



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

Indice

Corte costituzionale

1. Corte cost., 25 novembre 2020 n. 246, dichiara illegittima una norma della Regione Veneto che prevedeva il pagamento di canoni alla Regione da parte degli operatori della comunicazione elettronica;
2. Corte cost., 20 novembre 2020 n. 242, sull'ammissibilità della notifica via Pec per i ricorsi introduttivi di giudizi di legittimità costituzionale;
3. Corte cost., 17 novembre 2020 n. 239, dichiara l'illegittimità di alcune norme della Regione Puglia che hanno assimilato prestazioni lavorative compiute a diverso titolo – convenzionale e da pubblico impiego – con l'introduzione di un rapporto previdenziale estraneo all'ordinamento.

Corte di cassazione

4. Cass. civ., sez. un., 24 novembre 2020, n. 26674, sui casi in cui non è proponibile il ricorso per revocazione per errore di fatto;
5. Cass. civ., sez. un., 24 novembre 2020, n. 26673, sul giudice competente a decidere le controversie relative ai professori e ricercatori universitari che prestano servizio presso il SSN in regime di convenzionamento;
6. Cass. civ., sez. un., 20 novembre 2020, n. 26501, sul giudice competente a decidere le azioni, anche risarcitorie, per contestare la revoca di finanziamenti pubblici;
7. Cass. civ., sez. un., 20 novembre 2020, n. 26499, al g.a. la giurisdizione a decidere un ricorso avverso la delibera di un Comune che ha attribuito agli albergatori – per l'imposta di soggiorno – la qualifica di agenti contabili.

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

8. [Cons. Stato, sezione III, 27 novembre 2020, n. 6832](#), sulla sospensione della pianificazione delle attività scolastiche, educative e formative;
9. [Cons. Stato, sez. III, 26 novembre 2020, n. 6795](#), sull'obbligo delle mascherine per i bambini di età superiore ai 6 anni;
10. [Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 2020, n. 7355](#), sull'obbligo del deposito della somma a titolo di indennità di esproprio e sul relativo giudizio di ottemperanza;
11. [Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2020, n. 7343](#), è illegittima la differente disciplina per la procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa, a carico del Servizio sanitario regionale, rispetto a quella omologa;
12. [Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2020, n. 7323](#), sulla durata e la *ratio* del procedimento amministrativo;
13. [Cons. Stato, sez. IV, 23 novembre 2020, n. 7316](#), il rito sul silenzio in caso di atti regolamentari o amministrativi generali;
14. [Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2020, n. 7257](#), sulla disciplina transitoria dell'art. 120, comma 2 *bis* c.p.a. e sulla nullità delle clausole escludenti;
15. [Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2020, n. 7239](#), sulla contestazione del ricorso alla procedura negoziata senza bando conseguente ad asserita infungibilità del bene risultante da consultazione preliminare di mercato;
16. [Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2020, n. 7237](#), sulla responsabilità precontrattuale nell'ambito di una gara di appalto;
17. [Cons. Stato, sez. IV, 13 novembre 2020, n. 7024](#), sull'individuazione, nella convenzione urbanistica, dei termini di adempimento delle obbligazioni e sui soggetti tenuti all'adempimento;
18. [Cons. Stato, sez. III, 24 novembre 2020, n. 6786](#), in tema di farmaci per il trattamento dei pazienti Covid 19;
19. [C.g.a., sez. giur., 24 novembre 2020, n. 1106](#), alla Corte di giustizia UE la compatibilità europea della disciplina che prevede che la mandataria, in caso di avvalimento, debba possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria;
20. [T.a.r. per la Campania, sez. VII, 24 novembre 2020, n. 5499](#), nell'appalto di servizio di refezione scolastica non è nulla la clausola che richiede la disponibilità di un centro di cottura;
21. [T.a.r. per la Basilicata, sez. I, 24 novembre 2020, n. 272](#), dispone il riesame dell'ordinanza che nella Regione Basilicata sospende le lezioni in presenza delle scuole di ogni ordine e grado ad eccezione della scuola dell'infanzia e degli asili nido;
22. [T.a.r. per il Lazio, sez. III *quater*, 23 novembre 2020, n. 7265](#), nei giorni festivi e prefestivi restano chiuse, nella Regione Lazio, le grandi strutture di vendita;

23. [Cons. Stato, sez. cons. per gli atti normativi, 25 novembre 2020, n. 1940](#) – parere sullo schema di Regolamento recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici (*e-procurement*);

24. [Cons. Stato, sez. cons. per gli atti normativi, 25 novembre 2020, n. 1939](#) – parere sullo schema di Regolamento concernente la disciplina del Registro dei pegni mobiliari non possessori.

Normativa ed altre novità di interesse

25. [Decreto-legge 23 novembre 2020, n. 154](#) – Misure finanziarie urgenti connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (G.U. n. 291 del 23 novembre 2020; vigente al 24 novembre 2020).

