOTTI – DISCREZIONALITÀ DELLA STAZIONE APPALTANTE.....	15
Sez. I, 19 febbraio 2024, n. 164 – Pres. Prosperi Est. Pavia	16
PNRR - PROCEDURA DI AFFIDAMENTO DI UN APPALTO INTEGRATO DI PROGETTAZIONE E LAVORI, SUBORDINATO ALL'EROGAZIONE DEI FONDI DEL PNRR, VOLTO ALLA RIGENERAZIONE DI UN QUARTIERE CITTADINO – RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO DI IMPRESA – QUOTA DI QUALIFICAZIONE E DI ESECUZIONE	16
Sez. I, 20 febbraio 2024, n. 174 – Pres. Prosperi Est. Malanetto	17
AGGIUDICAZIONE – POTERE DI REVOCA – POTERE DI VERIFICA DEI REQUISITI - DIFFERENZE	17
Sez. II, 22 febbraio 2024, n. 187 – Pres. Bellucci Est. Costa	18
AFFIDAMENTO DELLA FORNITURA IN NOVE DISTINTI LOTTI DI SISTEMI ANALITICI VARI – GIUDICATO.....	18
Sez. I, 16 marzo 2024, n. 290 – Pres. Prosperi Est. Malanetto	18
DOVERE DI LEALE COLLABORAZIONE DELL'OPERATORE ECONOMICO – OMISSIONE DICHIARATIVA - ESCLUSIONE GARA	18
Sez. II, 22 marzo 2024, n. 299 – Pres. Bellucci Est. Caporali	19
ISCRIZIONE WHITE LIST – REQUISITO DI PARTECIPAZIONE - ESCLUSIONE.....	19
Sez. I, 25 marzo 2024, n. 300 – Pres. Est. Prosperi	19
MOTIVI DI ESCLUSIONE.....	19
Sez. II, 4 aprile 2024, n. 338 – Pres. Bellucci Est. Costa	19
CONTENUTO OFFERTA TECNICA – LACUNE - ESCLUSIONE.....	19
Sez. II, 19 aprile 2024, n. 381 – Pres. Bellucci Est. Caporali	20
COMMISSIONE GIUDICATRICE – MODALITA' DI OPERARE	20
AUTORITA' DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI	20
Sez. III, 27 gennaio 2024, n. 86 – Pres. Perna Est. Perilongo	20
CONTRIBUTO ART 2022 – SOGGETTI EROGANTI IL SERVIZIO DI AGENZIA/RACCOMANDAZIONE MARITTIMA – PRINCIPIO DI RISERVA DI LEGGE IN MATERIA TRIBUTARIA – MISURA DEL CONTRIBUTO.....	20
Sez. III, 22 febbraio 2024, n. 184 – Pres. Perna Est. Cappadonia	24
INFRASTRUTTURE FERROVIARIE - DETERMINAZIONE TARIFFE - APPLICAZIONE RETROATTIVA PEDAGGI – LEGITTIMO AFFIDAMENTO	24
Sez. III, 7 marzo 2024, n. 234 – Pres. Perna Est. Cappadonia	24
NATURA PRETESA AD ESSERE ASSOGGETTATO AL CONTRIBUTO ART - TERMINE DI IMPUGNAZIONE.....	24
Sez. III, 26 aprile 2024, n. 412 – Pres. Perna Est. Lico	26

AFFIDAMENTI DEI SERVIZI DI DISTRIBUZIONE DI CARBOLUBRIFICANTI, DI GAS NATURALE COMPRESO E DI GAS NATURALE LIQUEFATTO E DELLE ATTIVITÀ COMMERCIALI E RISTORATIVE – NATURA GIURIDICA – POTERI ART	26
AUTORIZZAZIONI E CONCESSIONI	27
Sez. I, 20 marzo 2024, n. 296 – Pres. Prosperi Est. Malanetto	27
PRESTATORI DI SERVIZI AEROPORTUALI DI ASSISTENZA A TERRA (C.D. “HANDLING”) – LIBERALIZZAZIONE MERCATO	27
Sez. I, 16 aprile 2024, n. 367 – Pres. Prosperi Est. Pavia	28
AUTORIZZAZIONI PER L’ATTIVITÀ DI VENDITA – PROROGA TERMINI AVVIO ATTIVITA’	28
Sez. I, 24 aprile 2024, n. 408 – Pres. Est. Prosperi	28
MODIFICA DEL PIANO ECONOMICO FINANZIARIO PER CONSENTIRE DI RIPRISTINARE LO SQUILIBRIO FINANZIARIO DELLA CONCESSIONE – GIURISDIZIONE	28
CARABINIERI	29
Sez. III, 2 febbraio 2024, n. 112 – Pres. Perna Est. Lico	29
PROCEDIMENTO DISCIPLINARE – COMPOSIZIONE COMMISSIONE DI DISCIPLINA EX ART. 1400 DEL D.LGS. N. 66 DEL 2010	29
Sez. III, 20 marzo 2024, n. 294 – Pres. Perna Est. Lico	30
CONCORSO – ASTENSIONE VALUTATORE.....	30
COMUNI	30
Sez. II, 3 gennaio 2024, n. 1 – Pres. Est. Maisano	30
SERVIZIO DI NOLEGGIO A FLUSSO LIBERO DI MONOPATTINI ELETTRICI IN SHARING – REQUISITO TERRITORIALE - ILLEGITTIMITÀ CLAUSOLA	30
Sez. II, 29 gennaio 2024, n. 88 – Pres. Est. Bellucci	32
AFFITTO DEI PASCOLI MONTANI PUBBLICI – CONTRATTO DI LOCAZIONE – POLIZZA FIDEIUSSORIA	32
EDILIZIA	32
Sez. II, 3 gennaio 2024, n. 3 – Pres. Maisano Est. Costa	32
CONDONO – METODO VALUTATIVO - VINCOLI IMPOSTI SUCCESSIVAMENTE ALLA COSTRUZIONE DELL’OPERA - DISCIPLINA APPLICABILE.....	32
Sez. II, 4 gennaio 2024, n. 6 – Pres. Maisano Est. Costa	33
SANATORIA – OPERE ANCORA NON REALIZZATE.....	33
Sez. II, 23 gennaio 2024, n. 66 – Pres. Est. Bellucci	34
ORDINANZA DI DEMOLIZIONE – DESTINATARI	34
Sez. II, 27 febbraio 2024, n. 203 – Pres. Maisano Est. Costa	34
OPERE ABUSIVE SU SUOLO PUBBLICO – ONERE PROVA	34
FARMACIE	35

Sez. III, 22 gennaio 2024, n. 53 – Pres. Perna Est. Cappadonia	35
FARMACIE RURALI - FATTURATO ANNUO IN REGIME SSN EX ART. 1 LEGGE 662 DEL 1996 E SMI	35
FATTURATO ANNUO IN REGIME SSN EX ART. 1 LEGGE 662 DEL 1996 E SMI - CORRISPETTIVI PER L'ATTIVITÀ DI DISTRIBUZIONE PER CONTO E I PROVENTI RIVENIENTI DALLA VENDITA DI PRODOTTI DI ASSISTENZA INTEGRATIVA PER DIABETICI.....	36
Sez. II, 1 febbraio 2024, n. 105 – Pres. Bellucci Est. Maisano	36
AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI GESTIONE DELLA FARMACIA OSPEDALIERA ESTERNA EX COMUNALE – REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E DI ESECUZIONE – GIURISDIZIONE	36
INFORMATIVA ANTIMAFIA	38
Sez. I, 19 febbraio 2024, n. 171 – Pres. Prosperi Est. Malanetto	38
WHITE LIST – DINIEGO.....	38
MILITARI	39
Sez. III, 2 marzo 2024, n. 219 – Pres. Perna Est. Lico	39
Art. 53, COMMA 3, D.LGS. N. 151 DEL 2001 - ESONERO LAVORO NOTTURNO	39
Sez. III, 5 marzo 2024, n. 232 – Pres. Perna Est. Perilongo	39
PROVVEDIMENTO DISCIPLINARE – SANZIONE PER UNA FRASE CONTENUTA IN UNA MEMORIA DIFENSIVA – ART. 589 C.P.....	39
PUBBLICO IMPIEGO	40
Sez. III, 8 gennaio 2024, n. 8 – Pres. Perna Est. Lico	40
CONCORSO – COMMISSIONE DI ESAME – COMPETENZA MEMBRI.....	40
PROCURA ALLE LITI	40
Sez. III, 19 febbraio 2024, n. 165– Pres. Perna Est. Lico	41
SOSPENSIONE CAUTELARE – SOSPENSIONE PER EFFETTO DI CONDANNE PENALI ..	41
QUOTE LATTE	42
Sez. III, 4 marzo 2024, n. 229 – Pres. Perna Est. Cappadonia	42
RAPPORTO FRA ATTO IMPOSITIVO E INTIMAZIONE DI PAGAMENTO – ILLEGITTIMITÀ DERIVATA	42
RIFIUTI	43
Sez. III, 2 febbraio 2024, n. 110 – Pres. Perna Est. Perilongo	43
ORDINANZA DI SMALTIMENTO RIFIUTI – RAPPORTI FRA RICORSO GERARCHICO E RICORSO GIUDIZIALE	43
SANITA'	43
Sez. I, 18 gennaio 2024, n. 30 – Pres. Prosperi Est. Malanetto	43
D.G.R. 3 AGOSTO 2018 N. 116-7442 PUBBLICATA SUL BUR DEL 20 SETTEMBRE 2018 INTITOLATA “DISPOSIZIONI PER L'AVVIO DELLA SPERIMENTAZIONE INERENTE PROGETTI TERAPEUTICI INDIVIDUALI DI DOMICILIARITÀ E SOSTEGNO	

TERRITORIALE INTEGRATO PER I PAZIENTI PSICHIATICI” - STRUTTURE RESIDENZIALI PSICHIATRICHE EXTRAOSPEDALIERE – INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA IN MATERIA SANITARIA	43
SERVIZI PUBBLICI	45
Sez. I, 27 febbraio 2024, n. 205 – Pres. Prosperi Est. Pavia	45
TELECOMUNICAZIONI –INSTALLAZIONE DI INFRASTRUTTURE PER IMPIANTI RADIOELETTRICI - PIANO DI LOCALIZZAZIONE DEGLI IMPIANTI DI TELEFONIA MOBILE	45
SICUREZZA PUBBLICA	46
Sez. I, 18 gennaio 2024, n. 32 – Pres. Prosperi Est. Malanetto	46
DASPO – OBBLIGO DI FIRMA – GIURISDIZIONE.....	46
Sez. III, 22 gennaio 2024, n. 60 – Pres. Perna Est. Cappadonia	47
GUARDIA PARTICOLARE GIURATA – NOMINA – REQUISITO BUONA CONDOTTA EX ART. 138 T.U.L.P.	47
Sez. I, 30 gennaio 2024, n. 96 – Pres. Prosperi Est. Malanetto	47
ISTANZA DI ISCRIZIONE NELL’ELENCO DEL PERSONALE ADDETTO AI SERVIZI DI CONTROLLO, INTRATTENIMENTO E SPETTACOLO – DINIEGO	47
SILENZIO	48
Sez. II, 8 febbraio 2024, n. 129 – Pres. Bellucci Est. Costa	48
PROGETTO PER LA REALIZZAZIONE DI UN IMPIANTO AGRIVOLTAICO RICOMPRESO NEL PNRR – VALUTAZIONE DI IMPATTO AMBIENTALE – ART. 25 D.LGS. 152/2006 TERMINE CONCLUSIONE PROCEDIMENTO.....	48
STRANIERI	49
Sez. I, 17 gennaio 2024, n. 26 – Pres. Prosperi Est. Pavia	49
D.M. 27 MAGGIO 2020 NUMERO 137 - PROCEDURA DI EMERSIONE – REDDITO DATORE DI LAVORO	49
UNIVERSITA’	49
Sez. III, 6 febbraio 2024, n. 115 – Pres. Perna Est. Perilongo	49
PROFESSORI UNIVERSITARI – CONCORSO – NON VERIDICITÀ DICHIARAZIONI – ESCLUSIONE CANDIDATO	49

ACCESSO

Sez. II, 15 febbraio 2024, n. 154 – Pres. Bellucci, Est. Maisano

ATTI RELATIVI ALLA DOCUMENTAZIONE TECNICA PROPEDEUTICA ALLA REDAZIONE DEL PROGETTO ESECUTIVO APPALTATO – ISTANZA DI ACCESSO DELL'ESECUTORE OPERA

A dispetto di quanto affermato dal Comune nella motivazione del provvedimento gravato, il ruolo ancillare dei documenti richiesti alla progettazione di primo livello non può integrare, di per sé, una legittima ragione di rifiuto dell'accesso.

Premesso che, nella fattispecie all'esame non è ravvisabile alcuna delle ipotesi di divieto codificate dall'art. 53 D.Lgs. 50/2016 (né dall'art. 24 L. 241/1990), si evidenzia, piuttosto, che, quali elaborati tecnici espressamente menzionati in un atto istruttorio preordinato all'approvazione del progetto sottoposto ad appalto, gli studi in parola sono sussumibili nella fattispecie degli "atti interni" e, come tali, suscettibili, in linea generale, di accesso ai sensi dell'art. 22 comma 1 lett. d) L. 241/1990, che espressamente include nella nozione di documento amministrativo accessibile anche gli "atti interni o non relativi ad uno specifico procedimento".

L'accessibilità degli atti è suffragata, inoltre, dalle pertinenti norme di settore sulla progettazione delle opere pubbliche.

In particolare, dall'art. 23, comma 6, D.Lgs. 50/2016 si desume che il progetto di fattibilità tecnico-economica debba illustrare tutte le indagini e le verifiche preventive espletate per la localizzazione e definizione dell'opera commessa in appalto.

Ancor più nello specifico, l'art. 17 comma 1 lett. d) D.P.R. 207/2010 (parimenti applicabile ratione temporis) indica tra gli elementi costitutivi del progetto di primo livello gli "studi necessari per un'adeguata conoscenza del contesto in cui è inserita l'opera, corredati da dati bibliografici, accertamenti ed indagini preliminari -quali quelle storiche, archeologiche ambientali, topografiche, geologiche, idrologiche, idrauliche, geotecniche e sulle interferenze e relative relazioni ed elaborati grafici- atti a pervenire ad una completa caratterizzazione del territorio ed in particolare delle aree impegnate".

Dal superiore quadro ordinamentale si evince che, nei confronti dell'operatore economico (coinvolto nella procedura, prima come offerente e, poi, come esecutore dell'opera), gli studi di caratterizzazione del sito sono divulgabili al pari del PFTE al quale accedono. Conclusione, questa, tanto più avvalorata, nella vicenda in esame, dalla circostanza che gli studi di cui si chiede l'ostensione assolvono a una funzione non già meramente integrativa, bensì suppletiva dello stesso progetto, giacché implicati, secondo quanto attestato nella relazione generale, nella caratterizzazione di aree ivi non originariamente ricomprese (cfr. ancora doc. 6 di parte ricorrente, pagg. 17-18).

La richiamata disciplina sui contenuti della progettazione di primo livello traccia l'obbligo a carico dell'amministrazione di fornire all'appaltatore tutti gli strumenti conoscitivi sulla caratterizzazione del sito e la localizzazione dell'opera, onde consentire sia la consapevole formulazione dell'offerta sia, in seguito, la corretta esecuzione dei lavori.

Segnatamente, ai sensi dell'art. 23, comma 8, D.Lgs. 50/2016, la stazione appaltante ha l'obbligo pubblicistico, integrativo delle pattuizioni contrattuali e intrasferibile all'appaltatore, di predisporre un progetto esecutivo immediatamente "cantierabile", non bisognoso cioè di ulteriori specificazioni, in quanto già contenente la puntuale e dettagliata rappresentazione dell'opera; ciò rendendosi necessario ai fini della stessa delimitazione dell'oggetto del contratto (cfr. Cass. Civ. sez. I, 18/04/2023, n. 10299 e Id. 09/11/2018, n. 28799, con argomentazione fondata sugli artt. 16, 17 e 19 L. 109/1994, ma riferibile anche alla citata disposizione del codice dei contratti pubblici; nonché Cons. Stato sez. V, 22/01/2014, n. 313). A tale obbligo corrisponde il diritto dell'appaltatore di poter valutare l'immediata realizzabilità del progetto (o, in alternativa, la necessità di una variante), il cui effettivo esercizio postula che egli possieda tutti gli occorrenti elementi conoscitivi dell'opera commessa.

disparte, quindi, il richiamo al diritto di difesa, risulta corretta l'affermazione di parte ricorrente secondo cui il suo interesse strumentale all'accesso si radica, prima ancora, nella qualità di soggetto affidatario dell'opera, cui si aggancia il diritto di visionare la documentazione in base alla quale i lavori commessi sono stati progettati, onde definire esattamente il perimetro delle prestazioni integranti l'oggetto del contratto.

AMBIENTE

Sez. II, 3 gennaio 2024, n. 4 – Pres. Bellucci, Est. Caporali

DANNO AMBIENTALE – CESSAZIONE ATTIVITA' INDUSTRIALE - RESPONSABILITÀ SOLIDALE

Non è sufficiente la qualifica di proprietario per poter essere individuato come responsabile del danno ambientale, poiché "gli interventi di riparazione, messa in sicurezza, bonifica e ripristino gravano esclusivamente sul responsabile della contaminazione, ossia su colui al quale sia imputabile - almeno sotto il profilo oggettivo - l'inquinamento" (cfr. Cons. Stato, sez. II, 02.07.2020, n. 4248), in applicazione del principio europeo "chi inquina paga".

"La responsabilità che l'amministrazione ex lege accolla alle ricorrenti è di ben diversa natura, trattandosi di una responsabilità aquiliana da fatto illecito derivante dalla circostanza, come visto in sé pacifica, di avere esercitato (a vario titolo su cui infra) l'attività imprenditoriale di gestione di discarica; tale gestione ha - altrettanto pacificamente - indotto l'inquinamento ambientale contestato. Posto quindi che l'amministrazione non invoca rapporti di tipo contrattuale o comunque patrimoniali accessori ad un atto amministrativo di concessione ma una pura e semplice responsabilità da fatto illecito, anche colposo, ..., nell'accertamento dell'illecito, ben può, secondo il diverso paradigma della responsabilità aquiliana, individuare una responsabilità solidale di due soggetti a diverso titolo coinvolti nella gestione dell'attività che ha dato luogo all'inquinamento.

Né si pone un problema di effettiva sussidiarietà quanto piuttosto, secondo il paradigma della responsabilità aquiliana, di solidarietà nella responsabilità, che lascia certamente intatte eventuali problematiche di rivalsa interna tra le parti, che restano appunto confinate al rapporto interno tra i gestori e non sono opponibili all'amministrazione, ferma la necessità del riscontro di una responsabilità di tipo aquiliano" (cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. I, 28 novembre 2022 n. 1044).

"L'ascrizione della responsabilità solidale non discende dall'impossibilità di individuare il soggetto inquinante, bensì dall'elevata probabilità che entrambi gli enti abbiano concorso alla contaminazione del sito" (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 15.10.2023, n. 2236).

Qualora l'amministrazione fornisca in giudizio elementi indiziari sufficienti a dimostrare che, sebbene in via presuntiva, l'inquinamento sia imputabile a un determinato soggetto, grava su quest'ultimo l'onere di fornire la prova liberatoria, per la quale non è sufficiente indicare un terzo responsabile o l'incidenza di un evento esterno alla propria attività, essendo necessario provare la reale dinamica degli avvenimenti e indicare lo specifico fattore causativo dell'inquinamento (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5668).

Orbene, l'istruttoria condotta dall'amministrazione nel caso di specie è completa, atteso che - allo stato - non è ancora possibile individuare il riparto delle rispettive responsabilità, né ascrivere le varie fonti di inquinamento a una sorgente specifica, e inoltre vi sono molteplici elementi, relativi alle peculiarità delle sostanze chimiche presenti nel terreno e dello stato dei luoghi (evidenziate in circostanziate relazioni tecniche), che inducono a ricondurre a entrambe le ricorrenti la causazione dell'inquinamento.

In conclusione, il Collegio ritiene che l'amministrazione abbia fatto corretta applicazione, ai fini dell'accertamento della sussistenza del nesso di causalità tra attività industriale svolta nell'area e inquinamento della stessa, del canone civilistico del «più probabile che non», alla cui stregua l'individuazione del responsabile può basarsi anche su presunzioni semplici, ex art. 2727 c.c.. Nel

caso in esame ricorrono cioè elementi indiziari sufficienti a dimostrare, in via presuntiva, in relazione allo stato dei luoghi e alle peculiari caratteristiche delle sostanze chimiche in questione, l'ascrivibilità dell'inquinamento alle ricorrenti, le quali non hanno opposto un corredo probatorio idoneo a dimostrare una dinamica degli avvenimenti tale da esonerarle dall'addebito della causazione dell'inquinamento (TAR Lombardia, Brescia, I, 2.8.2022, n. 776).

Invero, le esigenze di effettività della tutela ambientale consentono di individuare il responsabile dell'inquinamento, tanto a titolo commissivo quanto a titolo omissivo, sulla scorta di dati fattuali che rendano verosimile, secondo l'id quod plerumque accidit, che un dato inquinamento sia stato causato da un determinato soggetto, dati fattuali che, nel caso di specie, legittimano l'impugnato provvedimento (TAR Lombardia, Brescia, I, 15.1.2021, n. 47).

APPALTI

Sez. II, 16 gennaio 2024, n. 23 – Pres. Bellucci Est. Maisano

PNRR – APPALTI INTEGRATO DI PROGETTAZIONE ESECUTIVA ED ESECUZIONE DEI LAVORI DI MANUTENZIONE STRAORDINARIA PER LA RIQUALIFICAZIONE ENERGETICA, MIGLIORAMENTO SISMICO E LA MESSA IN SICUREZZA DELL'EDIFICIO SCOLASTICO – AMMINISTRAZIONI CENTRALI TITOLARI DELLO SPECIFICO INTERVENTO PREVISTO DAL P.N.R.R. – NOTIFICA RICORSO

L'art. 12-bis, comma 4, D.L. 16 giugno 2022 n. 68, convertito in L. 5 agosto 2022 n. 108, qualifica dette Amministrazioni come "parti necessarie dei giudizi disciplinati dal presente articolo", specificando, al contempo, che "si applica l'articolo 49 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104".

