

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DEL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA
PER LA REGIONE SICILIANA**

(Maggio 2013)

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Contratti pubblici - Aggiudicazione

C.G.A., 8 maggio 2013 n. 452 – Pres. De Nictolis, Est. Salemi

Il sistema delineato dagli artt. 7-ter della l. n. 109/1994 nel testo vigente in Sicilia e 10 del D.P.R.S. 14 gennaio 2005, n. 1 (“Regolamento per il funzionamento dell’U.R.E.G.A.”) assegna all’U.R.E.G.A. il compito di formulare una proposta di aggiudicazione. Tuttavia, siffatta proposta ha il valore di atto endoprocedimentale privo di rilevanza esterna, giacché destinata a essere assorbita dal provvedimento di aggiudicazione definitiva, di spettanza dell’Amministrazione che ha indetto la procedura.

Processo amministrativo - Controinteressato

C.G.A., 8 maggio 2013 n. 452 – Pres. De Nictolis, Est. Salemi

In materia di appalti, in ossequio all’orientamento giurisprudenziale prevalente, la figura del controinteressato sorge solo a seguito del provvedimento di aggiudicazione, sulla base della graduatoria dei concorrenti predisposta dalla Commissione di gara. È dunque solo a seguito del provvedimento finale che sorge l’onere di notifica ai soggetti che, sulla base della graduatoria, si siano aggiudicati l’appalto. Ciò sia poiché fino a tale momento non sussiste in capo agli altri concorrenti un interesse protetto che potrebbe essere leso dall’eventuale accoglimento di un ricorso proposto dal candidato escluso, sia perché l’interesse degli altri partecipanti non emerge direttamente dal provvedimento impugnato.

Processo amministrativo – Termini per ricorrere

C.G.A., 8 maggio 2013 n. 452 – Pres. De Nictolis, Est. Salemi

Quando il provvedimento amministrativo incida in modo diretto, immediato e concreto sulla posizione giuridica di un soggetto, comprimendo o disconoscendo diritti o altre utilità di cui questi è titolare, il termine per chiederne l’annullamento decorre dal momento in cui esso ne acquisisca la piena conoscenza. In difetto di formale comunicazione, tale conoscenza si concretizza nel momento della piena percezione dei contenuti essenziali del provvedimento stesso (autorità emanante, contenuto del dispositivo ed effetto lesivo), senza che sia necessaria la puntuale conoscenza della motivazione, rilevante solo ai fini della successiva proposizione dei motivi aggiunti. Quest’ultimo istituto consente, infatti, ai destinatari del provvedimento la cui motivazione non sia ancora conosciuta, il diritto di eseguire l’accesso alla documentazione attinente al processo anche in un secondo momento, nonché la conseguente possibilità di proporre motivi aggiunti avverso atti e provvedimenti ulteriori rispetto a quelli originariamente impugnati con il ricorso principal”.

(Nella specie, il Collegio ritiene che l'appellante abbia preso piena conoscenza del ricorso principale al momento dell'intervento nel giudizio avanti al T.A.R., proponendo poco dopo appello avverso l'ordinanza cautelare. Per tale ragione sostiene il Collegio che, sia rispetto alla prima che alla seconda data, sia decorso il termine per la proposizione del ricorso incidentale).

Contratti pubblici nei settori ordinari – Requisiti di partecipazione – Requisiti di ordine generale

C.G.A., 8 maggio 2013 n. 452 – Pres. De Nictolis, Est. Salemi

Il d.lgs. 12 aprile 163 del 2006 (“Codice dei contratti pubblici”) non contiene alcuna indicazione da cui possa desumersi che l’obbligo di dichiarazione di cui all’articolo 38 della norma summenzionata sia riferibile anche ai progettisti indicati dall’aggiudicataria. La tesi opposta, pur sostenuta da alcune pronunce del giudice amministrativo, non pare rispettosa né dell’impianto di tale disposizione normativa, che prescrive il possesso e la dimostrazione dei requisiti generali in capo ai soli vertici del soggetto imprenditoriale, né delle ragioni di certezza giuridica che, a maggior ragione dopo la recente riformulazione dell’art. 46 del Codice, implicano l’esigenza che la materia dell’ammissione alle gare d’appalto sia fatta poggiare su basi il più possibile oggettive e su un numero chiuso, tassativamente predeterminato, di motivi di esclusione.

