

**Concorso, per titoli ed esami, a cinque posti di Consigliere di Stato
(DPCS n.24 del 14 aprile 2015-G.U. n.30 4° Serie speciale del 21 aprile 2015)**

Tracce prove scritte (in grassetto prova estratta)

Diritto civile e commerciale, con riferimenti al diritto romano (23 maggio 2016)

- 1) **Assunzione di debito e vizi del rapporto sottostante.**
- 2) **Rinuncia e abbandono liberatorio nella servitù.**
- 3) **Stipulazione compromissoria e autotutela del creditore garantito.**

Diritto internazionale pubblico e privato e diritto dell'Unione europea (24 maggio 2016)

- 1) **Libera circolazione e protezione dei dati personali nell'ordinamento europeo e nei rapporti sia tra Stati membri sia con Stati terzi.**
- 2) **Criteri di collegamento in materia di giurisdizione, fori concorrenti e fori c.d. fraudolenti.**
- 3) **Ricorso unilaterale e autorizzazione all'uso della forza nel diritto internazionale pubblico e nei suoi riflessi con l'ordinamento costituzionale italiano.**

Diritto amministrativo (prova teorica) (25 maggio 2016)

- 1) **Obblighi di recupero ambientale e pianificazione urbanistica**
- 2) **Protocolli di legalità e procedimenti ad evidenza pubblica**
- 3) **Modelli organizzativi delle pubbliche amministrazioni in forma societaria tra autonomia privata e vincoli pubblicistici.**

Diritto amministrativo (prova pratica) (27 maggio 2016)

Traccia estratta: n. 3

Scienza delle finanze e diritto finanziario (28 maggio 2016)

- 1) **Accertamento tributario: nullità e prova di resistenza.**
- 2) **Crisi familiare e regime tributario dei trasferimenti immobiliari.**
- 3) **Potestà impositiva e situazioni soggettive del contribuente.**

TRACCIA N. 1

Il Consorzio per lo sviluppo industriale della Provincia di... indicava una procedura aperta per l'affidamento in appalto dei lavori di realizzazione della nuova sede consortile (bando pubblicato il 30 giugno 2013). All'esito della selezione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa tra le tre presentate veniva dichiarata aggiudicataria provvisoria l'impresa Alfa (verbale di gara n. 6 del 20 novembre 2013). Trascorso più di un mese senza che venisse dato ulteriore impulso al procedimento di gara, l'impresa Alfa intimava l'amministrazione ad emettere l'aggiudicazione definitiva ed a stipulare il contratto. In riscontro alla diffida, il Consorzio comunicava l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione provvisoria per sopravvenuta carenza di interesse pubblico alla realizzazione della nuova sede. A sostegno di ciò rappresentava di avere sottoscritto in data successiva un protocollo d'intesa con alcuni istituti privati di ricerca e imprese per la realizzazione presso la nuova sede consortile di un polo tecnologico, nell'ambito del quale queste ultime avrebbero acquisito in locazione alcune parti della nuova sede, i cui canoni avrebbero contribuito a coprire l'onere di ammortamento del mutuo che si sarebbe dovuto accendere presso la Cassa depositi e prestiti; che tuttavia le controparti non avevano dato seguito a loro impegni; che in conseguenza di ciò la Regione decideva di ritirare il contributo finanziario inizialmente previsto, pari al 40% del costo dell'opera. Quindi, ricevute le controdeduzioni dell'impresa Alfa, con delibera del consiglio d'amministrazione del 30 aprile 2014, il Consorzio disponeva la revoca dell'aggiudicazione provvisoria e della gara per le ragioni esposte nella comunicazione di avvio del procedimento, richiamando inoltre la clausola del bando di gara contenente l'espressa riserva a favore del Consorzio di non procedere all'aggiudicazione definitiva in mancanza delle risorse necessarie, ed ulteriormente rappresentando all'impresa aggiudicataria provvisoria la propria situazione di difficoltà finanziaria.

Con ricorso notificato al Consorzio il 9 giugno 2014 e depositato il successivo 20 giugno al TAR l'impresa Alfa chiedeva l'annullamento della delibera di revoca e dei presupposti atti del sub-procedimento, deducendo:

- la violazione degli artt. 7 e 10 l. n. 241 del 1990 e la lesione delle garanzie partecipative procedurali, perché il provvedimento di revoca si era fondato su ragioni ulteriori rispetto a quelle indicate nella comunicazione di avvio;
- l'intervenuta decadenza del potere di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, poiché disposta quando il termine di 30 giorni dell'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 era già spirato, ed inoltre per carenza dei presupposti ex art. 21-*quinqies* l. n. 241 del 1990, atteso che la volontà degli istituti di ricerca e delle imprese di non ottemperare agli obblighi di cui al protocollo di intesa era già nota al momento dell'indizione della gara, essendo le relative comunicazioni pervenute al Consorzio

1

tra il marzo ed il maggio del 2013, ed inoltre perché quest'ultimo non avrebbe praticato la possibilità di ricorrere al finanziamento bancario;

- la nullità della clausola del bando di gara contenente la riserva di non procedere all'aggiudicazione, in quanto qualificabile come condizione meramente potestativa, contraria all'art. 1355 cod. civ., ed inoltre perché avente l'effetto di esonerare l'amministrazione dalle sue responsabilità, con conseguente contrasto con l'art. 1229 cod. civ.

La ricorrente formulava inoltre domanda di condanna del Consorzio al rilascio del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., che assumeva essere dovuta una volta decorso il termine di 30 giorni dall'approvazione tacita dell'aggiudicazione provvisoria, ai sensi dell'art. 12, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, e per la conclusione del contratto d'appalto.

