



Normativa e giurisprudenza di interesse per la Giustizia amministrativa a cura dell'Ufficio studi, massimario e formazione

Indice

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

1. Cons. Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, sull'obbligo per i sanitari di vaccinarsi contro il virus Sars-CoV-2;
2. Cons. Stato, sez. III, 19 ottobre 2021, n. 7036, sulle giustificazioni della non anomalia dell'offerta rese soltanto in sede giudiziaria;
3. Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7032, sui poteri del giudice dell'ottemperanza in relazione ai criteri di fissazione del risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a.;
4. Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2021, n. 6959, all'Adunanza plenaria l'ammissibilità anche in fase di gara della modifica soggettiva del Rti, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del codice dei contratti da parte del mandatario o di una delle mandanti;
5. T.a.r. per la Toscana, sez. III, 16 ottobre 2021, n. 1328, sulla agibilità degli immobili.

Normativa ed altre novità di interesse

6. Decreto-legge 21 ottobre 2021, n. 146 - Misure urgenti in materia economica e fiscale, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili. (21G00157) (in G.U. n. 252 del 21 ottobre 2021; in vigore dal 22 ottobre 2021);

7. Legge costituzionale 18 ottobre 2021, n. 1 - Modifica all'articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica (in G.U. n. 251 del 20 ottobre 2021; in vigore dal 4 novembre 2021).

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

Le massime sotto riportate comprendono anche quelle pubblicate nella Sezione in evidenza del sito www.giustizia-amministrativa.it, a cura del consigliere Giulia Ferrari.

(1)

La Sezione III si pronuncia sull'obbligo per i sanitari di vaccinarsi contro il virus Sars-CoV-2.

[Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 20 ottobre 2021, n. 7045 – Pres. Frattini, Est. Nocelli](#)

E' legittimo l'obbligo vaccinale contro il virus Sars-CoV-2 per il personale sanitario, così come previsto per il personale sanitario dall'art. 4, d.l. n. 44 del 2021.

Ha ricordato la sezione che le conseguenze dell'inadempimento ingiustificato all'obbligo vaccinale sono gravi perché, come prevede espressamente l'art. 4, comma 6, d.l. n. 44 del 2021, decorsi i termini per l'attestazione dell'adempimento dell'obbligo vaccinale di cui al comma 5, l'A.S.L. competente accerta l'inosservanza dell'obbligo vaccinale e, previa acquisizione delle ulteriori eventuali informazioni presso le autorità

competenti, ne dà immediata comunicazione scritta all'interessato, al datore di lavoro e all'Ordine professionale di appartenenza.

L'adozione dell'atto di accertamento da parte dell'A.S.L. determina "la sospensione dal diritto di svolgere prestazioni o mansioni che implicano contatti interpersonali o comportano, in qualsiasi altra forma, il rischio di diffusione del contagio da SARS-CoV-2", come espressamente stabilisce ancora il comma 6 dell'art. 4.

Ciò premesso, la sezione ha escluso che i vaccini contro il Sars-Cov-2 siano "sperimentali" o non abbiano efficacia o, ancora, non siano sicuri, in quanto approvati senza un rigoroso processo di valutazione scientifica e di sperimentazione clinica che ne abbia preceduto l'ammissione.

Così non è, per tutte le ragioni di ordine scientifico esposte, perché la CMA è una procedura in cui la maggiore rapidità e la parziale sovrapposizione delle fasi di sperimentazione – nel gergo medico: *fast track/partial overlap* – consentono di acquisire dati sufficientemente attendibili, secondo i parametri propri della medicina dell'evidenza, in ordine all'efficacia e alla sicurezza dei farmaci, come dimostra proprio l'ampio ricorso a questa stessa procedura – ben 30 volte – nel decennio tra il 2006 e il 2016 con apprezzabili risultati, poi confermati, e l'autorizzazione condizionata si colloca pur sempre a valle delle usuali fasi di sperimentazione clinica che precedono l'ordinaria immissione in commercio di qualsiasi farmaco, senza che per questo ne vengano sminuite la completezza e la qualità dell'iter di ricerca e di sperimentazione.

La circostanza che i dati acquisiti nella fase di sperimentazione siano parziali e provvisori, come taluno ha rilevato anche sulla base delle condizioni imposte dal Reg. CE 507/2006 della Commissione, in quanto suscettibili di revisione sulla base delle evidenze empiriche via via raccolte – sicché l'autorizzazione è, appunto, condizionata all'acquisizione di più completi dati acquisiti successivamente all'autorizzazione stessa che, non a caso, ha durata solo annuale – nulla toglie al rigore scientifico e all'attendibilità delle sperimentazioni che hanno preceduto l'autorizzazione, pur naturalmente

bisognose, poi, di conferma mediante i cc.dd. «*comprehensive data post-authorisation*».

