



Newsletter della Giustizia amministrativa a cura dell'Ufficio per il massimario

Indice

Corte di cassazione, sezioni unite civili

1. Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2022, n. 32324 al giudice ordinario la controversia attinente alla parziale esecuzione di un accordo di permuta privatistico, concluso *a latere* dell'avvio di una procedura espropriativa.

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

2. Cons. Stato, sez. IV, 8 novembre 2022, n. 9797, sulla possibilità di presentare documenti nel termine concesso ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a. e sulla sussistenza dell'errore scusabile causato dall'emergenza sanitaria da Covid-19;
3. Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2022, n. 9785, sulla tutela in forma specifica e per equivalente in materia di contratti pubblici;
4. Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2022, n. 9762, sulla perdita dei requisiti soggettivi dei consorzi stabili nelle gare pubbliche;
5. T.a.r. per il Lazio, Roma, sez. V, 4 novembre 2022, n. 14389, sull'inammissibilità dei motivi di ricorso "a catena", nonché sull'ammissibilità delle vicende modificative soggettive anche nella fase dell'aggiudicazione dell'appalto;
6. T.a.r. per la Calabria, sez. II, 3 novembre 2022, n. 1928, su alcune questioni processuali in materia di opposizione alla mancata ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato.

Normativa e altre attività di interesse

7. Corte costituzionale - Comunicato dell'8 novembre 2022 – Ergastolo ostativo: la Corte costituzionale restituisce gli atti alla Cassazione.

(1)

Corte di cassazione, sezioni unite civili

Le sezioni unite assegnano al giudice ordinario la giurisdizione su un accordo di permuta concluso *a latere* di una procedura espropriativa.

Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 2 novembre 2022, n. 32324, Pres. Raimondi, Est. Iofrida

Spetta al giudice ordinario decidere la controversia attinente non tanto alla formazione dell'accordo sostitutivo della indennità di espropriazione in sé quanto alla illiceità della condotta di demolizione/ricostruzione posta in essere dalla pubblica amministrazione in parziale esecuzione di un accordo di permuta privatistico, che veniva concluso a seguito ed «a latere» dell'avvio di una procedura espropriativa, all'uopo sospesa e successivamente divenuta inefficace per scadenza del termine di legge della dichiarazione di pubblica utilità.

La presente controversia ha avuto origine da un'azione del privato volta ad accertare la violazione delle distanze minime da parte della p.a., che aveva realizzato la costruzione di un fabbricato, con condanna della stessa alla riduzione in pristino dei luoghi con demolizione o comunque arretramento del fabbricato.

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

(2)

La IV sezione si pronuncia sulla possibilità di presentare documenti nel termine concesso ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a. e sulla sussistenza dell'errore scusabile causato dall'emergenza sanitaria da Covid-19.

Consiglio di Stato, sezione IV, 8 novembre 2022, n. 9797, Pres. Poli, Est. Verrico

L'adempimento, previsto dal combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 45 c.p.a., del deposito degli atti attestanti l'intervenuta notifica, deve essere compiuto non oltre il passaggio in decisione della causa, a pena di inammissibilità del ricorso, ove le parti intimare non si siano costituite.

Qualora il giudice intenda porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, emersa dopo il passaggio in decisione della causa, ed abbia assegnato alle parti un termine per il deposito di osservazioni ex art. art. 73, comma 3, c.p.a., queste ultime possono produrre solo memorie e non anche documenti. Una diversa interpretazione condurrebbe, infatti, a una non consentita elusione del termine processuale, in antitesi al principio di parità delle parti nell'utilizzo dei mezzi processuali.

Il richiamo generico agli ostacoli dovuti all'emergenza sanitaria del Covid 19, non consente l'applicazione dell'istituto dell'errore scusabile, previsto dall'art. 37 c.p.a., per rimettere in termini la parte che ha omesso il tempestivo deposito degli atti attestanti la notifica del ricorso. L'istituto dell'errore scusabile riveste carattere eccezionale, risolvendosi in una deroga al principio fondamentale di perentorietà dei termini processuali, ed è soggetto a regole di stretta interpretazione, ammissibile esclusivamente in caso di oscurità del quadro normativo, oscillazioni della giurisprudenza, comportamenti ambigui dell'amministrazione, ordine del giudice di compiere un determinato adempimento processuale in violazione dei termini effettivamente previsti dalla legge, caso fortuito e forza maggiore.

