



**Newsletter n. 28/2023 della Giustizia amministrativa
a cura dell'Ufficio del massimario**

Indice

Corte costituzionale

1. Corte cost. 10 luglio 2023, n. 138, sulla delegificazione dell'ordinamento amministrativo della Giunta della Regione Campania;
2. Corte cost., 16 giugno 2023, n. 123, procedimento penale e procedimento erariale: problematicità applicative in caso di sentenza di estinzione del reato;
3. Corte cost., 15 giugno 2023, n. 121, rapporto tra legge penale statale e disposizione amministrativa regionale: medesimezza del fatto storico.

Corte di cassazione, sezioni unite civili

4. Cass. civ., sez. un., 6 luglio 2023, n. 19129, sull'indennizzo ex lege n. 210 del 1992.

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

5. Cons. Stato, sez. VI, 10 luglio 2023, n. 6752, sulla ammissibilità del vincolo di destinazione d'uso del bene culturale a tutela della manifestazione culturale immateriale;
6. Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2023, n. 6584, *dies a quo* per il calcolo del termine triennale di rilevanza dei gravi illeciti professionali e valutazione della stazione appaltante;
7. Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2023, n. 6573, notificazione della sentenza e domicilio digitale dell'avvocato;
8. Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2023, n. 6572, sulla necessità del permesso di costruire per utilizzare a fini residenziali i locali accessori;

9. [Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2023, n. 6387](#), sulla possibilità di desumere da elementi di fatto la non veridicità delle dichiarazioni rilasciate per ottenere un titolo edilizio;
10. [Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2023, n. 6333](#), sul rapporto tra i SIC e le ZPS e i poteri pianificatori, sulla natura giuridica delle ZPS, nonché sui limiti del sindacato rispetto alla V.I.N.C.A.;
11. [T.a.r. per la Calabria, sez. I, 13 luglio 2023, n. 1035](#), sulla giurisdizione del giudice amministrativo in materia di referendum consultivo deliberato dal consiglio comunale;
12. [T.a.r. per la Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 11 luglio 2023, n. 611](#), sull'esclusione automatica delle offerte anomale nelle procedure emergenziali;
13. [T.a.r. per la Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 5 luglio 2023 n. 598](#), valutazione della Prefettura e misura di prevenzione collaborativa;
14. [T.a.r. per la Campania, sez. I, 5 luglio 2023, n. 4011](#), sulla necessità del possesso ininterrotto dei requisiti anche in caso di cessione del ramo d'azienda.

Consiglio di Stato – Pareri

15. [Cons. Stato, sez. I, 3 luglio 2023, n. 982](#), sulla impossibilità di monetizzare le ferie non godute per causa imputabile al lavoratore.

Corte costituzionale

(1)

Sulla delegificazione dell'ordinamento amministrativo della Giunta della Regione Campania.

[Corte costituzionale, 10 luglio 2023, n. 138 – Pres. Sciarra, Red. Barbera](#)

E' incostituzionale l'art. 2, comma 1, della legge della Regione Campania 6 agosto 2010, n. 8 (Norme per garantire l'efficienza e l'efficacia dell'organizzazione della Giunta regionale e delle nomine di competenza del

Consiglio regionale), per violazione degli artt. 123 della Cost. e 56, comma 4, dello statuto reg. Campania.

In via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), è incostituzionale l'art. 2, comma 2, della legge reg. Campania n. 8 del 2010.

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

(2)

Procedimento penale e procedimento erariale: problematicità applicative in caso di sentenza di estinzione del reato

[Corte costituzionale, 16 giugno 2023, n. 123 – Pres. Sciarra, Red. San Giorgio](#)

Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, della legge 27 marzo 2001, n. 97 (norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche), per contrasto con gli artt. 3, 24, 54, 97, 103, secondo comma, e 111, secondo comma, della Costituzione, nella parte in cui dispone, anche nell'ipotesi di estinzione del reato, che il procuratore regionale della Corte dei conti possa promuovere entro trenta giorni l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale solo nei confronti del condannato e consequenzialmente, nella parte in cui non prevede che il procuratore regionale della Corte dei conti promuova entro trenta giorni l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale anche nel caso di sentenza di estinzione del reato, oltre che nel caso di sentenza irrevocabile di condanna.

