



**Newsletter n. 38/2023 della Giustizia amministrativa
a cura dell'Ufficio del massimario**

Indice

Corte costituzionale

1. Corte cost., 17 ottobre 2023, n. 190, limiti all'impugnazione diretta della cartella conosciuta tramite la consultazione dell'estratto di ruolo: occorre un intervento di sistema che spetta al legislatore.

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

2. Cons. Stato, sez. VII, 19 ottobre 2023, n. 9104, concessioni per l'esercizio del commercio su area pubblica: proroga automatica e contrasto con la normativa europea;

3. Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2023, n. 9071, sull'apertura di una discoteca a distanza inferiore a quella imposta dal regolamento comunale da una sala da gioco o scommesse;

4. Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2023, n. 9034, sulla partecipazione del socio privato operativo nelle società miste e sulla soglia del 30%;

5. Cons. Stato, sez. III, 6 ottobre 2023, n. 8727, sulla natura degli atti inerenti la formazione del ruolo e la calendarizzazione delle cause e delle udienze e sul relativo difetto assoluto di giurisdizione;

6. Cons. Stato, sez. III, 6 ottobre 2023, n. 8718, sull'ammissibilità dell'immediata impugnazione del bando volta a contestare la configurabilità economico-giuridica, l'incongruità e la non remuneratività del prezzo;

7. Cons. Stato, sez. V, 29 settembre 2023, n. 8592, consorzi stabili e cumulo alla rinfusa;

8. T.r.g.a., Trento, 3 ottobre 2023, n. 147, nelle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, il termine decadenziale per la chiamata del terzo garante coincide con quello di costituzione delle parti intimiate;

9. T.r.g.a., Trento, 3 ottobre 2023, n. 146, è legittima la richiesta dei genitori di non ammissione alla classe successiva del figlio con grave situazione di disagio per problemi di salute;

10. T.a.r. per il Veneto, sez. IV, 27 settembre 2023, n. 1339, sull'estensione del giudicato in caso di atto plurimo scindibile.

Normativa e altre novità di interesse

11. Decreto legge, 18 ottobre 2023, n. 145 - Misure urgenti in materia economica e fiscale, in favore degli enti territoriali, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili (G.U. Serie Generale n. 244 del 18 ottobre 2023).

Corte costituzionale

(1)

Limiti all'impugnazione diretta della cartella conosciuta tramite la consultazione dell'estratto di ruolo: occorre un intervento di sistema che spetta al legislatore.

[Corte costituzionale, 17 ottobre 2023, n. 190, Pres. Sciarra, Est. Antonini](#)

La Corte costituzionale ha precisato che il legislatore, consentendo di impugnare direttamente la cartella che si assume invalidamente notificata (di cui si sia venuti a conoscenza tramite la consultazione dell'estratto di ruolo), solo per alcune fattispecie attinenti a rapporti con la pubblica amministrazione, pur nell'intenzione di limitare una grave proliferazione di ricorsi spesso strumentali, ha però inciso sull'ampiezza della tutela giurisdizionale.

La Corte ha precisato che «il rimedio al *vulnus* riscontrato richiede», almeno in prima battuta, «un intervento normativo di sistema, implicante scelte di fondo tra opzioni tutte rientranti nella discrezionalità del legislatore». Tale risultato può, infatti, essere ottenuto intervenendo in più direzioni, peraltro non alternative: da un lato, «estendendo, con i criteri ritenuti opportuni, la possibilità di una tutela "anticipata"» a determinate fattispecie ulteriori e analoghe a quelle previste dalla norma censurata, dall'altro, «agendo in

radice, ovvero sulle patologie che ancora permangono nel sistema italiano della riscossione». Queste – ha precisato la sentenza – «attengono sia al passato, dove, anche per cause storiche, si è accumulata una consistente massa di crediti ormai evidentemente prescritti, sia al futuro perché il sistema dovrà essere strutturato in modo che tale fenomeno non si ripeta, evitando, in particolare, il danno di gravi falle nell'adempimento del dovere tributario». In particolare, con riguardo alla indefettibile esigenza di superare «la grave vulnerabilità ed inefficienza, anche con riferimento al sistema delle notifiche, che ancora affligge il sistema italiano della riscossione», la sentenza ha formulato «il pressante auspicio che il Governo dia efficace attuazione ai principi e criteri direttivi per la revisione del sistema nazionale della riscossione contenuti nella delega conferitagli dall'art. 18 della legge 9 agosto 2023, n. 111 (Delega al Governo per la riforma fiscale)».

