

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
TAR
(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)**

Ottobre 2013

Contratti pubblici nei settori ordinari. Offerta in generale.

T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, I, 18 ottobre 2013, n. 633 - Pres. D'Alessandro, Est. Di Benedetto

Poiché l'offerta deve essere sottoscritta dal titolare del potere rappresentativo che ha il potere di manifestare la volontà in nome e per conto dell'ente collettivo, allorquando dall'esame del certificato della Camera di Commercio risulti che il sistema di amministrazione prescelto dalla società è quello "a firma congiunta" dei soci amministratori per le operazioni di importo superiore ad una certa cifra, va disposta l'esclusione dalla gara del candidato ove l'offerta sia sottoscritta da uno soltanto dei soci amministratori titolari del potere rappresentativo (1).

Il difetto originario del potere rappresentativo in capo a chi ha sottoscritto l'offerta non è sanabile dopo la presentazione dell'offerta stessa e, comunque, dopo la scadenza del termine di presentazione prevista dall'avviso pubblico, essendo a tal fine inidonea la ratifica intervenuta da parte di tutti i soci e ciò in ossequio al principio pubblicistico di tassatività del termine per la presentazione delle offerte e di quello della par condicio che regola lo svolgimento della procedura di selezione in applicazione del quale non è possibile detta produzione documentale tardiva (2).

[Link al testo sentenza](#)

(1) La sentenza in rassegna richiama sul punto i seguenti precedenti: Cons. Stato, sez. I, 17 aprile 2012, n. 3310; Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 173, T.A.R. L'Aquila, sez. I, 26 aprile 2013, n. 424.

(2) Con riferimento al secondo principio di diritto la sentenza si uniforma a Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2001, n. 3588; Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 173, T.A.R. L'Aquila, sez. I, 26 aprile 2013, n. 424

Militari.

Trattamento economico e indennità.

T.A.R. Lazio, Sez. I bis, 3 ottobre 2013, n. 8579 - Pres. Silvestri, Est. Rizzetto

Ai fini del riconoscimento del diritto alla corresponsione del premio di volo previsto dall'art. 1 della legge n. 42 del 2000 il periodo di servizio previsto dalla legge per il riconoscimento del beneficio deve essere riferito al servizio effettivo, non potendosi dunque computare la durata del corso legale degli studi universitari.

Il recupero di emolumenti indebitamente corrisposti a pubblici dipendenti non ha carattere autoritativo, ma costituisce esercizio di un diritto soggettivo ex art. 2033 del cod. civ., avente carattere di doverosità, e non richiede dunque un supporto motivazionale.

La buona fede del dipendente pubblico non costituisce un ostacolo al recupero dell'indebito.

[Link al testo della sentenza](#)

Commercio e Artigianato.

Annullamento, decadenza e sospensione dell'autorizzazione.

Risarcimento del danno.

T.A.R. Lazio, Latina, 21 ottobre 2013, n. 779 - Pres. Corsaro, Est. De Berardinis

Il danno eziologicamente riconducibile all'illegittima ordinanza sindacale di chiusura di un esercizio commerciale deve essere caratterizzato dall'imputabilità dell'evento dannoso alla condotta colpevole dell'Amministrazione.

Nella fattispecie in esame emerge che l'ordinanza sindacale è stata adottata in un contesto di circostanze di fatto ed in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza ed imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato (in particolare è incorso in una grossolana svista nel reputare non consentita la modifica dell'uso del locale da bar gelateria a sala da ballo e trattenimenti pubblici).

Non è ravvisabile il danno non patrimoniale, in quanto la lesione patita non ha superato la soglia dell'apprezzabilità, essendo il provvedimento di chiusura del locale stato tempestivamente sospeso in sede giurisdizionale; il danno patrimoniale è invece configurabile per il periodo che va dall'adozione del provvedimento alla sua sospensione cautelare, e può essere liquidato, facendo applicazione di quanto disposto dall'art. 34, comma 4, del cod. proc. amm., stabilendo i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine.

Il criterio utilizzabile è quello della media tra gli introiti ottenuti dalla società nel periodo dell'anno precedente a quello di chiusura forzata dell'esercizio e gli introiti avuti nei due mesi immediatamente antecedenti alla chiusura stessa.