Corte costituzionale

(1)

La Corte costituzionale dichiara illegittima una norma della Regione Veneto che prevedeva il pagamento di canoni alla Regione da parte degli operatori della comunicazione elettronica.

[Corte costituzionale, sentenza 25 novembre 2020 n. 246, Pres. Morelli, Est. Barbera](#)

La Corte costituzionale ha ritenuto illegittimo l'art. 83, comma 4-*sexies*, della legge della Regione Veneto 13 aprile 2001, n. 11 (Conferimento di funzioni e compiti amministrativi alle autonomie locali in attuazione del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112), nella parte in cui dispone che in caso di occupazione di beni del demanio idrico per l'installazione e la fornitura di reti e per l'esercizio dei servizi di comunicazione elettronica, così come per l'installazione e gestione di sotto servizi e di impianti di sostegno di servizi fuori suolo, il soggetto richiedente è tenuto al pagamento dei canoni nella misura stabilita dalla Giunta regionale, oltre al versamento degli altri oneri previsti dalla normativa vigente in materia.

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

(2)

La Corte costituzionale si pronuncia sull'ammissibilità della notifica via Pec per i ricorsi introduttivi di giudizi di legittimità costituzionale.

[Corte costituzionale, sentenza 20 novembre 2020 n. 242, Pres. Morelli, Est. Zanon](#)

La Corte costituzionale ha ritenuto che l'art. 55, comma 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69 – il quale attribuisce all'Avvocatura generale dello Stato la possibilità di eseguire le notificazioni secondo quanto prevede la legge 21 gennaio 1994, n. 53 – deve considerarsi pacificamente applicabile anche ai giudizi di legittimità costituzionale.

In base alle previsioni della legge n. 53 del 1994, deve riconoscersi la possibilità che la notifica dei ricorsi introduttivi di giudizi di legittimità costituzionale in via principale sia validamente effettuata mediante PEC.

(3)

La Corte costituzionale dichiara l'illegittimità di alcune norme della Regione Puglia che hanno assimilato prestazioni lavorative compiute a diverso titolo – in regime convenzionale e di pubblico impiego – con l'introduzione di un rapporto previdenziale non previsto dall'ordinamento.

[Corte costituzionale, sentenza 17 novembre 2020 n. 239, Pres. Morelli, Est. Sciarra](#)

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 17 della legge della Regione Puglia 23 dicembre 2008, n. 45 (Norme in materia sanitaria) e dell'art. 6, comma 5, della legge della Regione Puglia 9 agosto 2006, n. 26 (Interventi in materia sanitaria), come sostituito dall'art. 24 della legge della Regione Puglia 16 aprile 2007, n. 10 (Disposizioni per la formazione del bilancio di previsione 2007 e bilancio pluriennale 2007-2009 della Regione Puglia), nella parte in cui dispongono che il servizio prestato in regime convenzionale, prima dell'immissione in ruolo, dal personale dipendente inquadrato nei ruoli del Servizio sanitario nazionale ai sensi della legge 18 febbraio 1999, n. 45 (Disposizioni per il Fondo nazionale di intervento per la lotta alla droga e in materia di personale dei Servizi per le tossicodipendenze), sia coperto da contribuzione INPDAP, alla stessa stregua del personale dipendente.

Corte di cassazione, sezioni unite civili

(4)

Le Sezioni unite si pronunciano sui casi in cui non è proponibile il ricorso per revocazione per errore di fatto.

[Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 24 novembre 2020, n. 26674, Pres. Tria, Rel. Torrice](#)

Le Sezioni unite hanno chiarito che non è possibile chiedere la revocazione di una sentenza per errore di fatto, ai sensi dell'art. 395 *bis* e dell'art. 395 n. 4 cod. proc. civ., nel caso di: a) errori formati sulla base di un'assunta errata valutazione o interpretazione di fatti, documenti e risultanze processuali che investano direttamente la formulazione del giudizio sul piano logico-giuridico, perché siffatto tipo di errore, ove pure in astratta ipotesi fondato, costituirebbe un errore di giudizio e non un errore di fatto; b) erronea comprensione del contenuto giuridico-concettuale delle difese; c) inesatta qualificazione dei fatti ivi esposti; d) errato apprezzamento di un motivo di ricorso.

La pronunzia del giudice, che si assuma erronea, sull'esistenza di uno o più fatti ritenuti pacifici per difetto di contestazione, costituisce frutto non di un errore meramente percettivo, ma di un'attività valutativa, nel senso che il giudice stesso, postasi la questione della mancanza di contestazioni in ordine all'esistenza di uno o più fatti determinati, l'ha risolta affermativamente all'esito di un giudizio di per sé incompatibile con l'errore di fatto e non idoneo, quindi, a costituire motivo di revocazione a norma dell'art. 395 n. 4 cod. proc. civ.

(5)

Le Sezioni unite si pronunciano sul giudice competente a decidere le controversie relative ai professori e ricercatori universitari che prestano servizio presso il SSN in regime di convenzionamento.

[Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 24 novembre 2020, n. 26673, Pres. Tria, Rel. Torrice](#)

Le Sezioni unite hanno dichiarato che, ai sensi dell'art. 63, c. 4, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, sono attratte alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie che riguardano direttamente il rapporto di lavoro del professore con l'Università, mentre restano devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie riguardanti sia l'esercizio dell'attività assistenziale svolta dai professori e dai ricercatori universitari, sia il loro rapporto con le Aziende sanitarie; infatti, rispetto a queste ultime controversie, la qualifica di professore universitario funge da mero presupposto del rapporto lavorativo, perché l'attività svolta si inserisce nei fini istituzionali e nell'organizzazione dell'Azienda sanitaria, con conseguente operatività del principio generale di cui all'art. 63 c. 1 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

In materia di attribuzione degli incarichi dirigenziali nell'ambito sanitario, deve ritenersi che la selezione prevista dall'art. 15 ter del d.lgs. 30 dicembre 1992 n. 502, introdotto dall'art. 13 comma 1, del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, modificato dall'art. articolo 8, comma 2, lettera a), del d.lgs. 28 luglio 2000, n.

254, non integri un concorso in senso tecnico, perché è articolata secondo uno schema destinato a concludersi con una scelta essenzialmente fiduciaria operata dal direttore generale, con conseguente inapplicabilità della disposizione contenuta nel c. 4 dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001.

(6)

Le Sezioni unite si pronunciano sul giudice competente a decidere le controversie relative alla revoca di finanziamenti pubblici.

[Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 20 novembre 2020, n. 26501, Pres. Tria, Rel. Graziosi](#)

Le Sezioni unite hanno precisato che, in tema di domande di risarcimento del danno nei confronti della P.A. a seguito dell'annullamento o sostituzione dell'originario provvedimento di concessione di un finanziamento, spetta al giudice amministrativo la cognizione delle domande che si pongono in rapporto di causalità diretta con il successivo esercizio del potere discrezionale di riesame degli interessi valutati in sede di erogazione, mentre restano riservate alla cognizione del giudice ordinario le azioni risarcitorie fondate su "comportamenti" della P.A. che prescindono dall'esercizio di quel potere.

In tema di controversie relative alla revoca di finanziamenti pubblici, invece, la giurisdizione compete al giudice ordinario nel caso in cui la controversia sia stata promossa per ottenere l'annullamento del provvedimento di revoca di un finanziamento pubblico nel caso in cui ciò riguardi proprio il diritto soggettivo (*petitum* sostanziale) che dal finanziamento è insorto in capo al soggetto che l'annullamento impugna, *id est* nel caso in cui, revocando il finanziamento, la P.A. non eserciti alcun potere, bensì tragga la conseguenza dell'inadempimento, da parte del finanziato, degli obblighi che lo gravano in conseguenza e in correlazione con il finanziamento stesso, in forza della legge che li prevede o in forza del medesimo provvedimento di erogazione,

se è questo che li contiene. La giurisdizione compete invece al giudice amministrativo nel caso in cui il soggetto finanziato sia titolare esclusivamente di interesse legittimo nei confronti dell'azione dell'ente pubblico, in quanto questa consiste nell'esercizio di potere di autotutela che conduce all'annullamento del provvedimento di erogazione per vizi di legittimità che lo affliggono o per originario contrasto di tale provvedimento con l'interesse pubblico.

(7)

Le Sezioni unite dichiarano la giurisdizione del giudice amministrativo a decidere un ricorso avverso la delibera di un Comune che ha attribuito agli albergatori – per l'imposta di soggiorno – la qualifica di agenti contabili.

[Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 20 novembre 2020, n. 26499, Pres. Tria, Rel. Torrice](#)

Le Sezioni unite hanno chiarito che alla giurisdizione amministrativa sono attribuite le controversie che hanno come oggetto principale la contestazione della legittimità di atti amministrativi autoritativi con i quali l'Amministrazione ha operato le proprie scelte discrezionali, atteso che, ai sensi dell'art. 103 c. 1 Cost., al giudice amministrativo spetta il controllo sulle modalità di esercizio del potere amministrativo.

Rientra, pertanto, nella giurisdizione del giudice amministrativo il ricorso con il quale alcuni albergatori hanno impugnato i provvedimenti con cui un Comune (nella specie si trattava del Comune di Venezia) ha modificato il regolamento sull'imposta di soggiorno, riconoscendo in capo al gestore della struttura ricettiva la qualifica di agente contabile, individuando gli obblighi connessi alla riscossione dell'imposta e delle sanzioni correlate all'inadempimento. Infatti, se è innegabile che la Corte dei conti è l'organo al quale è attribuita la verifica delle condotte degli agenti contabili, è altrettanto

innegabile che tale verifica è limitata ai giudizi di conto e ai giudizi di responsabilità contabile.

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 dal Cons. Giulia Ferrari.

(8)

La III Sezione, in sede di appello cautelare, si pronuncia sulla sospensione della pianificazione delle attività scolastiche educative e formative in tutte le istituzioni del sistema nazionale di istruzione per l'anno scolastico 2020/2021.

