



TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL PIEMONTE

RASSEGNA MENSILE

Provvedimenti pubblicati

Gennaio e Febbraio

2023

La giurisprudenza amministrativa

Anno 2023

Ufficio del Processo

Selezione sentenze e redazione massime:
dott.ssa Mariagrazia D'Amico

Sommario

ACCESSO	7
Sez. II, 13 gennaio 2023, n. 42 – Pres. Bellucci, Est. Arrivi	7
DOMANDA DI ACCESSO DOCUMENTALE – REITERAZIONE	7
ATTI DI GARA - ACCESSO CIVICO UNIVERSALE	7
AMBIENTE	7
Sez. II, 12 gennaio 2023, n. 35 – Pres. Bellucci, Est. Arrivi	7
VALUTAZIONE INCIDENZA AMBIENTALE – OPPOSIZIONE RICORSO STRAORDINARIO – PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ TUTELA.....	7
VALUTAZIONE INCIDENZA AMBIENTALE – TERMINE PER LA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO	8
VALUTAZIONE INCIDENZA AMBIENTALE.....	8
APPALTI	8
Sez. I, 17 gennaio 2023, n. 70 – Pres. Prosperi, Est. Malanetto	8
APPALTI PUBBLICI DI SERVIZIO - PUBBLICAZIONE VERBALI DI GARA – TERMINI DI IMPUGNAZIONE	8
Sez. I, 18 gennaio 2023, n. 71 – Pres. Prosperi, Est. Malanetto	9
GARA PIATTAFORMA TELEMATICA – MARCATURA TEMPORALE - CAUSA DI ESCLUSIONE.....	9
Sez. I, 26 gennaio 2023, n. 91 – Pres. Prosperi, Est. Malanetto	9
PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE – ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA – INTERESSE A RICORRERE.....	9
Sez. II, 3 febbraio 2023, n. 122 – Pres. Bellucci, Est. Arrivi	10
AGGIUDICAZIONE - SUBPROCEDIMENTO FACOLTATIVO VERIFICA ANOMALIA DELL’OFFERTA EX ART. 97, CO. 6, D.LGS. 50/2016	10
Sez. I, 3 febbraio 2023, n. 135 – Pres. Prosperi, Est. Risso	10
FONTI GARA – INTERPRETAZIONE.....	10
VOCI DI COSTO – AMMISSIBILITÀ MODIFICHE.....	10
Sez. I, 13 febbraio 2023, n. 153 – Pres. Prosperi, Est. Risso	11
COMMISSIONE GIUDICATRICE – SINDACATO G.A.....	11
Sez. II, 20 febbraio 2023, n. 180 – Pres. Bellucci, Est. Faviere	11
RINEGOZIAZIONE DELLE CONDIZIONI CONTRATTUALI – FASE ANTECEDENTE STIPULA CONTRATTO.....	11
AUTORITA’ DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI	12
Sez. II, 9 gennaio 2023, n. 24 – Pres. Bellucci, Est. Caccamo	12

CONCESSIONI DI CUI ALL'ARTICOLO 43 DEL D.L. 201/2011 - SISTEMA TARIFFARIO DI PEDAGGIO – METODO PRICE CAP	12
Sez. I, 23 gennaio 2023, n. 78 – Pres. Prosperi, Est. Risso	13
DIRITTI AEROPORTUALI – REGOLAZIONE TARIFFE – RIPARTO DI COMPETENZA FRA ENAC E ART.....	13
AUTORIZZAZIONI	13
Sez. II, 17 febbraio 2023, n. 169 – Pres. Bellucci, Est. Faviere	13
DETERMINAZIONE FASCE ORARIE DI FUNZIONAMENTO DEGLI APPARECCHI CON VINCITA IN DENARO – POTERE SINDACO	13
CONCESSIONI	15
Sez. I, 17 gennaio 2023, n. 61 – Pres. Prosperi, Est. Cerroni	15
ATTIVITÀ CREMATORIA – CONCESSIONE DI PUBBLICO SERVIZIO	15
Sez. II, 17 gennaio 2023, n. 63 – Pres. Bellucci, Est. Arrivi	15
REVOCA CONCESSIONE ASSEGNATA IN REGIME DI PROJECT FINANCING – PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO	15
Sez. II, 03 febbraio 2023, n. 125 – Pres. Bellucci, Est. Arrivi	16
CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI GESTIONE DELLA PISCINA COMUNALE – REQUISITI DI ORDINE GENERALE – PRINCIPIO DI CONTINUITÀ - DECADENZA	16
CONVALIDA.....	16
EDILIZIA E URBANISTICA	17
Sez. II, 13 gennaio 2023, n. 45 – Pres. Est. Bellucci	17
CONTRIBUTO DI COSTRUZIONE – DIFFERENZA FRA DEMOLIZIONE E RISTRUTTURAZIONE	17
Sez. II, 16 gennaio 2023, n. 53 – Pres. Bellucci, Est. Faviere	17
PROGETTO DEFINITIVO DI VARIANTE PARZIALE – AUTONOMIA ENTI LOCALI.....	17
Sez. II, 20 gennaio 2023, n. 76 – Pres. Bellucci, Est. Faviere	18
ORDINANZA DI DEMOLIZIONE - PARERE SOPRINTENDENZA ARCHEOLOGIA BELLE ARTI E PAESAGGIO	18
Sez. II, 3 febbraio 2023, n. 124 – Pres. Bellucci, Est. Caccamo	18
PIANI REGOLATORI – LEGITTIMO AFFIDAMENTO.....	18
Sez. II, 3 febbraio 2023, n. 130 – Pres. Bellucci, Est. Faviere	19
ABUSO EDILIZIO – ORDINE DI DEMOLIZIONE E RIPRISTINO STATO DEI LUOGHI.....	19
Sez. II, 15 febbraio 2023, n. 162 – Pres. Bellucci, Est. Caccamo	19
PIANO REGOLATORE GENERALE – NATURA POTERE REGIONE.....	19
INDUSTRIA	20
Sez. II, 27 gennaio 2023, n. 110 – Pres. Est. Bellucci	20
INCENTIVI ALLA REALIZZAZIONE DI INTERVENTI A TUTELA DI SICUREZZA E SALUTE SUL LAVORO – REIEZIONE CONTRIBUTO - GIURISDIZIONE.....	20

PUBBLICO IMPIEGO	20
Sez. I, 4 gennaio 2023, n. 7 – Pres. Prosperi, Est. Malanetto	20
INDENNITA' DI BUONA USCITA – LEGITTIMAZIONE PASSIVA.....	20
CALCOLO INDENNITÀ DI BUONUSCITA FORZE DI POLIZIA – REVIVISCENZA NORME	20
Sez. I, 17 gennaio 2023, n. 59 – Pres. Prosperi, Est. Cerroni	21
PROCEDIMENTO DISCIPLINARE – AUDIZIONE - IMPEDIMENTO LEGGITTIMO	21
Sez. I, 18 gennaio 2023, n. 73 – Pres. Prosperi, Est. Risso	21
PROCEDIMENTO DISCIPLINARE – TERMINI	21
Sez. I, 26 gennaio 2023, n. 97 – Pres. Prosperi, Est. Malanetto	21
PROFESSORE UNIVERSITARIO - ATTIVITÀ LIBERO-PROFESSIONALE NON AUTORIZZATA - PROCEDIMENTO DISCIPLINARE – TERMINI	21
Sez. I, 2 febbraio 2023, n. 120 – Pres. Prosperi, Est. Cerroni	22
DINIEGO DI ASSEGNAZIONE TEMPORANEA - LESIONE INTERESSE LEGITTIMO - RISARCIMENTO DANNI.....	22
Sez. I, 6 febbraio 2023, n. 138 – Pres. Prosperi, Est. Risso	23
ATTRIBUZIONE “DELL’INCARICO DI RESPONSABILE DI AREA MISURE E SANZIONI DI COMUNITÀ DI CUI ALL’ART. 13, CO. 3, DM 23 FEBBRAIO 2017” – IMPUGNAZIONE GRADUATORIA - RIPARTO DI GIURISDIZIONE.....	23
Sez. I, 10 febbraio 2023, n. 151 – Pres. Prosperi, Est. Malanetto	23
FORZE DI POLIZIA – PROCEDIMENTO DISCIPLINARE – DECRETO DI ARCHIVIAZIONE	23
QUOTE LATTE	24
Sez. II, 4 gennaio 2023, n. 8 – Pres. Est. De Falco	24
PRELIEVO SUPPLEMENTARE – RATEIZZAZIONE	24
MANCATA COSTITUZIONE AMMINISTRAZIONE INTIMATA – OBBLIGHI ISTRUTTORI – DOVERE DI COLLABORAZIONE.....	24
Sez. II, 23 gennaio 2023, n. 79 – Pres. Bellucci, Est. Faviere	25
AZIONE GENERALE DI ACCERTAMENTO DEL CORRETTO ESERCIZIO DI POTERI AMMINISTRATIVI DELLA AGEA – CARENZA INTERESSE A RICORRERE.....	25
REGIONE	26
Sez. II, 4 gennaio 2023, n. 11 – Pres. De Falco, Est. Ricci	26
REGOLAMENTO REGIONE PIEMONTE GESTIONE DELLE STRUTTURE RICETTIVE EXTRALBERGHIERE - CONCORRENZA – AGCOM	26
SERVIZI PUBBLICI	26
Sez. I, 7 febbraio 2023, n. 145 – Pres. Prosperi, Est. Cerroni	26
SERVIZIO DI TELERISCALDAMENTO – NATURA GIURIDICA – RINEGOZIAZIONE	26
SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE	27

Sez. I, 17 gennaio 2023, n. 60 – Pres. Prosperi, Est. Riso	27
OBBLIGO VACCINALE DA SARS-COV-2 ART. 4 D.L. N. 44 DEL 2021 – SOSPENSIONE – GIURISDIZIONE	27
OBBLIGO VACCINALE DA SARS-COV-2 ART. 4 D.L. N. 44 DEL 2021 – ESENZIONE – ONERE PROBATORIO.....	27
STRANIERI	28
Sez. I, 3 febbraio 2023, n. 134 – Pres. Prosperi, Est. Riso	28
RESPINGIMENTO ALLA FRONTIERA – GIURISDIZIONE	28
Sez. I, 14 febbraio 2023, ord. n. 156 – Pres. Prosperi, Est. Cerroni	28
ART. 103 DEL DECRETO-LEGGE 19 MAGGIO 2020, N. 34, CONVERTITO CON MODIFICAZIONI DALLA LEGGE 17 LUGLIO 2020, N. 77, EMERSIONE DEL LAVORO IRREGOLARE – CONDIZIONI OSTATIVE – REATI IN MATERIA DI STUPEFACENTI – QUESTIONE DI LEGITTIMITA’ COSTITUZIONALE	28
Sez. I, 20 febbraio 2023, n. 172 – Pres. Prosperi, Est. Riso	30
PERMESSO DI SOGGIORNO UE PER SOGGIORNANTI DI LUNGO PERIODO – CONDIZIONI REDDITTUALI	30
Sez. I, 23 febbraio 2023, n. 192 – Pres. Prosperi, Est. Malanetto	30
PERMESSO DI SOGGIORNO PER MOTIVI DI STUDIO – INTERESSE AD AGIRE.....	30

ACCESSO

Sez. II, 13 gennaio 2023, n. 42 – Pres. Bellucci, Est. Arrivi

DOMANDA DI ACCESSO DOCUMENTALE – REITERAZIONE

Dal carattere impugnatorio dell'azione di cui all'art. 116 cod. proc. amm. deriva che la reiterazione di una domanda di accesso è ammissibile solo in presenza di fatti nuovi (sopravvenuti o meno) non rappresentati nell'originaria istanza o a fronte di una diversa prospettazione dell'interesse giuridicamente rilevante, sicché è inammissibile il ricorso avente ad oggetto la medesima domanda di accesso a suo tempo già proposta, tanto più se sulla stessa si era già formato un giudicato (Cons. Stato, Ad. Plen., 18 aprile 2006, n. 6; T.A.R. Napoli, Sez. VI, 4 febbraio 2019, n. 576; Id., 7 giugno 2021, n. 3782; T.A.R. Salerno, Sez. II, 17 marzo 2022, n. 761; T.A.R. Milano, Sez. II, 1 agosto 2022, n. 1840).

ATTI DI GARA - ACCESSO CIVICO UNIVERSALE

Come recentemente messo in luce dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato proprio con riferimento all'accesso agli atti di una pubblica gara, «la pubblica amministrazione ha il poterdovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241 del 1990» (Cons. Stato, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10).

In difetto di una previsione – come quella di cui all'art. 25, co. 4, l. 241/1990 sull'accesso documentale – che qualifichi il contegno inerte come diniego dell'istanza, il silenzio sulla domanda di accesso civico generalizzato non ha valore provvedimento (Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2022, n. 1482). L'interessato non può, pertanto, esperire l'azione di cui all'art. 116 cod. proc. amm., prevista per contestare il diniego di accesso, bensì deve attivare la speciale procedura giurisdizionale di cui agli artt. 31 e 117 cod. proc. amm. onde far accertare l'illegittimità del silenzio e ottenere una condanna al rilascio di un provvedimento espresso (T.A.R. Roma, Sez. III quater, 27 agosto 2019, n. 10620; T.A.R. Firenze, Sez. II, 24 ottobre 2019, n. 1421; T.A.R. Palermo, Sez. III, 30 giugno 2021, n. 2114).

