



**Newsletter n. 44/2024 della Giustizia amministrativa
a cura dell'Ufficio del massimario**

Indice

Corte di cassazione

1. **Cass. civ., sez. un., 14 ottobre 2024, n. 26603, sulla responsabilità risarcitoria dello Stato per tardiva attuazione delle direttive in materia di adeguata retribuzione dei medici specializzandi;**
2. **Cass. civ., sez. un., 14 ottobre 2024, n. 26598, sull'amministrazione separata di beni demaniali gravati da usi civici.**

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

3. **Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2024, n. 9467, spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno da lesione del cd. affidamento procedimentale;**
4. **Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2024, n. 9412, rimesse alla Corte di giustizia UE alcune questioni pregiudiziali in tema di contratto di servizio;**
5. **Cons. Stato, sez. II, 20 novembre 2024, n. 9333, cessione dell'interesse legittimo e conseguenze processuali;**
6. **Cons. Stato, sez. VI, 19 novembre 2024, n. 9285, sulla natura e sui presupposti per la valutazione dell'interesse culturale di un bene;**

7. **Cons. Stato, sez. VI, 13 novembre 2024, n. 9104**, sulla durata non irragionevole del procedimento *antitrust* e distinzione tra intese restrittive “per oggetto” e “per effetti”;
8. **Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2024, n. 9042**, procedimento di verifica della congruità dell’offerta ed incidenza dei nuovi livelli retributivi;
9. **Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2024, n. 9014**, obbligo di provvedere sulla istanza di rinegoziazione di una convenzione di lottizzazione in presenza di circostanze sopravvenute;
10. **Cons. Stato, sez. VI, 11 novembre 2024, n. 8972**, sulla portata dell’art. 112, comma 3, c.p.a. e sul risarcimento del danno per impossibilità di ottenere il bene della vita in forma specifica;
11. **Cons. Stato, sez. II, 9 novembre 2024, n. 8962**, inidoneità fisica al servizio militare dell’allievo maresciallo affetto da fragilità cardiaca;
12. **Cons. Stato, sez. II, 8 novembre 2024, n. 8935**, sui motivi aggiunti in appello e sulle conseguenze dell’omessa impugnazione della graduatoria sul ricorso avverso l’esclusione da una procedura di concorso;
13. **Cons. Stato, sez. IV, 5 novembre 2024, n. 8854**, il versamento dell’imposta sostitutiva di affrancamento non limita la discrezionalità del comune nella successiva attività pianificatoria;
14. **Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 2024 n. 8711**, avvalimento operativo avente ad oggetto il prestito del fatturato specifico in un arco temporale;
15. **T.a.r. per la Sicilia, Catania, sez. I, 21 novembre 2024, n. 3864**, *project financing* e sviamento della causa tipica per assenza della traslazione del rischio sul futuro aggiudicatario;
16. **T.a.r. per il Lazio, sez. III-ter, 18 novembre 2024, n. 20509**, accesso documentale e profili di novità procedimentale e processuale ai sensi del nuovo codice dei contratti pubblici;
17. **T.a.r. per la Lombardia, Brescia, sez. I, 14 novembre 2024, n. 916**, la decadenza della concessione per mancato esercizio ed intermediazione del potere pubblico;

18. T.a.r. per il Lazio, sez. III-bis, 13 novembre 2024, n. 20177, "Apostille" e "Adeverinta": rilevanza preclusiva della relativa omissione nella procedura di riconoscimento del titolo conseguito in Romania.

Consiglio di Stato e Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana – Pareri

19. Cons. Stato, sez. I, parere 26 novembre 2024, n. 1441, giochi pubblici diversi dal lotto: parere sulla procedura di rilascio della concessione per l'esercizio e la raccolta a distanza;
20. Cons. Stato, sez. I, parere 26 novembre 2024, n. 1440, lotto automatizzato e altri giochi numerici a quota fissa: parere sulla procedura di rilascio della concessione per l'esercizio e la raccolta;
21. C.g.a., parere 5 novembre 2024, n. 257, adozione del piano regionale di gestione dei rifiuti.

Normativa e altre attività di interesse

22. Decreto legislativo 5 novembre 2024, n. 175 – Testo unico della giustizia tributaria (in G.U., serie generale n. 279 del 28 novembre 2024, S.O. n. 40);
23. Decreto legislativo 5 novembre 2024, n. 174 – Testo unico dei tributi erariali minori (in G.U., serie generale n. 279 del 28 novembre 2024, S.O. n. 40);
24. Decreto legislativo 5 novembre 2024, n. 173 – Testo unico dei tributi erariali minori (in G.U., serie generale n. 279 del 28 novembre 2024, S.O. n. 40);

Corte di cassazione

(1)

Sulla responsabilità risarcitoria dello Stato per tardiva attuazione delle direttive in materia di adeguata retribuzione dei medici specializzandi.

Corte di cassazione, sezioni unite civili, 14 ottobre 2024, n. 26603 - Pres. Cassano, Est. Rossetti

I medici che, prima del 1991, hanno iniziato a frequentare una scuola di specializzazione non contemplata dalle direttive 75/362/CEE e 75/363/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1975 e successive integrazioni – e della quale non sia stata dimostrata l’equipollenza di fatto a quelle ivi previste – non hanno diritto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato per tardiva attuazione delle suddette direttive, a nulla rilevando che la specializzazione conseguita sia stata successivamente inclusa tra quelle qualificate “conformi alle norme delle Comunità economiche europee” dal decreto del Ministro dell’università e della ricerca scientifica e tecnologica 31 ottobre 1991.

Nel caso di specie, i ricorrenti, medici che avevano frequentato la scuola di specializzazione tra il 1977 ed il 1994, precisavano di non aver percepito, durante il periodo di specializzazione, alcuna remunerazione o compenso da parte della scuola stessa. In ragione del fatto che le summenzionate direttive 75/362/CEE e 75/363/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1975 avevano imposto agli stati membri della Comunità europea di prevedere che ai frequentanti le scuole di specializzazione fosse corrisposta una adeguata remunerazione, ed erano state attuate solo con la legge 8 agosto 1991, n. 257, i ricorrenti chiedevano la condanna dello Stato al risarcimento del danno sofferto in conseguenza della tardiva attuazione delle suddette direttive.

In primo ed in secondo grado, la domanda risarcitoria è stata accolta in parte, anche perché le posizioni dei ricorrenti erano differenziate; proposto ricorso per cassazione, la sezione, con ordinanza interlocutoria, ha rimesso alle Sezioni unite le seguenti questione, e cioè:

a) se abbia diritto ad essere risarcito del danno sofferto a causa della tardiva attuazione della citata direttiva 75/363/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1975 e successive integrazioni colui che si sia iscritto prima del 1991 ad un corso di specializzazione non incluso tra quelli di cui agli artt. 5 e 7 dalla suddetta direttiva, ma in seguito dichiarato ad essi equipollente con atto normativo di diritto interno;

b) se, in caso di risposta negativa, una simile soluzione contrasti con l'ordinamento comunitario.

Le Sezioni unite, pur ritenendo la questione irrilevante per la soluzione del caso concreto, perché nessuno dei ricorrenti si trovava nella situazione indicata, hanno deciso di affrontarla comunque, nell'interesse della legge, ex art. 363 c.p.c.

