



Normativa e giurisprudenza di interesse delle Giurisdizioni superiori, della CEDU e della CGUE a cura dell'Ufficio Studi Massimario e Formazione

Corte di Cassazione – Sezioni Unite

Secondo le Sezioni Unite della Corte di cassazione **rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo le domande di accertamento dell'avvenuta rinnovazione tacita della concessione del servizio** di illuminazione votiva nei cimiteri ovvero dell'**avvenuta risoluzione anticipata della concessione da parte del Comune per effetto della comunicazione della cessazione del servizio.**

[Cass. Civile, S.U., ordinanza 30 marzo 2018, n. 8035, Pres. Amoroso, Rel. Petitti](#)

Regolamento preventivo di giurisdizione in relazione al giudizio iscritto al RG n. 2331/2014, pendente presso il Tribunale di Cassino. Dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

Qualora un comune si avvalga dell'opera di un privato in relazione all'illuminazione votiva di un cimitero municipale, il relativo rapporto concreta una concessione di pubblico servizio e non di opera pubblica, con la conseguenza che, a norma dell'art. 5 legge n. 1034 del 1971, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie concernenti il rapporto concessorio, la sua cessazione, nonché eventuali richieste di risarcimento, mentre sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie relative pagamento di canoni scaduti prima della cessazione del rapporto concessorio» (Cass., S.U., n. 9261 del 1998; Cass., S.U., n. 3203 del 1989)

Spetta al giudice amministrativo la giurisdizione in ordine alla controversia avente ad oggetto la rivendicazione da parte di un comune degli impianti destinati all'erogazione di un servizio pubblico affidato in concessione ad una società privata, qualora sia in contestazione l'intervenuta rinnovazione del rapporto alla scadenza, e la conseguente acquisizione gratuita degli impianti da parte del concedente (Cass., S.U., n. 28166 del 2008).

Rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo anche le ulteriori domande concernenti la declaratoria del diritto del concessionario, asseritamente previsto dal contratto in caso di risoluzione anticipata, al pagamento di una somma pari al valore degli impianti; ovvero, in subordine e per il caso

in cui si ritenesse intervenuta una tempestiva disdetta, la condanna del Comune al risarcimento dei danni cagionati per avere indotto il ricorrente ad effettuare lavori di manutenzione e/o ampliamento delle opere strumentali al servizio pubblico oggetto di concessione; nonché l'accertamento del diritto al risarcimento dei danni per la mancata rivalutazione dei canoni, come si assume previsto dal contratto.

Invero, la controversia, pur non attenendo all'esercizio di un potere pubblico autoritativo, ha ad oggetto il contenuto del contratto, la cui interpretazione viene in rilievo sia come criterio di soluzione della controversia sulla proprietà degli impianti, che come criterio di attribuzione della giurisdizione, in relazione alla durata della concessione (così, Cass., S.U., n. 28166 del 2008), che è considerata dal privato nella sua vigenza e non come definitivamente risolta. D'altra parte, la controversia non è limitata alla sola pretesa del corrispettivo del servizio, né alla pretesa al pagamento di canoni maggiorati per effetto di una revisione già riconosciuta dal Comune concedente. Al contrario, la pretesa risarcitoria si fonda sulla mancata adozione da parte del Comune delle delibere di rideterminazione del canone ai sensi dell'art. 8 del contratto. Invero, «in materia di concessione di servizio pubblico, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa alla richiesta di revisione del canone, allorché non vengano in discussione aspetti implicanti l'esercizio di potestà pubbliche, ma unicamente profili inerenti la quantificazione della revisione già riconosciuta dall'amministrazione concedente, acquistando, in tale caso, la posizione soggettiva dell'appaltatore natura e consistenza di diritto soggettivo, per essersi il potere discrezionale dell'amministrazione esaurito con tale riconoscimento» (Cass., S.U., n. 12063 del 2014; Cass., S.U., n. 18126 del 2005). Quanto all'ultima domanda proposta - accertamento del diritto al risarcimento dei danni che il Comune avrebbe cagionato nel rientrare in possesso degli impianti - deve ritenersi del pari la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in quanto, risulta prospettata non già un'attività sine titolo, ma il comportamento necessario ai fini del risultato da perseguire, e cioè l'assunzione diretta del servizio di cui alla concessione, che il Comune aveva deliberato di espletare in via diretta; in sostanza, si è in presenza di un'attività svolta come mezzo al fine del conseguimento del risultato oggetto della delibera del consiglio comunale, da considerare come esercizio di poteri autoritativi dell'ente locale concedente, conseguenti alla ritenuta cessazione della concessione e agli effetti propri di tale cessazione.