Ad avviso della sezione, sulla base non solo degli studi – *trials* – condotti in fase di sperimentazione, ma anche dell'evidenza dei dati ormai imponenti acquisiti successivamente all'avvio della campagna vaccinale ed oggetto di costante aggiornamento e studio in sede di monitoraggio, che – contrariamente a quanto sostengono gli appellanti – la profilassi vaccinale è efficace nell'evitare non solo la malattia, per lo più totalmente o, comunque, nelle sue forme più gravi, ma anche il contagio.

Sempre nei limiti del sindacato qui consentito sull'attendibilità razionale degli studi e dei dati acquisiti si deve solo qui aggiungere, quanto al dubbio sollevato dagli appellanti in ordine alla capacità di evitare i contagi e, quindi, in termine di prevenzione della trasmissibilità della malattia da parte dei soggetti vaccinati, anche nella più recente ed estremamente contagiosa forma della variante "delta", che la posizione della comunità scientifica internazionale, alla luce delle ricerche più recenti, è nel senso che la fase di eliminazione virale nasofaringea, nel gruppo dei vaccinati, è tanto breve da apparire quasi impercettibile, con sostanziale esclusione di qualsivoglia patogenicità nei vaccinati.

In punto di sicurezza, quanto all'inesistenza, per chi è sottoposto al trattamento, di conseguenze negative le quali vadano oltre la normalità e la tollerabilità, si deve muovere anzitutto dal presupposto scientifico di ordine generale secondo cui il vaccino, come tutti i farmaci, non può essere considerato del tutto esente da rischi.

Da un punto di vista strettamente giuridico, ha affermato la sezione che in fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante, drammatico, indifferibile di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubblico di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata, che però ha seguito – va ribadito – tutte le quattro fasi della sperimentazione richieste dalla procedura di

autorizzazione), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per un singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società, senza l'utilizzo di quel farmaco.

E ciò non perché, come afferma chi enfatizza e assolutizza l'affermazione di un giusto valore concepito però come astratto bene, la persona receda a mezzo rispetto ad un fine o, peggio, ad oggetto di sperimentazione, in contrasto con il fondamentale principio personalista, a fondamento della nostra Costituzione, che vede nella persona sempre un fine e un valore in sé, quale soggetto e giammai oggetto di cura, ma perché si tutelano in questo modo tutti e ciascuno, anzitutto e soprattutto le più vulnerabili ed esposte al rischio di malattia grave e di morte, da un concreto male, nella sua spaventosa e collettiva dinamica di contagio diffuso e letale, in nome dell'altrettanto fondamentale principio di solidarietà, che pure sta a fondamento della nostra Costituzione (art. 2), la quale riconosce libertà, ma nel contempo richiede responsabilità all'individuo.

E in un ordinamento democratico la legge non è mai diritto dei meno vulnerabili o degli invulnerabili, o di quanti si affermino tali e, dunque, intangibili anche in nome delle più alte idealità etiche o di visioni filosofiche e religiose, ma tutela dei più vulnerabili, dovendosi rammentare che la solidarietà è «la base della convivenza sociale normativamente prefigurata dalla Costituzione» (Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75).

Il margine di incertezza dovuto al c.d. ignoto irriducibile che la legge deve fronteggiare in un'emergenza pandemica tanto grave, per tutte le ragioni esposte, non può dunque giustificare, né sul piano scientifico né sul piano giuridico, il fenomeno della esitazione vaccinale, ben noto anche all'Organizzazione Mondiale della Sanità, proprio nei medici e nel personale sanitario.

La vaccinazione obbligatoria selettiva introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 per il personale medico e, più in generale, di interesse sanitario risponde ad una chiara finalità di tutela non solo – e anzitutto – di questo personale sui luoghi di lavoro e, dunque, a beneficio della persona, secondo il già richiamato principio personalista, ma a tutela degli stessi pazienti e degli

utenti della sanità, pubblica e privata, secondo il pure richiamato principio di solidarietà, che anima anch'esso la Costituzione, e più in particolare delle categorie più fragili e dei soggetti più vulnerabili (per l'esistenza di pregresse morbidità, anche gravi, come i tumori o le cardiopatie, o per l'avanzato stato di età), che sono bisognosi di cura ed assistenza, spesso urgenti, e proprio per questo sono di frequente o di continuo a contatto con il personale sanitario o sociosanitario nei luoghi di cura e assistenza.

Nel bilanciamento tra i due valori, quello dell'autodeterminazione individuale e quello della tutela della salute pubblica, compiuto dal legislatore con la previsione dell'obbligo vaccinale nei confronti del solo personale sanitario, non vi è dunque legittimo spazio né diritto di cittadinanza in questa fase di emergenza contro il virus Sars-CoV-2 per la c.d. esitazione vaccinale.

