

Urbanistica e appalti

Mensile di edilizia, urbanistica, espropriazione,
appalti, lavori pubblici

ANNO XVIII - Direzione e redazione - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

6 2014

www.edicolaprofessionale.com/urbapp

**La ristrutturazione edilizia leggera
nel "decreto del fare"**

**Verifica dell'anomalia
e sindacato giurisdizionale**

**Il risarcimento della *chance* oppositiva
da aggiudicazione**

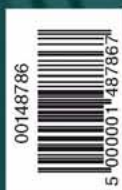
DIREZIONE SCIENTIFICA

Francesco Caringella,
Raffaele Caterina,
Rosanna De Nictolis,
François Lichère, Mariano Protto,
Marco Sica, Aldo Travi

COMITATO SCIENTIFICO

Matteo Baldi, Giovanni Balocco,
Claudio Contessa, Roberto Conti,
Giulia Ferrari, Saverio Musolino,
Luigi Tarantino

TARIFA R.O.C. POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DDB MILANO





Edicola Professionale

L'unica edicola digitale che raccoglie **tutte le riviste IPSOA, CEDAM, UTET Giuridica e il fisco** per

CONSULTARE

RICERCARE

ARCHIVIARE



Da oggi non devi più ricordare in quale fascicolo è stato pubblicato l'articolo che ti serve perché Edicola Professionale ti permette di avere a disposizione con una **sola ricerca oltre 70 riviste** IPSOA, CEDAM, UTET Giuridica e il fisco.

Un **patrimonio bibliografico inimitabile** dove poter consultare dall'**anteprima** dell'ultimo fascicolo, appena chiuso in redazione, allo **storico** degli articoli pubblicati in ambito **legale, fiscale, lavoro, aziendale e amministrativo**.

E con la **ricerca avanzata** per rivista, anno, numero, autore trovi proprio l'articolo che ti serve.

Puoi consultare Edicola Professionale su PC e in mobilità, su tablet e smartphone, grazie all'**app gratuita**.

La consultazione degli articoli di Edicola Professionale è un **servizio esclusivo** e **COMPRESO NELL'ABBONAMENTO**.

Scopri subito Edicola Professionale!
www.edicolaprofessionale.com



IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

CEDAM

UTET[®]
GIURIDICA



il fisco
Gruppo Wolters Kluwer



SPECIALE

LA RIFORMA DEL CODICE APPALTI
di *Rosanna De Nictolis*

617

OPINIONI

Titoli abilitativi LA RISTRUTTURAZIONE EDILIZIA LEGGERA NEL "DECRETO DEL FARE"
di *Paolo Urbani*

631

GIURISPRUDENZA

Costituzionale

OSSERVATORIO
a cura di *Maria Teresa Sempreviva*

636

Civile

Giurisdizione ANCORA SUL RIPARTO DI GIURISDIZIONE NELLE CONTROVERSIE RISARCITORIE PER IL DANNO
DA OCCUPAZIONE APPROPRIATIVA
Cassazione civile, Sez. Un., 17 febbraio 2014, n. 3660
il commento di *Giuseppe Misserini*

638

640

Irregolarità urbanistiche LA NULLITÀ DEL PRELIMINARE DI VENDITA PER IRREGOLARITÀ URBANISTICA DELL'IMMOBILE
Cassazione civile, sez. II, 17 dicembre 2013, n. 28194
il commento di *Domenico Lavermicocca*

645

647

OSSERVATORIO
a cura di *Ignazio Pagani*

656

Amministrativa

Servizi pubblici IL PRINCIPIO DI CORRISPONDENZA DELLE QUOTE PER LAVORI NELL'AMBITO DEI PPP:
IL NUOVO CORSO INAUGURATO DALLA PLENARIA
Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 7
il commento di *Giovanni Balocco*

665

672

Offerte anomale VERIFICA DELL'ANOMALIA DELLE OFFERTE E LIMITI DEL SINDACATO GIURISDIZIONALE
Consiglio di Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 162
il commento di *Antonino Longo*

680

684

Risarcimento danni IL RISARCIMENTO DELLA CHANCE OPPOSITIVA DA AGGIUDICAZIONE
C.G.A. Sicilia, 12 dicembre 2013, n. 929
il commento di *Calogero Commandatore*

691

693

Gara LE "RELAZIONI PERICOLOSE" FRA LA VERIFICA DI ANOMALIA E L'ART. 21-OCTIES DELLA LEGGE
SUL PROCEDIMENTO
T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 31 gennaio 2014, n. 350
il commento di *Claudio Contessa*

701

702

Contributo unificato L'INCOMPATIBILITÀ DEL CONTRIBUTO UNIFICATO NEGLI APPALTI PUBBLICI CON LA DIRETTIVA
RICORSI
T.R.G.A., Trentino A. Adige, Trento, sez. unica, ord. 29 gennaio 2014, n. 23
il commento di *Luca Presutti*

708

709

OSSERVATORIO
a cura di *Giulia Ferrari e Luigi Tarantino*

724

Penale

OSSERVATORIO

a cura di *Alessio Scarcella*

728

INDICI

Indice degli autori, indice cronologico, indice analitico

733

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

A. Angeletti, G. Acquarone, M. Andreis, A. Bartolini, M. Bombardelli, C. Cacciavillani, M. M. Cafagno, R. Caranta, M. P. Chiti, F. Cintioli, S. Civitarese Matteucci, A. Clarizia, G. Clemente di San Luca, G. D. Comporti, M. Dugato, M. Esposito, R. Ferrara, F. Figorilli, E. Follieri, F. Fracchia, C. E. Gallo, G. Gardini, M. Immordino, G. Manfredi, F. Manganaro, B. Marchetti, M. Mazzamuto, A. Meale, G. Morbidelli, N. Paolantonio, V. Parisio, E. Picozza, M. Renna, G. Rossi, F. Saitta, D. Vaiano, F. Volpe, A. Zito

Urbanistica e appalti

Mensile di edilizia, urbanistica, espropriazione,
appalti, lavori pubblici

RESPONSABILI DI SETTORE

Diritto costituzionale: Maria Teresa Sempreviva**Diritto civile:** Ignazio Pagani**Diritto penale:** Alessio Scarcella

Diritto amministrativo:

— Ambiente: Martino Colucci

— Appalti pubblici: Roberto Damonte, Mauro

Giovannelli, Barbara Mameli, Carmen Mucio

— Edilizia e Urbanistica: Mario Bassani, Cesare

Lamberti, Antonello Mandarano

— Espropriazione e beni culturali: Paolo

Carpentieri, Stefano Fantini

— Processo Amministrativo: Massimo Andreis,

Paolo Patrito

Diritto comunitario: Francesco Leggiadro

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Ines Attorresi
Maria Grazia Bonacini (mariagrazia.bonacini@wki.it)
Francesco Cantisani

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche Srl
Viale Italia, 12 - 20094 Corsico (MI) - Tel. 02/57789422

STAMPA

GECA S.r.l. - Via Monferrato, 54
20098 San Giuliano Milanese (MI) - Tel. 02/99952L'elaborazione dei testi, anche se curata con
scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche
responsabilità per eventuali errori o inesattezzePer informazioni su gestione abbonamenti,
numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc. scrivere
o telefonare a:**IPSOA Servizio Clienti**
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799
Servizio risposta automatica:
telefono (02) 82476.999Per informazioni in merito a contributi, articoli
ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:**Casella Postale 12055 - 20120 Milano**
telefono (02) 82476.837 - telefax (02) 82476.079

PUBBLICITÀ:

db Consulting
EVENTS & ADVERTISINGdb Consulting srl Event & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168 - 21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.itAutorizzazione del Tribunale di Milano n. 686
del 18 novembre 1996Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione
in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in
L. 27 febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa
con il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-
dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e
si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da
comunicarsi entro 30 gg. prima della data di scadenza a
mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer
Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori 20090 Assago
(MI).Servizio Clienti: tel. 02 824761 - e-mail:
servizio.clienti@wki.it - www.ipsoa.it/servizioclienti
Compresa nel prezzo dell'abbonamento Urbanistica e
appalti on-line consultabile all'indirizzo
www.edicolaprofessionale.com/urbapp

ITALIA

Abbonamento annuale: € 230,00

ESTERO

Abbonamento annuale: € 460,00

MAGISTRATI E UDITORI GIUDIZIARI - sconto del
30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla
rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di
zona (www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via
posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Strada 1 Pal. F6,
20090 Milanofiori Assago (MI) o via fax al n. 02-
82476403
o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali
al n. 02-82476794.Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare
fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante
l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere
iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

— Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a
WKI S.r.l. Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6,
Milanofiori

oppure

— Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile
intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Indicare nella
causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di
abbonamento

Prezzo copia: € 24,00

**È disponibile l'annata arretrata rilegata
al prezzo di € 215,00**

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico
è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi
e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74
del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989
e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, La
informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su
database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia
S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Pa-
lazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e
sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati.
Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguar-
dano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti
postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno uti-
lizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n.
196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o ser-
vizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei
potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7
del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai
Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione
per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi
dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diret-
ta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco
aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante
comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia
S.r.l. PRIVACY, Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-
Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al nu-
mero: 02.82476.403

La riforma del codice appalti

a cura di ROSANNA DE NICTOLIS

Giurisprudenza

LA PLENARIA N. 1/2014: DÀ ATTO DELLA RINUNCIA AL RICORSO E NON DECIDE LA QUESTIONE DELL'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE SUL POSSESSO DEI REQUISITI MORALI

L'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 14 agosto 2013 n. 4173 (Pres. Baccarini - Est. Lopilato) aveva rimesso all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione se l'art. 38, comma 2, lett. c), codice dei contratti pubblici, che impone ai partecipanti alla gara di dichiarare l'esistenza di sentenze o di decreti penali di condanna, imponga alla stazione appaltante l'obbligo di rendere una adeguata motivazione non solo nel caso di esclusione dalla gara, ma anche nel caso di ammissione, indicando le ragioni per cui non si può ritenere che i fatti di reato menzionati nella dichiarazione non incidano sulla moralità professionale.

La Sezione Sesta ha ritenuto di sollevare la questione, dubitando della condivisibilità dell'orientamento per il quale la stazione appaltante non è tenuta ad esplicitare le ragioni per le quali ritiene che il precedente penale, dichiarato dal concorrente, non incida sulla sua moralità professionale (in tal senso, Cons. St., sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583; Id., sez. V, 30 giugno 2011, n. 3924; Id., sez. VI, 24 giugno 2010, n. 4019).

Tuttavia la Plenaria con la decisione 17 gennaio 2014 n. 1 (Pres. Giovannini - Est. Polito) non ha deciso nel merito essendo sopravvenuta la rinuncia al ricorso, di cui la Plenaria dà atto.

LA PLENARIA N. 7/2014: ANCORA SUL RAPPORTO TRA RICORSO PRINCIPALE E INCIDENTALE; IL CD. *HOUSING* SOCIALE HA NATURA DI CONCESSIONE DI SERVIZI

L'ordinanza di rimessione della sez. V, 15 aprile 2013 n. 2059, aveva rimesso alla Plenaria nuovamente la questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale.

Chiedeva inoltre, in relazione a una fattispecie di *housing* sociale, se vi fosse estensibile la disciplina delle ATI in tema di corrispondenza di quote di qualificazione, partecipazione, esecuzione.

La Plenaria 31 gennaio 2014 n. 7 (Pres. Giovannini - Est. Poli) fornisce una esegesi della precedente Plenaria n. 4/2011, osservando che il ricorso incidentale, nel giudizio avente ad oggetto procedure di gara, va esaminato con priorità rispetto a quello principale solo se sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario (perché è stato illegittimamente ammesso dall'amministrazione); tale evenienza non si verifica allorquando il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale.

Quanto all'*housing* sociale, esso viene qualificato dalla Plenaria come concessione di servizi, considerando l'*housing* sociale come un servizio pubblico locale di rilievo economico e a domanda individuale, da realizzarsi mediante partenariato pubblico-privato.

Ciò posto, secondo la Plenaria, l'art. 37, comma 13, del codice dei contratti pubblici, che impone ai concorrenti riuniti, già in sede di predisposizione dell'offerta, l'indicazione della corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni (per i contratti di appalto di lavori, servizi e forniture fino al 14 agosto 2012 e per i soli contratti di appalto di lavori a decorrere dal 15 agosto 2012) - pur prevedendo un requisito di ammissione dell'offerta a pena di esclusione, necessario pur se non richiesto dal bando - non esprime un principio generale desumibile dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero dalla disciplina dei contratti pubblici di appalto, sicché ai sensi dell'art. 30, comma 3, del medesimo codice, non può trovare applicazione ad una selezione per la scelta del concessionario di un pubblico servizio locale di rilievo economico e a domanda individuale (come va considerata una iniziativa di partenariato pubblico-privato per la realizzazione di un programma di *housing* sociale).