Secondo le Sezioni Unite della Corte di cassazione **rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo** l'impugnazione degli atti finalizzati alla selezione di un componente del c.d.a di una Università telematica.

[Cass. Civile, S.U., ordinanza 30 marzo 2018, n. 8037, Pres. Amoroso, Rel. D'Ascola](#)

Regolamento preventivo di giurisdizione in relazione al giudizio pendente [n. 374/2015 del T.a.r. per l'Abruzzo-Sez. di Pescara](#). Dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo.

L'impugnazione dell'avviso pubblico della Fondazione Università Gabriele D'Annunzio "per la selezione di un partecipante istituzionale della Fondazione ai fini della nomina di una rappresentanza maggioritaria nel consiglio di amministrazione dell'Università telematica Leonardo da Vinci";

l'impugnazione della delibera del c.d.a. dell'Università degli studi Gabriele D'Annunzio di Chieti-Pescara, concernente le linee guida formulate nei confronti della Fondazione Università Gabriele D'Annunzio per la scelta del suddetto rappresentante e l'impugnazione della delibera del c.d.a. della Fondazione Università Gabriele D'Annunzio riguardante il rilancio dell'Università telematica Leonardo da Vinci, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Pur non versandosi in ipotesi di appalto di servizi o di opera pubblica, ma di una procedura per la scelta di un partner da assegnare alla università telematica, con incidenza maggioritaria nella governance dell'istituto, ugualmente le esigenze normative di carattere pubblicistico che regolano la materia degli appalti giuocano una influenza decisiva.

Sarebbe illogicamente elusiva della disciplina eurounitaria in materia - [Direttiva 2014/24 UE](#) - un'applicazione di quest'ultima che vedesse le "amministrazioni aggiudicatrici", obbligate all'osservanza delle regole di evidenza pubblica nell'aggiudicazione degli appalti, darvi luogo nella fase a valle (della aggiudicazione) e non anche in quella "a monte", in cui «si determina ... un soggetto partecipante di tali "organismi di diritto pubblico"», categoria ampliativa, non riduttiva, dell'ambito dell'evidenza pubblica (Cass. 14272/14).

Si coglie qui l'intrecciarsi dei due profili che inducono a ritenere che si versi in ipotesi di controversia soggetta alla giurisdizione amministrativa: da un lato la necessità di restare nella logica - eurounitaria - che regge la disciplina in materia di procedure di evidenza pubblica; dall'altro la natura del soggetto che ha emesso l'atto, visto nella dimensione operativa e funzionale all'attività amministrativa (di cui l'atto è peraltro dichiaratamente partecipe in quanto inserito nella ricordata sequenza) e non in relazione alla mera natura di ente di diritto privato.

Resta quindi irrilevante il rilievo che la Fondazione non acquisisca servizi, "né lavori né opere". Rilevano invece l'indirizzo impartito dall'ente pubblico statale circa la procedura da adottare e la natura dell'organismo delegato, restando un posterius la operatività ell'ente, al quale si deve dare un governo secondo regole prefissate con canoni propri dell'interesse pubblico.

Nelle procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della P.A., spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti e degli atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, soltanto nella fase successiva afferente l'esecuzione del rapporto (arg. ex SU 14188/15 e n. 9861 del 14/05/2015).

È inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione successivamente alla emanazione – nel ricorso straordinario al Presidente della Repubblica - del parere del Consiglio di Stato.

