



**Newsletter n. 14/2023 della Giustizia amministrativa
a cura dell'Ufficio del massimario**

Indice

Corte di cassazione, sezioni unite civili

1. **Cass. civ., sez. un., 6 aprile 2023, n. 9474, sul controllo d'ufficio del giudice sul carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore.**

Consiglio di Stato, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e Tribunali amministrativi regionali

2. **Cons. Stato, sez. VII, 7 aprile 2023, n. 3624, la VII sezione annulla la delibera del CPGA sulla sterilizzazione della retrodatazione ai fini della nomina alla qualifica di Presidente di Sezione del Consiglio di Stato;**
3. **Cons. Stato, sez. VI, 7 aprile 2023, n. 3584, alla Corte di giustizia il rifiuto di fornitura quale comportamento anticoncorrenziale;**
4. **Cons. Stato, sezione V, 6 aprile 2023, n. 3571, alla Corte di giustizia UE la questione interpretativa sull'incameramento della cauzione provvisoria in caso di esclusione dell'operatore economico;**
5. **Cons. Stato, sez. IV, 5 aprile 2023, n. 3533, sulla configurabilità di controinteressati a fronte del diniego di un'autorizzazione unica ambientale;**
6. **Cons. Stato, sez. V, 4 aprile 2023, nn. 3449 e 3450, sull'ostensione, in pendenza di giudizio, del documento richiesto e il sopravvenuto venir meno dell'interesse alla decisione giurisdizionale;**
7. **Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2023, n. 3406, sulla compatibilità degli impianti fotovoltaici con le esigenze di tutela dei beni culturali;**
8. **Cons. Stato, sez. IV, 30 marzo 2023, n. 3294, sull'installazione di impianti fotovoltaici su serre e titoli abilitativi;**
9. **Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 2023, n. 3115, sulla lettura estensiva del concetto di edificio circostante ai fini del calcolo edilizio delle altezze consentite;**

10. [Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2023, n. 2559](#), sulla compatibilità delle strutture funzionali alla balneazione con le esigenze di tutela del paesaggio;
11. [T.a.r. per la Campania, sez. III, 3 aprile 2023, n. 2069](#), sull'impossibilità di superare il giudizio di anomalia dell'offerta attraverso la previsione di un c.d. fondo maggiori oneri;
12. [T.a.r. per la Sicilia, sez. II, 27 marzo 2023, n. 1017](#), sulla necessità di un provvedimento espresso anche per i procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico della regione Sicilia;
13. [T.a.r. per la Calabria, sez. II, 27 marzo 2023, n. 521](#), sulla sostenibilità economico finanziaria dell'appalto;
14. [T.a.r. per l'Abruzzo, Pescara, sez. I, 1° marzo 2023, n. 107](#), sulla possibilità di nuovo esercizio del potere della p.a. dopo un primo annullamento da parte del giudice amministrativo.

Corte di cassazione, sezioni unite civili

(1)

Sul controllo d'ufficio del giudice sul carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore.

[Corte di cassazione, sezioni unite civili, 6 aprile 2023, n. 9474, Pres. Curzio, Est. Vincenti](#)

Le sezioni unite – pronunciandosi ai sensi dell'art. 363, comma 3, c.p.c. su una questione di particolare importanza sorta a seguito delle decisioni della CGUE, in data 17 maggio 2022 (sentenza in C-600/19, *Ibercaja Banco*; C-693/19, *SPV Project 1503*, e C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza*; C-725/19, *Impuls Leasing Romania*; C-869/19, *Unicaja Banco*) – hanno affermato i seguenti principi:

In relazione alla fase monitoria, il giudice del monitorio:

a) deve svolgere, d'ufficio, il controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto stipulato tra professionista e consumatore in relazione all'oggetto della controversia;

b) a tal fine procede in base agli elementi di fatto e di diritto in suo possesso, integrabili, ai sensi dell'art. 640 c.p.c., con il potere istruttorio d'ufficio, da esercitarsi in armonia con la struttura e funzione del procedimento d'ingiunzione:

b.1.) potrà, quindi, chiedere al ricorrente di produrre il contratto e di fornire gli eventuali chiarimenti necessari anche in ordine alla qualifica di consumatore del debitore;

b.2) ove l'accertamento si presenti complesso, non potendo egli far ricorso ad un'istruttoria eccedente la funzione e la finalità del procedimento (ad es. disporre c.t.u.), dovrà rigettare l'istanza d'ingiunzione;

c) all'esito del controllo:

c.1) se rileva l'abusività della clausola, ne trarrà le conseguenze in ordine al rigetto o all'accoglimento parziale del ricorso;

c.2) se, invece, il controllo sull'abusività delle clausole incidenti sul credito azionato in via monitoria desse esito negativo, pronuncerà decreto motivato, ai sensi dell'art. 641 c.p.c., anche in relazione alla anzidetta effettuata deliberazione;

c.3) il decreto ingiuntivo conterrà l'avvertimento indicato dall'art. 641 c.p.c., nonché l'espresso avvertimento che in mancanza di opposizione il debitore-consumatore non potrà più far valere l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto e il decreto non opposto diventerà irrevocabile.