[Consiglio di Stato, sezione III, ordinanza cautelare, 27 novembre 2020, n. 6832 – Pres. Corradino, Est. Veltri](#)

In considerazione della situazione epidemiologica, non deve essere sospesa la pianificazione delle attività scolastiche, educative e formative in tutte le istituzioni del sistema nazionale di istruzione per l'anno scolastico 2020/2021, prevista dai decreti ministeriali 26 giugno 2020, n. 39, 3 agosto 2020, n. 80 e 6 agosto 2020, n. 87, quali: il possibile e consistente ricorso alla didattica a distanza; la disciplina delle modalità di accesso e uscita da scuola, uscite a orari scaglionati; l'obbligo di rimanere a casa in presenza di temperatura oltre i 37,5°; il divieto di accedere o permanere nei locali scolastici ove si manifestino, anche dopo l'ingresso, condizioni di pericolo (sintomi simil-influenzali, temperatura oltre 37.5°, provenienza da zone a rischio o contatto con persone positive al virus nei 14 giorni precedenti, etc.); l'obbligo di mascherina per gli studenti che si muovano all'interno dei locali scolastici.

(9)

La III Sezione, decidendo su un appello avverso decreto cautelare del Presidente di un T.a.r., si pronuncia sull'obbligo dei bambini di età superiore ai sei anni di utilizzare le mascherine protettive.

[Consiglio di Stato, sez. III, decreto cautelare, 26 novembre 2020, n. 6795 – Pres. ed Est. Frattini](#)

E' stato preliminarmente chiarito che, come in casi recentemente esaminati su materie analoghe, ricorre nella fattispecie una delle limitate ed eccezionali ipotesi in cui l'appello avverso il decreto cautelare del Presidente del T.A.R. è ammissibile, essendo in gioco censure direttamente fondate sull'asserita violazione di principi che trovano in articoli della Costituzione diretta tutela e fondamento, quali il diritto alla salute e all'istruzione nonché, in primo luogo il principio di parità di cui all'art. 3 Cost.

La Sezione ha evidenziato che la questione della incidenza dell'uso di mascherina, per alunni da 6 a 11 anni, sulla salute psico-fisica del giovanissimo scolaro, merita certamente continua ed approfondita analisi su base scientifica, anzitutto da parte del C.T.S.

Allo stato, tuttavia, ha respinto la domanda cautelare e, quindi, non sono stati sospesi i d.P.C.M. 3 novembre 2020 e 17 novembre 2020 concernenti l'obbligo di indossare dispositivi di protezione delle vie respiratorie nei luoghi al chiuso, per bambini di età superiore ai sei anni.

(10)

La IV Sezione si pronuncia sull'obbligo del deposito della somma a titolo di indennità di esproprio, ai sensi dell'art. 28 del t.u. espr., sul riparto di giurisdizione e sul relativo giudizio di ottemperanza.

La IV Sezione, in un giudizio di ottemperanza al giudicato formatosi sulla sentenza della Corte di Appello che ha statuito in ordine all'obbligo di deposito della somma, a titolo di indennità di esproprio, dovuta ai sensi dell'art. 28 del t.u. espr., ha precisato che il contenuto del provvedimento del giudice civile:

- a) non può essere quello di condanna dell'amministrazione al pagamento di una somma, perché, una volta determinata definitivamente l'indennità di esproprio, potrebbero residuare diritti di terzi su di essa;
- b) può essere solo quello di condanna al deposito della maggiore somma risultante dall'accertamento giurisdizionale, con conseguente esclusione dell'ingiunzione del pagamento diretto a favore dell'espropriato. Si configura, quindi, un obbligo di *facere*, consistente nel deposito, rientrante nei limiti della cognizione del giudice ordinario evidenziato che la *ratio* dell'art. 28 del t.u. espr. è quella di evitare che l'amministrazione, dopo il pagamento, sia esposta a ripetizioni di indebito, così richiedendo che il pagamento non sia effettuato sino a che ci siano contestazioni.

La Sezione ha, quindi, chiarito che:

- c) così come il provvedimento finale della procedura di pagamento è attribuito all'autorità amministrativa quando non siano insorte questioni nel corso della procedura di svincolo e, quindi, sostanzialmente non emergano opposizioni di terzi che vantino diritti sul bene espropriato, allo stesso modo, in tale ipotesi la procedura di svincolo entra nel processo di ottemperanza al giudicato, con possibile ricorso al commissario *ad acta* anche per disporre l'ordine di pagamento;
- d) qualora, invece, tali questioni inerenti opposizioni di terzi emergano, il giudizio di ottemperanza del giudice amministrativo si arresta, venendo in rilievo l'applicazione dell'art. 29 t.u. espr. e la giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di controversia non inerente l'esercizio del potere amministrativo ma "questioni patrimoniali" ad esso connesse, sostanziate dalla pretesa del riconoscimento e del pagamento dell'indennità all'espropriato o a soggetto terzo; pretese azionabili con azioni di accertamento e eventuale condanna davanti al giudice ordinario.