(Nel caso di specie, il Collegio ritiene che, in base agli artt. 53, comma 3, e 90, comma 1, d.lgs. n. 163/2006, richiamato dall’art. 1, lett. F, sub lett. f-2 e f-3 del disciplinare, solo i soggetti designati per la progettazione dal concorrente qualificato per i lavori in forma di riunione oppure anche d’incarico personale, siano testualmente obbligati a rendere le dichiarazioni a comprova delle qualifiche professionali e morali di cui alle norme indicate. Pertanto, non possono essere ricompresi nel novero di tali soggetti il gruppo di lavoro, i collaboratori e lo staff tecnico alle dipendenze degli stessi).

Processo amministrativo – Giurisdizione – Principi generali

C.G.A., 8 maggio 2013, n. 453 - Pres. De Nictolis, Est. Salemi

Nel caso in cui durante lo svolgimento di un processo sorga una questione pregiudiziale, la regola generale del nostro diritto è quella di riconoscere al giudice il potere di esaminarla, anche se ecceda i limiti della sua competenza, al limitato effetto di risolvere l’antecedente logico della decisione ch’egli deve pronunciare sull’oggetto principale del processo (decisione della pregiudiziale incidenter tantum). Solo eccezionalmente, come affermato da autorevole dottrina civil-processualista, essa deve essere decisa in via principale, con effetto di pieno accertamento, provocando l’eventuale spostamento del processo al giudice competente: ciò avviene se una delle parti propone domanda di accertamento incidentale, o se la legge esige che la questione, una volta sorta, debba essere decisa a tutti gli effetti (art. 34 Cod. proc. civ.).

(Nel caso di specie viene in rilievo una questione pregiudiziale relativa al compimento dell’usucapione sui terreni dei ricorrenti che il Collegio ritiene debba essere risolta dal giudice amministrativo ai sensi della regola del diritto processuale amministrativo di cui all’art. 8, comma 1, C.p.a., ai sensi del quale: “il giudice amministrativo nelle materie in cui non ha giurisdizione

esclusiva conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali e incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione pregiudiziale”.

Sostiene, infatti, il Collegio che non possa, in questo caso, aderirsi all’argomento secondo cui il primo giudice avrebbe dovuto sospendere il processo ai sensi dell’art. 295 *Cod. proc. civ.* in attesa della definizione della controversia dinanzi al giudice ordinario.

Ciò in quanto la sospensione del processo si verifica solo nel caso di pendenza di un procedimento giudiziario che abbia per oggetto, appunto, la decisione della questione pregiudiziale, ovvero qualora la questione principale e quella pregiudiziale appartengano alla competenza inderogabile di due giudici diversi, cosicché risulti impossibile il cumulo delle due questioni in un unico processo al fine di una loro simultanea decisione (e.g. art. 3 *Cod. proc. pen.*).

Dunque, non riscontrandosi, nel caso di specie, nessuna delle predette condizioni, la questione pregiudiziale relativa al compimento dell’usucapione va verificata *incidenter tantum*).

