



**Newsletter n. 44/2023 della Giustizia amministrativa
a cura dell'Ufficio del massimario**

Indice

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

1. **Cons. Stato, sez. VI, 1° dicembre 2023, n. 10415, sulla compatibilità col diritto dell'Unione europea delle norme che prevedono la gara per l'assegnazione delle radio frequenze digitali;**
2. **Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2023, n. 10306, sulla natura di aiuto di Stato della misura finalizzata incentivare il disinvestimento e la dismissione definitiva di impianti produttivi;**
3. **Cons. Stato, sez. IV, 21 novembre 2023, n. 9969, formazione *per silentium* del permesso di costruire e previo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica;**
4. **Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2023, n. 9933, sugli effetti di un'operazione di aggregazione con gara a doppio oggetto sull'affidamento *in house*;**
5. **Cons. Stato, sez. VI, 17 novembre 2023, n. 9879, sulla responsabilità del comune in caso di annullamento del permesso di costruire, qualora il progettista abbia erroneamente attestato l'inesistenza di vincoli;**
6. **T.a.r. per il Piemonte, sez III, 28 novembre 2023, n. 958, in caso di voltura dei titoli autorizzatori l'unico soggetto tenuto agli obblighi da essi derivanti resta la società affittuaria, anche in caso di risoluzione del contratto;**
7. **T.a.r. per il Lazio, sez. III *quater*, 24 novembre 2023, n. 17553, alla Corte costituzionale il c.d. *payback* per dispositivi medici;**

8. T.r.g.a., Trento, 3 novembre 2023, n. 172, la completezza dell'istruttoria è richiesta anche se l'atto è vincolato;
9. T.a.r. per il Veneto, sez. IV, 31 ottobre 2023, n. 1533, sulla classificazione dei rifiuti speciali.

Consiglio di Stato – Pareri

10. C.g.a., sez. cons., 22 novembre 2023, n. 464, sull'applicabilità, in materia espropriativa, del termine triennale dell'avvio lavori, di cui al d.l. n. 50 del 2022, e della proroga di due anni, di cui al d.l. n. 21 del 2022, agli impianti da fonte rinnovabile.

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

(1)

Sulla compatibilità col diritto dell'Unione europea delle norme che prevedono la gara per l'assegnazione delle radio frequenze digitali.

[Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 1 dicembre 2023, n. 10415 – Pres. Montedoro, Est. Cordi](#)

Vanno rimessi alla Corte di giustizia dell'Unione europea i seguenti quesiti:
1) se il diritto dell'Unione e, in particolare, gli art. 6 e 19, par. 1, seconda parte, del T.U.E., interpretati alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'art. 4, par. 1, co. 1, della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), e l'art. 31 della direttiva (UE)

2018/1972, deve essere interpretato nel senso che ostano ad una normativa nazionale, quale quella rilevante nell'ordinamento italiano (art. 1, comma 1037, della l. n. 205 del 2017) che, in una situazione di rilevanza comunitaria, limita gli effetti dell'azione di annullamento, impedendo la reintegrazione o esecuzione in forma specifica, e circoscrive la tutela cautelare al pagamento di una provvisoria, compromettendo la tutela giurisdizionale effettiva;

2) se il diritto dell'Unione e, in particolare, gli artt. 3, paragrafi 3 e 3-bis, e 8 e 9 della direttiva 2002/21/CE (c.d. "direttiva quadro"), come modificata dalla direttiva 2009/140/CE, nonché gli artt. 5, 6, 8, 9 e 45, della direttiva (UE) 2018/1972, deve essere interpretato nel senso che osta ad un sistema del tipo di quello introdotto nella Repubblica Italiana dall'art. 1, comma 1031-bis della legge di bilancio 2018 come introdotto dall'art. 1 comma 1105 della legge di bilancio 2019, che, priva o, comunque, limita in modo significativo l'autorità amministrativa indipendente delle sue funzioni di regolamentazione, stabilendo l'assegnazione di ulteriore capacità trasmissiva mediante procedura onerosa con aggiudicazione all'offerta economica più elevata e con la partecipazione degli *incumbent*;

3) se il diritto dell'Unione, e, in particolare, gli artt. 8 e 9 della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), gli artt. 3, 5, 7, e 14 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), gli artt. 2 e 4 della direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, i consideranda n. 11 e n. 20 della decisione UE 2017/899 e i principi di equità, non discriminazione, tutela della concorrenza e del legittimo affidamento, deve essere interpretato nel senso che osta ad un sistema come quello introdotto dalla normativa nazionale rilevante (art. 1, commi 1030, 1031, 1031-bis, 1031-ter, 1032, della l. n. 205 del 2017), nonché dalle delibere dell'Agcom n.