AMBIENTE

Sez. II, 12 gennaio 2023, n. 35 – Pres. Bellucci, Est. Arrivi

VALUTAZIONE INCIDENZA AMBIENTALE – OPPOSIZIONE RICORSO STRAORDINARIO – PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ TUTELA

La facoltà di opposizione al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è riconosciuta non più soltanto ai controinteressati, come invece previsto dall'art. 10 d.p.r. 1199/1971, ma a chiunque sia evocato con il ricorso straordinario, a prescindere dalla posizione assunta nel procedimento. La ratio dell'art. 48, co. 1, cod. proc. amm., sotto questo profilo innovativo rispetto all'art. 10 d.p.r. 1199/1971, è quella, sottesa a un criterio di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, di garantire ai soggetti coinvolti nel procedimento che consegue alla proposizione del ricorso straordinario di scegliere la sede che ritengono più idonea per la trattazione della controversia (cfr. T.A.R. Venezia, Sez. II, 11 ottobre 2011 n. 1538; Cons. Stato, Sez. III, 23 maggio 2019, n. 3396). La facoltà di opposizione è attribuita per il sol fatto di essere evocati nel procedimento, sicché la qualificazione dell'opponente in termini di controinteressato o cointeressato costituisce un posterius alla trasposizione e non può inficiarne l'ammissibilità.

VALUTAZIONE INCIDENZA AMBIENTALE – TERMINE PER LA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO

Un termine è perentorio se la legge fa conseguire al suo spirare la produzione di un effetto giuridico, attribuendo, dunque, valore provvedimentoale (di accoglimento o di diniego) al silenzio amministrativo. In difetto di tale previsione, opera l'art. 2 l. 241/1990, che riconnette al silenzio inadempimento conseguenze risarcitorie e rimedi propulsivi, senza privare l'amministrazione del potere di provvedere. Pertanto, alcun rilievo, ai presenti fini, assume la formulazione letterale dell'art. 43, co. 10, l.r. 19/2009, secondo cui «[l]'autorità competente esprime il giudizio di valutazione di incidenza mediante provvedimento entro il termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento dell'istanza», perché la scadenza del predetto termine non reca alcun effetto provvedimentoale.

L'operatività dei meccanismi di silenzio assenso procedimentale (art. 17 bis, co. 4, l. 241/1990) ed esoprocedimentale (art. 20, co. 4, l. 241/1990) è impedita laddove la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali. Siffatto impedimento vale per la VINCA, per la quale l'art. 6, co. 3, della direttiva Habitat 92/43/CEE prescrive che le autorità nazionali devono dare, all'esito della valutazione, il loro accordo sui piani o progetti incidenti sui siti protetti.

VALUTAZIONE INCIDENZA AMBIENTALE

In linea generale, la VINCA è prescritta, già dalla direttiva Habitat, sia per i "piani" sia per i "progetti" che possano avere incidenze significative sui siti appartenenti alla Rete Natura 2000 (cfr. art. 6, co. 3, direttiva 92/43/CEE). La dicotomia tra piani e progetti è ribadita, a livello nazionale, dal d.p.r. 357/1997 (cfr. art. 5, co. 2 e 4) e, a livello regionale, dalla l.r. 19/2009, che dedica due distinti articoli alla VINCA su piani (art. 43) e alla VINCA su progetti (art. 44). Del resto, a seconda dello spettro di valutazione, la VINCA si associa alla VAS, se ha ad oggetto piani e programmi, e alla VIA, se invece afferisce a singoli progetti (cfr. art. 10 d.lgs. 152/2006). Dunque, la valutazione d'incidenza di un piano di recupero, che è un atto di pianificazione urbanistica, non può appuntarsi su aspetti di strutturazione concreta dell'opera o di esecuzione della stessa, perché essi verranno valutati, sotto il profilo dell'incidenza sul sito Natura 2000, nella VINCA prescritta in sede di presentazione del progetto dell'opera, a norma dell'art. 44 l.r. 19/2009.

APPALTI

Sez. I, 17 gennaio 2023, n. 70 – Pres. Proserpi, Est. Malanetto

APPALTI PUBBLICI DI SERVIZIO - PUBBLICAZIONE VERBALI DI GARA – TERMINI DI IMPUGNAZIONE

Il supremo consesso amministrativo ha ritenuto, in un'ottica di massima trasparenza finalizzata al miglior esercizio del diritto di difesa ed al corretto equilibrio tra celerità delle procedure ed effettività di difesa (anche alla luce dei principi espressi nella pronuncia della Corte di Giustizia in causa C-54/18 del 14.2.2019), che di norma i verbali di gara sono soggetti a pubblicazione.

Ciò non è avvenuto nel caso di specie; per quanto questo non comporti di per sé una illegittimità della procedura, consegue inevitabilmente, per evitare indebite compromissioni del diritto di difesa, che la stazione appaltante resta "esposta" ad una più lunga incertezza circa gli esiti della gara; infatti, mancando la pubblicazione dei verbali, il concorrente potrà/dovrà attivarsi per l'esercizio del diritto di accesso ai fini di compiutamente formulare le proprie valutazioni difensive.

Le informazioni così acquisite consentono la proposizione tanto di motivi aggiunti che di un ricorso principale.

Sez. I, 18 gennaio 2023, n. 71 – Pres. Prosperi, Est. Malanetto

GARA PIATTAFORMA TELEMATICA – MARCATURA TEMPORALE - CAUSA DI ESCLUSIONE

La marcatura temporale consiste in un procedimento che si perfeziona attraverso la generazione, da parte di un soggetto terzo certificatore, di una firma digitale del documento a cui è associata l'informazione relativa ad una data e a un'ora certa; essa consente di stabilire l'esistenza di un documento informatico a partire da un certo istante; la procedura garantisce anche l'univocità e non modificabilità nel tempo del documento stesso.

Nella tipologia di procedura telematica in esame i concorrenti, nei tempi previsti dal timing di gara, dovevano inserire a sistema nella sezione "Offerta economica", a pena di esclusione, il numero identificativo (numero di serie) della marca temporale precedentemente apposta alla cartella.zip, a sua volta firmata digitalmente, e contenente i 2 file di offerta economica; quest'ultima restava comunque salvata e detenuta nel sistema informatico del concorrente sino a un momento di successivo inserimento.

Tale procedura è finalizzata a garantire la certezza che l'offerta resti chiusa e imm modificabile, ancorché detenuta dal concorrente; la sola apposizione di firma digitale, infatti, non escluderebbe la possibilità che il concorrente, in pari data e tempestivamente, confezionasse e conservasse più offerte sottoscritte salvo poi "scegliere", in un momento successivo e secondo l'andamento della gara, quale caricare nel sistema; per contro, a partire dalla data di apposizione della marcatura temporale, coincidente con il momento in cui la documentazione amministrativa e l'offerta tecnica vengono caricate sulla piattaforma dell'amministrazione, anche il file dell'offerta economica resta univocamente identificato, sicché il concorrente non potrà che successivamente inserire solo e proprio il file corredato di marcatura temporale.

Nel successivo momento di apertura del periodo di upload delle offerte economiche, infatti, gli operatori economici devono trasferire sul sistema la cartella .zip contenente i 2 file di offerta generata e precedentemente salvata sul proprio PC. La corrispondenza tra il numero seriale di marcatura indicato al momento di prima partecipazione e quello riscontrabile sulla cartella caricata nel sistema è appunto finalizzata a garantire alla stazione appaltante che tale offerta sia esattamente quell'unica originariamente predisposta e non abbia subito modifiche dal momento della sua prima "sigillatura".

la difformità tra il numero seriale inserito dalla ricorrente e quello che poi è risultato essere l'effettivo codice di marcatura temporale della sua offerta economica ha reso impossibile verificare l'identità tra l'offerta economica originariamente formata e quella poi effettivamente caricata sulla piattaforma.

La radicalità del vizio, come correttamente enunciato dalla legge di gara e contestato dalle controparti, non consentiva alcun soccorso istruttorio. È, infatti, evidente come si tratti di un'irregolarità essenziale dell'offerta economica in sé, non essendo la stessa neppure univocamente identificabile.

Sez. I, 26 gennaio 2023, n. 91 – Pres. Prosperi, Est. Malanetto

PROVVEDIMENTO DI ESCLUSIONE – ANNULLAMENTO IN AUTOTUTELA – INTERESSE A RICORRERE

Il ricorso risulta inammissibile in quanto, per pacifica giurisprudenza, il rapporto processuale si instaura solo con il deposito (Cons. St. ad. plen. n. 6/2022); nel caso di specie, il giudizio è stato instaurato quando l'atto era già stato annullato in autotutela; non vi era quindi, ab origine, alcuna materia del contendere in sede processuale; vengono perciò anche meno i presupposti per l'applicazione di una inesistente soccombenza virtuale, che può realizzarsi unicamente a fronte di un ricorso in origine ammissibile.

Sez. II, 3 febbraio 2023, n. 122 – Pres. Bellucci, Est. Arrivi

AGGIUDICAZIONE - SUBPROCEDIMENTO FACOLTATIVO VERIFICA ANOMALIA DELL'OFFERTA EX ART. 97, CO. 6, D.LGS. 50/2016

È vero che l'attivazione del procedimento di verifica facoltativa dell'anomalia dell'offerta ex art. 97, co. 6, d.lgs. 50/2016 – diversamente dalla verifica obbligatoria di cui all'art. 97, co. 3, d.lgs. 50/2016 – è frutto di una valutazione ampiamente discrezionale, che non richiede un'espressa motivazione e che risulta sindacabile soltanto in caso di macroscopica irragionevolezza o illogicità (Cons. Stato, Sez. III, 11 maggio 2021, n. 3710; T.A.R. Firenze, Sez. I, 27 gennaio 2022, n. 84; T.A.R. Roma, Sez. III, 2 febbraio 2022, n. 1233; Cons. Stato, Sez. V, 17 marzo 2022, n. 1936). Tuttavia, nel caso di specie ricorrono specifici elementi idonei a far dubitare della sostenibilità dell'offerta dell'aggiudicataria, a fronte dei quali risulta irragionevole la scelta della stazione appaltante di non espletare la verifica di anomalia. Alla luce della consistente inferiorità del prezzo offerto dalla controinteressata rispetto ai dati di mercato, la scelta di non indire il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta si presenta irragionevole.

Sez. I, 3 febbraio 2023, n. 135 – Pres. Prospero, Est. Risso

FONTI GARA – INTERPRETAZIONE

Secondo la condivisibile giurisprudenza del Consiglio di Stato, in tema di gare d'appalto, le uniche fonti della procedura di gara sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati, e i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle, né rappresentarne un'inammissibile interpretazione autentica; tali fonti, infatti, devono essere interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi della stazione appaltante (Cons. Stato sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154). Solo nelle ipotesi in cui non sia ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni dalla stessa fornite e il tenore delle clausole chiarite, le relative precisazioni costituiscono una sorta di interpretazione autentica (Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2015, n. 1898), ma esse non possono in nessun caso integrare la *lex specialis* ed essere vincolanti per la commissione aggiudicatrice (Cons. Stato, Sez. V, 23 settembre 2015, n. 4441).

VOCI DI COSTO – AMMISSIBILITÀ MODIFICHE

La possibilità di modificare i costi nell'ambito delle giustificazioni integrative, si osserva che, secondo il Consiglio di Stato, è ammissibile la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, non solo in correlazione a sopravvenienze di fatto o di diritto, ma anche al fine di porre rimedio ad originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità, che presiede la logica della *par condicio* tra i competitori (in termini, Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1873 e 11 dicembre 2020, n.7943).

Tale ammissibilità incontra un duplice limite: il divieto di una radicale modificazione della composizione dell'offerta che ne alteri l'equilibrio economico e il limite della revisione della voce degli oneri di sicurezza aziendale, che, quale elemento costitutivo dell'offerta, esige una separata identificabilità ed una rigida inalterabilità, a presidio degli interessi pubblici sottesi alla relativa disciplina legislativa (sul punto, Cons. Stato, Sez. V, 24 aprile 2017, n. 1896).

Inoltre, la riallocazione delle voci di costo in fase di giustificazioni deve avere un fondamento economico serio allorché incida sulla composizione dell'offerta, atteso che, diversamente, si verrebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire un'elusiva modificazione a posteriori dell'offerta, con il solo limite del rispetto del saldo complessivo, ma snaturando la funzione propria del subprocedimento di verifica dell'anomalia, che è di apprezzamento globale dell'attendibilità dell'offerta.

