

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DEL CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA
PER LA REGIONE SICILIANA
(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)
(marzo 2014)

Processo amministrativo – Appello

C.G.A., 11 marzo 2014 n. 117 – Pres. De Lipsis, Est. De Francisco

Non può essere condivisa la tesi secondo cui l'articolo 182 c.p.c. consentirebbe una sanatoria illimitatamente retroattiva di qualunque irregolarità concernente la costituzione in giudizio delle parti.

Con la sentenza in esame, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia si pronuncia sull'ammissibilità di un gravame proposto da un difensore non abilitato al patrocinio presso le magistrature superiori, cui era subentrato un nuovo difensore cassazionista solo in una data successiva al passaggio in giudicato della sentenza.

Il Consiglio dichiarava l'inammissibilità dell'appello, superando l'eccezione dell'appellante in merito all'applicabilità al caso di specie della sanatoria di cui all'articolo 182 c.p.c.. In particolare, il Giudice di secondo grado osserva che, indubbiamente, il testo vigente dell'articolo 182 c.p.c. ha esteso la valenza retroattiva della sanatoria, sia per avere spunto le parole “*salvo che si sia avverata una decadenza*”; sia per aver reso obbligatorio, piuttosto che facoltativo, l'intervento giudiziale sanatoria; sia per avere esteso la sanatoria anche al “*vizio che determina la nullità della procura al difensore*”; sia, infine, per aver esplicitato che, allorché la parte abbia compiuto le attività di sua spettanza nel termine assegnatole, “*gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione*”. Tuttavia, per quanto concerne l'ipotesi di sanatoria della nullità della procura processuale, la norma in questione fa esclusivo riferimento ai casi in cui abbia agito nel processo un difensore abilitato, ma privo di valida procura originaria o sopravvenuta (difetto di poteri sostanziali), e non a quei casi, come quello in esame, in cui fino al passaggio in giudicato della sentenza il patrocinio del difensore abilitato per le giurisdizioni non si era per nulla dispiegato (difetto di poteri processuali).

Pertanto, a tali casi si applica il principio per il quale la sanatoria retroattiva della carenza di legittimazione processuale incontra l'insuperabile limite delle decadenze verificatesi nelle precedenti fasi intermedie del giudizio, quale quella conseguente allo spirare del termine breve per l'appello, con conseguente formazione del giudicato per difetto di tempestiva impugnazione.

Processo amministrativo – Termini processuali

C.G.A., 11 marzo 2014 n. 117 – Pres. De Lipsis, Est. De Francisco

Deve escludersi che l'art. 182 c.p.c. possa trovare applicazione nel processo amministrativo con effetti di sanatoria di decadenze comminate specificamente dal codice del processo amministrativo.

In tal senso, osserva il Consiglio che, ai sensi dell'art. 39 del c.p.a., le disposizioni del codice di procedura civile, vuoi in quanto compatibili vuoi in quanto espressione di principi generali, si applicano soltanto in presenza di una lacuna normativa che non sia colmabile neppure mediante il ricorso alla c.d. autointegrazione analogica (interna al codice del processo amministrativo). Autointegrazione che, invece, è applicabile nel caso in esame.

Processo amministrativo – Appello

C.G.A., 11 marzo 2014 n. 118 – Pres. De Lipsis, Est. De Francisco

È inammissibile la censura mossa nei confronti della sentenza gravata per avere prioritariamente esaminato il ricorso principale, anziché quello incidentale, volontariamente discostandosi dall'opposto principio di diritto affermato dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4, quando l'ordine di esame stabilito dal primo giudice sia stato irrilevante rispetto alla decisione assunta in sentenza, il cui esito non sarebbe mutato. Ed infatti, il vincolo – del solo giudice di appello – a conformarsi, ex articolo 99, comma 3, c.p.a., all'orientamento esegetico tracciato in quella sede, non deroga ai principi generali sull'interesse ad agire; che, nel giudizio di appello, si declinano come interesse a ottenere una modifica della sentenza appellata idonea a modificare la situazione di soccombenza.