39/19/CONS, 128/19/CONS, 564/2020/Cons e dai relativi provvedimenti di assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze per il servizio televisivo digitale, che ai fini della conversione "dei diritti d'uso delle frequenze" in "diritti d'uso della capacità trasmissiva" non disponga una conversione per equivalente ma riservi parte della capacità ad una procedura onerosa, imponendo all'operatore ulteriori costi per assicurarsi la conservazione delle prerogative legittimamente acquisite nel corso del tempo;

4) se il diritto dell'Unione e, in particolare, gli artt. 8 e 9 della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), gli artt. 3, 5, 7, 14 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), gli artt. 2 e 4 della direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, i consideranda n. 11 e 20 della decisione UE 2017/899, i principi di equità, non discriminazione, tutela della concorrenza e del legittimo affidamento, nonché i principi di proporzionalità ed adeguatezza, osta come quello introdotto dalla normativa nazionale rilevante (art. 1, commi 1030, 1031, 1031-*bis*, 1031-*ter*, 1032, della l. n. 205/2017), nonché dalle delibere dell'Agcom n. 39/19/CONS, 128/19/CONS, 564/2020/CONS, e dai relativi provvedimenti di assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze per il servizio televisivo digitale, che non adotta misure di carattere strutturale per ristore la situazione di disparità in precedenza determinatasi anche in considerazione delle irregolarità in precedenza accertate dalla giurisprudenza interna e sovranazionale, e non differenzia la posizione dell'operatore che ha acquisito una frequenza all'esito di procedura onerosa competitiva con previsione del diritto di conservazione della stessa o se invece siano adeguate e proporzionate le misure non strutturali adottate da Agcom a carico delle imprese in posizione di *incumbent* originariamente titolari delle c.d. reti eccedenti;

5) se il diritto dell'Unione - e, in particolare, gli artt. 8 e 9 della direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), gli artt. 3, 5, 7, 14 della Direttiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 7 marzo 2020, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), gli artt. 2 e 4 della direttiva 2002/77/CE della Commissione, del 16 settembre 2002, relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, i consideranda n. 11 e 20 della decisione UE 2017/899, i principi di equità, non discriminazione, tutela della concorrenza e del legittimo affidamento, nonché i principi di proporzionalità ed adeguatezza, osta come quello introdotto dalla normativa nazionale rilevante (art. 1, commi 1030, 1031, 1031-bis, 1031-ter, 1032, della l. n. 205/2017), nonché dalle delibere dell'Agcom n. 39/19/CONS, 128/19/CONS, 564/2020/CONS, e dai relativi provvedimenti di assegnazione dei diritti d'uso delle frequenze per il servizio televisivo digitale, che non tiene conto del legittimo affidamento maturato da un operatore che ha acquisito il diritto d'uso della frequenza all'esito di procedura competitiva onerosa nella quale era stato espressamente previsto il diritto a una frequenza di analoga copertura e per una durata equivalente del diritto d'uso.

Analoghe questioni sono state sollevate dalla sezione con ordinanze n. 10419 e 10416 del 2023.

La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio del massimario.

(2)

Sulla natura di aiuto di Stato della misura finalizzata a incentivare il disinvestimento e la dismissione definitiva di impianti produttivi.

Consiglio di Stato, sezione VI, ordinanza 29 novembre 2023, n. 10306 – Pres. De Felice, Est. Ravasio

Vanno rimessi alla Corte di giustizia dell'Unione europea i seguenti quesiti:

- 1) se una misura qual è quella disciplinata dalla normativa nazionale richiamata al paragrafo 20, e in particolare la misura prevista dall'art. 2, comma 2, lett. a) del decreto ministeriale n. 73/2004 sia qualificabile quale "aiuto" ai sensi e per gli effetti degli artt. 107 e 108 TFUE nonché del regolamento (UE) del Consiglio del 22.03.1999 - n. 659;
- 2) se una misura qual è quella disciplinata dalla normativa nazionale richiamata al paragrafo 20, e in particolare la misura prevista dall'art. 2, comma 2, lett. b) del decreto ministeriale n. 73/2004, sia qualificabile quale "aiuto" ai sensi e per gli effetti degli artt. 107 e 108 TFUE nonché del Regolamento (UE) del Consiglio del 22.03.1999 - n. 659.