Espropriazione per pubblica utilità – Principi generali

C.G.A., 8 maggio 2013, n. 453 - Pres. De Nictolis, Est. Salemi

Con riferimento all’usucapione da parte della P.A. del fondo di un privato, quale modalità di acquisto della proprietà dello stesso, il dies a quo del possesso continuato nel tempo ex art. 1158 Cod. civ. deve essere individuato nel termine di scadenza dell’occupazione legittima. Ed invero, nell’ipotesi in cui sia mancata l’adozione del provvedimento di esproprio nei termini previsti (art. 22-bis, comma 6, D.P.R. 327 del 2001), non v’è dubbio che, per un primo periodo, l’amministrazione occupi legittimamente il fondo in qualità di detentore. Conseguentemente, tale rapporto di fatto con la cosa non è utile per far maturare l’usucapione, trattandosi di mera detenzione priva dell’animus possidendi.

Scaduto il termine di occupazione legittima, la mancata restituzione del fondo legittimamente occupato ma non (altrettanto legittimamente) espropriato e la protrazione dei lavori sul fondo per la realizzazione dell’opera pubblica o l’utilizzazione dell’opera ivi realizzata, sempre in assenza di decreto di esproprio, possono certamente qualificarsi come atti di opposizione nei confronti del proprietario-possessore, compiuti dall’amministrazione, ex art. 1141, comma 2, Cod. civ., per trasformare la (originaria) detenzione in possesso.

Conseguentemente, verificandosi il mutamento della detenzione in possesso, inizierà a decorrere il termine utile per realizzare l’acquisto a titolo originario ai sensi dell’art. 1158 Cod. civ..

Ordine pubblico – Informativa antimafia

C.G.A., 8 maggio 2013, n. 456 - Pres. De Nictolis, Est. Buricelli

L’informativa antimafia di elaborazione giurisprudenziale c.d. “atipica” rinviene il suo fondamento normativo nel combinato disposto dell’art. 10, comma 9, d.P.R. n. 252/1998 e dell’art. 1- septies, d.l. n. 629/1982, convertito in l. n. 726/1982 nonché nell’art. 10, comma 7, lett. c), d.P.R. n. 252/1998, che consente autonomi accertamenti del Prefetto.

In particolare, l’art. 10, comma 9, d.P.R. n. 252/1998 dichiara inapplicabile all’informativa prefettizia l’art. 1- septies, del d.l. n. 629/1982, convertito in l. n. 726/1982, a tenore del quale l’autorità preposta all’ordine pubblico può comunicare alle autorità competenti al rilascio di licenze, autorizzazioni, concessioni in materia di armi ed esplosivi e per lo svolgimento di attività

economiche, nonché di titoli abilitativi alla conduzione di mezzi ed al trasporto di persone o cose, elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione, nell'ambito della discrezionalità ammessa dalla legge, dei requisiti soggettivi richiesti per il rilascio, il rinnovo, la sospensione o la revoca delle licenze, autorizzazioni, concessioni e degli altri titoli menzionati. Tale preclusione incontra però una deroga, sempre secondo l'art. 10, comma 9, citato, quando gli elementi o le altre indicazioni fornite siano rilevanti ai fini delle valutazioni discrezionali ammesse dalla legge. Sicché, la prassi consente al prefetto di fornire alle stazioni appaltanti informative atipiche, rimesse al discrezionale apprezzamento della stazione appaltante.

Ordine pubblico – Informativa antimafia

C.G.A., 8 maggio 2013, n. 456 - Pres. De Nictolis, Est. Buricelli

L'informativa c.d. "supplementare" o "atipica" non ha carattere interdittivo, ma consente l'attivazione degli ordinari strumenti di discrezionalità nel valutare l'avvio o il prosieguo dei rapporti contrattuali alla luce dell'idoneità morale del partecipante alla gara di assumere la posizione di contraente con la P.A..

Ed invero, si ritiene che la risoluzione automatica del contratto stipulato con l'aggiudicatario di una gara, senza alcuna possibilità di valutazione da parte della stazione appaltante, entri in funzione solo in presenza di informativa prefettizia tipica..