In via subordinata, l'impresa Alfa domandava:

- la condanna del Consorzio:

a) al risarcimento dei danni per il mancato utile conseguibile dall'esecuzione dell'appalto, quantificabile nella misura del 10% di quello risultante dalla propria offerta in sede di gara, oltre al danno curriculare e di immagine;

b) al risarcimento dei danni a titolo di responsabilità precontrattuale per lesione dell'affidamento ex art. 1337 cod. civ. sul buon esito della procedura di gara, in relazione al quale chiedeva il ristoro delle spese di partecipazione, la perdita di occasioni contrattuali alternative e, nuovamente, il danno curriculare e di immagine;

c) al ristoro, a titolo di indennizzo ex art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990. del pregiudizio sopportato.

Costituendosi in giudizio, il Consorzio chiedeva il rigetto di tutte le domande, eccependo in via pregiudiziale l'inammissibilità del motivo di impugnazione rivolto contro il bando, perché non proposto nel termine decadenziale decorrente dalla sua pubblicazione. Inoltre, con ricorso incidentale inviato per la notifica il 10 luglio, il Consorzio proponeva domanda di garanzia nei confronti della Regione, a causa della decisione di questa di ritirare il finanziamento destinato a coprire parte dei costi dell'opera, rappresentando a tale riguardo di avere agito davanti al giudice civile contro gli istituti di ricerca privati e le imprese firmatarie del protocollo di intesa.

Sei giorni prima dell'udienza pubblica di discussione davanti al TAR si costituiva la Regione la quale eccepiva l'inammissibilità della domanda di garanzia per difetto di giurisdizione amministrativa e dei presupposti ex art. 42 cod. proc. amm.

All'udienza di discussione il Consorzio eccepiva l'inammissibilità della costituzione della Regione ed in subordine chiedeva un termine per svolgere difese ulteriori a quelle esposte oralmente. Il TAR respingeva quest'ultima richiesta e tratteneva in decisione la causa.

Quindi, con sentenza pubblicata il 30 settembre 2015:



- a) respingeva la domanda di annullamento della revoca, ritenendo che sussistessero tutti i presupposti ex art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990;
- b) dichiarava conseguentemente assorbita l'eccezione di inammissibilità parziale del ricorso, limitatamente alla riserva di non procedere all'aggiudicazione definitiva prevista nel bando, sollevata dal Consorzio;
- c) in via di ulteriore conseguenza respingeva la domanda ex art. 34, comma 1, lett. c), cod. proc. amm. e di risarcimento dei danni corrispondenti al mancato utile derivante dal contratto;
- d) riteneva invece lesa l'affidamento dell'impresa Alfa, riconoscendole, sulla base delle prove fornite dalla ricorrente, l'indennizzo ex art. 21-*quinquies*, dopo avere riquilibrato il provvedimento impugnato come revoca dell'intera procedura e non della sola aggiudicazione provvisoria;
- e) quantificava l'indennizzo in € 15.000,00, di cui € 10.000,00 per le spese di partecipazione alla gara, pari all'importo delle fatture prodotte nel rispetto del termine previsto dall'art. 73 cod. proc. amm., ed un ulteriore importo di € 5.000,00 a titolo di danno curriculare, equitativamente liquidato;
- f) dichiarava la giurisdizione amministrativa sulla domanda di garanzia, per la natura provvedimento della determinazione di ritiro del finanziamento e per la connessione di rapporti dedotti in giudizio, e condannava la Regione a tenere indenne il Consorzio nei limiti del 40% di quanto pagato in esecuzione della condanna, stante il rilievo causale del ritiro del finanziamento rispetto alla revoca impugnata dall'impresa Alfa.

Con appello al Consiglio di Stato, notificato il 10 dicembre 2015 sia alla Regione che all'Impresa Alfa, il Consorzio impugnava la sentenza formulando le seguenti censure:

- 1) violazione del diritto di difesa e del contraddittorio, a causa dell'impossibilità di difendersi compiutamente sulla costituzione della Regione, con conseguente necessità di pronunciare l'annullamento della sentenza, con rinvio al TAR ex art. 105, comma 1, cod. proc. amm.;
- 2) erroneità della condanna al pagamento dell'indennizzo per violazione dell'art. 73 cod. proc. amm., perché la qualificazione del provvedimento impugnato come revoca della gara costituiva questione non trattata e non sottoposta al contraddittorio delle parti;
- 3) erroneo assorbimento dell'eccezione di inammissibilità parziale del ricorso principale, stante il rilievo della clausola del bando ai fini delle domande risarcitorie azionate dall'impresa Alfa;
- 4) violazione e falsa applicazione dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990, perché la revoca, anche laddove disposta nei confronti dell'intera gara, non fonda nel caso di specie alcun diritto all'indennizzo, per insussistenza di un affidamento tutelabile ex art. 1337 cod. civ. in capo alla concorrente che abbia conseguito la sola aggiudicazione provvisoria;



5) erroneità di questa statuizione anche per violazione dell'art. 1338 cod. civ., stante l'esclusione in radice di qualsiasi affidamento nell'aggiudicazione definitiva, in ragione della riserva di non procedere all'aggiudicazione prevista nel bando di gara, e della conoscibilità da parte dei concorrenti della possibilità dell'esistenza di vizi genetici del contratto;

6) erroneità della condanna al pagamento dell'indennizzo per assenza di prova e deduzione da parte dell'impresa Alfa dei pregiudizi ristorabili, non potendosi utilizzare a questo scopo le fatture di spesa per la partecipazione alla gara, in quanto prodotte dalla ricorrente oltre il termine per il deposito del ricorso;

7) erroneità della liquidazione equitativa del danno curriculare ed all'immagine.