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

(2)

Concessioni per l'esercizio del commercio su area pubblica: proroga automatica e contrasto con la normativa europea

[Consiglio di Stato, sezione VII, 19 ottobre 2023, n. 9104 - Pres. Chieppa, Est. Franconiero](#)

Il commercio ambulante, o commercio su area pubblica, è un'attività di vendita di merci al dettaglio, effettuata su aree di proprietà pubblica (su piazzole o posteggi assegnati oppure in forma itinerante), sussumibile, come tale, nella nozione di servizi di cui alla direttiva sui servizi nel mercato unico.

L'esclusione dell'attività del commercio ambulante o su aree pubbliche dal campo di applicazione del decreto legislativo n. 59 del 2010 e, quindi, della

direttiva servizi si pone in diretto contrasto con le previsioni di tale direttiva, che contempla in via tassativa le ipotesi escludenti.

Sono in contrasto con il diritto dell'Unione europea anche le disposizioni di legge nazionale che, per il settore del commercio ambulante, o su area pubblica, prevedono la proroga automatica e generalizzata delle concessioni in via diretta.

Le disposizioni nazionali in contrasto con il diritto dell'Unione europea sono disapplicabili da parte della singola autorità comunale, competente al rilascio delle concessioni per il commercio su area pubblica.

(La controversia riguarda un atto con il quale il comune di Roma invitava i singoli municipi a disapplicare la normativa statale relativa alla proroga delle concessioni per il commercio su aree pubbliche sino al 2032 nonchè a revocare in autotutela le procedure di rinnovo delle medesime concessioni in precedenza avviate).

(3)

Sull'apertura di una discoteca a distanza inferiore a quella imposta dal regolamento comunale da una sala da gioco o scommesse.

[Consiglio di Stato, sezione V, 18 ottobre 2023, n. 9071 – Pres. De Nictolis, Est. Perotti](#)

Qualora il regolamento comunale vieti l'apertura di "centri di scommesse" o "spazi per il gioco lecito" a distanza inferiore a 500 metri dai luoghi sensibili, deve ritenersi che la norma si riferisca solo all'apertura *ex novo* di "centri scommesse e [...] spazi per il gioco" ma non disponga, di converso, analoghi vincoli per potersi autorizzare nuove attività commerciali riconducibili alla categoria dei cd. "luoghi sensibili", laddove *in situ* già legittimamente operino delle sale giochi o spazi assimilati; infatti, poiché la norma impone una grave limitazione al principio generale della libertà di iniziativa

economica privata, alla stessa va necessariamente riconosciuto carattere eccezionale, come tale insuscettibile di estendersi a casi non strettamente riconducibili al tenore letterale della norma.

(4)

Sulla partecipazione del socio privato operativo nelle società miste e sulla soglia del 30%.

[Consiglio di Stato, sezione V, 17 ottobre 2023, n. 9034 – Pres. De Nictolis, Est. Perotti](#)

Un'amministrazione aggiudicatrice può escludere un operatore economico da una procedura (avente il doppio oggetto, di costituire, da un lato, una società a capitale misto e di aggiudicare, dall'altro, a tale società un appalto pubblico di servizi), in ragione del superamento della partecipazione al capitale della società e sempre che ciò determini un aumento del rischio economico a carico della stessa amministrazione aggiudicatrice.

L'art. 17 del decreto legislativo, n. 175 del 2016, nell'ancorare il limite quantitativo della quota partecipativa privata alla soglia del 30%, mira sia ad assicurare all'amministrazione un effettivo apporto tecnico-professionale dell'operatore economico privato, sia a predeterminare in modo netto l'impegno finanziario pubblico.

Il socio privato deve, infatti, essere operativo e non un mero socio di capitale, stante la specificità del ruolo che deve assumere nell'attuazione dell'oggetto sociale, atteso che il suo coinvolgimento si giustifica in ragione della carenza, in seno alla amministrazione pubblica, delle competenze necessarie in lui rinvenientesi.

La sua partecipazione, ai fini della concreta operatività, deve essere, pertanto, adeguata a rendere possibile la realizzazione finalistica dell'oggetto sociale;

e tale adeguatezza è stata fissata, in chiave di rigore comunitario, nella soglia minima di partecipazione del 30%.

L'amministrazione può, fatti salvi i limiti di legge, decidere quale sia il livello massimo del rischio finanziario o economico che intende assumere, fissando delle soglie di partecipazione al capitale della costituenda società mista.

Tale valutazione, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, può essere sindacata dal giudice amministrativo, limitatamente al riscontro del vizio di illegittimità per violazione delle regole procedurali nonché di eccesso di potere per manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà e per manifesto travisamento dei fatti.

A fronte della predeterminazione, in astratto, della soglia massima del rischio accettato, è onere della parte, che avversa tale delimitazione, dimostrare l'evidenza dei vizi.