Analoghi quesiti sono stati sollevati dalla sezione con ordinanza n. 10307 del 2023.

La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio del massimario.

(3)

Formazione *per silentium* del permesso di costruire e previo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Consiglio di Stato, sezione IV, 21 novembre 2023, n. 9969 - Pres. Mastrandrea, Est. Fratamico

A fronte del previo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, il diniego comunale di attestazione dell'inconfigurabilità del silenzio-assenso rappresenta un'errata applicazione dell'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del

2001 nonché un'illegittima limitazione dell'operatività della fattispecie a formazione progressiva *per silentium*.

Sono così frustrate le finalità di semplificazione e di accelerazione dell'*agere* amministrativo e di certezza dei rapporti giuridici, sottese alla *ratio* normativa.

Non può, peraltro, diversamente opinarsi invocando sia la disciplina speciale scandita nella legge n. 47 del 1985 in materia di condono sia la dequotazione della funzione della conferenza di servizi richiamata dall'art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001, il cui modulo procedimentale trova la sua ragion d'essere nella concreta necessità di acquisire assensi e nulla osta di altri enti affidatari di interessi pubblici coinvolti nell'azione amministrativa.

Le eventuali ragioni di contrasto dell'attività edificatoria con la disciplina urbanistico-edilizia devono, poi, essere puntualmente valutate entro il termine legalmente scandito, atteso che, in mancanza di qualsiasi esercizio del potere di autotutela contro il provvedimento formatosi per *silentium*, l'eventuale motivazione postuma sarebbe inammissibile.

(Nella fattispecie in questione, il richiedente il permesso di costruire in variante aveva già ottenuto l'autorizzazione paesaggistica comunale, recante la declaratoria di compatibilità dell'intervento edilizio con lo scenario paesaggistico ed ambientale circostante).

(4)

Sugli effetti di un'operazione di aggregazione con gara a doppio oggetto sull'affidamento *in house*.

[Consiglio di Stato, sez. IV, 20 novembre 2023, n. 9933 – Pres. Carbone, Est. Marotta](#)

Il fatto che, successivamente a un'operazione di aggregazione, l'ente comunale che abbia venduto le proprie azioni della società originaria *in house* non abbia successivamente acquisito le azioni della nuova società aggregatrice, non è elemento idoneo a far venir meno i presupposti per la

prosecuzione del servizio (senza soluzione di continuità) da parte dell'operatore economico individuato con gara a doppio oggetto a seguito dell'operazione medesima, atteso che al momento della individuazione della nuova società come soggetto aggregatore l'ente comunale faceva ancora parte della compagine societaria della precedente società *in house* (e quindi partecipava delle relative decisioni gestionali e organizzative), mentre al momento della dismissione del pacchetto azionario da parte dell'ente comunale, quest'ultimo aveva già perduto la competenza in ordine alla gestione del servizio, che è stata attribuita alla provincia.

(5)

Sulla responsabilità del comune in caso di annullamento del permesso di costruire, qualora il progettista abbia erroneamente attestato l'inesistenza di vincoli.

[Consiglio di Stato, sezione VI, 17 novembre 2023, n. 9879 – Pres. Simonetti, Est. Maggio](#)

Sussiste la responsabilità risarcitoria del comune che annulla in autotutela un permesso di costruire che non poteva essere rilasciato, ancorché ridotta ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., qualora per un verso il comune con colpevole negligenza non si avveda di un vincolo autostradale che risultava dagli atti, e, per altro verso la parte privata, per mezzo del proprio progettista, attesti erroneamente l'inesistenza di vincoli.

(6)

In caso di voltura dei titoli autorizzatori l'unico soggetto tenuto agli obblighi da essi derivanti resta la società affittuaria, anche in caso di risoluzione del contratto.

[T.a.r., per il Piemonte, sezione III, , 28 novembre 2023, n. 958 – Pres. Perna, Est. Lico](#)

In caso di voltura dei titoli autorizzatori l'unico soggetto tenuto agli obblighi da essi derivanti resta la società affittuaria, e ciò a prescindere dall'eventuale risoluzione del contratto fra le parti: infatti, sebbene nei rapporti interni tra le parti del contratto di affitto di azienda l'eventuale risoluzione determini, con salvezza delle prestazioni già eseguite, il ripristino delle situazioni giuridiche facenti capo alle parti anteriormente alla stipula del contratto (secondo le ordinarie regole civilistiche), una simile conclusione non può essere sostenuta nei rapporti tra i contraenti e l'amministrazione, i quali sono governati dalle regole, di natura pubblicistica, che disciplinano l'esercizio del potere autoritativo, alle quali è estraneo ogni meccanismo che consenta di affermare l'automatica "retrocessione" dell'autorizzazione (e degli obblighi da essa costituiti) dall'affittuario dell'azienda al soggetto concedente.