La risposta delle Sezioni unite è stata negativa ad entrambi i quesiti giacché:

c) se *«la specializzazione conseguita fu coincidente con quelle previste dalla Direttiva, il risarcimento è dovuto per questa sola ragione. Se la specializzazione conseguita non fu coincidente con una di quelle previste dalla Direttiva, la giurisprudenza di questa Corte ha accordato all'interessato la possibilità di ottenere comunque il risarcimento, purché alleghi e provi l'equipollenza di fatto tra la specializzazione conseguita e quelle "comunitarie", nonostante la differenza nominale»*. Dunque, proseguono le Sezioni unite, *«l'aver conseguito una specializzazione in una materia non inclusa negli artt. 5 o 7 della Direttiva non esclude e non ha mai escluso il diritto al risarcimento: semplicemente, è circostanza che addossa all'attore l'onere di provare il fatto costitutivo della pretesa, come per qualsiasi domanda risarcitoria»*.

d) l'art. 8 della direttiva 75/363/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1975 non ha affatto imposto «obblighi di conformazione» agli Stati membri *«ma ha solo accordato loro una facoltà: quella di esigere dai cittadini degli altri Stati membri, che domandino il riconoscimento del diploma conseguito in materie non previste dalla Direttiva o conseguiti in altri Stati terzi, di "soddisfare le condizioni di formazione che esso Stato membro prescrive a tal fine" nella legislazione nazionale»*. In altre parole, la direttiva 75/362/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1975 più volte menzionata *«stabilì quali specializzazioni dovessero ritenersi comuni a tutti gli Stati membri, ovvero comuni ad almeno due Stati, ma non impose affatto agli Stati membri di stabilire l'equipollenza per altre specializzazioni, non elencate dalla Direttiva. Questa era solo una facoltà lasciata ai singoli Stati»*. Ciò posto, l'elenco

delle specializzazioni equipollenti fu disposto col Ministro dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica 31 ottobre 1991, che non ha efficacia retroattiva e non prevede norme di diritto intertemporale, con la conseguente inidoneità dello stesso ad incidere «sulla posizione di quanti si fossero iscritti ad una scuola di specializzazione prima dell'emanazione del suddetto decreto, per concluderla dopo: di quel decreto non si potrebbero invocare "ora per allora" gli effetti, al fine di pretendere dallo Stato di essere risarciti per non essere stati remunerati nel corso d'una specializzazione che lo Stato non aveva alcun obbligo di far remunerare».

(2)

Sull'amministrazione separata di beni demaniali gravati da usi civici.

Corte di cassazione, sezioni unite civili, 14 ottobre 2024, n. 26598 – Pres. D'Ascola, Est. Criscuolo

In materia di demanio e patrimonio e, specificamente, di beni gravati da usi civici, deve ritenersi che al comune spetti il potere di gestione e amministrazione dei beni frazionali di uso civico fino alla costituzione dell'amministrazione separata di tali beni, la quale succede all'ente locale e subentra nei rapporti da questo già instaurati.

Nel caso di specie, un'amministrazione separata di usi civici aveva convenuto in giudizio un'associazione sportiva, nonché il comune, chiedendo l'accertamento dell'occupazione senza titolo, da parte dei convenuti, di alcuni terreni gravati da uso civico in favore degli abitanti della frazione, e la loro condanna al rilascio dei detti beni, alla remissione in pristino ed al risarcimento del danno. A fondamento della domanda, l'amministrazione invocava una sentenza, passata in giudicato, con cui la Corte d'appello di Roma aveva rigettato la domanda del comune di accertamento dell'intervenuta estinzione del diritto di uso civico sui terreni in questione, a fronte della loro irreversibile trasformazione derivata dall'edificazione sugli stessi di un centro sportivo.

Le Sezioni unite hanno rilevato che «la legge n. 1766 del 1927, quanto all'individuazione del soggetto cui affidare la rappresentanza degli interessi della collettività, nonché l'amministrazione dei beni interessati da uso civico, optò a favore

del comune, in quanto individuato come ente particolarmente vicino ai fruitori del diritto. Ancorché, secondo la prevalente opinione della giurisprudenza, la proprietà dei beni resti in capo alla collettività dei cittadini (trattandosi di un'entità che di norma preesiste alla stessa istituzione dell'ente locale), la citata legge, accanto ai Comuni ha altresì previsto, nel caso in cui i diritti di uso civico siano riferibili agli abitanti di una frazione, e non all'intero territorio comunale, che vengano costituite le amministrazioni separate, le quali, pur senza acquisire una personalità giuridica (nella legge statale), sono munite di una soggettività giuridica, in quanto centro di imputazione degli interessi della collettività installata nella frazione". Nel caso di specie, però, l'istituzione dell'amministrazione separata era avvenuta solo di recente (per la precisione, successivamente all'entrata in vigore della legge della provincia di Trento n. 6 del 2005); sicché, fino ad allora, il comune aveva "legittimamente amministrato e gestito, ancorché in vista della tutela degli interessi degli abitanti della frazione, i terreni per cui è causa».

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

(3)

Spetta al giudice amministrativo la giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno da lesione del cd. affidamento procedimentale.

Consiglio di Stato, sezione IV, 25 novembre 2024, n. 9467 – Pres. Neri, Est. Santise

Sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento ingenerato da atti endoprocedimentali favorevoli al soggetto privato, qualora il procedimento non si sia poi concluso con un provvedimento favorevole espresso.

Nel caso di specie, una società aveva acquistato un terreno con l'intento di demolire il fabbricato ad uso deposito che vi si trovava, ubicato in area esondabile, e di ricomporne la volumetria in un'altra zona del territorio

comunale per realizzarvi un edificio residenziale. Il comune adottava atti endoprocedimentali favorevoli, tali da ingenerare nella società l'affidamento circa il buon esito della richiesta; il permesso di costruire non veniva tuttavia rilasciato perché la regione, all'esito della conferenza di servizi, rappresentava al comune che l'edificio progettato sarebbe ricaduto in un'area in cui era preclusa la realizzazione di ulteriori fabbricati.

Il T.a.r. per la Liguria (sez. I, 16 gennaio 2021, n. 32) rigettava la domanda risarcitoria, ritenendo sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo vertendosi non sulla mera lesione dell'affidamento ma sull'adozione di provvedimenti illegittimi.

In sede di appello, la ricostruzione del giudice di primo grado non è stata ritenuta condivisibile il Consiglio di Stato ha esaminato, preliminarmente, la questione di giurisdizione, ritenendo non condivisibile: secondo il Consiglio di Stato, *“più che un danno da provvedimento illegittimo, si dovrebbe delineare un'ipotesi di responsabilità derivante da una serie di comportamenti, valorizzati da atti di natura endoprocedimentale, che avrebbero ingenerato nel richiedente l'affidamento sulla conclusione positiva del procedimento; procedimento che, tuttavia, non è mai stato concluso con un provvedimento definitivo espresso”*.

Tuttavia, la sezione ha ritenuto comunque sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda in questione, confutando il diverso orientamento espresso, sul punto, dalle Sezioni unite. Dopo aver ripercorso i diversi orientamenti espressi dall'Adunanza plenaria e dalle Sezioni unite, la sezione osserva che la giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda risarcitoria da lesione dell'affidamento si giustifica anche per ragioni ulteriori rispetto a quelle valorizzate dall'Adunanza plenaria.