(5)

Sulla natura degli atti inerenti la formazione del ruolo e la calendarizzazione delle cause e delle udienze e sul relativo difetto assoluto di giurisdizione.

[Consiglio di Stato, sezione III, 6 ottobre 2023, n. 8727 – Pres. Greco, Est. Carpentieri.](#)

Gli atti inerenti la formazione del ruolo e la calendarizzazione delle cause e delle udienze debbano essere qualificati come atti, sì, amministrativi, ma interni all'ordinamento giudiziario e di natura solo preparatoria e strumentale. Tali atti, dunque, devono più appropriatamente essere inquadrati nella tipologia degli atti "inerenti la giurisdizione", che non sono propriamente atti di esercizio dello *jus dicere*, ma costituiscono atti di "amministrazione del processo civile", promanano da un organo giudiziario non soggetto a controlli esterni o gerarchie ministeriali e producono effetti che si dispiegano naturalmente sulla gestione del singolo processo.

Gli atti inerenti la formazione del ruolo e la calendarizzazione delle cause e delle udienze si sottraggono al sindacato del giudice amministrativo in ragione della riserva di organizzazione del predetto ordinamento giudiziario, riserva che gode di copertura costituzionale, sotto il profilo della sua autonomia e indipendenza. Il ricorso avverso gli atti suddetti pertanto dovrà essere dichiarato inammissibile per difetto assoluto di giurisdizione.

(6)

Sull'ammissibilità dell'immediata impugnazione del bando volta a contestare la configurabilità economico-giuridica, l'incongruità e la non remuneratività del prezzo.

[Consiglio di Stato, sezione III, 6 ottobre 2023, n. 8718 – Pres. Greco, Est. Carpentieri](#)

È ammissibile l'impugnazione immediata del bando volta a contestare l'errata configurazione economico-giuridica del rapporto (concessione di servizi anziché appalto di servizi, nella forma del *leasing* operativo) e l'assoluta insostenibilità economica della base d'asta proposta (condizioni di non sostenibilità economica oggettivamente impeditive della partecipazione, integranti dunque "clausole escludenti"), poiché incidenti direttamente, con assoluta e oggettiva certezza, sull'interesse delle imprese di settore, in quanto preclusive, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, di un'utile partecipazione alla gara.

(7)

Consorzi stabili e cumulo alla rinfusa

[Consiglio di Stato, sezione V, 29 settembre 2023, n. 8592 - Pres. Caringella, Est. Fasano](#)

I consorzi stabili rappresentano una particolare categoria dei consorzi, disciplinati dal codice civile e soggetti pertanto sia alla disciplina generale

dettata dallo stesso codice sia a quella speciale dettata dal codice dei contratti pubblici, costituiti tra almeno tre imprese, che abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo non inferiore a cinque anni.

Si differenziano dai consorzi ordinari, in quanto mentre questi ultimi nascono e cessano (al pari delle associazioni temporanee di imprese) in vista di un'unica operazione, i primi sono costituiti in funzione di un numero potenzialmente illimitato di operazioni.

Il consorzio stabile, che si colloca nel più ampio fenomeno della partecipazione aggregata alle procedure di evidenza pubblica, secondo i principi del *favor participationis* e della neutralità delle forme giuridiche dei soggetti partecipanti alla procedura di gara posti dalla legislazione prima comunitaria e poi eurounitaria, rappresenta un'aggregazione durevole di soggetti, ispirata ad un'esigenza di cooperazione e di assistenza reciproca.

L'elemento qualificante dei consorzi stabili è la comune struttura di impresa, da intendersi quale azienda consortile utile ad eseguire in proprio, ossia senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni affidate a mezzo del contratto.

Non si ravvisa tra il consorzio stabile e le imprese consorziate alcun rapporto di mandato.

I consorzi stabili, soggetti dotati di autonoma personalità giuridica, costituiti in forma collettiva e con causa mutualistica, che operano in base a uno stabile rapporto organico con le imprese associate, si possono giovare, senza necessità di ricorrere all'avvalimento, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria delle consorziate stesse, secondo il criterio del cumulo alla rinfusa.

La possibilità di qualificazione cumulativa, nell'ambito dei consorzi stabili, è limitata ai requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e mezzi dell'opera e all'organico medio annuo.

In caso di partecipazione alla gara, è necessaria la verifica dell'effettiva esistenza in capo ai singoli consorziati dei requisiti di capacità tecnica e professionale prescritti dalla *lex specialis*; per cui è il consorzio stabile ad assumere la qualifica di concorrente e contraente e, per l'effetto, a dover dimostrare il possesso dei relativi requisiti partecipativi, anche mediante il cumulo dei requisiti delle imprese consorziate, a prescindere dal fatto che le stesse siano designate o meno in gara per l'esecuzione del contratto di appalto.