Nella specie, l'Adunanza Plenaria ha ravvisato l'indizione di una selezione per la scelta del concessionario di un pubblico servizio locale di rilievo economico e a domanda individuale, sulla base di un articolato esame della normativa europea e nazionale e della giurisprudenza rilevante in materia (cfr. da ultimo Corte giust., 15 ottobre 2009, C-196/08; 13 settembre 2007, C-260/04; Corte cost., 7 giugno 2013, n. 134; 12 aprile 2013, n. 67; 20 luglio 2012, n. 199; 17 novembre 2010, n. 325; Cass. civ., Sez. Un., 15 giugno 2009, n. 13892; 22 agosto 2007, n. 17829; Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13; 3 marzo 2008, n. 1; cfr. anche le comunicazioni interpretative della Commissione europea 5 febbraio 2008 e 12 aprile 2000; le direttive 2004/18 e 2004/17; gli artt. 3, comma 12, e 30 codice dei contratti pubblici; gli artt. 112 e 113 TUEL; le circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri nn. 3944 del 1° marzo 2002 e 8756 del 6 giugno 2002).

LA PLENARIA N. 8/2014

La pLenaria n. 8/2014 si occupa di:

1) rapporto tra appello del dispositivo e della motivazione nel rito appalti;

- 2) modalità di custodia dei plichi nelle gare di appalto;
- 3) modalità di verbalizzazione delle operazioni di custodia dei plichi;
- 4) legittimazione ad impugnare la decisione della p.a. di non sottoporre le offerte successive alla prima alla verifica di anomalia, il confine dell'interesse strumentale e della giurisdizione di merito.

L'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013 n. 761 ha rimesso alla Plenaria sei questioni (con una delle sei contenente una principale e una subordinata) in materia di pubblici appalti, alcune di carattere processuale altre di carattere sostanziale.

La Plenaria 3 febbraio 2014 n. 8 (Pres. Giovannini - Est. Polito) ne ha esaminate solo alcune.

La prima questione, di carattere processuale, attiene al rapporto tra appello avverso il dispositivo e appello avverso la motivazione, e all'ammissibilità di un appello avverso la motivazione della sentenza che viene strutturato come "motivi aggiunti" - che fanno in parte rinvio all'appello avverso il dispositivo - , anziché come appello autonomo.

Secondo l'ordinanza di remissione l'appello avverso il dispositivo è tipicamente cautelare.

Si tratta di stabilire se si tratti di appelli autonomi l'uno dall'altro, o di un unico appello costituito da una fattispecie a formazione progressiva.

L'accoglimento dell'una o dell'altra tesi ha importanti implicazioni in ordine alla forma e al contenuto del secondo appello, quello avverso la sentenza: se il rapporto è di autonomia, il secondo atto deve avere la forma o quantomeno la sostanza di appello autonomo contenente l'esposizione completa dei fatti e dei motivi, senza possibilità di fare rinvio all'appello avverso il dispositivo; se il rapporto è in termini di fattispecie a formazione progressiva, il secondo appello può operare una *relatio* all'appello avverso il dispositivo.

L'ordinanza di remissione propende per la tesi dell'autonomia dei due appelli, quello avverso il dispositivo e quello avverso la sentenza, e indica i relativi argomenti, ma riporta anche quelli a sostegno della tesi opposta, della fattispecie a formazione progressiva.

La Plenaria n. 8/2014 ritiene che dal dato testuale dell'art. 19, comma 6, c.p.a., emerge il riferimento unitario al mezzo di impugnazione che trova disciplina negli artt. 91 e seguenti c.p.a.

Esso, in relazione alla peculiarità delle materie oggetto del contendere ed in vista dell'esigenza di assicurare la più celere tutela in sede giudiziale, può essere introdotto con immediatezza fin dalla pubblicazione del dispositivo della sentenza, salvo la definitiva determinazione del *thema decidendum* ad avvenuta pubblicazione della sentenza completa della motivazione.

Su un piano sistematico non emerge che l'art. 119, comma 6, c.p.a. abbia inteso enucleare un mezzo di impugnazione tipizzato nell'ambito della generale disciplina dell'appello dettata agli artt. 100 ss. c.p.a.

Non si determina, quindi, una scissione dell'azione impugnatoria nei due momenti in cui ne è ammesso l'esercizio, prima avverso il dispositivo e poi contro la sentenza. Si versa a fronte di due momenti che sono espressione del medesimo potere di impugnazione della parte, cui segue l'effetto devolutivo della controversia in un primo tratto limitatamente all'emissione di misure cautelari, nel secondo con effetto di cognizione piena del merito della controversia in relazione ai motivi di impugnativa che il ricorrente è posto in condizione di articolare.

L'impostazione suindicata permette di superare ogni questione meramente formale sugli elementi contenutistici del primo e del secondo atto di appello e dei limiti dell'effetto devolutivo in caso di parziale corrispondenza del secondo atto rispetto al primo.

Tale conclusione è, inoltre, coerente con la regola di sinteticità degli atti di parte nel processo amministrativo che - enunciata di massima all'art. 3, comma 2, c.p.a., e puntualizzata all'art. 120, comma 10, c.p.a. con riguardo al contenzioso relativo a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture - persegue l'intento di prevenire reiterazioni, ridondanze e duplicazioni dei contenuti degli atti di parte. In conclusione - l'art. 119 comma 6, c.p.a., non prefigura un *tertium genus* di tutela cautelare - oltre quella prevista dall'art. 62 c.p.a. nei confronti delle ordinanze cautelari e dall'art. 98 contro le sentenze del TAR - ma, senza scissione dell'azione impugnatoria, in relazione alla specificità della materia per le quali è previsto il rito abbreviato, assicura l'anticipazione delle misure cautelari in presenza della sola pubblicazione del dispositivo.

Stante, inoltre, il rapporto di simmetria fra tutela cautelare e possibile esito del giudizio di merito, la parte che abbia anticipato la tutela avverso il dispositivo della sentenza è onerata in prosieguo della compiuta deduzione dei motivi di appello, una volta perfezionata la pubblicazione della sentenza, onde non incorrere nella declaratoria di improcedibilità dell'impugnazione contro il dispositivo e nella perdita di efficacia di ogni misura cautelare eventualmente accordata.

Non incorrono, quindi, nella sanzione di inammissibilità i motivi aggiunti per la mancanza di una compiuta e separata esposizione in tale sede dei fatti su cui si innesta la controversia e per il parziale rinvio a considerazioni espresse nell'impugnazione del dispositivo.

La seconda questione sempre di carattere processuale, rimessa alla Plenaria, atteneva all'ordine di esame dei motivi di ricorso, che la parte abbia graduato.

Tale questione non è stata esaminata dalla Plenaria, perché ritenuta assorbita (par. 2.4. della decisione n. 8/2014).

La terza e la quarta questione rimessa alla Plenaria attengono alle modalità di custodia dei plichi in gara e alle relative modalità di verbalizzazione.

L'ordinanza rileva che non vi è sempre univocità di posizioni, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, in ordine alle formalità che la stazione appaltante, e per essa la commissione di gara, deve rispettare per assicurare la integrità dei plichi, e in ordine alle modalità di verbalizzazione di tali formalità.

La giurisprudenza che sembra assolutamente prevalente richiede un certo rigore in ordine alle misure da adottare per garantire la conservazione e integrità dei plichi contenenti le offerte, in modo che ne sia assicurata la segretezza, e esige che le cautele adottate siano puntualmente indicate nel verbale.

Secondo un meno severo orientamento, che appare oggi minoritario ma che tuttavia viene seguito anche di recente sia dal Consiglio di Stato sia da alcuni TAR, la mancanza delle su citate cautele assume solo un ruolo indiziario rispetto alla dimostrazione di elementi che facciano dubitare della corretta conservazione, occorrendo comunque provare che vi sia stata una violazione dell'integrità e segretezza dei plichi.

Secondo l'ordinanza di rimessione è da seguire l'impostazione prevalente, più rigorosa e garantista.

E tuttavia l'ordinanza rileva che pur nell'ambito dell'orientamento più severo, non è del tutto chiaro quale sia l'esatto "decalogo" delle modalità di conservazione e verbalizzazione dei plichi.

L'ordinanza rimette pertanto all'esame della Plenaria:

- anzitutto la questione se debba essere seguito l'orientamento più rigoroso o quello meno rigoroso in tema di modalità di verbalizzazione delle operazioni di custodia dei plichi;

- in subordine, ove la Plenaria confermi l'orientamento assolutamente prevalente della giurisprudenza secondo cui è necessario custodire i plichi e darne atto a verbale, e l'omessa custodia e verbalizzazione inficiano di per sé le operazioni di gara, anche in difetto di indizi specifici di manomissione dei plichi, la questione di quali debbano essere le esatte modalità di custodia dei plichi e le modalità di verbalizzazione in ordine alle operazioni di custodia dei plichi.

La Plenaria accoglie una soluzione non formalista.

Osserva che gli adempimenti della commissione in tema di modalità di conservazione e di custodia dei plichi a prevenzione di manomissioni da cui possa derivare l'alterazione di atti del procedimento quali inizialmente introdotti dai partecipanti alla gara, sono operazioni materiali che non coinvolgono la volontà negoziale dell'Amministrazione, ma sono finalizzate a garantire la genuinità dell'oggetto su cui la commissione è chiamata ad esprimersi.

Né il codice dei contratti pubblici, né il relativo regolamento di attuazione recano prescrizioni di dettaglio in ordine all'espletamento di dette operazioni. Il regolamento contiene un limitato riferimento alle sedute di gara (art. 117) per le quali è, in particolare, prevista la possibilità di sospensione e di aggiornamento a data successiva, con esclusione della fase di apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

In assenza, quindi, di specifiche regole procedurali a livello di disciplina generale - salvo i casi di una più puntuale regolamentazione da parte di atti generali delle singole amministrazioni aggiudicatrici, cui la commissione esaminatrice deve rigorosamente attenersi - secondo la Plenaria non può essere elevato di per sé a vizio del procedimento (nel profilo della violazione di legge) l'omessa indicazione in verbale di operazioni singolarmente prese in considerazioni quali, a titolo di esemplificazione, l'identificazione del soggetto responsabile della custodia dei plichi, ovvero il luogo di custodia dei plichi stessi, nel tempo che separa ogni seduta dalla successiva.

L'attenzione si sposta, quindi, sugli adempimenti complessivamente osservati dalla commissione a salvaguardia della segretezza delle offerte, dell'integrità degli atti di gara e del pericolo di manomissione.

Il veicolo per l'espressione di un giudizio di sufficienza in ordine a dette operazioni - che investe cioè l'assenza di elementi e circostanze che possano viziare, sul piano sintomatico, per eccesso di potere la condotta del collegio giudicante in quanto contraria ai principi trasparenza, buon andamento e parità di trattamento dei concorrenti - è il verbale che deve accompagnare le operazioni di gara.

Il verbale è redatto in via ordinaria per ogni adunanza dell'organo collegiale ed ha funzione ricognitiva e documentale delle operazioni compiute e delle deliberazioni assunte.

L'art. 78 del codice degli appalti elenca, al comma 1, elementi informativi essenziali e minimali da cui deve essere assistito il verbale da redigersi per "ogni contratto". Essi non prendono, tuttavia, in considerazione le modalità di custodia dei plichi nella fase che intercorre fra una seduta e l'altra. Ancora una volta non si rinviene un puntuale dato normativo cui raccordare il giudizio di sufficienza della verbalizzazione, cui l'ordinanza di remissione raccorda l'effetto invalidante del concorso.

Deve quindi pervenirsi alla conclusione che - fermi di massima sul piano funzionale i principi di sufficienza ed esaustività del verbale - la mancata e pedissequa indicazione in ciascun verbale delle operazioni finalizzate alla custodia dei plichi non può tradursi, con carattere di automatismo, in effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo collegandosi per implicito all'insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed all'integrità delle offerte. Ciò anche in ossequio al principio di conservazione dei valori giuridici, il quale porta ad escludere che l'atto deliberativo possa essere viziato per incompletezza dell'atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, salvo i casi in cui puntuali regole dettate dall'amministrazione aggiudicatrice indichino il contenuto essenziale del verbale.

Ogni contestazione del concorrente volta ad ipotizzare una possibile manomissione, o esposizione a manomissione dei plichi, idonea ad introdurre *vulnus* alla regolarità del procedimento di selezione del contraente non può, quindi, trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvencono nel verbale redatto per ogni adunanza della commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla cd. genuinità dell'offerta, che va preservata in corso di gara. Peraltro per quanto le modalità di conservazione siano state accurate e rigorose (ad es. chiusura in cassaforte o altro) non si potrà mai escludere che vi sia stata una dolosa manipolazione (ad es. ad opera di chi conosceva la combinazione per aprire la cassaforte) e che chi sia interessato a farlo possa darne la prova. Viceversa, il fatto che le modalità di conservazione siano state meno rigorose non autorizza a presumere che la manipolazione vi sia stata, a meno che non vengano prodotte in tal senso prove o quanto meno indizi.