[Cass. Civile, S.U., ordinanza 30 marzo 2018, n. 8039, Pres. Amoroso, Rel. Campanile](#)

Regolamento preventivo di giurisdizione in relazione al procedimento pendente davanti al Capo dello Stato ([R.G. n. 1239/2015 Sezione del Consiglio di Stato](#)). Dichiaro inammissibile il ricorso.

Secondo il consolidato orientamento della Cassazione a Sezioni unite, la norma contenuta del primo comma dell'art. 41 cod. proc. civ., laddove prevede la proponibilità del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione "finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado", va interpretata nel senso che qualsiasi decisione emanata dal giudice presso il quale il processo è radicato, anche se solo limitata alla giurisdizione o ad altra questione processuale, preclude la proponibilità del regolamento medesimo (Cass., Sez. U, 14 ottobre 2013, n. 23217; Cass., Sez. U, 7 luglio 2011, n. 14960; Cass., Sez. U, 8 febbraio 2010, n. 2716).

Non può porsi una questione di giurisdizione quando sul punto si sia formato il giudicato implicito (v, per tutte, Cass., Sez. U, 9 ottobre 2008, n. 24883).

Del resto, la soluzione negativa, si impone anche in relazione alla marcata connotazione giurisdizionale assunta dal ricorso straordinario, e, quindi, del ruolo centrale che in tale ambito assume detto parere, divenuto vincolante a seguito della modifica apportata all'art. 14 del d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, dall'art. 69 della I. 18 giugno 1969, n. 69.

Il principio dell'equivalenza dell'aggiudicazione al contratto, ai sensi del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 16, **trattandosi di norma di natura dispositiva, può essere derogato dalle previsioni contenute nel bando di gara** e, dunque, fino al momento della stipulazione dell'atto pubblico a seguito dell'aggiudicazione, l'aggiudicatario non può ritenersi vantare una posizione di diritto soggettivo.

[Cass. Civile, S.U., sentenza 30 marzo 2018, n. 8040, Pres. Amoroso, Rel. Campanile](#)

Ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte di appello di Bologna, n. 1284, depositata in data 14 luglio 2015 che, in accoglimento del gravame proposto, ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario. Rigetta il ricorso.

Ai fini del riparto della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo, non rileva la prospettazione compiuta dalla parte, ma il petitum sostanziale, il quale deve essere identificato non solo e non tanto in funzione della concreta pronuncia che si chiede al giudice, quanto, soprattutto, in funzione della causa petendi, ossia dell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio ed individuata dal giudice con riguardo ai fatti allegati (Cass., Sez. U, 5 luglio 2013, n. 16883; Cass., Sez. U, 11 ottobre 2011, n. 20902; Cass., Sez. U, 25 giugno 2010, n. 15323).

Non può sostenersi la giurisdizione del giudice ordinario solo perché la domanda risulta prospettata in relazione al diritto al trasferimento del bene, dovendosi al contrario tener conto dell'intero contesto, normativo e fattuale, nel quale l'azione viene esercitata.

In particolare, con riferimento alla portata dell'art. 16 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2240, comma 4, è consolidato l'orientamento secondo cui tale norma (in base alla quale « i processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto ») ha natura dispositiva, come costantemente affermato dal questa Corte e dalla giurisprudenza amministrativa (Cass., 4 marzo 2011, n. 5217; Cass., 27 marzo 2007, n. 7481; Cass., Sez. U, 15 aprile 2003, n. 5992; Cass., Sez. U, 11 giugno 1998, n. 5807; Tar Piemonte, 19 febbraio 2007, n. 706; Cons. Stato, 12 giugno 1987, n. 380): la pubblica amministrazione, alla quale

spetta valutare discrezionalmente l'interesse pubblico, può rinviare, anche implicitamente, la costituzione del vincolo al momento della stipulazione del contratto, fino al quale non sussiste un diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione di esso.

Appartengono alla **giurisdizione del giudice ordinario** le **controversie aventi ad oggetto la decadenza dall'assegnazione dell'alloggio** - basata non già su un'asserita nuova valutazione dell'interesse pubblico a mantenerla, bensì sull'avvenuto accertamento del venir meno dei requisiti previsti dalla legge - e il consequenziale decreto di rilascio.