Ha precisato, tuttavia, la Sezione che nel caso si specie, non è invocabile un diritto al pagamento discendente direttamente dal giudicato che ha determinato giudizialmente l'indennità di espropriazione perché, pur non venendo in questione diritti di terzi che sarebbero stati attratti dalla disciplina dell'art. 29 cit., viene in rilievo una opposizione all'esecuzione e, quindi al pagamento, da parte dello stesso debitore esecutato.

(11)

La III Sezione ritiene illegittima la differente disciplina per la procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa, a carico del Servizio sanitario regionale, rispetto a quella omologa.

[Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 24 novembre 2020, n. 7343 – Pres. Frattini, Est. Maiello](#)

È illegittima la delibera di Giunta che introduce una disciplina differenziata per la procreazione medicalmente assistita (PMA) eterologa, a carico del Servizio sanitario regionale, rispetto a quella omologa, essendo irragionevole e discriminante la previsione, per la prima, del limite del quarantatreesimo anno di età e del limite massimo di tre cicli.

(12)

La III Sezione si pronuncia con decreto cautelare in tema di farmaci per il trattamento dei pazienti Covid 19.

[Consiglio di Stato, sezione III, decreto cautelare 24 novembre 2020, n. 6786 – Pres. ed Est. Frattini](#)

Il decreto, nel respingere l'istanza cautelare monocratica, evidenzia come gli argomenti spesi dai medici ricorrenti in tema di farmaci anti Covid 19 vadano considerati unitamente alla significativa – e non smentita in atti

dall'AIFA – affermazione che attualmente non esiste un farmaco per il trattamento specifico domiciliare COVID, giacché il Remdessivir è somministrato solo in trattamento ospedaliero, laddove attualmente la affermata principale preoccupazione delle autorità sanitarie è il trasferimento dei pazienti COVID domiciliari nelle strutture sanitarie a causa dell'aggravamento della malattia, non trattata a domicilio con farmaco specifico. Di conseguenza il decreto evidenzia come, in tempi estremamente brevi e nelle sedi appropriate, durante le successive fasi del giudizio, occorra un approfondimento ben più articolato di quello che sembra effettuato nella sede cautelare in primo grado, giacché il diritto di ciascun paziente alla cura appropriata e il diritto – dovere di ciascun medico di prescrivere il farmaco più utile a contribuire alla guarigione del malato, corrispondono a valori costituzionali e indefettibili nel nostro ordinamento.

(13)

La IV Sezione si pronuncia sulla durata e sulla *ratio* del procedimento amministrativo.

[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 23 novembre 2020, n. 7323 – Pres. Poli ed Est. Conforti](#)

Il procedimento amministrativo deve essere scandito da tempi certi, non soltanto a garanzia del privato, ma anche a garanzia del buon andamento della stessa amministrazione, la quale non può permettersi, per l'ordinata gestione degli interessi pubblici attribuiti alla sua cura, di sospendere *sine die* i procedimenti amministrativi, che, in tal modo, rimarrebbero pendenti fino a data da destinarsi.

(14)

La IV Sezione delimita la preclusione all'esperibilità del ricorso al rito sul silenzio in caso di atti regolamentari o amministrativi generali.

[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 23 novembre 2020, n. 7316 – Pres. Poli ed Est. Martino](#)

La preclusione all'esperibilità del rito sul silenzio non deriva dal mero carattere regolamentare o generale dell'atto di cui si invoca l'adozione, quanto dal fatto che, in ragione dell'ordinario rivolgersi di tali atti a una pluralità indifferenziata di soggetti destinatari, non individuabili *ex ante* e destinati anche a cambiare nel corso del tempo, è molto complessa e delicata l'opera di individuazione dei requisiti della legittimazione e dell'interesse a ricorrere in capo a chi si attivi per l'adozione di provvedimenti di tal natura. In sostanza, l'azione avverso il silenzio è impraticabile solo laddove manchi uno specifico e individuato destinatario dell'azione amministrativa (fattispecie relativa all'art. 10, comma 5, della legge quadro sull'inquinamento acustico, n. 447 del 1995, che prescrive che le società e gli enti gestori di servizi pubblici di trasporto o delle relative infrastrutture devono predisporre e presentare al Comune interessato piani di contenimento e di abbattimento del rumore nel caso di superamento di valori limite che, per l'infrastruttura ferroviaria, sono stati stabiliti dal d.P.R. n. 459 del 18 novembre 1998 "Regolamento recante norme di esecuzione dell'articolo 11 della legge 26 ottobre 1995, n.447, in materia di inquinamento acustico derivante da traffico ferroviario").

(15)

La V Sezione interviene, sul versante processuale, in tema di disciplina transitoria dell'impugnazione di ammissione alla gara e di aggiudicazione della stessa e, sul versante sostanziale, in tema di nullità delle clausole escludenti.

[Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 23 novembre 2020, n. 7257 – Pres. Severini ed Est. Manca](#)

Nell'identificazione della disciplina transitoria risultante dalla successione tra norma abrogata (l'art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm.) e norma abrogante (l'art. 1, comma 23, del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32), è dirimente la considerazione che sia stato assunto, come riferimento temporale per l'applicazione della norma abrogante, l'inizio del processo, a

dimostrazione della volontà legislativa di rendere immediatamente operante l'abrogazione anche per le procedure di gara già avviate ed ancora in corso al tempo dell'entrata in vigore della nuova norma. Peraltro, rispetto a queste ultime, la norma dell'art. 120, comma 2-bis, non ha determinato, alla scadenza del termine previsto per l'impugnazione degli atti endoprocedimentali, alcun effetto sostanziale. L'art. 120, comma 2-bis, ha svolto solo una funzione di anticipazione del processo. Cessata la vigenza della norma di eccezione, riprende vigore la norma ordinaria. Ne segue che l'eliminazione del rito approntato con l'art. 120, comma 2-bis, comporta che l'inoppugnabilità maturata sotto la sua vigenza non estingue l'interesse a ricorrere di chi, secondo quel meccanismo processuale, era tenuto a subito impugnare l'ammissione o l'esclusione altrui (interesse nemmeno ipotizzabile nei confronti di un atto di cui non era diretto destinatario). Se quindi, l'interesse a impugnare l'ammissione altrui sorge dopo l'abrogazione della norma processuale, si integra quella situazione giuridica che legittima – secondo i principi generali in tema di condizioni dell'azione, che riprendono integralmente vigore – l'esercizio ordinario dell'azione di annullamento sia dell'ammissione (altrui) che dell'aggiudicazione (a terzi). La Sezione ha, inoltre, chiarito che la nullità, quale conseguenza della violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione (di cui all'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici), colpisce le clausole con le quali l'amministrazione impone ai concorrenti determinati adempimenti o prescrizioni, ai fini della ammissione alla procedura di gara, che non trovano alcuna base giuridica nelle norme che (nel Codice dei contratti pubblici o nelle altre disposizioni di legge vigenti) prevedono cause di esclusione (comprese quelle che, pur non prevedendo espressamente – quale conseguenza – l'esclusione dalla gara, impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto: cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 7 giugno 2012, n. 21; 16 ottobre 2013, n. 23; 25 febbraio 2014, n. 9). La clausola del bando che prescrive un requisito di idoneità professionale, peraltro, si ricollega all'esercizio di un potere discrezionale riconosciuto alla stazione appaltante nell'ambito della indicazione dei requisiti speciali di partecipazione diretti a selezionare gli operatori economici in possesso delle capacità tecniche, professionali ed economiche-finanziarie, secondo i criteri della proporzionalità e della adeguatezza all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni richieste dall'amministrazione (art. 83, comma 2, del Codice dei contratti pubblici). L'esercizio della discrezionalità in questo ambito è sempre sindacabile dal giudice (pur se nei noti limiti), che potrà eventualmente ritenere il requisito richiesto dal bando in contrasto col principio di proporzionalità o di ragionevolezza (richiamati dalla stessa

norma) o con il principio della massima partecipazione o con la più ampia tutela della concorrenza (principi anch'essi evocati dall'art. 83, comma 2, cit.). In questo come negli altri casi in cui una norma di rango legislativo attribuisca all'amministrazione la possibilità di indicare nel bando determinate prescrizioni il cui inadempimento porti all'esclusione dalla procedura di gara, l'illegittimo esercizio del potere discrezionale non comporta la nullità del bando, dovendosi ricondurre il vizio alla ordinaria conseguenza (nel diritto amministrativo) dell'annullabilità per illegittimità della clausola del bando. Ne deriva come ulteriore conseguenza l'illegittimità della disapplicazione, da parte della stazione appaltante, della clausola del bando.

(16)

La V Sezione si pronuncia sulla contestazione del ricorso alla procedura negoziata senza bando conseguente ad asserita infungibilità del bene risultante da consultazione preliminare di mercato.

[Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 20 novembre 2020, n. 7239 – Pres. Saltelli, Est. Di Matteo](#)

Ove all'esito della consultazione di mercato sia tratto convincimento del carattere infungibile del bene tale da giustificare l'affidamento per procedura negoziata senza bando, l'operatore economico che tale conclusione voglia contestare è tenuto ad impugnare non l'avvio della consultazione di mercato, ma l'atto di avvio della procedura, che è diretta conseguenza dell'esito della consultazione e, d'altra parte, costituisce il primo atto lesivo della sua situazione soggettiva poiché, in ragione della presunta natura infungibile del bene, gli preclude di concorrere all'affidamento del contratto.

L'onere di impugnazione non va, invece, represso fino all'avviso di avvio della consultazione preliminare di mercato, proprio per la natura di fase pre-gara finalizzata alla sola raccolta di informazioni, cui non è detto segua la scelta di una procedura limitativa della concorrenza, potendo l'amministrazione sempre determinarsi per la più ampia apertura al mercato nella scelta del contraente.