Coerentemente con tale impostazione, del resto, l'interruzione o la sospensione di un termine di decadenza è ammessa solo per espressa previsione di legge, con norma primaria ad hoc, come nel caso di leggi che eccezionalmente sospendono in via generalizzata i termini processuali in occasione di eventi calamitosi, tra cui quelle inerenti all'emergenza Covid-19 che hanno sospeso i termini processuali per un limitato periodo di tempo nel corso dell'anno 2020 (nella specie, sebbene fossero trascorsi circa dieci anni dalla instaurazione della lite, la parte ricorrente ha prodotto la prova della

avvenuta notificazione del ricorso solo dopo il passaggio in decisione della causa e l'invito del giudice a dedurre sulla possibile inammissibilità del gravame).

(3)

La V Sezione si pronuncia sulla tutela in forma specifica e per equivalente in materia di contratti pubblici.

Consiglio di Stato, sezione V, 7 novembre 2022, n. 9785- Pres. Caringella, Est. Caminiti

Ha precisato la V sezione che, nella materia dei contratti pubblici, l'illegittimità dell'azione amministrativa, che si sia risolta nell'annullamento dell'aggiudicazione, consente l'utilizzo – alla stregua dell'art. 124 c.p.a. – di una articolata struttura rimediale rimessa, in base all'ordinario canone dispositivo, alla domanda di parte (cfr. artt. 30, 40, comma 1 lettere b) ed f), 41 e 64 c.p.a., in relazione all'art. 99 c.p.c. e 2907 c.c.).

In particolare – contestualmente alla impugnazione, a mezzo di "azione di annullamento" (art. 29 c.p.a.), ad esito prospetticamente demolitorio, dei "provvedimenti concernenti le procedure di affidamento" (art. 119, comma 1 lettera a) e 120 c.p.a.) – è rimessa all'impresa pregiudicata l'opzione:

a) per una "tutela in forma specifica", a carattere integralmente soddisfattorio, affidata alla 'domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto' (art. 124, comma 1, prima parte), il cui accoglimento: a1) postula, in negativo, la sterilizzazione *ope judicis*, in termini di "dichiarazione di inefficacia", del contratto eventualmente già stipulato *inter alios* (essendo, per ovvie ragioni, preclusa la duplicazione della attribuzione dell'unitario bene della vita conseguibile all'esito della procedura evidenziale); a2) richiede, in positivo, un apprezzamento di spettanza del contratto, ovvero la certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, il ricorrente si sarebbe senz'altro aggiudicato la commessa;

b) per un “risarcimento del danno per equivalente” (art. 124, comma 1, seconda parte), e ciò: b1) sia nel caso in cui il giudice abbia riscontrato l’assenza dei presupposti per la tutela specifica (e, in particolare, non abbia ravvisato, ai sensi degli artt. 121, comma 1 e 122 c.p.a., i presupposti per dichiarare inefficace il contratto stipulato ovvero, sotto distinto profilo, non abbia elementi sufficienti a formulare un obiettivo giudizio di spettanza); b2) sia nel caso in cui la parte abbia ritenuto di non formalizzare la domanda di aggiudicazione (né si sia resa comunque “disponibile a subentrare nel contratto”, anche in corso di esecuzione), nel qual caso la “condotta processuale” va anche apprezzata in termini concausali (cfr. art. 124, comma 2, in relazione al richiamato art. 1227 c.c.).

Naturalmente, l’opzione per il risarcimento per equivalente non ha alternative quante volte, come accade nel caso di specie, il contratto sia stato, in pendenza di lite, parzialmente eseguito, quanto ai lavori per cottimo fiduciario e ne sia risultata impossibile per il resto l’esecuzione, avendo la parte perso la qualificazione SOA per l’esecuzione degli stessi, di tal che non ne è (più) postulabile, per definizione, la declaratoria di inefficacia.