Con riguardo alla fase esecutiva, il giudice dell'esecuzione:

a) in assenza di motivazione del decreto ingiuntivo in riferimento al profilo dell'abusività delle clausole, ha il dovere – da esercitarsi sino al momento della vendita o dell'assegnazione del bene o del credito – di controllare la presenza di eventuali clausole abusive che abbiano effetti sull'esistenza e/o sull'entità del credito oggetto del decreto ingiuntivo;

b) ove tale controllo non sia possibile in base agli elementi di diritto e fatto già in atti, dovrà provvedere, nelle forme proprie del processo esecutivo, ad una sommaria istruttoria funzionale a tal fine;

c) dell'esito di tale controllo sull'eventuale carattere abusivo delle clausole – sia positivo, che negativo – informerà le parti e avviserà il debitore esecutato che entro 40 giorni può proporre opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi

dell'art. 650 c.p.c. per fare accertare (solo ed esclusivamente) l'eventuale abusività delle clausole, con effetti sull'emesso decreto ingiuntivo;

d) fino alle determinazioni del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 649 c.p.c., non procederà alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito;

e) se il debitore ha proposto opposizione all'esecuzione ex art. 615, primo comma, c.p.c., al fine di far valere l'abusività delle clausole del contratto fonte del credito ingiunto, il giudice adito la riqualificherà in termini di opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c. e rimetterà la decisione al giudice di questa (*translatio iudicii*);

f) se il debitore ha proposto un'opposizione esecutiva per far valere l'abusività di una clausola, il giudice darà termine di 40 giorni per proporre l'opposizione tardiva – se del caso rilevando l'abusività di altra clausola – e non procederà alla vendita o all'assegnazione del bene o del credito sino alle determinazioni del giudice dell'opposizione tardiva sull'istanza ex art. 649 c.p.c. del debitore consumatore.

In relazione alla fase di cognizione, il giudice dell'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c.:

- a) una volta investito dell'opposizione (solo ed esclusivamente sul profilo di abusività delle clausole contrattuali), avrà il potere di sospendere, ex art. 649 c.p.c., l'esecutorietà del decreto ingiuntivo, in tutto o in parte, a seconda degli effetti che l'accertamento sull'abusività delle clausole potrebbe comportare sul titolo giudiziale;
- b) procederà, quindi, secondo le forme di rito.».

La sentenza della CGUE, grande sezione, 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19, SPV Project 1503 srl è stato oggetto di News US n. 53 del 6 giugno 2022.

Consiglio di Stato, Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana e Tribunali amministrativi regionali

(2)

La VII sezione annulla la delibera del CPGA sulla sterilizzazione della retrodatazione ai fini della nomina alla qualifica di Presidente di Sezione del Consiglio di Stato

[Consiglio di Stato, sezione VII, 7 aprile 2023, n. 3624 – Pres. Chieppa, Est. Franconiero](#)

La VII sezione ha annullato la delibera del CPGA, con cui era stata approvata la proposta finalizzata ad introdurre «in via interpretativa la sterilizzazione della (...) retrodatazione ai fini della nomina alla qualifica di Presidente di sezione del Consiglio di Stato». La «retrodatazione» che con la proposta si è inteso “sterilizzare” è a sua volta quella prevista dalla disposizione della legge ordinamentale della giustizia amministrativa richiamata nella intitolazione della delibera, secondo cui i consiglieri di Stato nominati per concorso, «conseguono la nomina con decorrenza dal 31 dicembre dell’anno precedente a quello in cui è indetto il concorso stesso».

In particolare, superate le questioni preliminari, la VII sezione ha evidenziato che con la «sterilizzazione» ai fini della nomina a presidente di sezione dell’anzianità nella qualifica di consigliere di Stato nominato per concorso, fissata al 31 dicembre dell’anno precedente a quello di indizione di quest’ultimo, risulta disapplicata la norma di legge che tale anzianità di qualifica ha stabilito, e cioè il più volte richiamato art. 19, comma 1, n. 3), terzo periodo, della legge 27 aprile 1982, n. 186. Quindi, attraverso un’operazione palesemente eccedente i limiti dell’interpretazione della norma, non consentita ad un organo amministrativo quale il Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa, la sterilizzazione dell’anzianità nella qualifica di consigliere di Stato conseguita attraverso il relativo concorso ai fini della nomina a presidente di sezione ha comportato la violazione dell’art. 21 della medesima legge sull’ordinamento della magistratura amministrativa. Nel disciplinare i requisiti per la nomina a presidente di sezione del Consiglio di Stato, la disposizione ora menzionata fa infatti riferimento all’«anzianità di servizio», la quale è a sua volta

determinata dalla decorrenza giuridica nella qualifica utile alla nomina, posto che quest'ultima segna l'inquadramento del pubblico impiegato nell'organizzazione amministrativa dell'ente presso il quale è destinato a prestare il servizio, e dalla quale matura la relativa anzianità.