Con appello incidentale inviato per la notifica il 5 gennaio 2016 l'impresa Alfa, dopo avere eccepito la novità delle censure di violazione dell'art. 1338 cod. civ. e dell'assenza di prova in ordine ai pregiudizi indennizzabili, impugnava la sentenza di primo grado, deducendo le seguenti censure:

I) omessa pronuncia sulla censura di violazione dell'art. 12 d.lgs. n. 163 del 2006, e per non avere conseguentemente accolto la domanda di adempimento dell'obbligo di emettere tale provvedimento ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. d), cod. proc. amm.;

II) in subordine, erroneità per non avere accolto la propria domanda di annullamento della revoca con riguardo a tutti gli altri motivi di impugnazione formulati in primo grado, evidenziando a questo riguardo, ed a confutazione dell'appello principale, che nella motivazione del provvedimento la sopravvenuta carenza di ragioni di interesse pubblico è espressamente riferita all'iniziale decisione di indire la gara e che, in ogni caso, spetta al giudice di qualificare la natura del provvedimento;

III) sempre in ordine all'annullamento della revoca, per falsa applicazione dei principi stabiliti dall'Adunanza plenaria del 27 aprile 2015, n. 5, secondo cui le censure di ordine procedimentale devono necessariamente essere esaminate con priorità;

IV) quindi, omessa pronuncia ex art. 112 cod. proc. civ. sulla domanda di condanna al risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale, che avrebbe dovuto comprendere anche le occasioni contrattuali alternative, come evincibili da bandi di gara coevi a quello oggetto di giudizio, per servizi analoghi, allegati all'appello incidentale, ed in ogni caso in base all'*id quod plerumque accidit*;

V) con riguardo alla medesima domanda, falsa applicazione dei principi stabiliti dall'Adunanza plenaria nella medesima sentenza n. 5 del 2015, tenuto conto che la domanda risarcitoria è necessariamente pregiudiziale rispetto a quella per il riconoscimento dell'indennizzo di cui all'art. 21-*quinquies*, perché comprensiva del lucro cessante consistente nella perdita di occasioni contrattuali favorevoli;

VI) in subordine rispetto alla condanna risarcitoria, erroneo mancato riconoscimento in sede di indennizzo ex art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990 della perdita di occasioni contrattuali alternative;



VII) omessa pronuncia di condanna solidale ex art. 2055 cod. civ. anche a carico della Regione e contraddittorietà rispetto alla natura provvedimento della sua condotta concausale rispetto ai pregiudizi subiti, riconosciuta dallo stesso TAR.

Con appello incidentale inviato per la notifica il 9 gennaio 2016 al solo Consorzio la Regione chiedeva l'accoglimento dell'appello principale del Consorzio, limitatamente alla condanna al pagamento dell'indennizzo, ed il rigetto dell'appello incidentale dell'impresa Alfa.

Inoltre,

a) censurava la dichiarazione affermativa della giurisdizione amministrativa sulla domanda di garanzia ed il suo accoglimento, eccependo che i rapporti tra Regione e Consorzio attengono ad obbligazioni patrimoniali di natura paritetica, conoscibili dal giudice ordinario;

b) eccepiva l'irricevibilità del ricorso incidentale di primo grado, perché notificato dal Consorzio oltre il termine di 30 giorni dalla notifica del ricorso principale, applicabile ex art. 120, comma 5, cod. proc. amm.;

c) reiterava l'eccezione di inammissibilità del medesimo ricorso per difetto dei presupposti di cui all'art. 42 cod. proc. amm.

Nelle memorie conclusionali le parti appellanti eccepivano e deducevano:

a) il Consorzio:

- l'irricevibilità dell'appello incidentale della Regione, perché notificato oltre il termine di 3 mesi dal deposito della sentenza di primo grado;

- l'inammissibilità del medesimo appello incidentale, perché non notificato all'impresa Alfa, interessata a contraddirvi, per i riflessi in ordine all'*an* ed al *quantum* della responsabilità del Consorzio;

- l'infondatezza della domanda di annullamento dell'impresa Alfa, per l'assorbente ragione che la rivalutazione dell'interesse pubblico, che legittima la revoca ai sensi dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241 del 1990, può conseguire anche ad una rinnovata valutazione dell'originario interesse pubblico;

b) l'impresa Alfa:

- a sostegno della domanda di annullamento della revoca e delle consequenziali domande risarcitorie, che il contributo finanziario regionale non è determinante per la stipula del contratto, poiché esso è destinato a fornire la copertura del solo 40% del costo dell'opera, e che la mancanza degli apporti privati attesi in base al protocollo d'intesa era nota prima dell'aggiudicazione provvisoria, mentre la clausola di riserva contenuta nel bando è nulla non solo ai sensi degli artt. 1355 e 1229 cod. civ., ma anche in base all'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, con conseguente rilevabilità d'ufficio del vizio;

- che, in ogni caso, essendo riproduttiva dell'art. 81, comma 3, del medesimo codice, si tratterebbe di clausola non lesiva;

- che ai fini della responsabilità precontrattuale in materia di appalti pubblici non rileva la colpa;



- che le produzioni documentali in appello sono ammissibili, trattandosi di prove precostituite e che in caso contrario spetta al potere officioso del giudice quello di disporre una consulenza tecnica d'ufficio, nel caso di specie richiesta sin dal ricorso di primo grado;

c) la Regione:

- la tempestività del proprio mezzo proposto entro il termine di 30 giorni dalla notifica dell'appello principale, ex art. 96, comma 3, cod. proc. amm;

- in subordine, la scusabilità dell'errore ex art. 37 cod. proc. amm., in ragione dei dubbi sull'applicabilità del dimezzamento dei termini previsto dall'art. 120, comma 5, cod. proc. amm. rispetto ad un giudizio di impugnazione di provvedimenti espressivi del generale potere di autotutela amministrativa, sia pure riferiti ad una procedura di affidamento di un appalto pubblico;

- in ogni caso, la possibilità per il giudice amministrativo d'appello di rivalutare anche in via officiosa la questione di giurisdizione, a fronte dell'appello principale del Consorzio, tendente ad infirmare l'an della condanna, e, sotto questo profilo, l'impossibilità di derogare alla giurisdizione ordinaria per ragioni di connessione.