[Cass. Civile, S.U., ordinanza 30 marzo 2018, n. 8041, Pres. Amoroso, Rel. Campanile](#)

Regolamento preventivo di giurisdizione in relazione al procedimento n. 72088/2014 pendente davanti al Tribunale di Roma ed al procedimento n. 5072/15 del Tar del Lazio. Dichiara la giurisdizione del giudice ordinario.

Secondo il consolidato indirizzo delle Sezioni Unite, in materia di edilizia economica e popolare pubblica, sia prima che dopo l'entrata in vigore dell'art. 133 del d.lgs. n. 104 del 2010, il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario trova il suo criterio distintivo nell'essere la controversia relativa alla fase antecedente o successiva al provvedimento di assegnazione dell'alloggio, che segna il momento a partire dal quale l'operare della P.A. non è più riconducibile all'esercizio di pubblici poteri e ricade, invece, nell'ambito di un rapporto paritetico soggetto alle regole del diritto privato (tra le altre, Cass. Sez. U. 12/6/2006, n. 13527; 16/1/2007, n. 755; 28/12/2011, n. 29095; 8/3/2012, n. 3623; 9/9/2013, n. 20589).

Le **Sezioni Unite** della Corte di cassazione **ribadiscono** – per il periodo antecedente la **novella contenuta nel comma 3 bis dell'art. 3, d.lgs. 25/2008, introdotto dal D.L. 17 febbraio 2017, n. 13**, che ha **espressamente regolato la giurisdizione** sui ricorsi avverso i predetti provvedimenti di trasferimento, **assegnando alle sezioni specializzate per l'Immigrazione**, e cioè al **giudice ordinario**, anche tale competenza, - **la giurisdizione del giudice ordinario** in tema di impugnazione dei provvedimenti emessi **dall'Unità Dublino** del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del Ministero dell'Interno, con cui è stata dichiarata l'incompetenza dell'Italia all'esame della domanda di **protezione internazionale**.

[Cass. Civile, S.U., ordinanza 30 marzo 2018, n. 8044, Pres. Tirelli, Rel. Acierno](#)

Regolamento preventivo di giurisdizione in relazione al procedimento [n. 11375/2015 pendente davanti al Tar del Lazio](#). Dichiara la giurisdizione del giudice ordinario.

La determinazione dello Stato competente ai sensi del Reg. 604/2013 costituisce non un diverso e autonomo procedimento, bensì una fase, necessariamente preliminare, all'interno del procedimento di riconoscimento dello status di protezione internazionale. Ne deriva che l'accertamento della competenza all'esame della domanda e la decisione sulla domanda medesima, pur costituendo fasi distinte, sono inserite in un procedimento unitario attivato dalla manifestazione di volontà del cittadino straniero o apolide alle autorità competenti, ovvero, nel nostro ordinamento, alle questure, che ai sensi dell'art. 26, comma terzo, d.lgs. 25/2008, hanno il compito di avviare la procedura di cui al Reg. n. 604/2013. Ove tale fase preliminare sfoci in una decisione di trasferimento, il procedimento continuerà il proprio corso naturale presso lo Stato membro designato come competente, posto che il riconoscimento della protezione internazionale nei Paesi dell'Unione è fondato su un sistema "comune" di asilo (art. 78 T.F.U.E.), che postula un principio generale di reciproca fiducia tra i sistemi di asilo nazionali e il mutuo riconoscimento delle decisioni emesse dalle singole autorità nazionali. D'altra parte, la stretta interconnessione tra le due fasi del procedimento è evidenziata dall'art. 30, d.lgs. 25/2008, che stabilisce che «nei casi soggetti alla procedura di cui al regolamento (UE) n. 604/2013, la Commissione territoriale sospende l'esame della domanda. Qualora sia stata determinata la competenza territoriale di altro Stato, ai sensi dell'art. 3, comma 3, la Commissione dichiara l'estinzione del procedimento». La declaratoria di estinzione del procedimento, sindacabile in sede di giurisdizione ordinaria per espressa previsione normativa (art. 35, d.lgs. 25/08, che fa riferimento a ogni «decisione» della Commissione territoriale), si pone pertanto come atto consequenziale rispetto all'accertamento della competenza di altro Stato membro (con la relativa "richiesta di presa in carico" e "decisione di trasferimento").