Del resto, anche il dato logico induce a tale conclusione giacché l'informativa atipica è istituito non direttamente previsto dalla legge e richiede, pertanto, una delicata valutazione caso per caso. Non sarebbe perciò logico introdurre un automatismo caducatorio del contratto a fronte di una informativa atipica che necessita un adeguato vaglio critico che risulti da una congrua motivazione. La risoluzione automatica del contratto può dunque derivare solo da fattispecie non puntualmente definite dal legislatore, ipotesi che, in quanto tali, consentano di ritenere (con ragionevolezza) vincolata l'attività dell'amministrazione e che, imponendosi come factum principis, legittimano la risoluzione del rapporto contrattuale

L'efficacia interdittiva delle c.d. "informative prefettizie atipiche", quindi, anche nel caso del c.d. "Protocollo di legalità", non è automatica ma scaturisce da una valutazione autonoma e discrezionale dell'amministrazione destinataria, le quali rappresentano una sensibile anticipazione della soglia dell'autotutela amministrativa.

Ordine pubblico – Informativa antimafia

C.G.A., 8 maggio 2013, n. 456 - Pres. De Nictolis, Est. Buricelli

In tema di informative antimafia avente ad oggetto legami di natura parenterale si ritiene che questi, in sé considerati, non possano essere ritenuti idonei a supportare autonomamente una informativa negativa ma che assumano rilievo solo qualora emerga una concreta verosimiglianza di un possibile controllo o condizionamento dell'impresa interessata da parte del soggetto unito da tali legami al responsabile o amministratore della impresa stessa, ovvero risulti sussistente un intreccio di interessi economici e familiari, dai quali sia possibile desumere la sussistenza di un oggettivo pericolo che rapporti di collaborazione intercorsi a vario titolo tra soggetti inseriti nello stesso contesto familiare costituiscano strumenti volti a diluire e mascherare l'infiltrazione mafiosa nell'impresa considerata.

(Rileva il Collegio che, nel caso di specie, l'informativa antimafia atipica avente ad oggetto legami di natura parenterale non palesa legami familiari riconducibili all'appellante-aggiudicatario che inducano a ritenere la sussistenza di un pericolo d'infiltrazione mafiosa nell'impresa considerata, quanto un mero rapporto di affinità, molto risalente nel tempo con un soggetto ritenuto

“imprenditore vicino” ad un’organizzazione criminale di stampo mafioso. Tali considerazioni, secondo il Collegio, non sono di per sé idonee - in assenza di ulteriori elementi - a sorreggere l’informativa supplementare sotto l’aspetto motivazionale, senza per ciò, sconfinare nell’area riservata dalla legge alla valutazione discrezionale della P.A).

Ordine pubblico – Informativa antimafia

C.G.A., 8 maggio 2013, n. 456 - Pres. De Nictolis, Est. Buricelli

La valutazione prognostica formulata dalla Prefettura con l’informativa antimafia c.d. “atipica” o “supplementare” è assoggettabile a sindacato giurisdizionale di legittimità sotto i profili della sufficienza della motivazione e della logicità, coerenza o attendibilità del giudizio, con riferimento al significato attribuito agli elementi di fatto e all’iter seguito per pervenire a determinate conclusioni.

Università – Numero chiuso

C.G.A., 10 maggio 2013 n. 462 – Pres. De Nictolis, Est. Ciani

In presenza di un rapporto di congruità fra le strutture dell’Università e il numero complessivo programmato per i corsi di laurea a numero chiuso, la garanzia del diritto allo studio sancita dall’art. 34, primo comma, della Costituzione - che si qualifica come diritto della persona e non soffre di limitazioni in relazione al grado di istruzione -, impone l’assegnazione dei posti riservati agli studenti extracomunitari e non assegnati agli studenti comunitari utilmente collocati in graduatoria”.