Infine, il Consiglio di Stato ha ulteriormente precisato che "In definitiva, relativamente alla fase di verifica dell'anomalia, va ribadito che sono modificabili le giustificazioni dei contenuti dell'offerta, essendo consentite in particolare anche compensazioni tra voci di costo sottostimate e sovrastimate,

purché tuttavia l'offerta non sia sostanzialmente modificata o stravolta nei suoi elementi essenziali, fra i quali rientra anche la voce relativa al costo del lavoro per il personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto" (In termini, Cons. Stato, Sez. VI, 15 gennaio 2021 n. 487 che richiama Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2020, n. 4140).

Sez. I, 13 febbraio 2023, n. 153 – Pres. Prosperi, Est. Risso

COMMISSIONE GIUDICATRICE – SINDACATO G.A.

Pur potendo oggi, il giudice amministrativo, sindacare le valutazioni tecnico-discrezionali avvalendosi, se del caso, degli strumenti istruttori previsti dal codice del processo amministrativo, tuttavia, per poter procedere in tale senso, il ricorrente deve portare in giudizio elementi sufficienti e idonei a far ritenere che la discrezionalità sia stata esercitata in modo irragionevole e illogico, non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione (sul punto, Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2019, n. 6058).

Per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non è infatti sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare l'inattendibilità e l'insostenibilità del giudizio tecnico compiuto (nel caso di specie, ciò non è accaduto, in quanto non sono emersi travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità e non condivisibilità della valutazione tecnico-discrezionale operata dal seggio di gara).

Inoltre, si evidenzia che, considerata la specificità dei sub-criteri oggetto di contestazione, per giurisprudenza costante, la Commissione non avrebbe avuto neppure l'onere di pronunciare una motivazione, tantomeno dettagliata, del giudizio visto che il punteggio numerico espresso sui singoli subcriteri di valutazione equivale a sufficiente motivazione quando la griglia delle voci, predisposta dalla Stazione appaltante, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiara, analitica e articolata (T.A.R. Lazio – Roma, sez. I, 2 febbraio 2022, n. 1247).

Sez. II, 20 febbraio 2023, n. 180 – Pres. Bellucci, Est. Faviere

RINEGOZIAZIONE DELLE CONDIZIONI CONTRATTUALI – FASE ANTECEDENTE STIPULA CONTRATTO

Particolari circostanze, possono condurre alla rinegoziazione delle condizioni contrattuali sia in corso d'esecuzione che prima della stipula del contratto (Cons. Stato, sez. V, 11.04.2022, sent. n. 2709). Costituisce oramai consolidato principio quello secondo il quale l'immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto e le variazioni contrattuali non violano sempre e comunque i principi fondamentali in materia di evidenza pubblica (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. VIII, nella sentenza del 7 settembre 2016, in C. 549-14).

Questo Tribunale ha già avuto modo di statuire che sussiste "un legittimo margine di valutazione (il cui ambito per le rinegoziazioni risulta obiettivamente circoscritto dalla normativa) in capo all'amministrazione tra l'alternativa di rifare appello al mercato (con le diseconomie e i rischi già evidenziati) ovvero tentare (nei limiti consentiti dall'art. 106) di ricondurre il contratto ad utilità [...] la scelta dell'amministrazione di individuare i termini della necessaria rinegoziazione ancor prima di procedere alla stipulazione del contratto si configura in fondo come prudente, poiché, posto che la rinegoziazione implica ovviamente l'accordo della controparte, ove tale accordo non fosse stato raggiunto, si sarebbe rafforzata in capo all'amministrazione una possibilità di revoca fondata sulle sopravvenienze organizzative e su un ragionevole rispetto delle aspettative dell'aggiudicatario" (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 28/06/2021, n. 667).

Più di recente è stata affermata la legittimità della rinegoziazione delle offerte nella fase precedente la stipula del contratto. "Il Collegio condivide altresì gli assunti dottrinali favorevoli a questa seconda impostazione ermeneutica, che richiamano, da un lato, la correttezza del ricorso all'analogia essendovene tutti presupposti, di cui all'art. 12 disp. prel. c.c., quali la lacuna dell'ordinamento, in quanto non vi è una disciplina specifica delle sopravvenienze applicabile alla fase tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto e l'"eadem ratio"; dall'altro, la corretta applicazione del principio di economicità, dunque di buon andamento, dell'amministrazione (richiamato dall'art.

30, comma 1, del codice dei contratti pubblici), perché scongiura una riedizione della procedura, che diversamente s'imporrebbe in tutti i casi di modifica, ancorché non "essenziale", delle condizioni" (T.A.R. Sardegna, 16.11.2022, sent. n. 770).

Ciò conduce a sostenere altresì che una richiesta di rinegoziazione deve essere presa in considerazione, al ricorrere di particolari circostanze di fatto che ne evidenzino la ragionevolezza e la plausibilità, risultando irragionevole accettare l'azzeramento degli esiti di una procedura di affidamento in assenza di specifiche e sostanziali illegittimità che la affliggano.

Costituisce pertanto onere dell'amministrazione assicurarsi di giungere alla stipula di un contratto in condizioni di equilibrio, valutando ogni sopravvenienza segnalata dagli operatori economici partecipanti alla gara che, alla luce del quadro normativo vigente e del contesto socio economico, appaia in grado di alterare tali condizioni, adottando le misure necessarie a ristabilire l'originario equilibrio contrattuale.

Resta fermo che debba trattarsi di sopravvenienze imprevedibili, estranee anche al normale ciclo economico, in grado di generare condizioni di shock eccezionale, come avvenuto nel caso di specie. E' invece preclusa la negoziazione di modifiche che non mirino al recupero dell'equilibrio iniziale del contratto che la gara stessa perseguiva ma che si presentino in grado di estendere in modo considerevole l'oggetto dell'appalto ad elementi non previsti, alterare l'equilibrio economico contrattuale originario in favore dell'aggiudicatario, rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto (nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, avrebbe potuto verosimilmente risultare aggiudicatario un altro offerente oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi).

AUTORITA' DI REGOLAZIONE DEI TRASPORTI

Sez. II, 9 gennaio 2023, n. 24 – Pres. Bellucci, Est. Caccamo

CONCESSIONI DI CUI ALL'ARTICOLO 43 DEL D.L. 201/2011 - SISTEMA TARIFFARIO DI PEDAGGIO – METODO PRICE CAP

L'art. 37 del D.L. n. 201/2011 stabilisce che, con particolare riferimento al settore autostradale, i sistemi tariffari dei pedaggi siano "basati sul metodo del price cap, con determinazione dell'indicatore di produttività' X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione". Come evidenziato dal Consiglio di Stato con la sentenza del 5.10.2022, n. 3484, resa con riferimento ad altra concessione autostradale in un caso analogo a quello oggi sub iudice, le cui argomentazioni possono essere estese anche alla presente vicenda contenziosa "si è pertanto in presenza di un potere di intervento attribuito all'Autorità ed esercitato dalla stessa mantenendosi all'interno del perimetro definito dalle disposizioni normative che lo regolano".

La competenza dell'ART ad intervenire nella disciplina tariffaria di rapporti convenzionali in corso è stata quindi ritenuta legittima, in coerenza con il quadro normativo di riferimento: "deve rilevarsi che l'art. 37, comma 2, del D.L. n. 201 del 2011, nel testo previgente, attribuiva all'Autorità il potere di "stabilire per le nuove concessioni sistemi tariffari dei pedaggi basati sul metodo del price cap, con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione", mentre il successivo art. 43, commi 1 e 2, disciplina il diverso procedimento di aggiornamento o revisione delle concessioni vigenti. A seguito della modifica apportata dall'art. 16, comma 1 lett. a) del D.L. n. 109/2018, alla già richiamata competenza ad intervenire sulle "nuove concessioni", si è aggiunta quella a disciplinare "quelle di cui all'articolo 43, comma 1 e, per gli aspetti di competenza, comma 2".(...) A tale conclusione deve pervenirsi sulla base della constatazione che è l'art. 37 che definisce l'ambito di esplicazione dei poteri tariffari dell'Autorità e non il 43 come peraltro già precisato dalla giurisprudenza di questo Consiglio affermando "che le determinazioni dell'Autorità volte a stabilire il sistema tariffario di pedaggio relativo a ciascuna

tratta autostradale debbano precedere la stipula delle nuove convenzioni e l'aggiornamento o la revisione delle convenzioni in essere" (Cons. Stato Sez. V, 27 luglio 2021, n. 5585)".

La citata sentenza si concentra, poi, sull'asserito contrasto del nuovo sistema tariffario con i principi di affidamento nella stabilità delle situazioni giuridiche acquisite, di certezza del quadro regolatorio e di rispetto degli obblighi negoziali (*pacta sunt servanda*), chiarendo come non possa predicarsi, nel nostro ordinamento, l'esistenza di un legittimo affidamento all'immutabilità delle pattuizioni negoziali nei rapporti di durata. Il Legislatore, infatti, può modificare, anche in senso peggiorativo, la disciplina di rapporti giuridici e incidere su diritti soggettivi perfetti, nei limiti della ragionevolezza e della proporzionalità rispetto agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti.

Sez. I, 23 gennaio 2023, n. 78 – Pres. Prosperi, Est. Risso

DIRITTI AEROPORTUALI – REGOLAZIONE TARIFFE – RIPARTO DI COMPETENZA FRA ENAC E ART

L'articolo 22 del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, ha espressamente fatto salvo, quanto al recepimento della Direttiva 2009/12/CE, il completamento delle procedure in corso nel 2012 volte alla stipula dei contratti di programma ex art. 17, comma 34-bis del d.l. 78/2009 tra l'ENAC e le società di gestione degli aeroporti nazionali con un traffico maggiore ad 8 milioni di passeggeri (Roma, Milano e Venezia), fissando un termine ultimo per il loro completamento

Rispetto ai gestori degli aeroporti titolari dei contratti di programma in deroga, i quali applicano il sistema tariffario convenzionale in luogo dei modelli tariffari predisposti dall'ART, quale Autorità di vigilanza, in forza del combinato disposto degli articoli 71, 73 e 80 del d.l. n. 1/2012, sussiste il potere dell'ART di valutare gli accordi transattivi e l'affidamento dei servizi di progettazione stipulati ai sensi dell'articolo 17, comma 34-bis del d.l. 78/2009, approvati conspecifici d.P.C.M, fra ENAC e i gestori aeroportuali di Roma, Milano e Venezia, e ciò al limitato fine di valutare la "correlazione ai costi, trasparenza, pertinenza, ragionevolezza", così come previsto dall'art. 80, comma 1, lettera a) del d.l. 1/2012.

È vero che la congruità dei costi è cosa diversa dalla congruità delle tariffe, ma laddove il legislatore ha voluto attribuire all'ART il potere di verificare, nella determinazione della misura dei diritti aeroportuali, il rispetto, tra l'altro, del principio della "correlazione ai costi", indirettamente ha attribuito all'ART anche il potere di prendere in considerazione i costi, che implica la rilevanza, di carattere pubblicistico (sotto il profilo dell'interesse dell'utenza), della loro congruità con riferimento all'investimento svolto.

Il compito di valutare la congruità dei costi spetta, invece, ad ENAC, individuata quale Autorità tecnica di settore ai sensi dell'art. 2 d.lgs. 25 luglio 1997, n. 250, norma che attribuisce all'Ente, tra l'altro, la "regolamentazione, esame e valutazione dei piani regolatori aeroportuali, dei programmi di intervento e dei piani di investimento aeroportuale..."

L'Enac, pertanto, continua a mantenere una competenza in merito alle tariffe, svolgendo un'attività di monitoraggio annuale sull'attuazione degli investimenti effettuati dal gestore nell'ambito del piano degli investimenti approvato dall'Ente, nonché un'attività di accertamento relativa alla "correttezza dei parametri *k* e *v* determinati dalla Società ai sensi degli artt. 12 e 14, provvedendo a confermare/rettificare i relativi calcoli".

AUTORIZZAZIONI

Sez. II, 17 febbraio 2023, n. 169 – Pres. Bellucci, Est. Faviera

DETERMINAZIONE FASCE ORARIE DI FUNZIONAMENTO DEGLI APPARECCHI CON VINCITA IN DENARO – POTERE SINDACO

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, l'ordinanza sindacale di cui all'art. 50 comma 7 TUEL può essere utilizzata dalle amministrazioni comunali per disciplinare gli orari delle

sale giochi e degli esercizi nei quali sono installate le apparecchiature per il gioco. Ciò è stato confermato dalla Corte Costituzionale che, con sentenza 18 luglio 2014 n. 220, ha osservato che “così come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa di legittimità e di merito, proprio la disposizione censurata [art. 50 comma 7 TUEL] può fornire un fondamento legislativo al potere del sindaco di disciplinare gli orari delle sale giochi e degli esercizi nei quali sono installate le apparecchiature per il gioco...”. La Corte, peraltro, richiama l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa, sia di legittimità sia di merito, la quale "ha elaborato un'interpretazione dell'art. 50, comma 7, del d.lgs. n. 267 del 2000, compatibile con i principi costituzionali evocati, nel senso di ritenere che la stessa disposizione censurata fornisca un fondamento legislativo al potere sindacale in questione": ciò, nel senso che, in forza della generale previsione dell'art. 50, comma 7, cit., "il sindaco può disciplinare gli orari delle sale giochi e degli esercizi nei quali siano installate apparecchiature per il gioco e che ciò può fare per esigenze di tutela della salute, della quiete pubblica, ovvero della circolazione stradale". In maniera conforme a tale orientamento si è espresso questo Tribunale nonché la giurisprudenza amministrativa successiva (cfr. ex multis T.A.R. Piemonte, Sez. II, 11/07/2017, n. 828, T.A.R. Veneto, Sez. III Venezia, 07/06/2022, n. 939; T.A.R. Lombardia, Sez. I Milano, 11/04/2022, n. 803; idem, 23/02/2022, n. 437; T.A.R. Liguria, Sez. II Genova, 22/01/2020, n. 53).