Processo amministrativo – Contenzioso appalti – Principi generali

C.G.A., 11 marzo 2014 n. 118 – Pres. De Lipsis, Est. De Francisco

In materia di contratti pubblici, l'interesse a ricorrere dei concorrenti non graduatisi in posizione subapicale rispetto all'originario aggiudicatario sorge unicamente nel momento in cui, a seguito di uno o più scorrimenti della graduatoria conseguenti a provvedimenti esclusivi nei confronti di terzi meglio collocati, la stazione appaltante procede ad una aggiudicazione rispetto alla quale il concorrente ha un effettivo interesse all'impugnazione. Diversamente opinando, infatti, tutti i concorrenti sarebbero costretti all'impugnazione della prima aggiudicazione, pur se in un momento in cui non avrebbero (ancora) alcun interesse a ricorrere.

Processo amministrativo – Contenzioso appalti – Principi generali

C.G.A., 11 marzo 2014 n. 118 – Pres. De Lipsis, Est. De Francisco

In materia di contratti pubblici, la valutazione dell’analogia, o meno, dei servizi svolti dal concorrente a quelli oggetto dell’appalto intinge essenzialmente in profili “di merito”. Non può dunque dubitarsi che quest’ultimo giudizio debba essere tendenzialmente riservato al prudente apprezzamento della commissione di gara, censurabile da parte del giudice amministrativo soltanto nei casi in cui esso sia stato palesemente illogico, irrazionale o contraddittorio.

Nel caso in esame, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia riforma la sentenza di primo grado, con la quale il T.A.R. aveva effettuato una propria valutazione tecnico-discrezionale in merito all’analogia dei servizi svolti dall’impresa appellante. Ed infatti, osserva il Consiglio che, avendo la stazione appaltante affermato in sede di gara una propria valutazione in maniera non irragionevole, il Giudice di primo grado avrebbe dovuto astenersi dall’invaderne la sfera di discrezionalità, sovrapponendovi una propria valutazione.

Silenzio della Pubblica Amministrazione – Silenzio rifiuto

C.G.A., 13 marzo 2014 n. 121 – Pres. De Lipsis, Est. Neri

Con il giudizio sul silenzio-inadempimento ex artt. 31 e 117 c.p.a. non può farsi valere un qualunque inadempimento ma solo la mancata conclusione con provvedimento espresso di un procedimento, anche a seguito di un apposito vincolo assunto con un accordo endoprocedimentale ex art. 11 legge n. 241 del 1990.

In particolare, con la sentenza in esame il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia esclude che lo strumento del silenzio inadempimento possa essere utilizzato dal privato che lamenti l’inerzia dell’Amministrazione rispetto ad un *facere* cui si era questa si obbligata in via convenzionale. Ed infatti, vantando l’appellante una posizione di diritto soggettivo, esso avrebbe avuto a disposizione lo strumento dell’azione di accertamento del diritto a contenuto economico ritenuto insoddisfatto o far valere la pretesa al risarcimento per equivalente.

Né in senso contrario, osserva il Consiglio, depone l’argomento per cui la realizzazione dei lavori risulta necessariamente preceduta dall’adozione di atti amministrativi. Ed infatti, il rito del silenzio ex art. 31 c.p.a può essere attivato non per obbligare l’amministrazione al compimento di una serie indeterminata di atti necessari al raggiungimento del risultato ma solo per l’adozione di uno specifico atto conclusivo del procedimento.

Processo amministrativo - Appello

C.G.A., 13 marzo 2014 n. 130 – Pres. De Lipsis, Est. Neri

Il giudizio di appello ha ad oggetto la sentenza di primo grado e non già il provvedimento impugnato in quel giudizio. L’appello, pertanto, non può consistere in una generica contestazione

dell'erroneità della sentenza, non potendo tradursi in un mero riesame della stessa questione trattata dal TAR, quanto in una critica alla sentenza di primo grado.

Inoltre nel giudizio di appello non possono trovare ingresso censure non prospettate in primo grado in base al noto divieto di ius novorum in appello come principio in base al quale non è consentito accedere, in secondo grado di giudizio, ad alcun ampliamento della domanda. L'effetto devolutivo dell'appello, oggi consacrato dall'articolo 104 c.p.a., dal quale discende il divieto, con le eccezioni ora previste dal c.p.a., di porre nuove difese rispetto a quelle formulate innanzi al primo giudice, assicura che l'oggetto del giudizio del gravame non risulti più ampio di quello su cui si è pronunciato il giudice della sentenza appellata.