All'esito della discussione all'udienza pubblica la causa era trattenuta in decisione.

* * * *

Il candidato rediga la sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.



TRACCIA N. 2

In seguito all'approvazione da parte di Anas s.p.a. di un progetto relativo all'ampliamento dell'asse autostradale, recante la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, per la cui realizzazione era delegata la concessionaria società Autostrade Alfa s.p.a., il Prefetto notificava al sig. Tizio, proprietario di un terreno immobiliare parzialmente interessato da questa nel Comune, il decreto di occupazione di urgenza del giugno 2003, di durata biennale.

Al momento dell'immissione della concessionaria nel possesso dell'area Tizio sottoscriveva con la società concessionaria un verbale di accordo amichevole nel 2004, finalizzato alla cessione volontaria dell'area e alla corresponsione dell'indennità di espropriazione.

Entro il termine ultimo previsto per il giugno 2007, derivante dalla proroga del biennio inizialmente previsto nel provvedimento di occupazione di pari durata, il decreto di espropriazione non veniva emanato, né veniva corrisposta al sig. Tizio l'indennità.

Quest'ultimo adiva quindi il TAR, con ricorso notificato nel 2011 nei confronti dell'Anas e della concessionaria autostradale, con il quale domandava l'accertamento dell'illegittimità della procedura espropriativa, l'annullamento del decreto di occupazione d'urgenza, la restituzione dell'area occupata, previa riduzione in pristino, o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente. In ogni caso chiedeva il ristoro pari al deprezzamento permanente del valore del terreno ed il danno da occupazione.

Con sentenza pubblicata nel 2014 il TAR adito:

- respingeva l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalle amministrazioni intimato per la contemporanea pendenza presso la Corte d'appello di un ricorso del medesimo sig. Tizio di opposizione alla stima dell'indennità di espropriazione;
- accoglieva la domanda di annullamento degli atti impugnati, escludendo che l'effetto traslativo dell'area si fosse verificato con la conclusione del verbale di accordo del 2004, e che la mancata stipula dell'atto di cessione o l'emissione del decreto di esproprio fosse imputabile al ricorrente, benché questi avesse taciuto che sul terreno era pendente una procedura esecutiva in sede civile;
- accertava quindi l'esclusiva responsabilità della concessionaria autostradale per l'illegittimo protrarsi della procedura espropriativa oltre il termine previsto dall'art. 22-bis, comma 6 d.p.r. n. 327 del 2001, e pertanto condannava quest'ultima a restituire al ricorrente l'area occupata o, in alternativa, ad acquisire la stessa mediante il provvedimento ex art. 42-bis del medesimo d.p.r.;

The bottom of the page features several handwritten signatures and initials in black ink. From left to right, there is a small signature, a larger signature, another signature, a set of initials, and two more signatures, one of which includes a small number '1' below it.

- per il caso di mancata restituzione, condannava la stessa concessionaria a risarcire il ricorrente dei danni subiti;
- a questo riguardo, ordinava alla società, ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm., di corrispondere l'indennizzo dovuto per la parte di occupazione legittima, e di risarcire i danni conseguenti alla sopravvenuta illegittimità dell'occupazione, avendo come riferimento il valore dell'area individuato nell'accordo amichevole del 2004.

Con appello proposto al Consiglio di Stato notificato al solo sig. Tizio la società Autostrade Alfa chiedeva l'annullamento e/o la riforma della sentenza di primo grado, sulla base dei seguenti motivi:

- erroneo rigetto dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per la contemporanea pendenza del giudizio di opposizione alla stima dell'indennità di espropriazione davanti alla Corte d'appello, proposto prima del presente giudizio;
- violazione degli artt. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, 12 l. 22 ottobre 1971, n. 865 e 26 l. 25 giugno 1865, n. 2359, ed erroneo accoglimento dell'azione di annullamento del provvedimento di occupazione d'urgenza, per non essersi il giudice di primo grado avveduto che l'accordo amichevole del 2004 era qualificabile come accordo procedimentale di cessione volontaria, comportante il definitivo trasferimento del terreno all'autorità espropriante;
- al medesimo riguardo, violazione e falsa applicazione dell'art. 1967 cod. civ., trattandosi di accordo scritto qualificabile come transazione, con effetti traslativi dei beni costituenti il relativo oggetto;
- errata applicazione degli artt. 22-*bis* e 13 d.p.r. n. 327 del 2001, per la mancata considerazione della proroga biennale del termine per l'espropriazione disposta dall'Anas prima della scadenza del quinquennio previsto per legge, in virtù della quale i termini di quest'ultima erano stati prorogati a tutto il 2011, anno in cui Tizio aveva proposto il ricorso giurisdizionale;
- erroneo accoglimento della medesima azione anche in ragione del fattore ostativo alla conclusione del procedimento espropriativo consistente nella contemporanea pendenza dell'esecuzione civile sul terreno del ricorrente;
- contraddittorietà della motivazione, nella parte in cui, pur avendo escluso che si fosse perfezionata la cessione dell'area in virtù dell'accordo amichevole del 2004, nondimeno, il TAR aveva utilizzato il valore dell'area in esso previsto come criterio per l'esercizio del potere di acquisizione sanante ex art. 42-*bis* del testo unico di cui al d.p.r. n. 327 del 2001 e per la condanna risarcitoria ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm.;
- violazione e falsa applicazione dell'art. 2933 cod. civ. con riguardo alla condanna restitutoria del terreno, malgrado la rilevanza strategica nazionale dell'opera autostradale.