La tutela risarcitoria è, sotto il profilo del danno ristorabile, variamente modulata, secondo che:

c) il concorrente danneggiato sia in grado di dimostrare con certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, si sarebbe aggiudicato la commessa (e cioè che – ove il contratto fosse stato dichiarato inefficace, ricorrendone le condizioni – avrebbe senz’altro avuto diritto alla stipula o al subentro): trattandosi, in tal caso, propriamente di danno da mancata aggiudicazione;

d) non sia, per contro, possibile accedere – in difetto di idonei elementi probatori ovvero in presenza di profili conformativi non integralmente vincolati, rimessi all’apprezzamento sequenziale della stazione appaltante – ad un giudizio di effettiva spettanza: prospettandosi, in tal caso, il danno in termini di mera perdita di chances di aggiudicazione.

Ha poi precisato la V sezione che, nonostante la vincolatività dell'*an* dell'irrogazione della sanzione pecuniaria, in presenza delle gravi violazioni di cui all'art. 121 c.p.a., ove il giudice riconosca in applicazione del combinato disposto dell'art. 121 comma 2 e 4, comunque l'efficacia del contratto illegittimamente stipulato, è rimessa alla valutazione discrezionale del giudicante la quantificazione delle sanzioni alternative, nell'ambito della forchetta prevista *ex lege* dallo 0,5 al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, nel rispetto dei principi indicati dall'art. 122 comma 2 c.p.a. , dovendo la misura della sanzioni essere determinata in modo che siano "effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione.

(4)

La V sezione estende anche ai consorzi stabili i principi delineati dall'Adunanza plenaria n. 2 del 2022, sulla modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Consiglio di Stato, sezione V, 7 novembre 2022, n. 9762 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Fasano

La V sezione ha esteso i principi delineati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 2 del 2022, anche ai consorzi stabili, ammettendo la sostituzione della consorziata designata dall'appalto - in caso di perdita dei requisiti di partecipazione - con altra consorziata, già indicata in sede di partecipazione tra le consorziate esecutrici.

Ha precisato la sezione che dalla natura del rapporto tra consorzio stabile e singole consorziate, nonché dalla peculiare struttura dell'istituto, consegue che la sostituzione dell'impresa, che ha perso i requisiti ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, non pregiudica la struttura originaria del consorzio che ha partecipato alla gara, in quanto autonomo soggetto di diritto, dotato di

distinta qualificazione, stante la ontologica distanza tra la propria soggettività e quella delle imprese consorziate. Va condivisa, infatti, la ricostruzione dell'istituto fatta dalla dottrina più attenta, sostenuta anche dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui "il vincolo in forza del quale le consorziate provvedono a dare esecuzione al contratto stipulato non si giustifica, sotto un profilo negoziale, nell'assegnazione che non può essere considerata un contratto (e quindi né un subappalto né un mandato), ma solo un atto unilaterale recettizio".

Tale atto unilaterale, avente funzione di incarico della consorziata designata, reso al momento della costituzione del consorzio, può bene essere revocato, in quanto ciò non muta la struttura del consorzio stesso, così come il medesimo incarico può essere affidato ad altra impresa, anche in fase di gara, in ipotesi di venir meno dei requisiti della precedente incaricata.

Ne consegue che, laddove si verifichi tale ipotesi, la stazione appaltante, in applicazione dei principi generali di cui all'art. 1 della l. n. 241 del 1990 e all'art. 4 d.lgs. n. 50 del 2016, è tenuta ad interpellare il consorzio stabile, se questo non abbia già manifestato la propria volontà in ordine alla possibilità di procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, al fine di rendere possibile la partecipazione dello stesso alla gara, nonostante la perdita dei requisiti di una delle consorziate designate dall'appalto.

(5)

Il T.a.r. per il Lazio si pronuncia sull'inammissibilità dei motivi di ricorso "a catena", nonché sull'ammissibilità delle vicende modificative soggettive anche nella fase dell'aggiudicazione dell'appalto.