E' stato altresì affermato che “un'ordinanza sindacale, avente ad oggetto gli orari di apertura delle sale da gioco, non deve essere necessariamente adottata «sulla base degli indirizzi espressi dal Consiglio comunale e nell'ambito dei criteri eventualmente indicati dalla Regione», come previsto dall'art. 50 comma 7, t.u. 18 agosto 2000, n. 267, atteso che, per quanto riguarda i criteri regionali, la suddetta norma, con l'inciso «eventualmente indicati», ha testualmente escluso la tassatività e obbligatorietà di tali criteri regionali, con la conseguenza che non ha alcun rilievo giuridico la loro mancanza; inoltre la mancata approvazione di indirizzi espressi dal Consiglio comunale non paralizza l'attività del Sindaco, titolare del relativo potere di ordinanza, ma comporta per lui un legittimo e più ampio esercizio della propria discrezionalità nell'individuazione delle misure ritenute più efficaci per il perseguimento delle finalità [...], senza previa fissazione di vincoli da parte del Consiglio” (Consiglio di Stato sez. V, 01 agosto 2015 n. 3778; T.A.R. Venezia sez. III 16 luglio 2015 n. 811; T.A.R. Lazio-Roma sez. II 02 aprile 2010 n. 5619).

Il Collegio premette che l'esercizio dei poteri di cui alle ordinanze di cui all'art. 50, comma 7, del TUEL è connotato da ampia discrezionalità e pertanto, per giurisprudenza consolidata, il sindacato del giudice è limitato agli eventuali profili vizi di macroscopica irragionevolezza o illogicità o travisamento del fatto. “Il Sindaco, ai sensi dell'art. 50, comma 7, del d.lgs. n. 267/2000 ha facoltà di disciplinare gli orari di esercizio dei così detti "negozi automatici" (attività di vendita di alimenti mediante apparecchi automatici in appositi locali adibiti esclusivamente a tale attività, in assoluta assenza di personale) a prescindere dalla loro classificazione. L'autorità comunale può effettuare con ampia discrezionalità una valutazione che contempera le svariate esigenze espressione di tutti i soggetti che vivono la città: i residenti, i turisti, le categorie di imprese, i lavoratori. Il provvedimento regolatorio è sindacabile solo nei limiti in cui risulti affetto da manifesta irragionevolezza, incongruità od illogicità” (T.A.R. Toscana Firenze Sez. II, 06/10/2011, n. 1454).

Questo Tribunale ha già avuto modo di evidenziare che “nell'attuale momento storico, la diffusione del fenomeno della ludopatia in ampie fasce della popolazione costituisce un fatto notorio o, comunque, una nozione di fatto di comune esperienza (TAR Venezia, sez. III, 3 maggio 2017, n. 434; TAR Genova, sez. II, 18 febbraio 2016, n. 176) come attestano le numerose iniziative di contrasto assunte dalle autorità pubbliche a livello europeo, nazionale e regionale” (cfr., T.A.R. Piemonte, Sez. II, 11/07/2017, n. 834).

L'ordinanza impugnata, in disparte ogni considerazione in ordine alla sua natura di atto generale, è adeguatamente motivata con riferimento all'esigenza di tutela della salute pubblica e del benessere individuale e collettivo.

CONCESSIONI

Sez. I, 17 gennaio 2023, n. 61 – Pres. Prosperi, Est. Cerroni

ATTIVITÀ CREMATORIA – CONCESSIONE DI PUBBLICO SERVIZIO

Con la legge 30 marzo 2001, n. 130 la cremazione è entrata a pieno titolo nei servizi pubblici locali di competenza comunale ed è stata ricondotta nell'alveo tripartito dei moduli gestori delineati dall'art. 113 T.U.E.L. per i servizi pubblici locali di rilevanza economica col significativo corollario applicativo che la materia ricadde nel raggio delle rilevanti evoluzioni normative (nel caso di specie, si evidenzia la duplicità di piani in cui si articola la complessa vicenda convenzionale intercorsa tra la Città di Torino e la società: nel primo segmento temporale, di amplissimo respiro e contrassegnato dalle concessioni del 1886 e del 1978, la società ha assunto la qualità di concessionaria di beni demaniali all'interno del perimetro cimiteriale con l'espresso scopo di erigere un tempio crematorio ove avrebbe esercitato la pratica crematoria; nel secondo segmento temporale, all'indomani della qualificazione dell'attività crematoria quale servizio pubblico a domanda individuale - legge n. 359 del 1987 - si è delineato un vero e proprio affidamento di pubblico servizio estrinsecatosi con la convenzione del 1989 che già definiva la ricorrente ente concessionario del servizio di cremazione e sepoltura, consolidato dipoi con l'atto convenzionale del 1994 di durata ventennale e confluito nel contratto di servizio del 2007, prorogato con delibera del 21 dicembre 2010, nelle more della definizione della procedura a norma dell'art. 23-bis D.L. 112/2008). Tanto considerato, appare destituita di fondamento l'asserzione per cui la ricorrente vanterebbe un diritto quesito, singolarmente definito "diritto originario", giacché l'evoluzione della cornice ordinamentale, al più tardi a far data dal 2001, ha sancito inequivocabilmente con disposizione di rango primario la municipalizzazione del servizio crematorio travolgendo con tutta evidenza gli assetti convenzionali previgenti.

La riscattabilità degli impianti asserviti ad un pubblico servizio rientra pacificamente nei poteri dell'amministrazione responsabile del servizio.

Sez. II, 17 gennaio 2023, n. 63 – Pres. Bellucci, Est. Arrivi

REVOCA CONCESSIONE ASSEGNATA IN REGIME DI PROJECT FINANCING –PRINCIPIO DEL CONTRADDITTORIO

Il procedimento è stato avviato per l'esercizio di un potere di autotutela, che richiede un'attenta considerazione dell'interesse del privato al mantenimento del beneficio acquisito, sicché il contraddittorio procedimentale assume un'importanza dirimente.

La ragione di diniego addotta è, inoltre, errata, perché la legge non prevede un termine minimo per la presentazione di memorie nei procedimenti avviati d'ufficio. Né può applicarsi alla fattispecie il termine di dieci giorni previsto dall'art. 10 bis l. 241/1990, in quanto afferente unicamente ai procedimenti ad istanza di parte.

Non è dirimente neppure che – secondo quanto esposto dalla difesa comunale in giudizio – la ricorrente conoscesse le ragioni della revoca e fosse stata coinvolta in passato in trattative per il rilascio del castello. Il contraddittorio, infatti, deve esplicitarsi nel procedimento avviato per l'assunzione del provvedimento, dunque la conoscenza pregressa a nulla rileva.

Infine, contrariamente a quanto sostenuto in giudizio dall'ente, non è vero che il contenuto provvedimentale non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato, poiché le ragioni addotte dal Comune a giustificazione della revoca presentano notevoli criticità, che avrebbero potuto essere risolte mediante un confronto endoprocedimentale. Non risulta, dunque, applicabile il regime dei vizi non invalidanti di cui all'art. 21 octies, co. 2, secondo periodo, l. 241/1990.

Sez. II, 03 febbraio 2023, n. 125 – Pres. Bellucci, Est. Arrivi

CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI GESTIONE DELLA PISCINA COMUNALE – REQUISITI DI ORDINE GENERALE – PRINCIPIO DI CONTINUITÀ - DECADENZA

A norma dell'art. 38, co. 1, lett. g) e i), d.lgs. 163/2006, la regolarità fiscale e previdenziale costituisce un requisito di ordine generale per l'affidamento di contratti da parte della pubblica amministrazione, in mancanza del quale l'operatore è escluso dalla partecipazione alla procedura d'evidenza pubblica e non può stipulare il relativo contratto.

In base al principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, tali requisiti devono essere posseduti e mantenuti dall'operatore economico dalla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte e per tutta la durata della procedura, fino all'aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4; Id., 20 luglio 2015, n. 8; Id., 29 febbraio 2016, nn. 5 e 6).

A ciò consegue, innanzitutto, che, se l'operatore perde il requisito della regolarità fiscale e previdenziale, l'amministrazione deve escluderlo (rectius, dichiararlo decaduto) anche in costanza del contratto.

In secondo luogo, dal principio di continuità deriva l'inammissibilità di una regolarizzazione postuma della posizione dell'operatore, di tal che l'accoglimento dell'istanza di rateizzazione di un debito previdenziale o tributario non sana la posizione di irregolarità per il periodo precedente (Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2013, n. 15; Id., 20 agosto 2013, n. 20). Dunque, la rateizzazione del debito e il conseguente ottenimento di un DURC regolare non valgono a eliminare la precedente violazione.

L'intervento sostitutivo evocato dalla ricorrente non è un istituto a difesa dell'operatore economico, ma dei propri lavoratori (T.A.R. Napoli, Sez. I, 9 gennaio 2015, n. 96). L'art. 31 d.l. 69/2013 prevede che l'amministrazione versi direttamente i contributi insoluti trattenendoli dal corrispettivo dovuto all'affidatario del contratto. Il versamento diretto all'INPS e il meccanismo compensativo previsto dalla disposizione permettono di facilitare la regolarizzazione previdenziale, a tutela dei beneficiari dei contributi, cioè dei lavoratori dell'impresa inadempiente. Rimane però fermo che, ai fini di cui all'art. 38 d.lgs. 163/2006, l'operatore economico, incorso nell'irregolarità contributiva, ha ormai perso un requisito indefettibile per il mantenimento dell'aggiudicazione e del conseguente contratto. L'intervento sostitutivo non vale, dunque, a sanare la causa di esclusione o di decadenza, anche perché, diversamente opinando, sarebbe consentita la regolarizzazione postuma della posizione previdenziale, della cui inammissibilità si è già dato conto.

CONVALIDA

L'ente ha disposto la convalida non per sanare dei vizi sostanziali della deliberazione, bensì per emendare il vizio di incompetenza del Consiglio comunale a proclamare la decadenza dalla concessione (avuto riguardo alla generale competenza attribuita ai dirigenti ai sensi dell'art. 107 d.lgs. 267/2000). Sotto il profilo sostanziale, infatti, la convalida fa proprie, condividendole, le ragioni fondanti la pronuncia decadenziale. Risulta dunque rispettato il principio per cui la convalida ex art. 21 nonies, co. 2, l. 241/1990 – generando una fattispecie complessa, derivante dalla "saldatura" con il provvedimento convalidato, e determinando una sanatoria ex tunc del medesimo – è utilizzabile per emendare i vizi di tipo formale e procedimentale, ivi compreso quello di incompetenza relativa, mentre non è fruibile per sanare i vizi sostanziali, derivanti dall'insussistenza di un presupposto o requisito di legge o dall'irragionevolezza e non proporzionalità del decisum (Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385).

EDILIZIA E URBANISTICA

Sez. II, 13 gennaio 2023, n. 45 – Pres. Est. Bellucci

CONTRIBUTO DI COSTRUZIONE – DIFFERENZA FRA DEMOLIZIONE E RISTRUTTURAZIONE

Deve essere richiamata la pronuncia della Corte Costituzionale del 26.6.1991 n. 296, avente ad oggetto la previgente previsione di cui all'art. 9, lett. d) della legge 28.1.1977 n. 10 che - analogamente all'art. 17, c. 3, d.P.R. n. 380/2001- esonerava dal contributo "gli interventi di restauro, di risanamento conservativo, di ristrutturazione e di ampliamento, in misura non superiore al venti per cento, di edifici unifamiliari".

La Corte Costituzionale, con la suddetta sentenza interpretativa di rigetto, ha escluso l'illegittimità della norma, nella parte in cui non comprendeva, nella previsione di esenzione dal contributo, accanto all'ipotesi di ristrutturazione ed ampliamento nei limiti del venti per cento, anche quella dell'integrale ricostruzione del fabbricato demolito, adibito ad abitazione unifamiliare, su area immediatamente adiacente. In quell'occasione, la Corte ha osservato che, ai fini del riconoscimento dell'esonero in questione, "il concetto di ristrutturazione mal si presta a comprendere la fattispecie della demolizione accompagnata dalla ricostruzione dell'edificio sullo stesso suolo" ed ha ritenuto quindi pienamente giustificata la previsione dell'esonero limitatamente alle ipotesi di ristrutturazioni ed ampliamenti e non anche alle ipotesi di integrale ricostruzione (TAR Piemonte, II, 26.5.2020, n. 322).