Rispetto all'anzianità di servizio integra un concetto distinto il servizio effettivamente prestato, che ai sensi dell'art. 21, comma 3, della legge 27 aprile 1982, n. 186, è richiesto nella misura minima di due anni presso il Consiglio di Stato, per la nomina a presidente di sezione del medesimo organo giurisdizionale. La distinzione concettuale tra anzianità di servizio, data dalla decorrenza giuridica nella qualifica, e servizio effettivo, è resa manifesta dalla disposizione di legge relativa alla nomina a consigliere di Stato per i consiglieri di tribunale amministrativo regionale, per i quali l'art. 19, comma 1, n. 1), della legge ordinamentale richiede «che abbiano almeno quattro anni di effettivo servizio nella qualifica». Per conseguenza logico-giuridica, «l'anzianità di servizio» che ai sensi dell'art. 21, comma 1, della medesima legge segna l'ordine con cui il Consiglio di presidenza della Giustizia amministrativa è chiamato a svolgere il «giudizio di idoneità» alle funzioni presidenziali presso il Consiglio di Stato è quello nella qualifica immediatamente precedente di consigliere di Stato, che nondimeno lo stesso organo di autogoverno ha inteso disapplicare per quelli reclutati per concorso attraverso la delibera interpretativa impugnata nel presente giudizio.

Nè rileva sul punto la sentenza della Corte costituzionale del 27 ottobre 2020, n. 224, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di legge relative alla nomina nella qualifica di vice sovrintendente, e in particolare di quelle in allora previste per la nomina per concorso o procedura selettiva, rispetto ai vice sovrintendenti promossi da qualifiche inferiori per merito straordinario, non applicabile al caso di specie.

La retroazione della nomina a consigliere di Stato alla fine dell'anno precedente l'indizione del concorso risponde infatti all'esigenza avvicinare (o di non distanziare eccessivamente) la decorrenza giuridica nella qualifica conseguita all'esito della selezione concorsuale all'epoca in cui è stata

accertata la vacanza nei posti da coprire, e allo stesso tempo di riallineare la medesima decorrenza a quella derivante dagli altri due sistemi di reclutamento. La funzione della norma è in altri termini quella di evitare che i tempi della procedura concorsuale, ontologicamente più lunghi rispetto alle altre due modalità di reclutamento previste dall'art. 19 della legge 27 aprile 1982, n. 186, vadano a detrimento di uno dei sistemi di selezione.

Le considerazioni da ultimo svolte valgono quindi a differenziare il sistema di reclutamento dei consiglieri di Stato dai meccanismi di promozione alla qualifica di vice sovrintendente della Polizia di Stato che hanno dato luogo alla pronuncia di incostituzionalità posta a base della proposta di delibera.

La sentenza della Corte costituzionale n. 224 del 2020, citata nella motivazione della sentenza, è stata oggetto di News US n. 119 del 13 novembre 2020.

(3)

Alla Corte di giustizia il rifiuto di fornitura quale comportamento anticoncorrenziale.

[Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 7 aprile 2023, n. 3584 – Pres. Volpe, Est. Lamberti](#)

Vanno sottoposti alla Corte di giustizia dell'Unione europea i seguenti quesiti:

a) "se, ai sensi dell'art. 102 TFUE, il requisito dell'indispensabilità del prodotto oggetto di un rifiuto di fornitura debba essere interpretato nel senso che l'accesso deve essere indispensabile per l'esercizio di una determinata attività su un mercato vicino, o se sia sufficiente che l'accesso sia indispensabile per un utilizzo più conveniente dei prodotti o servizi offerti dall'impresa richiedente l'accesso, specie nel caso in cui il prodotto oggetto del rifiuto abbia essenzialmente la funzione di rendere più agevole e conveniente la fruizione di prodotti o servizi già esistenti";