In particolare, la Sezione osserva che, nel ragionamento delle Sezioni unite, centrale *“è la considerazione che l'illegittimità del provvedimento annullato, e la legittimità dell'eventuale provvedimento di annullamento in autotutela, costituiscono presupposti della lite, che restano all'esterno del perimetro della controversia. L'oggetto del suddetto giudizio, invece, sarebbe il modo in cui l'amministrazione – nonché, peraltro, lo stesso privato destinatario del provvedimento – hanno o non hanno osservato le regole di correttezza nei reciproci rapporti”*. Tali regole, secondo le Sezioni unite, *“operano su piani distinti rispetto alle regole di legittimità amministrativa, «uno relativo alla validità degli atti amministrativi e l'altro fonte invece di responsabilità per*

l'amministrazione. Oltre che distinti, i profili in questione sono autonomi e non in rapporto di pregiudizialità, nella misura in cui l'accertamento di validità degli atti impugnati non implica che l'amministrazione sia esente da responsabilità per danni nondimeno subiti dal privato destinatario degli stessi, anche per violazione dei connessi obblighi di protezione inerenti al procedimento». Stesse regole si applicherebbero anche in relazione ai casi in cui l'affidamento derivi dal complessivo comportamento tenuto dall'amministrazione, qualora nessun provvedimento ampliativo della sfera giuridica del cittadino sia stato emanato".

La sezione rileva, in primo luogo, che – come si evince dall'art. 1, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990 – le regole di correttezza vanno reciprocamente osservate anche nell'ambito del procedimento amministrativo, sicché non si può sostenere che la giurisdizione spetti al giudice ordinario ogni qualvolta vi sia una violazione delle regole di correttezza. Significherebbe, osserva la sezione, tornare all'idea – del tutto superata e smentita anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale – secondo la quale la giurisdizione spetta al giudice amministrativo quando si chiede l'annullamento del provvedimento e al giudice ordinario se si chiede il risarcimento del danno essendo questa un'autonoma posizione giuridica soggettiva. In secondo luogo, separare idealmente il profilo provvedimentale – pubblicistico da quello civilistico determina il serio rischio di duplicare le situazioni giuridiche soggettive, con conseguenze molto pericolose: il destinatario di un provvedimento negativo potrebbe decidere di non impugnarlo entro il termine di decadenza e di chiedere al giudice ordinario il risarcimento del danno, entro il termine quinquennale e non entro il termine di 120 giorni prescritto dall'art. 30 c.p.a. *"In casi del genere, la mancata impugnazione del diniego dovrebbe far propendere per la legittimità dell'azione amministrativa; tuttavia l'amministrazione resterebbe comunque esposta a richieste risarcitorie per un tempo di gran lunga più ampio rispetto a quello stabilito dall'art. 30 c.p.a. per l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno, termine quest'ultimo ... valutato non costituzionalmente illegittimo nel bilanciamento degli interessi che vengono in gioco"*.

Né si ritiene convincente il ragionamento delle Sezioni unite quando esse sostengono che, nel risarcimento del danno da lesione del legittimo affidamento causato da un provvedimento favorevole ma illegittimo o

comunque da inerzia dell'amministrazione, il danno patito non sarebbe causalmente collegato, nemmeno indirettamente, all'esercizio del potere pubblico. Infatti, anche «quando la lesione provocata dal comportamento materiale della pubblica amministrazione attenga a diritti soggettivi e non ad interessi legittimi non è possibile ricondurre le relative controversie nell'alveo della giurisdizione del giudice ordinario, dal momento che tali condotte si inseriscono comunque all'interno di una sequenza causale in relazione alla quale il centro del potere pubblico rappresenta un antecedente logico e causale rispetto al comportamento amministrativo, con conseguente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, laddove prevista».

Concludendo, la sezione ha ritenuto che, nel caso di specie, la giurisdizione spettasse al giudice amministrativo perché «la richiesta di risarcimento del danno è giustificata in relazione ad atti, sia pur endoprocedimentali, del Comune che facevano presagire un esito favorevole che poi non v'è stato in ragione dei rilievi regionali. È, dunque, l'esercizio del potere che rappresenta di certo l'antecedente logico causale del danno asseritamente vantato».

Nel merito, la domanda risarcitoria è stata respinta perché "ben prima dell'acquisto del bene e della presentazione dell'istanza al Comune, la qualificazione urbanistica dell'area avrebbe impedito la realizzazione dell'edificio"; dunque il danno emergente non è causalmente riconducibile ad un provvedimento o ad un comportamento della P.A.

(4)

Rimesse alla Corte di giustizia UE alcune questioni pregiudiziali in tema di contratto di servizio

Consiglio di Stato, sezione V, ordinanza 22 novembre 2024, n. 9412 – Pres Caringella, Est. Caminiti

Sono rimesse alla Corte di giustizia dell'UE le seguenti questioni pregiudiziali: a) se il regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 - e, in particolare, il considerando 27,

seconda parte, l'art. 1, paragrafo 2; l'art. 4, paragrafo 1; l'art. 6, paragrafo 1; i punti da 2 e 6 dell'allegato al regolamento- nonché i principi e gli obiettivi del diritto dell'Unione europea stabiliti nelle rilevanti disposizioni del TFUE (in particolare, artt. 14, 93 e 106) ostino, rendendo le relative previsioni inefficaci, a un contratto di servizio, che, a fronte della totale mancanza di rischi in capo all'operatore economico, comporti la rinuncia, liberamente e consapevolmente accettata, al ragionevole utile, ove detta rinuncia riguardi un periodo di tempo limitato (tre anni), in vista dell'affidamento diretto di un contratto di servizio successivo, per la durata massima prevista dal combinato disposto degli artt. 5 paragrafo 6 e 4 paragrafo 4 del regolamento (CE) n. 1370/2007; b) in caso di risposta positiva a tale primo quesito, se il regolamento (CE) n. 1370/2007- e in particolare, il considerando n. 27, prima parte, il considerando n. 28, l'art. 4, paragrafo 1; l'art. 6, paragrafo 1; il punto 5 dell'allegato al regolamento - e i principi e gli obiettivi del diritto dell'Unione europea stabiliti nelle rilevanti disposizioni del TFUE (in particolare, artt. 14, 93 e 106) ostino, rendendolo inefficace e inopponibile in questa parte a un contratto di servizio, che non preveda in via separata la contabilizzazione dei costi e dei ricavi di un servizio, in parte a carattere commerciale, in quanto caratterizzato da tariffe maggiorate, onde evitare il rischio di compensazioni eccessive.

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

(5)

Giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno proposta da un privato nei confronti di altro privato. Cessione dell'interesse legittimo e conseguenze processuali.

Consiglio di Stato, sezione II, 20 novembre 2024, n. 9333 - Pres. Poli, Est. Adesso

Esula dall'ambito della giurisdizione amministrativa, per rientrare in quello della giurisdizione del giudice ordinario, la domanda risarcitoria proposta da un privato nei confronti di un altro privato.

Fattispecie relativa a domanda di risarcimento del danno – asseritamente derivante dalla risoluzione di un contratto di trasporto di energia elettrica - proposta da una impresa privata nei confronti di *E-Distribuzione*. In motivazione è stato precisato che quand'anche si volesse ritenere *E-Distribuzione* concessionaria di un servizio pubblico, poiché la fonte costitutiva del diritto controverso (e la correlata *causa petendi*) rimane schiettamente privatistica (il contratto a suo tempo stipulato fra le due società e poi risolto da *E-Distribuzione*), la domanda rientrerebbe nella cognizione del giudice ordinario; (in senso conforme, da ultimo, Cass. civ., sez. un., n. 26109 del 2024).

Posto che non è possibile trasferire la posizione soggettiva di interesse legittimo, avulsa dalla sottostante vicenda sostanziale, è inammissibile la domanda di risarcimento del danno proposta dal cessionario di tale posizione.