L'obbligatorietà della vaccinazione è una questione più generale che, oltre ad implicare un delicato bilanciamento tra fondamentali valori, quello dell'autodeterminazione e quello della salute quale interesse della collettività anzitutto secondo una declinazione solidaristica, investe lo stesso rapporto tra la scienza e il diritto, come è ovvio che sia, e ancora più al fondo il rapporto tra la conoscenza – e, dunque, l'informazione e il suo contrario, la disinformazione – e la democrazia.

In un ordinamento democratico, come ha rilevato anche di recente la Corte costituzionale nella sentenza n. 5 del 18 gennaio 2018 sulle vaccinazioni obbligatorie (re)introdotte dal d.l. n. 73 del 2017, rientra nella discrezionalità del legislatore prevedere la raccomandazione dei vaccini o l'obbligatorietà di questi e la scelta tra la tecnica della persuasione e, invece, quella dell'obbligo dipende dal grado di efficacia persuasiva con il quale il legislatore, sulla base delle acquisizioni scientifiche più avanzate ed attendibili, riesce a sensibilizzare i cittadini in ordine alla necessità di vaccinarsi per il bene proprio e, insieme, dell'intera società.

(2)

La Sezione III si pronuncia sulle giustificazioni della non anomalia dell'offerta rese soltanto in sede giudiziaria.

[Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza 19 ottobre 2021, n. 7036 – Pres. f.f. Pescatore, Est. Ferrari](#)

Sono tardive le giustificazioni della non anomalia dell'offerta rese dal concorrente soltanto in sede giudiziaria.

La sezione ha, peraltro, chiarito che la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata ad accertare l'attendibilità e la serietà della stessa sulla base di una valutazione, ad opera della stazione appaltante, che ha natura globale e sintetica e che costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla p.a., insindacabile in sede giurisdizionale salvo che per ragioni legate alla eventuale (e dimostrata) manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione, tale da rendere palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (Cons. Stato, sez. III, 19 ottobre 2020, n. 6317).

In tale prospettiva, è, in termini generali, ammissibile una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, non solo in correlazione a sopravvenienze di fatto o di diritto, ma anche al fine di porre rimedio ad originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità, che presiede la logica della par condicio tra i competitori (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2020, n. 1873).

Tale ammissibilità incontra (di là dalla rigidità delle voci di costo inerenti gli oneri di sicurezza aziendale) il solo limite del divieto di una radicale

modificazione della composizione dell'offerta che ne alteri l'equilibrio economico, allocando diversamente voci di costo nella sola fase delle giustificazioni (Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2017, n. 1896). Inoltre, la riallocazione delle voci deve avere un fondamento economico serio allorché incida sulla composizione dell'offerta, atteso che, diversamente, si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire un'elusiva modificazione a posteriori della stessa, snaturando la funzione propria del subprocedimento di verifica dell'anomalia, che è, per l'appunto, di apprezzamento globale dell'attendibilità dell'offerta (Cons. Stato, sez. VI, 15 gennaio 2021, n. 487).

Ragionevoli, giustificate e proporzionate modificazioni e rimodulazioni possono interessare anche la struttura dei costi per il personale.

(3)

I poteri esercitabili dal giudice della esecuzione di un giudicato risarcitorio: fissati i criteri di liquidazione del danno ex art. 34 comma 4 c.p.a.

[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 19 ottobre 2021, n. 7032 – Pres. Poli, Est. Lamberti](#)

La sentenza di ottemperanza, anche nella forma dei meri chiarimenti, è finalizzata a dare piena attuazione al giudicato, nel cui perimetro decisionale si muove ed è rigidamente confinata, senza che vi sia spazio per valutazioni giuridiche (o, tanto meno, equitative) circa la condivisibilità della decisione assunta in sede di cognizione. Non si tratta, in altre parole, di dichiarare *ex novo* il diritto della fattispecie concreta, ma di applicare il diritto della fattispecie concreta esattamente come già *ex ante* dichiarato. Ciò è vero pure allorché la sentenza di cognizione si sia limitata – come nella specie – ad indicare i criteri ex art. 34, comma 4, c.p.a.: il giudice dell'ottemperanza non

può, infatti, decampare da tali criteri, ma solo, sempre che ve ne siano i margini, interpretarli per attuarli secondo l'effettivo sostrato logico-sistematico ricavabile dalla complessiva articolazione del *dictum* di cognizione.

(4)

La Sezione rimette all'Adunanza plenaria la questione dell'ammissibilità già in sede di gara della modifica soggettiva del Rti, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 del Codice dei contratti da parte del mandatario o di una delle mandanti.

[Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 18 ottobre 2021, n. 6959 – Pres. Barra Caracciolo, Est. Di Matteo](#)

E' rimessa all'Adunanza plenaria la questione se sia possibile interpretare l'art. 48, commi 17, 18 e 19 *ter*, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 nel senso che la modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese in caso di perdita dei requisiti di partecipazione ex art. 80 dello stesso Codice dei contratti da parte del mandatario o di una delle mandanti è consentita non solo in fase di esecuzione, ma anche in fase di gara; in caso di risposta positiva alla prima domanda va precisata la modalità procedimentale con la quale detta modifica possa avvenire, se, cioè, la stazione appaltante sia tenuta, anche in questo caso, ed anche qualora abbia già negato la autorizzazione al recesso che sia stata richiesta dal raggruppamento per restare in gara avendo ritenuto intervenuta la perdita di un requisito professionale, ad interpellare il raggruppamento, assegnando congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere la propria partecipazione alla gara.

La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio studi massimario e formazione.

(5)

Il T.a.r. si pronuncia sulla agibilità degli immobili.

[T.a.r. per la Toscana, sezione III, sentenza 16 ottobre 2021, n. 1328, Pres. f.f. Giani, Est. Malanetto](#)

La conformità urbanistica dell'opera è un requisito imprescindibile anche ai fini dell'agibilità di un immobile.

Con l'entrata in vigore del d.P.R. n. 380 del 2001, la "abitabilità" cede il passo (a seguito dell'abrogazione sia dell'art. 220 del t.u.l.s. che del d.P.R. n. 425/1994) alla omnicomprensiva "agibilità", siccome riferita a qualsivoglia tipologia di edificio, non solo di natura abitativa.

Il rilascio del certificato di agibilità, ovvero, oggi, la sua dichiarazione, presuppone una molteplicità di valutazioni ulteriori rispetto a quelle che erano sottese al vecchio certificato di abitabilità, cui il primo pertanto non può essere del tutto assimilato, siccome affermato dal primo giudice. Di ciò è prova proprio nell'art. 26 del d.P.R. n. 380 del 2001. Nel consentire, infatti, al Sindaco di intervenire comunque dichiarando la inabitabilità di un immobile, già certificato come agibile, ai sensi dell'art. 222 del t.u.l.s., il legislatore ha inteso ribadire le differenze tra i due istituti: altro è, infatti, la strutturale conformità del fabbricato a tutti i requisiti richiesti e, in parte, assorbiti nella conformità al titolo edilizio in forza del quale è stato realizzato, altro la sua (sopravvenuta) carenza di requisiti igienici tale da non consentirne l'occupazione a fini abitativi. Anche prima della riforma che ne ha ricondotto il conseguimento ad una mera segnalazione certificata, il procedimento di acquisizione della agibilità si connotava per la sostanziale attribuzione al privato richiedente dell'onere di dimostrare la regolarità di quanto realizzato, salvo poter richiedere comunque al Comune di

“certificarne” i contenuti. Solo a seguito della acquisizione della stessa, peraltro, può considerarsi legittimo l’utilizzo in concreto dell’immobile in conformità con la propria destinazione d’uso, seppure il relativo illecito sia punito con una sanzione pecuniaria di non particolare entità. Al fine, dunque, di non procrastinare indebitamente proprio la fruizione del bene, ovvero la sua commerciabilità, il comma 4 dell’art. 25, nella formulazione vigente *ratione temporis*, prevedeva che decorsi trenta giorni dalla ricezione della domanda, ovvero, in caso di presenza del richiesto parere della A.S.L., sessanta giorni, l’inerzia dell’Amministrazione abbia validità di assenso....Diversamente opinando, ovvero ritenendo certificabile come agibile anche un immobile abusivo, purché conforme ai requisiti igienico-sanitari e di risparmio energetico previsti, si finirebbe per trasformare la relativa qualificazione in una sorta di ulteriore sanatoria cartolare, ovvero, al contrario, per svuotarne completamente la portata, stante che la natura permanente dell’illecito edilizio ad essa sottesa non ne impedirebbe comunque l’assoggettamento al previsto regime sanzionatorio...In sintesi, la violazione di una convenzione accessiva ad un Piano attuativo urbanistico impatta sulla regolarità dei lavori eseguiti, condizionando la validità del titolo. Essendo la agibilità la *summa* del possesso dei requisiti sia igienico-sanitari che urbanistico-edilizi di un edificio, essa non può essere conseguita nel caso in cui il titolo edilizio sottostante, seppure esistente, non possa considerarsi efficace, sicché non ne è necessario il preventivo annullamento.

Normativa ed altre novità di interesse

(6)

[Decreto-legge 21 ottobre 2021, n. 146](#) - Misure urgenti in materia economica e fiscale, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili. (21G00157) (in G.U. n. 252 del 21 ottobre 2021; in vigore dal 22 ottobre 2021).

(7)

[Legge costituzionale 18 ottobre 2021, n. 1](#) - Modifica all'articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica (in G.U. n. 251 del 20 ottobre 2021; in vigore dal 4 novembre 2021).