Handwritten signatures and initials at the bottom of the page, including a large signature on the left, several smaller initials in the center, and a signature with the number '2' on the right.

Oltre a chiedere il rigetto dell'appello principale, con appello incidentale notificato alla società concessionaria autostradale ed all'Anas il sig. Tizio domandava l'annullamento e/o riforma della pronuncia di primo grado in relazione alla condanna al risarcimento del danno:

- per contraddittorietà, violazione dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm. ed errata interpretazione dell'accordo amichevole del 2004, dal quale, stante il suo carattere meramente prodromico rispetto alla futura stipula della cessione bonaria, non poteva essere ricavato il valore dell'area ivi previsto quale criterio della condanna risarcitoria, dovendo invece questo essere determinato in base all'effettivo valore venale del bene;

- per infrapetizione, a causa della mancata condanna solidale dell'Anas, quale autorità pubblica concedente l'opera da realizzare mediante la procedura ablativa impugnata, chiedendo che per questo capo di sentenza fosse pronunciato annullamento con rinvio al TAR ex art. 105, comma 1, cod. proc. amm., previa separazione del giudizio;

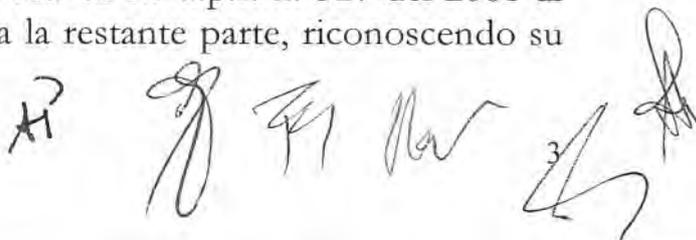
- in caso di mancata restituzione del terreno, per mancato riconoscimento del danno da deprezzamento dell'area, da liquidare sulla base del suo effettivo valore di mercato.

Il sig. Tizio eccepiva inoltre l'inammissibilità dell'appello della società concessionaria Alfa, perché non notificato ad Anas.

Costituendosi in giudizio l'Anas chiedeva che fosse dichiarato il proprio difetto di legittimazione passiva rispetto alla domanda risarcitoria riproposta dal sig. Tizio, in ragione del riordino delle funzioni attuato con l'art. 25 comma 4, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 (convertito dalla legge 9 agosto 2013, n. 98) e che tale domanda fosse conseguentemente dichiarata inammissibile. Nel merito, evidenziava di non avere preso parte alle trattative poi sfociate nell'accordo amichevole del 2004, ed inoltre che il ricorrente non aveva mai prospettato alcuna ingerenza nel procedimento espropriativo, il quale era stato invece condotto interamente dalla concessionaria autostradale.

In replica alle deduzioni difensive dell'Anas, il sig. Tizio rilevava che la norma del d.l. n. 69 del 2013 richiamata dalla prima conteneva un'ipotesi di successione a titolo particolare nel processo ex art. 111 cod. proc. civ., ed i relativi presupposti erano comunque inapplicabili al presente giudizio. In ogni caso, l'originario ricorrente chiedeva di potere integrare il contraddittorio nei confronti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Nel merito, osservava che controparte non aveva provato che la procedura espropriativa in contestazione era stata effettuata secondo lo schema della concessione traslativa.

Nelle more del giudizio d'appello la concessionaria Anas emanava il provvedimento di acquisizione sanante ex art. 42-bis d.p.r. n. 327 del 2001 di parte del terreno del sig. Tizio, e restituiva la restante parte, riconoscendo su

A series of handwritten signatures and initials in black ink, located at the bottom right of the page. The signatures are stylized and appear to be of various individuals, possibly legal representatives or the parties involved in the case.

quella definitivamente ablata un'indennità corrispondente al valore stimato nell'accordo amichevole del 2004 e liquidando in base ad essa anche l'indennità di occupazione temporanea (provvedimento del novembre 2015).

Con ricorso per l'ottemperanza proposto davanti al medesimo TAR il sig. Tizio chiedeva che fosse dichiarata l'inefficacia ex art. 114, comma 4, lett. c), cod. proc. amm. dell'atto di acquisizione per il frazionamento dell'area così arbitrariamente disposto dall'amministrazione, in violazione della sentenza di condanna, avente invece ad oggetto l'intero bene. Nel ricorso il sig. Tizio chiedeva che il provvedimento di acquisizione fosse annullato:

- per violazione dell'art. 42-*bis* d.p.r. n. 327 del 2001, a causa della mancata applicazione del criterio del valore venale nella quantificazione dell'indennizzo;

- per mancata liquidazione del danno non patrimoniale ex art. 2059 cod. civ., da ritenersi spettante *in re ipsa* in ragione del turbamento psichico derivante dall'illegittima apprensione ed infine acquisizione di beni di proprietà privata.

In accoglimento dell'eccezione delle amministrazioni resistenti, con sentenza semplificata ex art. 60 cod. proc. amm. resa alla camera di consiglio del 30 dicembre 2015, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare formulata dal sig. Tizio, il TAR respingeva il ricorso, ritenendo che l'operato dell'amministrazione fosse conforme alla propria pronuncia di cognizione.

Il sig. Tizio proponeva quindi appello contro questa pronuncia, contenente tutte le domande già svolte e le critiche alla decisione di primo grado.