La domanda di accertamento della nullità o inefficacia di un atto di cessione di aree all'ente comunale rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo allorquando faccia parte di un procedimento amministrativo volto al rilascio di un provvedimento di tipo ampliativo in materia edilizia.

[Cass. Civile, S.U., ordinanza 30 marzo 2018, n. 8046, Pres. Curzio, Rel. Lombardo](#)

Regolamento di giurisdizione in relazione al giudizio pendente n. 16455/2010 del Tribunale di Trani, Sezione distaccata di Barletta. Dichiara la giurisdizione del giudice amministrativo.

La domanda di accertamento della nullità o inefficacia di atto di cessione di aree all'ente comunale, con conseguente accertamento della proprietà di tali aree rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo allorquando faccia parte di un procedimento amministrativo volto al rilascio di un provvedimento di tipo ampliativo in materia edilizia.

Qualora il rilascio di una licenza edilizia sia preceduto da intese di vario tipo tra il privato e la P.A., riconducibili ad accordi in senso lato, comprendenti anche la cessione gratuita di un'area alla quale sia subordinato l'ottenimento del provvedimento amministrativo, tale cessione si configura non - atomisticamente - in chiave di negozio di liberalità di diritto privato, ma, in ragione della sua connotazione pubblicistica, come "accordo endoprocedimentale" strettamente funzionale e parte integrante del provvedimento amministrativo conclusivo (Cass., Sez. 1, n. 9524 del 13/07/2001).

Invero, le convenzioni e gli atti d'obbligo, eventualmente stipulati fra la P.A. e gli aspiranti all'ottenimento di un provvedimento amministrativo di tipo ampliativo, qualora siano imposti come momento necessario del procedimento amministrativo finalizzato al rilascio del detto provvedimento, non hanno specifica autonomia come fonte negoziale di regolamento dei contrapposti interessi delle parti stipulanti, ma hanno "carattere integrativo" del provvedimento amministrativo medesimo.

Pertanto, le controversie ad esse relative, risolvendosi in controversie attinenti allo stesso provvedimento amministrativo, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (ex plurimis, Cass., Sez. Un., n. 4683 del 09/03/2015, in motivazione; Cass., Sez. Un., n. 1713 del 24/01/2013; Cass., Sez. Un., n. 9360 del 20/04/2007, in tema di domanda volta ad ottenere la pronuncia di invalidità di una donazione effettuata da un privato ad un Comune nell'ambito di un procedimento di rilascio di concessione amministrativa; Cass., Sez. Un., n. 1763 del 07/02/2002).

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione ribadiscono i limiti di ammissibilità del sindacato delle decisioni del Consiglio di Stato emesse in sede di ottemperanza.

[Cass. Civile, S.U., sentenza 30 marzo 2018, n. 8047, Pres. Vivaldi, Rel. Giusti](#)

Ricorso avverso la sentenza del [Consiglio di Stato n. 4965/14 in data 3 ottobre 2014](#). Dichiarata inammissibile il ricorso.

In ordine alla speciale giurisdizione affidata in sede di ottemperanza al giudice amministrativo (il quale è chiamato ad esercitare, ai sensi degli artt. 7, comma 6, e 134 cod. proc. amm., giurisdizione con cognizione estesa al merito, potendo procedere alla determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo, alla sua emanazione in luogo della pubblica amministrazione, nonché alla sostituzione della amministrazione stessa), al fine di distinguere le fattispecie nelle quali il sindacato delle Sezioni Unite è consentito da quelle nelle quali è inammissibile, è decisivo stabilire se oggetto del ricorso è il modo con cui il potere di ottemperanza è stato esercitato (limiti interni della giurisdizione) oppure se sia in discussione la possibilità stessa, in una determinata situazione, di fare ricorso al giudizio di ottemperanza (limiti esterni della giurisdizione); ne consegue che, ove le censure mosse alla decisione del Consiglio di Stato riguardino l'interpretazione del giudicato, l'accertamento del comportamento tenuto dall'Amministrazione e la valutazione di conformità di tale comportamento rispetto a quello che si sarebbe dovuto tenere, gli errori nei quali il giudice amministrativo può eventualmente incorrere, essendo inerenti al giudizio di ottemperanza, restano interni alla giurisdizione stessa e non sono sindacabili dalla Corte di cassazione (Cass., Sez. U., 19 gennaio 2012, n. 736; Cass., Sez. U., 26 aprile 2013, n. 10060).