Il criterio che distingue l'intervento di demolizione e ricostruzione e la nuova costruzione è rappresentato dall'assenza di variazioni del volume, dell'altezza o della sagoma dell'edificio, di conseguenza, in mancanza di tali indefettibili e precise condizioni, l'intervento deve essere configurato come una nuova costruzione (Cons. Stato, IV, 23.3.2022, n. 2106).

Sez. II, 16 gennaio 2023, n. 53 – Pres. Bellucci, Est. Faviere

PROGETTO DEFINITIVO DI VARIANTE PARZIALE – AUTONOMIA ENTI LOCALI

L'approvazione del progetto definitivo di una variante urbanistica, con tutti i relativi allegati, non si pone come un atto di mera presa d'atto di precedenti provvedimenti ma come esercizio di piena discrezionalità da parte dell'amministrazione.

In sede di pianificazione generale del territorio la discrezionalità, di cui l'Amministrazione dispone per quanto riguarda le scelte in ordine alle destinazioni dei suoli, è talmente ampia da non richiedere una particolare motivazione al di là di quella ricavabile dai criteri e principi generali che ispirano il piano regolatore generale, dagli elaborati e dalle relazioni tecniche (cfr. ex multis Cons. Stato Sez. IV, 16/01/2012, n. 119).

Non risulta rinvenibile nell'ordinamento alcun principio generale per il quale sussiste l'obbligo di trattare in prima convocazione, o con maggioranze qualificate, atti di pianificazione urbanistica. È desumibile, invece, il diverso principio secondo il quale in materia di ordinamento degli enti locali il funzionamento dei consigli comunali è disciplinato dal relativo regolamento nel quadro dei principi stabiliti dallo statuto (art. 38, D. Lgs. n. 267/2000).

Tale regolamento deve prevedere, tra l'altro, le modalità per la convocazione dell'assemblea nonché il numero dei consiglieri necessario per la validità delle sedute. La materia è stata, dunque, delegata. Spetta ai singoli comuni, dotati di autonomia normativa e funzionale, disciplinare il funzionamento dei propri organi più rappresentativi con l'unico limite del rispetto dei principi statutari (che non risultano pertanto vincolati dal necessario rispetto dei limiti evidenziati dal ricorrente), legislativi e costituzionali (cfr. ex multis T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 24/04/2007, n. 296, T.A.R., Milano, sez. III, 19/07/2016, n. 1442).

A tale regola generale non fa eccezione neanche l'indicazione normativa, contenuta nel citato art. 38 del TUEL, della preferenza da accordare, per i comuni con popolazione inferiore a 15.000 abitanti, alle convocazioni fuori orario lavorativo. Ciò si desume sia dal tenore letterale della norma che disciplina una semplice facoltà operativa ("Le sedute del consiglio e delle commissioni sono

pubbliche salvi i casi previsti dal regolamento e, nei comuni con popolazione fino a 15.000 abitanti, si tengono preferibilmente in un arco temporale non coincidente con l'orario di lavoro dei partecipanti”) che da una lettura sistematica delle regole che presidiano le prerogative dei consiglieri comunali eletti (i quali, anche se lavoratori dipendenti, godono di una serie di permessi retribuiti per la partecipazione alle assemblee disciplinati dalla legge - ai sensi dell’art. 79 del TUEL - e dai contratti collettivi nazionali).

Sez. II, 20 gennaio 2023, n. 76 – Pres. Bellucci, Est. Faviere

ORDINANZA DI DEMOLIZIONE - PARERE SOPRINTENDENZA ARCHEOLOGIA BELLE ARTI E PAESAGGIO

Nei procedimenti complessi in cui più amministrazioni intervengono a vario titolo, oggetto di impugnazione non può che essere il provvedimento finale poiché il solo in grado di produrre gli effetti tipici previsti dalla legge ed incidere formalmente e sostanzialmente nella sfera giuridica del privato. Ciò comporta al più l’onere di impugnare anche gli atti endoprocedimentali a carattere vincolante (quali i pareri della soprintendenza in caso di istanze di conformità paesaggistica ai sensi dell’art. 167 del D.Lgs. n. 42/2004) ma non esime i ricorrenti dalla impugnazione dei provvedimenti conclusivi del procedimento i quali, peraltro, non sono privi di effetti propri e legittimano l’amministrazione alla adozione degli ulteriori provvedimenti a carattere afflittivo (quali, nel caso di specie le ordinanze di demolizione).

Sez. II, 3 febbraio 2023, n. 124 – Pres. Bellucci, Est. Caccamo

PIANI REGOLATORI – LEGITTIMO AFFIDAMENTO

La ricorrente non può vantare una posizione di affidamento qualificato e giuridicamente tutelabile in relazione alla realizzazione dell’opera, tale da rendere illegittima l’introduzione nelle N.T.A. comunali di previsioni per l’adeguamento dei Piani regolatori e dei Regolamenti edilizi alle indicazioni di tutela per il Sito UNESCO. Con il Protocollo d’Intesa, infatti, il Comune di Quaranti si è limitato ad “autorizzare” la ricorrente a sottoporre alla Provincia di Asti il progetto dell’impianto “al fine di ottenere le autorizzazioni previste” per l’esercizio dell’attività di recupero fanghi, ai sensi del D. Lgs. n. 152/2006, di competenza provinciale e di cui l’amministrazione comunale non poteva garantire in alcun modo il rilascio. Detta “autorizzazione” ha la sola finalità di consentire alla ricorrente – non proprietaria dell’area interessata dall’impianto – di presentare istanza alla competente Provincia per il rilascio delle necessarie autorizzazioni operative, legittimando la stessa ad assumere un’iniziativa per cui è necessario un valido titolo di proprietà o di disponibilità del terreno destinato a ospitare l’opera.

Anche a voler ammettere che il Comune di Quaranti si sia in qualche misura impegnato nei confronti della ricorrente al fine di favorire l’autorizzazione dell’impianto, tale circostanza non potrebbe comunque rappresentare una causa di illegittimità del provvedimento impugnato, assunto dalla Comunità Collinare, che rimane estraneo agli accordi contratti dalle parti e alla loro attuazione. Ogni eventuale pretesa violazione della posizione giuridica sorta in capo alla ricorrente a seguito della sottoscrizione del Protocollo d’Intesa, infatti, assume rilievo solo nell’ambito dei rapporti tra i soggetti – ricorrente e Comune – che vi sono parti, ma non rileva all’esterno di tale dinamica e rispetto all’esercizio di poteri amministrativi di competenza della Comunità Collinare, che è soggetto giuridico autonomo dagli enti locali che ad essa aderiscono, risultando altresì dotata di propri organi e di potestà statutaria e regolamentare.

Infine, la sussistenza in capo alla ricorrente di una posizione di affidamento qualificato deve escludersi anche sulla base della lettura del Protocollo e delle sue appendici, da cui risulta che la sua validità non è collegata alla realizzazione dell’opera, ma ha una durata temporale limitata, alla scadenza del quale non ha fatto seguito alcuna ulteriore proroga.

Sez. II, 3 febbraio 2023, n. 130 – Pres. Bellucci, Est. Faviere

ABUSO EDILIZIO – ORDINE DI DEMOLIZIONE E RIPRISTINO STATO DEI LUOGHI

È noto che per costante orientamento giurisprudenziale “ai fini della prova degli abusi edilizi, costituisce onere del privato che ha commesso l'abuso edilizio provarne l'epoca di realizzazione. L'onere per il privato di dimostrare che l'opera è stata completata entro la data utile comporta che neanche la dichiarazione sostitutiva di atto notorio è sufficiente a tal fine, essendo necessari inconfutabili atti o documenti che, da soli o unitamente ad altri elementi probatori, offrano la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione del manufatto” (T.A.R. Sicilia Palermo Sez. II, 18/10/2022, n. 2885).

Nel rispetto del principio costituzionale di buon andamento, in presenza di abusi quali quelli di specie, l'amministrazione comunale deve esaminare contestualmente ed unitariamente l'intervento abusivamente realizzato. Ciò al fine precipuo di contrastare eventuali artificiose frammentazioni che, in luogo di una corretta qualificazione unitaria dell'abuso e di una conseguente identificazione unitaria del titolo edilizio che sarebbe stato necessario, prospettino una scomposizione virtuale dell'intervento finalizzata all'elusione dei presupposti e dei limiti di ammissibilità autorizzativa.

Non avendo il ricorrente dimostrato la preesistenza dei manufatti rispetto alla data di apposizione del vincolo paesaggistico (risalente all'anno 1978) né alla l. n. 765/1967, risulta che gli stessi necessitano di entrambi i titoli di cui i provvedimenti impugnati rilevano la carenza, inclusa l'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 del D.Lgs. n. 42/2004.

Sez. II, 15 febbraio 2023, n. 162 – Pres. Bellucci, Est. Caccamo

PIANO REGOLATORE GENERALE – NATURA POTERE REGIONE

La Regione si è limitata a effettuare uno stralcio della disciplina relativa all'area ACR5 e non una modifica d'ufficio, non avendo introdotto, di fatto, una destinazione nuova e diversa rispetto a quella precedentemente riconosciuta all'area in questione.

La Regione Piemonte non ha impresso, con proprie valutazioni di merito, una nuova disciplina urbanistica all'area considerata, poiché, una volta espunta dal nuovo disegno pianificatorio, quest'ultima continua a essere regolamentata secondo l'originaria destinazione agricola impressa dello strumento urbanistico generale (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 20.05.2014, n. 2563; TAR Piemonte, Sez. I, 12.08.2016, n. 1115); in sostanza, non si assiste a una sovrapposizione definitiva della volontà regionale a quella del comune, configurandosi piuttosto un'ipotesi di mancata approvazione del piano in parte qua, che non necessita, in quanto tale, di specifica motivazione (ad ogni modo presente nell'Allegato E alla delibera regionale impugnata).

In tal senso si è espresso più volte questo Tribunale, con conclusioni condivisibili a cui il Collegio intende dare continuità, evidenziando che “la Regione, senza pervenire ad una complessiva bocciatura del nuovo PRGC, può limitarsi a “non approvare” la parte oggetto di criticità, che resta così disciplinata dalle preesistenti previsioni di piano individuate dal Comune e può essere a sua volta oggetto di nuovi interventi pianificatori. Per la conformità alla luce della legge urbanistica piemontese di uno stralcio parziale del progetto di PRGC si veda anche Tar Piemonte sez. I, n. 609/2017; la soluzione è stata convalidata dal giudice di appello nella sentenza Cons. St, sez. IV, n. 2563/2014” (cfr. TAR Piemonte, Sez. II, 5.04.2019, n. 406; Id. 30.04.2019, n. 526).

La giurisprudenza ha, tuttavia, precisato che le modifiche d'ufficio apportate dalla Regione al P.R.G. ex art. 10, comma 2, lett. c), della L. n. 1150/1942 sono sempre ammesse ai fini specifici della tutela del paesaggio e dell'ambiente, in coerenza con l'interesse pubblico, sancito dalla legge, della salvaguardia delle caratteristiche ambientali del territorio e tale potere non soggiace al limite concernente il divieto di innovazioni sostanziali posto dalla prima parte della norma citata (T.A.R. Sicilia, Palermo Sez. II, 04.11.2019, n. 2535).

INDUSTRIA

Sez. II, 27 gennaio 2023, n. 110 – Pres. Est. Bellucci

INCENTIVI ALLA REALIZZAZIONE DI INTERVENTI A TUTELA DI SICUREZZA E SALUTE SUL LAVORO – REIEZIONE CONTRIBUTO - GIURISDIZIONE

L'atto impugnato riguarda la fase della rendicontazione, ovvero una fase distinta e successiva a quella dell'ammissione al finanziamento.

Sussiste sempre la giurisdizione ordinaria quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla Pubblica Amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'an, il quid o il quomodo dell'erogazione (vedi A.P. 6/2014 la quale cita Cass. Sez. Un. 7 gennaio 2013, n. 150). Inoltre, "qualora la controversia attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un addotto inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dell'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, anche se si faccia questione di atti formalmente intitolati come revoca, decadenza o risoluzione, purché essi si fondino sull'inadempimento alle obbligazioni assunte di fronte alla concessione del contributo. In tal caso, infatti, il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione" (cfr. Cass. Sez. Un., ord. 25 gennaio 2013, n. 1776)" (A.P. n. 6/2014). Viceversa, "è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, solo ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario (Cass. Sez. Un. 24 gennaio 2013, n. 1710; Cons. Stato, Ad. Plen. 29 luglio 2013, n. 17)" (TAR Lazio, Roma, III, 10.4.2019, n. 4692).