Pubblico impiego – Trasferimento per incompatibilità ambientale

C.G.A., 13 marzo 2014 n. 130 – Pres. De Lipsis, Est. Neri

La previa acquisizione del nulla osta della organizzazione sindacale di appartenenza prevista dall'articolo 88 della legge 121 del 1981 per il caso di trasferimenti di dirigenti sindacali, non può che riferirsi ai trasferimenti motivati da esigenze di servizio, che potrebbero essere uno strumento per impedire l'esercizio delle attività e delle libertà sindacali, ma non anche ai trasferimenti per incompatibilità ambientale, in ordine ai quali risulta preminente l'interesse pubblico al migliore funzionamento degli uffici e che risulta, pertanto, ispirato ad altre logiche.

Pubblico impiego – Trasferimento per incompatibilità ambientale

C.G.A., 13 marzo 2014 n. 130 – Pres. De Lipsis, Est. Neri

Il trasferimento per incompatibilità ambientale ha la finalità specifica di porre rimedio a situazioni di turbativa che riguardano il corretto e sereno funzionamento di un ufficio, restituendo allo stesso il prestigio e l'immagine compromessi ed evitando ulteriori conseguenze negative che possano aggravare la situazione di precarietà e di minore armonia creatasi in ragione della presenza del militare in quel determinato ufficio pubblico. Pertanto, esso prescinde da eventuali responsabilità di ordine disciplinare riguardanti le vicende che hanno determinato tali disagi e, quindi, da ogni valutazione circa la responsabilità del dipendente e la ricorrenza di eventuali profili soggettivi di colpa.

Pubblico impiego – Trasferimento per incompatibilità ambientale

C.G.A., 13 marzo 2014 n. 130 – Pres. De Lipsis, Est. Neri

Il trasferimento per incompatibilità ambientale non ha carattere sanzionatorio e postula necessariamente un diretto rapporto di imputabilità di specifici fatti e comportamenti addebitabili al medesimo, essendo sufficiente, a tal fine, l'oggettiva sussistenza di una situazione lesiva del prestigio dell'Amministrazione che sia, da un lato, riferibile alla presenza in loco del dipendente in

questione e, dall'altro, suscettibile di rimozione attraverso l'assegnazione del medesimo ad altra sede; principio che assume particolare consistenza quando venga riferito, come nella specie, al trasferimento di un dipendente della Polizia di Stato. In tale ipotesi si configurano in capo all'Amministrazione più ampi e penetranti poteri discrezionali in funzione di tutela di particolari e preminenti interessi pubblici volti ad assicurare la convivenza civile.

Con la sentenza in esame, il Consiglio ritiene ragionevole la decisione dell'Amministrazione di trasferire un agente di polizia in altra sede, in ragione del legame di affinità dello stesso con due pluripregiudicati, a prescindere sia dal suo rendimento professionale, elevato e comunque privo di rilievi, sia dalla condotta personale, profili questi che non vengono messi in discussione dall'atto di trasferimento impugnato.

Pubblico impiego – Trasferimento per incompatibilità ambientale

C.G.A., 13 marzo 2014 n. 130 – Pres. De Lipsis, Est. Neri

Le esigenze di servizio poste a base del trasferimento per incompatibilità del personale della Polizia di Stato sono sindacabili dal giudice amministrativo solo estrinsecamente, sotto il profilo della logicità e completezza della motivazione e dell'errore e del travisamento dei fatti, con il limite costituito dal divieto dell'organo giudicante di sostituire la propria valutazione a quella già effettuata, rimanendo cioè esclusa per il giudice ogni indagine sulla valutazione di merito dell'Amministrazione di appartenenza a cui è, invece, riservato il potere di valutare, caso per caso, gli elementi di fatto accertati nell'esercizio del potere di inchiesta.

Processo amministrativo – Interesse a ricorrere

C.G.A., 13 marzo 2014 n. 131 – Pres. De Lipsis, Est. Neri

Nel processo amministrativo l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità, che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato.

Processo amministrativo – Interesse a ricorrere

C.G.A., 13 marzo 2014 n. 131 – Pres. De Lipsis, Est. Neri

Deve essere considerato inammissibile per carenza di interesse il ricorso con il quale si richieda l'annullamento giurisdizionale di un atto amministrativo che non sia in grado di determinare alcun vantaggio sostanziale al ricorrente, neppure di carattere strumentale, con la precisazione che quest'ultimo sussiste allorquando le censure dedotte siano tali da comportare, in caso di accoglimento, la rinnovazione dell'intera procedura.