Il principio dell'autonomia e del parallelismo che ispira nel vigente codice di procedura penale il rapporto tra giurisdizione civile e penale (concretantesi nell'inefficacia del giudicato penale di assoluzione nel giudizio civile se il

danneggiato ha esercitato azione civile ex art. 75, comma 2, c.p.p., o nell'irrelevanza delle cause estintive del reato agli effetti civili) e la diversa azionabilità cui risponde nella giurisdizione contabile l'illecito erariale sono espressione di sottese *differenti rationes*, determinando situazioni del tutto eterogenee.

Non è irragionevole, in relazione al parametro di cui all'art. 3 della Costituzione, la scelta legislativa nella parte in cui l'art. 17, comma 30-ter, del d.l. n. 78 del 2009, come convertito, modificato, nella stessa data della legge di conversione, dall'art. 1, comma 1, lettera c), numero 1), del d.l. n. 103 del 2009, non ricomprende la sentenza di estinzione del reato, per il correlato accertamento, tra il novero degli elementi di integrazione del discusso presupposto processuale.

(3)

Rapporto tra legge penale statale e disposizione amministrativa regionale: medesimezza del fatto storico

[Corte costituzionale, 15 giugno 2023, n. 121 – Pres. Sciarra, Red. Viganò](#)

Sono incostituzionali, per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera l), della Costituzione, sia l'art. 12, comma 5, della legge della regione Siciliana 3 agosto 2022, n. 15 (norme per la tutela degli animali e la prevenzione del randagismo), limitatamente alla lettera a), nel testo in vigore anteriormente alla sua soppressione a opera dell'art. 45, comma 1, lettera b), della legge della regione Siciliana 22 febbraio 2023, n. 2 (legge di stabilità regionale 2023-2025); sia l'art. 34, comma 1, della legge della regione Siciliana n. 15 del 2022, limitatamente all'inciso "fatte salve le sanzioni previste dalla normativa nazionale".

La competenza a prevedere sanzioni amministrative non costituisce materia a sè stante, ma accede alle materie sostanziali alle quali le sanzioni si riferiscono, spettando, dunque, la loro previsione all'ente nella cui sfera di competenza rientra la disciplina la cui inosservanza costituisce l'atto sanzionabile.

L'eventuale interferenza degli illeciti amministrativi regionali e delle relative sanzioni con i reati previsti dal legislatore statale non determina di

per se' una violazione della competenza legislativa statale in materia di ordinamento penale.

La sanzione amministrativa può essere irrogata in concreto, solo quando il fatto non integri, al tempo stesso, un reato: il che esclude che la disciplina regionale possa invadere la sfera di operatività della norma penale, trovando applicazione soltanto in via residuale, in relazione a condotte non penalmente sanzionate.

E' infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 della legge della regione Siciliana n. 15 del 2022, promossa, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 4 del protocollo n. 7 alla convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il meccanismo, di cui all'art. 9, secondo comma, della legge n. 689 del 1981, costituisce sufficiente garanzia contro il rischio di una duplicazione di procedimenti in relazione al medesimo fatto.

E' l'autorità amministrativa a dover sospendere il procedimento sanzionatorio nonché a trasmettere gli atti al pubblico ministero ogniqualvolta un fatto, qualificabile come violazione dell'art. 12, comma 5, della legge regionale impugnata, integri gli estremi di un reato.

Corte di cassazione, sezioni unite civili

(4)

Sull'indennizzo *ex lege* n. 210 del 1992

[Corte di cassazione, sezioni unite civili, 6 luglio 2023, n. 19129 - Pres. Spirito, Est. Di Paolantonio](#)

Le sezioni unite civili – decidendo su questione oggetto di contrasto giurisprudenziale – hanno affermato i seguenti principi:

a) nel giudizio risarcitorio promosso nei confronti del Ministero della salute in relazione ai danni subiti per effetto della trasfusione di sangue infetto, il verbale redatto dalla Commissione medica di cui all'art. 4 della legge n. 210 del 1992 non ha valore confessorio e, al pari di ogni altro atto redatto da

pubblico ufficiale, fa prova ex art. 2700 c.c. dei fatti che la commissione attesta essere avvenuti in sua presenza o essere stati dalla stessa compiuti, mentre le diagnosi, le manifestazioni di scienza o di opinione costituiscono materiale indiziario soggetto al libero apprezzamento del giudice che, pertanto, può valutarne l'importanza ai fini della prova, ma non può attribuire allo stesso il valore di prova legale;