(7)

Il T.a.r. per il Lazio dubita della legittimità costituzionale del c.d. *payback* per dispositivi medici, per violazione degli articoli 3, 23, 41 e 117 Cost.

[T.a.r. per il Lazio, sez. III *quater*, ordinanza 24 novembre 2023, n. 17553 – Pres. Quiligotti, Est. Ferrazzoli](#)

E' rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9-ter del d.l. 19 giugno 2015, n. 78, per contrasto con gli artt. 3, 23, 41 e 117 della Costituzione.

Ha specificato il T.a.r. che il sistema, per come delineato dalla normativa di cui trattasi, prevede che: - le regioni, nonostante vi sia la fissazione di un tetto di spesa regionale predeterminato sulla base di criteri indicati dal legislatore, possono acquistare i dispositivi medici anche superando il predetto tetto di spesa; - le aziende fornitrici dei dispositivi medici non partecipano alla determinazione del predetto tetto di spesa e non possono controllare in alcun modo un eventuale superamento di questo da parte delle Regioni; - il

fabbisogno dei dispositivi medici è stabilito unilateralmente dagli Enti del SSR che bandiscono le gare e aggiudicano la fornitura all'esito di una procedura concorrenziale; - le aziende fornitrici sono chiamate a ripianare *pro quota* lo scostamento dal tetto di spesa regionale per l'acquisto di dispositivi medici che è stato fissato a distanza di anni; - le aziende fornitrici hanno calcolato il prezzo da proporre in sede di gara in base ai costi di produzione e al margine di utile atteso, senza poter preventivamente quantificare in concreto e nel suo esatto ammontare l'impatto economico che avrebbe avuto l'applicazione della normativa sul *pay back*. In tal modo vengono erosi gli utili, senza la garanzia che permanga un minimo ragionevole margine di utile e addirittura senza che siano coperti i costi (atteso che la norma, per determinare l'ammontare del ripiano, fa riferimento al fatturato e non invece al margine di utile). Inoltre, il legislatore ha fissato il tetto regionale di spesa annuale per l'acquisto dei dispositivi medici, con riferimento agli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, solo con il decreto ministeriale del 6 luglio 2022 e, pertanto, quando il periodo di riferimento era oramai interamente decorso.

Le regioni hanno, quindi, acquistato i dispositivi medici in questione senza poter avere come riferimento un tetto di spesa regionale predefinito, mentre le aziende fornitrici di dispositivi medici hanno partecipato alle gare indette dalle amministrazioni regionali senza poter prevedere quale sarebbe stato l'impegno economico loro richiesto in conseguenza del *pay back* e senza poter formulare in alcun modo un'offerta economica che tenesse conto degli effettivi costi da sostenere con riferimento a ogni singola fornitura. Tutto ciò determina un ingiustificato sacrificio dell'iniziativa economica privata, la cui limitazione può considerarsi legittima solo se il bilanciamento tra lo svolgimento dell'iniziativa economica privata e la salvaguardia dell'utilità sociale risponde ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e non è perseguita con misure incongrue.

Inoltre tale previsione normativa, intervenuta nel 2022 e volta a definire il tetto di spesa regionale per gli anni 2015, 2016, 2017 e 2018, appare violativa dei profili dell'affidamento, della ragionevolezza e dell'irretroattività, atteso che va a incidere su rapporti contrattuali già chiusi, le cui condizioni

contrattuali si erano cristallizzate nei contratti già da tempo conclusi tra le parti.

Infine la giurisprudenza costituzionale ha precisato che la prestazione patrimoniale imposta può ritenersi costituzionalmente legittima anche quando la legge non ne stabilisce compiutamente gli estremi, ma ne demanda la determinazione al potere esecutivo, purché, in questo caso, indichi i criteri e i limiti idonei a circoscrivere l'esercizio di tale potere.

Conseguentemente appaiono violati gli articoli 3, 23, 41 e 117 Cost.