In tal modo, come osservato in giurisprudenza, "si è venuta a delineare, con esclusivo riferimento al rito soggetto alle regole del PNRR, una nuova figura processuale atipica qualificata dal legislatore come necessaria, a cui è tuttavia possibile estendere il contraddittorio anche in via postuma" (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. IV, 7.7.2023, n. 1008). In altra prospettiva, aderente alle tradizionali tassonomie del diritto processuale, le richiamate amministrazioni centrali non sono sussumibili nella categoria di parte resistente, non avendo adottato alcun atto gravato, bensì in quella di controinteressato, in quanto le stesse hanno interesse immediato alla conservazione degli atti impugnati, in vista dell'interesse finale alla corretta gestione dei fondi europei da parte delle singole stazioni appaltanti (cfr., in senso analogo, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 26.6.2023, n. 1993). Pertanto, la loro mancata evocazione in giudizio non porta all'inammissibilità del ricorso. Ciò premesso, il Collegio ritiene di trattenere la causa in decisione nonostante la mancanza di integrità del contraddittorio, in forza del richiamo operato dal succitato comma 4 dell'art. 12-bis all'art. 49 c.p.a.: richiamo che deve intendersi riferito anche al comma 2, il quale dispone che "l'integrazione del contraddittorio non è ordinata nel caso in cui il ricorso sia manifestamente irricevibile, inammissibile, improcedibile o infondato; in tali casi il collegio provvede con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'articolo 74".

RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO – REQUISITI DI QUALIFICAZIONE - ESPULSIONE

Nel solco dell'art. 92 D.P.R. 207/2010, l'art. 30 comma 1 dell'Allegato II.12 al D.Lgs. 36/2023 stabilisce che il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente. Il comma 2 precisa che, per i raggruppamenti temporanei, le quote di partecipazione possono essere

liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate. Entrambe le disposizioni vanno lette al lume dell'art. 12 D.L. 47/2014, il quale, in un'ottica concorrenziale, consente all'operatore economico in possesso della qualificazione per la categoria prevalente di partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici, anche se privo delle qualificazioni previste dal bando per le categorie scorporabili, alla condizione, però, che affidi le lavorazioni riconducibili alle predette categorie, se a qualificazione obbligatoria (tra le quali ricade la categoria OG9, in quanto opera generale, ai sensi del comma 2 lett. b) dell'art. 12), ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni.

Detta norma non è stata abrogata con l'entrata in vigore del D.Lgs. 36/2023 (cfr. relazione illustrativa al nuovo codice dei contratti pubblici sub art. 119 e T.A.R. Calabria sez. I - Reggio Calabria, 26/10/2023, n. 782) ed anzi, in base alle prime indicazioni giurisprudenziali in tema, il superamento, nell'impianto del nuovo codice dei contratti pubblici, della distinzione tra categorie di lavorazioni a qualificazione "obbligatoria" e "non obbligatoria", avrebbe piuttosto l'effetto di connotare indistintamente tutte le opere scorporabili della natura di lavorazioni a qualificazione obbligatoria (cfr. T.A.R. Calabria sez. I - Reggio Calabria, 26/10/2023, n. 782 cit.).

Ciò posto, il subappalto c.d. necessario (o qualificatorio) disciplinato dal citato art. 12 D.L. 47/2014 differisce dal modello classico poiché non è espressione di autonomia organizzativa, ma è imposto dalla circostanza che il concorrente non ha la qualifica per eseguire tutte le lavorazioni; è, perciò, "necessario" perché il subaffidamento (ad un soggetto in possesso delle pertinenti qualificazioni) dell'esecuzione delle lavorazioni è vincolato dal difetto di qualifica ad eseguire tale tipo di prestazioni.

Tanto incide, a valle, sugli oneri dichiarativi dell'operatore economico in sede di partecipazione. Come affermato in giurisprudenza, infatti, "il concorrente non è tenuto a indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, ma è tenuto senz'altro a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante. Detto più chiaramente, l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario" (Cons. Stato, Sez. V, 28.3.2023, n. 3180); ciò in quanto "nella dichiarazione di subappalto "necessario" viene in rilievo non una mera esternazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto "facoltativo", bensì una delle modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche" (Cons. Stato Sez. V, 1.7.2022, n. 5491 richiamata nella citata Cons. Stato, Sez. V, 28.3.2023, n. 3180).

Sez. II, 19 gennaio 2024, n. 42 – Pres. Bellucci Est. Caporali

FORNITURA IN SERVICE DI SISTEMI ANALITICI PER DETERMINAZIONI POCT PER ESAME EMOGASANALISI – CONFORMITA' OFFERTA ALL'OGGETTO CONTRATTUALE

Questo Tar condivide quanto già statuito dal Tar Sicilia - Palermo, n. 1599/2023 in un caso analogo a quello di specie che, proprio con riferimento allo strumento GEM 5000 offerto, ha specificato che: "Ancora più in concreto, l'operatore sanitario dell'AO per eseguire la misurazione della "tBili" di un paziente non può limitarsi ad inserire la cartuccia nello strumento in quanto l'attivazione/validazione di questo parametro analitico non avviene mai in automatico. Risulta indispensabile, quindi, l'inserimento manuale della fiala CVP5 che serve proprio alla calibrazione dei parametri misurati".

Né si può ritenere che la misurazione del parametro biliburina sia un'attività eccezionale che giustificerebbe l'inquadramento dell'intervento del personale sanitario fuori dalla "norma". Il capitolato di gara è chiaro nel richiedere che la calibrazione dei parametri indicati avvenga "di

norma" automaticamente, salvo eventi eccezionali (ad esempio un guasto), che necessitano dell'attività umana. Rileva altresì la lettera "p" della pagina 6 del capitolato tecnico, che inserisce la "gestione completamente automatica delle calibrazioni" tra le "caratteristiche tecniche indispensabili".

Ne segue l'accoglimento della censura per carenza della caratteristica dell'automaticità del sistema GAM Premier 5000.

Sez. I, 30 gennaio 2024, n. 100 – Pres. Prosperi Est. Malanetto

PROCEDURA DI GARA APERTA PER L’AFFIDAMENTO IN APPALTO DEI SERVIZI DI BIGLIETTERIA, CUSTODIA E SORVEGLIANZA, ACCOGLIENZA E ASSISTENZA AL PUBBLICO E CONCESSIONE DELLE ATTIVITÀ DIDATTICHE E LABORATORI, AUDIOGUIDE E APPLICATIVI DIGITALI, CALL CENTER E CENTRO PRENOTAZIONI PRESSO IL COMPLESSO DE “LA VENARIA REALE” – AGGIUDICAZIONE

La legge di gara richiedeva di predisporre la composita offerta economica indicando per talune voci la percentuale di rialzo e di ribasso sui valori posti a base di gara e per altre voci i punti di rialzo; in sostanza la legge di gara richiedeva di esprimere parte dei rialzi/ribassi in valori percentuali e parte degli stessi in valori assoluti (punti percentuali di rialzo).

Trattasi di formula di uso comune nelle gare, il cui funzionamento presuppone che sia individuato/individuabile per ogni voce valutata un unico valore offerto dal concorrente da inserire nel calcolo matematico.

Il cuore delle doglianze dalla deducente si fonda su due erronei presupposti: l'assunto che la lex specialis richiedesse l'espressione della componente royalties in un unico valore espresso in percentuale di rialzo e non in punti percentuali di rialzo rispetto alle diverse percentuali annuali poste a base di gara e la presunta ambiguità del tenore letterale della legge di gara in relazione alla modalità di presentazione dell'offerta economica.

Una semplice lettura della legge di gara sconfessa gli assunti presupposti di tutto il ricorso; fermo restando che, come già chiarito, affinché l'insieme del meccanismo di valutazione dell'offerta potesse operare, per ogni voce oggetto di valutazione il concorrente doveva esprimere un valore unitario, la ricorrente ha errato nella lettura della legge di gara e pretende, in sede di ricorso, di insistere in una lettura antiletterale della stessa; per quanto infatti riguarda la voce royalties la legge di gara è cristallina nel richiedere l'indicazione di un unico valore espresso in "punti percentuali" e non in "percentuale".

Non solo la legge di gara era sul punto letteralmente chiara (per il rialzo sul canone e il ribasso sui servizi si richiedeva l'indicazione di un'unica "percentuale", per le royalties si richiedeva un unico valore (assoluto e non percentuale) di "punti percentuali") ma la controinteressata aggiudicataria ha perfettamente inteso l'offerta e ha formulato la sua proposta in stretta aderenza alla legge di gara. La modalità di formulazione dell'offerta dell'aggiudicataria è quella strettamente aderente alla legge di gara, avendo la concorrente individuato correttamente quale fosse l'unico valore da proporre, con il risultato che la ricorrente pretenderebbe che, per ovviare al proprio documentale errore di lettura della legge di gara, venisse considerata errata o inadeguata l'offerta che alla legge di gara si è puntualmente conformata.

Sez. I, 2 febbraio 2024, n. 107 – Pres. Prosperi Est. Pavia

PROCEDURA RISTRETTA PER L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI DISTRIBUZIONE DEL GAS – GESTORI USCENTI - CONTROINTERESSATO

Come è noto, «nel processo amministrativo la qualità di controinteressato è riconosciuta a coloro che, oltre ad essere nominativamente indicati nel provvedimento impugnato o comunque agevolmente individuabili (c.d. elemento formale), si presentino come portatori di un interesse giuridicamente qualificato alla conservazione dell'atto in quanto questo, di

norma, attribuisce loro in via diretta una situazione giuridica di vantaggio; tale interesse deve essere di natura eguale e contraria a quella del ricorrente (c.d. elemento sostanziale), non essendo qualificabili, invece, come controinteressati i soggetti la cui posizione sia incisa solo in modo indiretto e riflesso, e tantomeno coloro i quali non possano subire alcuna sorta di pregiudizio» (ex multis T.A.R. Piemonte, sez. II, 27 ottobre 2016, n. 1353).

Il controinteressato è, quindi, «tale se l'atto gli attribuisce in via diretta una situazione giuridica di vantaggio, mentre non può essere così qualificato il soggetto la cui posizione sia incisa solo in modo indiretto e riflesso, e tantomeno chi non può subire alcuna sorta di pregiudizio» (ex multis Consiglio di Stato, sez. IV, 17 maggio 2023, n. 4930).

Ebbene, il Collegio ritiene che la posizione di controinteressato non possa essere riferita ai gestori uscenti in quanto essi sarebbero incisi solo mediatamente dall'eventuale annullamento del provvedimento impugnato e solo limitatamente all'obbligo di proseguire la gestione del servizio sino all'esito della nuova procedura di aggiudicazione, obbligo che non pare neppure foriero di danno.

BANDO – SOPRAVVENIENZE NORMATIVE

Per giurisprudenza costante, «la procedura di affidamento di un contratto, in tema di gare pubbliche, è soggetta alla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, in conformità al principio del tempus regit actum e alla natura di lex specialis del bando di gara, insensibile allo ius superveniens» (ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2023, n. 7901).

Nello specifico, è stato chiarito che «il bando ha natura di atto amministrativo generale ed è la lex specialis di gara, di indole imperativa, che contiene l'insieme delle regole di partecipazione dei concorrenti, di valutazione delle offerte e di conclusione della procedura, cui devono attenersi sia la Stazione appaltante che i partecipanti. Come tale, il bando non si sottrae alla regola generale del tempus regit actum per cui è soggetto alla disciplina ratione temporis vigente al momento della sua pubblicazione; soluzione, questa, che consente di rispettare i superiori principi della par condicio, di trasparenza e di certezza del diritto, che connotano le gare di appalto pubblico e che verrebbero irragionevolmente sacrificati ove si consentisse di modificare le regole della procedura in corso di gara. La lex specialis vincola la stessa Amministrazione al suo puntuale rispetto, non potendo essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo jus superveniens, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela» (ex multis T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 7 dicembre 2020, n. 13049).

Ne consegue che le sopravvenienze normative non generano alcun obbligo in capo all'amministrazione procedente di annullare una gara in corso di svolgimento: tale decisione è, infatti, rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante e, attenendo al merito amministrativo, non è sindacabile in tale sede.

Sez. II, 7 febbraio 2024, n. 116 – Pres. Bellucci Est. Costa

AFFIDAMENTO DELLA FORNITURA IN SERVICE DI SISTEMI DIAGNOSTICI PER AUTOMAZIONE INTEGRATA – DIRETTIVA CE 98/79 E DEL REGOLAMENTO UE 2017/746 – CARATTERISTICHE MINIME LEX SPECIALIS

La prescrizione, pur non imponendo di comprovare la validazione dei dispositivi nelle indicazioni d'uso o nella marcatura CE, stabilisce, nondimeno un requisito di minima, oggetto di necessaria dimostrazione, sia pure attraverso qualsiasi documento ritenuto utile a tal fine dalla stazione appaltante”.

La documentazione successivamente depositata dall'aggiudicataria per i prodotti in questione, alla luce delle superiori considerazioni e dell'assenza di specifiche indicazioni circa il validato impiego dei reagenti sulla strumentazione fornita in sede di offerta, non è idonea ad integrare ex post il contenuto di quest'ultima, sia perché vale la chiara previsione escludente contenuta nel disciplinare in caso di insufficienza della documentazione tecnica versata in sede di gara (documentazione che, occorre ribadire, attiene a un requisito minimo), sia perché la produzione processuale della richiamata documentazione non colma le individuate lacune attraverso una espressa e diretta dichiarazione di positiva validazione del complesso reagente-strumento, limitandosi a rappresentare l'esecuzione di attività e approfondimenti tecnici, indicazioni di dosaggio ovvero l'impiego in altri e differenti contesti della strumentazione come proposta in sede di gara, suggerendo l'opportunità di seguire in via analogica le medesime modalità di utilizzo.

Sez. II, 15 febbraio 2024, n. 155 – Pres. Bellucci, Est. Maisano

RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO D'IMPRESE – LEGITTIMAZIONE AD AGIRE

Dev'essere riconosciuta la legittimazione ad agire della mandante che discende dalla distinta soggettività delle imprese aderenti al raggruppamento temporaneo, anche dopo che questo si è costituito, e dalla titolarità in capo a ciascun operatore, mandante o mandatario, di una distinta posizione giuridicamente rilevante, che può tutelare anche in caso d'inerzia delle altre imprese associate a proporre congiunta impugnativa (cfr. Cons. Stato sez. VI, 08/02/2013, n.714).

ACCORDO QUADRO – NATURA GIURIDICA - REVOCA

La caratteristica principale dell'accordo quadro risiede secondo il modello del contratto normativo esterno, nel definire il perimetro generale delle obbligazioni contrattuali destinate ad essere specificate in una successiva fase mediante i singoli contratti di appalto stipulati con una terza parte. Si delinea, così, un assetto nel quale coesistono due procedimenti: il primo -finalizzato all'individuazione da parte della centrale di committenza dell'operatore economico con cui sottoscrivere l'accordo quadro- è quello in cui le imprese prescelte si impegnano preventivamente in merito a tutti o ad alcuni termini dei futuri negozi attuativi per la durata dell'accordo; il secondo è diretto alla conclusione degli appalti specifici con le imprese già individuate quali aggiudicatarie dell'accordo quadro.

L'accordo quadro non è, perciò, un appalto strictu sensu, in quanto da sé solo non comporta diritti né immediati obblighi di esecuzione. Ciò nondimeno, esso è riconducibile alla categoria civilistica del contratto normativo, in quanto detta le condizioni dei successivi contratti integrativi, ovvero reca un programma contrattuale per quanto destinato a inverarsi e completarsi nel contratto attuativo a valle.

Quel programma, reciprocamente accettato su base (tendenzialmente) paritetica, comporta che l'interesse pubblico, che abbia già trovato sede all'interno della piattaforma convenzionale, potrà essere salvaguardato dall'amministrazione solo mediante un'autotutela di pari matrice privatistica, vale a dire con lo speciale diritto potestativo di recesso disciplinato dal codice dei contratti pubblici. Deve, pertanto, riconoscere il Collegio che anche alla fattispecie dell'intervenuta stipula di un accordo quadro sono declinabili i principi enucleati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 14/2014, in base ai quali, dopo la stipulazione del contratto, "deve ritenersi insussistente (...) il potere di revoca, poiché: presupposto di questo potere è la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze; il medesimo presupposto è alla base del recesso in quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità (...); la specialità della previsione del recesso di cui al citato art. 134 [in specie art. 109 D. Lgs. 50/2016] del codice preclude, di conseguenza, l'esercizio della revoca. Se infatti, (...), nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto (...), è stata in particolare prevista (...) una norma che attribuisce il diritto di recesso, non si può ritenere

che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione ex nunc del rapporto negoziale)"; diversamente opinando "la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, risultando nell'ordinamento, che per definizione reca un sistema di regole destinate a operare, una normativa priva di portata pratica, dal momento che l'amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, conservando in tale modo nel rapporto una posizione comunque privilegiata"; in termini e su fattispecie analoga a quella per cui è causa si veda anche T.A.R. Sicilia - Palermo, sez. I, 08/06/2020, n. 1144: "È illegittima la decisione dell'amministrazione regionale di revocare la determina con cui sia stato aggiudicato l'accordo quadro...in quanto le pubbliche Amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvenivano sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo del recesso di cui all'art. 134 d.lg. n. 163/2006 (oggi art. 109 d.lg. 50/2016). Nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'Amministrazione nella fase di rapporto negoziale di esecuzione del contratto è stata, infatti, prevista una norma che attribuisce il diritto di recesso, e, pertanto, non si può ritenere che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (ossia la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (ossia la cessazione ex nunc del rapporto negoziale). Diversamente opinando la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, dal momento che l'Amministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca, ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, conservando, in tal modo, nel rapporto una posizione comunque privilegiata, ove, invece, dovrebbero venire in rilievo posizioni sostanzialmente paritarie".

L'applicazione al caso di specie dei principi richiamati determina l'illegittimità del gravato provvedimento di revoca, restando, peraltro, impregiudicato il diritto potestativo delle amministrazioni che hanno stipulato l'accordo di agire secondo il differente schema civilistico del recesso, al fine di valorizzare le sopravvenienze prese in considerazione.

Sez. II, 17 febbraio 2024, n. 162 – Pres. Bellucci Est. Costa

SISTEMA DINAMICO DI ACQUISIZIONE PER LA FORNITURA DI FARMACI ED EMODERIVATI AI FINI DEL CONSUMO OSPEDALIERO – SUDDIVISIONE APPALTO IN LOTTI – DISCREZIONALITÀ DELLA STAZIONE APPALTANTE

L'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 prescrive la suddivisione degli appalti in lotti funzionali al dichiarato fine di favorire l'accesso delle microimprese e delle piccole e medie imprese al mercato dei contratti pubblici in diretta attuazione dei "considerando" 78 e 79 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui l'affidamento degli appalti pubblici deve essere adeguato alle necessità delle PMI.

La mancata suddivisione in lotti deve pertanto essere motivata, trovando tale onere un precipuo ruolo di tutela in favore dei soggetti cui la norma intende garantire pieno accesso al mercato, vale a dire le micro, piccole e medie imprese: ne discende la sussistenza di un margine di discrezionalità del quale le stazioni appaltanti pubbliche possono godere, permettendo di considerare la divisione in lotti non alla stregua di un precetto inviolabile ma quale principio generale, suscettibile di declinazione alle peculiarità del caso di specie (Nel caso in esame la ricorrente è, per fatto notorio, un importante operatore nel settore farmaceutico, estraneo come tale alle sopra richiamate esigenze di protezione delle PMI di cui all'art. 51 del d.lgs. 50/2016 e non può perciò dolersi sic et simpliciter dell'assenza, nella legge di gara, di una specifica motivazione sul non formare, per il medicinale dalla stessa prodotto in esclusiva, un lotto ad hoc, ricompreso, invece, nell'unitario lotto "composto" per il medesimo principio attivo e dosaggio, dovendo al contrario provare l'insussistenza di plausibili ragioni a giustificazione delle determinazioni criticate e la conseguenziale eventuale violazione dei principi e delle regole che presiedono all'affidamento dei contratti pubblici (Tar Piemonte, I, 24.10.2022, n. 884, con pertinenti richiami giurisprudenziali)).

La fornitura di farmaci è stata più volte ritenuta compatibile con l'aggiudicazione tramite sistemi dinamici di acquisizione già nel vigore del previgente codice dei contratti pubblici (art. 60 D. Lgs. 163/2006) in considerazione della loro intrinseca natura standardizzata, della loro presenza sul mercato quali beni di "uso corrente" e dell'inconfigurabilità di una ingerenza del committente in relazione alle relative specifiche tecniche (Cons. Stato, III, 1.4.2016, n. 1306), caratteristiche, queste, che, nella controversia in esame, sono pienamente assunte dall'oggetto dei lotti de quibus.

Sez. I, 19 febbraio 2024, n. 164 – Pres. Prospero Est. Pavia

PNRR - PROCEDURA DI AFFIDAMENTO DI UN APPALTO INTEGRATO DI PROGETTAZIONE E LAVORI, SUBORDINATO ALL'EROGAZIONE DEI FONDI DEL PNRR, VOLTO ALLA RIGENERAZIONE DI UN QUARTIERE CITTADINO – RAGGRUPPAMENTO TEMPORANEO DI IMPRESA – QUOTA DI QUALIFICAZIONE E DI ESECUZIONE

Ai sensi dell'art. 45, comma 2, lett. d), del d.lgs. 50/16, rientrano nel novero degli operatori economici «i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti».

La ratio del R.T.I. è infatti quella di ampliare la platea dei possibili concorrenti, consentendo ai soggetti privi dei requisiti necessari di partecipare alla procedura competitiva accedendovi in associazione con altri operatori economici.

Non avrebbe pertanto «senso limitare la partecipazione alle sole R.T.I. i cui membri siano già in possesso singolarmente dei requisiti di capacità tecnico-economica di accesso; una clausola di tal guisa sarebbe in contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016» (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. V, 16 maggio 2022, n. 6099).

Ne discende che, in linea generale, per i contratti di servizi e forniture, il possesso dei requisiti speciali di partecipazione può attestarsi su una soglia minima, senza che a essa debba necessariamente corrispondere l'entità delle quote di partecipazione al RTI, rientrando nella piena disponibilità degli associati e, pertanto, l'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e di esecuzione dichiarate dalle imprese in raggruppamento temporaneo non deve necessariamente coincidere con le quote di qualificazione di ciascun operatore (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 giugno 2018, n. 3993).

Del resto, lo stesso art. 83, comma 4, del d.lgs. 50/16 prevede, infatti, espressamente che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui al comma 1, lettera b), per gli appalti di servizi e forniture le stazioni appaltanti possono richiedere nel bando di gara, tra l'altro, «che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto».

Laddove, quindi, la *lex specialis* non richieda la corrispondenza tra le quote di qualificazione e quelle di esecuzione, ma prescriva semplicemente un generico requisito minimo, come, ad esempio, una generica quota minima di fatturato non può disporsi l'esclusione di una concorrente per la mancanza di un requisito non previsto dalla *lex specialis* di gara e neppure stabilito dalla legge mediante eterointegrazione (cfr. Consiglio di Stato, III, 13 settembre 2017, n. 4336).