In motivazione: *i*) si è posta in evidenza la peculiarità della vicenda in cui una società ha acquistato dalla curatela fallimentare la posizione soggettiva controversa relativa a giudizi concernenti solo domande di annullamento di provvedimenti amministrativi, giudizi ancora pendenti al momento della cessione e conclusi con la caducazione di tali provvedimenti; successivamente il cessionario ha proposto domanda di risarcimento del danno asseritamente derivante dalla esecuzione dei provvedimenti annullati; *ii*) si è ribadito quanto statuito dall'Adunanza plenaria n. 3 del 2022 (oggetto della News US n. 23 del 3 marzo 2022 nonché in *Foro it.*, 2022, III, 292 con nota di D'ANGELO), per cui la personalità e l'attualità che connotano l'interesse legittimo presuppongono che l'ampliamento o la compressione del patrimonio giuridico derivi direttamente dall'esercizio del potere amministrativo e solo questo determina, in sede processuale, la legittimazione ad agire; per contro, le generiche posizioni di interesse che possono ricevere indirettamente pregiudizio legittimano i loro titolari a spiegare intervento in giudizio, ma non già ad impugnare autonomamente il provvedimento lesivo della sfera giuridica del soggetto con il quale intrattengono a diverso titolo rapporti giuridici (come da ultimo ribadito da

Cons. Stato, Ad. plen., n. 15 del 2024); *iii*) si è ritenuto che solo il titolare dell'interesse legittimo può agire a tutela dello stesso, mentre l'avente causa del titolare rimane estraneo all'esercizio del potere e non può surrogarsi al primo nell'iniziativa giudiziale, sia che si tratti dell'azione demolitoria sia che si tratti di quella risarcitoria, né ai sensi dell'art. 2900 c.c. (Cons. Stato sez. V, 18 marzo 2024, n. 2606), né sulla base di un negozio di diritto privato, come nella fattispecie per cui è causa.

(6)

Sulla natura e sui presupposti per la valutazione dell'interesse culturale di un bene.

Consiglio di Stato, sezione VI, 19 novembre 2024, n. 9285 – Pres. Simonetti, Est. Gallone

È legittimo il provvedimento della Soprintendenza di dichiarazione di interesse culturale di un bene, che applichi in concreto, pur non facendone espressa analitica menzione, i criteri individuati dal Consiglio superiore delle antichità e belle arti nella seduta del 10 gennaio del 1974 e recepiti dal decreto del Ministro per i beni e le attività culturali e per il turismo n. 537 del 6 dicembre 2017, anche alla luce della necessaria valutazione di tipo globale e sintetico che la contraddistingue e posto che l'interesse culturale dell'opera viene preso in considerazione dalla norma attributiva del potere, non nella dimensione oggettiva di fatto storico (accertabile in via diretta dal giudice), bensì di fatto mediato dalla valutazione affidata all'amministrazione, per cui il privato ha l'onere di dimostrare che il giudizio di valore espresso dall'amministrazione sia scientificamente inaccettabile.

(7)

Sulla durata non irragionevole del procedimento *antitrust* e distinzione tra intese restrittive "per oggetto" e "per effetti".

Consiglio di Stato, sezione VI, 13 novembre 2024, n. 9104 – Pres. Volpe, Est. Cordì

La comunicazione di avvio del procedimento *antitrust* ha la funzione di fornire una tempestiva informazione sulla natura e sui motivi dell'accusa. In linea con la natura di tale atto, non è ipotizzabile che, in questa fase, si definisca nel dettaglio l'oggetto dell'accertamento che si delineerà nella sua compiutezza nel corso dell'istruttoria e con il fondamentale apporto partecipativo delle imprese. Pertanto, è fisiologico che la qualificazione dell'illecito possa essere rivista all'esito del completamento dell'attività istruttoria.

In materia di procedimento *antitrust*, il principio di necessaria corrispondenza tra addebito contestato e addebito posto a fondamento della sanzione può ritenersi violato soltanto qualora l'Autorità deduca circostanze nuove, non preventivamente sottoposte a contraddittorio, implicanti una diversa valutazione dei fatti addebitati, non anche qualora i fatti storici oggetto della prima e della seconda comunicazione delle risultanze istruttorie siano essenzialmente i medesimi, risulti mutata la sola qualificazione, in base a tali fatti, dell'illecito *antitrust* e sia comunque assicurato l'esercizio del diritto di difesa. Pertanto, in tale ipotesi non può ritenersi violata la garanzia di cui all'articolo 6, paragrafo 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, specie allorquando l'approfondimento sia disposto in ragione delle difese delle parti e risulti funzionale all'ulteriore esercizio del loro diritto di difesa.

In materia di procedimento *antitrust*, la violazione del principio del rispetto del termine ragionevole può giustificare l'annullamento di una decisione di accertamento di infrazioni adottata all'esito di un procedimento amministrativo fondato sull'articolo 101 o 102 TFUE, qualora sia stato dimostrato che tale violazione abbia pregiudicato i diritti della difesa delle imprese interessate.

In motivazione la sezione ha dato atto di aver rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità con l'art. 101 TFUE della disciplina nazionale di cui all'art. 14, legge 24 novembre 1981, n. 689 ove ritenuta applicabile al provvedimento di avvio dell'istruttoria del procedimento *antitrust* (Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 9

luglio 2024, n. 6057). Tuttavia, non ha ravvisato i presupposti per disporre la sospensione impropria del giudizio evidenziando che la causa in questione riguarda la fase infraprocedimentale e non quella preistruttoria alla quale si riferisce l'ordinanza.

In materia di procedimento *antitrust*, la parte non può dolersi della estensione della durata del procedimento che sia stata determinata dalle proprie deduzioni in quanto le richieste di approfondimenti istruttori integrano fatti incompatibili con la volontà di avvalersi dell'eccezione di decadenza del potere, costituendo, da un lato, indice inequivoco dell'interesse ad una dilazione dei tempi procedimentali, funzionale anche ad una più analitica disamina della propria posizione e, dall'altro, integrando l'eventuale rilievo una condotta processuale contraddittoria rispetto a quella assunta sul piano procedimentale.

Occorre distinguere tra intese restrittive della concorrenza "per oggetto" o "per effetto". Le prime si caratterizzano per il fatto che hanno un oggetto di per sé vietato e, quindi, sono, per loro stessa natura, dannose per il buon funzionamento del normale gioco della concorrenza, con la conseguenza che non è necessario dimostrare in concreto la sussistenza di effetti dannosi sul mercato. Le seconde, invece, ricorrono quando non sussistono i presupposti per configurare la sussistenza di una intesa per "oggetto", con la conseguenza che, in tale caso, è necessario verificare in concreto quali siano gli effetti che causano nel mercato. Ne deriva, quindi, che in questo secondo caso devono sussistere tutti gli elementi comprovanti che il gioco della concorrenza sia stato, di fatto, impedito, ristretto o falsato in modo significativo.

(8)

Procedimento di verifica della congruità dell'offerta ed incidenza dei nuovi livelli retributivi.

Consiglio di Stato, sezione V, 12 novembre 2024, n. 9042 – Pres. Caringella, Est. Manca

Il controllo della sostenibilità economica dell'offerta aggiudicataria ha lo scopo di stabilire se la stessa sia attendibile sotto il profilo economico ed affidabile in vista della futura esecuzione delle prestazioni contrattuali, non afferendo la valutazione ai soli fini dell'aggiudicazione. La verifica dell'amministrazione appaltante deve prendere in considerazione anche quei costi che con ragionevole certezza si presenteranno nel corso dell'esecuzione, nell'entità e nella consistenza prevedibile al tempo in cui la verifica di congruità sia effettuata. Nel caso di rinnovo del CCNL di settore, che preveda aumenti retributivi applicabili al personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto, la stazione appaltante deve tenere conto, nel corso del procedimento di verifica della congruità dell'offerta, anche dei nuovi livelli retributivi previsti, e verificare se l'offerta economica dell'impresa individuata come possibile aggiudicataria sia in grado di sostenere anche i nuovi costi.