- b) "se, nel quadro di una condotta qualificata quale rifiuto di fornitura, sia possibile ritenere un comportamento abusivo, ai sensi dell'art. 102 TFUE, in un contesto nel quale, nonostante il mancato accesso al prodotto richiesto, (i) l'impresa richiedente fosse già attiva sul mercato e abbia continuato a crescere nello stesso per tutto il periodo del presunto abuso e (ii) altri operatori in concorrenza con l'impresa richiedente l'accesso al prodotto abbiano continuato ad operare sul mercato";
- c) "se, nel quadro di un abuso consistente nel rifiuto di concedere l'accesso a un prodotto o servizio asseritamente indispensabile, l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che l'inesistenza del prodotto o del servizio al momento della richiesta di fornitura debba essere presa in considerazione quale una giustificazione oggettiva per il rifiuto stesso, o quantomeno se un'autorità di concorrenza sia tenuta a svolgere un'analisi, su elementi oggettivi, del tempo necessario a un'impresa dominante al fine di sviluppare il prodotto o servizio per il quale viene richiesto l'accesso, oppure se sia invece esigibile che l'impresa dominante, stante la responsabilità che assume sul mercato, sia onerata di comunicare al richiedente la tempistica necessaria allo sviluppo del prodotto";
- d) "se l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che un'impresa dominante, che detiene il controllo di una piattaforma digitale, può essere tenuta a modificare i propri prodotti, o a svilupparne di nuovi, al fine di consentire a coloro che lo richiedono di accedere a tali prodotti. In tal caso, se un'impresa dominante sia tenuta a prendere in considerazione le generali esigenze del mercato o le esigenze della singola impresa richiedente accesso all'input asseritamente indispensabile, o quantomeno, stante la speciale responsabilità che viene ad assumere sul mercato, se debba prefissare dei criteri oggettivi per l'esame delle richieste che le vengono rivolte e per graduarne l'ordine di priorità";
- e) "se, nel quadro di un abuso consistente nel rifiuto di concedere l'accesso a un prodotto o servizio asseritamente indispensabile, l'art. 102 TFUE debba essere interpretato nel senso che un'autorità di concorrenza è tenuta previamente a definire e individuare il mercato rilevante a valle interessato dall'abuso, e se questo possa essere anche solo potenziale".

La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio del massimario.

(4)

Alla Corte di giustizia UE la questione interpretativa sull'incameramento della cauzione provvisoria in caso di esclusione dell'operatore economico

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 6 aprile 2023, n. 3571 - Pres. Caringella, Est. Manca

Va rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale:

- se gli artt. 16, 49, 50 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, l'art. 4, protocollo 7, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'art.6 del TUE, i principi di proporzionalità, concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli articoli gli artt. 49, 50, 54 e 56 del TFUE, ostino ad una norma interna (quale contenuta nell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006) che preveda l'applicazione dell'incameramento della cauzione provvisoria, quale conseguenza automatica dell'esclusione di un operatore economico da una procedura di affidamento di un contratto pubblico di lavori, altresì a prescindere dalla circostanza che lo stesso sia o meno risultato aggiudicatario della gara.

La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio del massimario.

(5)

Sulla configurabilità di controinteressati a fronte del diniego di un'autorizzazione unica ambientale.

Consiglio di Stato, sezione IV, 5 aprile 2023, n. 3533 – Pres. Poli, Est. Fratamico

Non sono configurabili controinteressati a fronte della impugnativa del diniego di autorizzazione unica ambientale; il terzo che dovesse trarre un vantaggio dalla conservazione del diniego impugnato, infatti, non sarebbe titolare di un interesse qualificato al mantenimento del diniego stesso o alla conservazione dello *status* determinato da quest'ultimo, non conseguendo da esso in modo diretto alcuna concreta utilità o bene della vita, ma solo vantaggi indiretti.

Nel caso di specie, una società aveva impugnato il diniego di AUA per il rinnovo dell'attività di recupero rifiuti non pericolosi in procedura semplificata; e la società proprietaria del terreno aveva proposto ricorso incidentale, dolendosi dell'illegittimità degli atti impugnati dalla ricorrente in via principale nella parte in cui non negavano l'autorizzazione anche per altri motivi.

Il T.a.r., in primo grado, dichiarava il ricorso incidentale inammissibile, atteso che la società proprietaria del terreno non poteva essere qualificata come un controinteressato; e, per quanto interessa in questa sede, il Consiglio di Stato ha confermato tale declaratoria di inammissibilità, osservando che nel giudizio amministrativo impugnatorio avente ad oggetto dinieghi (di s.c.i.a., d.i.a. e autorizzazioni come quella in questione) o atti repressivi (inflizione di sanzioni edilizie, dinieghi di condono e così via), non si configurano di regola posizioni di contro interesse, inteso come la situazione propria del soggetto "individuato o facilmente individuabile in base al provvedimento" che trae un vantaggio diretto e concreto da quest'ultimo.

L'orientamento favorevole ad una deroga a tale principio, in presenza della partecipazione procedimentale, è stato, prosegue il Consiglio di Stato, superato definitivamente dalla Adunanza plenaria n. 3 del 2022 che ha operato una esegesi restrittiva in punto di configurabilità di interesse ad agire e legittimazione al ricorso; infine, nel caso di specie la legittimazione e l'interesse ad agire della ricorrente incidentale si rinviene nel fatto che quest'ultima invoca la tutela di un interesse strumentale che però nel nostro ordinamento, come riconosciuto a far data dalla Adunanza plenaria n. 9 del 2014, è eccezionale e si ammette solo in presenza di una norma che espressamente lo riconosca.