Si ha, quindi, un vizio invalidante qualora sia positivamente provato, o quanto meno vi siano seri indizi, che le carte siano state manipolate negli intervalli fra un'operazione e l'altra. In siffatto contesto l'annotazione a verbale delle modalità di conservazione ha semplicemente l'effetto di preconstituire una prova dotata di fede privilegiata (artt. 2699 e 2700 c.c.), e quindi di prevenire o rendere più difficili future contestazioni; ma così come tali annotazioni, per quanto accurate, non impediranno mai a chi vi abbia interesse a dare la prova dell'avvenuta manipolazione (passando anche attraverso il procedimento di querela di falso, ove necessario), allo stesso modo la mancanza o l'incompletezza delle stesse annotazioni, ovvero la scarsa (in ipotesi) efficacia delle modalità di custodia, avranno solo l'effetto di rendere meno arduo il compito di chi voglia raggiungere quella prova, o rappresentare quegli indizi.

La quinta questione sottoposta alla Plenaria è se la parte, che in primo grado abbia fatto una domanda al giudice che implica un potere di merito del giudice (compimento della verifica di anomalia dell'offerta), una volta che tale potere di merito sia esercitato su sua richiesta ma in modo difforme dalle sue aspettative, possa poi appellare contestando l'*an* del potere del giudice da essa stessa sollecitato in primo grado.

"Se ciò che è stato chiesto in primo grado al giudice è stato di compiere la verifica di anomalia, la parte richiedente non può in appello dolersi, *secundum eventum litis*, che il giudice abbia condotto la verifica di anomalia in sostituzione dell'amministrazione (e in modo diverso dalle aspettative della ricorrente)".

La sesta questione attiene alla legittimazione ad agire per lamentare l'omessa verifica di anomalia da parte della stazione appaltante.

In relazione alla quinta e sesta sezione la Plenaria n. 8/2014 osserva quanto segue.

Le questioni introdotte al riguardo non introducono un sindacato di merito in ordine al potere di esame delle offerte prodotte esercitato dalla commissione di gara. La sfera di valutazione della congruità dell'offerta è, infatti, espressione di discrezionalità cd. tecnica della stazione appaltante, che è sempre suscettibile di sindacato esterno nei profili dell'eccesso di potere per manifesta irragionevolezza, erronea valutazione dei presupposti, contraddittorietà.

Il concorrente può, quindi, introdurre in giudizio elementi che sul piano sintomatico, in modo pregnante, evidente, e decisivo rendano significativo il vizio di eccesso di potere in cui possa essere incorso l'organo deputato all'esame dell'anomalia.

L'interesse strumentale all'esercizio del potere fatto valere non è quindi disancorato da un vizio da cui si assume affetta sul piano sostanziale la fase procedimentale contestata e trae sostegno, come posto in rilievo dall'ATI appellante, nell'effetto conformativo dell'auspicata pronunzia di annullamento.

Né siffatto sindacato riceve preclusione dall'art. 34, comma 2, c.p.a., che fa divieto al giudice amministrativo di pronunziarsi "con riferimento a poteri amministrativi non ancor esercitati", poiché la questione introdotta interviene dopo che tutte le offerte sono già venute all'esame della stazione appaltante e dà rilievo a profili che sono elevati, sul piano sintomatico, a vizio di un non corretto esercizio del potere di scelta della migliore offerta, per non aver dato rilievo ad estremi di manifesta incongruità di talune di esse.

È, quindi, consentito il sindacato esterno del giudice amministrativo sull'operato dell'organo deputato all'esame delle offerte, in presenza di elementi che il concorrente elevi a vizio di eccesso di potere in cui la stazione appaltante si assume sia incorsa per una non corretta disanima di elementi contenutistici tali da evidenziare una palese incongruità dell'offerta.

In capo ai soggetti classificati dal terzo posto a seguire, non sussiste la legittimazione e l'interesse a contestare l'aggiudicazione (per anomalia dell'offerta aggiudicataria), quando non possono essi stessi conseguire l'aggiudicazione, che andrebbe alla seconda classificata, la cui offerta risulti non anomala.

Escluso invero, in esito a sindacato esterno del g.a., ogni sospetto di anomalia dell'offerta seconda graduata, che avrebbe potuto indurre la stazione appaltante ad attivare il procedimento di verifica, ancorché non obbligatorio, onde rendere indenne da ogni vizio di eccesso di potere, nei profili della ragionevolezza ed appropriatezza, la fase di esame del contenuto delle offerte, la legittimazione della terza classificata al sindacato dell'offerta aggiudicataria si caratterizza come debole, perché in alcun modo dalle censure rivolte contro l'offerta prima classificata potrebbe conseguire l'aggiudicazione che spetterebbe, invece, alla seconda graduata.

Tale conclusione è coerente con l'interesse alla cui tutela è indirizzata l'impugnativa che non riceve immediata soddisfazione da una pronunzia di annullamento o di condanna, ma resta condizionato alla riedizione da parte dell'Amministrazione del potere di esame delle offerte.

L'utilità o bene della vita cui aspira il concorrente - in una giurisdizione che si caratterizza di diritto soggettivo e non oggettivo, e cioè di mera tutela della legalità dell'azione amministrativa - deve porsi in rapporto di prossimità, regolarità ed immediatezza causale rispetto alla domanda di annullamento proposta e non restare subordinata da eventi, solo potenziali ed incerti, dal cui verificarsi potrebbe scaturire il vantaggio cui mira il contenzioso introdotto.

L'interesse strumentale alla caducazione dell'intera gara ed alla sua riedizione assume, quindi, consistenza sempre che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta; esso deve cioè aderire in modo rigoroso e con carattere di immediatezza e di attualità all'oggetto del giudizio.

La collocazione al terzo posto in graduatoria non comporta di per sé - con carattere di automatismo - il difetto di legittimazione del concorrente terzo graduato ad introdurre contestazione sulle scelte operate dalla stazione appaltante in ordine all'opportunità di procedere o meno all'esame discrezionale di una supposta anomalia dell'offerta dei concorrenti collocati in posizione *potiore*, in presenza di evidenti e conclamati profili di eccesso di potere che inficino la fase di cognizione ed esame dell'offerta del secondo graduato, la cui possibile estromissione di gara consentirebbe lo scorrimento in posizione utile per poter aspirare all'aggiudicazione.

In tale ipotesi non si dà ingresso ad una tutela di cd. diritto oggettivo, poiché la contestazione è introdotta nell'interesse di parte e, alla luce dell'art. 113 della Costituzione, non può soffrire limiti in relazione alla singolarità della fattispecie provvedimentale. Tantomeno si impinge nel merito di scelte della stazione appaltante, perché il sindacato si caratterizza come esterno e si attua nei limiti della verifica di eventuali vizi di eccesso di potere che possano aver inficiato il tratto procedimentale di verifica dell'anomalia delle offerte prima di procedere all'aggiudicazione.

Ove, tuttavia, si fatta evenienza, come nel caso di specie, non ricorra, l'impresa terza classificata non è portatrice di un interesse strumentale concreto e diretto all'annullamento degli atti impugnati ed alla rinnovazione della procedura, poiché dall'auspicato rinnovo non può derivare alcuna *chance* di vittoria stante la postergazione al secondo concorrente utilmente graduato.

La settima questione attiene al riparto di competenza tra RUP, commissione di gara, apposita commissione, quanto alla verifica di anomalia.

La Plenaria n. 8/2014 non ha esaminato tale questione ritenendola non rilevante nel caso.

LA PLENARIA N. 9/2014

La Plenaria n. 9/2014 si occupa di:

- 1) tassatività della cause di esclusione nelle procedure di gara;
- 2) ambito di applicazione del cd. soccorso istruttorio;
- 3) legittimazione al ricorso dell'impresa esclusa e rapporti tra ricorso principale e incidentale.

Alla Plenaria sono state rimesse le seguenti questioni, tra cui una sollecitazione ad un *revirement* sull'ordine di esame di ricorso principale e incidentale in materia di pubblici appalti (Cons. Stato, sez. VI, ord. 17 maggio 2013, n. 2681):

a) se, ed eventualmente in che misura, nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 4, comma 2, lett. d) del D.L. 11 maggio 2011, n. 70, convertito in L. 12 luglio 2011, n. 106, possa già ritenersi vigente un principio di tassatività della cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di contratti pubblici;

b) se, in particolare, debbano ritenersi illegittime, per la violazione di tale principio, le clausole che impongono a pena di esclusione adempimenti documentali o formali privi di una base normativa espressa;

c) se, ed in che misura, ove si dovesse, al contrario, concludere per la validità di dette clausole "atipiche" di esclusione, sia comunque onere per la stazione appaltante, alla luce del generale principio del soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1, codice appalti, invitare il concorrente, prima di disporre l'esclusione, ad una "regolarizzazione" documentale, consentendogli l'eventuale produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la regolarizzazione della forma omessa, nei casi in cui l'omissione formale o documentale non incida sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione e sulla capacità tecnica ed economica del concorrente.

Quanto al soccorso istruttorio l'ordinanza di remissione evidenzia un contrasto di giurisprudenza tra tesi restrittiva e tesi estensiva, aderendo alla seconda, ritenendo che il soccorso istruttorio debba supplire al rigore delle forme e debba servire ad emendare errori formali.

Viene poi rimessa all'Adunanza Plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 3, c.p.a., la questione - già esaminata dalla sentenza n. 4 del 2011 - della sussistenza o meno della legittimazione del soggetto escluso dalla gara per atto dell'Amministrazione (ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale) ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, al fine di dimostrare che anche questo doveva essere escluso dalla gara e soddisfare in tal modo l'interesse strumentale alla eventuale ripetizione della procedura.

In parte qua l'ordinanza di remissione ricorda le critiche giurisprudenziali e dottrinali alla Plenaria n. 4/2011, che fa proprie e amplia con ulteriori argomenti.

In punto di fatto, giova premettere che il contenzioso non riguardava un contratto sottoposto al codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006), bensì una gara per l'affidamento di concessione di bene pubblico (di specchio d'acqua), e il bando di gara non richiamava il codice dei contratti pubblici.

La Plenaria 25 febbraio 2014 n. 9 (Pres. Giovannini - Est. Poli) ha enunciato i seguenti principi di diritto, riferiti sia ai contratti soggetti al D.Lgs. n. 163/2006 sia ad altri contratti pubblici:

a) «l'art. 4, comma 2, lett. d), nn. 1 e 2, D.L. 13 maggio 2011 n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso "Tassatività delle cause di esclusione" nella rubrica dell'art. 46, del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis - non costituisce una norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha effetti retroattivi e trova esclusiva applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano pubblicati (nonché alle procedure senza bandi o avvisi, i cui inviti siano inviati), successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del D.L. n. 70 del 2011»;

b) «il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1-bis, codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice»;

c) «sono legittime ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali»;

d) «nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall’art. 46, comma 1, del medesimo codice (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali»;

e) «nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall’art. 6, comma 1, lett. b), L. 7 agosto 1990 n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima - per violazione dell’art. 6, comma 1, lett. b), L. 7 agosto 1990, n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l’inosservanza di una prescrizione meramente formale»;

f) “il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c., secondo l’ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell’accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell’azione”;

g) “nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un’eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell’amministrazione; tuttavia, l’esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile”;

h) “nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall’amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale”;

i) “nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell’Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell’accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l’aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione”.

In relazione alla prima questione e principio di diritto, inerente la retroattività o meno del principio di tassatività delle cause di esclusione, introdotto nel codice appalti dal D.L. n. 70/2011, la Plenaria conclude per la non retroattività in base alla considerazione che la norma in esame non ha natura di interpretazione autentica.

Infatti non si rinviene alcuno degli indici rivelatori di tale peculiare categoria di norme, elaborati dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, europea ed amministrativa [Corte EDU, sez. II, 7 giugno 2011, *Agrati*; Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209; 6 dicembre 2004, n. 376; Cons. Stato, Ad. Plen., 24 maggio 2011, n. 9].

Con il terzo principio di diritto la Plenaria precisa la portata e l’ambito oggettivo del principio di tassatività delle cause di esclusione riprendendo le precedenti Plenarie n. 21/2012 e n. 14/2013, meglio precisando la casistica delle cause di esclusione e la portata dei bandi di gara e la nullità o mera illegittimità delle clausole del bando.

In relazione alle gare disciplinate dal codice dei contratti pubblici si potranno secondo la Plenaria verificare le seguenti ipotesi:

a) legge di gara che esplicitamente recepisce (o rinvia) (a) le disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento attuativo o di altre leggi statali, che prevedono adempimenti doverosi a pena di esclusione; in tal caso la violazione dell’obbligo conduce de plano all’esclusione dell’impresa;

b) legge di gara silente sul punto; in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell’art. 1339 c.c., alla etero integrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell’obbligo, all’esclusione del concorrente (cfr. sul punto Ad. Plen., 5 luglio 2012, n. 26; 13 giugno 2012, n. 22);

c) legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; in tal caso la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice;

d) legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina incompatibile; in tal caso occorre una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l’esclusione dell’impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento.