La Cassazione ribadisce i principi in tema di riparto di giurisdizione relativamente alla materia dei contributi e sovvenzioni distinguendo la fase procedimentale di valutazione della domanda di concessione - posizione di interesse legittimo - da quella successiva alla concessione del contributo - posizione di diritto soggettivo.

[Cass. Civile, S.U., ordinanza 30 marzo 2018, n. 8049, Pres. Vivaldi, Rel. Giusti](#)

Conflitto di giurisdizione sollevato dal Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia con ordinanza del 3 aprile 2017. Dichiara la giurisdizione del giudice ordinario e cassa la sentenza declinatoria in data 8 gennaio 2015 del Tribunale di Marsala, dinanzi al quale rimette le parti.

In materia di contributi e sovvenzioni pubbliche, il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo deve essere attuato distinguendo la fase procedimentale di valutazione della domanda di concessione - nella quale la legge, salvo il caso in cui riconosca direttamente il contributo o la sovvenzione, attribuisce alla P.A. il potere di riconoscere il beneficio, previa valutazione comparativa degli interessi pubblici e privati in relazione all'interesse primario, apprezzando discrezionalmente l'an, il quid ed il quomodo dell'erogazione, e al richiedente la posizione di interesse legittimo - da quella successiva alla concessione del contributo, in cui il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione (Cass., Sez. U., 20 luglio 2011, n. 15867; Cass., Sez. U., 17 febbraio 2016, n. 3057; Cass., Sez. U., 22 giugno 2017, n. 15638; Cass., Sez. U., 18 settembre 2017, n. 21549)

Consiglio di Stato e C.G.A.

Il Consiglio di Stato **conferma che l'art. 80, comma 5, lett. c)**, del nuovo codice dei contratti pubblici, non è da ritenersi disposizione riproduttiva dell'art. 38, comma 1, lett. f), del codice ora abrogato (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e, dunque, **non consente alle stazioni appaltanti di valutare discrezionalmente ed in modo autonomo la risoluzione disposta da altra stazione appaltante.**

[Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2063](#)

Accoglie l'appello avverso la sentenza del [T.a.r. per la Basilicata, sez. I, n. 502/2017](#), e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

L'art. 80, comma 5, lett. c), del nuovo codice dei contratti, consente alle stazioni appaltanti di escludere da una procedura di affidamento di contratti pubblici i concorrenti in presenza di "gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità", con la precisazione che in tali ipotesi rientrano, tra l'altro, "significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di

appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata”, la quale alternativamente non sia stata contestata in giudizio dall’appaltatore o sia stata “confermata all’esito di un giudizio”. La ricordata disposizione del nuovo codice dei contratti pubblici non è da ritenersi riproduttiva dell’art. 38, comma 1, lett. f), del codice ora abrogato (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e, dunque, non consente alle stazioni appaltanti di valutare discrezionalmente ed in modo autonomo la risoluzione disposta da altra stazione appaltante (cfr. [Consiglio di Stato, sez. V, 27 aprile 2017, n. 1955](#)).

L’elencazione dei gravi illeciti professionali contenuta nell’art. 80, comma 5, lett. c), non è tassativa, ma esemplificativa, come si evince dalla formula di apertura del periodo (“Tra questi rientrano...”) recante l’elenco dei casi rientranti in questa nozione (in tal senso si è del resto espresso questo [Consiglio di Stato, nel parere del 3 novembre 2016, n. 2286](#), numero affare 1888 del 2016, reso sulle linee guida dell’ANAC recenti l’indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto d’appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’articolo 80, comma 5, lett. c), del codice).