b) nel medesimo giudizio, il provvedimento amministrativo di riconoscimento del diritto all'indennizzo, pur non integrando una confessione stragiudiziale, costituisce un elemento grave e preciso da solo sufficiente a giustificare il ricorso alla prova presuntiva e a far ritenere provato, per tale via, il nesso causale, sicché il Ministero per contrastarne l'efficacia è tenuto ad allegare specifici elementi fattuali non potuti apprezzare in sede di liquidazione dell'indennizzo o sopravvenute acquisizioni della scienza medica, idonei a privare la prova presuntiva offerta dal danneggiato dei requisiti di gravità, precisione e concordanza che la caratterizzano;

c) nel giudizio di risarcimento del danno il giudicato esterno formatosi fra le stesse parti sul diritto alla prestazione assistenziale *ex lege* n. 210 del 1992 fa stato quanto alla sussistenza del nesso causale fra emotrasfusione e insorgenza della patologia ed il giudice del merito è tenuto a rilevare anche d'ufficio la formazione del giudicato, a condizione che lo stesso risulti dagli atti di causa.

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

(5)

Sulla ammissibilità del vincolo di destinazione d'uso del bene culturale a tutela della manifestazione culturale immateriale.

[Consiglio di Stato, sezione VI, 10 luglio 2023, n. 6752 – Pres. Volpe, Est. Gallone](#)

Ai sensi degli articoli 7 *bis*, 10, comma 3, lettera d), 18, comma 1, 20, comma 1, 21, comma 4, e 29, comma 2, del d.lgs. n. 42 del 2004, il “vincolo di destinazione d’uso del bene culturale” può essere imposto a tutela di beni che sono espressione di identità culturale collettiva, non solo per disporre la conservazione sotto il profilo materiale, ma anche per consentire che perduri nel tempo la condivisione e la trasmissione della manifestazione culturale immateriale, di cui la cosa contribuisce a costituirne la testimonianza; ferma restando la necessità di rispettare il principio di proporzionalità.

La questione all’esame del Consiglio di Stato ha riguardato l’apposizione di un vincolo di natura storico culturale (non sull’edificio, già vincolato, ma) sull’attività di ristorazione in quanto tale, per come esercitata da decenni in quel particolare, storico, ristorante di Roma.

La società che nelle more aveva acquistato la proprietà dell’immobile aveva, tenuto conto del mancato spontaneo rilascio - alla scadenza del rapporto contrattuale - dell’unità immobiliare detenuta dal gestore, intimato alla conduttrice lo sfratto per finita locazione.

Successivamente alla sentenza del Tribunale di Roma (che aveva respinto il ricorso della conduttrice, cioè di colui che gestiva l’attività di ristorazione, condannando la conduttrice al rilascio dell’unità immobiliare detenuta) il Ministero aveva apposto il vincolo, riconoscendo l’interesse culturale “nella continuità ininterrotta dell’unione tra locale ristorante, arredi ed opere artistiche, tradizione enogastronomica e sociabilità che, dai primi anni cinquanta ad oggi, hanno reso il ristorante uno spazio fisico e simbolico di accoglienza e di incontro di “mondi” e individui dalla provenienza geografica e sociale estremamente diversificata; un teatro di frequentazioni e di eventi pubblici e privati significativi da parte di personaggi illustri italiani e stranieri e di gente comune”.

Secondo quanto ritenuto dall’Amministrazione statale, la frequentazione del locale da parte di soggetti e gruppi sociali tra i più diversificati, ha dato vita ad un insieme estremamente ricco e composito di storie e di memorie – tramandate dalle narrazioni e dai gesti di camerieri, cuochi e gestori – la cui preservazione consente uno sguardo inedito sul costume e sulla vita della città di Roma, a partire dal dopoguerra, passando per gli anni della “Dolce Vita” fino ai recenti sviluppi del turismo internazionale e di massa, nonché su aspetti peculiari della costruzione dell’immaginario dell’italianità all’estero, in particolare negli Stati Uniti e in America Latina.

La società proprietaria dell'immobile aveva impugnato il decreto di apposizione del vincolo dinanzi al T.a.r. per il Lazio, e quest'ultimo aveva accolto il ricorso; sull'appello, proposto dall'Amministrazione e dalla controinteressata, il Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se sia ammissibile l'imposizione di un vincolo di destinazione d'uso del bene culturale, e se sia ammissibile a garanzia non solo della sua conservazione, ma pure della continua ricreazione, condivisione e trasmissione della manifestazione culturale immateriale di cui la cosa costituisce testimonianza.