In relazione a queste ultime statuizioni, si osserva che trattasi di conseguenze discendenti dall’applicazione di consolidati principi (espressi dalla Plenaria e che si confermano *in toto*, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 14; 24 maggio 2011, n. 9; 27 gennaio 2003, n. 1; 4 dicembre 1998, n. 1/ord.), secondo cui il bando: I) è un atto amministrativo generale, d’indole imperativa, recante il compendio delle regole (ed in particolare quelle afferenti alle cause di esclusione), cui devono attenersi sia i concorrenti che l’Amministrazione; II) è costitutivo di effetti eventualmente anche derogatori rispetto alla disciplina introdotta dalle fonti di rango primario o regolamentare e come tale non disapplicabile da parte dell’Amministrazione e del giudice amministrativo, potendo essere oggetto

solo di specifica impugnativa; III) deve essere interpretato secondo il criterio formale (testuale ed oggettivo), con esclusione di letture ermeneutiche in chiave soggettiva ed integrativa, e con l'applicazione automatica e vincolata dell'esclusione laddove previsto dalla normativa di gara.

Con la quarta e quinta massima la Plenaria si è occupata del potere di soccorso istruttorio e della sua diversa portata nel codice appalti e fuori dal codice appalti (per altri contratti o procedimenti amministrativi).

La Plenaria conferma la costante rigorosa interpretazione da parte del Consiglio di Stato del potere di soccorso istruttorio [Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248; sez. V, 25 giugno 2007, n. 3645; sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423; sez. V, 20 maggio 2002, n. 2717].

Tale impostazione risulta viepiù confermata dopo l'introduzione dell'autonomo principio di tassatività delle cause di esclusione che ha drasticamente diminuito le fattispecie escludenti (fra cui quelle incentrate su vizi meramente formali), riducendo, a monte, le occasioni di invocare l'esercizio del cd. "potere di soccorso" in funzione sanante; ovviamente rimane ferma (ed è anzi implementata in considerazione della riduzione dell'area delle fattispecie escludenti), la piena operatività del "potere di soccorso" in funzione della mera regolarizzazione di adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell'esclusione.

In dettaglio, i principi sul "soccorso istruttorio" disciplinato dal codice dei contratti pubblici, sono secondo la Plenaria i seguenti:

a) il "soccorso istruttorio" si risolve, giusta il tenore letterale della norma (laddove afferma "... invitano, se necessario ...") e la sua *ratio essendi*, non in una facoltà, ma in un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor participationis* e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti che saranno appresso precisati;

b) il "soccorso istruttorio", dal punto di vista sistematico, rappresenta una applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, L. 7 agosto 1990 n. 241 che impone all'amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara;

c) l'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il cd. "potere di soccorso", avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alteri la *par condicio*, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura;

d) l'esegesi rigorosa del "soccorso istruttorio" trova piena giustificazione anche in considerazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione;

e) per meglio definire il perimetro del "soccorso istruttorio" è necessario distinguere tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale": la linea di demarcazione discende *naturaliter* dalle qualificazioni stabilite *ex ante* nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso"; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi;

f) giusta il tenore testuale dell'*incipit* del comma 1 in esame ("1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45 ..."), il "soccorso istruttorio" consente di completare dichiarazioni o documenti già presentati (ma, giova ribadirlo, non di introdurre documenti nuovi), solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa; esso non può essere mai utilizzato per supplire a carenze dell'offerta sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi;

g) il "soccorso istruttorio" ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento; in tal caso non si sta discutendo della esistenza del requisito ma soltanto di una (consentita) precisazione che non innova e non altera la *par condicio* e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita;

h) il "soccorso istruttorio", infine, si sostanzia anche nella interpretazione di clausole ambigue onde favorire la massima partecipazione alle gare e, conseguentemente, nella possibilità di consentire, unicamente per questo limitato caso e nel rispetto della *par condicio*, la successiva integrazione documentale; siffatta attività di interpretazione, a fronte di clausole ambigue appare necessaria specie se sollecitata da appositi quesiti dei candidati; la relativa risposta, ovviamente, deve essere comunicata a tutti i partecipanti alla gara (cd. *ruling* contrattuale).

Quanto sin qui detto vale per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici.

Per le procedure di gara non regolamentate dal predetto codice opera, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, la norma sancita dall'art. 6, comma 1, lett. b), L. n. 241/1990, in base alla quale "... il responsabile del procedimento ... può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete ... e ordinare esibizioni documentali".

È evidente che il "potere di soccorso" costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che, nel particolare settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione ammini-

strativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme.

Un primo elemento di differenza sostanziale rispetto al "potere di soccorso" disciplinato dall'art. 46, comma 1, codice dei contratti pubblici, emerge dal raffronto fra il tenore testuale delle due disposizioni: invero, l'art. 6, L. n. 241/1990, si limita a prevedere la mera facoltà a che il responsabile del procedimento eserciti il "potere di soccorso", mentre l'art. 46 codice obbliga la stazione appaltante a fare ricorso al "potere di soccorso", sia pure nei precisi limiti derivanti dalla rigorosa individuazione del suo oggetto e della sua portata applicativa.

Inoltre, poiché il principio della tassatività delle cause di esclusione, giova ribadirlo, vige solo per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, al di fuori di tale ambito:

a) il "potere di soccorso" nei procedimenti diversi da quelli comparativi, dispiega la sua massima portata espansiva, tendenzialmente senza limiti salvo quelli propri della singola disciplina di settore;

b) in relazione ai procedimenti comparativi (ferme le conclusioni cui si è giunti circa la necessità di una interpretazione rigorosa ed in ordine al suo contenuto ed ai suoi effetti stante l'*eadem ratio* con gare propriamente contrattuali), il "potere di soccorso" è utilmente invocabile anche ai fini del riscontro della validità delle clausole che introducono adempimenti a pena di esclusione; in quest'ottica integra il parametro di giudizio di manifesta sproporzione che il giudice amministrativo è chiamato ad effettuare, *ab externo* e senza sostituirsi all'Amministrazione, nel caso venga impugnata una clausola di esclusione per l'inadempimento di oneri meramente formali.

Tali conclusioni non sono però incondizionate dovendo essere temperate dalle ulteriori seguenti considerazioni che contribuiscono a precisare l'ambito del "soccorso istruttorio" al di fuori del codice dei contratti pubblici.

Nell'ambito del procedimento amministrativo e, in particolare, in relazione alle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti (ad es. reclutamenti di pubblici dipendenti):

a) si configurano in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza - specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'auto responsabilità - rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione: si pensi al dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti ecc. [cfr., *ex plurimis* e da ultimo, Cons. Stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3; successivamente, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3408; sez. V, 15 novembre 2012, n. 5772; antecedentemente alla Plenaria cfr. sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291];

b) il divieto del formalismo incontra il limite derivante dalla particolare importanza che assume l'esigenza di speditezza (e dunque di efficienza, efficacia ed economicità), dell'azione amministrativa: in questi casi l'imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura può essere funzionalmente correlata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell'interesse pubblico primario affidato dall'ordinamento alla cura dell'amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti (pubblici o privati che siano);

c) la compilazione di moduli o la produzione di fotocopie di validi documenti (di identità, ma non solo), di per sé non si configurano come adempimenti abnormi o eccessivi; dunque le clausole della legge di gara che li prevedono non sono *ex se* illegittime;

d) la manifesta irragionevolezza e sproporzione si coglie, invece, nella conseguenza dell'inadempimento dell'onere richiesto al privato, ovvero nella esclusione dalla procedura; tali clausole sono pertanto illegittime e, se ritualmente e tempestivamente impugunate, devono essere annullate.

Per completezza si evidenzia che queste clausole non possono ritenersi nulle e dunque inefficaci (e disapplicabili dall'Amministrazione procedente ovvero dal giudice amministrativo), a prescindere da una rituale impugnazione, perché:

a) la sanzione della nullità è prevista espressamente dall'art. 46 cit. solo per le procedure di gara disciplinate dal medesimo codice appalti;

b) la nullità dell'atto amministrativo è eccezionale e sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, le norme che la prevedono;

c) non ricorrono le condizioni perché si possa configurare la nullità dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 21-septies, L. n. 241/1990, in quanto non si riscontrano, *ictu oculi*, gli indispensabili presupposti richiesti dalla norma: I) mancanza degli elementi essenziali del provvedimento; II) difetto assoluto di attribuzione; III) violazione o elusione del giudicato.

Rimane inteso che l'Amministrazione ben potrà prevedere a carico del partecipante alla procedura, come conseguenza dell'inadempimento degli oneri formali previsti dalla legge di gara, altre, diverse, proporzionate misure di carattere organizzatorio ovvero pecuniario (ad es. rimborso dei costi sostenuti per il rallentamento della procedura anche forfettizzati in sede di bando), che traggono fondamento dai su richiamati doveri di solidarietà ed auto responsabilità.

Quanto al rapporto tra soccorso istruttorio e tassatività delle cause di esclusione, la Plenaria osserva che da tutto quanto fin qui esposto, emerge con nettezza che il principio di tassatività non è un corollario del più ampio principio del soccorso istruttorio e, sotto tale angolazione, non può, pertanto, accogliersi la lettura sinottica dei due commi del più volte menzionato art. 46 prospettata dall'ordinanza di rimessione, in quanto il D.L. n. 70 del 2011 non ha innovato in alcun modo il comma 1 dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici.

L'interprete si trova di fronte a due diversi principi, ciascuno caratterizzato da autonomi presupposti ed ambiti operativi, pur se accomunati dal soddisfare esigenze di certezza, speditezza e semplificazione dell'azione amministrativa e delle imprese di settore.

Quanto al rapporto tra ricorso principale e incidentale, la Plenaria premette che il problema del rapporto fra ricorso principale (proposto dallo sconfitto), e ricorso incidentale (proposto dal vincitore), anche se storicamente affermatisi nelle controversie aventi ad oggetto gare di appalto, si atteggia, nella sostanza, in modo analogo per tutti i giudizi concernenti procedure selettive, anche per quelli in relazione ai quali è certamente non applicabile il codice dei contratti pubblici ovvero il diritto dell'Unione europea.

La Plenaria, dopo aver richiamato i principi espressi dalla nota Plenaria n. 4/2011, passa all'approfondimento del punto specifico concernente l'asserita necessità che il ricorso incidentale sia sempre esaminato prima del ricorso principale (anche quando prospetti carenze oggettive dell'offerta della impresa non aggiudicataria o vizi procedurali), e opera una delimitazione dei principi espressi dalla Plenaria n. 4/2011 da intendersi riferiti al caso in cui con il ricorso incidentale si contesta la mancata esclusione dalla gara del ricorrente principale, e non anche al caso in cui con il ricorso principale si deducano vizi della valutazione delle offerte, ossia attività a valle della fase di ammissione del concorrente e dell'offerta.

In proposito la Plenaria n. 9/2014 osserva come dalla piana lettura della più volte menzionata sentenza n. 4 del 2011 (in particolare § 51), emerge in modo univoco che il discrimine è rintracciato nella introduzione, da parte del ricorso incidentale, di censure che colpiscono la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, del ricorrente principale (ovvero della sua offerta), a causa della illegittima partecipazione di quest'ultimo alla gara o della illegittimità dell'offerta; tale situazione *lato sensu* di invalidità della posizione del ricorrente principale, deve scaturire dalla violazione di doveri o obblighi sanzionati a pena di inammissibilità, di decadenza, di esclusione (a titolo esemplificativo si pensi all'intempestività della domanda di partecipazione alla gara, alla carenza di requisiti soggettivi generali, di natura tecnica o finanziaria, ovvero di elementi essenziali dell'offerta).

La situazione di contrasto fra la condotta dell'impresa che partecipa alla selezione e la legge di gara effettivamente rilevante per stabilire la priorità dell'esame del ricorso incidentale, è solo quella che produce, come ineluttabile conseguenza, la non ammissione *ab origine* alla gara del concorrente non vincitore, ovvero l'estromissione successivamente deliberata in apposite fasi (anche solo in senso logico) deputate all'accertamento della regolare partecipazione del concorrente: si pensi al caso classico in cui l'amministrazione proceda al riscontro della tempestività della presentazione delle domande di partecipazione cui seguono (soprattutto dal punto di vista logico, poiché sovente tali adempimenti sono effettuati in unico contesto temporale e procedurale), le ulteriori fasi relative all'accertamento dei requisiti soggettivi dell'imprenditore ovvero oggettivi dell'offerta.

Ne discende che tutte le criticità prospettate come incidenti su attività svolte a valle di quelle dedicate al riscontro dei suddetti requisiti, non impongono l'esame prioritario del ricorso incidentale perché, in tale ipotesi, esso non mira ad accertare l'insussistenza della condizione dell'azione rappresentata dalla legittimazione del ricorrente, in quanto soggetto escluso o che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

In questi casi, infatti, il ricorso incidentale si appunta su vizi della valutazione operata dall'organo tecnico a ciò preposto e le relative censure presuppongono, in definitiva, il superamento di ogni questione inerente la regolare presenza dell'impresa (o della sua offerta) nella gara.