(6)

Sull'ostensione, in pendenza di giudizio, del documento richiesto e il sopravvenuto venir meno dell'interesse alla decisione giurisdizionale.

[Consiglio di Stato, sezione V, 4 aprile 2023, nn. 3449 e 3450 - Pres. Caringella, Est. Fantini](#)

L'ostensione, in pendenza di giudizio, di un documento, determinandone la *discovery*, è incompatibile con la persistenza dell'interesse alla decisione del merito della controversia avente ad oggetto proprio la riproposizione delle ragioni a sostegno del diniego.

(Nella fattispecie, la sezione è addivenuta ad una declaratoria d'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse dell'appello proposto dalla federazione italiana giuoco calcio, stante l'intervenuta ostensione documentale, motivata alla stregua di quanto disposto dalla sentenza di prime cure nonchè del decreto monocratico di rigetto della tutela cautelare di cui all'art. 56, comma 1, c.p.a.).

(7)

Sulla compatibilità degli impianti fotovoltaici con le esigenze di tutela dei beni culturali.

[Consiglio di Stato, sezione VI, 3 aprile 2023, n. 3406 - Pres. Montedoro, Est. Cordi](#)

I beni culturali sono ontologicamente diversi dai beni paesaggistici ed assoggettati ad uno specifico regime giuridico e a peculiari meccanismi di tutela: infatti, i beni culturali esprimono un valore culturale e identitario pregnante ed incorporato nella *res extensa*, mentre i beni paesaggistici sono considerati quali rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali. Pertanto, gli orientamenti ed i principi elaborati con riferimento alla tutela dei beni paesaggistici non sono *tout court* applicabili anche ai beni culturali.

Sono legittime le prescrizioni con cui la Soprintendenza autorizza l'installazione di pannelli fotovoltaici su un edificio di valore storico ed architettonico, a condizione che si tratti di sistemi fotovoltaici integrati di nuova generazione; che siano installati sulle parti di più recente realizzazione dell'edificio (e dunque di minor pregio storico ed architettonico); che i pannelli fotovoltaici siano integrati con la copertura, assecondandone la conformazione curva dell'estradosso, tramite l'utilizzo di film sottili di nuova generazione, i laminati flessibili, le tegole fotovoltaiche o i pannelli curvi. Si tratta infatti di prescrizioni che raggiungono un ragionevole punto di equilibrio tra le esigenze di efficientamento energetico e quelle di tutela del bene culturale.

Nel caso di specie, un comune aveva presentato un progetto per l'efficientamento energetico, che prevedeva, tra l'altro, l'installazione di pannelli fotovoltaici su un teatro comunale, vincolato ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004. La Soprintendenza aveva, dopo un primo diniego, autorizzato il progetto, dettando alcune prescrizioni finalizzate a contemperare l'installazione dei pannelli con le esigenze di tutela del bene culturale. Il comune aveva impugnato tale atto, ed il T.a.r. aveva accolto il ricorso, richiamando una serie di precedenti giurisprudenziali, relativi all'installazione di impianti fotovoltaici su beni sottoposti a vincolo paesaggistico; in particolare, il giudice di primo grado aveva osservato che i pannelli sarebbe stati visibili solo dall'alto, per lo più attraverso l'uso di droni.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello proposto dal Ministero, rilevando in primo luogo che i precedenti giurisprudenziali richiamati dal giudice di primo grado non sono pertinenti, proprio perché relativi alla tutela di beni paesaggistici e non di un bene culturale: poiché quest'ultimo è tutelato in quanto tale, e non solo per la percezione visiva che se ne ha, è irrilevante che i pannelli siano visibili solo dall'alto. In secondo luogo, il Consiglio di Stato osserva che la Soprintendenza, dettando prescrizioni che consentono di integrare l'installazione dei pannelli con la volta dell'edificio, ha effettuato un ragionevole e legittimo contemperamento tra le esigenze di tutela del bene e quelle di tutela ambientale, che spingono per un aumento della produzione di energie rinnovabili.

(8)

Sull'installazione di impianti fotovoltaici su serre e titoli abilitativi.

[Consiglio di Stato, sezione IV, 30 marzo 2023, n. 3294 – Pres. Poli, Est. Gambato Spisani](#)

La disciplina delle autorizzazioni in materia di impianti per la produzione di energie rinnovabili è contenuta nell'art. 12 del d. lgs. 387 del 2003, recante una disciplina speciale di settore volta a garantire la necessaria uniformità di trattamento delle varie fattispecie concrete.