Anche quando la consultazione di mercato sia avviata con richiesta di requisiti particolarmente stringenti per la fornitura, l'operatore che avverta di poter essere escluso per la mancanza di tali requisiti ha la facoltà, ma non l'onere a pena di decadenza, di impugnazione, potendo attendere gli sviluppi della successiva fase procedurale (*id est* gli atti di indizione della procedura di gara) contenenti le definitive scelte della stazione appaltante per l'affidamento del contratto pubblico (Cons. Stato, sez. III, 23 settembre 2019, n. 6302).

(17)

La II Sezione si pronuncia sulla responsabilità precontrattuale nell'ambito di una gara di appalto.

[Consiglio di Stato, sezione II, sentenza 20 novembre 2020, n. 7237 – Pres. Greco, Est. Manzione](#)

Anche ai soggetti pubblici - sia nell'ambito di trattative negoziali condotte senza procedura di evidenza pubblica, sia nell'ambito di vere e proprie procedure di gara - si applica l'obbligo di improntare la propria condotta al canone di buona fede e correttezza sancito nell'art. 1337 cod. civ.; occorre, cioè, evitare di ingenerare nella controparte privata affidamenti ingiustificati ovvero di tradire, senza giusta causa, affidamenti legittimamente ingenerati; la buona fede e la correttezza si specificano in una serie di regole di condotta, tra le quali l'obbligo di valutare diligentemente le concrete possibilità di positiva conclusione della trattativa e di informare tempestivamente la controparte dell'eventuale esistenza di cause ostative rispetto a detto esito. Nell'ambito di una procedura di evidenza pubblica, è con l'aggiudicazione definitiva che certamente può sorgere in capo al partecipante alla gara un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto, tale da legittimarlo a dolersi, facendo valere la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, del "recesso" ingiustificato dalle trattative che la stessa abbia posto in essere attraverso l'esercizio dei poteri di autotutela pubblicistici sugli atti di gara. Beninteso, ogni singolo provvedimento adottato durante la gara può essere astrattamente idoneo - in virtù di specifiche circostanze ricorrenti nel caso concreto - ad ingenerare nel concorrente il legittimo affidamento sulla positiva conclusione del procedimento, ma solo la definitiva individuazione del contraente ne costituisce l'incontestato punto di approdo.

(18)

La IV Sezione si pronuncia sull'individuazione, nella convenzione urbanistica, dei termini di adempimento e sui soggetti tenuti all'adempimento.

[Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 13 novembre 2020, n. 7024 – Pres. Maruotti, Est. Forlenza](#)

Anche nei casi in cui la convenzione urbanistica non disponga espressamente in ordine a tutti o a singoli termini di adempimento delle obbligazioni, tale termine non deve – sempre e necessariamente - coincidere con il termine finale di efficacia dello strumento urbanistico secondario, ben potendo dipendere dalla natura dell'opera di urbanizzazione e dal suo carattere di strumentalità con quanto venga edificato.

All'adempimento delle obbligazioni derivanti dalle convenzioni urbanistiche sono tenuti non solo i soggetti che stipulano la convenzione, ma anche quelli che richiedono i titoli edilizi nell'ambito della lottizzazione, quelli che realizzano l'edificazione ed i loro aventi causa.

Si vedano Cass. civ., 28 giugno 2013 n. 16401; 15 maggio 2007, n. 11196; id 27 agosto 2002, n. 12571; Cons. Stato, sez. II, 23 settembre 2019, n. 6282; id., sez. IV, 14 maggio 2019, n. 3127; id., sez. IV, 9 gennaio 2019, n. 199.

(19)

Il C.g.a. rimette alla Corte di giustizia UE la questione concernente la compatibilità europea della disciplina che prevede che la mandataria, in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento, debba possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

[Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, sezione giurisdizionale, ordinanza 24 novembre 2020, n. 1106 – Pres. Taormina, Est. Verde](#)

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ha sollevato questione di pregiudizialità, invitando la Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'art. 267 TFUE, a pronunciarsi sul seguente quesito:

“Se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di “criteri di selezione e soccorso istruttorio” di cui all'inciso contenuto nel penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel senso che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui all'articolo 89 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”.

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

(20)

Il T.a.r. ritiene che nell'appalto di servizio di refezione scolastica non è nulla la clausola che richiede la disponibilità di un centro di cottura.

[T.a.r. per la Campania, Napoli, sezione VII, sentenza 24 novembre 2020, n. 5499 - Pres. Liguori, Est. Casalanguida](#)

Nell'appalto avente ad oggetto il servizio di refezione scolastica la clausola della *lex specialis* di gara, che richiede la disponibilità di un centro di cottura,

non introduce una causa di esclusione non prevista per legge, e quindi nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50 del 2016, e ciò in quanto, attenendo al servizio di fornitura dei pasti, per l'oggetto della procedura di gara di refezione scolastica può senz'altro ritenersi riguardanti i livelli minimi di capacità tecnica.