Si pensi alla contestazione del punteggio tecnico o economico nonché alla valutazione di anomalia dell'offerta che, secondo le approfondite conclusioni cui è giunta la Plenaria, attiene a "... scelte rimesse alla stazione appaltante, quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente ..." (cfr. Ad. Plen. 29 novembre 2012, n. 36).

Alle medesime conclusioni si perviene in tutti i casi in cui il ricorso incidentale prospetti vizi *lato sensu* procedurali, tali cioè da imporre, se riconosciuti fondati, la caducazione totale (ad es. per incompetenza dell'organo che ha indetto la gara o redatto il bando), o parziale (ad es. per l'erronea composizione della commissione), degli atti di gara.

La Plenaria verifica la compatibilità della tesi da essa sposata con la decisione *Fatweb* della Corte giust. UE, circoscrivendo prima la portata di tale decisione, in considerazione del fatto che il diritto dell'UE non contiene una disciplina generale del processo.

È noto, infatti, che l'UE, si fonda, fra l'altro, sul principio delle tassative competenze di attribuzione (artt. 3, comma 6, e 4, comma 1, TUE); fra queste, vi rientrano la facilitazione dell'accesso alla giustizia attraverso il riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed extra giudiziarie (art. 67, comma 4, FUE), e la cooperazione giudiziaria nelle materie civili transfrontaliere (art. 81 FUE, già art. 65 TCE).

In materia di pubblici appalti di lavori, servizi e forniture, nonché di settori speciali, le direttive CEE 21 dicembre 1989, n. 665/89 e 25 febbraio 1992, n. 13/92 (modificate dalla direttiva n. 2007/66/CE), si sono proposte il fine di assicurare garanzie giurisdizionali efficaci e rapide (onde evitare di scoraggiare le imprese europee dal concorrere in paesi stranieri), attraverso l'introduzione dei seguenti vincolanti principi:

- a) rapidità ed efficacia dei ricorsi;
- b) assenza di discriminazioni basate sulla nazionalità;
- c) accesso ai rimedi giurisdizionali a chiunque, avendo interesse all'aggiudicazione, sia stato leso, o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto comunitario;
- d) essenzialità della tutela cautelare *ante causam*;
- e) effetto sospensivo automatico della stipulazione del contratto, per un determinato lasso temporale, in caso di ricorso avverso l'aggiudicazione (cd. *stand still*);
- f) essenzialità della tutela risarcitoria.

Le menzionate direttive sono state oggetto di una cospicua esegesi da parte della Corte di giustizia del Lussemburgo che ha elaborato i seguenti principi che, in sintesi e nella parte di interesse, si riportano (cfr., *ex plurimis*, sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb*; sez. III, 20 settembre 2010, C-314/09, *Stadt Graz*; 28 gennaio 2010, n.

406/08, *Uniplex*; sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02, *Grossman*; 19 giugno 2003, C-249/01, *Hackermüller*; 27 febbraio 2003, C-327/00, *Santex*);

a) lo scopo delle norme comunitarie in materia, è quello di realizzare il valore della massima rapidità nella definizione del contesto procedimentale prima e processuale poi;

b) conseguentemente, l'impresa che non partecipa alla gara non può in nessun caso contestare l'aggiudicazione in favore di ditte terze (in senso analogo cfr. Ad. Plen., n. 4 del 2011 cit.; 27 gennaio 2003, n. 1);

c) è ammessa l'impugnativa diretta della legge di gara ma solo per le clausole discriminatorie escludenti (in senso analogo cfr. Ad. Plen. n. 1 del 2003 cit.);

d) sono ammessi termini processuali di impugnativa degli atti di gara particolarmente stringenti, salvo il limite della eradicazione del diritto di difesa (in senso analogo cfr. Corte cost., 10 novembre 1999, n. 427, relativamente all'art. 19, D.L. 25 marzo 1997, n. 67 norma fondamentale, dal punto di vista cronologico, in materia di dimezzamento dei termini del processo in materia di appalti);

e) l'impresa che è stata esclusa (dalla stazione appaltante), ovvero che deve essere esclusa dalla gara (a tanto pervenendosi in forza del rilievo officioso del giudice ovvero per il tramite della proposizione di un ricorso incidentale), è priva di interesse ad agire contro l'aggiudicatario (in senso analogo cfr. Ad. Plen. n. 4 del 2011 cit.).

La sentenza *Fastweb*, dopo aver richiamato e condiviso tutti i principi sopra riportati, ha così statuito: "31. Nel procedimento principale, il giudice del rinvio, all'esito della verifica dell'idoneità delle offerte presentate dalle due società in questione, ha constatato che l'offerta presentata da *Fastweb* non era conforme all'insieme delle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni. Esso è giunto peraltro alla stessa conclusione in relazione all'offerta presentata dall'altro offerente, *Telecom Italia*.

32. Una situazione del genere si distingue da quella oggetto della citata sentenza *Hackermüller*, in particolare per essere risultato che, erroneamente, l'offerta prescelta non è stata esclusa al momento della verifica delle offerte, nonostante essa non rispettasse le specifiche tecniche del piano di fabbisogni.

33. Orbene, dinanzi ad una simile constatazione, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare".

In buona sostanza la sentenza *Fastweb*, una volta investita da parte del giudice *a quo* (sebbene in violazione della vincolante regola processuale che impone un rigido ordine di esame delle questioni - retro § 8.1. -), di una fattispecie all'interno della quale era stata accertata in concreto l'illegittimità di entrambe le offerte, non ha potuto fare a meno di somministrare la concreta *regula iuris* costruendola come una evidente eccezione al compendio delle norme e dei principi di sistema. Tanto è vero questo che ha limitato la possibilità dell'esame congiunto del ricorso incidentale e principale alle stringenti condizioni che: I) si versi all'interno del medesimo procedimento; II) gli operatori rimasti in gara siano solo due; III) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe.

Da quanto fin qui esposto discende la conferma dell'impianto teorico costruito dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, alla luce dei principi processuali europei in materia, al cui interno si innesta la particolare *regula iuris* introdotta dalla sentenza *Fastweb*, di cui ovviamente si deve tenere conto, ma muovendo dalla constatazione della sua circoscritta portata, trattandosi comunque di una eccezione.

Contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, in casi del genere non si ravvisa la lesione del principio della "parità delle armi" (la cui applicazione concreta, per altro, appare lontana da una chiara e stabile preventiva definizione del principio stesso e sembra spesso lambire l'ambito delle ragioni di opportunità sottese al caso contingente).

Ebbene, il principio di "parità delle armi", come declinato dal giudice delle leggi e dalla Corte di Strasburgo:

a) non avendo una portata precettiva puntuale - in quanto si limita ad esprimere una previsione fondata su una ragionevole possibilità di esternazione del proprio caso da parte di chi adisce il giudice - non comporta che il fascio di posizioni attive e passive di natura processuale, ricollegabile a ciascuna parte, sia assolutamente identico;

b) non contrasta con una regola processuale di fonte legale che impone al giudice di rispettare la tassonomia propria delle questioni; siffatta regola, al contrario, garantisce ed attua il principio di "parità delle armi" perché predetermina, in astratto ed in via generale, per tutti i litiganti, le modalità di esercizio del potere giurisdizionale;

c) la regola del processo italiano esige che la parte che introduce il giudizio, *inter alios*, superi il filtro costituito dalle condizioni dell'azione;

d) nella specie, la parte che introduce effettivamente il giudizio instaurando il rapporto processuale, ovvero l'attore in senso sostanziale, è il ricorrente principale il soggetto, cioè, non risultato vincitore nella gara che, pur essendo consapevole di aver commesso un errore che lo priva della legittimazione e quindi di non poter risultare aggiudicatario della specifica gara cui ha partecipato (che costituisce il bene della vita immediato e diretto cui possa aspirare), in violazione del divieto di abuso del processo, propone ugualmente la domanda di annullamento;

e) ed è proprio la riconducibilità della negligenza - che ha provocato (o avrebbe dovuto provocare), l'esclusione dalla gara - al ricorrente principale che costituisce una ragionevole giustificazione della dissimmetria processuale la quale impedisce al giudice di pronunciarsi sulla illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicatario.

La sentenza *Fastweb*, come in precedenza illustrato, ha introdotto una eccezione all'interno del quadro unitario laboriosamente ricostruito dalla giurisprudenza (nazionale e comunitaria).

È indubbio che, se entrambe le offerte sono inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili, apparirebbe *prima facie* contrario all'uguaglianza concorrenziale escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e confermare invece l'offerta dell'aggiudicatario ricorrente incidentale, benché suscet-

tibile di esclusione per la medesima ragione. Ma in realtà ciò avviene perché, essendo il vizio fatto valere da entrambi i contendenti il medesimo, in concreto neppure si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: prioritario, in questo peculiare caso, è l'esame del vizio; se questo sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l'aggiudicazione sarà confermata.

In apparenza, potrebbe ritenersi che la sentenza Fastweb abbia introdotto una giurisdizione di tipo oggettivo basata sul vizio dedotto e non sull'interesse a dedurlo. Al contrario, la *ratio* della decisione Fastweb si fonda sul principio di "parità delle armi": questo fa sì che, nel caso in cui il ricorrente incidentale deduca il medesimo motivo escludente dedotto dal ricorrente principale, venga meno l'asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell'aggiudicatario, certa perché fondata sul provvedimento impugnato, e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall'aggiudicazione, incerta perché fondata su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno.

L'identità del vizio, nella sua consistenza fattuale e nella sua speculare deduzione da ambedue le parti, comporta che il suo accertamento e la relativa decisione di accoglimento siano automaticamente e logicamente predicabili indifferentemente per l'una o per l'altra parte del processo.

In altri termini, l'unicità del vizio e l'unicità della verifica della sua sussistenza (coniugati al principio immanente della parità delle parti ex art. 111 Cost.), non consentono di trarre conseguenze opposte sia pure soltanto sul piano processuale.

In tutte le altre ipotesi (quelle cioè non caratterizzate dalla comunanza del motivo escludente), la caduta dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela, rende irrilevante esaminare (per lo meno in sede di ricorso giurisdizionale ad istanza di parte, rimanendo fermo il potere di autotutela della stazione appaltante il cui esercizio richiederà un vaglio rigoroso in presenza di una causa di esclusione dell'impresa aggiudicataria), se l'intervenuta aggiudicazione sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura (cui il ricorrente non aveva titolo a partecipare), capaci di travolgere l'intera gara.

Si tratta adesso di stabilire quando ricorre l'eccezione definita dalla sentenza Fastweb, ovvero quando si configuri l'identità del vizio (e quindi del motivo) escludente che affligge entrambe le offerte delle uniche due imprese rimaste in gara.

Sul punto la Plenaria n. 9/2014 ritiene che si debba utilizzare un criterio che, nel rispetto delle vincolanti indicazioni provenienti dalla Corte del Lussemburgo, contemperi la natura eccezionale della *regula iuris* forgiata dalla sentenza Fastweb, le esigenze di uguaglianza ed equità sostanziali di cui sono portatrici le imprese in gara, le ragioni di certezza del diritto e di pronta soluzione dell'accertamento demandato al giudice, le caratteristiche dello sviluppo del procedimento amministrativo posto in essere dalla stazione appaltante e gli interessi sostanziali presidiati dalle varie cause di esclusione.

Facendo applicazione dei menzionati criteri, deve escludersi che il "motivo identico" possa essere individuato equiparando l'identità della causa (del vizio escludente) all'identità dell'effetto (escludente).

In questa esegesi, infatti, non rileverebbe tanto il motivo o la causa per cui è stata disposta l'esclusione, quanto la conseguenza che ne è derivata e cioè appunto l'esclusione.

Questa conclusione in pratica ricondurrebbe la questione nell'alveo della teoria (rifiutata dalla Corte di giustizia e dall'Adunanza Plenaria), dell'incondizionato riconoscimento dell'interesse strumentale.

Come in precedenza illustrato, l'esegesi basata sull'identità dell'effetto è da escludersi in base allo stesso testuale tenore della sentenza Fastweb la quale - ripetesi - non ripudia i propri precedenti ma, al contrario, si limita ad enunciare una singola eccezione.

L'eccezione è testualmente riconducibile quindi non già all'effetto (esclusione) bensì alla causa dell'esclusione, causa che deve essere identica sia per il ricorrente principale che per l'incidentale.

Che si tratti della causa generatrice dell'effetto non pare dubbio e ciò si evince anche esaminando il testo della decisione Fastweb in lingue diverse dall'italiano: nel testo francese si fa riferimento a "*motifs de nature identique*"; nel testo inglese si parla di offerta contestata nello stesso procedimento "*and on identical grounds*"; nel testo spagnolo si specifica "*por motivos de naturaleza idéntica*".

Le parole "motivo, *motifs*, *grounds*, *motivos*" fanno riferimento non già all'effetto bensì alla causa che ha dato luogo all'esclusione.

Resta da stabilire il significato dell'identità e cioè se si tratti di identità in senso stretto (quasi una riproposizione speculare dello stesso motivo del ricorrente principale), ovvero se e in che misura possano variare i presupposti di fatto o di diritto.