Nel costituirsi in resistenza, Anas e Autostrade Alfa, eccepivano ex art. 9 cod. proc. amm. il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo a favore del giudice ordinario. A questo riguardo, le parti resistenti richiamavano il recente orientamento delle Sezioni unite della Cassazione sulla natura di indennizzo da atto lecito delle somme dovute dall'autorità che emette l'acquisizione sanante ex art. 42-*bis* d.p.r. n. 327 del 2001.

In replica a quest'eccezione, il sig. Tizio deduceva che doveva essere ritenuta la giurisdizione amministrativa sul ricorso in ottemperanza da egli proposto perché:

- l'eccezione di difetto di giurisdizione era stata sollevata per la prima volta in appello;

- la competenza funzionale del giudice amministrativo quale giudice per l'ottemperanza rendeva inapplicabile il principio affermato dalla Cassazione, in quanto relativo ai giudizi di cognizione;

- in ogni caso, la giurisdizione ordinaria sarebbe stata derogata nel caso di specie per ragioni di connessione con la controversia in appello concernente la legittimità dell'espropriazione promossa in via principale dalla società concessionaria.

 4

I due giudizi d'appello erano assegnati alla stessa Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato e fissati nella stessa data, il primo all'udienza pubblica ed il secondo alla camera di consiglio stabilita per la trattazione dell'istanza cautelare proposta dal sig. Tizio.

Chiamato il secondo appello alla camera di consiglio, le parti acconsentivano alla trattazione unitaria dei due ricorsi all'udienza pubblica per la loro decisione nel merito.

All'esito dell'udienza, entrambi gli appelli erano trattenuti in decisione.

* * * * *

Il candidato rediga un'unica sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.



Handwritten signatures and initials at the bottom of the page, including a large signature on the left, a signature in the center, and a signature on the right with a small '5' below it.

TRACCIA N. 3

Il consiglio comunale di X deliberava di costituire una società mista, denominata "X Servizi s.p.a.", nella quale si riservava la partecipazione maggioritaria, per lo svolgimento di alcune attività e servizi di interesse generale, connessi alla gestione di aree appartenenti al proprio demanio e patrimonio, tra cui lo svolgimento del servizio di gestione della sosta su aree pubbliche e la realizzazione e gestione di parcheggi multipiano interrati.

Selezionato il socio privato con procedura ad evidenza pubblica e stipulata una prima convenzione per l'affidamento del servizio di gestione delle aree pubbliche di sosta, con successiva convenzione il Comune affidava alla società la realizzazione in finanza di progetto di un parcheggio multipiano parzialmente interrato su una piazza pubblica e la successiva gestione dello stesso per una durata trentennale, previa costituzione in favore della società concessionaria del diritto di superficie di pari durata sull'area su cui avrebbe dovuto essere realizzato il manufatto. Entrambe le convenzioni erano precedute dalla rispettiva prodromica delibera consiliare del Comune di approvazione. La concessione del parcheggio multipiano era redatta in forma pubblica notarile.

Dopo alcuni anni la società veniva dichiarata fallita dal competente Tribunale. Su questo presupposto il Comune dichiarava con apposito provvedimento la medesima società decaduta dalla concessione del servizio pubblico di gestione delle aree di sosta nonché per la realizzazione e gestione di strutture di parcheggio.

Con ricorso proposto al TAR la curatela del fallimento impugnava la determinazione di decadenza.

Con motivi aggiunti il fallimento impugnava anche i successivi provvedimenti con cui il Comune -previo accertamento della caducazione automatica di tutti gli accordi negoziali che accedevano alla concessione, tra i quali il contratto di cessione del diritto di superficie- aveva ordinato alla curatela lo sgombero del parcheggio multipiano e ne aveva disposto l'acquisizione al proprio patrimonio indisponibile ex art. 826 cod. civ., ai fini della prosecuzione del servizio di gestione del parcheggio multipiano.

Con successivi motivi aggiunti era impugnato in via consequenziale il bando con cui il Comune aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di gestione delle aree pubbliche di sosta e del parcheggio multipiano, per ciascuno dei quali aveva suddiviso la gara in due lotti funzionali. Nelle more della procedura, con separato provvedimento adottato all'esito di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, il medesimo Comune aveva affidato in via provvisoria la gestione unitaria dei medesimi servizi alla società Alfa.

Il TAR adito respingeva il ricorso del fallimento della X Servizi s.p.a., ritenendo che la decadenza fosse legittimamente fondata sullo stato di insolvenza giudizialmente dichiarato nei suoi confronti e sulla conseguente impossibilità di

AR L P M G 1 A

questa di proseguire, ai sensi dell'art. 7 del codice della strada (d.lgs. n. 285 del 1992), la gestione dei servizi pubblici ad essa affidati dal Comune.

La curatela del fallimento della società X Servizi s.p.a. ha quindi proposto appello al Consiglio di Stato, contenente i seguenti motivi, già formulati in primo grado, e cioè:

1) difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sull'intera controversia, per essere la stessa devoluta alla giurisdizione ordinaria, in quanto avente ad oggetto un provvedimento di decadenza da rapporti concessori di servizi pubblici sottratti alla giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 133, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., non espressivo di valutazioni discrezionali, ma ricognitivo dell'inadempimento agli obblighi del concessionario, in seguito alla dichiarazione di insolvenza pronunciata nei suoi confronti;

2) omessa pronuncia sul motivo di incompetenza del dirigente a pronunciare la decadenza, per essere la stessa devoluta al consiglio comunale, o in subordine alla giunta;