PUBBLICO IMPIEGO

Sez. I, 4 gennaio 2023, n. 7 – Pres. Prospero, Est. Malanetto

INDENNITÀ DI BUONA USCITA – LEGITTIMAZIONE PASSIVA

L'unico soggetto obbligato a corrispondere l'indennità di buonuscita è il competente Ente previdenziale, con conseguente difetto di legittimazione passiva del Ministero dell'Economia e delle finanze. La circostanza che il Ministero dell'Economia e delle finanze debba comunque partecipare al procedimento amministrativo prodromico alla definizione della buonuscita non incide infatti sulla legittimazione processuale, atteso che solo l'INPS rappresenta il soggetto debitore nei confronti degli appellati (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, Sez. giurisd., 5 settembre 2022, n. 944; Id. 22 agosto 2022, n. 936; 19 agosto 2022, n. 930; 28 luglio 2022, n. 866), nei cui esclusivi confronti, quindi, doveva essere ritualmente instaurata la controversia.

CALCOLO INDENNITÀ DI BUONUSCITA FORZE DI POLIZIA – REVIVISCENZA NORME

Si deve in linea di principio escludere che l'abrogazione dell'art. 11 della l. n. 231 del 1990, che ha sostituito l'art. 1 comma 15-bis d.l. n. 379 del 1987, abbia determinato la riviviscenza della disposizione nell'originaria formulazione di tale articolo, dovendosi piuttosto ritenere che il Codice

dell'ordinamento militare, nell'abrogare l'art. 11 legge n. 231 del 1990, abbia comportato l'abrogazione per incompatibilità sistematica dell'art. 1, comma 15-bis, d.l. n. 379 del 1987.

Secondo l'orientamento maggioritario la vigenza di una regolamentazione espressa da un atto normativo è fattore sufficiente a escludere, quantomeno per incompatibilità, che possa esserci spazio per il ripristino della normativa precedente sulla stessa materia, poiché in base al criterio cronologico l'interprete dovrà preferire sempre la norma più recente e, di conseguenza, considerare abrogata quella più antica. Il giudice delle leggi, con sentenza n. 13 del 24 gennaio 2012, ha corroborato l'orientamento maggioritario, ammettendo eccezionalmente la reviviscenza di norme abrogate quando essa sia desumibile da una volontà certa e indiscutibile del legislatore.

Va inoltre rilevato che proprio nel Codice dell'ordinamento militare è espressamente dichiarata la volontà del legislatore di superare le differenze di trattamento rispetto a quanto previsto per il personale della Polizia di Stato, coerentemente con il fine perseguito della equiparazione del trattamento economico delle diverse Forze di Polizia (Corte Cost., 12 giugno 1991, n. 277).

Ritenuto pertanto abrogato l'art. 1, comma 15-bis, d.l. n. 379 del 1987 rimane perciò fermo per tutte le forze di polizia, l'art. 6-bis d.l. n. 387 del 1987.

Per tutto quanto sopra esposto, si ritiene che la liquidazione dell'indennità di fine servizio da corrispondere anche al personale della Guardia di Finanza che cessa dal servizio a domanda sia disciplinata dall'articolo 6-bis, del decreto-legge 21 settembre 1987, n. 387, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 1987, n. 472, richiamato dall'art. 1911 del Codice dell'ordinamento militare, non essendo più in vigore la norma che limitava l'applicazione dell'istituto de quo ai casi di cessazione dal servizio per età o di inabilità permanente o di decesso.

Sez. I, 17 gennaio 2023, n. 59 – Pres. Prosperi, Est. Cerroni

PROCEDIMENTO DISCIPLINARE – AUDIZIONE - IMPEDIMENTO LEGGITTIMO

L'impedimento alla partecipazione alla seduta del Consiglio di disciplina deve consistere in una vera e propria impossibilità oggettiva ad intervenire all'audizione, non potendosi ritenere sufficiente un qualsiasi stato di infermità e l'onere di dimostrarne la sussistenza grava sull'incolpato.

Sez. I, 18 gennaio 2023, n. 73 – Pres. Prosperi, Est. Risso

PROCEDIMENTO DISCIPLINARE – TERMINI

L'art. 6, comma 4 del d.lgs. n. 449 del 1992 trova applicazione nel solo caso in cui venga applicata la più grave delle sanzioni, e cioè, la destituzione, il cui rigore ben giustifica, come contrappeso in ottica garantista, la fissazione di termini perentori per la conclusione di tali procedimenti.

Sez. I, 26 gennaio 2023, n. 97 – Pres. Prosperi, Est. Malanetto

PROFESSORE UNIVERSITARIO - ATTIVITÀ LIBERO-PROFESSIONALE NON AUTORIZZATA - PROCEDIMENTO DISCIPLINARE – TERMINI

L'amministrazione ha, come prescritto dalla normativa applicabile, avviato il procedimento entro 30 giorni dalla conoscenza dei fatti, individuabile nell'informativa della Guardia di Finanza

E' del tutto pacifico in giurisprudenza con riferimento al procedimento disciplinare dei professori universitari che, da un lato, "tutti i termini stabiliti dalle norme di settore, con riferimento alla fase (istruttoria) precedente al momento di avvio del procedimento disciplinare, coincidente con la comunicazione della contestazione degli addebiti, debbono considerarsi ordinatori, tenuto conto che il legislatore espressamente non li qualifica come perentori e che la fase pre-procedimentale non può giuridicamente equipararsi a quella realmente procedimentale" (ex pluribus Cons. St. VI, 2379/2019), dall'altro, l'unico termine perentorio previsto per la conclusione del procedimento non può decorrere se non dall'acquisizione di una notizia di infrazione di contenuto tale da consentirne il pieno apprezzamento.

Il sistema di disciplina per il pubblico impiego già prevede meccanismi di decadenza e non di prescrizione, trattandosi pur sempre di esercizio di un potere; in ogni caso in mancanza di apposita disposizione non si comprende perché il termine prescrizionale dovrebbe essere quinquennale e non decennale ordinario; la condotta contestata, in quanto continuativa, non comporterebbe comunque il decorso del termine prescrizionale se non dal momento, a tutto concedere, della sua cessazione (nel caso di specie, svolgimento di attività libero-professionale non autorizzata in costanza di rapporto a tempo pieno), senza contare il rilievo della effettiva percepibilità dell'illecito incidente sul dies a quo del decorso del potere/dovere di agire disciplinarmente da parte dell'amministrazione.

Sez. I, 2 febbraio 2023, n. 120 – Pres. Prosperi, Est. Cerroni

DINIEGO DI ASSEGNAZIONE TEMPORANEA - LESIONE INTERESSE LEGITTIMO - RISARCIMENTO DANNI

Il fatto colposo imputato all'Amministrazione è rappresentato nel caso di specie dal reiterato illegittimo diniego di assegnazione temporanea del graduato a norma dell'art. 42-bis cit. Le reiterate illegittimità attizie in cui è incappata l'Amministrazione non possono valersi dell'esimente dell'incertezza del quadro normativo – dovendo rammentare la nitida statuizione del giudice di appello che già nel 2015 riteneva un pacifico approdo giurisprudenziale l'applicabilità della norma al personale delle forze dell'ordine – né riveste alcuna rilevanza lo *ius superveniens* di cui all'art. 45, co. 31-bis del d.lgs. 95/2017, interpolato dal d.lgs. 172/2019, che derubriherebbe l'onere motivazionale dei dinieghi alle mere esigenze organiche o di servizio, in quanto inapplicabile *ratione temporis* alla fattispecie concreta.

L'irragionevolezza e la contraddittorietà dell'azione amministrativa, la quale da un lato ha addotto carenze organiche nel ruolo immediatamente superiore - argomento già di per sé fomite di perplessità - e dall'altro ha disposto contestualmente due trasferimenti proprio nell'ambito di questa qualifica, connota un comportamento colposo in quanto imperito e violativo dei canoni fondamentali posti a base dell'agere amministrativo – ossia i parametri di coerenza intrinseca ed estrinseca, ragionevolezza ed imparzialità.

Sul piano del nesso causale, apprezzabile nelle sue autonome dimensioni di causalità materiale e causalità giuridica, il Collegio opina che l'esito provvedimentale di diniego reiterato nel tempo ha forzatamente tenuto lontano il ricorrente dal figlio in tenera età costringendolo a disagiati trasferimenti mensili per garantire, nei limiti del possibile, la propria presenza e il disimpegno del proprio ruolo genitoriale. Il danno-evento va ravvisato, dunque, nella circostanza incontestata della prosecuzione del servizio nella sede torinese, quale conseguenza immediata e diretta del diniego di trasferimento illegittimo, sicché il nesso di causalità materiale appare con tutta evidenza sussistente nella fattispecie, discendendo in via diretta dal contenuto reietivo dei provvedimenti dell'Amministrazione.

Occorre, quindi, spostare il fuoco dell'indagine sul nesso di causalità giuridica, volto ad individuare il danno-conseguenza mercé la selezione e la delimitazione delle voci di danno risarcibili discendenti quale effetto immediato e diretto dal danno-evento. Nel caso di specie viene in rilievo la ritardata assegnazione temporanea presso la sede più vicina alla residenza familiare (danno-evento) che ha cagionato la conculcazione della posizione giuridica soggettiva del ricorrente all'esercizio delle prerogative genitoriali a norma del codice civile (v. artt. 147 e 316 cod. civ.) di chiara derivazione costituzionale (art. 30 Cost.) e sovranazionale (cfr. art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea "il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse" e artt. 3, 5 e 9 Convenzione sui diritti del fanciullo fatta a New York il 20 novembre 1989), prerogative pur mediate dal filtro dei doveri di servizio e oggetto di ponderato bilanciamento da parte del legislatore nel crogiuolo positivo forgiato dal paradigma dell'art. 42-bis cit.

Sez. I, 6 febbraio 2023, n. 138 – Pres. Prospero, Est. Risso

ATTRIBUZIONE “DELL’INCARICO DI RESPONSABILE DI AREA MISURE E SANZIONI DI COMUNITÀ DI CUI ALL’ART. 13, CO. 3, DM 23 FEBBRAIO 2017” – IMPUGNAZIONE GRADUATORIA - RIPARTO DI GIURISDIZIONE

La controversia non rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, ma del giudice ordinario. Il Collegio ritiene che l’interpello per cui è causa non costituisca un atto di macro organizzazione. Tale interpello non costituisce neppure un “concorso pubblico” in senso tecnico. L’oggetto dell’interpello è infatti l’attribuzione “dell’incarico di Responsabile di area misure e sanzioni di comunità di cui all’art. 13, co. 3, DM 23 febbraio 2017”.

L’art. 13 del d.m. 23 febbraio 2017 “Individuazione degli Uffici locali di esecuzione penale esterna quali articolazioni territoriali del Dipartimento della giustizia minorile e di comunità, nonché individuazione delle articolazioni interne dei medesimi Uffici locali e misure di coordinamento con gli Uffici interdistrettuali e distrettuali di esecuzione penale esterna”, rubricato “Profili professionali” recita: “Agli uffici di cui alla tabella A allegata al presente decreto, sono preposti funzionari della professionalità di servizio sociale con adeguata competenza e capacità, nominati, su proposta del Direttore generale, con provvedimento motivato del Direttore generale del personale, delle risorse e per l’attuazione dei provvedimenti del giudice minorile del Dipartimento” e al comma 3 precisa: “Alle sezioni distaccate e alle aree indicate all’articolo 10 sono preposti funzionari della professionalità di servizio sociale”.

La semplice pubblicità della selezione non consente un’assimilazione al pubblico concorso, trattandosi solo di una modalità finalizzata a garantire la trasparenza della procedura. Inoltre, nel caso in esame, non si tratterebbe della costituzione di un nuovo rapporto di impiego, bensì di un rapporto che riguarda parti già legate all’Amministrazione da un vincolo contrattuale.

Si versa, infatti, in uno dei casi previsti nell’art.63, d.lgs. n.165 del 2001, essendo la controversia relativa ad un rapporto di lavoro alle dipendenze di un ente compreso tra quelli di cui all’art.1, comma 2, del medesimo decreto e non relativa a procedure concorsuali per l’assunzione all’impiego, rientrando così nella giurisdizione ordinaria.

Sez. I, 10 febbraio 2023, n. 151 – Pres. Prospero, Est. Malanetto

FORZE DI POLIZIA – PROCEDIMENTO DISCIPLINARE – DECRETO DI ARCHIVIAZIONE

La questione concernente l’applicazione nel caso di procedimento penale concluso con provvedimento di archiviazione, dell’art. 9, comma 6, del d.P.R. 25 ottobre 1981, n. 737, è stata oggetto di parere del Consiglio di Stato, n. 1972 del 24 aprile 2012, dal quale questo Collegio non ritiene di doversi discostare.