Il testo italiano potrebbe legittimare l'identità in senso stretto, ma non così le versioni nelle altre lingue che sembrano ricollegare l'identità più che all'aspetto formale all'aspetto sostanziale ovvero alla "natura del motivo" ed all'interesse sottostante alla disposizione che lo prevede.

Pertanto, deve ritenersi comune la causa di esclusione che afferisce alla medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara dell'impresa e della sua offerta, correlando le sorti delle due concorrenti in una situazione di simmetria invalidante: in quest'ottica deve escludersi che si richieda l'assoluta identità causale del vizio.

Tale esegesi, da un lato, è conforme al tenore testuale della sentenza (anche nelle versioni in lingua francese, inglese, spagnola), ed al contesto procedimentale all'interno del quale è stata resa (due offerte accomunate dalla carenza di elementi tecnici essenziali, perché previsti a pena di esclusione, ma di differente contenuto); dall'altro, è coerente, sotto il profilo diacronico ed organizzativo, con l'attività posta in essere dalla stazione appaltante nelle sue varie articolazioni (in particolare responsabile del procedimento e commissione o seggio di gara).

Devono, in definitiva, considerarsi comuni, ai fini individuati dalla sentenza Fastweb, i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie:

- a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara);
- b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione);
- c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza).

Esemplificando, sono identici - e dunque consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la conseguenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti - solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria.

Si pensi all'ipotesi in cui tali vizi (ed i correlati motivi di impugnazione), scaturiscano entrambi dalla intempestività della domanda ovvero da quest'ultima e dalla non integrità del plico; all'ipotesi della mancanza della qualificazione per la richiesta categoria di lavori dell'impresa ricorrente principale che si confronti con la mancanza di un requisito di affidabilità morale dell'impresa aggiudicataria ricorrente incidentale.

Viceversa non soddisfano il requisito di simmetria escludente (perché non si pongono in una relazione di corrispondenza biunivoca), come richiesto dalla sentenza Fastweb, e dunque impediscono l'esame congiunto del ricorso principale ed incidentale, i vizi sussumibili in diverse categorie: ad esempio, la dedotta (nel ricorso incidentale) intempestività della domanda dell'impresa non aggiudicataria, a fronte della dedotta (nel ricorso principale) carenza di un requisito economico dell'impresa aggiudicataria.

Per completezza si evidenzia che nei casi come quello sottoposto alla Adunanza Plenaria, non è configurabile neppure l'interesse ad agire sancito dall'art. 100 c.p.c., da sempre considerato applicabile al processo amministrativo ora anche in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39, comma 1, c.p.a.

L'interesse ad agire è scolpito nella sua tradizionale definizione di "bisogno di tutela giurisdizionale", nel senso che il ricorso al giudice deve presentarsi come indispensabile per porre rimedio allo stato di fatto lesivo; è dunque espressione di economia processuale, manifestando l'esigenza che il ricorso alla giustizia rappresenti *extrema ratio*; da qui i suoi caratteri essenziali costituiti dalla concretezza ed attualità del danno (anche in termini di probabilità), alla posizione soggettiva di cui si invoca tutela; esso resta logicamente escluso quando sia strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e incerte perché meramente ipotetiche.

In questi casi, posto che il ricorrente principale è privo della possibilità giuridica, per tutte le ragioni anzi dette, di risultare aggiudicatario della specifica gara cui ha in concreto partecipato (anche in caso di rinnovo pedissequo della medesima in quanto permarrebbe il medesimo sbarramento), egli dovrebbe auspicare che l'Amministrazione indica una nuova gara, mutandone termini e condizioni, in modo tale da consentirgli di partecipare; ma, di norma, la stazione appaltante non ha un obbligo di tal fatta anche in presenza dell'annullamento di tutti gli atti della procedura, sicché tale pretesa si rivela per quello che è, ovvero, una mera speranza al riesercizio futuro ed eventuale del potere amministrativo, inidonea a configurare l'interesse ad agire.

LA PLENARIA N. 10/2014: ANCORA SUL RAPPORTO TRA RICORSO PRINCIPALE E INCIDENTALE IN MATERIA DI APPALTI, E SULLA PERENTORIETÀ O MENO DEL TERMINE PER LA DIMOSTRAZIONE DEL POSSESSO DEI REQUISITI DELL'AGGIUDICATARIO

Viene rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione se abbia o meno natura perentoria il termine di dieci giorni, fissato dall'art. 48, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006 per la presentazione della documentazione richiesta dall'amministrazione, per la dimostrazione del possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario (Cons. Stato, sez. VI, ord. 30 luglio 2013, n. 4023, Pres. Maruotti - Est. Lopilato).

Mentre il termine per la dimostrazione del possesso dei requisiti, in sede di controllo a campione dei concorrenti, è pacificamente considerato perentorio, si riscontra invece un contrasto di giurisprudenza quanto al termine imposto ad aggiudicatario e secondo classificato: per la natura meramente sollecitatoria del termine, v. Cons. Stato, sez. V, 8 ottobre 2010, n. 6490, e, per la sua natura perentoria, Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1321; C.G.A. Sicilia, 13 dicembre 2010, n. 1465).

Viene poi per la terza volta nel corso dell'anno 2013 rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato la questione su quale sia l'ordine di trattazione del ricorso principale e del ricorso incidentale, proposti dalle imprese avverso gli atti del procedimento di una gara d'appalto.

Sul punto la Sezione rimettente si limita a richiamare la propria precedente ordinanza 17 maggio 2013 n. 2681, senza aggiungere altri argomenti, evidenziando l'opportunità che, per esigenze di certezza del diritto, l'Adunanza Plenaria indichi quale sia il quadro normativo da applicare, in considerazione della sentenza della Corte di giustizia 4 luglio 2013, in C-100/12.

Sulla prima questione la Plenaria 25 febbraio 2014 n. 10 ha espresso il seguente principio di diritto: "L'art. 48, comma 2, codice appalti si interpreta nel senso che l'aggiudicatario e il concorrente che lo segue in graduatoria, non compresi fra i concorrenti sorteggiati ai sensi del comma 1 del medesimo articolo, devono presentare la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, di cui al comma 1, entro il termine perentorio di dieci giorni dalla richiesta inoltrata a tale fine dalle stazioni appaltanti".

Sulla questione dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale la Plenaria n. 10/2014 non si pronuncia, limitandosi a rinviare alle Plenarie n. 7/2014 e n. 9/2014.

NUOVAMENTE RIMESSA ALLA PLENARIA LA QUESTIONE DELLA COMPETENZA TERRITORIALE SULLA INTERDITTIVA ANTIMAFIA CONNESSA CON ATTI DI GARA DI APPALTI

Viene nuovamente deferita all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. III, ord. 17 aprile 2014, n. 1977, Pres. Romeo, Est. Noccelli) per una rimeditazione dell'orientamento sinora prevalso, la questione della competenza territoriale nel caso di contestuale impugnativa di un'informativa interdittiva antimafia e dell'atto consequenziale della stazione appaltante, affinché essa chiarisca e statuisca se debbano trovare conferma, anche nel vigore della nuova disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 159/2011, le conclusioni alle quali è pervenuta nelle ordinanze n. 33 del 2012 e nn. 3 e 4 del 2013, posto che:

- fino a quando non si perverrà all'istituzione della banca dati nazionale, l'informativa negativa anche nel nuovo Codice antimafia non ha una *vis expansiva* tale da conferirle efficacia ultraregionale e valenza di atto generale, ma preserva immutata la propria natura di atto efficace in relazione al singolo rapporto in essere con detto ente;
- l'impugnazione dell'informativa antimafia tipica è l'oggetto vero e principale del giudizio, ed ha indubbiamente, anche ai fini dell'art. 31 c.p.c., carattere pregiudiziale, sul piano logico-giuridico, e principale, per il suo vincolante effetto interdittivo, rispetto all'impugnazione dell'atto consequenziale adottato dalla stazione appaltante, che ha, dunque, carattere accessorio;
- è comunque da preferire, anche per garantire la concentrazione dei relativi giudizi avanti ad un solo giudice, a fronte di sempre più pressanti esigenze di coerenza dell'ordinamento e di razionalità del sistema giurisdizionale, affermare l'applicazione del criterio della sede, di cui al primo periodo dell'art. 13, comma 1, c.p.a., all'impugnazione dell'informativa prefettizia e dell'atto consequenziale adottato dall'amministrazione appaltante richiedente.

RIMESSE ALLA PLENARIA VARIE QUESTIONI INTERPRETATIVE SULL'ART. 38 CODICE APPALTI

L'ordinanza della Terza Sezione 29 aprile 2014, n. 2214 in commento ha rimesso alla Plenaria la questione della dichiarazione sul possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 codice appalti, fatta da un unico rappresentante, anche per conto degli altri soggetti dell'impresa che devono possedere tali requisiti, e in particolare se in tale dichiarazione sia necessaria (anche) l'indicazione nominativa di tutti i soggetti per i quali il possesso dei requisiti di moralità è stato dichiarato, o invece possa ritenersi sufficiente una indicazione comunque comprensiva, per la formula utilizzata, di tutti i rappresentati legali dell'impresa anche non indicati nominativamente.

L'ordinanza di remissione, pur dando atto di un orientamento a favore della prima soluzione, più restrittiva, aderisce alla seconda soluzione, aggiungendo che resterebbe fermo che, quando l'Amministrazione fa richiesta di comprovare l'effettivo possesso di tutti i requisiti autodichiarati (e quindi anche i requisiti di moralità di tutti i dirigenti e i legali rappresentanti dell'impresa), l'impresa medesima è tenuta a dimostrare che per tutti i soggetti interessati (peraltro individuabili anche attraverso la visura camerale) non vi sono cause di esclusione per la mancanza dei requisiti morali.

Quel che rileva è che chi fa domanda dichiara, secondo quanto previsto dalla legge, che l'impresa ha il possesso di tutti i requisiti generali di cui all'art. 38, ovvero che non sussistono nell'impresa (e nei suoi rappresentanti) le cause di esclusione di cui all'art. 38. E rileva poi che chi ha fatto la dichiarazione si assuma ogni responsabilità sulla veridicità della stessa (a prescindere dalla analitica indicazione dei soggetti per i quali la stessa è resa e dalla analitica indicazione dei diversi requisiti elencati nell'art. 38).

Ma quello che è veramente rilevante è che l'impresa sia effettivamente in possesso di tutti i suddetti requisiti e che i requisiti morali siano posseduti da tutti i soggetti dotati di poteri di rappresentanza e di direzione dell'impresa, come richiesto dalla legge.

La Sezione ha ritenuto quindi di investire della questione l'Adunanza Plenaria affinché possa affermare il principio secondo il quale è possibile che un solo rappresentante legale dell'impresa possa autodichiarare che tutti i soggetti che occupano (o se del caso hanno occupato) nell'impresa le posizioni qualificate previste dalla norma sono in possesso dei requisiti morali prescritti (o, se si preferisce, non si trovano in condizioni ostative) e che tale dichiarazione, come nella fattispecie esaminata, possa essere presentata anche con una formula inclusiva di tutti i soggetti dell'impresa, pur senza una loro elencazione nominativa. E fatta salva, ovviamente, la successiva necessità di dimostrare l'effettivo possesso di tutti i requisiti generali richiesti dall'art. 38 ed autodichiarati (anche con formula generica ma omnicomprensiva).

Tale soluzione più sostanzialistica appare inoltre più coerente con la recente nuova direttiva in materia di appalti n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 che, proprio nell'ottica di una generale semplificazione del sistema, ha previsto la presentazione di un unico documento per la partecipazione alle gare, consistente in un'unica autodichiarazione come prova documentale preliminare del possesso dei requisiti necessari per la partecipazione di una impresa ad una gara.

Ritiene, in conclusione, l'ordinanza che l'Adunanza Plenaria possa ridurre i motivi di grave incertezza che investono, sul punto, sia le stazioni appaltanti sia le imprese che partecipano alle gare pubbliche sia la stessa giurisprudenza, oscillante fra posizioni più formali e posizioni più sostanziali, affermando il principio che non sia necessaria

una indicazione nominativa nell'autodichiarazione presentata dal rappresentante legale dell'impresa di tutti i soggetti per i quali deve essere dimostrato il possesso dei requisiti morali.

Le conseguenze di tale indirizzo sarebbero queste:

a) nei rapporti fra l'ente appaltante e il singolo concorrente, sarebbe causa di esclusione solo l'accertata esistenza di cause ostative; ad essa si potrebbe equiparare la radicale assenza di una dichiarazione, pur generica, dell'inesistenza delle cause ostative; altrimenti, ove l'ente appaltante ritenesse necessario disporre di informazioni più dettagliate, dovrebbe avvalersi dello strumento di cui all'art. 46, comma 1, del codice dei contratti;

b) il ricorso di altri concorrenti contro l'ammissione dell'aggiudicatario (e conseguentemente contro l'aggiudicazione) sarebbe ammesso solo in quanto si deduca positivamente l'esistenza delle cause ostative; in caso contrario, l'incompletezza delle dichiarazioni ovvero delle indagini spettanti all'amministrazione non potrebbe essere adottata come motivo di annullamento dell'ammissione dell'aggiudicatario e dell'aggiudicazione in suo favore.