3) erroneità della statuizione di rigetto dei motivi di impugnazione della determinazione di decadenza dal servizio, evidenziando che quanto meno la realizzazione e gestione trentennale del parcheggio multipiano in finanza di progetto è qualificabile come concessione di lavori pubblici ex art. 3, comma 11, del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, perché l'elemento di maggiore rilevanza economica nel contratto è rappresentato dalla realizzazione del parcheggio, mentre la gestione dello stesso è strumentale al reperimento di risorse necessarie ad assicurare l'equilibrio economico-finanziario del contratto, secondo lo schema tipico del *project financing*;

4) erroneità della statuizione di rigetto dei motivi aggiunti, sul rilievo che le censure contro i provvedimenti con essi impugnati non sono state proposte solo in via derivata rispetto all'annullamento del provvedimento di decadenza, ma anche in via autonoma, e cioè:

4.1) per carenza assoluta di potere e violazione del presupposti per l'esercizio del potere di autotutela demaniale ex art. 823 cod. civ., poiché, attraverso l'ordine di sgombero e l'acquisizione del parcheggio al patrimonio indisponibile, il Comune si è avvalso delle prerogative di pubblica autorità nei confronti di un bene privato, consistente nel parcheggio multipiano edificato su un'area sulla quale è stato costituito in favore della società mista un diritto di superficie;

4.2) per violazione della *par condicio creditorum* ex artt. 2740 e 2741 cod. civ., perché il Comune, insinuatosi nel passivo del fallimento della società per tributi locali non pagati dalla società, ha esercitato le medesime prerogative pubblicistiche in spregio ai diritti della massa passiva.

L'amministrazione appellata si è costituita in giudizio con memoria contenente le seguenti eccezioni:

I) inammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione, perché proposta con abuso del processo, da parte della medesima ricorrente in primo grado;

AR G [signature] per [signature] 2 [signature]

- II) improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti di primo grado, per non essere stati impugnati con essi tutti gli atti della procedura aperta indetta per il nuovo affidamento dei servizi, ed in particolare l'aggiudicazione provvisoria del lotto relativo al parcheggio multipiano, disposta in favore della medesima società Alfa, con provvedimento antecedente all'udienza di discussione davanti al TAR, e depositato in giudizio nel termine previsto dall'art. 73 cod. proc. amm.;
- III) inammissibilità dell'appello, perché non contenente censure specifiche al provvedimento di decadenza nella parte relativa al servizio pubblico di gestione della sosta sulle aree pubbliche;
- IV) infondatezza del motivo di incompetenza, in quanto la gestione del rapporto rientra nella competenza generale della dirigenza poiché l'art. 42, comma 2, lett. e), t.u.e.l. devolve alla competenza del consiglio comunale, da ritenersi tassativa, la decisione di affidare servizi pubblici in concessione;
- V) infondatezza delle altre censure relative alla determinazione di decadenza, perché anche la realizzazione e gestione del parcheggio multipiano è qualificabile come gestione di pubblico servizio, il quale nell'interesse dell'utenza non tollera alcuna interruzione, ed inoltre in ragione della natura altrettanto pubblica della società mista;
- VI) inammissibilità delle censure di carenza assoluta di potere e di violazione degli artt. 823, 2740 e 2741 cod. civ., poiché tendenti a sollecitare la cognizione del giudice amministrativo su questioni civilistiche, rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario;
- VII) infondatezza in ogni caso di queste censure, perché il diritto di superficie sull'area costituito a favore della società all'epoca dell'affidamento è stato caducato con la determinazione di decadenza dalla concessione del servizio, essendosi in questo modo verificata la fattispecie estintiva prevista dall'art. 954, comma 1, cod. civ.; quindi, questo presupposto è stato oggetto di successiva ricognizione nei provvedimenti di sgombero e acquisizione del parcheggio.

Con atto di intervento *ad opponendum* la società Alfa chiedeva che l'appello fosse dichiarato inammissibile, per effetto dell'inammissibilità dei secondi motivi aggiunti proposti in primo grado dalla curatela del fallimento, in quanto ad essa non notificati, e per queste ragioni fosse inoltre dichiarata l'improcedibilità del ricorso introduttivo e del primo atto di motivi aggiunti davanti al TAR, per effetto del consolidamento degli atti di gara per l'affidamento del nuovo servizio di gestione del parcheggio multipiano.

Interveniva invece *ad adiuvandum* rispetto all'appello del fallimento la società Beta, socio privato della X Servizi s.p.a. fino alla dichiarazione di insolvenza di quest'ultima.

Nella propria memoria conclusionale il fallimento della X Servizi s.p.a. chiedeva:

- il rigetto della questione di inammissibilità dell'eccezione di difetto di giurisdizione da essa proposta, a causa dei ragionevoli dubbi sul riparto di giurisdizione nella presente controversia;



- in caso di rigetto dell'eccezione, l'esame dei motivi di ordine sostanziale nei confronti della determinazione di decadenza, in luogo del motivo di incompetenza relativa, che altrimenti doveva ritenersi rinunciato;
- il rigetto anche dell'eccezione di inammissibilità dell'appello per mancanza di censure specifiche contro il provvedimento di decadenza nella parte relativa alla concessione della gestione di aree pubbliche di sosta, stante l'autonomia di questa determinazione amministrativa rispetto a quella concernente la gestione del parcheggio multipiano;
- la sospensione del giudizio affinché potesse essere proposta domanda di accertamento della proprietà del parcheggio davanti al giudice civile;
- in caso contrario, il rigetto ai sensi dell'art. 8 cod. proc. amm. dell'eccezione del Comune di inammissibilità, per difetto di giurisdizione amministrativa, delle censure svolte nei confronti dei provvedimenti di sgombero ed acquisizione dell'immobile al patrimonio indisponibile del medesimo Comune;
- in subordine, il rigetto della medesima eccezione perché proposta con memoria non notificata;
- in ogni caso l'accoglimento della censura di carenza di potere del Comune a pronunciare la decadenza del diritto di superficie, anche in caso di rigetto delle altre censure contro il medesimo provvedimento, poiché costituito in occasione dell'affidamento della concessione per la sua realizzazione con atto stipulato nelle forme di legge, e/o perché tale vizio integrava l'ipotesi di nullità per difetto assoluto di attribuzione ex art. 21-septies l. n. 241 del 1990, rilevabile d'ufficio;
- la dichiarazione di inammissibilità dell'intervento *ad opponendum*, perché non proposto dalla società Alfa davanti al TAR, e, in caso contrario, per difetto di qualità di controinteressata da parte di quest'ultima, perché dichiarata aggiudicataria provvisoria nelle more del giudizio di primo grado.