Con ordinanze n. 17539, 17540, 17542, 17543, 17544, 17545, 17546, 17547, 17548, 17549, 17550, 17551, 17552, 17553 sono state sollevate analoghe questioni di costituzionalità.

La presente ordinanza sarà oggetto di apposita News da parte dell'Ufficio del massimario.

(8)

La completezza dell'istruttoria è richiesta anche se l'atto è vincolato.

[T.r.g.a. Trento, 3 novembre 2023, n. 172 – Pres. Rocco, Est. Polidori](#)

Quando l'Amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni è chiamata ad applicare criteri attinti dalle cc.dd. scienze esatte e, quindi, tali da escludere qualsivoglia margine di valutazione e di opinabilità dell'esito dell'accertamento, l'atto amministrativo si configura come un accertamento tecnico. Si configura invece la discrezionalità tecnica quando alcuni dei fatti che compongono la fattispecie legale non sono suscettibili di accertamento in senso stretto, perché rinviano a valutazioni da compiersi alla stregua di discipline che non forniscono criteri di giudizio certi. In tali casi l'accertamento del fatto - che pure rientra nell'ordinaria attività di applicazione della legge - è mediato da valutazioni opinabili, le quali rendono incerta la qualificazione del fatto agli effetti della sua sussunzione

nello schema legale. Gli enunciati normativi che designano fatti del tipo anzidetto sono di solito ascritti all'ampia categoria dei cc.dd. concetti giuridici indeterminati, nozione che individua, per l'appunto, i concetti che devono la propria indeterminatezza al carattere della tecnica cui fanno rinvio. In ogni caso, in forza del c.d. principio della completezza dell'istruttoria (direttamente desumibile dal principio costituzionale del buon andamento), l'Amministrazione procedente anche nei casi di c.d. attività vincolata, nei quali evidentemente non si pone l'esigenza di acquisire tutti gli interessi coinvolti (come invece avviene nei casi di attività caratterizzate da discrezionalità pura) e/o di accertare fatti complessi (ossia fatti che devono essere non solo accertati, ma anche valutati alla stregua di concetti giuridici indeterminati, come avviene nei casi di attività caratterizzate da discrezionalità tecnica), prima di provvedere deve acquisire, attraverso un'esaustiva istruttoria, tutti gli elementi utili e necessari ai fini della decisione.

(9)

Sulla classificazione dei rifiuti speciali.

[T.a.r. per il Veneto, sezione IV, 31 ottobre 2023, n. 1533 – Pres. Raiola, Est. Avino](#)

Il carattere differenziato della raccolta dei rifiuti urbani ingombranti sottoposti a trattamento non influisce sulla riconducibilità di essi tra i rifiuti speciali con codice 19 12 12 dell'E.E.R. (elenco europeo rifiuti), atteso che questa diversa classificazione dipende dalla tipologia di trattamento subito dal rifiuto e vieppiù dal risultato del detto processo, che deve condurre alla formazione di un rifiuto avente caratteristiche chimico-fisiche differenti da quelle inizialmente possedute; pertanto, ai suddetti fini riclassificatori non è decisiva nemmeno l'attribuzione del codice 19 12 12 dell'E.E.R. se a tale formale individuazione non corrisponde una sostanziale eterogeneità del prodotto esitato dal trattamento.

Consiglio di Stato – Pareri

(10)

Sull'applicabilità, in materia espropriativa, del termine triennale dell'avvio lavori, di cui al d.l. n. 50 del 2022, e della proroga di due anni, di cui al d.l. n. 21 del 2022, agli impianti da fonte rinnovabile.

Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, sez. cons., 22 novembre 2023, n. 464 – Pres. Carlotti, Est. Callea.

L'art. 15, comma 2, quarto periodo, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, introdotto dall'art. 7-bis, comma 1, del d.l. 17 maggio 2022, n. 50, convertito, con modificazioni, nella l. 15 luglio 2022, n. 91, fissa in tre anni, decorrenti dal rilascio del titolo abilitativo, il termine per l'inizio dei lavori per la costruzione degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili, soggetti al rilascio dell'autorizzazione unica prevista dall'articolo 12, comma 3 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387.

La proroga prevista dall'art. 10-septies del decreto-legge n. 21 marzo 2022, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 maggio 2022, n. 51, in considerazione delle circostanze che ne hanno determinato la previsione («le difficoltà di approvvigionamento dei materiali nonché dagli incrementi eccezionali dei loro prezzi»), è riferibile, previa comunicazione dell'interessato che intenda avvalersene, anche al settore delle costruzioni di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.