Il Consiglio di Stato ha osservato che “il decreto di archiviazione, a differenza della sentenza di assoluzione, non è idoneo a determinare quella conoscenza qualificata dei fatti, alla luce delle motivazioni del provvedimento giurisdizionale, che giustifica il decorso del termine decadenziale per l’esercizio dell’azione disciplinare (Cons. Stato sez. II 17 giugno 2022 n. 4974). Per un verso, infatti, il decreto di archiviazione non può assumere valenza di cosa giudicata e non contiene accertamenti processualmente certi che siano opponibili all’interessato nel procedimento disciplinare (653 c.p.p.), e, per altro verso, sentenza e decreto di archiviazione sono provvedimenti relativi a fasi di diversa natura del procedimento penale, tenuto conto che il rilievo del procedimento penale sul procedimento disciplinare, ai fini di una eventuale sospensione, sorge solo con l’esercizio dell’azione penale e che l’A.G. non ha l’obbligo di comunicare (neanche all’interessato) l’emissione del decreto di archiviazione (Cons. Stato, sez. III 29 gennaio 2015 n. 394 e 30 dicembre 2021 n. 8732, sez. I parere del 30 settembre 2010 n. 4407)” (Consiglio di Stato, sez. II, 7 dicembre 2022, n. 10743).

Conseguentemente, per ragioni sostanziali, prima ancora che in senso nominalistico, il decreto di archiviazione non è assimilabile ad una sentenza del giudice.

Pertanto, nell'interpretazione del sesto comma dell'art. 9 del d.P.R. n. 737/1981 non si può estendere la portata dell'espressione "sentenza" fino a comprendere in essa il decreto di archiviazione, che della sentenza non ha alcuno dei caratteri ed effetti sostanziali, sia pure ai limitati fini di stabilire il termine per iniziare l'azione disciplinare.

In siffatte ipotesi, il procedimento disciplinare deve, quindi, essere avviato a ridosso dell'acquisizione della notizia configurabile come illecito disciplinare, ai sensi dell'art. 103 del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, che trova applicazione anche nel caso di esercizio della potestà disciplinare a seguito del decreto di archiviazione del giudice delle indagini preliminari (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 7 dicembre 2022, n. 10743; Consiglio di Stato sez. IV 17 dicembre 2018 n. 7093) e che prevede che la contestazione degli addebiti avvenga "subito", intendendo con tale termine il legislatore riferirsi, come precisato dalla giurisprudenza amministrativa richiamata dal citato parere, "non ad un termine prestabilito e vincolante, ma ad un termine ragionevole e non dilatorio, da valutare secondo il caso concreto, entro il quale il procedimento disciplinare deve essere iniziato dall'Amministrazione, tenendo conto degli accertamenti preliminari e delle verifiche che il fatto rilevante disciplinarmente comporta "(Consiglio Stato, sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8284). Ed in effetti, proprio l'intrinseca mancanza di accertamenti desumibili dal decreto di archiviazione, comporta per l'amministrazione una esigenza di autonomamente verificare i fatti.

Nell'ipotesi dell'archiviazione, quindi, pur non essendo possibile applicare ai fini dell'avvio dell'azione disciplinare un termine di decadenza perentorio come quello previsto nel caso della sentenza, deve farsi riferimento ad una regola generale di ragionevole prontezza e tempestività da valutarsi caso per caso in relazione alla gravità dei fatti e alla complessità degli accertamenti preliminari, nonché allo svolgimento effettivo dell'iter procedimentale.

QUOTE LATTE

Sez. II, 4 gennaio 2023, n. 8 – Pres. Est. De Falco

PRELIEVO SUPPLEMENTARE – RATEIZZAZIONE

Ad AGEA spetta procedere al recupero forzoso, una volta che le aziende hanno deciso di non dar seguito al provvedimento di accoglimento disposto dal Commissario, atteso quanto previsto dai commi 10, 10 bis e 10 ter dell'art. 8 quinquies, che chiaramente riferiscono l'attività di recupero all'originario creditore, ossia all'Agenzia e non all'organo straordinario commissariale (da ultimo Cons. Stato, sez. III, n. 9716/2022; id. 5731/2022).

Invero, il recupero del prelievo supplementare tramite rateizzazione è sempre rimasto incardinato presso l'AGEA (in quanto coordinatore degli organismi pagatori che anticipano le somme del Feaga) e non presso il Commissario straordinario inteso come ufficio separato dall'Agea, e il passaggio dal Commissario straordinario al direttore non richiede alcuna specifica disposizione di legge, essendo implicito il subentro del secondo nelle funzioni del primo per tutte le competenze non espressamente attribuite a soggetti particolari. Il Direttore è stato poi nominato con d.m. 30 luglio 2014, con la conseguente estinzione dell'ufficio di Commissario straordinario. A partire da detta data è, quindi, il direttore che disciplina l'organizzazione degli uffici e decide il contenuto degli incarichi direttivi e la decorrenza degli stessi, nonché la durata in via transitoria degli incarichi attribuiti in precedenza (Cons. Stato, sez. III, n. 4159/2022).

MANCATA COSTITUZIONE AMMINISTRAZIONE INTIMATA – OBBLIGHI ISTRUTTORI – DOVERE DI COLLABORAZIONE

Ancorché la pubblica amministrazione abbia la più ampia facoltà di costituirsi in giudizio e di scegliere la propria strategia difensiva, ha anche un preciso obbligo giuridico di adempiere agli

incombenti istruttori disposti dal giudice amministrativo, in quanto l'ordine istruttorio viene diretto all'Amministrazione non perché parte processuale, bensì in quanto Autorità pubblica che deve collaborare con il giudice al fine di accertare la verità dei fatti. Con la conseguenza che l'inottemperanza dell'Amministrazione ai doveri di collaborazione istruttoria viene a concretare una condotta che rende applicabile l'art. 116 comma 2, c.p.c., per cui il giudice può desumere argomenti di prova dal contegno delle parti stesse nel processo, fino al punto di valutare, secondo il suo prudente apprezzamento, tale comportamento come ammissione dei fatti e delle circostanze dedotte dal ricorrente a sostegno del proprio diritto" (TAR Campania, Sez. II, n. 5571/2017).

Pertanto, applicando la regola di giudizio di cui all'art. 116 comma 2 c.p.c., ben può il giudice amministrativo, a fronte di un'istruttoria disposta e non adempiuta dall'Amministrazione convenuta, dare per provati i fatti allegati da parte ricorrente, ove tale conclusione non si ponga, come nel caso di specie, in contrasto con altri fatti ricavabili dagli atti di causa.

Sez. II, 23 gennaio 2023, n. 79 – Pres. Bellucci, Est. Faviere

AZIONE GENERALE DI ACCERTAMENTO DEL CORRETTO ESERCIZIO DI POTERI AMMINISTRATIVI DELLA AGEA – CARENZA INTERESSE A RICORRERE

Inquadrate, anche sulla scorta della prospettazione di parte, la situazione giuridica soggettiva sottesa al presente ricorso nell'interesse legittimo al corretto utilizzo del potere amministrativo (nel caso consistente nella determinazione dell'esatto ammontare delle somme dovute a titolo di prelievo supplementare), il collegio rileva la carenza dei presupposti per l'ammissibilità dell'azione di accertamento.

È innegabile che gli ultimi consolidati orientamenti ammettano l'esperibilità di tale tipologia di azione, sebbene a determinate condizioni. La protezione dell'interesse legittimo prefigura un sistema aperto di tutele e non di azioni tipiche in cui comunque l'azione di accertamento riveste carattere residuale (cfr. Cons. St., Sez. VI, 25 febbraio 2019 n. 1321).

Ammettendo pertanto l'esperibilità, in astratto, di tale rimedio giurisdizionale, nei giudizi come quello in esame occorre procedere alla corretta perimetrazione dell'ambito di esplicazione della domanda e definirne i presupposti che ne condizionano il concreto esercizio:

- la ricorrente non impugna alcun atto impositivo o esecutivo (iscrizione a ruolo, cartella di pagamento) relativa a crediti vantati dalla AGEA;
- l'interesse sostanziale dedotto dal ricorrente è quello alla corretta quantificazione dei crediti vantati dall'amministrazione;
- la situazione di obiettiva incertezza evidenziata nel ricorso, nel suo complesso, attiene non a rapporti giuridici definiti o a pretese creditorie circoscritte (o quantomeno definibili) ma, in generale, a tutti i rapporti esistenti ed alla complessiva azione amministrativa di quantificazione del credito. Tale incertezza sarebbe generata dalla circostanza che l'attività della AGEA sarebbe fondata su quadro normativo nazionale (dettato, in particolare, dall'art. 1, comma 8 del DL n. 43/1999, dall'art. 1, comma 5, del DL n. 8/2000 e dall'art. 9 del DL n. 49/2003, che disciplinano i criteri per la quantificazione e la distribuzione degli incentivi in compensazione nazionale) dichiarato a più riprese, in fattispecie consimili a quelle illustrate dalla ricorrente, non compatibile con il diritto comunitario (Corte di Giustizia UE, con sentenze 27 giugno 2019, C-348/2018 e 11 settembre 2019, C-46/18);
- non è dimostrato né chiarito nel ricorso in che misura le doglianze di parte attengono a poteri già esercitati o meno dalla AGEA oppure a determinazioni non ancora versate in provvedimenti impositivi.

Ciò determina, secondo i canoni ermeneutici definiti dalla giurisprudenza, l'inammissibilità della domanda per carenza di interesse al ricorso, quale presupposto per l'esercizio dell'azione di accertamento avanti questo giudice, ai sensi dell'art. 100 c.p.c.

REGIONE

Sez. II, 4 gennaio 2023, n. 11 – Pres. De Falco, Est. Ricci

REGOLAMENTO REGIONE PIEMONTE GESTIONE DELLE STRUTTURE RICETTIVE EXTRALBERGHIERE - CONCORRENZA – AGCOM

L'interesse pubblico valorizzato dalla Regione (alla programmazione delle politiche regionali in materia turistica) appare di rango non comparabile ai valori della libertà di iniziativa economica e di tutela della concorrenza, né comunque ascrivibile al novero delle "esigenze imperative di interesse generale" che sole possono giustificare simile restrizioni alla libertà di organizzazione e svolgimento dell'attività di impresa (cfr. art. 34, d.l. n. 201 del 2011). Esso appare piuttosto espressione di uno spirito dirigista, "all'interno di un settore di attività le cui dinamiche, invece, dovrebbero equilibrarsi naturalmente con l'incrocio fra domanda e offerta, in funzione della disponibilità, diversità e qualità dei servizi offerti" (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 13 giugno 2016, n. 6755).

L'effetto combinato di tali previsioni è quello di alterare sensibilmente le dinamiche concorrenziali del settore, assoggettando gli operatori interessati ad entrare nel mercato dell'ospitalità extra alberghiera a oneri più gravosi e stringenti, non previsti per le attività in esercizio. Inoltre, proprio il loro particolare perimetro applicativo secondo l'art. 17 rende le disposizioni irragionevoli, giacché l'esigenza imperativa e generale di tutela della salute – che, secondo la Regione, le giustifica – verrebbe garantita solo pro-futuro e non con riferimento alle strutture esistenti (cfr. in termini analoghi, Tar Lazio, Roma, sez. I-ter, 13 giugno 2016, n. 6755).

SERVIZI PUBBLICI

Sez. I, 7 febbraio 2023, n. 145 – Pres. Prospero, Est. Cerroni

SERVIZIO DI TELERISCALDAMENTO – NATURA GIURIDICA – RINEGOZIAZIONE

Il servizio di teleriscaldamento va ricondotto nel novero dei servizi pubblici locali "facoltativi" di cui all'art. 112 d.lgs. 267/2000.

Questo Tribunale ha ravvisato la sussistenza degli indici rivelatori della natura di servizio pubblico locale:

a) in primis, è stato dato rilievo all'atto di assunzione da parte del Comune, ossia la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di prendere in carico il servizio al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della comunità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013, n. 2396)

b) la successiva Convenzione per la concessione del pubblico servizio di erogazione del calore, mediante teleriscaldamento, agli edifici pubblici e privati situati nel Comune, con relativa realizzazione e gestione delle opere ed impianti strumentali ha dettato una specifica regolamentazione del servizio, affidato col modulo concessorio ed erogato agli utenti a fronte del pagamento di una tariffa.

La rinegoziazione è una facoltà – e non già un obbligo, tantomeno di risultato – gravante sulle parti nell'ipotesi di "hardship" (eccessiva onerosità o altre sopravvenienze) del sinallagma, indi l'avvio e la conclusione di tali trattative risponde a scelte discrezionali dell'Ente, con ciò tuttavia il Comune non ha formalmente negato la rinegoziazione, bensì ha solo precisato i termini entro cui tale eventualità potrà dispiegarsi;

Il Collegio è dell'avviso che il travagliato rapporto amministrativo e negoziale tra la parte pubblica e la parte privata non sia giunto, nella fattispecie, alla definizione di un assetto di rapporti cristallizzato in un atto provvedimento concretamente censurabile in sede giurisdizionale: la nota, nel suo contenuto misto - interlocutorio, di diffida e di richiesta di informazioni e documenti – si iscrive nella cornice di un dialogo indubbiamente difficoltoso, ma ancora in atto nella comune

consapevolezza che il rapporto di fatto vedrà il suo termine alla luce dell'annunciato avvio della procedura ad evidenza pubblica nella primavera del 2023, stando agli esiti della discussione in udienza pubblica.

In definitiva, il difetto di carattere provvedimentale e l'assenza di un univoco contenuto dispositivo privano la nota di concreta lesività, con l'ineluttabile corollario dell'insussistenza di un interesse concreto e attuale alla domanda demolitoria.