Detto altrimenti, ove non sia stata espressamente richiesta dalla *lex specialis* di gara, la corrispondenza tra le quote di qualificazione e di esecuzione, si verte in una situazione nella quale i requisiti di capacità tecnica sono previsti per l'intero raggruppamento, senza alcuna distinzione in relazione ai componenti e pertanto (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 491).

Ciò posto, nel caso in esame, l'art. 3 del disciplinare prevede, relativamente al servizio di progettazione esecutiva dell'opera, che il requisito della capacità economica e finanziaria dei progettisti deve considerarsi integrato qualora essi abbiano espletato «negli ultimi dieci anni, di servizi attinenti all'Architettura ed all'Ingegneria, di cui all'art. 3, lett. vvvv] del Codice, relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle "ID-Opere" dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare,

individuare sulla base delle elencazioni contenute nel D.M. 17 giugno 2016, per un importo globale per ogni "ID-Opera" pari a due volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione».

Con la conseguenza che esso può, quindi, essere interamente soddisfatto, e comprovato, dalla mandataria del servizio di progettazione.

Né è possibile sostenere l'inammissibilità dall'integrazione, posto che, per giurisprudenza costante «la facoltà accordata a un candidato - in possesso di tutti i requisiti generali e speciali di partecipazione - di correggere o integrare parti errate o mancanti della domanda, informatica o cartacea che essa sia, non lede in alcun modo le regole procedurali della parità delle armi con gli altri concorrenti» (ex multis T.A.R. Toscana, sez. I, 27 giugno 2017 n. 886).

La recente giurisprudenza ha, infatti, chiarito che il «soccorso istruttorio integrativo persegue, dunque, la finalità di garantire la massima partecipazione alle gare di appalto anche nell'interesse delle stazioni appaltanti, che potrebbero perdere l'opportunità di selezionare il concorrente migliore per vizi procedurali facilmente emendabili quali - come nel caso di cui si discorre - la mancanza di dichiarazioni afferenti ai requisiti di partecipazione» (ex multis Consiglio di Stato, Sezione V, 2 agosto 2022, n. 6786).

Sez. I, 20 febbraio 2024, n. 174 – Pres. Prospero Est. Malanetto

AGGIUDICAZIONE – POTERE DI REVOCA – POTERE DI VERIFICA DEI REQUISITI - DIFFERENZE

La revoca costituisca l'esito di un procedimento di secondo grado nel quale l'amministrazione riedita il potere già esercitato con il provvedimento oggetto del riesame; mentre, l'atto di cui all'art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016 interviene nella fase di integrazione dell'efficacia del provvedimento di cui verifica la sussistenza di determinati presupposti. Ne consegue la diversità del potere di fatto esercitato dalla stazione appaltante, trattandosi, nel caso del potere di revoca, di un potere discrezionale nell'an e nella decisione, connotata dai più ampi profili di discrezionalità amministrativa; viceversa, il potere di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario costituisce esercizio del potere di accertamento e risulta, pertanto, vincolato nell'an (costituisce un obbligo per la stazione appaltante verificare i requisiti di partecipazione dell'aggiudicatario) e privo di discrezionalità amministrativa nella decisione (Consiglio di Stato, Sez. V, 25 gennaio 2024, n. 804)

In quest'ultimo caso, gli effetti dell'atto derivano direttamente dalla legge, che, in caso di positivo accertamento dei requisiti di partecipazione prescritti, li configura come effetti di superamento dell'inefficacia dell'aggiudicazione; al contrario, non attribuisce all'atto di verifica avente contenuto negativo alcuno specifico effetto, se non quello di conferma dell'inefficacia dell'aggiudicazione.

Pertanto, il suddetto provvedimento, accertando l'insussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara, impedisce al provvedimento di aggiudicazione di produrre effetti e, pur producendo effetti espulsivi del concorrente dalla gara, non viene qualificato dal legislatore come provvedimento di esclusione, in quanto si riverbera sugli effetti dell'aggiudicazione, che ne costituisce il presupposto. Inoltre, il provvedimento che costituisce il portato del potere di verifica di cui all'art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, al contrario della revoca, non si confronta con una situazione di affidamento del destinatario e ciò non solo perché la legge specifica che l'aggiudicazione non è efficace fino al controllo dei requisiti, con la conseguenza che l'aggiudicatario non può fare affidamento sui risultati della gara fino all'avvenuto controllo degli stessi, ma anche in ragione del fatto che oggetto di valutazione non è un precedente provvedimento dell'amministrazione (di cui la stessa è responsabile), ma sono le dichiarazioni rese dal concorrente in sede di D.G.U.E. e di dichiarazione integrativa, al fine di essere ammesso alla gara.

La qualificazione dell'atto si riverbera altresì sugli oneri motivazionali, che sono rinforzati in sede di esercizio dell'autotutela, ma non anche in una situazione di esercizio del potere di cui all'art. 32 citato, non essendo connotato da alcuna forma di affidamento.

La circostanza che la determinazione gravata produca effetti paragonabili a quelli che derivano da un provvedimento di esclusione "impone piuttosto alla stessa di motivare la decisione così come richiesto per i provvedimenti escludenti, che debbono contenere una motivazione "esplicativa delle

valutazioni (di natura discrezionale) espresse dall'amministrazione" (Cons. St., sez. V, 3 agosto 2023 n. 7492)." (Consiglio di Stato, Sez. V, 25 gennaio 2024, n. 804).

Sez. II, 22 febbraio 2024, n. 187 – Pres. Bellucci Est. Costa

AFFIDAMENTO DELLA FORNITURA IN NOVE DISTINTI LOTTI DI SISTEMI ANALITICI VARI – GIUDICATO

Per la perimetrazione dell'ambito dell'effetto conformativo del giudicato amministrativo, la giurisprudenza afferma che occorre avere riguardo alla tipologia e al numero dei motivi accolti e distinguere le sentenze a "effetto vincolante pieno", con le quali l'atto viene annullato per difetto dei presupposti soggettivi o oggettivi o per violazione di termini perentori relativi all'esercizio del potere, da quelle a "effetto vincolante strumentale", con le quali l'annullamento per vizi formali (come quelli procedurali o di mero difetto di motivazione) impone soltanto all'amministrazione di eliminare il vizio dall'atto senza vincolarla in alcun modo nei contenuti. Indi la portata effettiva del giudicato va ricostruita sulla base di una lettura congiunta del dispositivo della sentenza e della parte motiva, che vanno inoltre correlate ai dati oggettivi di identificazione delle domande ("causa petendi" e "petitum") proposte dalla parte ricorrente, considerando che il potere residuo dell'amministrazione in sede di riedizione del potere dopo una pronuncia di annullamento va circoscritto con riferimento al tipo di vizio riscontrato e che, in ogni caso, l'effetto conformativo si estende all'obbligo di porre in essere una attività successiva conforme ai canoni di legittimità individuati dalla pronuncia da eseguire (Cons. Stato, sez. V, sez. V, 12/07/2022, n. 5880).

Nel caso di specie, l'area del giudicato è circoscritta al riconosciuto deragliamentamento dell'amministrazione dall'obbligo di fondare i relativi provvedimenti su motivazioni controllabili, suffragate da un'istruttoria completa, senza porre alcun vincolo di contenuto alla riedizione del potere. La nuova aggiudicazione, nella misura in cui si muove negli spazi lasciati liberi dal giudicato (non integrando neppure gli ambiti della deducibilità), non è, pertanto, censurabile sotto il profilo della conformazione a quanto statuito dalla sentenza 859/2023, ma solo alla stregua di autonomi profili d'illegittimità (cfr. Cons. Stato Ad. Plen. 15/01/2013 n. 2). Diversamente, del resto, l'impugnativa, siccome incardinata in sede di cognizione e non di ottemperanza, dovrebbe essere dichiarata inammissibile alla stregua degli approdi dell'Adunanza Plenaria circa l'impossibilità per il giudice della cognizione di convertire ex art. 32 co. 2 cpa la domanda di annullamento in domanda di nullità per elusione o violazione del giudicato (cfr. ancora Cons. Stato Ad. Plen. 15/01/2013 n. 2 cit.).

Sez. I, 16 marzo 2024, n. 290 – Pres. Prospero Est. Malanetto

DOVERE DI LEALE COLLABORAZIONE DELL'OPERATORE ECONOMICO – OMISSIONE DICHIARATIVA - ESCLUSIONE GARA

A partire dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 28 agosto 2020, n. 16, la giurisprudenza è pacifica nel riconoscere che l'omessa dichiarazione del concorrente di un fatto potenzialmente rilevante quale grave illecito professionale non costituisce ex se causa automatica di esclusione, dovendo l'omissione dichiarativa essere soggetta a valutazione della stazione appaltante in relazione al contenuto delle informazioni omesse. Poiché ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis), d.lgs. n. 50/2016, il legislatore ha previsto l'esclusione dalla procedura di gara dell'operatore economico che "abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione" il giudice della nomofilachia, con una lettura cui questo Collegio intende conformarsi, ha statuito che l'omissione dichiarativa non è equiparabile alla falsità e non costituisce autonoma causa di esclusione sufficiente a condurre all'estromissione del concorrente a prescindere dalla concreta rilevanza dell'informazione taciuta (così Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 2022 n. 5990, richiamato da T.A.R. Latina (Lazio), Sez. I, 6 marzo 2023, n. 134), essendo necessaria, a tal fine, una ulteriore valutazione in concreto della stazione appaltante, che "dovrà pertanto stabilire se

l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante; se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni" (Cons. Stato, Ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16).

In sintesi, all'omessa dichiarazione di pregresse vicende professionali non segue l'automatica esclusione dell'operatore economico dalla procedura di gara per il solo fatto che una circostanza sia stata omessa; ovviamente l'Amministrazione può pervenire ad un provvedimento espulsivo del concorrente, motivando in ordine alla potenziale rilevanza non dell'omissione dichiarativa in sé bensì della rilevanza delle notizie omesse e della loro idoneità ad incidere sull'integrità e affidabilità del concorrente (Cons. Stato, Sez. V, 14 luglio 2022, n. 5990, richiamato da T.A.R. Latina (Lazio), Sez. I, 6 marzo 2023, n. 134). All'omissione dichiarativa segue una attività istruttoria ed una valutazione da parte della stazione appaltante della concreta idoneità a fini espulsivi delle circostanze omesse.

Sez. II, 22 marzo 2024, n. 299 – Pres. Bellucci Est. Caporali

ISCRIZIONE WHITE LIST – REQUISITO DI PARTECIPAZIONE - ESCLUSIONE

Il Collegio intende aderire al prevalente orientamento giurisprudenziale secondo cui l'iscrizione dell'impresa nella cd. white list prefettizia è un requisito obbligatorio di partecipazione alle gare (cfr. TAR Cagliari, sez. II, 20 aprile 2022, n. 259; TAR Piemonte, sez. I, 4 gennaio 2019, n. 19; TAR Lazio, Roma, sez. II, 28.02.2023, n. 3385) e, come tale, eterointegrabile in caso di lacuna nella lex specialis (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 1412.2022, n. 10935; Consiglio di Stato, Sez. V, sent. del 6 ottobre 2022, n. 8558; Consiglio di Stato, sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903). Trattasi infatti di requisito generale attinente alla moralità professionale.

Sez. I, 25 marzo 2024, n. 300 – Pres. Est. Prospero

MOTIVI DI ESCLUSIONE

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 9002/2022 ha affermato che "l'articolo 80, comma 7, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede che il concorrente debba "provare" di aver adottato "provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti". Tale prova, evidentemente (per non rimanere formula vuota), ha ad oggetto non soltanto il fatto storico dell'adozione dei provvedimenti de quibus, ma anche la loro concreta efficacia al fine di far "recuperare" all'operatore la propria affidabilità professionale altrimenti pregiudicata (diversamente non essendo la stazione appaltante messa in condizione di operare una seria valutazione su tale punto)."

Sez. II, 4 aprile 2024, n. 338 – Pres. Bellucci Est. Costa

CONTENUTO OFFERTA TECNICA – LACUNE - ESCLUSIONE

Le lacune non possono ritenersi colmate dal generico impegno al rispetto delle prescrizioni capitolari, qui confermando l'orientamento del Giudice d'Appello sul punto "Né è possibile ritenere che le divise lacune descrittive dell'offerta potessero trovare valida compensazione nella generica dichiarazione di accettazione delle prescrizioni capitolari che ciascun operatore era chiamato a rendere. Un'opzione ermeneutica di tal fatta si risolverebbe nella sostanziale vanificazione del confronto competitivo, che, viceversa, e vieppiù in un confronto concorrenziale orientato alla stregua del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, necessita di una chiara declinazione dei contenuti dell'offerta tecnica intorno ai quali deve necessariamente formarsi il consapevole consenso della stazione appaltante" (Cons. Stato, III, 19.08.2020, n. 5140). Per altro verso, poiché i contestati elementi afferiscono proprio al contenuto dell'offerta tecnica, in coerenza ed applicazione dei generali principi di parità e autoresponsabilità dei concorrenti, essi sono di regola sottratti allo spettro operativo del soccorso istruttorio: per costante insegnamento della giurisprudenza amministrativa, anche accedendo ad una interpretazione evolutiva dell'istituto, ora in parte recepita dal nuovo codice degli appalti, "deve tenersi per ferma la non soccorribilità (sia in funzione integrativa, sia in funzione sanante) degli elementi integranti, anche documentalmente, il

contenuto dell'offerta (tecnica od economica): ciò (...) si porrebbe in contrasto con il superiore principio di parità dei concorrenti" (ex multis, Cons. Stato, V, 21.8.2023, n. 7870).

Escluso il legittimo ricorso all'invocato soccorso istruttorio in chiave integrativa dell'offerta, ha correttamente trovato applicazione nel caso di specie il diverso istituto del soccorso procedimentale (ex multis T.A.R. Piemonte, I, 14.07.2023, n. 680), posto a presidio della leale collaborazione tra le parti della procedura selettiva: la stazione appaltante ha infatti richiesto chiarimenti al concorrente prima di assumere la gravata determinazione espulsiva, al fine di reperire, all'interno del complessivo compendio documentale di gara già agli atti, le richieste schede tecniche dei prodotti e le essenziali informazioni in merito ai relativi ingredienti. In tale sede l'offerente ben avrebbe potuto evidenziare che, benché tale documentazione non fosse stata fornita in forma di documenti recanti l'espressa qualificazione di "schede tecniche", il relativo, prescritto e ineludibile nucleo contenutistico risultava comunque presente nel corpo della documentazione depositata.

Sez. II, 19 aprile 2024, n. 381 – Pres. Bellucci Est. Caporali

COMMISSIONE GIUDICATRICE – MODALITA' DI OPERARE

La commissione giudicatrice è chiamata a operare in composizione collegiale ogniqualvolta debba compiere una valutazione di tipo tecnico, ma può demandare a uno o più dei suoi componenti tutte le attività preliminari a detta valutazione o che presentano una connotazione prettamente esecutiva. Infatti, "per radicato indirizzo interpretativo, la commissione di gara deve operare con il plenum dei suoi componenti nelle fasi il cui l'organo è chiamato a compiere valutazioni tecnico-discrezionali o ad esercitare prerogative decisorie, rispetto alle quali si configura l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale; tale collegialità non è, invece, indispensabile quando occorra effettuare attività preparatorie, istruttorie o strumentali verificabili a posteriori dall'intero consesso (cfr. tra le molte altre, Consiglio di Stato sez. V, 06/06/2002, n. 3182)" (così TAR Piemonte, sezione II, 28.12.2023, n. 1043).

AUTORITA' DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI

Sez. III, 27 gennaio 2024, n. 86 – Pres. Perna Est. Perilongo

CONTRIBUTO ART 2022 – SOGGETTI EROGANTI IL SERVIZIO DI AGENZIA/RACCOMANDAZIONE MARITTIMA – PRINCIPIO DI RISERVA DI LEGGE IN MATERIA TRIBUTARIA – MISURA DEL CONTRIBUTO

Il contributo per il funzionamento dell'ART, disciplinato dall'art. 37 d.l. 201/2011, si concreta – come noto – in una prestazione patrimoniale imposta, giacché istituita con atto dell'Autorità senza il concorso della volontà del soggetto passivo (Corte Cost., 16/12/1960 n. 70). Più precisamente, tenuto conto dei meccanismi di funzionamento del prelievo, esso è assimilabile ad «una imposta periodica che matura ogni anno secondo criteri talvolta diversi ed annualmente definiti dall'Autorità stessa» (cfr. ex plurimis TAR Piemonte, Sez. I, 15/3/2021, n. 287; Id, 21/03/2022 n. 231). Il contributo rientra pertanto nell'ambito di applicazione dell'art. 23 Cost. ed è soggetto alla riserva relativa di legge ivi prevista.

Il carattere relativo della riserva, correlato alla locuzione «in base alla legge» contenuta nell'art. 23 Cost., consente all'Autorità amministrativa alcuni margini di regolazione della fattispecie impositiva. La Corte Costituzionale ha infatti chiarito come la norma imponga la predeterminazione legislativa dei soli elementi essenziali del tributo, ossia il presupposto impositivo (Corte Cost., 06/07/1960 n. 51), i soggetti passivi, ivi incluse le figure diverse dal contribuente chiamate a sopportare il prelievo, quali il sostituto e il responsabile d'imposta (Corte Cost., 27/06/1959 n. 36; Corte Cost., 18/06/1963 n. 93), nonché la base imponibile e l'aliquota (massima) per la

determinazione del prelievo. L'ulteriore disciplina applicativa può essere rimessa all'Ente impositivo, a condizione tuttavia che «l'intervento complementare ed integrativo da parte della pubblica amministrazione [rimanga] circoscritto alla specificazione quantitativa (e qualche volta, anche qualitativa) della prestazione medesima: senza che residui la possibilità di scelte del tutto libere e perciò eventualmente arbitrarie della stessa pubblica amministrazione, ma sussistano nella previsione legislativa – considerata nella complessiva disciplina della materia – razionali ed adeguati criteri per la concreta individuazione dell'onere imposto al soggetto nell'interesse generale» (Corte Cost., 05/02/1986 n. n. 34).

Secondo l'insegnamento della Consulta, gli eventuali spazi di indeterminatezza della norma impositiva possono essere colmati anche mediante il rafforzamento della c.d. legalità procedimentale, tramite cioè la previsione di più incisivi strumenti partecipativi in favore dei soggetti passivi e degli eventuali altri stakeholder, i quali possano in tal modo direttamente partecipare alla concreta determinazione del contenuto sostanziale del tributo e delle sue modalità attuative («[...] l'eventuale indeterminatezza dei contenuti sostanziali della legge può ritenersi in certa misura compensata dalla previsione di talune forme procedurali (sentenza n. 83 del 2015) aperte alla partecipazione di soggetti interessati e di organi tecnici. In questa logica, è stato dato rilievo alla previsione di determinati «elementi o moduli procedurali» (sentenza n. 435 del 2001) che consentano la collaborazione di più enti o organi (sentenze n. 157 del 1996 e n. 182 del 1994) – specie se connotati da competenze specialistiche e chiamati a operare secondo criteri tecnici, anche di ordine economico (sentenze n. 215 del 1998, n. 90 del 1994 e n. 34 del 1986) – o anche la partecipazione delle categorie interessate (sentenza n. 180 del 1996. La possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale previste dalla legge, ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, quando vengano in rilievo profili caratterizzati da un elevato grado di complessità tecnica. In questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti»: così la già citata sentenza Corte Cost., 22/02/2017 n. 69).

Pur a fronte di tali spazi di integrazione della norma impositiva, la Corte costituzionale è parsa di recente ribadire il carattere prescrittivo e la pregnanza della riserva di legge in materia tributaria, imponendo la preventiva determinazione legislativa di «sufficienti criteri direttivi di base e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa» (sentenze n. 350 del 2007 e n. 105 del 2003)», ovvero che «la concreta entità della prestazione imposta sia desumibile chiaramente dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione (sentenze n. 190 del 2007 e n. 115 del 2011)» (Corte Cost., 15/05/2015 n. 83).

[...] A norma dell'art. 2 (recante "Misura del contributo"), co. 9 ult. periodo della Delibera ART n. 181/2021, i raccomandatari/agenti marittimi sono oggetto di due distinti obblighi di contribuzione: - il primo è correlato al servizio di agenzia/raccomandazione marittima svolto nell'interesse proprio (art. 1, co. 1 lett. m), ed è parametrato alle poste attive A1 e A5 del proprio ultimo bilancio depositato (art. 2, co. 2); - il secondo è correlato al servizio di trasporto via mare di passeggeri e/o merci (art. 1, co. 1 lett. l) svolto in nome e per conto di vettori esteri, quali raccomandatari/agenti con rappresentanza (art. 2, co. 9, ult. periodo), ed è parametrato alle poste attive del bilancio della società straniera imputabili alle operazioni compiute in Italia (art. 2, co. 2 e 11).

Quanto al prelievo dovuto "in nome e per conto" dei vettori esteri, la Delibera non contiene alcuna ulteriore previsione di dettaglio, né in ordine alle modalità di attuazione del tributo né in ordine

all'imputazione del correlato debito tributario qualora il vettore estero si rivolga a più agenti/raccomandati nel territorio italiano.

I raccomandatari/agenti marittimi sono dunque chiamati a determinare autonomamente l'ammontare del contributo dovuto "in nome e per conto dei vettori esteri", sulla scorta dei libri contabili e della documentazione fiscale della società estera rappresentata, e a provvedere al suo versamento per intero (tanto è affermato in modo espresso nella Determina ART del 15/03/2022 n. 27, Punti 13, 14 e 15).

Il meccanismo impositivo di cui all'art. 2, co. 9 ult. periodo della Delibera impugnata si presta a due distinti inquadramenti.

In una prima prospettiva, sulla quale entrambe le parti paiono concordare, esso darebbe vita ad una ipotesi di sostituzione d'imposta, in forza della quale i raccomandatari/agenti marittimi risponderebbero del debito fiscale del vettore estero rappresentato, nei cui confronti dovrebbero esercitare la rivalsa. Soggetto passivo del tributo posto a carico del vettore (ovvero titolare dell'obbligo di versamento della ritenuta, in caso di sostituzione impropria) sarebbe dunque il raccomandatario/agente marittimo, chiamato al pagamento non già in aggiunta al contribuente (responsabile di imposta) bensì «in nome e per conto» di quest'ultimo (sostituzione di imposta).