L'installazione degli impianti fotovoltaici necessita dei seguenti titoli abilitativi: l'autorizzazione regionale di cui all'art. 12 del d. lgs. n. 387 del 2003, la p.a.s. di cui all'art. 6, comma 1, del d. lgs. n. 28 del 2011 e la comunicazione di edilizia libera di cui all'art. 6, comma 11, del d. lgs. n. 28 del 2011.

In linea generale, la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, gli interventi di modifica, potenziamento, rifacimento nonché le opere e le infrastrutture connesse sono soggetti ad una autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione, ovvero, per impianti con potenza termica installata pari o superiore ai 300 MW, dal ministero dello sviluppo economico.

Costituiscono attività ad edilizia libera, e, perciò solo, assentibili, non tramite autorizzazione regionale, bensì mediante comunicazione al comune, le seguenti categorie di impianti fotovoltaici:

- a) gli impianti aderenti o integrati nei tetti di edifici esistenti con la stessa inclinazione e lo stesso orientamento della falda e i cui componenti non modificano la sagoma degli edifici stessi, che abbiano superficie non superiore a quella del tetto sui quali vengono realizzati e non ricadano in zona sottoposta a vincolo paesaggistico;
- b) gli impianti realizzati su edifici esistenti o sulle loro pertinenze, con capacità di generazione compatibile con lo scambio sul posto.

La procedura abilitativa semplificata è stata, invece, prevista, per tutti gli impianti *de quibus*, fatta salva, però, la disciplina degli impianti soggetti a comunicazione di edilizia libera, nonché per le serre fotovoltaiche di potenza inferiore ad un megawatt elettrico.

(Nella fattispecie in esame, inerente la realizzazione di un intervento integrato, consistente in quattro serre con impianto fotovoltaico integrato di potenza nominale 582,36 KW, la sezione ha concluso nel senso dell'ineludibilità dell'autorizzazione unica regionale, atteso che le serre fotovoltaiche non sono in regime di edilizia libera e non sono edifici in senso normativo).

(9)

Sulla lettura estensiva del concetto di edificio circostante ai fini del calcolo edilizio delle altezze consentite.

[Consiglio di Stato, sezione IV, 27 marzo 2023, n. 3115 – Pres. Poli, Est. Verrico](#)

Allorquando la disciplina edilizia di riferimento individui l'altezza massima delle nuove costruzioni in relazione a quella degli edifici circostanti, deve aversi riguardo non solo ai manufatti preesistenti confinanti ma anche alle edificazioni che si trovano in un rapporto di ragionevole prossimità con il sedime oggetto del titolo edilizio, con il limite che il giudizio di comparazione non può estendersi all'intera zona o fascia territoriale o comparto nel cui ambito il sedime è ubicato.

(Nella fattispecie in esame, la sezione, in applicazione di questo criterio, ha ritenuto che potessero fungere da parametro ex art. 8 d.m. n. 1444/1968 le tre costruzioni, di altezza pari o superiore a quella di 12 metri, che, benché non confinanti con il terreno interessato dall'erigendo edificio, insistevano nell'area circostante, comunque circoscritta e non eccessivamente estesa, a circa 200 metri di distanza).

(10)

Sulla compatibilità delle strutture funzionali alla balneazione con le esigenze di tutela del paesaggio.

[Consiglio di Stato, sezione VI, 10 marzo 2023, n. 2559 – Pres. Montedoro, Est. Cordì](#)

La realizzazione di strutture funzionali alla balneazione costituisce una modalità di utilizzo del bene paesaggistico che non può tradursi nella deprivatione del valore naturalistico e culturale, che deve essere preservato in modo prioritario; alla luce dei principi costituzionali, infatti, le possibilità di sfruttamento per ragioni turistiche e ricreative sono da considerarsi secondarie rispetto alla prioritaria esigenza di tutela della costa. Pertanto, qualora una disposizione legislativa regionale consenta il mantenimento, per l'intero anno solare, delle strutture funzionali all'attività balneare, purché di facile amovibilità, tale norma non va intesa nel senso che impone, quale regola ordinaria, il mantenimento delle strutture per l'intero anno solare, bensì come eccezione limitata ai casi in cui tale possibilità non incida sulle predette esigenze di tutela paesaggistica.

Nel caso di specie, una società aveva chiesto l'autorizzazione paesaggistica alla realizzazione di strutture funzionali alla balneazione e la Soprintendenza aveva rilasciato l'autorizzazione imponendo tuttavia la rimozione delle strutture stesse al termine della stagione estiva.

La società aveva impugnato l'autorizzazione ed i connessi titoli abilitativi dinanzi al T.a.r. per la Puglia, Lecce, nella parte in cui era stata imposta la rimozione delle opere a fine stagione, ritenendo tale limitazione possibile, ai sensi della previsione di cui all'art. 8 della l.r. della Puglia n. 17 del 2015, solo in caso di specifiche esigenze di protezione ambientale, non contemplate dai provvedimenti autorizzativi.