(9)

Obbligo di provvedere sulla istanza di rinegoziazione di una convenzione di lottizzazione in presenza di circostanze sopravvenute.

Consiglio di Stato, sezione IV, 11 novembre 2024, n. 9014 – Pres. Mastrandrea, Est. Monteferrante

In presenza di un esercizio consensuale del potere pubblico, la legge o la buona fede possono imporre un obbligo di provvedere, senza che ciò escluda la natura bilaterale che connota gli accordi. L'accordo in questione è infatti stipulato nell'esercizio di un potere pubblico, con la conseguenza che l'attributo indefettibile di tale situazione giuridica non è quello della libertà, proprio della autonomia negoziale, bensì della doverosità cui si ricollega l'obbligo di provvedere nei casi in cui sussista una posizione differenziata e qualificata di pretesa ad una pronuncia espressa sulla proposta di stipula dell'accordo.

In presenza di circostanze sopravvenute rilevanti, il privato può chiedere al comune di rinegoziare i contenuti della convenzione urbanistica o di singole sue parti, in applicazione del principio di buona fede e correttezza ex art. 1375 c.c., richiamato dall'art. 11, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, in forza del rinvio ivi contenuto ai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti. Inoltre, avendo il privato una posizione qualificata e differenziata in quanto parte dell'accordo, in presenza di una istanza di riesame dei contenuti della convenzione, motivata in ragione di circostanze sopravvenute, è ben possibile configurare un obbligo di provvedere in capo alla controparte pubblica che non necessariamente sarà tenuta ad assicurare il bene della vita cui aspira la parte privata ma che dovrà, in ogni caso, istruire l'istanza e motivare le proprie determinazioni nel rispetto del canone generale di ragionevolezza e di proporzionalità.

Non sussiste obbligo di provvedere del comune sulla istanza di rinegoziazione di una convenzione di lottizzazione in presenza di circostanze sopravvenute rilevanti, qualora l'ente locale abbia in passato reiteratamente ribadito il proprio interesse alla piena e integrale attuazione dell'accordo, nei termini originariamente concordati, a fronte dell'inadempimento del lottizzante principale nella esecuzione delle opere di urbanizzazione. Difatti, in tale situazione non è configurabile alcun obbligo di buona fede e di cooperazione in capo al comune che subisce una situazione di grave e persistente stallo, in pregiudizio dell'interesse pubblico alla corretta pianificazione dell'area. Peraltro, qualora le opere pubbliche dedotte in convenzione risultino funzionali alla urbanizzazione dei lotti di proprietà di altri contraenti (lottizzanti minori), è la stessa natura di accordo plurilaterale che osta ad una rinegoziazione della convenzione sui cui contenuti ed obblighi altre parti fanno, da tempo, affidamento per poter esercitare lo *ius aedificandi* inerente ai suoli in loro proprietà ricompresi nel medesimo comparto.

(10)

Sulla portata dell'art 112, comma 3, c.p.a. e sul risarcimento del danno per impossibilità di ottenere il bene della vita in forma specifica.

Consiglio di Stato, sezione VI, 11 novembre 2024, n. 8972 – Pres. Simonetti, Est. Cordì

La domanda di risarcimento del danno per l'impossibilità di esecuzione del giudicato, proponibile per la prima volta in sede di ottemperanza ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a., deve ritenersi ammissibile non solo nei casi in cui la spettanza del bene della vita sia affermata direttamente dalla sentenza, ma anche nei casi in cui dalla sentenza del giudice amministrativo discenda, comunque, un obbligo conformativo che conduce – in ragione della successiva attività amministrativa e combinandosi con essa – al riconoscimento del bene della vita, la cui concreta attribuzione sia, tuttavia, divenuta successivamente impossibile.

È ammissibile la domanda di risarcimento del danno per l'impossibilità di esecuzione del giudicato, ai sensi dell'art. 112, comma 3, c.p.a. anche nell'ipotesi in cui la sentenza ottemperanda non sia formalmente passata in giudicato stante la sua impugnazione per eccesso di potere giurisdizionale con ricorso per Cassazione ex art. 111, comma 8, Cost., in quanto l'utilizzo, da parte del citato art. 112, comma 3 c.p.a., del *nomen iuris* giudicato non può intendersi riferito al c.d. giudicato formale, né all'accertamento giurisdizionale divenuto incontestabile anche sotto il profilo della giurisdizione, quanto, piuttosto alla portata sostanziale della pronuncia e, quindi, all'accertamento di merito in ordine alla situazione giuridica sostanziale oggetto del giudizio e all'impossibilità di una esecuzione in forma specifica degli effetti della pronuncia.

L'obbligazione risarcitoria ex art. 112 comma 3 c.p.a. richiede la ricorrenza dei presupposti costituiti dalla riconducibilità dell'impossibilità di ottenere in forma specifica l'esecuzione del giudicato alla condotta del soggetto dal quale si pretende il risarcimento e dall'insussistenza di una causa di giustificazione della condotta, la cui presenza precluderebbe l'insorgenza della responsabilità e, dunque, la nascita dell'obbligazione risarcitoria *ex lege*. In ordine al primo requisito, trovano applicazione i principi generali di cui agli artt. 40 e 41 c.p., fermo restando il regime probatorio operante nel processo amministrativo e costituito dalla regola della preponderanza dell'evidenza. Inoltre, trattandosi di responsabilità di natura contrattuale, opera il principio secondo il quale spetta al creditore di allegare e provare

l'esistenza del titolo, mentre è onere della parte debitrice provare il caso fortuito (inteso come specifico fattore capace di determinare autonomamente il danno), comprensivo del fatto del terzo (che abbia avuto efficacia causale esclusiva nella produzione del danno), rimanendo a suo carico il fatto ignoto in quanto inidoneo a eliminare il dubbio in ordine allo svolgimento eziologico dell'accadimento.

(11)

Inidoneità fisica al servizio militare dell'allievo maresciallo affetto da fragilità cardiaca.

Consiglio di Stato, sezione II, 9 novembre 2024, n. 8962 – Pres. Poli, Est. Filippini

È legittimo il provvedimento dichiarativo di inidoneità fisica al servizio militare incondizionato adottato nei confronti di un allievo maresciallo dell'Arma dei carabinieri, affetto da una caratteristica o imperfezione ritenuta indicativa di una peculiarità elettrofisiologica cardiaca (nella specie “*pattern* di Brugada di tipo 1”) e, quindi, di una potenziale fragilità cardiaca astrattamente idonea a porre in pericolo la vita del soggetto, o comunque ad esporlo al rischio di gravi eventi dannosi.

In materia di accertamento della idoneità al servizio militare incondizionato, le valutazioni delle commissioni mediche in ordine ai requisiti psico-fisici per il reclutamento costituiscono espressione di discrezionalità tecnica che non è sindacabile nel merito dal giudice amministrativo in assenza di macroscopici vizi attinenti alla logica e alla razionalità delle determinazioni che ne sono conseguite, risultando inoltre irrilevanti perizie di parte, pareri *pro veritate* o certificazioni rivenienti da diverse strutture sanitarie.