L'Adunanza plenaria, con sentenza n. 5 del 2023 (News n. 30 del 7 marzo 2023), ha risposto affermativamente al quesito e il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, ritenendo che, nel caso di specie, la p.a. avesse imposto il vincolo all'esito di un'adeguata istruttoria e rispettando il principio di proporzionalità.

La pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2023 è stata oggetto di News UM n. 30 del 7 marzo 2023.

(6)

***Dies a quo* per il calcolo del termine triennale di rilevanza dei gravi illeciti professionali e valutazione della stazione appaltante**

[Consiglio di Stato, sezione V, 5 luglio 2023, n. 6584 – Pres. De Nictolis, Est. Grasso](#)

Il *dies a quo* per il calcolo del termine triennale di rilevanza, ex art. 80, comma 10-bis del d. lgs. n. 50 del 2016, dei fatti di matrice penale, non può essere ancorato alla pronuncia con efficacia di giudicato, bensì al momento in cui gli elementi informativi a disposizione della stazione appaltante siano adeguati alla percezione del fatto ed all'apprezzamento della sua incidenza sulla moralità del concorrente.

Ascrivere al giudicato penale il decorso del termine triennale di rilevanza determinerebbe l'effetto di estendere a dismisura la valenza dello stesso, anche ben oltre l'effetto di un eventuale giudicato penale, in palese contrasto con i fondamentali principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Nella nozione di illecito professionale, ex art. 80, comma 5, lettera c) del d.lgs. n. 50 del 2016, rientrano i fatti di rilevanza penale, in quanto tipicamente suscettibili di incidere, laddove connotati da un adeguato grado di gravità, sull'integrità e sull'affidabilità dell'operatore economico.

L'illecito professionale, quindi, configura strumento di anticipazione della tutela della posizione contrattuale della committente pubblica rispetto ai possibili rischi di inaffidabilità dell'operatore, ed opera, quindi, a prescindere da un eventuale accertamento definitivo in sede penale, che può anche non sussistere.

Il d. lgs. n. 50 del 2016 conferisce rilievo agli illeciti di natura penale secondo due diverse modalità:

a) per tipologie di reati tassativamente enucleati nell'art. 80, comma 1, lettere da a) a g), commessi da soggetti apicali, l'esclusione è disposta, ferma la possibilità del *self cleaning*, in via automatica, ma subordinata alla definitività dell'accertamento penale.

b) in ogni altro caso, ex art. 80, comma 5, lettera c), l'esclusione non è ancorata alla pronuncia del giudice penale, ma è il frutto di un'autonoma valutazione ampiamente discrezionale della stazione appaltante, la quale dimostri l'incidenza concreta della gravità del fatto sull'integrità o affidabilità del concorrente.

Tra le due fattispecie non sussiste alcuna sovrapposizione, atteso che il giudicato penale assurge ad elemento tipizzante e costitutivo della fattispecie escludente scandita nell'art. 80, comma 1, ma non di quella cristallizzata nell'art. 80, comma 5, lettera c), dove la pendenza di un processo penale rileva, al massimo, alla stregua di un elemento indiziario, nel processo valutativo rimesso alla stazione appaltante.

Il d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36, recante il nuovo codice dei contratti pubblici (peraltro inapplicabile alle procedure assoggettate *ratione temporis* al regime ultrattivo di cui al d. lgs. n. 50 del 2016) è finalisticamente orientato, nelle situazioni in cui il fatto penale non rileva in modo automatico, alla manifestazione del fatto medesimo, quale adeguato mezzo di prova.

(7)

Notificazione della sentenza e domicilio digitale dell'avvocato

[Consiglio di Stato, sezione IV, 5 luglio 2023, n. 6573 – Pres. Poli, Est. Monteferrante](#)

Nel processo amministrativo l'art. 25, comma 1 lett a) c.p.a., secondo cui "nei giudizi davanti ai tribunali amministrativi regionali, la parte, se non elegge domicilio nel comune sede del tribunale amministrativo regionale o della sezione staccata dove pende il ricorso, si intende domiciliata, ad ogni effetto, presso la segreteria del tribunale amministrativo regionale o della sezione staccata", si applica, in virtù dell'art. 7, comma 3, del decreto legge 31 agosto 2016, n. 168, ai giudizi introdotti con i ricorsi depositati, in primo o in secondo grado, a far data dal 1° gennaio 2017; ai ricorsi depositati anteriormente a tale data, continuano ad applicarsi, fino all'esaurimento del grado di giudizio nel quale sono pendenti alla data stessa e comunque non oltre il 1° gennaio 2018, le norme vigenti alla data di entrata in vigore del citato decreto.