Processo amministrativo – Interesse a ricorrere

C.G.A., 13 marzo 2014 n. 131 – Pres. De Lipsis, Est. Neri

Se la mancanza di interesse nella fase introduttiva del giudizio determina l'inammissibilità dello stesso, l'accertamento della sopravvenuta carenza nel corso del procedimento è causa di una pronuncia di improcedibilità da parte del giudice amministrativo con effetti estintivi del processo.

Processo amministrativo – Interesse a ricorrere

C.G.A., 13 marzo 2014 n. 131 – Pres. De Lipsis, Est. Neri

L'interesse al ricorso, in quanto condizione dell'azione, deve sussistere sia al momento della proposizione dell'appello sia al momento della decisione, con conseguente attribuzione al giudice amministrativo del potere di verificare la persistenza della predetta condizione in relazione a ciascuno di tali momenti.

Processo amministrativo – Interesse a ricorrere

C.G.A., 13 marzo 2014 n. 131 – Pres. De Lipsis, Est. Neri

La distinzione, sul piano teorico, tra perdita di interesse all'appello e perdita di interesse al ricorso di primo grado si concreta nel fatto che la dichiarazione di rinuncia da parte dell'appellato all'azione intrapresa e agli effetti in suo favore derivanti dalla sentenza di primo grado, dimostrando il venir meno dell'interesse al ricorso in ordine alla quale è intervenuta una pronuncia e precludendo al giudice di appello il riesame della questione già decisa con la medesima sentenza, comporta, ai sensi dell'art. 34 co. 1 L. 1034/71, l'annullamento senza rinvio della sentenza di primo grado e non l'estinzione del solo giudizio di appello, che esplicherebbe l'effetto di far passare in giudicato la sentenza impugnata ex art. 388 c.p.c..

Con la sentenza in esame, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia si pronuncia, annullandola senza rinvio, sugli effetti di una rinuncia al ricorso e agli effetti, ad esso favorevoli, da parte del soggetto appellato vittorioso nel giudizio di primo grado, ritenendo che, in tale ipotesi, persista l'interesse dell'appellante a veder pronunciato in fase di gravame l'annullamento della sentenza impugnata. Ciò in quanto la pronuncia di mera inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione avrebbe l'effetto di eliminare quest'ultima, ma non anche la sentenza impugnata, che resterebbe confermata.

Processo amministrativo – Cessazione della materia del contendere

C.G.A., 14 marzo 2014 n. 133 – Pres. De Lipsis, Est. Buricelli

Opera l'istituto della carenza d'interesse a non quello della cessazione della materia del contendere nel caso di sopravvenienza di un PRG le cui disposizioni privino di effetti un provvedimento di demolizione di un'opera ricadente in zona soggetta a inedificabilità assoluta ex art. 15/a) della legge regionale n. 78 del 1976, nel frattempo impugnato, posto che la mera previsione dell'opera nel PRG non può considerarsi idonea a soddisfare pienamente la pretesa fatta valere in giudizio dal ricorrente. Essa, infatti, non costituisce di per sé elemento di regolarizzazione di opere eseguite in periodo antecedente in carenza dei requisiti di legge prescritti.

Demanio e patrimonio - Vincoli

C.G.A., 14 marzo 2014 n. 133 – Pres. De Lipsis, Est. Buricelli

L'obbligo di arretrare le costruzioni di metri centocinquanta dalla battigia, consentendosi entro detta fascia soltanto “opere e impianti destinati alla diretta fruizione del mare”, di cui all'art. 15/a) della legge regionale n. 78 del 1976, è di immediata applicazione erga omnes, avendo come destinatari sia i privati sia le amministrazioni, posto che la ratio del vincolo di inedificabilità assoluta è la tutela del territorio dal punto di vista paesaggistico e ambientale.

Demanio e patrimonio

C.G.A., 14 marzo 2014 n. 133 – Pres. De Lipsis, Est. Buricelli

Sono state classificate dalla giurisprudenza come opere destinate alla “diretta fruizione del mare” di cui all'art. 15 della legge regionale n. 78 del 1976:

- le opere di rimessaggio, alaggio e varo di imbarcazioni da diporto, con le connesse attività di assistenza e riparazione di esse;*
 - gli impianti di rifornimento carburante per natanti da diporto sono opere destinate, per la loro natura, alla diretta fruizione del mare ed indispensabili per la nautica da diporto;*
 - gli impianti e quelle opere destinate direttamente e specificamente alla fruizione del mare come l'accesso al lido, l'utilizzo di docce e di cabine spogliatoio da parte dei bagnanti;*
- e, più in generale, tutte le opere inerenti all'attività in esso esercitata, e non già quelle poste semplicemente in vicinanza del mare.*