[Link al testo della sentenza](#)

Commercio e artigianato. Piano della rete commerciale

T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 10 ottobre 2013 n. 2271 - Pres. Mariuzzo Est. Gisondi

Il decreto legislativo n. 114 del 1998, nell'intento di superare la precedente normativa dirigistica di cui alla L. 426 del 1971, che sottoponeva l'apertura di nuovi esercizi ad un rigido sistema di contingentamento basato sulla pianificazione del rapporto fra domanda ed offerta, aveva completamente liberalizzato il segmento degli esercizi di vicinato e rimesso, invece, alle regioni la regolamentazione della apertura delle medie e grandi strutture di vendita, la cui apertura restava (e resta ancora oggi) soggetta a specifica autorizzazione. In particolare, il predetto decreto legislativo aveva prefigurato un meccanismo di forte integrazione fra urbanistica e disciplina economica delle attività commerciali di maggiore rilevanza, prevedendo che le regioni dovessero dettare indirizzi generali per il loro insediamento e criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale destinati ad essere recepiti in sede di pianificazione del territorio da parte dei comuni (art. 7, comma 5). Tale sistema aveva dato luogo a interpretazioni non univoche, sostenendosi da parte di alcuni che il piano regolatore generale, per effetto delle previsioni contenute nel D.lgs. n. 114 del 1998, avrebbe mutato la sua natura, divenendo uno strumento misto di pianificazione economica oltre che urbanistica, mentre altri avevano, al contrario, ritenuto che, scomparsi i piani del commercio, le uniche limitazioni all'apertura di medie e grandi strutture di vendita potessero fondarsi su esigenze di ordine territoriale, non potendo la disciplina urbanistica

essere piegata a finalità di controllo autoritativo delle dinamiche fra la domanda e l'offerta di servizi di intermediazione commerciale. Sul punto, alcuni anni più tardi, è intervenuto il legislatore che, con il D.L. n. 223 del 2006, ha definitivamente sancito il divieto (valevole anche per le regioni) di sottoporre l'apertura di nuovi esercizi commerciali (ivi comprese medie e grandi strutture) a limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub regionale. Il settore dei servizi privati, nell'ambito del quale rientra il commercio, è stato poi oggetto di una specifica direttiva comunitaria (n. 123/2006 altrimenti detta "Bolkestein") volta alla riduzione dei vincoli procedurali e sostanziali gravanti sugli stessi al fine di favorire la creazione nei vari Stati membri di un regime comune mirato a dare concreta attuazione ai principi di libertà di stabilimento e libera prestazione. La direttiva Bolkestein ha profondamente inciso sullo statuto delle libertà economiche rispetto alle quali, in passato, l'art. 41 Cost. ha costituito un assai debole presidio, consentendo che il loro esercizio potesse essere incondizionatamente subordinato nell'an e nel quomodo a qualunque tipo interesse pubblico assunto dal legislatore (ed a cascata dalla p.a.) ad oggetto di tutela. La normativa comunitaria prevede, invece, che l'iniziativa economica non possa, di regola, essere assoggettata ad autorizzazioni e limitazioni (specie se dirette al governo autoritativo del rapporto fra domanda ed offerta), essendo ciò consentito solo qualora sussistano motivi imperativi di interesse generale rientranti nel catalogo formulato dalla Corte di Giustizia. La medesima normativa stabilisce, inoltre, che, anche qualora sussistano valide ragioni per adottare misure restrittive della libertà d'impresa, queste debbano essere adeguate e proporzionate agli obiettivi perseguiti. La direttiva Bolkestein è stata recepita nell'ordinamento interno dal D.lgs. n. 59 del 2010 e ad essa sono ispirati tutti i numerosi provvedimenti di liberalizzazione varati nella scorsa legislatura, i quali ne hanno precisato la portata e gli effetti. Costituisce una costante di tutti questi atti normativi la distinzione fra atti di programmazione economica – che in linea di principio non possono più essere fonte di limitazioni all'insediamento di nuove attività – e atti di programmazione aventi natura non economica, i quali, invece, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono imporre limiti rispondenti ad esigenze annoverabili fra i motivi imperativi di interesse generale (art. 11, comma 1, lett. e) del D.lgs. n. 59 del 2010, art. 34, comma 3, lett. a) del D.lgs. 201/2011). Tale distinzione deve essere operata anche nell'ambito degli atti di programmazione territoriale, i quali non vanno esenti dalle verifiche prescritte dalla direttiva servizi per il solo fatto di essere adottati nell'esercizio del potere di pianificazione urbanistica, dovendosi verificare se in concreto essi perseguano finalità di tutela dell'ambiente urbano o, comunque, riconducibili all'obiettivo di dare ordine e razionalità all'assetto del territorio, oppure perseguano la regolazione autoritativa dell'offerta sul mercato dei servizi attraverso restrizioni territoriali alla libertà di insediamento delle imprese. Il legislatore ha stabilito, infatti, che: a) ricadono nell'ambito delle limitazioni vietate (salvo la sussistenza di motivi imperativi d'interesse generale) non solo i piani commerciali che espressamente sanciscono il contingentamento numerico delle attività economiche, ma anche gli atti di programmazione che impongano "limiti territoriali" al loro insediamento (artt. 31, comma 1 e 34, comma 3 del D.L. 201/2011) b) debbono, perciò, considerarsi abrogate le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongano limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscano, condizionino o ritardino l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici (art. 1 del D.L. n. 1/2012). Le norme sopra menzionate impongono al giudice chiamato a sindacare la legittimità degli atti di pianificazione urbanistica che dispongono limiti o restrizioni all'insediamento di nuove attività economiche in determinati ambiti territoriali, l'obbligo di effettuare un riscontro molto più penetrante di quello che si riteneva essere consentito in passato; e ciò per verificare, attraverso un'analisi degli atti preparatori e delle concrete circostanze di fatto che a tali atti fanno da sfondo, se effettivamente i divieti imposti possano ritenersi correlati e proporzionati a effettive esigenze di tutela dell'ambiente urbano o afferenti all'ordinato assetto del territorio sotto il profilo della viabilità, della necessaria dotazione di