(Nella fattispecie in esame, la sezione assumeva la validità della notifica della sentenza, ritualmente eseguita presso la segreteria del T.a.r. per il Lazio, con conseguenziale decorrenza del termine breve di impugnazione, in relazione ad un ricorso depositato anteriormente al 1° gennaio 2017).

(8)

Sulla necessità del permesso di costruire per utilizzare a fini residenziali i locali accessori.

[Consiglio di Stato, sezione IV, 5 luglio 2023, n. 6572 – Pres. Poli, Est. Monteferrante](#)

I locali accessori e le unità ad uso residenziale appartengono a categorie edilizie non omogenee e come tali autonome; pertanto, affinché i primi possano essere utilizzati per finalità residenziale, è necessario il permesso di costruire.

Nel caso di specie, era stata presentata una DIA per ottenere il mutamento di destinazione d'uso, con opere, da autorimessa e magazzino a residenziale. Il comune aveva annullato la DIA ed il dichiarante aveva impugnato tale annullamento dinanzi al T.a.r. che, in primo grado, aveva respinto il ricorso. Il Consiglio di Stato, in appello, ha confermato la sentenza di primo grado, osservando che i locali accessori e le unità ad uso residenziale appartengono a categorie edilizie non omogenee e come tali autonome, con la conseguente necessità del permesso di costruire affinché i primi possano essere utilizzati per finalità residenziale.

Secondo il Consiglio di Stato, “Ciò si giustifica poiché una tale modifica incide sul carico urbanistico e quindi sul calcolo degli standard urbanistici che devono essere conseguentemente adeguati alla maggiore pressione antropica che si determina in conseguenza della maggiore superficie residenziale e dell’incremento dei volumi utilizzabili a fini abitativi. Non può infatti revocarsi in dubbio che nel caso di conversione di superficie accessoria in superficie ad uso abitativo, si determini un aumento di superficie utile, seppur in assenza di aumento di superficie calpestabile, con conseguente incremento della capacità insediativa.

9.4 Contrariamente a quanto opina l’appellante, gli spazi accessori, anche se rappresentano volumi fuori terra, già computati nella volumetria complessivamente assentibile, ai sensi dell’art. 3, comma 12 delle NTA previgenti, nascono come volumi accessori e come tali non abitabili giacché non incidono sulla superficie residenziale e sul calcolo delle volumetrie rilevanti ai fini della determinazione del carico urbanistico, rispetto al quale sono quantificati gli standard e, di conseguenza, anche il contributo di costruzione.

Proprio perché non trattasi di volumi abitabili – anche se computabili nella volumetria complessiva – gli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria, oltre che il costo di costruzione, sono di regola quantificati in misura inferiore – come normalmente previsto dalle legislazioni regionali in simili fattispecie – proprio in ragione della accessorietà dei vani. Ma soprattutto, trattandosi di locali non abitabili, gli stessi non sono di norma computati a fini del dimensionamento degli standard urbanistici che – a distanza di anni dalla originaria urbanizzazione dell’area – non potendo essere integrati per indisponibilità di aree da cedere, comporterebbero la loro necessaria monetizzazione, lasciando di fatto sguarnita l’area di una effettiva dotazione integrativa, circostanza che ben giustifica la previsione preclusiva delle N.T.A. richiamata dal comune per interdire il perfezionamento della D.I.A., a conferma della sostanziale disomogeneità di categoria edilizia intercorrente tra le due tipologie di unità immobiliari e comunque della inderogabile necessità di un controllo pubblico preventivo non surrogabile, allo stato, mediante gli strumenti di autoamministrazione (arg. da Cons. Stato, sez. IV, n. 1320 del 2023, n. 148 del 2022, n. 4810 del 2020).”

(9)

Sulla possibilità di desumere da elementi di fatto la non veridicità delle dichiarazioni rilasciate per ottenere un titolo edilizio.