In una seconda prospettiva (che invero nessuna delle parti ha prospettato), il meccanismo impositivo darebbe vita ad un fenomeno di mera traslazione economica del tributo sul rappresentante, non dissimile dalla rivalsa dell'IVA. La locuzione «in nome e per conto dei vettori esteri» intenderebbe dunque soltanto suggerire al raccomandatario di procedere alla traslazione economica del contributo in capo al vettore estero, senza tuttavia configurare una traslazione giuridica della rispettiva posizione fiscale.

Quale ne sia l'inquadramento giuridico, il Collegio ritiene che la disciplina in esame non sia compatibile con il principio di riserva di legge e di tassatività vigente in materia tributaria, come elaborati dalla giurisprudenza costituzionale.

Quanto all'ipotesi della sostituzione d'imposta, la Consulta è – come visto – ferma nell'imporre una rigida predeterminazione legislativa del soggetto passivo del tributo, ivi incluso colui che, pur non esprimendo l'indice di capacità contributiva, sia destinatario del correlato obbligo di natura patrimoniale. Conformemente, l'art. 64 del d.p.r. 29/09/1973 n. 600 (recante "Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi") qualifica come sostituto, ai fini dell'imposta sul reddito, «chi in forza di disposizioni di legge è obbligato al pagamento di imposte in luogo di altri, per fatti o situazioni a questi riferibili ed anche a titolo di acconto», con ciò sottendendo che il fenomeno della sostituzione (e il correlato obbligo di rivalsa) sia subordinato ad una espressa previsione di legge.

Le norme istitutive dell'ART e, per quanto di interesse, l'art. 37, co. 6 d.l. 201/2011 non si prestano ad essere interpretate nel senso di consentire all'Autorità di porre a carico di un operatore del mercato un obbligo contributivo correlato all'attività economica svolta da un altro soggetto, e in sostituzione di quest'ultimo.

Una simile previsione non pare trovare copertura nemmeno nella disciplina di cui agli artt. 3 e 5 della legge 04/04/1977, n. 135 (recante "Disciplina della professione di raccomandatario marittimo"), a tenore della quale il raccomandatario risponde in solido con l'armatore straniero per le obbligazioni assunte per suo tramite. Per un verso, la responsabilità di cui all'art. 5 legge n. 135/1977 opera laddove il raccomandatario non ottemperi all'obbligo di ottenere dal proprio "mandante" una disponibilità di valuta sufficiente a garantire l'adempimento dell'obbligazioni assunte in occasione dell'approdo della nave, e dunque ha carattere sussidiario e postula l'inadempimento di un previo onere dichiarativo/documentale. Per altro verso, la responsabilità solidale del raccomandatario è – per giurisprudenza unanime – subordinata a due condizioni, ossia «che le obbligazioni dell'armatore straniero siano state assunte "per tramite" del raccomandatario,

e che tali obbligazioni siano state assunte “in occasione dell’approdo della nave nel porto”, cioè siano riferibili o collegate ad una determinata nave ed al relativo approdo (sentenza 18 giugno 2003, n. 9701, preceduta da: 23 marzo 1995, n. 3398; 17 giugno 1994, n. 5872; 28 luglio 1989, n. 3538; 15 giugno 1989, n. 2875)» (così da ultimo Cass. Civ. Sez. III, 09/10/2023, n. 28228; cfr. anche Cass. Civ., Sez. Trib. 05/05/2010 n. 10821). Tale univoco riferimento ad una specifica operazione portuale e ad uno specifico naviglio – il «rapporto di strumentalità necessaria con [...] l’adempimento dell’obbligazione dell’armatore straniero» (Cass. Civ., Sez. III, 18/06/2003 n. 9701) – non trova corrispondenza nel contributo per il funzionamento dell’ART, il cui presupposto impositivo è rappresentato dal generale inserimento dell’operatore economico nel mercato italiano del trasporto, e il cui ammontare è determinato in ragione del fatturato annuale (non già delle singole transazioni o operazioni svolte dall’operatore). In ogni caso, l’art. 5 legge n. 135/1977 pone a carico del raccomandatario una responsabilità solidale, laddove l’art. 2, co. 9 della Delibera prevede che questi risponda «in nome e per conto dei vettori esteri», dunque in sostituzione di questi ultimi.

In disparte la fragilità del fondamento normativo invocato dall’Amministrazione resistente, il menzionato art. 2 co. 9 ult. periodo della Delibera impugnata si appalesa gravemente carente sotto il profilo della tassatività della fattispecie impositiva.

L’Autorità non ha infatti indicato, nemmeno in termini generali, le modalità di attuazione del tributo supplementare posto a carico del raccomandatario/agente marittimo, lasciando unicamente intendere nelle Premesse della Delibera che la determinazione del prelievo debba seguire gli ordinari criteri e fondarsi sui dati economici risultanti dall’ultimo bilancio di esercizio approvato dal vettore estero. Il contributo posto a carico del raccomandatario “in nome e per conto” dell’armatore rappresentato è insomma dovuto per l’intero, e ciascun raccomandatario è chiamato a consultare il bilancio del vettore estero, a verificare quali poste siano imputabili alle operazioni compiute in Italia e a calcolare così il contributo dovuto (si veda sul punto la richiamata Determina ART 27/2022).

In disparte la significativa gravosità di un simile onere informativo per il sostituto (o per il soggetto “percorso” dalla traslazione economica), l’assenza di previsioni di dettaglio rende difficilmente attuabile il prelievo, viepiù ove si consideri che il contributo è determinato in ragione del fatturato annuale del vettore per le operazioni realizzate in Italia, e dunque non è correlato all’operazione che il mandatario si trovi a svolgere in nome e per conto dell’armatore estero. La mancata correlazione tra la prestazione svolta dall’agente/raccomandatario e la determinazione del tributo rende infatti straordinariamente problematica l’ipotesi nella quale un vettore estero si rivolga a mandatarî diversi per le proprie operazioni in Italia: in tal caso verrebbero infatti a coesistere plurimi obblighi tributari, fondati tutti sul medesimo presupposto impositivo e correlati alla posizione di un solo vettore straniero, e nondimeno ciascuno imputabile a raccomandatari diversi.

In questa prospettiva, il meccanismo impositivo dell’art. 2, co. 9 della Delibera si appalesa illegittimo per violazione del principio di tassatività della fattispecie tributaria, anche laddove lo si interpretasse come fenomeno di mera traslazione economica del tributo. A fronte di una pluralità di raccomandatari, ciascuno di essi sarebbe chiamato a sopportare il prelievo e si rivarrebbe sul vettore estero per garantire la “neutralità economica” dell’imposizione nei propri confronti. L’armatore potrebbe dunque trovarsi dinanzi a plurime rivalse a fronte di un unico contributo, con evidente incertezza in ordine all’effettiva imputazione dell’onere contributivo. Per di più, nell’ipotesi in cui il contributo fosse stato sopportato a monte da un precedente raccomandatario, le successive rivalse sarebbero operate a seguito dell’integrale definizione del rapporto tributario tra il vettore e l’ART. Dovrà conseguentemente disporsi l’annullamento dell’impugnata Delibera ART n. 181/2021 limitatamente alla disposizione di cui all’art. 2, co. 9 ult. periodo.

Sez. III, 22 febbraio 2024, n. 184 – Pres. Perna Est. Cappadonia

INFRASTRUTTURE FERROVIARIE - DETERMINAZIONE TARIFFE - APPLICAZIONE RETROATTIVA PEDAGGI – LEGITTIMO AFFIDAMENTO

La modifica retroattiva del pedaggio – intervenuta in un momento successivo di circa cinque anni a quello in cui Trenitalia aveva già effettuato le proprie scelte commerciali sulla tratta ferroviaria in questione attraverso la richiesta di un determinato numero di tracce orarie, formulata anche in considerazione del livello del pedaggio applicato – è idonea a recare pregiudizio all'attività di impresa della ricorrente e si pone in contrasto con le norme poste a presidio della corretta programmazione economica delle imprese ferroviarie.

In particolare, l'art. 4, comma 3, D.lgs. n. 112/2015 sancisce che: "le imprese ferroviarie definiscono i loro programmi di attività, compresi i piani di investimento e di finanziamento. Detti programmi mirano al raggiungimento dell'equilibrio finanziario delle imprese e alla realizzazione degli altri obiettivi in materia di gestione tecnica, commerciale e finanziaria".

Analogamente, l'art. 37, comma 2, lett. a), D.L. n. 201/2011 dispone che: "L'Autorità è competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture ed in particolare provvede: a) a garantire, secondo metodologie che incentivino la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni [...]".

L'applicazione retroattiva dell'aumento del pedaggio con riferimento alla tratta Brescia-Treviglio viola il diritto delle imprese ferroviarie di conoscere in anticipo i livelli tariffari applicati, anche al fine di un'adeguata programmazione economica e commerciale. A tale scopo l'art. 14, comma 5, del D.lgs. n. 112/2015 stabilisce che il prospetto informativo della rete, contenente l'indicazione del canone di utilizzo dell'infrastruttura (cfr. art. 17, comma 2, D.lgs. n. 112/2015), è pubblicato almeno quattro mesi prima della scadenza del termine per la presentazione delle richieste di assegnazione di capacità d'infrastruttura.

A ciò si aggiunga che l'applicazione retroattiva del pedaggio con riferimento alla tratta Brescia-Treviglio ha determinato un'evidente violazione del legittimo affidamento ingenerato in Trenitalia in ragione sia dell'applicazione delle disposizioni sopra esaminate relative alla stabilità della programmazione finanziaria delle imprese ferroviarie, sia del tempo particolarmente lungo (ossia circa cinque anni) intercorso tra il periodo di applicazione del pedaggio in questione (11 dicembre 2016 - 31 dicembre 2017) e la rideterminazione dello stesso ad opera della delibera n. 154/2021.

Né tale conclusione può essere revocata in dubbio osservando che "il Consiglio di Stato ha più volte ribadito la necessità che la riedizione del potere in seguito all'annullamento giurisdizionale avvenga "ora per allora" (cfr. sentenza n. 6108/2019, punto 6.1)" (cfr. memoria ART pag. 16).

Infatti, la riedizione del potere ora per allora può avere luogo in presenza di un "vuoto regolatorio" (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 settembre 2019, n. 6108; Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2017, n. 6143); tuttavia, non può essere adottato per volontà dell'amministrazione alcun provvedimento retroattivo recante un contenuto sfavorevole per il destinatario, laddove peraltro detto vuoto regolatorio non possa configurarsi, in ragione dell'applicazione del canone di utilizzo dell'infrastruttura come definito nel PIR 2017.

Sez. III, 7 marzo 2024, n. 234 – Pres. Perna Est. Cappadonia

NATURA PRETESA AD ESSERE ASSOGGETTATO AL CONTRIBUTO ART - TERMINE DI IMPUGNAZIONE

Il Collegio ritiene che sia inammissibile la proposizione delle stesse problematiche afferenti l'an debeat per ogni successivo atto di mera esecuzione/riscossione dell'addebito, già cristallizzati nei suoi presupposti all'esito della omessa impugnativa della delibera e che la mera adozione di un atto sollecitatorio del pagamento non consenta di contestare la disciplina generale dallo stesso presupposta. La delibera costituisce l'atto presupposto di tutti gli altri provvedimenti successivi dell'Autorità, considerato che essa è idonea ad incidere nella fase di formazione e di perfezione dell'efficacia di questi ultimi attraverso un vero e proprio collegamento genetico, che descrive il

primo atto come quello che giustifica e delimita la produzione degli effetti dell'atto che lo segue; pertanto, l'omessa o tardiva impugnazione dell'atto presupposto rende inammissibile il ricorso giurisdizionale proposto contro l'atto consequenziale, ove non emerga la deduzione di vizi propri che possano connotare un'autonoma illegittimità della singola fase procedimentale di attuazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 aprile 2019, n. 2196; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 22 ottobre 2019, n. 2209).

Il Collegio conosce l'orientamento secondo il quale la "pretesa di non essere assoggettata al contributo per il funzionamento dell'ART" integra una "posizione di diritto soggettivo e non di interesse legittimo", come tale "non ... soggetta a termini di decadenza, ma di prescrizione" (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 22 gennaio 2020, n. 55; cfr. altresì le recenti sentenze del T.A.R. Piemonte, Sez. III, 12 giugno 2023, nn. 606 e 607), ma ritiene che detto orientamento interpretativo debba essere rimeditato e superato sulla base dei recenti e persuasivi approdi ai quali è pervenuto il Consiglio di Stato in ordine alla stessa questione.

È stato in particolare rilevato come "Allorché vengano in considerazione atti amministrativi adottati nell'esercizio di una potestà pubblicistica e aventi carattere generale, aventi cioè idoneità ad esplicare effetti nei confronti di una collettività di persone, si è infatti al cospetto di provvedimenti che, sebbene potenzialmente idonei ad impattare su situazioni di diritto soggettivo, hanno però lo scopo di regolare determinate situazioni nell'interesse pubblico, svolgendo, in tal senso, una funzione che, necessariamente, ha natura regolatoria/organizzatoria: ebbene, a cospetto dell'esercizio di simili poteri i diritti dei destinatari del provvedimento possono essere all'occorrenza compressi o limitati o modificati, appunto in nome del superiore interesse pubblico, e per tale ragione ad essi destinatari si riconosce l'interesse legittimo al corretto esercizio dell'azione amministrativa e la correlativa legittimazione ad agire in giudizio a tutela del suddetto interesse; di conseguenza, a fronte dell'esercizio di poteri pubblicistici attuato mediante atti amministrativi di natura generale ricorrono, necessariamente, posizioni di interesse legittimo che, all'occorrenza, possono coesistere con posizioni di diritto soggettivo incise dal provvedimento generale, le quali vengono tutelate in via indiretta per il tramite della tutela dell'interesse legittimo. Quanto sin qui detto rispecchia, in sostanza, la nota e risalente teoria della degradazione dei diritti soggettivi, che questo Consiglio di Stato ha ritenuto, recentemente, applicabile anche in materia di diritti fondamentali (sub specie del diritto alla salute: cfr. sentenza n. 6371 del 21 ottobre 2020, Sezione III)" (Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2023, n. 9956).

Dunque, anche a fronte di atti amministrativi suscettibili di impattare su diritti soggettivi, la spendita del potere pubblicistico da parte dell'Amministrazione incide sulla consistenza della posizione giuridica azionata in giudizio dal privato e, correlativamente, impone il rispetto del termine decadenziale previsto dall'art. 29 c.p.a. Detto termine ha infatti la funzione di evitare che le situazioni di incertezza, connesse all'impugnazione di un provvedimento regolatorio/organizzatorio, si protraggano a tempo indeterminato, indipendentemente dal fatto che tali atti siano espressione di attività vincolata o discrezionale.

In definitiva, conformemente alle coordinate interpretative da ultimo tracciate dal Consiglio di Stato, il Tribunale ritiene che le delibere, con cui l'Autorità di Regolazione dei Trasporti determina la misura del contributo dovuto dagli operatori economici da essa regolati e le modalità del versamento, siano espressione di poteri pubblicistici. Tali atti sono infatti approvati all'esito di un iter procedimentale complesso, richiedono il vaglio del Presidente del Consiglio dei Ministri ai fini dell'integrazione dell'efficacia e presentano un contenuto cogente, di immediata efficacia conformativa delle situazioni giuridiche dei soggetti incisi. La loro impugnazione dunque non si sottrae al rispetto del termine di decadenza di cui all'art. 29 c.p.a.

Quanto al dies a quo, il Tribunale ritiene che il termine non possa che decorrere dal momento della pubblicazione sul sito istituzionale, onde evitare diversi trattamenti nell'ambito della stessa categoria imprenditoriale, in quanto una divaricazione temporale, riguardante un medesimo provvedimento, non risulta giustificata e predicabile, di fatto del resto avvantaggiando il destinatario individuale dell'atto e svilendo la natura professionale della parte incisa che è

plausibilmente da ritenere – in ragione dei compiti che svolge – più che frequentemente impegnata nella consultazione del sito istituzionale dell’Autorità, onde risulta – di contro – meno plausibile che essa non abbia percepito per tempo l’intervenuta pubblicazione della deliberazione censurata, specie se si considera che essa non è stata un atto a sorpresa, ma pur sempre il risultato conclusivo di un iter procedurale ampio e complesso, con l’ulteriore precisazione che fini di che trattasi non potrebbe rilevare la formale proposizione di un’azione di accertamento, che si tradurrebbe in un inammissibile aggiramento del termine decadenziale (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2023, n. 9956; Cons. Stato, Sez. VI, 17 novembre 2023, n. 9863; Cons. Stato, Sez. VI, 6 ottobre 2023, n. 8710; Cons. Stato, Sez. VI, 22 maggio 2023, n. 5067).

Sez. III, 26 aprile 2024, n. 412 – Pres. Perna Est. Lico

AFFIDAMENTI DEI SERVIZI DI DISTRIBUZIONE DI CARBOLUBRIFICANTI, DI GAS NATURALE COMPRESSO E DI GAS NATURALE LIQUEFATTO E DELLE ATTIVITÀ COMMERCIALI E RISTORATIVE – NATURA GIURIDICA – POTERI ART

Va condiviso quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (come giudice della giurisdizione), la quale, nella pronuncia n. 28549 del 2008 ha affermato la connotazione in termini pubblicistici dell’attività svolta dagli operatori (sia nel settore dei servizi di rifornimento carburante sia nel settore) dei servizi di ristorazione, sulla base di alcuni indici normativi: l’art. 2 del codice della strada (d.lgs. n. 285 del 1992) il quale prescrive che l’autostrada sia attrezzata “con apposite aree di servizio ed aree di parcheggio”; l’art. 24 del medesimo codice che le qualifica come “pertinenze di servizio” con i relativi manufatti “per il rifornimento ed il ristoro degli utenti” e dunque quali parti del bene pubblico concesso in gestione alla società autostradale; l’art. 61, comma 1, del regolamento di esecuzione del codice della strada (D.P.R. n. 495 del 1992) a mente del quale “Le aree di servizio relative alle strade di tipo A e B di cui all’articolo 2 del codice, destinate al rifornimento ed al ristoro degli utenti sono dotate di tutti i servizi necessari per il raggiungimento delle finalità suddette, con i distributori di carburante, le officine meccaniche ed eventualmente di lavaggio, i locali di ristoro ed eventualmente di alloggio, i posti telefonici, di pronto soccorso e di polizia stradale, gli adeguati servizi igienici collettivi ed i contenitori per la raccolta anche differenziata dei rifiuti”.

Le norme richiamate valgono a dimostrare, secondo le Sezioni Unite, che “quella che si svolge sulle aree di servizio, con riferimento all’attività di rifornimento delle auto, di ristoro degli utenti e di predisposizione di servizi igienici, è nel suo complesso attività strumentale e pertinente alla concessione della rete autostradale, destinata ad una specifica categoria di utenti. Trattasi di attività strettamente connessa e funzionalizzata all’utilizzazione della strada (...) e quindi di attività qualificabile, ai fini che qui rilevano, come di servizio pubblico, non diversamente dall’autostrada cui accede” ovvero anche “momento del pubblico servizio reso, in quanto necessario e funzionale rispetto alle esigenze pubblicistiche connesse alla gestione della rete autostradale, soggetto agli obblighi di continuità, tipici di un pubblico servizio”.

A tale orientamento si è dichiaratamente uniformata anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato, laddove ha affermato che “l’affidamento da parte del concessionario autostradale a terzi della gestione dei servizi di ristoro e rifornimento nelle aree di servizio (ovvero, con altra terminologia ma che non muta la sostanza, dei servizi “Oil” e “Non Oil”), costituisce “affidamento di un pubblico servizio” in quanto consustanziale al potere (e ai relativi oneri) di gestione del bene pubblico e dei connessi servizi a favore dell’utenza derivanti al concessionario autostradale dal provvedimento concessorio e dalla conseguente convenzione di concessione” (Cons. Stato, Sez. V, 20.9.2021, n. 6402). [...] In ogni caso, ritiene il Tribunale che anche a voler fondare l’analisi sul presupposto della natura prettamente privatistica dei rapporti tra concessionario autostradale e sub-concessionari dei servizi di ristorazione (i quali sarebbero sottoposti a regole di evidenza pubblica meno restrittive), egualmente l’intervento dell’ART in chiave conformativa dei rapporti di sub-concessione dovrebbe ritenersi pienamente ricompreso tra le attribuzioni dell’Autorità.

Ciò in quanto trattasi di attività che vengono svolte in stretta connessione con la rete autostradale (atteso che le strutture adibite alla ristorazione insistono su apposite aree collocate lungo la rete) e

che pertanto, seppur in linea teorica appartengano ad un settore di mercato “aperto” sotto il profilo della tipologia di attività esercitata (ad es. la ristorazione), in concreto devono considerarsi connotate da un ridotto grado di concorrenzialità, attesa la natura non duplicabile della “infrastruttura essenziale” su cui le concessioni insistono nonché l’esiguità del numero di imprese che operano nel settore (in ragione dell’esistenza di rilevanti “barriere” all’ingresso nel mercato, sia di tipo economico che informativo).

Tale peculiare connotazione del mercato relativo alla prestazione di servizi di ristorazione in favore degli utenti autostradali giustifica un intervento dello Stato in chiave di rafforzamento delle dinamiche concorrenziali (c.d. concorrenza “per il mercato”), mediante una regolazione dell’attività (anche negoziale) degli operatori finalizzata ad estendere il più possibile la platea delle imprese potenziali erogatrici dei servizi in sub-concessione.

La finalità sopra esposta viene realizzata, sotto il profilo procedimentale, mediante l’applicazione delle regole sull’evidenza pubblica, seppur conformate in modo peculiare a norma dell’art. 11, comma 5-ter, della L. n. 498 del 1992 (Interventi urgenti in materia di finanza pubblica).

[...] In questa prospettiva, la previsione che attribuisce all’ART il potere di definire gli “schemi dei bandi” costituisce ulteriore sviluppo normativo del principio fissato in linea generale dall’art. 11, comma 5-ter, lett. c citato (in relazione all’individuazione dei “modelli contrattuali” da adottare), ed è coerente con il disegno legislativo finalizzato alla conformazione in senso concorrenziale dell’attività contrattuale dei sub-concessionari.

Peraltro, va rilevato come la regolazione predisposta dall’ART non esorbiti rispetto alla competenza relativa alla configurazione di meri “schemi” di bando, atteso che l’Autorità, nell’esercizio della propria discrezionalità tecnica (orientata alla finalità di apertura del mercato) ha delineato una cornice contenutistica “astratta” della disciplina dei futuri rapporti sub-concessori (prevedendo, in alcuni casi, un ventaglio di opzioni a disposizione dei concedenti), senza privare in concreto gli operatori delle prerogative imprenditoriali assicurate dall’art. 41 Cost.