(21)

Il T.a.r. dispone, con decreto cautelare, il riesame dell'ordinanza che nella Regione Basilicata sospende le lezioni in presenza delle scuole di ogni ordine e grado ad eccezione della scuola dell'infanzia e degli asili nido.

[T.a.r. per la Basilicata, sezione I, decreto cautelare, 24 novembre 2020, n. 272 - Pres. ed Est. Donadono](#)

È disposto il riesame dell'ordinanza del Presidente della Giunta Regionale della Basilicata n. 44 del 15 novembre 2020, che di fatto sospende le lezioni in presenza delle scuole di ogni ordine e grado ad eccezione della scuola dell'infanzia e degli asili nido, incidendo la stessa in maniera diretta e significativa sul diritto (di rilevanza primaria) allo studio, contemplato nell'art. 34 Cost., collocato nel titolo II della carta costituzionale al pari dell'art. 32 concernente il diritto (ugualmente di rilevanza primaria) alla salute.

(22)

Il T.a.r. ha disposto, con decreto cautelare, che nei giorni festivi e prefestivi restano chiuse, nella Regione Lazio, le grandi strutture di vendita.

[T.a.r. per il Lazio, Roma, sezione III quater, decreto cautelare 23 novembre 2020, n. 7265 - Pres. Savoia](#)

Deve essere respinta la domanda, presentata da una grande struttura di vendita (Coin), di sospensione, con decisione monocratica, dell'ordinanza del Presidente della Regione Lazio del 13 novembre 2020, rettificata con ordinanza del 14 novembre 2020, che prevede che nei giorni festivi e prefestivi sono chiuse le grandi strutture di vendita di cui all'art. 15, comma 1, lett. l), l. reg. Lazio 6 novembre 2019, n. 22 (Testo Unico del Commercio), indipendentemente dalla tipologia di attività svolta, fatte salve le attività commerciali dirette alla vendita di generi alimentari, le farmacie, parafarmacie, le tabaccherie ed edicole; è, infatti, prevalente la tutela della salute pubblica, assicurata anche con la limitazione dell'accesso alle grandi strutture di vendita e dalla conseguente riduzione di movimentazione di popolazione.

Consiglio di Stato – Pareri

(23)

La Sezione normativa ha reso il parere sullo schema di Regolamento recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici (*e-procurement*).

[Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, 26 novembre 2020, n. 1940 - Pres. Volpe, Est. Neri e Pizzi](#)

La Sezione per gli atti normativi ha reso il parere sullo schema di regolamento del Ministro per la pubblica amministrazione, recante le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici (*e-procurement*), con la c.d. "reingegnerizzazione" in chiave digitale delle fasi di acquisto e negoziazione e l'individuazione delle caratteristiche tecniche generali dei sistemi - indicati appunto come "sistemi telematici" - che ne costituiscono il supporto telematico.

Il parere ha ricordato che la digitalizzazione degli appalti pubblici è una delle principali direttrici delle politiche economiche della Commissione europea e

che, già alla fine del 2011, la Commissione ha proposto di rendere obbligatorie le fasi di pubblicazione elettronica (*e-notification*), di accesso elettronico ai documenti di gara (*e-access*) e di presentazione elettronica delle offerte (*e-submission*).

Ha, inoltre, evidenziato che è necessario garantire espressamente che l'utilizzo del sistema telematico non comprometta o pregiudichi la normativa primaria di svolgimento della procedura di evidenza pubblica, non si appropri di spazi di discrezionalità tecnica riconosciuti agli organi della stazione appaltante, assicuri il rispetto delle regole di riservatezza delle sedute non pubbliche della commissione giudicatrice e l'osservanza di quelle relative all'accesso agli atti di gara, ai sensi dell'art. 53 del Codice dei contratti pubblici.

Alla luce di quanto chiarito la Sezione ha ritenuto necessaria l'integrale riscrittura dei relativi articoli.

(24)

La Sezione normativa ha reso il parere sullo schema di Regolamento concernente la disciplina del Registro dei pegni mobiliari non possessori.

[Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, 25 novembre 2020, n. 1939 - Pres. f.f. Neri, Est. Rotondo](#)

La Sezione per gli atti normativi ha reso il parere sullo schema di Regolamento concernente la disciplina del Registro dei pegni mobiliari non possessori, in attuazione della predetta fonte normativa primaria.

Nel parere è stato preliminarmente ricordato che la regolamentazione delle operazioni da effettuare presso il registro dei pegni non possessori, gli obblighi a carico di chi le effettua, nonché le modalità di accesso al suddetto registro è stata demandata, dall'art. 1, comma 6, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla l. 30 giugno 2016, n. 119, a un decreto del

Ministro dell'economia e delle finanze da adottarsi di concerto con il Ministro della giustizia.

Normativa ed altre novità di interesse

(25)

[Decreto-Legge 23 Novembre 2020, n. 154](#) – Misure finanziarie urgenti connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19 (G.U. n. 291 del 23 novembre 2020; vigente al 24 novembre 2020).