[Consiglio di Stato, sezione IV, 30 giugno 2023, n. 6387 – Pres. Poli, Est. Marotta](#)

La p.a. ben può desumere da elementi di fatto l'erroneità, o comunque la non veridicità, delle dichiarazioni sulla base delle quali l'interessato ha ottenuto un titolo edilizio e, di conseguenza, annullare in autotutela il predetto titolo; né l'esercizio del potere di autotutela può essere paralizzato dalla mancanza di un giudicato penale, rilevante solo in caso di dichiarazioni sostitutive o atti di notorietà mendaci o falsi.

Nel caso di specie, un comune aveva "annullato in autotutela" una denuncia di inizio attività presentata nel 2010 e finalizzata alla realizzazione di un intervento edilizio di demolizione e ricostruzione di un locale deposito, beneficiando delle norme di favore di cui alla l.r. della Puglia del 30 luglio 2009 n. 14, recante "Misure straordinarie e urgenti a sostegno dell'attività edilizia e per il miglioramento della qualità del patrimonio edilizio residenziale" (cd. legge sul piano casa della regione Puglia).

L'esercizio del potere di autotutela era stato sollecitato da un esposto presentato al comune dai proprietari dei terreni confinanti, nel quale si rappresentava che il locale in questione "indicato come deposito, delle dimensioni di 7 x 3,40, è stato realizzato probabilmente senza alcuna licenza non più di due anni fa e non, come dichiarato, esistente già dal 1942", "da tutto ciò risulterebbero, pertanto, delle cubature maggiori al fine di ottenere una concessione edilizia con una richiesta di permesso a costruire con volumi maggiori di quelli che spetterebbero".

Il comune aveva annullato la DIA, ritenendo che effettivamente la proprietaria del deposito avesse rilasciato dichiarazioni erranee o, comunque, non veritiere, in quanto "...la precedente struttura del locale deposito risultava in pietra a secco e il successivo ampliamento (di cui non consta un titolo edilizio, neppure richiamati dalla parte) risulta eseguito con parametri murari recenti (blocchi in cemento vibro-compresso con copertura precaria in lamiera grecata, semplicemente poggiata sui muri esterni e così mantenuta da semplici pietre come consta dai rilievi in loco agli atti del fascicolo...".

Il T.a.r., in primo grado, aveva accolto il ricorso proposto dalla proprietaria del deposito, ritenendo che l'annullamento fosse "perplesso" quanto all'esistenza del deposito; il Consiglio di Stato ha invece accolto l'appello proposto dal comune, ritenendo che la motivazione non fosse affatto

perplessa e che la p.a. ben possa desumere, da una serie di elementi di fatto, la non rispondenza a verità delle dichiarazioni rilasciate dal privato.

(10)

Sul rapporto tra S.I.C., Z.P.S. e i poteri pianificatori, sulla natura giuridica delle ZPS, nonché sui limiti del sindacato rispetto alla V.I.N.C.A.

[Consiglio di Stato, sezione IV, 28 giugno 2023, n. 6333 – Pres. Poli, Est. Martino](#)

Qualsiasi piano o progetto che possa avere incidenze significative su siti di interesse comunitario (SIC), identificati dagli Stati membri secondo quanto stabilito dalla direttiva *habitat*, che vengono successivamente designati quali zone speciali di conservazione e che concorrono a costituire la rete ecologica dell'Unione europea "Natura 2000", singolarmente o congiuntamente ad altri piani e progetti e tenuto conto degli obiettivi di conservazione del sito, deve essere sottoposto a valutazione di incidenza ambientale.

L'istituzione di una zona speciale di conservazione non comporta l'apposizione di un vincolo espropriativo e conseguentemente non richiede la necessità di partecipazione al procedimento dei privati interessati.

La valutazione di incidenza ambientale, similmente alla valutazione di impatto ambientale, è espressione dell'esercizio di discrezionalità tecnica, oltre che amministrativa, ed è sindacabile da parte del giudice amministrativo soltanto nell'ipotesi in cui l'istruttoria sia mancata o sia stata svolta dall'Amministrazione in modo inadeguato. Tale giudizio, inoltre, può legittimamente avere esito negativo nell'ipotesi in cui l'Amministrazione ritenga, sulla base di una valutazione discrezionale ancorata agli elementi in suo possesso, che nessuna misura di mitigazione o alternativa sia in grado di attenuare in modo soddisfacente le criticità accertate ed evidenziate.