[...] Ciò posto, ritiene il Tribunale che l’attività regolatoria, concretamente svolta dall’ART mediante gli “schemi” di cui è causa, costituisca proporzionata applicazione amministrativa delle limitazioni previste dalla legge all’iniziativa economica privata, operandone un non irragionevole bilanciamento con le esigenze di apertura del mercato nel settore delle sub-concessioni autostradali.

AUTORIZZAZIONI E CONCESSIONI

Sez. I, 20 marzo 2024, n. 296 – Pres. Prospero Est. Malanetto

PRESTATORI DI SERVIZI AEROPORTUALI DI ASSISTENZA A TERRA (C.D. “HANDLING”) – LIBERALIZZAZIONE MERCATO

La direttiva 96/67/CE del Consiglio del 15 ottobre 1996 relativa all’accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, recepita in Italia con il d.lgs. n. 18/1999, ha avviato un graduale processo di liberalizzazione del mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità.

Con l’art. 13 del d.lgs. n. 18/99 il legislatore ha subordinato lo svolgimento dei servizi di assistenza a terra all’ottenimento, da parte dell’impresa, della certificazione di idoneità rilasciata dall’ENAC. Pertanto, a partire dal 2006, l’Ente ha predisposto il Regolamento per il rilascio del “Certificato di prestatore di servizi aeroportuali di assistenza a terra”, oggi in vigore nella versione n. 8 pubblicata in data 1° giugno 2023, con la quale l’Autorità ha, tra l’altro, introdotto per gli aeroporti sopra soglia, un obbligo di certificazione per i subappaltatori.

[...] Fermo che l’accesso all’aeroporto di qualsivoglia operatore è ragionevolmente condizionato da ragioni di sicurezza ed organizzazione dell’infrastruttura (che di per sé costituiscono barriere “naturali/strutturali” alla liberalizzazione di quel mercato), la giurisprudenza ha ritenuto illegittimo, in un contesto in cui si tratta di implementare disposizioni sovranazionali che

incentivano la liberalizzazione del mercato dell'handling, un sistema che ponga limiti di tipo puramente giuridico-artificiali all'ingresso sul mercato (è evidente che svolgere tutte le attività di handling o singole complessive categorie richiede fisiologicamente una organizzazione più strutturata, mentre anche operatori più piccoli possono candidarsi per prestazioni specifiche, pur comprese nell'ambito dell'handling) non trova giustificazione né nella lettera né nella ratio della normativa applicabile nazionale e sovranazionale. Resta la facoltà del controllore di porre in essere forme di gestione e controllo "in concreto" di singole realtà che tuttavia, appunto, richiedono una analisi in concreto della situazione e non consento di procedere ad esclusioni per categorie astratte con effetto di chiusura non giustificate del mercato.

[...] Nel caso di specie, il generico richiamo alla lettera legis del Regolamento unionale a supporto del divieto di parcellizzazione si appalesa, dunque inidoneo a giustificare il restringimento dell'accesso al mercato dell'handling; siffatte restrizioni restano infatti ammesse dalla normativa solo per ragioni (necessariamente concrete) di sicurezza, capacità o carenza di spazi disponibili, sulla base di quanto prevede l'art. 4, d.lgs. n. 18/1999 con riferimento ai servizi in pista, e per tutti gli altri, sulla base di uno specifico piano di gestione di cui all'art. 12 d.lgs. cit. (così T.A.R. Roma (Lazio), Sez. III, 9 febbraio 2012, n. 1295).

Sez. I, 16 aprile 2024, n. 367 – Pres. Prospero Est. Pavia

AUTORIZZAZIONI PER L'ATTIVITÀ DI VENDITA – PROROGA TERMINI AVVIO ATTIVITÀ'

Ai sensi dell'articolo 22, comma 4, del d.lgs. 114/98 l'autorizzazione per l'attività di vendita è revocata, tra l'altro, quando il soggetto autorizzato «non inizia l'attività di una media struttura di vendita entro un anno dalla data del rilascio o entro due anni se trattasi di una grande struttura di vendita, salvo proroga in caso di comprovata necessità». La giurisprudenza ha ribadito che la proroga dell'attivazione dell'esercizio commerciale ha carattere eccezionale, è consentita solo in caso di necessità ed è pertanto onere di colui che la richiede fornire la prova, rigorosa e puntuale ("comprovata"), della sussistenza di obiettive ragioni, che impediscono il rispetto del termine di avvio dell'attività (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 17 luglio 2017, n. 3484).

Sez. I, 24 aprile 2024, n. 408 – Pres. Est. Prospero

MODIFICA DEL PIANO ECONOMICO FINANZIARIO PER CONSENTIRE DI RIPRISTINARE LO SQUILIBRIO FINANZIARIO DELLA CONCESSIONE – GIURISDIZIONE

Ritenuto che pur facendosi questione di un rapporto di concessione latamente rientrante nella giurisdizione del giudice amministrativo, nella controversia concreta si ricade in una fattispecie di asserito mero inadempimento quindi del rapporto paritetico tra le parti. Considerato che è avviso della Corte regolatrice della giurisdizione che, in materia di concessioni amministrative, l'art. 133, comma 1, lett. c), Cod. proc. amm., nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa ai rapporti di concessione di beni e servizi pubblici, non implica affatto un regime di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a carattere totalizzante; deve piuttosto ritenersi che rientrino nella cognizione del giudice ordinario le controversie che abbiano contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento dell'amministrazione a tutela di interessi generali, mentre restano nella giurisdizione amministrativa quelle che coinvolgono l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altri corrispettivi (Cass., SS.UU., 20 aprile 2018, n. 9917; id. 20 aprile 2018, n. 9917; Cons. Stato, V, 9 aprile 2020 n. 2348). Considerato quindi che la doglianza dell'Amministrazione da cui scaturisce l'ingiunzione impugnata ha carattere esclusivamente patrimoniale riguardante un asserito inadempimento nel rapporto bilaterale, deve escludersi la giurisdizione del giudice amministrativo.

CARABINIERI

Sez. III, 2 febbraio 2024, n. 112 – Pres. Perna Est. Lico

PROCEDIMENTO DISCIPLINARE – COMPOSIZIONE COMMISSIONE DI DISCIPLINA
EX ART. 1400 DEL D.LGS. N. 66 DEL 2010

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha affermato che “la composizione della Commissione di disciplina è stabilita dal legislatore in modo non derogabile, di modo che ogni valutazione in ordine alla migliore e più opportuna ed efficace composizione della medesima è stata già effettuata dalla legge, non residuando all’amministrazione alcun margine di discrezionalità, se non nei limitati termini in cui la legge stessa la conceda” (Cons. Stato, Sez. IV, 30.1.2018, n. 624).

Il Tribunale che le previsioni di incompatibilità di cui all’art. 1380 c.o.m., dettate con riferimento al Capo relativo alle sanzioni disciplinari “di stato”, non possano essere riferite ai procedimenti relativi all’adozione di sanzioni disciplinari “di corpo” (di cui agli articoli 1396 e seguenti c.o.m.).

Depone in tal senso l’applicazione del criterio interpretativo che guarda alla collocazione “topografica” della norma (a fronte di un dato letterale che non contiene specificazioni utili alla soluzione della questione ermeneutica), tanto più decisivo nel caso di specie quanto più si consideri che il corpus normativo nel quale è collocata la disposizione di cui all’art. 1380, il d.lgs. n. 66 del 2010, assurge a fonte normativa organica ed esaustiva della materia dell’ordinamento militare, conformemente peraltro alla qualificazione di “codice” che alla stessa è attribuita dal legislatore delegato. Dunque, deve ritenersi che la circostanza che l’art. 1380 sia collocato nell’ambito della disciplina delle sanzioni “di stato” e non sia richiamato (o non vi sia una previsione di analogo contenuto) nel Capo relativo alle sanzioni “di corpo” escluda l’applicabilità della disposizione in esame ai procedimenti sanzionatori del secondo tipo.

Tale conclusione è rafforzata dall’applicazione del criterio teleologico di interpretazione. A tal fine va rilevato come l’art. 1400, comma 6, limiti espressamente i casi di incompatibilità, in relazione alla composizione della commissione di disciplina nei procedimenti sanzionatori “di stato”, al “superiore che ha rilevato la mancanza” e al “militare offeso o danneggiato”, senza attribuire rilevanza alle molteplici ipotesi che, diversamente, sono prese in considerazione dall’art. 1380, comma 3. Tale diversa opzione del legislatore può spiegarsi alla luce della maggiore afflittività delle sanzioni disciplinari “di stato” rispetto a quelle “di corpo” (tanto che la necessità di nominare la commissione di disciplina è riservata al caso di cui debba essere irrogata la più grave delle sanzioni “di corpo”, vale a dire la consegna di rigore), da cui deriva la necessità di una più pregnante salvaguardia delle garanzie di terzietà e imparzialità dei componenti della commissione, mediante una più estesa e analitica previsione di casi di incompatibilità.

In ultimo, deve escludersi la possibilità di un’applicazione analogica dell’art. 1380, comma 3 ai procedimenti disciplinari “di corpo”, sulla base delle seguenti considerazioni.

In primo luogo, il ricorso all’analogia determinerebbe la configurazione di un medesimo trattamento normativo a fronte di situazioni non comparabili, smentendo la sopra evidenziata ratio della disciplina.

In secondo luogo, l’applicazione ai procedimenti sanzionatori “di corpo” dell’art. 1380, comma 3, determinerebbe la sostanziale superfluità della previsione di cui all’art. 1400, comma 6, atteso che i casi presi in considerazione da quest’ultima disposizione sono idonei a determinare un’incompatibilità anche a norma dell’art. 1380, dovendo diversamente prediligersi un’interpretazione che attribuisca alla disposizione una qualche utilità, in applicazione del principio dell’interpretazione “conservativa”, dettato dal legislatore in materia di interpretazione del contratto (art. 1367 c.c., secondo cui “Nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno”) ma idoneo a trovare applicazione generalizzata anche nel campo dell’interpretazione della legge in virtù del più generale principio di conservazione dei valori

giuridici (dovendosi, d'altronde, rilevare che il contratto è pur sempre la "legge" che disciplina i rapporti tra le parti a norma dell'art. 1372 c.c.).

In conclusione sul punto, deve, dunque, ritenersi che la disciplina contenuta all'art. 1400, comma 6, c.o.m. sia esaustiva delle ipotesi di incompatibilità a comporre le commissioni di disciplina ai fini dei procedimenti sanzionatori "di stato", e che non possa trovare applicazione ai procedimenti disciplinari "di corpo", né in via diretta né in via analogica, la previsione di cui all'art. 1380, comma 3, c.o.m.

Sez. III, 20 marzo 2024, n. 294 – Pres. Perna Est. Lico

CONCORSO – ASTENSIONE VALUTATORE

Va condiviso l'orientamento fatto proprio dal Consiglio di Stato secondo cui "l'ampia portata del presupposto dell'astensione palesa la possibilità, al di là delle specifiche ipotesi previste dall'art. 690 del D.P.R. n. 90 del 2010, di ritenere comunque operante l'obbligo di astensione anche in altre fattispecie, connotate dalla peculiare gravità della situazione di conflitto tra valutatore e valutato, le quali denotino la mancanza di condizioni di obiettività in capo al compilatore della scheda valutativa ovvero fondino il serio dubbio che lo stesso possa esprimersi in modo assolutamente imparziale. Tale conclusione trova, poi, ulteriore conferma nel disposto dell'art. 97 della Cost., il quale, come noto, con disposizione immediatamente precettiva e non meramente programmatica, sancisce il principio dell'imparzialità dell'azione della pubblica amministrazione" (Cons. Stato, Sez. II, 27.06.2022, n. 5262). Ancora, è stato affermato che "l'art. 689 del D.P.R. n. 90/2010 opera un riferimento generale alla "possibilità di esprimere un giudizio obiettivo", stabilendo, in assenza di tale presupposto, un vero e proprio obbligo di astensione del valutatore, come dimostrato dall'inciso "si astiene", il quale evidenzia un comportamento doveroso e non anche l'esistenza in proposito di una mera facoltà discrezionale. L'ampia portata del presupposto dell'astensione palesa, a giudizio del Collegio, la possibilità, al di là delle specifiche ipotesi previste dal successivo art. 690 del D.P.R. n. 90/2010, di ritenere comunque operante l'obbligo di astensione anche in altre fattispecie, connotate dalla peculiare gravità della situazione di conflitto tra valutatore e valutato, le quali denotino la mancanza di condizioni di obiettività in capo al compilatore della scheda valutativa ovvero fondino il serio dubbio che lo stesso possa esprimersi in modo assolutamente imparziale" (Cons. Stato, Sez. II, 04.05.2022, n. 3490).

L'adozione e notificazione di un provvedimento disciplinare nei confronti del dipendente non può ritenersi atto idoneo a disvelare la mancanza di condizioni di obiettività in capo al valutatore ovvero a fondare un serio pericolo che lo stesso possa esprimersi in modo assolutamente imparziale, atteso che l'irrogazione di una sanzione in relazione a fatti disciplinarmente rilevanti costituisce esito di un procedimento connotato dalla previsione di garanzie per l'incolpato e connotato da stringenti obblighi motivazionali, ciò che elide qualsiasi profilo di arbitrarietà nell'irrogazione della sanzione, che in tesi, potrebbe condurre a ritenere esistente una particolare avversione del superiore rispetto al dipendente gerarchicamente subordinato.

COMUNI

Sez. II, 3 gennaio 2024, n. 1 – Pres. Est. Maisano

SERVIZIO DI NOLEGGIO A FLUSSO LIBERO DI MONOPATTINI ELETTRICI IN SHARING – REQUISITO TERRITORIALE - ILLEGITTIMITÀ CLAUSOLA

La Giunta Comunale di Torino ha approvato nuove linee di indirizzo per individuare operatori interessati al servizio di noleggio in modalità free floating di monopattini elettrici in sharing nel Comune di Torino a partire dal 1° novembre 2022, ha fissato in quattro il numero massimo di operatori ammessi, precisando che "si terrà conto in particolare della presenza degli stessi sui

comuni confinanti". Sono poi seguite le determinazioni dirigenziali con cui il Comune ha approvato il "disciplinare dei servizi in sharing con mezzi innovativi di micro mobilità a propulsione elettrica (monopattini) sul territorio della Città di Torino", il quale ha definito le modalità di svolgimento della procedura per l'individuazione degli operatori economici, nonché i requisiti tecnici dei monopattini elettrici da offrire, in parte recependo i requisiti minimi fissati nell'avviso pubblico della Città Metropolitana e in parte stabilendo propri criteri di selezione; tra i quali, la "Presenza del servizio nei comuni confinanti", con assegnazione di quattro punti per ogni comune servito, per un massimo di sedici punti.

Dalla superiore normativa unionale (art. 12 parr. 1 e 3 Direttiva 2006/123/CE) si evince che la selezione dei criteri per il rilascio delle autorizzazioni non è rimessa alla pura discrezionalità amministrativa dell'ente pubblico, occorrendo che la scelta sia espressiva, in astratto, di "motivi imperativi d'interesse generale" (come declinati dalla stessa Direttiva) e che, nella sua concreta esplicazione, si conformi ai richiamati canoni di proporzionalità, non discriminazione e par condicio. La clausola territoriale in esame manca tuttavia del secondo.

In linea con la delibera di Giunta Comunale (nella parte in cui dispone che "si terrà conto in particolare della presenza degli stessi sui comuni confinanti"), essa prevede, nella specie, l'attribuzione di un punteggio proporzionale in ragione della compresenza del servizio di micromobilità fornito dallo stesso gestore sia nel territorio cittadino sia in quello di uno o più Comuni limitrofi nell'ottica di offrire un sistema di mobilità condivisa per gli spostamenti del "primo e dell'ultimo miglio" da e verso il Comune di Torino rispetto al suo hinterland, in chiave intermodale con gli altri mezzi di collegamento interurbano. Ciò con il proposito di facilitare gli utenti nella fruizione dei servizi di micromobilità e promuoverne la diffusione anche nelle fasce urbane periferiche, nel quadro degli atti di pianificazione sulla mobilità.

La finalità di sviluppare un evoluto assetto di mobilità sostenibile, e alleggerire la pressione del traffico veicolare, intercetta senz'altro il motivo imperativo d'interesse generale della "protezione dell'ambiente", cui, per espressa previsione dell'art. 4 n. 8) della Direttiva Bolkestein, deve ricondursi anche l'ambiente urbano. Nondimeno il mezzo approntato per perseguirla deraglia dai principi di proporzionalità e non discriminazione.

La sproporzione del criterio è, anzitutto, quantitativa. Tenuto conto che alla compresenza dell'operatore nei comuni limitrofi il disciplinare assegna fino a 16 punti su un totale di 50, emerge come a tale requisito, non pertinente all'ambito geografico del servizio oggetto di autorizzazione, la legge di gara tributi, in modo incongruo, poco meno di un terzo della complessiva dote di punti nonché un coefficiente superiore a quello specificamente destinato, dal successivo criterio n. 2, alla "Diffusione sul territorio" (cui è attribuito un massimo di 12 punti).

La clausola confligge inoltre con i principi di necessità e proporzionalità in senso stretto.

Sotto il primo profilo, il disciplinare, pur valorizzando in modo espresso l'interscambio con bus e metropolitana a vantaggio dei collegamenti con le periferie, manca però contraddittoriamente di dettare concrete prescrizioni in tal senso, privilegiando il gravato criterio della presenza nei comuni limitrofi a soluzioni che, a parità di efficacia, abbiano minore incidenza restrittiva sulla concorrenza, come: l'ampliamento dell'area minima di servizio o la previsione di criteri che impegnino le imprese concorrenti a dislocare le proprie flotte di monopattini in prossimità di stazioni, capolinea e aree di parcheggio o, ancora, di un regime tariffario agevolato per gli utenti abituali del sistema di trasporto pubblico, come stabilito in altre analoghe procedure. Inoltre, come pure correttamente rilevato da VOI, all'obiettivo del collegamento con le zone periferiche concorre già l'indicato criterio n. 2 ("Diffusione sul territorio") che mira proprio a incentivare l'estensione dell'area di servizio verso zone necessariamente perimetrali rispetto a quelle, più remunerative, del centro città.

Sotto il secondo profilo, rileva invece come, attraverso l'aggregazione al mercato torinese di quelli dei comuni limitrofi, benché l'autorizzazione sia circoscritta solo al primo, la clausola impugnata imponga alle imprese concorrenti (sia pure solo per l'attribuzione del punteggio) un'organizzazione sovradimensionata alle effettive condizioni strutturali del mercato rilevante -concernente l'erogazione di un servizio di noleggio di monopattini su un singolo ambito geografico e non di una

rete di servizi di micro-mobilità distribuita su più territori-, che non trova adeguato bilanciamento nella tutela dell'interesse pubblico, stante il rilevato difetto di concrete misure di raccordo con il sistema del trasporto pubblico locale, e non garantisce il miglior servizio possibile agli utenti del capoluogo, sui quali è, anzi, presumibile che graveranno i costi finali di una tale organizzazione. È perciò fondata la censura con cui la ricorrente lamenta l'apposizione di un'illegittima barriera all'entrata che discrimina i gestori già presenti nei territori dell'hinterland in danno degli altri.

In definitiva la gravata clausola di territorialità è illegittima.

L'accoglimento del gravame non ha conseguenze invalidanti sulle restanti parti del disciplinare. Invero, anche a voler considerare la clausola come escludente -benché in effetti essa non investa a monte i requisiti di partecipazione, ma la metrica distributiva di una parte del punteggio-nondimeno, per autorevole insegnamento giurisprudenziale, l'invalidità della prescrizione vitiatum sed non vitiat, (cfr. Cons. Stato Ad. Plen. 16/10/2020, n. 22); talché, lungi dal determinare il travolgimento dell'intera procedura, la sua espunzione dal disciplinare (salvo quanto si dirà infra sul ricorso incidentale) comporta la retrocessione della procedura alla fase di formazione della graduatoria dalla quale dovranno essere decurtati i punti attribuiti in applicazione del caducato criterio n. 1 (sia pure in tema di gare d'appalto, si veda, per analoga fattispecie di clausola territoriale illegittima, rilevante per l'attribuzione di punti: T.A.R. Calabria sez. I - Reggio Calabria, 30/11/2021, n. 901).

Sez. II, 29 gennaio 2024, n. 88 – Pres. Est. Bellucci

AFFITTO DEI PASCOLI MONTANI PUBBLICI – CONTRATTO DI LOCAZIONE – POLIZZA FIDEIUSSORIA

Il bando escludeva l'ammissione alla gara dell'operatore che fosse già affittuario o concessionario, sia quale singolo e sia quale componente di associazione, società o cooperativa, di pascoli di proprietà pubblica in altri Comuni. Nel caso di specie, il Comune ha ritenuto insussistente, in capo all'istante, uno dei requisiti previsti dal bando di gara e pertanto ha annullato in autotutela l'aggiudicazione.

Il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione in autotutela non deriva da un inadempimento delle prestazioni contrattuali, al quale invece la polizza presentata dalla ricorrente fa chiaro riferimento in forza delle disposizioni del bando e dell'art. 16 del contratto stipulato tra le parti. In altri termini, la finalità per la quale è stata prestata la garanzia (copertura del rischio di inadempienze contrattuali) è estranea alle ragioni dell'annullamento dell'aggiudicazione (difetto di un requisito di partecipazione alla gara), con la conseguenza che l'escussione della polizza è stata erroneamente ancorata a profili patologici propri della fase selettiva anziché di quella contrattuale.

EDILIZIA

Sez. II, 3 gennaio 2024, n. 3 – Pres. Maisano Est. Costa

CONDONO – METODO VALUTATIVO - VINCOLI IMPOSTI SUCCESSIVAMENTE ALLA COSTRUZIONE DELL'OPERA - DISCIPLINA APPLICABILE

Il procedimento di condono avviato dall'originaria istante nel 1986, in assenza di contrarie risultanze, dev'essere letto alla luce della disciplina di cui alla L. 47/85 al tempo vigente (c.d. primo condono), senza che possa trovare applicazione la successiva e più restrittiva regolamentazione di cui al D.l. 269/2003, convertito con modificazioni dalla L.326/ 2003, n. 326 (c.d. terzo condono), ostando in tal senso il disposto del relativo art. 32 comma 43-bis "Le modifiche apportate con il presente articolo concernenti l'applicazione delle leggi 28 febbraio 1985, n. 47, e 23 dicembre 1994, n. 724, non si applicano alle domande già presentate ai sensi delle predette leggi".