In motivazione la sezione ha precisato che la questione controversa non era la condizione sanitaria del ricorrente, bensì il giudizio altamente discrezionale sul “se” la condizione riscontrata nel giovane permetta o no di giudicarlo idoneo all'impiego militare nell'Arma dei carabinieri che richiede, al pari dell'impiego del personale militare in genere, un *quid pluris* rispetto alla mera assenza di patologie recanti diminuzioni funzionali, ovvero una

condizione di superiore prestanza psico-fisica. Pertanto, si è ritenuto di prescindere dall'esito della verifica disposta nel corso del giudizio e non espletata al momento della decisione anche su richiesta della medesima parte ricorrente.

L'idoneità psico-fisica al servizio militare incondizionato non consiste nella mera assenza di patologie implicanti disturbi funzionali, ma richiede una particolare prestanza fisica e psicologica che ben può essere impedita anche da alterazioni organiche non patologiche accertate secondo parametri di maggior rigore per i reclutamenti di volontari.

La sezione ha riepilogato in punto di diritto che: a) l'art. 929 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (codice dell'ordinamento militare) stabilisce che tutti i militari devono essere idonei al servizio militare incondizionato, assicurando i requisiti previsti dagli artt. da 578 a 587 del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 90 (testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare); b) l'art. 582 del citato regolamento, alla lettera z) stabilisce che anche le "imperfezioni" (dunque non solo le patologie) singole o in concorso fra loro possono essere causa di inidoneità se giudicate evidenti dopo osservazione dagli organi tecnici militari e, al comma 1, lett. l), n. 3 ("apparato cardiovascolare"), stabilisce che sono causa di inidoneità le "anomalie del sistema specifico di conduzione"; c) la direttiva tecnica (approvata con decreto del Ministero della difesa 4 giugno 2014 per l'accertamento delle cause di inidoneità) stabilisce: al § 2, che l'elenco delle patologie ivi descritte è solo esemplificativo per i militari in servizio dovendosi avere riguardo per il giudizio di idoneità all'età, al grado, alla categoria e agli incarichi; al § 7, che la documentazione sanitaria autenticata rilasciata da strutture sanitarie pubbliche "può" essere tenuta in considerazione dagli organi tecnici militari; al § 8, che per le patologie non specificate nell'elenco o nella direttiva, si applicano le disposizioni riguardanti l'apparato o l'organo interessato, facendo ricorso al criterio dell'analogia o dell'equivalenza con le imperfezioni e le infermità ivi contemplate.

(12)

Sui motivi aggiunti in appello e sulle conseguenze dell'omessa impugnazione della graduatoria sul ricorso avverso l'esclusione da una procedura di concorso.

Consiglio di Stato, sezione II, 8 novembre 2024, n. 8935 – Pres. Poli, Est. Boscarino

Sono inammissibili i motivi aggiunti in appello che introducano nuove ragioni di gravame avverso la sentenza appellata, in ragione del principio di consumazione dei mezzi di impugnazione, alla stregua del quale l'impugnazione, una volta ritualmente proposta, preclude alla parte di formulare in un successivo momento altri profili di gravame o di riproporre le stesse censure, anche se il relativo termine non sia ancora scaduto, attraverso un nuovo atto di impugnazione, salva la sola ipotesi della conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado da cui emergano vizi dei provvedimenti amministrativi impugnati, ai sensi dell'art. 104, comma 3, c.p.a.

È inammissibile il ricorso proposto avverso il provvedimento di esclusione da un pubblico concorso con il quale non sia altresì impugnata la graduatoria finale dello stesso, in quanto, alla luce del rapporto di presupposizione tra atti, non può ritenersi che l'annullamento del provvedimento di esclusione possa avere un effetto caducante della graduatoria stessa, poiché l'atto di approvazione della graduatoria, pur appartenendo alla stessa sequenza procedimentale in cui si colloca l'atto di esclusione, non ne costituisce conseguenza inevitabile atteso che la sua adozione implica nuove ed ulteriori valutazioni di interessi, anche di una pluralità di soggetti terzi rispetto al rapporto controverso, derivandone perciò l'irrilevanza, a tal fine, della circostanza che non sussistano, in concreto, controinteressati inseriti in graduatoria la cui posizione verrebbe pregiudicata dall'accoglimento del ricorso.

(13)

Il versamento dell'imposta sostitutiva di affrancamento non limita la discrezionalità del comune nella successiva attività pianificatoria.

Consiglio di Stato, sezione IV, 5 novembre 2024, n. 8854 – Pres. Neri, Est. Carpino

È legittima la delibera del consiglio comunale che attribuisca ad un'area una classificazione che ne escluda l'originaria capacità edificatoria, a ciò non ostando che il privato abbia versato l'imposta sostitutiva di affrancamento, prevista dall'art. 7 della legge n. 448 del 28 dicembre 2001, calcolata assumendo, "in luogo del costo o valore di acquisto" del terreno, "il valore a tale data determinato sulla base di una perizia giurata di stima", in quanto, al tempo, detti beni possedevano la qualifica di edilizi ed erano soggetti al loro sfruttamento in quanto tali; in base ad una successiva scelta – da ritenersi razionale nel contemperamento degli interessi connessi alla riduzione del consumo di suolo ed al suo razionale sfruttamento – il comune nella sua potestà pianificatoria ha fissato un criterio logico, quale quello temporale, per lo stralcio dal piano regolatore generale che ha comportato una modifica della destinazione.

(14)

Avvalimento operativo avente ad oggetto il prestito del fatturato specifico in un arco temporale.

Consiglio di Stato, sezione V, 4 novembre 2024, n. 8711 – Pres. De Nictolis, Est. Santini

Il prestito del requisito speciale costituito dal fatturato può integrare, a seconda della disciplina di gara, un avvalimento di garanzia (in caso di fatturato globale inteso come requisito speciale di solidità economica) ovvero un avvalimento operativo (in caso di fatturato specifico riguardante un preciso arco temporale, inteso come requisito speciale di capacità tecnica relativa, in particolare, alle pregresse esperienze lavorative). In tale ultima ipotesi il trasferimento di requisiti (esperienza pregressa) e di risorse (umane, tecniche e materiali) da parte della impresa ausiliaria deve essere specifico ed effettivo a pena di nullità del contratto ai sensi dell'art. 89, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

È affetto da nullità per genericità e indeterminatezza il contratto di avvalimento operativo avente ad oggetto il fatturato specifico riguardante un preciso arco temporale, qualora il trasferimento non risulti specifico (per mancata indicazione delle risorse messe a disposizione) ed effettivo (ad esempio, qualora *know how* ed esperienza pregressa siano solo enunciate e non anche concretamente trasferite mediante affitto di ramo di azienda, messa a disposizione della dirigenza tecnica o di eventuali programmi di formazione del personale dell'ausiliata o altro elemento valutabile dalla stazione appaltante) e, dunque, nell'ipotesi in cui il contratto si limiti a riportare mere enunciazioni di principio, eludendo l'obbligo di specificazione imposto dall'art. 89 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

(15)

***Project financing* e sviamento della causa tipica per assenza della traslazione del rischio sul futuro aggiudicatario.**

T.a.r. per la Sicilia, Catania, sezione I, 21 novembre 2024, n. 3864 – Pres. Savasta, Est. Commandatore

Concessione ed appalto di servizi si differenziano per l'allocazione del rischio, giacché quest'ultimo si caratterizza per il rapporto sinallagmatico intercorrente tra appaltante ed appaltatore ed il compenso di quest'ultimo grava interamente sul primo. Viceversa nella concessione, connotata da una dimensione trilaterale, il concessionario ha rapporti negoziali diretti con l'utenza finale, dalla cui richiesta di servizi trae la propria remunerazione. Nel meccanismo causale della concessione le fluttuazioni della domanda del servizio e l'alea dell'insolvenza dell'utenza costituiscono un rischio traslato in capo al concessionario ed integrano il rischio principale assunto dal concessionario assieme al rischio d'impresa.