ON-LINE

Il Quotidiano Giuridico

Servizio on line di informazione in materia di diritto civile, penale e amministrativo



Seguici su Twitter @QGiuridico



Il Quotidiano Giuridico è un quotidiano di informazione giuridica on line – **fruibile da PC, tablet e smartphone (oltre che stampabile in formato PDF)** – pensato per supportare l'attività quotidiana di avvocati, notai, magistrati e legali d'azienda con l'aggiornamento quotidiano e autorevole sulle novità normative e con l'analisi e l'approfondimento di casi giurisprudenziali per orientare nella scelta delle soluzioni.

I CONTENUTI:

I contenuti sono organizzati nelle tre grandi aree tematiche del diritto: **Civile, Penale ed Amministrativo.**

In questi ambiti, il Quotidiano Giuridico **garantisce un'informazione completa, approfondita, autorevole e tempestiva** curata dalla Redazione interna e da un "pool" di oltre 80 Autori scelti tra i migliori del panorama giuridico professionale e accademico. L'informazione del nuovo Quotidiano Giuridico ha un taglio fortemente operativo finalizzato ad offrire soluzioni applicabili nella pratica quotidiana.

I Commenti: analisi ragionate e spunti di riflessione sulle tematiche più rilevanti o di attualità nel panorama giuridico

Il punto su: contributi degli esperti sulle questioni più controverse

Gli Osservatori: le decisioni della Corte costituzionale, della Corte di Giustizia UE

e della Corte europea dei diritti umani spiegate dagli esperti.

La Gazzetta Ufficiale

LA NEWSLETTER

La newsletter permette di avere subito il quadro delle novità leggendo la sintesi dell'articolo pubblicato per esteso sul Quotidiano.

IL QUOTIDIANO STAMPABILE

L'edizione quotidiana in formato PDF, così come tutti i numeri arretrati, sono velocemente stampabili per una lettura off-line o per essere archiviati.

L'APP

Scarica l'App de "Il Quotidiano Giuridico" per ricevere su tablet e smartphone le news in materia di diritto civile, penale e amministrativo commentate dalle firme più autorevoli e prestigiose del mondo accademico e professionale.

Abbonamento annuale: € 199,00 + IVA

*Puoi provarlo **gratuitamente** (www.quotidianogiuridico.it) per un mese per consultare tutti gli approfondimenti e scaricare le sentenze di tuo interesse!*

Per informazioni e acquisti

<http://shop.wki.it>

Titoli abilitativi

La ristrutturazione edilizia leggera nel “decreto del fare”

di Paolo Urbani

Con la legge 9 agosto 2013 n. 98 cosiddetta “del fare” sono state apportate ulteriori modifiche al T.U. n. 380/2001 in materia edilizia nel campo delle attività di ristrutturazione edilizia, che tentano di portare nel campo della SCIA interventi che precedentemente erano oggetto del permesso di costruire. Si tratta della cosiddetta ristrutturazione “leggera” già contenuta nell’art. 27 della L.R. Lombardia n. 12/2005 censurata dalla Corte costituzionale per contrasto con i principi fondamentali della materia. Oggi la rimozione del limite della “sagoma” al contenuto della ristrutturazione edilizia assoggetta al provvedimento abilitativo soltanto gli interventi di nuova costruzione o che alterino il volume dell’edificio ovvero la superficie utile. L’iniziativa del Governo se da un lato è tesa a “semplificare” dall’altro contraddice però la sua stessa aspirazione non chiarendo il contenuto dell’altro limite, quello del mantenimento dei prospetti dell’edificio, che potrebbe vanificare il ricorso al nuovo strumento oltre che alimentare il contenzioso davanti al giudice amministrativo.

L’evoluzione della disciplina edilizia dalla L. 1150/1942 ai giorni nostri: un po’ di storia

Continua in modo disordinato ed episodico la “fuga” dal provvedimento abilitativo espresso – il permesso di costruire – degli interventi edilizi da attuare tramite il ricorso alla SCIA/ex DIA).

In luogo di un ripensamento *funditus* delle disposizioni del D.P.R. n. 380/2001 – almeno per quanto riguarda la definizione delle categorie edilizie soggette al controllo della pubblica amministrazione – il legislatore nazionale, pressato dalle lobbies imprenditoriali, si acconcia a manomettere la disciplina vigente introducendo deroghe che non contribuiscono certo a “semplificare” l’attività delle imprese ma spostano ancora una volta sul contenzioso con i comuni l’interpretazione delle norme innovative introdotte, il che è esattamente il contrario di quello che dovrebbe produrre una disciplina di rango nazionale applicabile su tutto il territorio nazionale.

Il caso che ci occupa è quello degli interventi di ristrutturazione edilizia, di cui diremo, originariamente disciplinato dall’art. 31 della L. n. 457/78 disposizione che, per la prima volta nella disciplina urbanistico-edilizia, si peritò di definire sotto il profilo del suo rilievo giuridico una serie di interventi edilizi quali la manutenzione ordinaria, quella straordinaria, il restauro ed il risanamento conservativo, la ristrutturazione urbanistica. La legge,

è di pochi mesi successiva alla L. n. 10/77 che all’art. 1 affermava “ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale partecipa agli oneri ad essa connessi e l’esecuzione delle opere è subordinata a concessione da parte del sindaco, ai sensi della presente legge”. L’ampio spettro delle fattispecie di trasformazione avrebbe comportato la totale sottoposizione di queste a provvedimento abilitativo espresso da un lato e dall’altro al pagamento degli oneri di costruzione, costituiti dalla quota relativa al costo di costruzione ed a quella della copertura del costo degli oneri di urbanizzazione. Ma lo stesso art. 9 della legge n. 10 mitigò la disciplina prevedendo, tra l’altro, la concessione gratuita per gli interventi di manutenzione straordinaria – fermo restando che quella ordinaria era libera – per gli interventi di restauro risanamento conservativo e di ristrutturazione che non comportino aumento della superficie di calpestio e mutamento della destinazione d’uso a condizione che il concessionario s’impegnasse tramite convenzione a concorrere negli oneri di urbanizzazione e a convenzionarsi con il comune circa i prezzi di vendita e di locazione, per la realizzazione di opere interne dirette al miglioramento delle condizioni igienico sanitarie o statiche degli edifici e per la realizzazione di impianti tecnici. Individuate per legge nuove categorie di opere edilizie sottoposte a controllo preventivo, la L. n. 457/78 ne definì i contenuti tecnici.

Cosicché, mentre l'art. 31 della legge urbanistica fondamentale n. 1150 del '42 – come sostituito dall'art. 10 della L. n. 765/67 – prevedeva solamente che “chiunque intenda nell'ambito del territorio comunale eseguire nuove costruzioni, ampliare, modificare o demolire quelle esistenti ovvero procedere all'esecuzione delle opere di urbanizzazione deve chiedere apposita licenza al sindaco”, con l'introduzione della concessione onerosa si individuano (1) nella L. n. 10/77 le fattispecie “derogatorie” al sistema concessorio oneroso. Ma proprio al fine di superare in parte tale regime (2), è noto che la successiva legge Nicolazzi (L. n. 94/82) art. 7, introdusse, come titolo abilitativo, l'autorizzazione edilizia soggetta a silenzio assenso decorsi 60 giorni, in particolare per le opere di manutenzione straordinaria e quelle di restauro e risanamento conservativo. In tal modo all'esclusione dell'onerosità si aggiungeva il nuovo istituto dell'autorizzazione edilizia, nelle aspirazioni del legislatore procedimento più semplice, ma oggetto sempre di istruttoria da parte della p.a. Solo con il D.L. 8 aprile 1993, n. 101 (in G.U. 8 aprile 1993 n. 82) non convertito e poi successivamente con il D.L. 5 ottobre 1993 n. 398 conv. nella L. n. 493/1993 viene introdotta nell'ordinamento urbanistico la DIA per le opere edilizie minori (tra cui la manutenzione straordinaria ed il restauro e risanamento conservativo) istituito in principio escluso dall'originario art. 19 della L. n. 241/1990 sull'esercizio delle attività soggette a DIA (3). Era chiaro l'intento del legislatore che in tal modo sganciava dalle “maglie” del provvedimento abilitativo e dalla sua onerosità una serie d'interventi “minori” relativi al recupero del patrimonio edilizio esistente.

La ristrutturazione edilizia nel T.U. 380/2001

Ricostruita così la vicenda legislativa che, in quasi quarant'anni, ha inciso profondamente sulla disci-

plina del controllo dell'attività edilizia, veniamo al tema della ristrutturazione edilizia disciplinata originariamente dall'art. 31 della L. n. 457/78, ai sensi della L. n. 10/77 soggetta a concessione gratuita seppur con forti limitazioni, il cui contenuto subisce una sostanziale modifica da parte del D.P.R. n. 380/2001 (4). Nella “definizione degli interventi edilizi” (art. 3, comma 1, lett. d) si prevede infatti che questa possa riguardare anche “la demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma di quello preesistente fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento della normativa antisismica”. Tale attività, a differenza della disciplina precedente, viene assoggettata a DIA (art. 22, comma 3, lett. a) in alternativa al permesso di costruire. Ma nell'art. 10 comma 1 lett. c) dello stesso D.P.R. – relativo agli interventi subordinati a permesso di costruire – la definizione si amplia poiché oltre alla modifica sostanziale del manufatto diverso dal precedente si aggiunge l'aumento delle unità immobiliari, le modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti o superfici o per gli immobili ricompresi nelle zone A, il mutamento della destinazione d'uso. È quella che in termini tecnici è stata chiamata ristrutturazione edilizia “pesante”. (5)

La ristrutturazione edilizia “leggera” nel decreto cd. “del fare” (L. 9 agosto 2013, n. 98)

Il D.L. 21 giugno 2013, n. 69 introduce un'ulteriore innovazione nel comparto edilizio “semplificando” le procedure e allargando il numero degli interventi per i quali non è più necessario il rilascio del permesso di costruire.

L'art. 30 rubricato “Semplificazioni in materia edilizia” incide sul D.P.R. n. 380/2001 con una serie di disposizioni tese a sopprimere il vincolo della sagoma dell'edificio come discriminante per l'applicazione della più snella procedura della SCIA. Infatti, sopprimendo le parole “e sagoma” dall'art. 3 com-

(1) Per la verità *in extremis* con alcuni emendamenti al testo di legge.

(2) Motivato specialmente dall'estremo ritardo nel rilascio delle concessioni edilizie; ne è prova la previsione nella stessa L. n. 94/82 art. 8 della introduzione temporanea del silenzio assenso per tali provvedimenti abilitativi poi successivamente abrogato, ma oggi entrato a pieno regime. L'inerzia dell'amministrazione – ed i possibili effetti concussivi e corruttivi – portò alcuni anni dopo (L. n. 493/93) il legislatore a ridefinire per legge l'intero procedimento del rilascio della concessione, fissando tempi e modi del provvedimento.

(3) Proposta avanzata dal sottoscritto e da Paolo Stella Richter – allora sottosegretario ai ll.pp. – al ministro *pro tempore* Paolo Baratta che la fece propria.

(4) L'art. 31 della L. n. 457/78 recita: d) interventi di ristrut-

turazione edilizia, quelli rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, la eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti.

(5) L'identificazione delle attività relative alla ristrutturazione edilizia soggette a DIA va effettuata coordinando l'art. 3 cit. con l'art. 10 cosicché tutto ciò che è ammesso con la ristrutturazione pesante è escluso per quella leggera. In breve, è escluso l'aumento delle unità immobiliari, modifiche del volume, della sagoma, dei prospetti, delle superfici, oltre alla questione attinente al mutamento di destinazione d'uso in zona A. vedi sul punto M. Ghiloni, R. Manzo, *Comunicazione, inizio lavori, SCIA, permesso di costruire*, Roma, 2012, 110.

ma 1 lett. d) del Testo Unico la definizione di ristrutturazione edilizia diventa quindi «gli interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio ... (compresi) quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria di quello preesistente (purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza) ... (omissis) ... mentre con riferimento agli edifici sottoposti a vincoli ai sensi del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 gli interventi di demolizione e ricostruzione e gli interventi di ripristino degli edifici crollati o demoliti costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia "leggera" soltanto ove sia rispettata la medesima sagoma dell'edificio preesistente».

Si palesa quindi un doppio binario determinato dalle esigenze di tutela del bene, nel caso in cui l'edificio sia vincolato ai sensi del T.U. n. 42/2004 (6): il rispetto della sagoma è obbligatorio perché si rientri nel concetto di ristrutturazione edilizia mentre per i rimanenti casi l'unico limite è quello del rispetto della volumetria preesistente. Letto a contrario, sussiste il divieto di qualificare come ristrutturazione edilizia (soggetta a SCIA) la ricostruzione di un bene vincolato che pur rispettando la consistenza volumetrica ne alteri la sagoma.