Ma lo stesso ragionamento non può essere seguito nelle conseguenze finali che si pretende di trarre dalla natura esemplificativa delle ipotesi contemplate nell’elenco in questione; infatti, in base al criterio di interpretazione letterale della norma (ex art. 12 delle preleggi), si osserva che la disposizione in esame richiede espressamente ed esplicitamente che al provvedimento di risoluzione sia stata prestata acquiescenza o che lo stesso sia stato confermato in sede giurisdizionale.

Pertanto, la risoluzione rilevante ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 80, comma 5, d.lgs. n. 50-2016 non può che derivare da una pronuncia di rigetto nel merito della relativa impugnazione divenuta inoppugnabile, come si evince dalla locuzione (ancorché atecnica) “all’esito di un giudizio”.

Secondo il Consiglio di Stato **nel nuovo regime dell’art. 51 d.lgs. n. 50/2016**, il principio della **suddivisione in lotti non risulta più posto in termini assoluti ed inderogabili**, potendo essere derogato, **seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata** ed è **espressione di scelta discrezionale**, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell’adeguatezza dell’istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto “di grosse dimensioni” in lotti.

[Cons. St., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2044](#)

Accoglie l’appello avverso la sentenza del [T.a.r. per l’Umbria, sez. I, n. 391/2017](#), e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

L’art. 51 d.lgs. n. 50-2016, ha mantenuto il principio della suddivisione in lotti, al fine di favorire l’accesso delle microimprese, piccole e medie imprese alle gare pubbliche, già previsto dall’art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 163-2006; tuttavia, nel nuovo regime, il principio non risulta posto in termini assoluti ed inderogabili, giacché il medesimo art. 51, comma 1, secondo periodo afferma che “le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell’appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito o nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139”.

Il principio della suddivisione in lotti può dunque essere derogato, seppur attraverso una decisione che deve essere adeguatamente motivata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 settembre 2014, n. 4669) ed è espressione di scelta discrezionale (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2016, n. 1081), sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria, in ordine alla decisione di frazionare o meno un appalto "di grosse dimensioni" in lotti.

La scelta di non frazionare l'appalto in lotti, nel caso in cui l'unitarietà sia imposta dall'oggetto dell'appalto e dalle modalità esecutive scaturenti dalla situazione materiale e giuridica dei luoghi entro cui operare può ritenersi ragionevole e non illogica o arbitraria: non può sottacersi infatti, sotto altro concorrente profilo, che le attività prestazionali oggetto dei suddetti servizi non esigono specializzazioni, né qualifiche particolari che impongano, giustificano o rendano anche solo opportuna una suddivisione in lotti.

La massima e la relativa appendice, a cura del Cons. Giulia Ferrari, è oggetto della Sezione "Approfondimenti-Giurisprudenza e Pareri" nella [Home page del sito istituzionale](#).

Il Consiglio di Stato conferma la vigenza delle disposizioni speciali a tutela delle aree naturali protette e l'attribuzione all'Ente Parco poteri-doveri in materia di tutela del territorio.

[Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2018, n. 2017](#)

Accoglie l'appello avverso la sentenza del [T.a.r. per la Campania, Napoli, sez. III, 12 luglio 2017, n. 3746](#), e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

[Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2018, n. 2018](#)

Accoglie l'appello avverso la sentenza del [T.a.r. per la Campania, Napoli, sez. III, 12 luglio 2017, n. 3743](#), e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Non si possono considerare sussistenti i presupposti per ravvisare un "difetto assoluto di attribuzione", quando un Ente Parco emani un provvedimento in tema di tutela del territorio.

Poiché la legislazione di settore ha previsto il dovere dell'Ente Parco di prevenire e di reprimere gli abusi edilizi, e di sanzionarli conseguentemente, qualora si prospetti che il medesimo Ente abbia esercitato un potere spettante esclusivamente al Comune, si pone una questione di 'competenza', e dunque una questione di legittimità dell'atto impugnato.