(11)

Sulla giurisdizione del giudice amministrativo in materia di *referendum* consultivo deliberato dal consiglio comunale

[T.a.r. per la Calabria, sezione I, 13 luglio 2023, n. 1035 – Pres. Pennetti, Est. Levato](#)

Sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sull'impugnativa della delibera del consiglio comunale con cui si indice il *referendum* consultivo sulla modifica dei confini del comune, trattandosi di un atto amministrativo e non politico, e come tale sindacabile in quanto tale dal giudice amministrativo sino a quando la legge di variazione circoscrizionale non sia in vigore.

(12)

Sull'esclusione automatica delle offerte anomale nelle procedure emergenziali.

[T.a.r. per la Calabria, Reggio Calabria, sezione I, 11 luglio 2023, n. 611 – Pres. Criscenti, Est. Caudullo](#)

Alle procedure negoziate per l'affidamento di appalti di fornitura sotto soglia soggette alla normativa emergenziale e derogatoria dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, si applica l'esclusione automatica delle offerte ex art. 1 comma 3, del d.l. n. 76 del 2020, ancorché la stessa, pur richiamata dalla determina a contrarre, non sia espressamente richiamata dalla lettera di invito, allorquando le offerte presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia calcolata ai sensi dell'art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, in presenza di almeno cinque offerte ammesse.

(13)

Valutazione della Prefettura e misura di prevenzione collaborativa

[T.a.r. per la Calabria, Reggio Calabria, 5 luglio 2023 n. 598 - Pres. Criscenti, Est. De Col.](#)

Alla stregua di un criterio interpretativo di ordine teleologico, l'ampio e diversificato ventaglio di misure alternative previsto dall'art. 94 *bis* del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, deve essere comunque vagliato nei suoi presupposti applicativi anche prima dell'adozione dell'informazione interdittiva di conferma, atteso l'obbligo posto in capo alla Prefettura di verificare motivatamente se i fatti del riesame siano idonei a far degradare la

condizione di permeabilità mafiosa dell'impresa da cronica a occasionale, pur senza spingere l'organo amministrativo a emanare misure immediatamente e definitivamente liberatorie.

Diventa allora dirimente il significato concreto da attribuire al concetto giuridico indeterminato della "occasionalità" che diventa il parametro che orienta la discrezionalità amministrativa, in quanto indica il livello del rischio così come accertato all'attualità e consente al contempo una valutazione prognostica sulla base degli elementi che in concreto caratterizzano la fattispecie, con una lettura dinamica della situazione come rappresentata dall'istante sulla possibilità, in termini prognostici, di scongiurare i tentativi di infiltrazione o le connivenze condizionanti l'attività di impresa.

(14)

Sulla necessità del possesso ininterrotto dei requisiti anche in caso di cessione del ramo d'azienda.

[T.a.r. per la Campania, sezione I, 5 luglio 2023, n. 4011 – Pres. Palliggiano, Est. De Falco](#)

La regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione trova applicazione anche nell'ipotesi in cui – successivamente alla presentazione dell'offerta – sia intervenuto un contratto di affitto di ramo d'azienda, sicché l'irregolarità fiscale riscontrata nei confronti della cedente refluisce inevitabilmente sulla posizione della cessionaria subentrata in corso di procedura, determinandone l'esclusione ex art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Con la sentenza in commento, il T.a.r. ha respinto un ricorso proposto avverso un provvedimento recante l'esclusione di un operatore economico per non aver mantenuto i requisiti di cui all'art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016 per l'intera durata della procedura di gara, essendo state accertate irregolarità fiscali nei confronti dell'impresa cedente.

Nella prospettiva del ricorrente, l'operazione di affitto d'azienda avrebbe dovuto determinare una cesura netta tra la posizione dell'originario

concorrente e quella dell'operatore economico subentrante. Il provvedimento di esclusione sarebbe, dunque, illegittimo giacché al momento della sua emanazione l'Amministrazione aggiudicatrice aveva già concluso con esito positivo le verifiche sulla cedente del ramo d'azienda, per cui da quel momento avrebbe potuto valutare soltanto la situazione dell'impresa cessionaria.