Le superiori considerazioni impongono, in ogni caso, in coerenza con l'insegnamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 20 del 7.6.1999, l'esame della

disciplina vincolistica vigente in relazione alle aree in questione al momento dell'adozione del provvedimento finale, il cui apprezzamento dovrà avvenire secondo i criteri di compatibilità meglio di seguito esposti.

Alla luce della sistematica proposta "L'effetto amministrativo di sanatoria, in quest'ultimo caso, trova il suo fondamento in una norma di carattere legislativo, che, derogando eccezionalmente alla disciplina urbanistica vigente, consente, a determinate condizioni e per un limitato periodo di tempo, la sanatoria degli abusi commessi. Soltanto l'art. 32, comma 27, lettera d), del decreto legge n. 269 del 2003 (c.d. terzo condono), si discosta in parte dall'anzidetto modello, in quanto - nel richiedere (per le opere abusivamente realizzate in aree sottoposte a specifici vincoli, fra cui quello ambientale e paesistico) il requisito della conformità alle prescrizioni urbanistiche - introduce una significativa novità rispetto alle precedenti leggi sul condono edilizio, avvicinando (sotto questo profilo) il meccanismo di sanatoria all'istituto dell'accertamento di conformità, previsto dall'art. 36 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. Su queste basi, è evidente che il diniego di condono impugnato, in quanto motivato in ragione della natura agricola dell'area, si pone evidentemente in contrasto con la legge" (Cons. Stato, VI, 18.9.2018 n. 5455).

All'esito del superiore, propedeutico inquadramento, occorre altresì valutare che l'area in questione - quantomeno in relazione ai profili adottati come ostativi all'accoglimento dell'istanza - risulta conformata dalle prescrizioni vincolistiche descritte in narrativa in forza di disposizioni entrate in vigore dopo il completamento delle opere. Ne consegue che, nel vagliare l'istanza al lume dei nuovi vincoli sopravvenuti, le opere non possono essere considerate alla stregua di "nuove costruzioni" ancora erigende, ma occorre valutare la compatibilità della permanenza dei manufatti in rapporto alle effettive esigenze di tutela espresse dal vincolo. Il tratteggiato approdo è condiviso dalla prevalente giurisprudenza secondo cui, laddove l'imposizione dei vincoli sopravvenga all'edificazione delle opere, l'Autorità preposta alla relativa tutela deve esprimere non una valutazione di "conformità" delle opere alle nuove previsioni, trattandosi di un vincolo non esistente al momento della loro realizzazione, bensì un diverso parere di "compatibilità" dell'intervento edilizio abusivo alla disciplina di nuova introduzione; tale valutazione, pertanto, dovrà declinarsi tanto sul piano contenutistico quanto su quello metodologico in modo differente da quanto normalmente previsto in caso di "nuove costruzioni", non risultando insuperabilmente preclusa o ex se vincolata nell'esito anche laddove le previsioni di tutela successivamente sopraggiunte risultino del tutto incompatibili con la tipologia dell'intervento già realizzato. (Cons. Stato, VI, 10.1.2023, n. 299, con pertinenti richiami giurisprudenziali).

Così ricostruita la portata applicativa delle norme cui la fattispecie deve essere sussunta, risultando demandato al Comune intimato la definizione - tra gli altri - degli interventi compatibili con la sopravvenuta disciplina vincolistica prevista dal Piano per l'Assetto Idrogeologico, nonché, in generale, con la destinazione urbanistica di zona, la verifica di compatibilità dell'intervento avrebbe dovuto essere condotta in consonanza con i criteri e gli approcci metodologici come delineati dalla superiore giurisprudenza e non sulla base di una mera verifica di conformità dell'intervento alla disciplina vigente al tempo della decisione (cfr. Cons. Stato, VI, 21.4.2023, n. 4074). Pertanto, il ricorso è meritevole di accoglimento sotto il profilo della mancata rispondenza del metodo valutativo adottato dall'Amministrazione ai ricostruiti parametri normativi.

Sez. II, 4 gennaio 2024, n. 6 – Pres. Maisano Est. Costa

SANATORIA – OPERE ANCORA NON REALIZZATE

Il Collegio rileva che la pacifica ed evidente incompletezza dell'intervento si pone quale non superabile elemento preclusivo alla legittima sanatoria ai sensi dell'art. 36 D.P.R. 380/01 dei manufatti rappresentati nell'impugnato permesso di costruire 11/08. Benché, infatti, il controinteressato correttamente deduca che la più restrittiva nozione di ultimazione delle opere sia normativamente prevista in relazione alla diversa disciplina del condono edilizio (in relazione al c.d. "primo condono" l'art. 31 c. 2 della L. 47/85 espressamente chiarisce che "si intendono ultimati gli edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e completata la copertura, ovvero, quanto alle opere

interne agli edifici già esistenti e a quelle non destinate alla residenza, quando esse siano state completate funzionalmente”), il richiamato art. 36 del DPR 380/01, applicabile alla fattispecie di cui è causa, nel disciplinare il rilascio del permesso di costruire in sanatoria, ne restringe lo spettro di applicazione ai soli “interventi realizzati”, condizionandone ulteriormente il positivo esito al rispetto della c.d. “doppia conformità” alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda.

Alla luce del superiore inquadramento e dei corollari dallo stesso discendenti, deve escludersi che qualsiasi opera venuta ad esistenza possa beneficiare della disciplina in parola, essendo richiesto - già sul piano strettamente logico - che la stessa assuma una sufficiente consistenza per essere qualificata quale intervento, il cui contenuto e fisionomia complessiva possano essere vagliati alla luce della disciplina edilizia ed urbanistica applicabile.

L’accertamento in parola, peraltro, impone una considerazione unitaria di quanto realizzato, precludendo, in relazione alle opere difformi dai titoli rilasciati, qualsivoglia artata scissione in meno consistenti porzioni, da assoggettare a separati procedimenti amministrativi, ostando a tale espediente proprio l’obbligatoria presentazione dell’istanza di accertamento di conformità riferita al complessivo intervento abusivo, unitariamente considerato, come tale da assoggettare alla richiamata, stringente verifica di “doppia conformità” (ex multis, Cons. Stato, 18.01.2021, n. 515).

Il Collegio intende aderire all’orientamento costante della giurisprudenza amministrativa, fermo nell’affermare che costituisce presupposto per l’accertamento della sanabilità delle opere il fatto che queste si trovino ad uno stadio di realizzazione tale da rendere percepibile la fisionomia del manufatto finale (Cons. Stato, VI, 2.10.2020, n. 5770, T.A.R. Cagliari, I, 7.05.2021, n. 338). La sanatoria di opere ancora da realizzare si porrebbe inoltre in contrasto sia con la lettera della legge sia con il presupposto essenziale del rilascio del titolo, ossia la cd. doppia conformità. Solo se è già percepibile la conformazione finale del manufatto è, difatti, possibile apprezzare la portata, la destinazione e, in generale, la conformità delle opere alle prescrizioni edilizio-urbanistiche vigenti all’epoca dell’abuso e della domanda di sanatoria. Del resto, gli interventi edilizi non possono essere considerati in via atomistica e parcellizzata, occorrendo invece recuperare una visione d’insieme che ne metta in risalto il collegamento funzionale e l’impatto complessivo sull’assetto urbanistico del territorio (in termini, Cons. Stato, VI, 19.10.2020, n. 6300, T.A.R. Napoli, VII, 12.06.2018, n. 3915; T.A.R. Napoli, II, 30.04.2020, n. 1607).

Sez. II, 23 gennaio 2024, n. 66 – Pres. Est. Bellucci

ORDINANZA DI DEMOLIZIONE – DESTINATARI

Il mero possessore o gestore dell’immobile altrui interessato da opere abusive può essere destinatario dell’ordinanza di demolizione, qualora non sia accertato che l’abuso sia a lui ascrivibile.

Sez. II, 27 febbraio 2024, n. 203 – Pres. Maisano Est. Costa

OPERE ABUSIVE SU SUOLO PUBBLICO – ONERE PROVA

Il Collegio ritiene di pronunciarsi in consonanza con le coordinate espresse dal Giudice di Appello, le cui statuizioni (in casi analoghi in cui si dubita se le opere da demolirsi si trovino su proprietà pubblica) si orientano nel senso di attribuire rilievo alle perizie di parte, laddove queste ultime sollevino fondati dubbi sulla natura pubblica delle aree di sedime asseritamente occupate: “Ravvisandosi, nella perizia tecnica prodotta dall’appellante in primo grado, un principio di prova circa la natura non demaniale dello spazio (peraltro solo aereo), occupato dall’oggetto della veranda presente nell’edificio (...), il Collegio ritiene l’ordinanza impugnata viziata da errore in fatto e difetto di istruttoria, ragione per cui deve esserne disposto l’annullamento con assorbimento di ogni ulteriore censura, tenuto conto del fatto che l’Amministrazione dovrà rinnovare l’istruttoria” (Cons. Stato, VI, 10.5.2022, n. 3694).

FARMACIE

Sez. III, 22 gennaio 2024, n. 53 – Pres. Perna Est. Cappadonia

FARMACIE RURALI - FATTURATO ANNUO IN REGIME SSN EX ART. 1 LEGGE 662 DEL 1996 E SMI

L'art. 1, comma 40, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 prevede che le farmacie rurali, con fatturato annuo non superiore ad una certa soglia, applichino uno sconto ridotto in favore del Servizio sanitario nazionale. La ratio della previsione è quella di supportare i presidi farmaceutici che svolgono la loro attività nei centri di minore dimensione e che, per questa loro meno favorevole localizzazione, conseguono fatturati minori.

La nota Regionale dell'8 ottobre 2009, secondo la quale per "fatturato annuo in regime di SSN ... deve intendersi quello risultante dalla somma dei prezzi di vendita al pubblico di tutti i prodotti dispensati dalle farmacie per conto del SSN, al netto dell'IVA, compresi i prodotti di assistenza integrativa e protesica", è stata annullata dalla sentenza n. 675 del 12 maggio 2016 limitatamente alla parte in cui la Regione pretendeva che venisse ricondotta nella base di calcolo del fatturato annuo in regime di SSN innanzitutto la quota di partecipazione alla spesa dovuta dall'assistito (c.d. ticket). Ciò in quanto, come si legge in motivazione, si tratta "di una voce di prezzo che l'Azienda Sanitaria Locale (ASL) non corrisponde alla farmacia così come previsto dall'art. 8 comma 2 lettera b) del d.lgs. n. 502/1992 (l'unità sanitaria locale corrisponde alla farmacia il prezzo del prodotto erogato, al netto dell'eventuale quota di partecipazione alla spesa dovuta dall'assistito)". Inoltre, l'annullamento ha interessato anche gli sconti che la legge impone sul rimborso dei farmaci: "anche in questo caso, come è evidente, si tratta di una voce di costo che non è corrisposta dal Servizio Sanitario Nazionale ma che rimane a carico della farmacia che ha erogato il farmaco. Essa, pertanto, non può rientrare nella nozione di "fatturato in regime di Servizio Sanitario Nazionale" proprio perché, nuovamente, non afferisce alla partecipazione alla spesa sanitaria realizzata mediante l'intervento delle finanze pubbliche". Avverso tale sentenza è stato proposto appello da parte della Regione Piemonte dinanzi al Consiglio di Stato (R.G. n. 7277/2016), senza richiesta di sospensione della sentenza impugnata, appello che tuttavia con decreto decisorio del 26 maggio 2022 n. 1051 è stato dichiarato perento, restando pienamente esecutiva la sentenza che ha dichiarato la nullità della nota regionale del 2009. Del resto anche l'art. 1, comma 40 bis, della L. n. 662 del 1996, come novellato per effetto della l. n. 145 del 2018 con decorrenza 1° gennaio 2019, ha escluso dal calcolo del fatturato annuo delle farmacie, in regime di Servizio sanitario nazionale, gli importi che a titolo di sconto vengono trattenuti sul prezzo del farmaco.

La nota del 28.06.2017 successivamente intervenuta, alle cui indicazioni rinvia la nota 17 gennaio 2019 con riferimento al calcolo del fatturato SSN rilevante in materia di sconto – nota del 28.06.2017 che a sua volta rinviava alla precedente "Nota della Direzione sanità, prot. n. 36777 dell'8.10.2009" (pur già annullata) e introduceva "precisazioni" di modalità di calcolo del fatturato in contrasto con quanto disposto dalla citata sentenza n. 675/2016 –, è stata anch'essa annullata con sentenza del T.A.R. Piemonte n. 534 del 1° giugno 2022. Tale pronuncia, che peraltro richiama la precedente sentenza n. 675 del 12 maggio 2016, oltre al parere 2 luglio 2018 n. 1699 della Prima Sezione del Consiglio di Stato, non è stata impugnata dalla Regione.

Il Collegio ritiene che – ancorché con riferimento all'anno solare 2018 – la Regione non possa legittimamente ritenere efficaci le precedenti indicazioni contenute in atti cui rimanda, in contrasto con quanto disposto dall'art. 112, comma 1, c.p.a. a mente del quale "i provvedimenti del giudice amministrativo devono essere eseguiti dalla pubblica amministrazione e dalle altre parti".

Pertanto il Collegio reputa che non concorrano a formare il "fatturato annuo in regime di Servizio sanitario nazionale" di cui all'art. 1, comma 40, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 né i ticket né gli sconti incondizionati imposti dalla legge.

Giova precisare che non si può dubitare della correttezza di tali conclusioni in ragione del fatto che l'art. 1, comma 40 bis, della L. n. 662 del 1996 fa comunque salve le determinazioni che le regioni e

le province autonome di Trento e di Bolzano abbiano assunto in materia fino alla data del 31 dicembre 2018, in quanto a tale data non vi era alcun provvedimento validamente adottato che prevedesse l'inclusione dei ticket e degli sconti nel "fatturato annuo in regime di Servizio sanitario nazionale".

FATTURATO ANNUO IN REGIME SSN EX ART. 1 LEGGE 662 DEL 1996 E SMI - CORRISPETTIVI PER L'ATTIVITÀ DI DISTRIBUZIONE PER CONTO E I PROVENTI RIVENIENTI DALLA VENDITA DI PRODOTTI DI ASSISTENZA INTEGRATIVA PER DIABETICI

Il Collegio ritiene che legittimamente la Regione abbia incluso nel fatturato annuo in regime di Servizio sanitario nazionale i corrispettivi per l'attività di distribuzione per conto e i proventi rivenienti dalla vendita di prodotti di assistenza integrativa per diabetici, ancorché questi ultimi non possano definirsi "farmaci", per le ragioni appresso indicate.

La nozione di "fatturato annuo" coincide con il "volume d'affari" di cui all'art. 20 del D.P.R. n. 633/1972 ed è costituito dall'ammontare complessivo delle operazioni attive rappresentate dalle cessioni di beni e dalle prestazioni di servizi (cfr. art. 1 del D.P.R. n. 633/1972) che il soggetto effettua, registra o è tenuto a registrare in un anno solare. Nel volume d'affari (o fatturato) rientrano le operazioni imponibili, le operazioni non imponibili e le operazioni esenti, mentre restano escluse le operazioni estranee al campo di applicazione dell'IVA.

Peraltro, anche laddove si intendesse il fatturato come somma dei ricavi d'impresa secondo un'accezione meramente corrente nel linguaggio comune, i termini della questione non muterebbero, al di là della diversa competenza temporale a cui sarebbero assoggettati i componenti positivi, in quanto nei ricavi sono compresi tanto i proventi derivanti dalla cessione di beni quanto i proventi derivanti dalla prestazione di servizi.

Ciò posto, la locuzione "fatturato annuo in regime di Servizio sanitario nazionale", anche anteriormente alla l. n. 145 del 2018, che ha introdotto a decorrere dal 1° gennaio 2019 il comma 40 bis in seno all'art. 1 della L. n. 662 del 1996, è idonea a ricomprendere sia i corrispettivi rivenienti dalle prestazioni di servizi (tali essendo le attività di distribuzione per conto del Servizio sanitario), sia i corrispettivi derivanti dalla cessione di beni, quali – tra l'altro – i dispositivi diversi dai farmaci (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 14 dicembre 2022, n. 10969; Cons. Stato, Sez. III, 21 dicembre 2022, n. 11141; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. III, 17 maggio 2023, n. 1138).

Ne consegue che la Regione non ha assunto determinazioni in contrasto con l'esercizio della potestà legislativa dello Stato.

Stante la formulazione della previgente legislazione, che richiama il fatturato annuo in regime di Servizio sanitario nazionale al netto dell'IVA (e solo di essa), tutte le altre componenti devono ritenersi in esso conteggiabili.

Sez. II, 1 febbraio 2024, n. 105 – Pres. Bellucci Est. Maisano

AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI GESTIONE DELLA FARMACIA OSPEDALIERA ESTERNA EX COMUNALE – REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E DI ESECUZIONE – GIURISDIZIONE

Quanto al requisito relativo alla disponibilità della sede, prescritto dall'art. 3.3 del capitolato speciale di gara, in forza del quale: "Il Concessionario dovrà farsi carico di identificare e dimostrare la disponibilità (anche solo attraverso opzione, purché scritta, ai sensi dell'art. 1331 c.c., affitto, comodato, uso, etc.) dei locali da destinarsi all'esercizio dell'attività della farmacia, l'accessibilità degli stessi ed il progetto di massima relativo alla disposizione dei locali per l'apertura al pubblico con semplice evidenza grafica delle caratteristiche funzionali dei locali (ad esempio locale vendita, magazzino, spogliatoio, servizio igienico, locale o angolo preparazione galenici non sterili, locale per effettuazione di prestazioni analitiche di prima/seconda istanza o per prestazioni professionali) e delle dimensioni (m2) nel rispetto della normativa vigente. Si precisa che la disponibilità dovrà

comprendere anche l'impegno ad assumersi tutti gli interventi, anche straordinari, eventualmente necessari, a richiesta del Concedente, per ottenere l'autorizzazione igienico-sanitaria e l'agibilità per l'apertura al pubblico; dovrà inoltre essere allegata una planimetria dettagliata dei locali".

L'amministrazione ha, altresì, precisato che: "In sede di gara l'offerente dovrà presentare, pena esclusione, una dichiarazione d'impegno di disporre di un locale da destinarsi a farmacia entro il perimetro indicato dall'art. 3 del Capitolato entro la data di aggiudicazione, in caso di mancanza del locale verrà revocata l'aggiudicazione".

La circostanza che ai concorrenti non fosse chiesto di disporre della sede al momento della presentazione dell'offerta, ma solo di garantirne il possesso in caso di esito favorevole della procedura, riconduce l'adempimento alla categoria dei "requisiti di esecuzione".

Tali sono, per costante insegnamento giurisprudenziale (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. III, 26/10/2023 n. 9255), elementi prescritti quali ulteriori requisiti particolari ex art. 100 D. Lgs. 50/2016 -applicabile anche alle concessioni per il rinvio generalizzato di cui all'art. 164 comma 2 D. Lgs. 50/2016- e caratterizzanti la fase esecutiva del servizio; dei quali gli operatori economici si impegnano, già in sede di formalizzazione dell'offerta e con espressa dichiarazione di accettazione, a garantire il possesso "nell'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari" (comma 2).

A tale paradigma si conforma anche la clausola in esame. Non imponendo la necessità per l'operatore economico di anticipare alla fase di gara la dimostrazione del possesso della sede, ma soltanto l'impegno ad approntarla dopo l'aggiudicazione (unitamente alle opere strutturali necessarie all'apertura al pubblico), in essa si concreta il tratto tipico dei requisiti di esecuzione, integrato nell'indicazione di una modalità esecutiva delle prestazioni quale criterio di valutazione dell'offerta.

Pertanto, l'art. 32 D.Lgs. 50/2016 (del pari applicabile in specie ex art. 164 comma 2 D.Lgs. 50/2016) prevede che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta (comma 6); colloca nella fase successiva all'aggiudicazione la verifica del possesso dei requisiti (comma 7) e l'esercizio dei poteri di autotutela (comma 8, primo periodo); impone, infine, una crasi temporale tra l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e la stipula del contratto (commi 10 e seg.). Risulta così delineata, per via normativa, una terza fase, intermedia alle due tradizionalmente considerate (cioè collocata tra i due confini "esterni" dell'aggiudicazione e della stipula del contratto), nella quale vengono esercitati poteri pubblicistici (Cons. Stato, sez. V, 02/02/2022, n.722).

La norma sul riparto di giurisdizione di cui all'art. 133, comma 1, lett. c) cod. proc. amm. deve, di conseguenza, interpretarsi al lume delle menzionate disposizioni del codice dei contratti pubblici, nel senso che l'intervenuta aggiudicazione non estingue la fase pubblicistica, risultando ancora esposta all'esercizio di poteri autoritativi di controllo e di eventuale autotutela dell'amministrazione concedente. Ne deriva (in linea con acquisizioni giurisprudenziali consolidate sui contratti d'appalto, ma riferibili, per unità di sistema, anche alle concessioni) che restano riservate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ad atti che, pur collocandosi dopo l'aggiudicazione, riguardano comunque la procedura di affidamento, nel senso che ne determinano le sorti o incidono sull'individuazione del contraente e comunque sono originate dall'adozione o dalla caducazione di provvedimenti amministrativi concernenti il procedimento di scelta del contraente (ancora Cons. Stato sez. V, 02/02/2022, n. 722 che richiama Id. 27/10/2021, n. 7217).

Tra questi atti rientra pure il provvedimento di decadenza dall'aggiudicazione motivato dall'accertato difetto di fattori condizionanti la stipulazione del contratto, quali, come nel caso di specie, quelli concernenti il possesso dei requisiti di esecuzione (Cons. Stato n. 722/2022 cit.). Ciò in quanto oggetto della controversia non è un rapporto contrattuale già instaurato e declinabile secondo il binomio diritto/obbligo, ma la verifica di un requisito dell'offerta incidente sulla stessa definitiva possibilità di accedere alla stipula del contratto, condizionandone l'an in stretta correlazione ad un potere di sindacato dell'amministrazione nell'esercizio delle sue prerogative pubblicistiche e temporalmente inquadrabile in un momento antecedente l'integrazione della fattispecie genetica del rapporto; onde l'accertamento sollecitato e riferito rimane funzionale a

conferire efficacia all'aggiudicazione definitiva. Con la conseguenza che, così inquadrata la res iudicanda, non può essere revocata in dubbio la configurabilità della giurisdizione del giudice amministrativo (Cons. Stato, Sez. III, 23/02/2022, n. 1283).