Ogni violazione di legge, più o meno grave, determina l'annullabilità del provvedimento, tranne i casi in cui l'Autorità emanante non abbia alcun potere nella materia in questione, ciò che soltanto configura il difetto assoluto di attribuzione (cfr. Sez. VI, 7 agosto 2013, n. 4167).

Poiché l'Ente Parco è senz'altro titolare di poteri-doveri in materia di tutela del territorio, nel caso di abusi edilizi, vanno accolte tutte le censure dell'Amministrazione appellante, sulla insussistenza del

difetto assoluto di attribuzione e sulla erroneità della rilevazione d'ufficio di una insussistente patologia dell'atto.

L'art. 31 del T.U. 380/2001 non ha abrogato le norme di tutela speciali a tutela delle aree rientranti nel parco, le quali per principio generale non vengono abrogate da una legge generale sopravvenuta. Nel sistema delineato dall'art. 1, comma 1104, della l. 296/2006, l'attribuzione all'Ente Parco del potere di acquisizione risulta coerente con l'esigenza che siano ridotte le questioni di coordinamento tra i Comuni i cui territori facciano parte del parco, in un'ottica – tenuta presente dal legislatore – secondo cui proprio l'Ente Parco è l'autorità che è specificamente preposta alla repressione degli abusi posti in essere all'interno del territorio del parco.

Il principio del soccorso istruttorio (ex art. 38, comma 2 bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) non può ritenersi espressione di un principio per il quale la sostanza prevale sempre sulla forma, atteso che i difetti di forma (quelli essenziali) devono essere sempre emendati prima dell'aggiudicazione in un termine dato ed inderogabile, in ciò differenziandosi dalle mere irregolarità contemplate dall'art. 21-octies della legge generale sul procedimento.

[Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2018, n. 1915](#)

Respinge l'appello avverso la sentenza del [T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II n. 7587/2017](#).

In sede di gara pubblica, se è vero che le irregolarità formali sono sempre sanabili, non può nondimeno sostenersi che l'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 sia espressione di un principio per il quale la sostanza prevale sempre sulla forma, atteso che i difetti di forma (quelli essenziali) devono essere sempre emendati prima dell'aggiudicazione; ed invero, si tratta di irregolarità che pretendono e necessitano di una sanatoria obbligatoria, in ciò differenziandosi dalle mere irregolarità contemplate dall'art. 21 octies l. 7 agosto 1990, n. 241, con la conseguente inapplicabilità nei giudizi sulle procedure di appalto della regola della « non annullabilità » del provvedimento irregolare, sulla quale si fonda il citato art. 21-octies.

Le procedure concorsuali, seppure finalizzate alla scelta della migliore offerta o del miglior candidato, operano all'interno di un quadro di regole poste a garanzia della leale e trasparente competizione, che devono essere rispettate nei limiti in cui ragionevolmente assolvano alla funzione di dirigere la competizione verso il risultato finale, e non si risolvano piuttosto in mere prescrizioni formali prive di aggancio funzionale o in meri ostacoli burocratici da superare. È la competizione il discrimen rispetto alla generale ipotesi di cui all'art. 21 octies, ed essa giustifica l'esigenza del rispetto di regole di ingaggio certe e ragionevoli, pur se formali, ossia concernenti la produzione di documenti entro un certo termine a prescindere dai contenuti degli stessi.

L'art. 38-bis, finalizzato all'obiettivo di consentire la scelta della migliore offerta, ha attenuato il rigore sanzionatorio delle regole formali di gara, imponendo all'amministrazione, ove sia rilevato una irregolarità comunque "essenziale", di accettare la regolarizzazione in luogo dell'esclusione, sempre che ciò avvenga in un termine dato ed inderogabile, poiché tali irregolarità necessitano di un'obbligatoria sanatoria, in ciò differenziandosi dalle mere irregolarità contemplate dall'art. 21-octies della legge generale sul procedimento ed impedendo così la traslazione totale nei giudizi sulle

procedure d'appalto, della regola della "non annullabilità" del provvedimento irregolare, sulla quale pacificamente poggia l'art. 21-octies [\(Cons. St., sez. III, 2 marzo 2017, n. 975\)](#).