standard o di altre opere pubbliche, dovendosi, in caso contrario, reputare che le limitazioni in parola non siano riconducibili a motivi imperativi di interesse generale e siano, perciò, illegittime (sul punto si veda la sentenza 15/3/2013 n. 38 della Corte costituzionale, la quale ha dichiarato la illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 31 del D.L. 201 del 2011 dell'art. 5, commi 1, 2, 3, 4 e 7, e dell'art. 6 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 16 marzo 2012, n. 7, perché con essi veniva precluso l'esercizio del commercio al dettaglio in aree a destinazione artigianale e industriale, in assenza di plausibili esigenze di tutela ambientale che potessero giustificare il divieto). (1)

[Link al testo sentenza](#)

1. E' interessante rimarcare anche la soluzione data dal Collegio alla obiezione secondo la quale le norme sopra richiamate non avrebbero potuto trovare applicazione nel caso di specie perché sopravvenute rispetto alla disciplina urbanistica e commerciale da essa adottata, la cui efficacia, in difetto di tempestiva impugnazione, non avrebbe potuto più essere rimessa in discussione nell'ambito dei ricorsi riguardanti gli atti applicativi.

Replica, sul punto, il Tribunale che i provvedimenti legislativi sopra menzionati non dispongono solo per il futuro, ma contengono clausole di abrogazione attraverso le quali il legislatore statale ha manifestato la volontà di incidere sulle norme regolamentari e sugli atti amministrativi generali vigenti, imponendo alle regioni ed agli enti locali una revisione dei propri ordinamenti finalizzata ad individuare quali norme siano effettivamente necessarie per la salvaguardia degli interessi di rango primario annoverabili fra i motivi imperativi di interesse generale e quali, invece, siano espressione diretta o indiretta dei principi dirigistici che la direttiva servizi ha messo definitivamente fuori gioco (vedasi l'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 31 del D.L. 201 del 2011 e il comma 4 dell'art. 1 del D.L. n. 1 del 2012). Il problema se, una volta decorso il periodo assegnato agli enti territoriali per recepire i nuovi principi nei propri ordinamenti, le norme regolamentari e gli atti amministrativi generali con essi incompatibili debbano o considerarsi automaticamente abrogati (e, quindi, non più applicabili anche nei giudizi concernenti l'impugnazione di atti applicativi) ha già trovato risposta nella giurisprudenza amministrativa, la quale ha sancito che l'inutile decorso del termine assegnato dal legislatore statale per l'adeguamento degli ordinamenti regionali e locali ai principi in materia di concorrenza determina la perdita di efficacia di ogni disposizione regionale e locale, legislativa e regolamentare, con essi incompatibili. E ciò in forza di quanto sancito dal comma 2 dell'art. 1 della L. 131 del 2003 a mente del quale le disposizioni regionali vigenti nelle materie appartenenti alla legislazione esclusiva statale continuano ad applicarsi fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni statali in materia (Cons. Stato, V, 5/5/2009, n. 2808; TAR Toscana 6400/2010; TAR Sicilia, Palermo, 6884/2010, TAR Friuli Venezia Giulia 145/2011).