Inoltre dalla evidenziata natura di requisito di esecuzione discende che la dimensione temporale dell'adempimento dovesse necessariamente coincidere con l'intervallo corrente tra l'aggiudicazione e il perfezionamento del contratto, in linea con la consolidata giurisprudenza per cui i requisiti di esecuzione costituiscono, di norma, condizioni per la stipulazione del contratto; con la conseguenza che, se richiesti a tal fine, "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 (Cons. Stato, sez. V, 7 marzo 2022, n.1617)" (Cons. Stato sez. III, 26/10/2023 n. 9255 cit. nonché, tra le molte altre, Cons. Stato sez. III, 16/12/2022, n. 11029; Id. 12/12/2022 n. 10840; Cons. Stato sez. V, 04/10/2022, n. 8481; T.A.R. Piemonte sez. I, 17/07/2020, n. 475).

Il silenzio della *lex specialis* e delle fonti primarie riguardo al termine di avvio del servizio non osta quindi all'individuazione del limite temporale di approntamento della sede giacché, pure nel difetto di una previsione esplicita, l'interesse pubblico a che l'aggiudicataria disponesse di tutti i mezzi e le dotazioni per l'utile esercizio della farmacia non poteva che attualizzarsi proprio al momento della stipulazione del contratto (cfr., in tema di centri di cottura nei servizi di ristorazione, Cons. Stato, sez. V, 18/12/2017, n. 5929). Diversamente, sarebbe stata sottratta alla ordinaria fase di valutazione dell'offerta la verifica di uno dei suoi elementi costitutivi, con ingiustificata compressione della par condicio tra i concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. V 18/12/2020, n. 8159).

INFORMATIVA ANTIMAFIA

Sez. I, 19 febbraio 2024, n. 171 – Pres. Prospero Est. Malanetto

WHITE LIST – DINIEGO

Il mero decorso del tempo non è sufficiente ad indurre una modifica delle valutazioni antimafia, per l'ovvia ragione che, tanto più in realtà criminali strutturalmente familiari, sarebbe sufficiente per la famiglia scegliere alcuni componenti incensurati, ma pur sempre prontamente disposti ad assecondare le esigenze quantomeno economiche dell'organizzazione ove necessario, per garantirsi nel tempo la prosecuzione di qualsivoglia attività di impresa.

Secondo Cons. St. sez. III 3653/2015 "il mero decorso del tempo è in sé un elemento neutro che non smentisce da solo la persistenza di legami, vincoli e sodalizi e comunque non dimostra, da solo, l'interruzione di questi se non corroborato da ulteriori e convincenti elementi indiziari" (in termini simili Cons. St. sez. III, n. 5770/2021).

In definitiva i provvedimenti impugnati hanno in modo logico ed argomentato stigmatizzato la condizione dell'impresa quale impresa soggetta a rischio di infiltrazione, secondo il criterio del più probabile che non, valido in materia di prevenzione antimafia; ad essere ancora più concreti la storia personale e imprenditoriale degli attuali componenti del CdA evidenzia come gli stessi già si siano resi disponibili ad agevolare la sottrazione di una impresa a potenziali provvedimenti dell'autorità giudiziaria in materia di criminalità organizzata ed abbiano intrattenuto rapporti commerciali con imprese appartenenti ad acclarati esponenti della criminalità organizzata di cui, solo avallando una lettura naif della realtà, si può immaginare di sostenere che, pur a fronte della loro storia personale, ignorassero identità e caratura criminale.

MILITARI

Sez. III, 2 marzo 2024, n. 219 – Pres. Perna Est. Lico

Art. 53, COMMA 3, D.LGS. N. 151 DEL 2001 - ESONERO LAVORO NOTTURNO

Ritiene il Collegio che debba essere condiviso e ribadito l'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui "l'interpretazione fornita dall'amministrazione intimata nel richiedere che l'handicap del disabile presenti connotazione di gravità finisce con attribuire una valenza additiva alla normativa in esame introducendo surrettiziamente un requisito non richiesto peraltro in una materia, come quella della tutela dei diritti dei disabili coperta da garanzie costituzionali, che non tollera elisioni nell'ambito della tutela garantita dal legislatore se non nell'ambito di quanto esplicitamente tipizzato" (cfr. TAR Campania, Napoli, VI, 1.2.2019 n. 540, richiamata, in motivazione, da T.A.R. Marche, sez. I, 9.4.2019, n.199).

In applicazione di tali principi al caso di specie, deve rilevarsi come il provvedimento impugnato sia illegittimo nella parte in cui nega la sussistenza delle condizioni per l'esonero dal lavoro notturno sulla base della considerazione per cui il coniuge del ricorrente non versa in una situazione di invalidità "grave" a norma del comma 3 dell'art. 33 della L. n. 104 citata, la quale sola, nella ricostruzione dell'amministrazione, può determinare la spettanza del beneficio. Diversamente, alla luce dell'orientamento della giurisprudenza sopra menzionato, deve ritenersi che la legge non consenta una distinzione tra le due tipologie di invalidità ai fini della valutazione di spettanza dell'esonero.

Sez. III, 5 marzo 2024, n. 232 – Pres. Perna Est. Perilongo

PROVVEDIMENTO DISCIPLINARE – SANZIONE PER UNA FRASE CONTENUTA IN UNA MEMORIA DIFENSIVA – ART. 589 C.P.

L'art. 598, co. 1 c.p. esclude la punibilità di frasi ingiuriose pronunciate a voce o per iscritto in sede giudiziale o procedimentale, ed è posta a tutela del diritto dell'individuo a difendersi dinanzi all'Autorità pubblica. Di tutta evidenza, essa costituisce espressione di valori fondamentali per il nostro ordinamento, aventi dignità costituzionale (art. 24 Cost.) e sovranazionale (art. 6 Convenzione EDU e artt. 47, co. 2 e 48, co. 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea).

Per condivisibile – ancorché non incontrovertibile – opinione di giurisprudenza e dottrina, la norma configura sul piano dogmatico una scriminante (non già una scusante o una causa di esclusione della punibilità in senso stretto), dunque elide l'antigiuridicità del fatto (contra Cass. Pen., Sez. V, 07/02/2023 n. 29322; Id. Sez. V, 07/03/2017, n. 14542). In quanto tale, la norma esclude il rapporto di contraddizione tra la condotta e l'ordinamento giuridico nel suo complesso. «Il fondamento della liceità del fatto va individuato nella prevalenza dell'interesse attuabile mediante l'esercizio del diritto rispetto all'interesse tutelato dalla norma penale incriminatrice. In generale, il fatto scriminato è lecito per l'intero ordinamento giuridico e trova il proprio fondamento logico-giuridico nel principio di non contraddizione per cui lo stesso ordinamento non può consentire ed a un tempo vietare il medesimo fatto senza rinnegare se stesso» (così, con riferimento all'art. 598 c.p., Cass. Civ., Sez. III, 19/02/2014, n. 3973; cfr. anche Cass. Civ., Sez. III, 03/03/2010, n. 5062).

Secondo tale interpretazione, la norma assume portata generale e conseguentemente esclude che il fatto, ancorché lesivo dell'altrui sfera giuridica, possa ricevere sanzione in sede (anche) extra-penale. Quanto ai presupposti applicativi, la scriminante si applica al ricorrere di due distinti ma correlati presupposti, ossia l'inerenza dell'espressione ingiuriosa all'oggetto del procedimento e la funzionalità di essa all'esercizio del diritto di difesa del dichiarante. Le offese contenute in scritti presentati o discorsi pronunciati dalle parti o dai loro difensori in procedimenti innanzi all'Autorità giudiziaria od amministrativa sono cioè scriminate nella misura in cui le espressioni offensive riguardano, in modo diretto ed immediato, l'oggetto della controversia ed abbiano rilevanza

funzionale nel sostenere la tesi prospettata o comunque nell'accoglimento della domanda proposta, quand'anche esse non siano necessarie e riguardino passaggi non decisivi dell'argomentazione (cfr. ex multis Cass. Pen, Sez. V, 26/03/2019, n. 21749).

PUBBLICO IMPIEGO

Sez. III, 8 gennaio 2024, n. 8 – Pres. Perna Est. Lico

CONCORSO – COMMISSIONE DI ESAME – COMPETENZA MEMBRI

In tema di composizione delle commissioni di concorso, va condiviso l'orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui il requisito della competenza dei membri della Commissione di esame "va verificato con riferimento alla Commissione nel suo complesso, e non a ciascuna specifica materia oggetto del concorso: infatti, intuitive esigenze di speditezza e semplificazione dell'azione amministrativa postulano che il requisito di "esperto" proprio di ciascun commissario sia valutato con una certa ragionevolezza, ad evitare che una interpretazione troppo rigorosa della qualifica di esperto in ciascuna delle materie d'esame (per titoli di studio, riconoscimenti scientifici, esperienza professionale etc.) comporti un intollerabile aggravamento del procedimento selettivo già nella fase della formazione dell'organo tecnico chiamato a operare le valutazioni sui titoli e le prove d'esame dei candidati" (Cons. Stato, Sez. IV, n. 5137 del 2015, richiamata anche da T.A.R. Lazio, Sez. II, 22.3.2023, n. 5017).

Inoltre, in relazione ad una procedura di reclutamento nel cui bando si prevedeva la possibilità di nominare specifici membri della commissione in relazione all'accertamento delle competenze linguistiche la condivisibile giurisprudenza amministrativa ha ritenuto (con affermazioni estensibili al caso di specie per identità di ratio) che una simile previsione "va infatti interpretata nel senso che, ove nominati, detti esperti non integrano comunque la commissione quale collegio perfetto, ma rimangono pur sempre membri esterni ad essa (Tar Lazio, sezione II, sentenza n. 6994 del 2021), limitandosi a coadiuvare l'organo collegiale, mettendo a disposizione le proprie conoscenze quando occorrenti, senza però assumerne anche la veste di componente" (T.A.R. Lazio, sez. III, 5.8.2021, n. 9284; T.A.R. Lazio, sez. III, 4.8.2021, n. 9256).

PROCURA ALLE LITI

L'art. 8, comma 3, lett. b del D.P.C.S. n. 134 del 2020, nel dettare le regole tecniche attuative del c.d. processo amministrativo telematico, prevede che "La procura alle liti si considera apposta in calce all'atto cui si riferisce: (...) b) quando è rilasciata su foglio separato del quale è estratta copia informatica, anche per immagine, depositato con modalità telematiche unitamente all'atto a cui si riferisce".

Nel caso di specie la procura, pur rilasciata su supporto analogico, è stata allegata al ricorso sotto forma di copia informatica "digitalmente" congiunta all'atto introduttivo notificato, mediante inclusione della stessa all'interno della "busta telematica" notificata tramite PEC, conformemente alle disposizioni di carattere tecnico di cui alla disciplina del processo amministrativo telematico.

Tale modalità di congiunzione della procura all'atto a cui la stessa si riferisce, pur in assenza di espressa indicazione nel corpo della procura al presente giudizio, deve dunque ritenersi, secondo la disciplina applicabile in materia di processo telematico, idonea a far ritenere speciale la procura, in quanto riferibile alla specifica controversia di cui è causa.

Inoltre, la procura deve ritenersi regolarmente conferita in quanto sottoscritta sia su formato analogico dalla parte personalmente e dai difensori, sia su formato digitale dal difensore mediante firma digitale.

Sez. III, 19 febbraio 2024, n. 165– Pres. Perna Est. Lico

SOSPENSIONE CAUTELARE – SOSPENSIONE PER EFFETTO DI CONDANNE PENALI

L'art. 91 del D.P.R. n. 3 del 1957 la norma prevede l'istituto della sospensione cautelare c.d. obbligatoria, la quale è finalizzata a salvaguardare gli interessi all'immagine e al buon andamento dell'amministrazione di provenienza del dipendente in pendenza di un procedimento penale per reati di particolare gravità per cui lo stesso risulti imputato. Tale sospensione risulta funzionalmente distinta dalla sospensione che può essere disposta nei confronti del dipendente (al sussistere di tutte le condizioni previste dalla disciplina specificamente applicabile alle singole amministrazioni di appartenenza) all'esito di un autonomo e distinto procedimento di natura disciplinare.

La sospensione di cui all'art. 91 citato, infatti, ha natura essenzialmente cautelare e preventiva ed è funzionale, tra l'altro, a consentire all'amministrazione l'attivazione di un procedimento disciplinare nei confronti del dipendente ponendola al riparo dal rischio che la presenza e operatività dello stesso al proprio interno possa consentire la commissione di ulteriori reati o, comunque, arrecare pregiudizio ad interessi di rilievo pubblicistico. Va esclusa, dunque, qualsiasi connotazione sanzionatoria dell'istituto in esame.

Ciò posto, a seconda dell'esito del procedimento penale possono verificarsi due eventualità.

Per il caso in cui il procedimento penale non si concluda con una statuizione di condanna, l'art. 97 prevede che "quando la sospensione cautelare sia stata disposta in dipendenza del procedimento penale e questo si concluda con sentenza di proscioglimento o di assoluzione passata in giudicato perché il fatto non sussiste o perché l'impiegato non lo ha commesso, la sospensione è revocata e l'impiegato ha diritto a tutti gli assegni non percepiti, escluse le indennità per servizi e funzioni di carattere speciale o per prestazioni di lavoro straordinario e salva deduzione dell'assegno alimentare eventualmente corrisposto.

Se il procedimento penale si conclude con sentenza di proscioglimento o di assoluzione passata in giudicato per motivi diversi da quelli contemplati nel comma precedente, la sospensione può essere mantenuta qualora nei termini previsti dal successivo comma venga iniziato a carico dell'impiegato procedimento disciplinare.

Il procedimento disciplinare deve avere inizio, con la contestazione degli addebiti, entro 180 giorni dalla data in cui è divenuta irrevocabile la sentenza definitiva di proscioglimento od entro 40 giorni dalla data in cui l'impiegato abbia notificato all'amministrazione la sentenza stessa.

La sospensione cessa se la contestazione degli addebiti non ha luogo entro il detto termine ed il procedimento disciplinare, per i fatti che formarono oggetto del procedimento penale, non può più essere iniziato. In tal caso l'impiegato ha diritto agli assegni previsti nel primo comma. Qualora il procedimento disciplinare sia stato sospeso a seguito di denuncia all'autorità giudiziaria, la scadenza del termine predetto estingue altresì il procedimento disciplinare che non può più essere rinnovato".

In relazione a tale ipotesi vengono, dunque, previsti dei termini perentori entro i quali l'amministrazione deve attivare il procedimento disciplinare nei confronti del dipendente al fine di consentire al provvedimento di sospensione cautelare di produrre effetti senza soluzione di continuità, instaurando un evidente collegamento tra la sospensione e l'eventuale svolgimento del procedimento finalizzato all'adozione della sanzione disciplinare.

Per l'eventualità in cui il procedimento penale si concluda con sentenza di condanna, l'art. 98 prevede che "l'impiegato condannato a pena detentiva con sentenza passata in giudicato, qualora non venga destituito, è sospeso dalla qualifica fino a che non abbia scontato la pena".

La norma, dunque, di applicazione residuale, è destinata ad operare nei casi in cui l'amministrazione non adotti un procedimento disciplinare di destituzione del dipendente, prevedendo in ogni caso che lo stesso non possa continuare a svolgere le proprie mansioni all'interno dell'amministrazione finché non abbia scontato la pena (Nel caso di specie, non sussistano i presupposti per l'adozione del provvedimento di sospensione ex art. 91 oggetto di impugnazione. Rileva ai fini della decisione la circostanza per cui la ricorrente risulta essere già stata destinataria di un provvedimento disciplinare in relazione agli stessi fatti per i quali, successivamente, è stata cautelatamente sospesa.

A fronte dell'adozione di un provvedimento disciplinare sui medesimi fatti di cui alla sentenza l'amministrazione non possa nuovamente attivare lo strumento della sospensione cautelare (questa volta del tipo obbligatorio ex art. 91), il quale deve pur sempre trovare giustificazione funzionale nel successivo esercizio del potere disciplinare, presupposto che nel caso di specie non sussiste (né tale esercizio viene prospettato dall'amministrazione resistente) atteso che i medesimi fatti risultano essere già stati sanzionati. Il provvedimento, pertanto, sganciato dalla possibilità di attivare un nuovo procedimento disciplinare (quantomeno alla luce delle circostanze emerse nel presente giudizio), verrebbe ad assumere una funzione sanzionatoria, perdendo i connotati meramente cautelari che il sistema normativo gli attribuisce).

QUOTE LATTE

Sez. III, 4 marzo 2024, n. 229 – Pres. Perna Est. Cappadonia

RAPPORTO FRA ATTO IMPOSITIVO E INTIMAZIONE DI PAGAMENTO – ILLEGITTIMITÀ DERIVATA

Dall'annullamento degli atti impositivi presupposti deriva la caducazione a cascata di tutti gli atti successivi, meramente esecutivi ed attuativi della pretesa creditoria e, in particolare, delle intimazioni di pagamento, quali atti strettamente consequenziali ai prelievi annullati. Con l'annullamento degli atti di Agea impositivi del prelievo è venuto meno il fondamento dell'obbligazione pecuniaria che le intimazioni Ader impugnate miravano a riscuotere. Come, infatti, già affermato in giurisprudenza, nel contenzioso di natura tributaria, "è pacifico che, in tema di riscossione dei tributi, l'iscrizione a ruolo e la cartella di pagamento divengono illegittime a seguito della sentenza che, accogliendo il ricorso proposto dal contribuente, annulla l'atto impositivo da esse presupposto, poiché tale pronuncia fa venir meno, indipendentemente dal suo passaggio in giudicato, il titolo sul quale si fonda la pretesa tributaria, privandola del supporto dell'atto amministrativo che la legittima ed escludendo, quindi, che essa possa formare ulteriormente oggetto di alcuna forma di riscossione provvisoria" (cfr., ex multis, Cass. civ., Sez. trib., 6 giugno 2022, n. 18003). "Ora, nel caso di specie, poiché l'atto di prelievo è stato annullato con sentenza Cons. Stato ... (e poiché esso costituiva unico presupposto degli atti «a valle»), i soggetti preposti alla riscossione non potevano, per quella annualità, emettere l'impugnata intimazione di pagamento. Ciò al di là della intervenuta impugnazione o meno della cartella di pagamento che si fosse frapposta tra l'atto di imputazione del prelievo e l'intimazione di pagamento. Qui la questione non è ... data tanto dal regime dell'atto c.d. anticomunitario (ossia se esso sia nullo o annullabile), quanto dagli effetti del nesso di presupposizione tra atto «impositivo» a monte e atti, «esecutivi», a valle. In tema di riscossione dei tributi (la cui disciplina è applicabile alle c.d. "quote latte" giusta art. 1, comma 525, L. n. 228 del 2012 e rinvio ivi contenuto al D.P.R. n. 602 del 1973), l'iscrizione a ruolo e la cartella di pagamento divengono illegittime a seguito della sentenza che, accogliendo il ricorso proposto dal contribuente, annulla l'atto impositivo da esse presupposto, poiché tale pronuncia fa venir meno, indipendentemente dal suo passaggio in giudicato, il titolo sul quale si fonda la pretesa tributaria, privandola del supporto dell'atto amministrativo che la legittima ed escludendo quindi che essa possa formare ulteriormente oggetto di alcuna forma di riscossione. (...) Venuto meno il titolo originario ... la riscossione costituirebbe un indebito oggettivo" (Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2024, n. 644, che ha confermato la sentenza del T.A.R. Piemonte, Sez. II, 27 ottobre 2022, n. 909; cfr. altresì Cons. Stato, Sez. VI, 12 gennaio 2024, n. 394).

RIFIUTI

Sez. III, 2 febbraio 2024, n. 110 – Pres. Perna Est. Perilongo

ORDINANZA DI SMALTIMENTO RIFIUTI – RAPPORTI FRA RICORSO GERARCHICO E RICORSO GIUDIZIALE

La censura (relativa alla mancata indicazione del fondamento normativo della determinazione amministrativa impugnata e l'impossibilità di evincerne i reali presupposti di fatto e diritto) non formulata in sede gerarchica non può essere proposta per la prima volta in sede giudiziale all'esito dell'infruttuoso decorso del termine di cui all'art. 6 d.p.r. 1199/1971. Per granitico orientamento giurisprudenziale, infatti, sono inammissibili i motivi del ricorso giurisdizionale che non siano stati originariamente proposti in sede gerarchica, a meno che il termine a ricorrere contro l'originario provvedimento impugnato non sia ancora decorso, e ciò al fine di evitare che la mancata impugnativa di un atto asseritamente illegittimo attraverso il rimedio giustiziale e la sua successiva impugnativa (per saltum) con il rimedio giurisdizionale possa costituire la via attraverso la quale eludere l'onere di impugnare tempestivamente l'atto nell'ordinario termine decadenziale (cfr. per tutti Cons. Stato, Sez. III, 18/09/2023, n. 8419).

Il mancato richiamo alla disposizione citata non impedisce dunque la ricostruzione del parametro normativo di riferimento né ostacola la comprensione del contenuto sostanziale del provvedimento. L'Amministrazione si era determinata a provvedere in via di urgenza («l'intervento di smaltimento oggettivamente non è più procrastinabile»), al dichiarato fine di «rimuovere le condizioni di pericolo di inquinamento collegato alla presenza delle macerie», con ciò rendendo palese come il fondamento normativo del provvedimento fosse l'art. 50, co. 4 e 5 del TUEL («4. Il sindaco esercita altresì le altre funzioni attribuitegli quale autorità locale nelle materie previste da specifiche disposizioni di legge. 5. In particolare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Le medesime ordinanze sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale, in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza, ivi compresa la costituzione di centri e organismi di riferimento o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali»).

SANITA'

Sez. I, 18 gennaio 2024, n. 30 – Pres. Prospero Est. Malanetto

D.G.R. 3 AGOSTO 2018 N. 116-7442 PUBBLICATA SUL BUR DEL 20 SETTEMBRE 2018 INTITOLATA "DISPOSIZIONI PER L'AVVIO DELLA SPERIMENTAZIONE INERENTE PROGETTI TERAPEUTICI INDIVIDUALI DI DOMICILIARITÀ E SOSTEGNO TERRITORIALE INTEGRATO PER I PAZIENTI PSICHIATICI" - STRUTTURE RESIDENZIALI PSICHIATRICHE EXTRAOSPEDALIERE – INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA IN MATERIA SANITARIA

Il modello della domiciliarità psichiatrica, come disegnato nelle delibere impugnate, non contempla affatto l'esclusione dei privati dall'offerta di servizi psichiatrici domiciliari, tanto è vero che le ASL stanno procedendo proprio con bandi ed accordi quadro indirizzati ai privati; si tratta, per contro,

di un modello, almeno nelle intenzioni, certamente alternativo nelle sue linee organizzative alla residenzialità, che quindi fisiologicamente potrebbe intercettare una offerta di privati diversi da quelli che già gestiscono la residenzialità.