Il Collegio ha ritenuto non condivisibile siffatto rilievo. Invero, *“l'Adunanza Plenaria (decisione n.8 del 20.7.2015) del Consiglio di Stato ha evidenziato che il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica [...]; sulla scorta delle riferite coordinate ermeneutiche la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto necessaria la verifica del possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 anche in capo all'affittante l'azienda, oltre che naturalmente all'affittuario, onde evitare che il ricorso a tale strumento negoziale, così come ad altri pure ammissibili, possa costituire strumento per eludere il principio del possesso necessariamente continuativo dei requisiti di partecipazione”* (cfr. Tar Lazio-Roma, n. 4276/2019; Cons. Stato, n. 6706/2021; Tar Lazio-Roma, n. 6144/2018).

Del resto “deve ritenersi che l'affitto dell'azienda, pur comportando una modifica dell'identità giuridica del titolare dell'azienda, assicuri comunque una continuità sostanziale dell'impresa, consentendo all'affittuario di proseguire ininterrottamente l'attività economica avvalendosi dell'insieme coordinato di mezzi già organizzato a tali fini dalla parte affittante. Per tali ragioni si giustifica, al ricorrere dei presupposti supra delineati e in applicazione del principio ubi commoda, ibi incommoda, l'imputazione in capo all'affittuario tanto dei benefici (in termini di possesso dei requisiti correlati alla disponibilità dell'azienda) quanto degli svantaggi (riferiti ad eventuali cause di esclusione ascrivibili al precedente titolare dell'azienda) discendenti dall'acquisita disponibilità dell'azienda” (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 8081/2021).

Ad avviso del T.a.r., non è in discussione la possibilità per gli operatori economici di dare vita ad operazioni societarie espressione dell'autonomia imprenditoriale né potrebbe fondatamente prospettarsi che la determinazione della S.A. sia limitativa di tale libertà, venendo piuttosto in rilievo la necessaria salvaguardia di ulteriori principi che presidiano le

procedure ad evidenza pubblica, quali par condicio, concorrenza e trasparenza. *“Ciò che non può essere ammesso è la scomparsa dal fuoco del controllo dei requisiti del soggetto cedente o locatore dell’azienda, altrimenti mediante la trasmissione dell’azienda si porrebbe a disposizione degli operatori economici un comodo strumento per eludere il principio di continuità del possesso dei requisiti di partecipazione alle selezioni pubbliche”*.

Pertanto, la irregolarità fiscale riscontrata nei confronti della cedente refluisce inevitabilmente sulla posizione della cessionaria subentrata in corso di procedura giovandosi dei requisiti della cedente stessa, determinandone così l’esclusione ex art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, poiché la regola del possesso ininterrotto dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della procedura di gara trova applicazione anche nell’ipotesi in cui, successivamente alla presentazione dell’offerta, sia intervenuto il contratto di affitto (cfr. Cons. Stato, n. 5517 del 2021).

(15)

Consiglio di Stato – Pareri

Sulla impossibilità di monetizzare le ferie non godute per causa imputabile al lavoratore.

[Consiglio di Stato, sezione I, 3 luglio 2023, n. 982 – Pres. Poli, Est. Tomaiuoli](#)

Il diritto al compenso sostitutivo delle ferie non godute spetta solo quando sia certo che la loro mancata fruizione non sia stata determinata dalla volontà del lavoratore e non sia ad esso comunque imputabile.

Nel caso di specie, un carabiniere in congedo aveva impugnato, con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, il provvedimento con cui la p.a. gli aveva negato la monetizzazione delle ferie non godute.

Il Consiglio di Stato ha espresso il parere nel senso dell’infondatezza del ricorso, atteso che era pacifica la circostanza in forza della quale la p.a. aveva invitato il ricorrente a presentare la domanda di ferie (invito comunque non necessario per configurare la responsabilità del dipendente che non abbia presentato la domanda di ferie), e che il ricorrente non aveva a tanto

provveduto: *“La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato – in linea con la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 95 del 2016) e quella della Corte di giustizia (prima sezione, sentenza 25 giugno 2020, C-762/18 e C-37/19) – è ormai consolidata nel senso di ritenere che il diritto al compenso sostitutivo delle ferie non godute spetta quando sia certo che la loro mancata fruizione non sia stata determinata dalla volontà del lavoratore e non sia ad esso comunque imputabile (Consiglio di Stato, sezione seconda, sentenza 30 marzo 2022, n. 2349, sezione quarta, sentenza 13 marzo 2018, n. 1580, sezione terza, sentenze 17 maggio 2018, n. 2956, e 21 marzo 2016, n. 1138).*