Commercio e artigianato. Piano della rete commerciale

T.A.R. Piemonte, Sez. II, 10 ottobre 2013 n. 1072 - Pres. Est. Picone

Si registra in dottrina ed in giurisprudenza una tesi per la quale, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 114 del 1998, i rapporti tra programmazione del commercio e pianificazione urbanistica sarebbero ormai completamente ridisegnati a favore di quest'ultima, restituita al suo ruolo egemone di strumento di regolazione e di attrazione di tutti gli interessi che gravitano sul territorio, quale funzione capace di esprimerne al meglio la sintesi e di tradurli in scelte conformative degli usi del suolo, così sostituendosi al tradizionale sistema "dualistico" (della sommatoria di un piano del commercio al piano urbanistico) il sistema "monistico" della tutela unitaria degli interessi generali che ruotano intorno al commercio ed all'uso del territorio, nell'obiettivo della fusione

della disciplina del commercio e di quella urbanistica (si veda in giurisprudenza, sebbene con riferimento a diversa legislazione regionale: TAR Campania, Napoli, sez. II, 13 marzo 2008 n. 4861; Id., sez. VIII, 28 aprile 2010 n. 2192). Appare invece preferibile l'interpretazione della prevalente dottrina, la quale ha correttamente posto in evidenza che i piani urbanistici comunali sono soggetti, oltre che ai criteri di programmazione urbanistica emanati dalle Regioni, anche agli indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali di competenza sempre regionale, che hanno tra le loro finalità anche quella di assicurare l'equilibrato sviluppo delle diverse tipologie distributive e, quindi, possono perseguire obiettivi di politica economica che non attengono soltanto all'aspetto spaziale ed edilizio in senso stretto. In tal modo, si è affermato che i profili dirigitici propri della soppressa programmazione economica del commercio sarebbero stati, almeno in parte, recuperati e riproposti nella veste di prescrizioni da inserire negli strumenti urbanistici, con il sostanziale allargamento oltre l'urbanistica del campo degli interessi valutabili e perseguibili da parte delle Regioni e degli enti locali. Ciò vale, in modo più pregnante, per la media e la grande distribuzione commerciale, rispetto alla quale la normativa statale e regionale ha sostanzialmente conservato il sistema binario sottoponendo le attività commerciali ad una duplice programmazione, urbanistica (per la conformazione della proprietà immobiliare) e settoriale (per la conformazione dell'iniziativa economica privata), a cui fa riscontro la duplicità ed autonomia dei titoli abilitativi necessari per l'insediamento dell'attività (permesso di costruire ed autorizzazione commerciale). Non si fa questione, data l'assenza di apposite censure di parte ricorrente, degli effetti di liberalizzazione connessi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 59 del 2010, di attuazione della direttiva 2006/123/CE, nel cui campo di applicazione rientrano anche le attività ed i servizi di vendita al dettaglio.

[Link al testo sentenza](#)

Processo amministrativo. Contenzioso elettorale

T.A.R. Piemonte, Sez. II, 10 ottobre 2013 n. 1073 - Pres. Salamone Est. Masaracchia

Non sono ammissibili, in sede di impugnazione degli atti di proclamazione degli eletti, censure riferibili alla fase di ammissione delle liste e dei candidati, i cui atti conclusivi sono divenuti inoppugnabili.

[Link al testo sentenza](#)

Farmacia; sedi farmaceutiche

T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 7 ottobre 2013 n. 1360 - Pres. Adamo, Est. Zonno

Il cd. procedimento di "inurbamento" (ovvero di trasposizione sul territorio cittadino) delle farmacie rurali è caratterizzato da diversi presupposti e da un procedimento del tutto indipendente dalla localizzazione delle nuove farmacie ex art. 11 del 24 gennaio 2012 n.1 (conv. in l. 24 marzo 2012 n. 27).

[Link al testo sentenza](#)

Non risultano precedenti in termini.

Contratti pubblici nei settori ordinari

T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 9 ottobre 2013 n. 1378 - Pres. Allegretta, Est. Petrucciani

La caducazione del contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione poi annullata costituisce, in via generale, la conseguenza necessitata dell'annullamento; di tale conseguenza l'art. 122 c.p.a. costituisce una deroga, imperniata sulle esigenze di semplificazione e concentrazione delle tutele ai fini della loro effettività.