Ne discende la declaratoria di inammissibilità per difetto di interesse.

SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE

Sez. I, 17 gennaio 2023, n. 60 – Pres. Prosperi, Est. Risso

OBBLIGO VACCINALE DA SARS-COV-2 ART. 4 D.L. N. 44 DEL 2021 – SOSPENSIONE – GIURISDIZIONE

Questo Collegio, conformemente all'orientamento espresso dal Consiglio di Stato (tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 20 giugno 2022, n. 5014; Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2022, n. 8434), deve ribadire che l'art. 7 c.p.a. - in coerenza con le precedenti disposizioni di legge - afferma la sussistenza della giurisdizione amministrativa di legittimità quando sono impugnati atti emessi nell'esercizio del potere pubblico, e dunque autoritativi, non rilevando che si tratti di un potere discrezionale o vincolato (sul punto si richiama la sentenza della Corte Costituzionale n. 127 del 1998, per la quale è un postulato privo di qualsiasi fondamento il sostenere che un atto vincolato non possa incidere su posizioni di interesse legittimo).

Va, inoltre, rilevato che alla luce della sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 24 maggio 2008 sussiste la giurisdizione amministrativa a maggior ragione quando la legge abbia attribuito all'Amministrazione un potere volto a tutelare gli interessi pubblici.

Ebbene, le disposizioni contenute nell'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021, rubricato "Disposizioni urgenti in materia di prevenzione del contagio da SARS-CoV-2 mediante previsione di obblighi vaccinali per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario", sono dirette a tutelare il diritto alla salute, che la Repubblica, ai sensi dell'articolo 32 della Costituzione, deve tutelare "come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività".

la spendita di poteri amministrativi sull'accertamento circa l'inosservanza dell'obbligo vaccinale radica la giurisdizione di questo giudice amministrativo poiché espressione di esercizio di pubblico potere.

Tale giurisdizione si estende anche alla comunicazione di sospensione dal servizio, atteso che una simile evenienza costituisce effetto che discende direttamente dalla legge a carico del sanitario inottemperante (in termini, Cons. Stato, Sez. III, ordinanza 22 dicembre 2021, n. 6791).

OBBLIGO VACCINALE DA SARS-COV-2 ART. 4 D.L. N. 44 DEL 2021 – ESENZIONE – ONERE PROBATORIO

L'art. 4 d.l. n. 44/2021 definisce il perimetro soggettivo dell'obbligo vaccinale, individuandone i destinatari negli "esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario di cui all'articolo 1, comma 2, della legge 1° febbraio 2006, n. 43, che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, nelle parafarmacie e negli studi professionali". Tuttavia, l'art. 4 consente agli interessati, pur appartenenti alle suindicate categorie generali, di dimostrare la sussistenza delle condizioni di esonero, ugualmente contemplate in termini puntuali e rigorosi dal legislatore, attraverso la produzione dell'apposita certificazione. La norma ricollega l'esonero dall'obbligo vaccinale al solo caso di "accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate, attestate dal medico di medicina generale", ponendo, dunque, uno specifico onere documentale in capo al sanitario interessato all'esonero ed un dovere di verifica della idoneità della certificazione all'uopo rilasciata

dal medico di medicina generale in capo all'ASL. Il sanitario deve allegare la documentazione comprovante le specifiche condizioni cliniche da cui desumere il pericolo per la salute, idonea a consentire all'ASL di appurare la sussistenza dei presupposti dell'esonero.

Il Consiglio di Stato ha precisato che "poiché la norma, nella sua formulazione testuale, attribuisce al medico di medicina generale il compito di attestare l'"accertato pericolo per la salute, in relazione a specifiche condizioni cliniche documentate", ne deriva che di tali elementi costitutivi della fattispecie di esonero deve darsi espressamente atto nella certificazione all'uopo rilasciata: l'"attestazione" delle "specifiche condizioni cliniche documentate", quindi, non consiste nella (ed il relativo compito non può quindi ritenersi assolto mediante una) mera dichiarazione della loro esistenza "ab externo", essendo necessario, ai fini del perfezionamento della fattispecie esoneratrice, che delle "specifiche condizioni cliniche documentate" sia dato riscontro nella certificazione, unitamente al "pericolo per la salute" dell'interessato che il medico certificatore ritenga di ricavarne. Del resto, ove così non fosse, sarebbe neutralizzato qualsiasi potere di controllo - anche nella forma "minima" e "mediata" della esaustività giustificativa della certificazione, la quale implica e sottende la possibilità di vagliare, quantomeno secondo un parametro "minimo" di "attendibilità", la rispondenza della certificazione alla finalità per la quale è prevista, che la parte ricorrente esclude essere esercitabile dalla ASL - spettante all'Amministrazione, restando devoluta al medico certificatore ogni decisione in ordine alla (in)sussistenza dell'obbligo vaccinale: esito interpretativo che, tuttavia, risulta dissonante rispetto alla gravidanza - in termini sostanziali (con il riferimento alle "specifiche condizioni cliniche" ed al "pericolo per la salute") e probatori (allorché si richiede che le prime siano "documentate" ed il secondo "accertato") delle condizioni esoneratrici, delineate nei termini esposti dal legislatore" (sul punto, Cons. Stato, sez. III, 20 dicembre 2021, n. 8454).

STRANIERI

Sez. I, 3 febbraio 2023, n. 134 – Pres. Prospero, Est. Risso

RESPINGIMENTO ALLA FRONTIERA – GIURISDIZIONE

La giurisprudenza prevalente ritiene che l'impugnativa dei provvedimenti di respingimento alla frontiera possa essere proposta solo innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria (sul punto, Cons. Stato, sez. III, 13 settembre 2013, n. 4543; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-ter, 29 aprile 2020, n. 4359; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 13 settembre 2019, n.815; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 20 febbraio 2019, n. 269).

Il provvedimento del Questore - diretto al respingimento oltre i confini dell'extracomunitario - incide su temi soggettivi aventi consistenza di diritto soggettivo, in ragione dell'inesistenza di margini di ponderazione di interessi in gioco da parte dell'Amministrazione; in mancanza di norma derogatrice che assegni al giudice amministrativo la cognizione della impugnazione dei respingimenti, deve trovare applicazione il criterio generale secondo cui la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, proprio in ragione della inesistenza di margini di ponderazione di interessi in gioco da parte della Amministrazione, spetta al giudice ordinario.

Sez. I, 14 febbraio 2023, ord. n. 156 – Pres. Prospero, Est. Cerroni

ART. 103 DEL DECRETO-LEGGE 19 MAGGIO 2020, N. 34, CONVERTITO CON MODIFICAZIONI DALLA LEGGE 17 LUGLIO 2020, N. 77, EMERSIONE DEL LAVORO IRREGOLARE – CONDIZIONI OSTATIVE – REATI IN MATERIA DI STUPEFACENTI – QUESTIONE DI LEGITTIMITA' COSTITUZIONALE

Il Collegio ritiene che la disposizione di cui all'art. 103, comma 10, lett. c) del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 presenti assonanti profili di illegittimità costituzionale rispetto agli artt. 3 e 117, co. 1 della Carta fondamentale nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore straniero dalla

pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 73, co. 5 D.P.R. 309/1990 in quanto reato inerente agli stupefacenti, senza prevedere che la pubblica amministrazione provveda ad accertare in concreto che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato – profili alla luce dei quali si impone la rimessione alla Corte costituzionale della relativa questione, ai sensi dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale).

Il Collegio è ben consapevole che una questione di legittimità costituzionale di indole affine, in quanto relativa alla norma generale del testo unico (art. 4, co. 3 d.lgs. 286/1998), fu già sollevata in riferimento agli articoli 2, 3, 24 e 97 della Costituzione nella parte in cui la norma include tra i reati ostativi quelli inerenti agli stupefacenti, ancorché per ipotesi di lieve entità: in tale occasione la Corte costituzionale si è pronunciata risolutamente nel senso dell'infondatezza con la pronuncia n. 148 del 16 maggio 2008 statuendo che "l'inclusione di condanne per qualsiasi reato inerente agli stupefacenti tra le cause ostative all'ingresso e alla permanenza dello straniero in Italia non appare manifestamente irragionevole qualora si consideri che si tratta di ipotesi delittuose spesso implicanti contatti, a diversi livelli, con appartenenti ad organizzazioni criminali o che, comunque, sono dirette ad alimentare il cosiddetto mercato della droga, il quale rappresenta una delle maggiori fonti di reddito della criminalità organizzata (sentenza n. 333 del 1991)". Nel ribadire la propria giurisprudenza sul punto, il giudice delle leggi ha altresì soggiunto che "il cosiddetto automatismo espulsivo «altro non è che un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce, anche per gli stranieri, presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitri da parte dell'autorità amministrativa» (ordinanza n. 146 del 2002)".

Il Collegio è dell'avviso che tale orientamento sia meritevole di revisione critica alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento nazionale e della giurisprudenza della Corte costituzionale, nella sua viepiù intima compenetrazione con le fonti sovranazionali di matrice europea e col fervido pungolo della elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Non può non destare perplessità l'opzione regolatoria adottata dal legislatore emergenziale di estendere l'automatismo ostativo indistintamente al complesso dei reati inerenti agli stupefacenti, accomunando fatti lievi e fatti non lievi in una omologazione di regime che non può contentarsi di rinvenire la propria ratio nel contrasto senza esclusione di colpi dei fenomeni criminali che alimentano il mercato della droga quale fonte dei maggiori proventi per la criminalità organizzata a pena di strumentalizzare per ragioni politico-criminali anche le misure amministrative in materia di immigrazione tenendo in non cale la quasi mai semplice storia di integrazione degli stranieri nel nostro paese.

Più specificamente, la tenuità delle condotte abbracciate dalla nuova fattispecie, oggetto di distinta considerazione da parte del legislatore penale sia a livello sostanziale sia a livello processuale, non pare giustificare l'applicazione di un automatismo legale così rigoroso da negare in radice qualsivoglia chance di regolarizzazione per lo straniero che sia incorso in tale menda nel suo percorso di integrazione nella comunità nazionale: il sillogismo presuntivo sotteso all'automatismo scalza, infatti, qualsivoglia rilevanza alla valutazione individualizzata del profilo del singolo straniero richiedente e generalizza una presunzione assoluta di pericolosità sociale che non necessariamente trova corrispondenza nell'id quod plerumque accidit della gamma di condotte intercettate dalla nuova fattispecie per fatti lievi.

Si ritiene, di sollevare la questione di costituzionalità dell'art. 103, comma 10, lett. c) del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 17 luglio 2020, n. 77 per violazione dell'art. 3 Cost. e dell'art. 117, primo comma Cost. in relazione all'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui fa derivare automaticamente il rigetto della istanza di regolarizzazione del lavoratore straniero dalla pronuncia nei suoi confronti di una sentenza di condanna per il reato previsto dall'art. 73, comma 5 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, senza prevedere che la pubblica amministrazione provveda ad accertare che il medesimo rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato.

Sez. I, 20 febbraio 2023, n. 172 – Pres. Prosperi, Est. Risso

PERMESSO DI SOGGIORNO UE PER SOGGIORNANTI DI LUNGO PERIODO – CONDIZIONI REDDITTUALI

La giurisprudenza ha precisato che, per stabilire se sussistano le condizioni reddituali richieste dalla legge per il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, l'Amministrazione deve tenere conto di tutti gli elementi atti a dimostrare la perdurante futura disponibilità di risorse economiche sufficienti a garantire il mantenimento dello straniero durante tutta la sua permanenza nel territorio dello Stato (tra le tante, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 30 agosto 2021, n. 1959).

Più nello specifico, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha evidenziato che "...spetta alle autorità competenti degli Stati membri analizzare in pratica la situazione individuale del richiedente lo status di soggiornante di lungo periodo nel suo insieme e indicare i motivi per cui le sue risorse sono sufficienti e se presentano o no una certa permanenza e continuità, in modo che il richiedente non diventi un onere per lo Stato membro ospitante" (Corte giustizia UE, sez. III, 3 ottobre 2019, n. 302).

Sez. I, 23 febbraio 2023, n. 192 – Pres. Prosperi, Est. Malanetto

PERMESSO DI SOGGIORNO PER MOTIVI DI STUDIO – INTERESSE AD AGIRE

Nelle more, la ricorrente ha ottenuto un altro valido titolo di soggiorno per quanto concerne la sua permanenza sul territorio nazionale.

Appare tuttavia al Collegio che la ricorrente mantenga interesse all'annullamento dell'impugnato provvedimento, in quanto la regolarità della permanenza per ragioni di studio, una volta completato il ciclo di studi stesso, può a sua volta essere il presupposto per la successiva regolare permanenza ad altro titolo.

Il diniego espresso sull'apodittico assunto che il nuovo corso intrapreso non sarebbe la prosecuzione o comunque il coerente sviluppo del percorso di studi per il quale l'iniziale autorizzazione all'ingresso era stata accordata è evidentemente infondato.