In primo grado, il T.a.r. aveva accolto il ricorso, ritenendo gli atti impugnati illegittimi per l'appunto per violazione dell'art. 8 l.r. Puglia n. 17 del 2015; secondo il giudice di primo grado, infatti, attesa la formulazione della norma,

per imporre la rimozione delle strutture al termine della stagione estiva, la Soprintendenza avrebbe dovuto indicare esigenze "di protezione dell'ambiente diverse ed ulteriori rispetto a quelle ritenute compatibili con l'esistenza dell'impianto nel periodo balneare". Il Ministero aveva impugnato la sentenza di primo grado dinanzi al Consiglio di Stato.

Quest'ultimo ha accolto l'appello, osservando come la Corte costituzionale, proprio nel dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma legislativa della regione Puglia, abbia messo in evidenza sia la rilevanza primaria e assoluta della tutela ambientale e paesaggistica sia i limiti di possibili interventi normativi regionali che possono assumere tra i propri scopi anche indirette finalità di tutela ambientale, ma non sono abilitati a introdurre deroghe agli istituti di protezione ambientale uniformi, validi in tutto il territorio nazionale (Corte cost. n. 232 del 2008). Il mantenimento delle strutture balneari per l'intero anno solare non può, dunque, essere una regola generale; occorre piuttosto una valutazione caso per caso, potendo il mantenimento per l'intero anno solare essere consentito solo qualora le caratteristiche del concreto paesaggio costiero risultino tali da richiedere una tutela meno intensa. Né vale in contrario osservare che un'ordinanza balneare della Regione Puglia del 2015 (menzionata nella nota comunale del 10.3.2005) fissa la durata della stagione balneare nell'intero anno solare: sia perché la fonte è inidonea a derogare i principi costituzionali e legislativi che impongono la tutela del paesaggio, sia perché tale indicazione costituisce "una finzione sostanzialmente strumentale al mantenimento delle strutture, non potendosi ritenere che una stagione come quella balneare possa dipanarsi anche nei mesi invernali ed essendo, quindi, volta a perseguire finalità diverse da quelle propriamente connesse alla balneazione.

Si tratta, quindi, di finalità ulteriori che realizzano un ulteriore sfruttamento dei paesaggi costieri ma che, come tali, non possono anch'esse che ritenersi secondarie rispetto alla primaria esigenza di conservazione e tutela impressa dall'ordinamento".

(11)

Sull'impossibilità di superare il giudizio di anomalia dell'offerta attraverso la previsione di un c.d. fondo maggiori oneri.

[T.a.r. per la Campania, sezione III, 3 aprile 2023, n. 2069 – Pres. ed Est. Pappalardo](#)

La valutazione di anomalia dell'offerta non può essere superata attraverso la previsione di un c.d. fondo maggiori oneri, imputabile a qualsiasi eventuale costo non preventivato o preventivabile; infatti, in mancanza di specifici riferimenti ad una voce di costo ben individuata da compensare, il fondo accantonamento costituirebbe una facile elusione del principio di immodificabilità dell'offerta, attraverso una surrettizia rimodulazione dei costi della manodopera nella fase delle giustificazioni, e ciò al solo scopo di "far quadrare i conti" rispetto alle contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo.

(12)

Sulla necessità di un provvedimento espresso anche per i procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico della regione Sicilia.

[T.a.r. per la Sicilia, sezione II, 27 marzo 2023, n. 1017 – Pres. Cabrini, Est. La Greca](#)

Ai sensi dell'art. 20 l. n. 241 del 1990, immediatamente applicabile anche in Sicilia, i procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico sono esclusi dall'ambito di applicazione del silenzio assenso; pertanto, è irrilevante il fatto che la normativa siciliana sul procedimento amministrativo (e sul silenzio-assenso) contenuta nella l.r. n. 7 del 2019 non escluda espressamente dal suo campo di applicazione i procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico.

Nel caso di specie, il ricorrente aveva dapprima chiesto alla Soprintendenza di Agrigento una variante ad un'autorizzazione paesaggistica; successivamente, a fronte dell'inerzia dell'Amministrazione, aveva adito il giudice amministrativo ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a.

Il T.a.r., in base al principio riportato in massima, ha ritenuto l'azione ammissibile, posto che l'inerzia della p.a. doveva essere qualificata come silenzio inadempimento e non come silenzio assenso: infatti, ancorché la normativa siciliana sul procedimento amministrativo (e sul silenzio-assenso) contenuta nella l.reg. n. 7 del 2019 non escluda espressamente dal suo campo di applicazione i procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico come invece avviene in seno all'art. 20 l. n. 241 del 1990, è altrettanto vero che detta omessa esclusione è colmata dal predetto art. 20 l. n. 241 del 1990.