[Link al testo sentenza](#)

Nello stesso senso, si veda Cons. Stato, sez. VI, 12 dicembre 2012 n. 6374, citato dalla sentenza massimata.
--

Istruzione pubblica; Studenti

T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 17 ottobre 2013 n. 2152 - Pres. Trizzino, Est. De Mattia

Il provvedimento di nulla-osta emesso dalla scuola per il trasferimento del figlio minore in affido condiviso può essere rilasciato solo su richiesta di entrambi i genitori, in quanto ogni decisione rilevante riguardante il minore (tra cui rientra anche lo spostamento della scuola di frequenza) richiede l'accordo di entrambi i genitori e, in mancanza di tale accordo, la decisione spetta al Tribunale per i minori.

[Link al testo sentenza](#)

Nello stesso senso, si veda TAR Abruzzo Pescara, 1° dicembre 2011, n. 656.
--

Processo amministrativo; Ottemperanza; commissario ad acta

T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, ord. 24 ottobre 2013 n. 2175 - Pres. Cavallari, Est. Lattanzi

L'attività svolta dal commissario ad acta può essere assimilata alla perizia o consulenza tecnica; ne deriva la possibilità di liquidare il compenso al commissario secondo i parametri previsti dall'art. 10 del d.m. 30 maggio 2002 n. 24225.

[Link al testo ordinanza](#)

Non risultano precedenti in termini

Polizia di Stato.

Destituzione di diritto.

T.A.R. Sardegna, Sez. I, ord. 16 ottobre 2013, n. 647 - Pres. Monticelli, Est. Lensi

E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lett. c), del d.P.R. 25 ottobre 1981, n. 737, in forza del quale è stata applicata al

ricorrente (assistente capo della Polizia di Stato) la destituzione di diritto, per violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione.

La predetta norma, senza necessità di previa instaurazione di un procedimento disciplinare, prevede, senza eccezioni e distinzioni, la destituzione di diritto nei confronti dell'appartenente ai ruoli dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza al quale sia stata applicata una misura di sicurezza personale di cui all'art. 215 del cod. pen., ovvero una misura di prevenzione prevista dall'art. 3 della legge n. 1423 del 1956.

In assenza di profili di imputabilità in capo al soggetto destinatario dell'applicazione di misura di sicurezza personale ex art. 215 del cod. pen. è dubbia la legittimità costituzionale di una norma di legge che prevede la destituzione di diritto, in ragione della natura sanzionatoria della destituzione stessa, apparendo più ragionevole una valutazione in ordine alla permanenza o meno in capo al soggetto interessato dei requisiti psicofisici, il cui possesso è necessario ai fini del permanere del rapporto di lavoro di un appartenente alla Polizia di Stato.

[Link al testo ordinanza](#)

Edilizia. Risarcimento del danno.

T.A.R. Toscana, III, 1 ottobre 2013, n. 1337 - Pres. Nicolosi, Est. Lomazzi

Laddove l'impugnazione dell'ordinanza di sospensione dei lavori divenga improcedibile per decorso del termine di legge e quella di demolizione per sopravvenuta carenza di interesse conseguente alla rimozione delle opere abusive, va dichiarata inammissibile, per difetto di interesse attuale e concreto, la domanda del ricorrente di accertare la loro illegittimità ai soli fini risarcitori, ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., in assenza della previa presentazione di apposita domanda di risarcimento danni.

[Link al testo sentenza](#)

Così testualmente recita la sentenza in rassegna: “Sul punto giova evidenziare che non risulta presentata dai ricorrenti alcuna domanda di risarcimento danni; che dunque difetta un interesse risarcitorio concreto ed attuale (cfr. art. 100 c.p.c. richiamato dall'art. 39 c.p.a. ed in giurisprudenza TAR Toscana, III, n. 1019 del 2013, n. 731 del 2012 e n. 1560 del 2011; TAR Liguria, I, n. 1080 del 2012; TAR Lombardia, IV, n. 2352 del 2011) che giustifichi una pronuncia nel merito sulla predetta impugnativa, ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a.; che diversamente argomentando verrebbe altresì disatteso il principio processuale di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (cfr. art. 112 c.p.c., richiamato da art. 39 c.p.a.); che in proposito il Giudice esaminerà la legittimità della predetta ordinanza impugnata, quale elemento integrativo della condotta illecita del Soggetto pubblico, a sua volta componente costitutivo della pretesa risarcitoria, solo quando e se i ricorrenti presenteranno domanda di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno (cfr. ancora TAR Toscana, III, n. 1019 del 2013, n. 731 del 2012 e n. 1560 del 2011; TAR Liguria, I, n. 1080 del 2012; TAR Lombardia, IV, n. 2352 del 2011)”.