(Nel caso di specie, il Consiglio conferma la sentenza di primo grado nella parte in cui afferma l’obbligo dell’Amministrazione di consentire lo scorrimento della graduatoria, sulla base del punteggio conseguito, attribuendo tutti i posti dell’aliquota extracomunitaria rimasti disponibili per l’immatricolazione al primo anno del corso di laurea in Medicina e Chirurgia presso l’Università di Messina ai concorrenti comunitari che non avessero prestato acquiescenza all’impugnata determinazione universitaria).

Concorso – Bando di e procedimento

C.G.A., 10 maggio 2013 n. 462 – Pres. De Nictolis, Est. Ciani

Non cagiona un vulnus alla regola dell’anonimato e non contrasta con il disposto dell’articolo 11 del D.M. 10 giugno 2011 (“Trasparenza delle fasi del procedimento”), pedissequamente richiamato dal bando di concorso predisposto dall’Università, la distribuzione e il ritiro dei plichi contenenti le prove di concorso per l’accesso a una facoltà a numero chiuso mediante la redazione di un elenco predisposto in ordine alfabetico, piuttosto che in base ai dati anagrafici.

(Nel caso di specie, il Consiglio rigetta le censure sollevate avverso la regolarità dello svolgimento della procedura concorsuale per l’immatricolazione al primo anno del corso di laurea in Medicina e Chirurgia presso l’Università di Messina per l’anno accademico 2011/2012, rilevando che esse si dirigevano genericamente avverso la presunta compromissione delle regole che in astratto prescrivono l’anonimato, non essendo stati, in concreto, lamentati comportamenti idonei a falsare

l'esito del concorso (e.g. integrità dei sigilli di chiusura delle scatole contenenti i plichi da distribuire, svolgimento delle operazioni alla presenza di tutti gli studenti). Rileva in particolare il Consiglio che la presenza e la diretta partecipazione alle operazioni suddette di due studenti estratti a sorte e la constatata integrità dei sigilli di chiusura delle scatole contenenti i plichi da distribuire consentono di escludere che la Commissione abbia potuto, prima dell'inizio dello svolgimento della prova, procedere in alcun modo e, soprattutto, disporre autonomamente dei plichi).

**Concorso – Bando di e procedimento
C.G.A., 10 maggio 2013 n. 462 – Pres. De Nictolis, Est. Ciani**

In materia di prove d'accesso a facoltà universitarie c.d. "a numero chiuso", con riferimento ai comportamenti tenuti da una commissione d'esame che non siano espressamente vietati dalle norme del bando, ma siano con esse compatibili, e finalizzate a semplificare la procedura e/o addirittura ad elevarne il tasso di legalità e trasparenza, non possono essere accolti motivi di ricorso che lamentino genericamente un pregiudizio derivante da una presunta violazione della regola dell'anonimato.

(Nel caso di specie il Consiglio rileva che l'abbinamento candidato/codice identificativo deciso in sede di Commissione d'esame per la prova d'accesso all'esame di Medicina e Chirurgia dell'Università di Messina, non contrasta con le norme in materia di anonimato posto che essa ha il duplice scopo di verificare, all'esito della prova d'esame, che la busta contenga effettivamente un foglio di risposte, non potendosi escludere che alcuni candidati possano, mediante una dolosa omissione, preconstituirsì argomento di contestazione, e che il candidato consegni lo stesso foglio risposte ricevuto in precedenza, per evitare strumentali scambi di moduli di risposte. Tuttavia, contrastando tali conclusioni con quelle espresse dal Consiglio di Stato nel parere n. 3672/2011, il Collegio rimette la decisione dell'affare all'Adunanza Plenaria).