Demanio e patrimonio

C.G.A., 14 marzo 2014 n. 133 – Pres. De Lipsis, Est. Buricelli

La nozione di opere destinate alla “diretta fruizione del mare” di cui all'art. 15 della legge regionale n. 78 del 1976 va interpretata restrittivamente. Dunque, non è sufficiente che l'opera sia

nelle vicinanze del mare per integrare il requisito della diretta fruizione del mare, ma è necessario che l'opera abbia una strumentalità diretta con gli usi del mare (pesca, navigazione, balneazione, ecc.). In tal senso rientra tra le opere destinate alla "diretta fruizione del mare" un bene per il quale l'ubicazione nei pressi del mare è un dato puramente accidentale.

Con la pronuncia *de qua* il Consiglio ritiene non possa rientrare nella nozione di opere destinate alla "diretta fruizione del mare" di cui all'articolo 15 della legge regionale n. 78 del 1976, e sia dunque soggetto al divieto di costruzione entro i 150 metri dalla battigia di cui alla predetta norma, un cavalcavia che consentiva l'accesso in sicurezza dei bagnanti al mare.

Processo amministrativo - Appello

C.G.A., 14 marzo 2014 n. 133 – Pres. De Lipsis, Est. Buricelli

I principi della censurabilità in appello della sola pronuncia sulle spese emessa in primo grado che le abbia poste, totalmente o parzialmente, a carico della parte totalmente vittoriosa, e della piena discrezionalità in capo al giudicante in ordine all'assegnazione delle stesse, fermo il limite dato dal divieto di condanna della parte vittoriosa, trovano applicazione anche quando il giudice si sia limitato a dichiarare la inammissibilità o la improcedibilità del ricorso. Ed infatti, anche in questi casi sussiste una soccombenza, sia pure virtuale, di colui che ha agito con un atto dichiarato inammissibile o improcedibile.

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

C.G.A., 14 marzo 2014 n. 139 – Pres. De Lipsis, Est. Buricelli

Con riferimento alle dichiarazioni di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 163 del 2006 (codice dei contratti pubblici), se, in linea generale, è vero che anche quando l'Amministrazione metta a disposizione la modulistica per la presentazione della domanda e delle offerte sussiste comunque un onere in capo ai partecipanti, in base ad un criterio di ordinaria diligenza, di verificare che tale modulistica sia effettivamente conforme alle previsioni del bando, occorre tuttavia far salva l'ipotesi in cui la stazione appaltante, con il proprio comportamento, abbia effettivamente indotto i partecipanti al compimento di un errore inevitabile o, comunque, scusabile.

Nel caso di specie, il Consiglio conferma la statuizione del Giudice di primo grado, che aveva affermato l'impossibilità per la stazione appaltante di escludere il concorrente che, utilizzando il modulo allegato alla *lex specialis* di gara, aveva ommesso di rendere la dichiarazione di cui all'articolo 38, lettera *m-ter*, del codice dei contratti, pure prevista a pena di esclusione.

E ciò in quanto l'avvenuta predisposizione, da parte della stazione appaltante, di un modulo prestampato annesso al bando e al disciplinare contenente la domanda di partecipazione e tutte le dichiarazioni che avrebbero dovuto rendere i concorrenti che non contemplava la dichiarazione in ordine alla insussistenza della circostanza di cui alla lettera *m-ter* dell'art. 38, associato alla "viva

raccomandazione” espressa dalla stazione appaltante di utilizzare i modelli suddetti proprio al fine di facilitare le operazioni di gara ed evitare esclusioni per mancanze, era stata idonea ad ingenerare nel partecipante un ragionevole affidamento sulla piena completezza e conformità del modulo *ad hoc* rispetto alla legge statale e alla legge di gara.

Dunque, conclude il Consiglio, vertendosi in ipotesi di clausole della *lex specialis* contraddittorie, equivoche ed ambigue, tali da ingenerare l’errore in cui è caduto il concorrente nel rendere le dichiarazioni richieste dal bando a pena di esclusione, l’applicazione dei principi in materia di *favor participationis* e di tutela dell’affidamento avrebbe dovuto consentire la regolarizzazione della documentazione di gara con l’integrazione della dichiarazione incompleta risultante dal modulo predisposto.