È tuttavia evidente che non garantire ai gestori di strutture di residenzialità psichiatrica una sorta di oligopolio sul trattamento privato delle patologie psichiatriche (oligopolio che è l'esatto opposto della concorrenza e tutela delle libere iniziativa economica privata invocate in ricorso) non equivale certo ad escludere i privati dalla gestione ma se mai ad aprirla a più soggetti.

Il Piano d'azione per la salute mentale in Piemonte, approvato nel 2019 e qui impugnato (al quale, come detto, la delibera del 2018 è strumentalmente legata con finalità istruttorie), si ispira a modelli ed indicazioni dettati dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (Piano d'azione per la salute mentale 2013-2020 nel quale la OMS ha inserito l'obiettivo della creazione di servizi di salute mentale che includano l'assistenza a domicilio e riabilitazione nella comunità di appartenenza) che orientano ad una maggiore individualizzazione delle cure psichiatriche ed all'implementazione di modelli di "empowerment" del paziente, che ne valorizzino e sviluppino le capacità individuali; in specifico si è posto l'accento sul nesso tra prevenzione e promozione della salute mentale che tiene conto dalla presenza di soggetti specificamente a rischio per fragilità intrinseche di condizione personale o familiare, auspicando la presentazione di progetti innovativi (per tali intendendosi sia quelli che prevedono l'offerta di nuovi servizi prima non esistenti sia la possibilità di rivolgere servizi e interventi già esistenti ad una più vasta platea di beneficiari), l'integrazione dei progetti con quelli già esistenti sul territorio e la sostenibilità dei progetti nel tempo. Proprio per garantire approcci più individualizzati ed integrati sul territorio si auspica di coordinare i servizi di sanità mentale con i servizi sociali, quelli per l'impiego, le agenzie formative e stimolare l'autodeterminazione di pazienti e famiglie, pur nella garanzia, per l'urgenza, di forme di assistenza h. 24 e 7 giorni su 7; si pone quindi ulteriormente l'accento sulla previsione, nell'ambito dei LEA, di percorsi assistenziali integrati che non sbilancino l'assistenza sul piano farmacologico e garantiscano un coordinamento con le varie strutture territoriali, il tutto attraverso prese in carico anche precoci e coinvolgimento di modelli a rete al cui centro si colloca appunto la domiciliarità (cfr. doc. 1 Fenascoop depositato in data 2.4.2019).

[...] Si aggiunga che, coerentemente a quanto previsto dalla Regione Piemonte, gli artt. 21 e 22 del D.P.C.M. 12.1.2017 in tema di LEA prevedono per la salute mentale, distinguendoli espressamente, percorsi assistenziali domiciliari, territoriali e semi-residenziali, tra l'altro esprimendo anche (art. 21 u.c.) un favor per la domiciliarità.

Alla luce di questo contesto disegnato dal Piano Sanitario regionale in coerenza con la normativa superiore e qui impugnato, la delibera 20-6577 del 2023 contestata con gli ultimi motivi aggiunti, ad adottata in esecuzione del mandato esplicitamente formulato in sede di Piano Regionale alla Giunta per l'implementazione del modello, ha preso atto dei risultati della sperimentazione partita nel 2018 e della scelta di costruire un sistema, parallelo a quello della residenzialità, che segua il diverso modello della domiciliarità e che auspicabilmente contribuisca anche a ridurre il numero di soggetti che, come evidenziato sempre nel piano sanitario, sono allo stato pacificamente esclusi da ogni forma assistenziale.

Gli atti regionali hanno poi preso atto del dato di comune esperienza per il quale spesso un soggetto fragile non ha agevolmente accesso ad una abitazione, sicché la modalità di assistenza domiciliare, per non essere preclusa ai meno abbienti, passa anche attraverso l'offerta di una soluzione abitativa ove tuttavia "la disponibilità dell'abitazione venga formalizzata con uno specifico accordo con la persona fruitrice che le conferisca titolo ad utilizzarla". In sostanza nella logica della domiciliarità è il paziente e non la struttura che ha titolo sull'immobile, il che potrebbe tradursi, in pratica ad esempio, in una possibilità di sindacato del titolare sulla coabitazione con altri soggetti che non è certo contemplato nella residenzialità

Fermo restando che l'obiettivo della domiciliarità è appunto e proprio, pur a fronte di bisogni simili che per altro restano – dai dati regionali - spesso allo stato del tutto privi di protezione, di differenziare ed individualizzare la risposta assistenziale, è evidente come non sia il numero degli

ospiti a qualificare la domiciliarità; fermo restando che il numero di 4 è un numero massimo (pacificamente la logica domiciliare non può trascendere in residenze comuni di ampie dimensioni), il modello disegnato, che le ricorrenti vorrebbero integralmente inficiato, ad esempio e certamente, copre la situazione di soggetti singoli che hanno una abitazione e singolarmente potranno essere inseriti nei progetti; al di là poi del (pur ristretto) numero di coinquilini l'aspetto del sistema che pare al Collegio qualificante è dato dalla circostanza che la casa viene individuata come domicilio volto, come nella regolare vita sociale, ad essere la base per una integrazione familiare o esterna nelle realtà formative, di lavoro e sociali offerte dal territorio, il tutto evidentemente con una logica opposta a quella della residenza, che appunto nell'ambito della residenza tende a fornire assistenza. Il modello disegnato non pare quindi tacciabile ex se di elusione, per altro essendo ben chiaro in tutte le pertinenti fonti sovraordinate (OMS, D.P.C.M. in tema di LEA) che la domiciliarità intende stimolare un approccio individualizzato e risocializzante diverso come logica dalla residenzialità e come tale il modello viene effettivamente descritto negli atti impugnati.

Resta evidente che non possono escludersi a priori applicazioni elusive, là dove in ipotesi il progetto si limitasse a proporre una abitazione e cure residenziali, senza alcun tipo di sforzo risocializzante esterno o familiare; si tratterebbe tuttavia di un possibile vizio di singoli atti applicativi, che non sarebbe coerente con il modello descritto negli atti qui impugnati, la cui finalità di garantire o mantenere una integrazione con la famiglia ed il territorio appare chiara.

SERVIZI PUBBLICI

Sez. I, 27 febbraio 2024, n. 205 – Pres. Prospero Est. Pavia

TELECOMUNICAZIONI –INSTALLAZIONE DI INFRASTRUTTURE PER IMPIANTI RADIOELETTRICI - PIANO DI LOCALIZZAZIONE DEGLI IMPIANTI DI TELEFONIA MOBILE

Ai sensi dell'articolo 8 della legge 22 febbraio 2001 n. 36 «I comuni possono adottare un regolamento nel rispetto delle vigenti disposizioni di legge e, in particolare, degli articoli 43, 44, 45, 46, 47 e 48 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici con riferimento a siti sensibili individuati in modo specifico, con esclusione della possibilità di introdurre limitazioni alla localizzazione in aree generalizzate del territorio di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche di qualsiasi tipologia e, in ogni caso, di incidere, anche in via indiretta o mediante provvedimenti contingibili e urgenti, sui limiti di esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, sui valori di attenzione e sugli obiettivi di qualità, riservati allo Stato ai sensi dell'articolo 4».

Sul punto, la giurisprudenza ha avuto modo di precisare che «in sede di adozione dei regolamenti finalizzati al corretto insediamento urbanistico e territoriale delle stazioni radio base per telefonia mobile, i Comuni non possono introdurre prescrizioni di divieto generalizzate e indeterminate, in tal modo introducendo una sostanziale limitazione alla localizzazione in aree generalizzate del territorio, e tale interpretazione è stata confermata dalla recente modifica dell'art. 8 l. n. 36/2001. Tuttavia, ciò non comporta un incondizionato diritto alla collocazione di impianti che soddisfano un interesse pubblico in qualunque area. Deve quindi ritenersi consentito ai Comuni, nell'esercizio dei loro poteri di pianificazione territoriale, di raccordare le esigenze urbanistiche con quelle di minimizzazione dell'impatto elettromagnetico, ai sensi dell'ultimo inciso del comma 6 dell'art. 8 l. n. 36/2001, prevedendo con regolamento anche limiti di carattere generale all'installazione degli impianti, purché sia comunque garantita una localizzazione alternativa degli stessi, in modo da rendere possibile la copertura di rete del territorio nazionale» (ex multis T.A.R. Umbria, sez. I, 20 aprile 2023, n. 206). Detto altrimenti, i Comuni possono disciplinare il corretto insediamento

urbanistico e territoriale degli impianti di telecomunicazione, anche per minimizzare l'esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici, individuando i siti in cui ne è vietata l'installazione, purché tale potere non si sostanzi in divieti generalizzati in intere zone urbanistiche e individui una possibile localizzazione alternativa degli impianti (ex multis Consiglio di Stato, Sez. VI, 19 ottobre 2022 n. 8894 e 3 giugno 2019 n. 3679).

Sul punto, è, inoltre il caso di rammentare che le scelte di pianificazione urbanistica costituiscono esercizio di ampia discrezionalità dell'Amministrazione e, come tali, sono censurabili, oltre che per violazione di legge, solo per manifesta illogicità e/o irragionevolezza ovvero insufficienza della motivazione (nei sensi precisati dalla giurisprudenza), onde evitare un indebito sconfinamento nel c.d. merito amministrativo (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 10 luglio 2020, n. 4467).

Alla luce di quanto esposto, la subordinazione dell'autorizzazione a installare una nuova struttura alla previa verifica della non idoneità di quelle preesistenti è del tutto legittima in quanto non limita in alcun modo l'installazione di nuovi impianti ma si limita a subordinarne la realizzazione alla previa verifica di idoneità di quelle preesistenti.

SICUREZZA PUBBLICA

Sez. I, 18 gennaio 2024, n. 32 – Pres. Prospero Est. Malanetto

DASPO – OBBLIGO DI FIRMA – GIURISDIZIONE

Deve confermarsi che, con specifico riferimento all'obbligo di firma, per altro risultante già convalidato dal GIP, sussiste giurisdizione del giudice ordinario come anche recentemente ribadito da Cass. sez. III 16.10.2023 n. 41899, stante la riserva di giurisdizione del giudice ordinario in materia di libertà personale; d'altro canto l'art. 6 co. 4 della l. n. 401/1989 prevede espressamente che contro il provvedimento di convalida è dato all'interessato il ricorso per Cassazione; non è quindi dato questa sede sindacare contenuti e limiti dell'obbligo di firma né sussistono i presupposti per una traslatio iudicii avendo in verità il giudice penale, la cui azione non presuppone sempre l'impulso di parte privata, già convalidato l'atto, così esercitando la giurisdizione in materia e facendo decorre per l'interessato i termini per una eventuale impugnativa.

Per altro non può non osservarsi che nel concreto l'obbligo di firma inserito nell'atto qui impugnato non ha alcun contenuto indeterminato, essendo stato puntualmente ancorato alle partite di una specifica squadra.

Quanto alla parte di provvedimento che si limita ad interdire l'accesso a manifestazioni sportive in nome ed a garanzia dell'ordine pubblico, il provvedimento appare puntualmente motivato con riferimento a due specifici episodi analiticamente descritti e per altro anche ripresi dalle telecamere di sorveglianza; sugli episodi in sé non vi è di fatto contestazione.

L'analisi in chiave penalistica delle condotte non appare pertinente in quanto si tratta, nel caso di specie, non di sancire una condanna ma semplicemente di valutare se il comportamento descritto sia ascrivibile, in una meno rigorosa ottica di salvaguardia dell'ordine pubblico, alla partecipazione ad episodi di violenza su persone o cose o anche solo a forme di incitamento o induzione alla violenza.

Il Collegio ritiene che sia effettivamente apprezzabile la sola doglianza di genericità del divieto nella parte in cui preclude l'accesso ai luoghi in cui si svolgono "anche altre competizioni sportive professionistiche" che sembra effettivamente produrre effetti potenzialmente molto vasti e difficilmente determinabili data la vastità del mondo dello sport.

Sez. III, 22 gennaio 2024, n. 60 – Pres. Perna Est. Cappadonia

GUARDIA PARTICOLARE GIURATA – NOMINA – REQUISITO BUONA CONDOTTA EX ART. 138 T.U.L.P.

La giurisprudenza ha rilevato che i requisiti soggettivi prescritti dall'art. 138, comma 1, T.U.L.P.S., ai fini del rilascio del decreto di nomina di guardia giurata particolare, "sono più stringenti di quelli richiesti per il rilascio della licenza di portare armi, attesa la delicatezza delle mansioni svolte dalle guardie giurate. (...) Ciò in quanto nella valutazione dei requisiti per il rilascio del decreto di nomina in esame si richiede un accertamento, più stringente, che vada oltre i giudizi di affidabilità e di non pericolosità formulati nel corso dell'istruttoria per il rilascio della licenza di porto d'armi, imponendosi anche la verifica della condotta del richiedente, che deve essere improntata al massimo rispetto della legalità (ex multis, Cons. St., sez. III, 21 novembre 2022, n. 10258)" (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, 18 settembre 2023, n. 603; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 20 novembre 2023, n. 3426). Specificamente, le guardie particolari devono essere persone di buona condotta (cfr. art. 138, comma 1, T.U.L.P.S. in seguito alla sentenza della Corte costituzionale n. 311/1996), ossia irreprensibili e immuni da censure.

Il giudizio di buona condotta implica non solo l'accertamento dell'assenza di condanne, ma involge anche la valutazione della personalità dell'interessato, dei suoi comportamenti, della sua condotta nonché l'ambiente sociale e familiare in cui concretamente si esplica la sua vita di relazione: il titolare della licenza, infatti, deve essere persona assolutamente esente da emende o da indizi negativi.

Nella valutazione di tale requisito l'autorità di pubblica sicurezza dispone di un ampio potere di apprezzamento discrezionale, in funzione della pericolosità dell'attività soggetta ad autorizzazione e della delicatezza degli interessi pubblici coinvolti; tale potere può essere censurato solo se risultano vizi di irrazionalità ed incoerenza (Cons. Stato, Sez. III, 27 marzo 2018, n. 1905; Cons. giust. amm. Sicilia, 13 agosto 2021, n. 786; Cons. Stato, Sez. III, 13 febbraio 2023, n. 1528).

Ai sensi degli artt. 11, 43 e 138 del T.U.L.P.S., l'amministrazione può legittimamente fondare il giudizio di "non affidabilità", valorizzando il verificarsi di situazioni non ascrivibili alla "buona condotta" dell'interessato, non rendendosi indispensabile al riguardo né un giudizio di pericolosità sociale del soggetto istante, né un comprovato pregresso abuso nell'utilizzo delle armi (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2018, n. 4215; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 29 settembre 2021, n. 1403).

Sez. I, 30 gennaio 2024, n. 96 – Pres. Prospero Est. Malanetto

ISTANZA DI ISCRIZIONE NELL'ELENCO DEL PERSONALE ADDETTO AI SERVIZI DI CONTROLLO, INTRATTENIMENTO E SPETTACOLO – DINIEGO

L'iscrizione nell'elenco del personale addetto ai servizi di controllo, intrattenimento e spettacolo presuppone la verifica di una serie di requisiti tra cui la mancanza di denunce penali e la buona condotta; scorrendo la motivazione del provvedimento impugnato se ne ricava che la ragione di diniego di iscrizione è stata individuata nella carenza del requisito di buona condotta.

Pare al Collegio evidente che una pendenza penale archiviata non possa certamente essere considerata ostativa alla prosecuzione di una attività lavorativa se si considera che, a procedimento archiviato, nessun ulteriore accertamento sui fatti verrà posto in essere dall'autorità giudiziaria; ritenere ostativa la mera denuncia poi ritirata con conseguente archiviazione significherebbe esporre le sorti lavorative dell'interessato alla mercé di chiunque si limitasse a presentare una querela, per quanto infondata, salvo immediatamente rimetterla e ciò non di meno pregiudicare la posizione del denunciato.

SILENZIO

Sez. II, 8 febbraio 2024, n. 129 – Pres. Bellucci Est. Costa

PROGETTO PER LA REALIZZAZIONE DI UN IMPIANTO AGRIVOLTAICO
RICOMPRESO NEL PNRR – VALUTAZIONE DI IMPATTO AMBIENTALE – ART. 25
D.LGS. 152/2006 TERMINE CONCLUSIONE PROCEDIMENTO

Il Collegio osserva che, per costante orientamento, il rimedio processuale del ricorso contra silentium è diretto ad accertare la violazione da parte dell'Amministrazione dell'obbligo di provvedere su un'istanza del privato; l'esperibilità dell'azione, pertanto, è condizionata al riscontro di un perdurante e antidoveroso contegno inerte da parte del soggetto pubblico, senza che venga ulteriormente in rilievo il contenuto discrezionale o meno del provvedimento richiesto (ex multis, Cons. Stato, IV, 3.3.2020, n. 1559; Cons. Stato, IV, 24.12.2019, n. 8810).

Nel caso di specie, la Società ricorrente ha correttamente individuato il fondamento normativo dell'obbligo di pronunciarsi con un provvedimento espresso da parte del MASE.

In particolare, oltre al richiamato art. 2 della legge sul procedimento amministrativo, la normativa ambientale, all'art. 25 d.lgs. 152/2006, stabilisce i termini di conclusione del procedimento di VIA, dettando speciali prescrizioni per "i progetti di cui all'articolo 8, comma 2-bis", ovvero i "progetti compresi nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), di quelli finanziati a valere sul fondo complementare nonché dei progetti attuativi del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima, individuati nell'allegato I-bis al presente decreto (...)", categoria cui appartiene il progetto in parola, quantomeno in base alla dichiarazione in tal senso espressa dal proponente in sede di istanza (doc. 1 ricorrente, pag. 2, con valorizzazione del campo atto a contrassegnare l'intervento come ricompreso "tra quelli ricompresi nel Piano Nazionale Integrato Energia e Clima (PNIEC), nella tipologia elencata nell'Allegato I-bis alla Parte Seconda del D.Lgs.152/2006, al punto 1.2.1 denominata "Generazione energia elettrica impianti fotovoltaici" ed anche nella tipologia elencata nell'Allegato II oppure nell'Allegato II-bis, sopra dichiarata").

Al progetto come sopra classificato devono pertanto ritenersi applicabili i termini di cui all'art. 25, comma 2 bis D. Lgs 152/2006: "(...) Per i progetti di cui all'articolo 8, comma 2-bis, la Commissione di cui al medesimo comma 2-bis si esprime entro il termine di trenta giorni dalla conclusione della fase di consultazione di cui all'articolo 24 e comunque entro il termine di centotrenta giorni dalla data di pubblicazione della documentazione di cui all'articolo 23 predisponendo lo schema di provvedimento di VIA. Nei successivi trenta giorni, il direttore generale del Ministero della transizione ecologica adotta il provvedimento di VIA, previa acquisizione del concerto del competente direttore generale del Ministero della cultura entro il termine di venti giorni. Nel caso di consultazioni transfrontaliere il provvedimento di VIA è adottato entro il termine di cui all'articolo 32, comma 5-bis".

Lo spirare del termine perentorio di conclusione del procedimento, nonché la perdurante inerzia amministrativa, protratta anche successivamente al sollecito inviato dalla parte istante, conducono al positivo accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione responsabile del rilascio del provvedimento di VIA richiesto.

STRANIERI

Sez. I, 17 gennaio 2024, n. 26 – Pres. Prosperi Est. Pavia

D.M. 27 MAGGIO 2020 NUMERO 137 - PROCEDURA DI EMERSIONE – REDDITO DATORE DI LAVORO

La capacità reddituale del datore di lavoro rappresenta uno dei presupposti essenziali per l'ammissione alla procedura di emersione del lavoro irregolare, essendo essa richiesta «al duplice scopo di garantire che non si tratti di assunzione fittizia mirante ad eludere le norme sull'immigrazione, e di assicurare il rispetto dei diritti del lavoratore sotto il profilo retributivo e contributivo» (ex multis Consiglio di Stato, Sez. III, 31 ottobre 2014, n. 5397; in terminis anche, T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 16 luglio 2019, n. 808).

UNIVERSITA'

Sez. III, 6 febbraio 2024, n. 115 – Pres. Perna Est. Perilongo

PROFESSORI UNIVERSITARI – CONCORSO – NON VERIDICITÀ DICHIARAZIONI – ESCLUSIONE CANDIDATO

Il curriculum vitae presentato dal candidato (allegazione imposta dal Bando) assume natura di autodichiarazione sostitutiva, ai fini della prova dei titoli accademici, didattici e scientifici, ed è dunque soggetto alla disciplina del d.p.r. 28/12/2000 n. 445.

Trova dunque applicazione alla fattispecie controversa la norma di cui all'art. 75, co. 1 d.p.r. 445/2000, ove è previsto: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, qualora dal controllo di cui all'articolo 71 emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera».

Il meccanismo decadenziale previsto dalla menzionata disposizione trova quale unico presupposto la non corrispondenza al vero delle dichiarazioni aventi valore di autocertificazione, a nulla rilevando lo stato soggettivo – di buona o mala fede – del dichiarante al momento del rilascio della dichiarazione (Cons. Stato Sez. VI, 31/12/2019, n. 8920; T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. III, 08/01/2021, n. 49). Parimenti irrilevanti, ai fini della decadenza, sono il carattere accidentale del mendacio ovvero il carattere lato sensu periferico dell'informazione inveritiera (Cons. Stato, Sez. VII, 04/07/2022 n. 5550). Le norme recanti la semplificazione nell'attività amministrativa si fondano infatti sul principio di autoresponsabilità, con un ribaltamento sull'interessato dell'onere di acquisire piena consapevolezza della propria effettiva condizione, in modo da rendere pienamente affidabile l'autocertificazione (T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, 03/06/2019, n. 7140).

L'adozione della decadenza non è dunque subordinata alla verifica dell'incidenza della dichiarazione mendace sulla determinazione amministrativa impugnata. L'accertamento del mendacio costituisce attività oggettiva, priva di discrezionalità in ordine tanto all'incidenza quanto all'eventuale atteggiamento soggettivo caratterizzante la dichiarazione di colui il quale abbia affermato il falso (cfr. da ultimo ex permultis Cons. Stato, Sez. VI, 02/01/2024, n. 19). La declaratoria di decadenza dal beneficio conseguito dal dichiarante costituisce dunque per l'Amministrazione atto vincolato, espressione del potere di c.d. autotutela doverosa, posta a garanzia di supremi valori ed interessi dell'ordinamento (Cons. Stato, Sez. VII, 16/08/2023, n. 7767; Cons. Stato, Sez. VI, 31/12/2019, n. 8920).

In ambito concorsuale, l'art. 75 d.p.r. 445/2000 impone l'esclusione del candidato dalla procedura, giacché l'accesso a quest'ultima costituisce il beneficio derivato al candidato dalla dichiarazione non veritiera.