**Processo Amministrativo – Adunanza Plenaria (Deferimento alla)
C.G.A., 10 maggio 2013 n. 462 – Pres. De Nictolis, Est. Ciani**

“La rimessione all'Adunanza Plenaria dei contrasti di giurisprudenza, ai sensi dell'art. 99, comma 1, del Codice del processo amministrativo, è possibile non solo nel caso di contrastanti decisioni emesse dalle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (ivi compreso il C.G.A.R.S. in sede giurisdizionale), ma anche nel caso di contrasto tra una decisione di una sezione giurisdizionale e un parere reso da una sezione consultiva su un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Ciò in ossequio a quell'orientamento della Corte di Cassazione (Cass. SS.UU., 19 dicembre 2012, n. 23464), ripreso dal Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. VI, 1 febbraio 2013, n. 673) che afferma la natura sostanzialmente giurisdizionale del rimedio, con la conseguente ricorribilità per Cassazione del d.P.R. per motivi di giurisdizione.

**Edilizia – Abusi – Condonò
C.G.A., 29 maggio 2013 n. 497 – Pres. Turco, Est. Mineo**

È illegittimo, il provvedimento di diniego, da parte dell'Amministrazione comunale della sanatoria di un immobile abusivo realizzato in area sottoposta a vincolo paesaggistico a una distanza tra i 150 ed i 300 metri dalla battigia motivato sulla base della sola presenza, in tale area, del vincolo

paesaggistico. Il provvedimento così emesso è, infatti, affetto da un duplice vizio di eccesso di potere, rappresentato, da un lato, dall'assunzione della natura assoluta di vincolo paesaggistico di inedificabilità, e, dall'altro, dalla possibilità per l'Ente di poter giustificare il diniego di compatibilità urbanistica sulla base del suo mero rilievo. Né tale vizio può dirsi sanato in ragione dell'omessa impugnazione da parte del soggetto interessato, come richiesto dalla n. 431/1985 (c.d. legge "Galasso") per tipologie di abuso che comportano, come nella fattispecie de qua, un aumento di superficie e di volume, del silenzio-rifiuto dell'Amministrazione preposta alla tutela del vincolo. Tale tesi, sostenuta dal Giudice di prime cure, si basa, infatti, sull'esistenza di un silenzio - rifiuto formatosi su richiesta di parere avanzato all'Autorità tutoria del vincolo paesaggistico, non impugnato nei termini. Tuttavia, una richiesta di tal guisa non risulta né dalla motivazione del provvedimento di diniego impugnato, né è evidenziata dalla difesa dell'Amministrazione, contumace in entrambi i giudizi. Sicché non c'è prova per suffragare quanto dedotto dal giudice di prime cure per emancipare la condotta dell'Amministrazione dal duplice vizio di eccesso di potere in cui è incorsa nell'adottare il provvedimento di diniego.

A ciò si aggiunge che la natura "relativa" del vincolo paesaggistico, che necessita del "parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso", impone all'Amministrazione oblata un onere di collaborazione con il privato, in linea con la scelta legislativa ispirata al "valore" dell'integrità del territorio e dell'ambiente affermato dall'art. 9 della Costituzione, volta a conformare lo ius aedificandi secondo complesse griglie di divieti, di oneri di salvaguardia, e di sanzioni a carico dei titolari. Tale scelta finisce, infatti, per accentuare le responsabilità di governo delle Amministrazioni coinvolte a vario titolo nella conservazione e/o nella promozione degli assetti urbanistici ambientali disegnati dal legislatore anche quando - e per certi versi a fortiori - tali obiettivi sono perseguiti nell'ambito di interventi di c.d. "sanatoria edilizia".

Tali oneri di collaborazione procedimentali con tutti i soggetti interessati imposti all'Amministrazione devono inoltre essere improntati non solo ai fondamentali principi di "buon andamento" che ispirano l'efficacia dell'azione amministrativa, come specificamente disegnati dalla legge n. 241/1990, ma anche a quelli di tutela dell'iniziativa economica, pubblica e privata, il cui "valore", anch'esso riconosciuto come principio costituzionale (art. 41, 1° comma, Cost.) non può essere compresso o, altrimenti, oltremodo mortificato da condotte negligenti o sommarie dei soggetti pubblici titolari dei poteri di governo del territorio e dell'ambiente.