Nella propria memoria conclusionale il Comune chiedeva:

- la dichiarazione di improcedibilità dell'appello, in conseguenza dell'intervenuta aggiudicazione definitiva alla società Alfa del lotto relativo al parcheggio multipiano nelle more del giudizio di secondo grado;
- in subordine, la dichiarazione di improcedibilità del ricorso e dei motivi aggiunti di primo grado, per mancata impugnazione dell'affidamento provvisorio senza gara alla medesima società Alfa della gestione del parcheggio multipiano;
- la dichiarazione di inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum*, perché effettuato in violazione e/o elusione del termine previsto dall'art. 28, comma 2, cod. proc. amm., da parte di un soggetto titolare di una legittimazione primaria ad impugnare gli atti oggetto di giudizio.

Nelle rispettive repliche le parti deducevano:

1) il fallimento della X Servizi s.p.a. :

- la tardività delle eccezioni sollevate dal Comune in memoria conclusionale, da ritenere idonea solo a illustrare domande ed eccezioni già ritualmente formulate nel corso del giudizio;



2) l'infondatezza in ogni caso di tali eccezioni, rappresentando:

2.a) di avere impugnato in separato giudizio davanti al TAR l'aggiudicazione definitiva sopravvenuta, chiedendo contestualmente di produrre in questo giudizio il ricorso;

2.b) che l'affidamento del servizio provvisorio, mai prodotto in giudizio prima dell'intervento della società Alfa in appello, non aveva determinato alcun consolidamento degli effetti degli atti ritualmente impugnati;

3) l'interveniente società Alfa replicava all'eccezione di inammissibilità del proprio atto, sollevata dal fallimento appellante, evidenziando che il codice del processo amministrativo non pone preclusioni al riguardo, nemmeno nel giudizio d'appello, e che l'aggiudicazione provvisoria fondava una posizione di vantaggio che onera colui che ha impugnato il bando di gara ad estendere la propria impugnazione a tale atto, come nel caso di specie evincibile *a posteriori* dalla successiva aggiudicazione definitiva.

All'udienza di discussione il fallimento della X Servizi s.p.a. insisteva nella richiesta di produzione del ricorso davanti al TAR contro l'aggiudicazione definitiva a favore della società Alfa del servizio di gestione del parcheggio. L'appellante evidenziava anche che il nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, entrato in vigore nelle more del giudizio d'appello, ha fornito una definizione di concessione di lavori pubblici nella quale rientra l'affidamento della costruzione e gestione del parcheggio multipiano (art. 3, comma 1, lett. uu). Chiedeva infine di produrre l'autorizzazione del giudice delegato a proporre appello, non allegata a quest'ultimo.

Le altre parti si opponevano alle produzioni documentali perché tardive, sostenendo al riguardo che, con riferimento al separato ricorso, il fallimento avrebbe dovuto provvedervi nella prima difesa successiva all'eccezione e dunque in memoria di replica e che l'autorizzazione del giudice delegato a proporre appello avrebbe invece dovuto essere prodotta in allegato a quest'ultimo. Eccepivano inoltre l'intervenuta decadenza del medesimo fallimento appellante dalla facoltà di impugnare l'aggiudicazione definitiva sopravvenuta, sostenendo che lo stesso avrebbe dovuto proporre motivi aggiunti ex art. 104, comma 3, cod. proc. amm. nel presente giudizio d'appello. Infine, contestavano la ritualità della rinuncia condizionata alla censura di competenza relativa del provvedimento di decadenza, anche perché non proveniente direttamente dalla parte.

Le medesime parti, resistente ed interveniente *ad opponendum*, deducevano inoltre la novità, e pertanto l'inammissibilità, dell'argomentazione sollevata in discussione dal fallimento fondata sul richiamo al nuovo codice dei contratti pubblici e comunque la sua infondatezza.

L'interventore *ad adiuvandum* negava di essere titolare di una legittimazione ad impugnare e sosteneva invece di avere un interesse riflesso e giuridicamente rilevante nella presente controversia, consistente nella fruttuosa esecuzione concorsuale in conseguenza del recupero nella massa attiva del fallimento del

AR S. P. J. P. W. 5 A

parcheggio multipiano e dell'area su cui esso era stato realizzato, per effetto dell'accoglimento dell'impugnativa del fallimento della X Servizi s.p.a. .

Dopo avere autorizzato le produzioni documentali, riservandosi di valutarne l'ammissibilità, il Collegio tratteneva in decisione la causa.

* * * * *

Il candidato rediga la sentenza d'appello esaminando tutte le questioni in rito ed in merito, anche nel caso in cui ritenga fondata una questione idonea a precludere l'esame delle altre.

A series of handwritten signatures and initials in black ink, arranged horizontally at the bottom of the page. From left to right, there are several distinct marks, including what appears to be the initials 'AP', a large stylized signature, another signature, a signature with a vertical stroke, a signature with a horizontal stroke, and a small mark at the end.