Tale ultima previsione non solo è di immediata applicazione in ambito regionale (Corte cost. n. 155 del 2021) ma non è neanche contraddetta dalla legge regionale siciliana la quale si limita a non considerare le autorizzazioni paesaggistiche tra le fattispecie di esclusione del silenzio assenso, così lasciando spazio all'espansione – in parte qua – dell'art. 20 l. n. 241 del 1990 nella parte in cui, come si è detto individua, in un ambito di competenza statale (cfr. Corte cost. n. 155 del 2021, cit.) le ipotesi di obbligo del provvedimento espresso.

(13)

Sulla sostenibilità economico finanziaria dell'appalto.

[T.a.r. per la Calabria, sezione II, 27 marzo 2023, n. 521 – Pres. Ed Est. Tallaro](#)

La sostenibilità economico-finanziaria dell'attività oggetto di un appalto pubblico, la cui mancanza individua una clausola escludente tale da legittimare l'impugnazione immediata del bando, non può essere valutata tenendo conto di elementi occasionali, quali la possibilità di proroga per un anno del contratto o l'eventualità che l'Amministrazione attribuisca ulteriori

servizi; tali elementi, infatti, farebbero dipendere, irragionevolmente, la sostenibilità economico-finanziaria da un evento futuro ed incerto, peraltro collegato alla discrezionalità dell'Amministrazione.

La sostenibilità economico-finanziaria dell'attività oggetto di un appalto pubblico, la cui mancanza individua una clausola escludente tale da legittimare l'impugnazione immediata del bando, non può essere valutata tenendo conto di misure di premialità fiscale previste a vantaggio di alcune determinate aziende; si determinerebbero, altrimenti, effetti distorsivi della concorrenza.

Nel caso di specie, una società aveva impugnato il bando di una procedura aperta per l'affidamento in concessione della progettazione, realizzazione, manutenzione e conduzione di un servizio di telecardiologia nei reparti di cardiologia delle strutture sanitarie ospedaliere e territoriali di un'ASP calabrese, dolendosi, in sostanza, della non sostenibilità economico finanziaria dell'appalto: l'importo posto a base della procedura sarebbe stato manifestamente insufficiente per formulare un'offerta non in perdita, in rapporto all'investimento iniziale stimato dall'amministrazione.

Il T.a.r. ha accolto il ricorso, ritenendo che la sostenibilità economico finanziaria dell'appalto non potesse dipendere da un evento futuro ed incerto, quale la possibilità di proroga per un anno del contratto o l'eventualità che l'Amministrazione attribuisca ulteriori servizi; né da misure di premialità fiscale previste a vantaggio di alcune determinate aziende (nel caso in esame: che operano investimenti nel Mezzogiorno d'Italia e che effettuano i c.d. investimenti 4.0).

Difatti, se la sostenibilità economica di un appalto di servizi di rilevanza europea dipendesse unicamente dalla possibilità di avvalersi di un credito d'imposta concesso esclusivamente ad imprese che operano in una determinata area geografica, tale dato evidenzerebbe una discriminazione per le imprese stabilite altrove nell'ambito dell'Unione europea, cui verrebbe preclusa financo la possibilità reale di concorrere per aggiudicarsi il servizio, e una distorsione del mercato concorrenziale. Ciò determinerebbe, altresì, la violazione del principio della libertà di prestazione di servizi (artt. 56 ss.

TUE), laddove un'impresa fosse costretta al previo stabilimento in un determinato territorio, al fine di poter presentare un'offerta competitiva. Altrimenti, le agevolazioni fiscali, anche ove autorizzate dall'ordinamento europeo, si tradurrebbero in un vantaggio competitivo che implicherebbe una radicale barriera ad accedere a una gara.

(14)

Sulla possibilità di nuovo esercizio del potere della p.a. dopo un primo annullamento da parte del giudice amministrativo.

[T.a.r. per l'Abruzzo, Pescara, sezione I, 1° marzo 2023, n. 107 – Pres. Passoni, Est. Ianigro](#)

Il principio del cosiddetto *one shot* c.d. puro, in virtù del quale sarebbe preclusa all'Amministrazione la reiterazione del provvedimento di rigetto a seguito dell'annullamento di un primo provvedimento, introdotto nell'ordinamento solo per l'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990 come modificato dal d.l. n. 76 del 2020, è limitato ai procedimenti avviati su istanza di parte e non comprende, per espressa esclusione di legge, le procedure in materia concorsuale; e, comunque, non sarebbe applicabile quando i nuovi motivi di esclusione non preesistevano al primo provvedimento impugnato ma sono scaturiti dalla successiva rinnovata istruttoria.