[T.a.r. per il Lazio, Roma, sezione V, 4 novembre 2022, n. 14389, Pres. Spagnoletti, Est. Tascone](#)

Sono inammissibili i motivi di ricorso definiti "a catena", profilati, cioè, dal concorrente collocato in posizioni più arretrate in graduatoria, per effetto

dello scorrimento della stessa, che, sia pure avvenuto a seguito della favorevole definizione del contenzioso, non costituisce l'esito di una rinnovata ponderazione degli interessi nonché di un'acquisizione di nuovi elementi fattuali.

Nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, gli operatori economici (non solo i secondi classificati, ma anche i concorrenti graduati in posizioni ulteriori) sono, infatti, onerati a dedurre eventuali vizi da cui possa derivare loro un "effetto utile", anche di ordine strumentale alla riedizione dell'intera procedura, entro il termine di 30 giorni, decorrente dal momento in cui essi ne abbiano avuto conoscenza, o avrebbero potuto averne conoscenza adoperando l'ordinaria diligenza.

Laddove, invece, a proporre ricorso sia un diverso operatore, il quale ottenga l'annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, l'impresa terza rimasta in gara può far valere vizi di legittimità propri della sola rinnovata aggiudicazione e non degli atti precedenti, atteso che il nuovo provvedimento di aggiudicazione ha quale presupposto gli atti di gara ormai inoppugnabili.

In una fattispecie successiva tra moduli societari, per intervenuta ristrutturazione della compagine associativa, sono ammissibili le vicende modificative di tipo soggettivo anche nella fase pubblicistica dell'aggiudicazione, antecedente la stipula privatistica contrattuale.

Diversamente opinando, si andrebbe a vulnerare, senza alcuna valida ragione giustificativa, la naturale vocazione imprenditoriale dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche nonché l'essenza stessa dell'attività imprenditoriale, in espreso contrasto, peraltro, con il principio di tassatività delle cause di esclusione, normativamente scandite nell'art. 80 del codice dei contratti.

(6)

Su alcune questioni processuali in materia di opposizione alla mancata ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato.

T.a.r. per la Calabria, sezione II, ordinanza 3 novembre 2022, n. 1928 – Pres. Iannini, Est. Tallaro

Qualora, in sede di decisione, il collegio nulla disponga, l'ammissione al patrocinio disposta in via anticipata e provvisoria dalla Commissione si deve intendere tacitamente confermata, atteso che spetta al giudice procedente il compito di assicurare, in via definitiva, il beneficio del patrocinio a spese dello Stato quando ne ricorrano i presupposti e di negarlo allorché i presupposti non sussistano.

Qualora il giudice amministrativo definisca il ricorso con sentenza immediata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., esso deve anche decidere sulla richiesta di ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato che non sia stata esaminata in via anticipata e provvisoria dalla competente Commissione; ove tale decisione sia contenuta nella sentenza, essa, in ragione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, può essere impugnata dalla parte cui il beneficio sia stato negato con il ricorso previsto dall'art. 99 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

Nel caso in cui, avverso il decreto di non ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato, sia stato proposto il ricorso previsto dall'art. 99 d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, nel processo amministrativo il procedimento da seguire è il rito ordinario con trattazione in udienza pubblica, secondo la regola generale di cui all'art. 87 c.p.a., e previa notificazione del ricorso all'amministrazione finanziaria che è da individuare nel Segretariato generale della Giustizia amministrativa.

In assenza di una specifica norma sul punto e tenuto conto della giurisprudenza costituzionale sui giudizi bifasici, i componenti del collegio che hanno deliberato sull'ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato non sono obbligati ad astenersi dal giudizio di opposizione, atteso che solo quest'ultimo ha natura pienamente contenziosa sulla sussistenza dei requisiti per l'ammissione al beneficio.

Deve ritenersi scusabile l'errore della parte che abbia depositato il ricorso senza prima notificarlo al Segretariato generale della Giustizia amministrativa, attese la frammentarietà e la lacunosità della normativa in

materia di opposizione alla decisione del giudice amministrativo di non ammettere la parte al patrocinio a spese dello Stato, nonché la mancanza di giurisprudenza in merito.

Normativa e altre attività di interesse

(7)

Corte costituzionale - Comunicato dell'8 novembre 2022 – Ergastolo ostativo: la Corte costituzionale restituisce gli atti alla Cassazione