La nullità del provvedimento amministrativo deve limitarsi alle sole ipotesi di un vizio non solo particolarmente grave, ma anche immediatamente riconoscibile, sulla base delle circostanze date e dell'ordinario apprezzamento. Infatti, trattandosi di patologia più grave rispetto all'

annullabilità, la nullità richiede una sua agevole conoscibilità in concreto, attraverso un mero riscontro estrinseco del *deficit* dell'atto rispetto al suo paradigma legale. Ne consegue che non può ricondursi nell'alveo della nullità la violazione dell'art. 183, commi 1 e 15, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (che esclude la possibilità di ricorrere alla finanza di progetto per le concessioni di servizi "pure" senza la realizzazione di opere), poiché l'analisi dell'inferenza del servizio alla realizzazione dell'opera non emerge come vizio auto-evidente, né tantomeno si atteggia come un'ipotesi di impossibilità assoluta dell'oggetto, tenuto conto che la possibilità di ricorrere al *project financing* per le concessioni di servizi è stata prevista nel terzo codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36). È affetto da nullità per illiceità della causa, ai sensi dell'art. 1344 del codice civile, il contratto di concessione stipulato tra l'operatore privato e l'amministrazione che si ponga in contrasto con lo schema negoziale del *project financing* e, più in generale, con le regole in materia di concessioni, nella misura in cui il progetto realizza l'azzeramento del rischio operativo a carico del futuro aggiudicatario, facendo conseguire al privato un risultato economico contrario alle logiche concorrenziali. Tuttavia, tale vizio non refluisce automaticamente sugli atti prodromici e sulla fase pubblicistica, il cui regime di invalidità rimane autonomo.

L' onere di immediata impugnazione degli esiti della prima fase del *project financing* – che si sviluppa in due serie procedimentali strutturalmente autonome ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale – di selezione del progetto di pubblico interesse sorge solo qualora il terzo faccia valere l'interesse ad essere individuato quale soggetto promotore e a concorrere in tale fase che assume autonoma lesività; diversamente, nel caso in cui, il ricorrente censuri in radice la possibilità di ricorrere al *project financing* per carenza dei requisiti sostanziali, l'interesse ad impugnare si concentra nella seconda fase di selezione – secondo le regole dell'evidenza pubblica – del concessionario.

(16)

Accesso documentale e profili di novità procedimentale e processuale ai sensi del nuovo codice dei contratti pubblici.

T.a.r. per il Lazio, sezione III-ter, 18 novembre 2024, n. 20509 – Pres. FF. Tuccillo, Est. Gallucci

L'art. 36 del d.lgs. 36 del 2023 detta profili di novità in tema di accesso agli atti di gara: *i)* quanto al procedimento, la conoscenza dei dati e delle informazioni avviene sotto forma di disponibilità degli stessi all'interno della piattaforma digitale di approvvigionamento utilizzata per lo svolgimento della procedura, consentendo un accesso diretto da parte degli operatori legittimati; *ii)* con riguardo al profilo processuale, la previsione di un rito speciale super accelerato è finalizzata ad evitare la presentazione di ricorsi al buio, consentendo in tal modo all'operatore economico di esercitare il diritto di azione a seguito della conoscenza delle informazioni necessarie alla tutela giurisdizionale. Gli operatori economici hanno l'onere di formulare all'amministrazione richieste di oscuramento di parti delle offerte contenenti "secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". La decisione dell'amministrazione sul contenuto ostensibile dei documenti può essere impugnata con ricorso ai sensi dell'art. 116 del c.p.a. Sulle motivazioni generiche poste dall'offerente a sostegno delle indicazioni di oscuramento prevalgono le esigenze difensive dell'operatore economico interessato ad ottenere l'esibizione della documentazione in chiaro.

(17)

La decadenza della concessione per mancato esercizio ed intermediazione del potere pubblico

T.a.r. per la Lombardia, Brescia, sezione I, 14 novembre 2024, n. 916 – Pres. Gabbricci, Est. Rizzo

La decadenza della concessione per mancato esercizio non costituisce un effetto che si verifica *ex lege* al ricorrere del presupposto normativo, richiedendo, viceversa, l'intermediazione del potere pubblico attraverso l'emanazione di un provvedimento motivato, all'esito di un procedimento

necessariamente preceduto dalla contestazione al concessionario delle circostanze che giustificano la decadenza. La posizione soggettiva che si fa valere in giudizio riveste la consistenza di interesse legittimo e non di diritto soggettivo; per cui la domanda giudiziale ha ad oggetto l'esercizio di un potere autoritativo di accertamento dell'intervenuta decadenza del rapporto di concessione, spettante all'amministrazione ed avente natura costitutiva. (Nella fattispecie in esame, la sezione dichiara inammissibile la domanda di accertamento della decadenza dalla concessione, sia per omessa sollecitazione della provincia a dichiarare la stessa sia per violazione del divieto, ex art. 34, comma 2, c.p.a., di pronuncia giudiziale con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati).

(18)

"Apostille" e "Adeverinta": rilevanza preclusiva della relativa omissione nella procedura di riconoscimento del titolo conseguito in Romania.

T.a.r. per il Lazio, sezione III-bis, 13 novembre 2024, n. 20177 – Pres. Tomassetti, Est. Caputi

In materia di riconoscimento delle qualifiche professionali conseguite in uno Stato membro dell'Unione europea ai fini dell'esercizio sul territorio nazionale di una professione regolamentata, è illegittimo il provvedimento di rigetto della istanza che sia motivato con riferimento all'assenza nella documentazione prodotta della *"apostille"* ai sensi della convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 o di altra forma di legalizzazione dei documenti presentati. Difatti, si tratta di un adempimento non previsto dalla direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005 e dal decreto legislativo 9 novembre 2007, n. 206 ed inoltre la prassi di richiedere tale *"apostille"* rappresenta un ostacolo alla libera circolazione del mercato interno ai sensi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e non risulta rispettoso del principio di proporzionalità.

L'*apostille* è un timbro che viene apposto dal governo di un Paese firmatario della convenzione dell'Aja 5 ottobre 1961 che riconosce la qualità con cui opera il funzionario pubblico che ha sottoscritto il documento, la veridicità

della firma e l'identità del timbro o del sigillo del quale il documento è rivestito. L'apposizione di tale timbro non rende necessaria la legalizzazione del documento da parte dell'autorità diplomatica del Paese di provenienza (Cass. civ., sez. lav., ordinanza 11 agosto 2022, n. 24697).

È illegittimo il provvedimento di rigetto della istanza di riconoscimento del titolo di formazione professionale conseguito in Romania che sia motivato con riferimento all'assenza nella documentazione prodotta dall'istante della "*Adeverinta*" (ossia il certificato ministeriale recante l'attestato di abilitazione all'insegnamento in una determinata materia), poiché la comparazione tra la formazione compiuta all'estero (Stato di provenienza) e quella prevista dallo Stato di appartenenza va effettuata in concreto; inoltre in mancanza della "*Adeverinta*" possono soccorrere gli attestati di formazione esteri (nel caso di specie, i "Nivel") e nazionali ovvero possono essere disposte misure compensative più significative di quelle ordinarie.