Il giudizio circa l'anomalia dell'offerta ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico- discrezionale, insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità e irragionevolezza dell'operato della stazione appaltante; inoltre, l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, nell'ambito di tale giudizio, rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione.

Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione.

(8)

Nelle materie rientranti nella giurisdizione esclusiva, il termine decadenziale per la chiamata del terzo garante coincide con quello di costituzione delle parti intime.

[T.r.g.a., Trento, 3 ottobre 2023, n. 147 – Pres. ed Est. Rocco](#)

Nel processo amministrativo, quantomeno laddove si tratti di controversie che abbiano a oggetto diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'istanza di autorizzazione dell'Amministrazione intimata a chiamare in causa il terzo garante è disciplinata dal combinato disposto dell'articolo 39 c.p.a. con gli articoli 106, 167 e 269 c.p.c., con la conseguenza che l'istanza stessa dev'essere depositata entro un termine decadenziale coincidente con quello di sessanta giorni previsto dall'articolo 46 c.p.a. per la costituzione delle parti intimata, in quanto le esigenze di garanzia del contraddittorio impongono di anticipare il più possibile la sua corretta e integrale costituzione, ai fini di tutela non solo della controparte, ma anche dello stesso chiamato.

(9)

E' legittima la richiesta dei genitori di non ammissione alla classe successiva del figlio con grave situazione di disagio per problemi di salute.

[T.r.g.a. Trento, 3 ottobre 2023, n. 146 – Pres. Rocco, Est. Polidori](#)

Con riferimento al percorso scolastico degli alunni della scuola primaria e della scuola secondaria di primo e secondo grado, la non ammissione alla classe successiva non si configura come un giudizio in assoluto negativo, bensì come il riconoscimento della necessità che lo studente rafforzi le proprie conoscenze di base, così da poter affrontare, senza sofferenza e con maggiori possibilità di piena maturazione culturale, l'ulteriore corso degli studi, e ciò in quanto l'interesse degli allievi e dei genitori non si identifica nel perseguimento in ogni caso della cosiddetta promozione, bensì nel corretto esercizio della potestà pubblica, finalizzata alla formazione ottimale degli studenti.

E' illegittimo il provvedimento di ammissione di uno studente alla seconda classe della scuola primaria che non abbia tenuto in considerazione la richiesta, presentata dai genitori, di non ammettere lo studente alla classe successiva, al fine di salvaguardare l'interesse dell'alunno, che versava in una situazione eccezionale di disagio e di difficoltà in ambito scolastico,

causata da ragioni di salute: più precisamente, il provvedimento è viziato da eccesso di potere, sia sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione, in ragione dell'omessa considerazione delle ragioni rappresentate dai genitori a fondamento della richiesta di non promuovere, sia sotto il profilo del travisamento dei fatti, perché dalla documentazione sanitaria versata in atti – proveniente anche da strutture pubbliche -- emerge la fondatezza delle ragioni poste a fondamento della richiesta dei genitori.

(10)

Sull'estensione del giudicato in caso di atto plurimo scindibile.

[T.a.r. per il Veneto, sezione IV, 27 settembre 2023, n. 1339 – Pres. Raiola, Est. Mielli](#)

È nulla per violazione del giudicato, in ragione dell'estensione soggettiva degli effetti di quest'ultimo nel caso eccezionale di atto plurimo scindibile fondato su un vizio comune alla posizione di tutti i destinatari, la determinazione con la quale l'Amministrazione, a seguito di giudicato di annullamento degli atti di un concorso relativi alle prove scritte non superate dai candidati ricorrenti, rinnovi la procedura - mediante la somministrazione delle prove scritte corrette - solo per i candidati presenti alla selezione e che non l'abbiano superata, con l'esclusione di quanti avevano superato la prova scritta accertata come illegittima con sentenza passata in giudicato.

Difatti la pronuncia di cui è chiesta l'ottemperanza comporta necessariamente una regressione procedimentale fino al momento dell'ammissione di tutti i candidati, come se la prima prova scritta, atto iniziale della procedura concorsuale, non si fosse mai svolta.

L'unico vincolo che discende dalla sentenza di cui è chiesta l'ottemperanza, come dalla stessa espressamente affermato, consiste nella necessità che la procedura concorsuale venga rinnovata con le modalità previste dal bando.

Conseguentemente vanno ammessi anche i candidati non originari ricorrenti.

Normativa e altre novità di interesse

(11)

[Decreto legge, 18 ottobre 2023, n. 145](#) - **Misure urgenti in materia economica e fiscale, in favore degli enti territoriali, a tutela del lavoro e per esigenze indifferibili** (G.U. Serie Generale n. 244 del 18 ottobre 2023).