La sezione ha precisato che, con il termine "*Adeverinta*", si fa riferimento all'attestazione con cui la competente autorità dello Stato membro in cui il titolo è stato conferito (nella specie, il Ministero dell'educazione romeno), certifica il valore abilitante della formazione conseguita sul territorio dello Stato, indicando la disciplina specifica in cui l'abilitazione è stata conseguita, oltre alla fascia d'età degli alunni.

Ai sensi dell'art. 51 della direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005 (che impone allo Stato membro di informare il richiedente delle eventuali carenze nella sua documentazione entro un mese dal ricevimento dell'istanza), l'"*Adeverinta*" è passibile di richiesta di integrazione documentale. Solo a far data dal ricevimento della documentazione completa da parte dell'interessato decorre il successivo termine di tre mesi previsto dall'art. 51 per la definizione del procedimento. In materia di riconoscimento delle qualifiche professionali conseguite in uno Stato membro dell'Unione europea ai fini dell'esercizio sul territorio nazionale di una professione regolamentata, i termini previsti dall'art. 51 della direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005, in assenza di espressa indicazione nel senso della loro perentorietà, hanno natura ordinatoria. L'inadempimento del richiedente alla richiesta di integrazione istruttoria dell'amministrazione, peraltro suscettibile di proroga ovvero di sospensione secondo i generali principi di

proporzionalità e di *favor* per la libertà di circolazione, non può condurre *ex se* al rigetto dell'istanza. Difatti, qualora venga presentato un titolo di formazione ai sensi dell'art. 13 della citata direttiva, l'amministrazione deve comunque valutare il percorso di studi del richiedente e decidere eventualmente allo stato degli atti, riconoscendo il titolo, disponendo eventuali misure compensative, ovvero può respingere motivatamente l'istanza.

Consiglio di Stato e Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana – Pareri

(19)

Giochi pubblici diversi dal lotto: parere sulla procedura di rilascio della concessione per l'esercizio e la raccolta.

Consiglio di Stato, sezione I, parere 26 novembre 2024, n. 1441 – Pres. Saltelli, Est. Santise.

Il Consiglio di Stato ha espresso un approfondito parere sulla procedura di rilascio della concessione per l'esercizio e la raccolta a distanza dei giochi pubblici ex articolo 6, comma 5, del decreto legislativo 25 marzo 2024, n. 41 e sul relativo contratto di gioco.

(20)

Lotto automatizzato e altri giochi numerici a quota fissa: parere sulla procedura di rilascio della concessione per l'esercizio e la raccolta.

Consiglio di Stato, sezione I, parere 26 novembre 2024, n. 1440 – Pres. Saltelli, Est. Tagliasacchi.

Il Consiglio di Stato ha espresso un approfondito parere sulla procedura di selezione per l'affidamento in concessione della gestione del servizio del gioco del lotto automatizzato e degli altri giochi numerici a quota fissa.

(21)

Adozione del piano regionale di gestione dei rifiuti.

Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, adunanza di sezione, 5 novembre 2024, n. 257 – Pres. Carlotti, Est. Martines-Rocchetti.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana è legittimato a rilasciare al presidente della Regione un parere circa la procedura per la adozione del provvedimento di aggiornamento del piano regionale di gestione dei rifiuti; infatti, benché il legislatore statale, con l'art. 14-*quater*, comma 1, del d.l. n. 181 del 2023, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 11 del 2024, abbia attribuito al presidente della Regione Siciliana alcuni poteri *extra ordinem*, e benché la figura e le funzioni del Commissario straordinario, come disegnate dal predetto art. 14-*quater*, siano indiscutibilmente riconducibili allo Stato, il quesito riguarda comunque un affare regionale ed è pertanto ammissibile.

Nel caso di specie, il presidente della Regione Siciliana chiedeva al Consiglio di giustizia amministrativa un parere circa la procedura da seguire per la adozione del provvedimento di aggiornamento del piano regionale di gestione dei rifiuti (PRGR), di cui all'art. 199 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152. Il Consiglio ha in primo luogo escluso che esistessero "ragioni ostative alla pronuncia del parere, in quanto la prospettazione della richiesta consultiva attiene ad una questione esegetica di carattere generale e inerente a questioni di pubblico interesse, la cui soluzione potrà guidare l'amministrazione nello svolgersi della successiva azione amministrativa nel suo concreto e futuro esplicarsi"; il rilascio del parere, dunque, non avrebbe comportato né una sostituzione del Consiglio "all'amministrazione nel dovere di quest'ultima di provvedere", né un'invasione del "campo riservato alla differente consulenza prestata alle pubbliche amministrazioni dall'Avvocatura dello Stato, anche in vista della difesa in giudizio".

In secondo luogo, il Consiglio si interrogato sulla qualificabilità del quesito quale “affare concernente la Regione”, posto che l’art. 23 dello Statuto regionale attribuisce al Consiglio una competenza limitata, per l’appunto, ad affari concernenti la Sicilia.

Il problema era costituito dal fatto che, con legge statale, il presidente della Regione era stato nominato commissario alla gestione dei rifiuti, con alcuni poteri *extra ordinem*; e che la figura e le funzioni del Commissario straordinario, come disegnate dall’art. 14-*quater* del d.l. n. 181 del 2023, siano indiscutibilmente riconducibili allo Stato. Il Consiglio ha, tuttavia, ritenuto che, *i*) in primo luogo, “secondo il tenore letterale dell’art. 23, il limite della “regionalità” dell’affare è riferito dal primo comma soltanto agli organi giurisdizionali, ossia all’oggetto delle funzioni giurisdizionali, e non anche all’oggetto di quelle consultive (per il Consiglio di Stato)”; *ii*) in secondo luogo che “la dizione di «affari concernenti la Regione» si presenta assai elastica sotto il profilo giuridico-semanticò e si presta a una applicazione concreta di ampia latitudine (...) la genericità della previsione statutaria appare diretta a ricomprendere – nell’ambito delle potestà cognitive e deliberative del Consiglio di Stato (e della Corte dei conti) - anche tutte le questioni destinate a incidere sul territorio e sui diritti e gli interessi legittimi dei cittadini siciliani, a prescindere dalla competenza di volta in volta statale o regionale di uno specifico affare.”

Ritenuta l’ammissibilità del parere, il Consiglio ha ricostruito il quadro normativo e ricordato i limiti al potere commissariale, precisando che “Il commissario non può ... adottare provvedimenti (eccezionali giacché) in deroga alle leggi vigenti senza un’intermediazione legislativa che espressamente preveda una deroga del genere, indicandone il presupposto, la materia, le finalità dell’intervento e l’autorità legittimata”; che va rispettato il principio di proporzionalità e resa un’adeguata motivazione; che, come si evince del resto dallo stesso art. 14-*quater*, alcune disposizioni restano non derogabili.

Tutto ciò premesso, “L’adozione del piano regionale dei rifiuti ... richiede necessariamente la forma provvedimento dell’ordinanza, previa definizione del procedimento di valutazione ambientale strategica”; ed il Consiglio ha dato indicazioni sullo schema da seguire per la redazione dell’ordinanza.

Normativa e altre novità di interesse

(22)

Decreto legislativo 14 novembre 2024, n. 175 – Testo unico della giustizia tributaria (in G.U., serie generale n. 279 del 28 novembre 2024, S.O. n. 40);

(23)

Decreto legislativo 5 novembre 2024, n. 174 – Testo unico dei tributi erariali minori (in G.U., serie generale n. 279 del 28 novembre 2024, S.O. n. 40);

(24)

Decreto legislativo 5 novembre 2024, n. 173 – Testo unico dei tributi erariali minori (in G.U., serie generale n. 279 del 28 novembre 2024, S.O. n. 40).