L'art. 30 interviene poi sui titoli abilitativi necessari per procedere all'attività edilizia modificando gli artt. 10 e 22 del D.P.R. n. 380/2001.

In particolare l'art. 10 comma 1 del T.U. dell'edilizia elenca gli interventi subordinati al rilascio del permesso di costruire. Nella formulazione previgente il D.L. 69, alla lett. c) si prevedeva che tra questi rientrassero «gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino ... modifiche del volume, della sagoma ...». Con la modifica legislativa in discorso sono sottratti alla disciplina del permesso di costruire gli interventi che, qualificabili come ristrutturazione edilizia ai sensi dell'art. 3 comma 1, lett. d), incidono sulla sagoma dell'edificio, con il limite delle previ-

sioni ulteriori della lett. c) dell'art. 30 del D.L. degli «interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli» ex T.U. n. 42/2004.

Conseguentemente, avendo inciso sugli interventi subordinati al rilascio del permesso di costruire, il legislatore interviene anche sul successivo art. 22 comma 2 disciplinante gli interventi subordinati a SCIA specificando che, mediante questa, possono essere realizzate quelle attività edilizie di ristrutturazione che non «alterano la sagoma dell'edificio qualora sottoposto a vincolo ai sensi del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42».

In sede di conversione del decreto legge e a fronte della pericolosità dell'applicabilità della norma, è stata introdotta una disposizione tesa ad impegnare i comuni ad individuare all'"interno" delle zone A di PRG ed in quelle equipollenti, secondo la diversa denominazione adottata dalle leggi regionali (7), le aree nelle quali escludere l'applicabilità della ristrutturazione edilizia mediante SCIA per interventi di demolizione e ricostruzione o per varianti a permessi di costruire, ove si preveda la modifica della sagoma. A tal fine sono previsti poteri sostitutivi, a partire dalla scadenza del 30 giugno 2014, da parte della Regione, ed in caso di inerzia, da parte di un commissario nominato dal Ministero delle infrastrutture. Particolare interessante è quello della previsione di una modifica del regime della SCIA poiché nei casi di demolizione e ricostruzione, nelle «restanti» zone omogenee A ed in quelle equipollenti, l'inizio dell'attività non può avere luogo prima che siano decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della segnalazione. Qui è evidente la necessità da parte dell'amministrazione comunale di poter verificare prima della demolizione definitiva del manufatto la reale consistenza dello stesso. Infine, a latere della deliberazione di cui sopra, nelle zone A del PRG il divieto di applicazione della SCIA, con modifica della sagoma, ha efficacia immediata.

Il limite del volume

Le implicazioni della ristrutturazione edilizia cd. leggera (ossia che non comporta aumento di unità immobiliari, modifica dei prospetti, delle superfici

(6) Vedi sul punto Corte cost. n. 309/2011 che ha censurato l'art. 27 della L.R. Lombardia n. 12/2005 sul concetto di ristrutturazione edilizia mediante DIA e sul contrasto interpretativo tra norme fondamentali e norme di dettaglio del T.U. 380/2001. Il ricorso, tra l'altro, riguardava un caso di ristrutturazione edilizia in zona paesaggistica. V. A. Mandarano, La ristrutturazione edilizia al vaglio della Corte costituzionale, in

questa *Rivista*, 2012, 3, 300 ss.; P. Urbani, *Governo del territorio e disciplina concorrente: il caso dell'edilizia*, in *Giur. It.*, 2012, 1159.

(7) Qui il riferimento è alla diversa disciplina adottata dalle leggi regionali circa il contenuto del PRG soprattutto in considerazione dell'introduzione del piano strutturale e operativo.

e delle destinazioni d'uso in zona A) consentono il ricorso al più snello procedimento della SCIA e alleggeriscono gli oneri per il privato. Sorge tuttavia un dubbio: se da un lato il legislatore ha eliminato l'obbligo del rispetto della sagoma dalla nozione di ristrutturazione edilizia, tuttavia mantiene quello del volume dell'edificio, dei prospetti o delle superficie. Atteso che la giurisprudenza (Cass. pen. n. 8669/2007) ha chiarito che la ristrutturazione edilizia "pesante" ricorre quando venga alterato anche uno dei parametri elencati all'art. 10 comma 1 lett. c), pare corretto ritenere che una ristrutturazione che modifichi la sagoma dell'edificio nella maggior parte dei casi implicherà modifiche dei prospetti e/o del volume, ragione per cui rimarrà soggetta a SCIA o a permesso di costruire.

Parimenti non si tratta di ristrutturazione pesante in caso di modesta sopraelevazione del tetto a seguito della modifica delle falde del tetto e l'introduzione di nuovo elemento architettonico che risulti in un altrettanto modesto incremento della volumetria. In questo caso infatti il modesto incremento dell'altezza massima della copertura non assume alcun rilievo purché non si trasformi in maggiore volume a disposizione del fabbricato (altrimenti si presenterebbe la situazione *ex art. 10 comma 1 lett. c) del D.P.R. n. 380/2001*) e incida su parametri urbanistici (*idem* valga anche per la coibentazione esterna che è un rimedio teso al miglioramento della coibentazione senza incidere sui parametri urbanistici). Sul punto, TAR Lombardia, Brescia, sent. 948/2013.

È possibile alterare la sagoma senza modificare i prospetti?

Nell'ambito della definizione normativa della ristrutturazione edilizia si pone il problema del rapporto tra sagoma e prospetti.

Il TAR Puglia nella sentenza n. 3210/2004 afferma che la sagoma "è cosa diversa rispetto al prospetto e consiste nell'involucro esterno del manufatto, l'ingombro o impronta, quindi il perimetro delle sue mura ...". In altre parole, per usare le parole della Cassazione, è la "conformazione planovolumetrica della costruzione ed il suo perimetro considerato in senso verticale ed orizzontale, ovvero il contorno che viene ad assumere l'edificio, ivi comprese le strutture perimetrali con gli aggetti e gli sporti" (8).

Il TAR Puglia propone anche una definizione di prospetto stabilendo che "la modifica dei prospetti attiene alla facciata dell'edificio sicché non va confusa o compresa nel concetto di sagoma che indica la forma della costruzione complessivamente intesa, ovvero il contorno che assume l'edificio. Ne consegue che la previsione di balconi in luogo di finestre, essendo relativa al prospetto non riguarda il concetto di sagoma".

I due concetti a ben vedere si intersecano, e quindi se nel concetto di sagoma sembrano rientrare anche i perimetri verticali ed orizzontali (ivi compresi balconi, tettoie, etc.) nel solo concetto di prospetto rientrano finestre, porte finestre e tutto quanto non sporge dall'edificio ovverosia che non rientra nei perimetri come sopra definiti. La confusione interpretativa che nascerà da questa scelta del legislatore sarà rilevantissima in quanto, per esempio, il nuovo edificio (con una sagoma diversa dal precedente) dovrà avere i medesimi prospetti e quindi, pare di capire, le medesime finestre e quant'altro attinente alle facciate dell'edificio non rientranti, nemmeno latamente, nel concetto di sagoma. In alternativa la norma può essere interpretata nel senso che la modifica della sagoma rientra nel novero della ristrutturazione "leggera" quando non alteri i prospetti mentre (a parere di chi scrive, venendo meno allo spirito della norma) rimarranno attratti nella categoria della ristrutturazione cd. "pesante" tutte quelle modifiche della sagoma che implicano variazione dei prospetti.

La ragione della scelta intrapresa dal legislatore è dubbia anche se può motivarsi con il tentativo di limitare l'attività edilizia assentibile in assenza di permesso di costruire, tuttavia pare certo che il successo dell'iniziativa legislativa sarà fortemente legata all'interpretazione che ne daranno i comuni atteso che sarà molto difficile alterare la sagoma senza modificare i prospetti e quindi ancora una volta, forse, le buone intenzioni produrranno solo nuovo contenzioso (9).

Conclusioni

La via intrapresa fin dal 1977 da parte del legislatore di definire attraverso norme di legge il contenuto "tecnico" delle tipologie edilizie soggette a controllo da parte della p.a. si sta rivelando sempre più complesso e improduttivo ai fini di una effettiva semplificazione, soprattutto considerando che

(8) Cass., sez. III, 23 aprile 2004, n. 19034.

(9) Emblematico il titolo *Sagoma, la riforma resta bloccata*, in *Edilizia e territorio*, 6/2014 ove si da conto delle resistenze

dei comuni di Milano e Torino nell'applicazione della nuova disciplina.

all'origine del tutto è stata la ricerca di soluzioni atte a superare l'inerzia dei comuni nel rilascio della concessione edilizia prima, ed oggi del permesso di costruire. Non vi è dubbio che la disamina di un progetto di ristrutturazione edilizia, specie quando si tratti di demolizione e ricostruzione, operata in fase istruttoria, per il rilascio del permesso di costruire da parte dell'amministrazione, magari assistita come ancora accade in moltissimi comuni dal parere della Commissione edilizia, è certamente garanzia di un più efficace accertamento dei fatti edilizi e di conformità del progetto alle regole giuridiche delle trasformazioni ammesse, in luogo della cosiddetta "autocertificazione" da parte del privato. Si torna così al tema dei tempi della decisione provvedimento legata al permesso di costruire ed all'efficacia ed efficienza della pubblica amministrazione nel provvedere, su cui a distanza di anni, non si è riusciti ad intervenire, oggi peraltro attraverso la generalizzazione del silenzio assenso. E mentre per gli interventi minori – segnatamente il restauro e risanamento conservativo o la manutenzione straordinaria – si può convenire sullo strumento della SCIA, restano forti perplessità riguardo all'ammissibilità degli interventi di ristrutturazione edilizia i cui contenuti pregnanti si sono via via ampliati a dismisura. Cosicché non si esita a dire che il rimedio è peggiore del male. Non si può allora non concordare con quanto affermato da un giudice penale che proprio riguardo alla normativa tecnica ha affermato che "l'abitudine a normare le regole dell'arte ha prodotto la mortificazione delle

stesse, ipertrofia normativa fuori controllo, massiccio intervento giudiziario su questioni formali e sviamento dalle questioni sostanziali, inesigibilità della condotta pretesa dalla norma, astrattezza dei procedimenti amministrativi, strumentalizzazione delle problematiche ambientali per attività illecite" (10).

Probabilmente, sarebbe necessario ripensare l'intera disciplina della ristrutturazione edilizia distinguendo adeguatamente le diverse fattispecie "pesanti" o "leggere" ed applicando coerentemente le differenti categorie abilitative offrendo così un contributo effettivo ai fini della semplificazione poiché, vista la responsabilità dei progettisti, questi ultimi sono assai restii ad asseverare la conformità degli interventi alla norme vigenti, vista l'incertezza delle definizioni normative, incombendo il rischio del reato edilizio anche a distanza di tempo dalla realizzazione dell'intervento. In particolare, specie riguardo al caso emblematico della demolizione e ricostruzione sarebbe meglio riportare la fattispecie nell'alveo del permesso di costruire "gratuito" anche in considerazione di due aspetti decisivi: il primo relativo al fatto che le banche in caso di erogazione di mutui nutrono evidente disfavore rispetto alla SCIA, il secondo che essendo stato introdotto nello stesso provvedimento legislativo in commento il silenzio assenso per i permessi di costruire, ad eccezione di motivato diniego, si è introdotta una ulteriore misura di semplificazione che da maggiori garanzie agli operatori del settore.

(10) V. Del Tedesco, *La normativa tecnica*, in *Italiadecide*, Conferenza d'impostazione del rapporto 2015 sulla semplifica-

zione, Roma Camera dei deputati 7 aprile 2014.

Osservatorio costituzionale

a cura di MARIA TERESA SEMPREVIVA

SENTENZE DELLA CORTE

ORDINAMENTO CIVILE

Corte Costituzionale, 16 aprile 2014, n. 97 - Pres. Silvestri - Red. Grossi

L'art. 10, comma 1, della legge della Regione Umbria 8 febbraio 2013, n. 3 (Norme per la ricostruzione delle aree colpite dal sisma del 15 dicembre 2009) è illegittimo perché in contrasto con l'art. 117 Cost.

La nozione di "concorrenza", di cui al comma 2, lett. e), dell'art. 117 Cost., riflette quella operante in ambito comunitario. Essa comprende, pertanto, sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati (misure *antitrust*); sia le misure legislative di promozione, volte ad eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (concorrenza "nel mercato"), ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza "per il mercato"). Pertanto, ove la suddetta materia, considerato il suo carattere finalistico e "trasversale", interferisca anche con materie attribuite alla competenza legislativa residuale delle Regioni, queste ultime potrebbero dettare solo discipline con "effetti pro-concorrenziali", purché tali effetti siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza.

La materia dell'"ordinamento civile", in quanto relativa alla disciplina dei rapporti privati, è riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, giacché essa è basata sulla esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire l'uniformità di trattamento, nell'intero territorio nazionale, dei rapporti civilistici tra soggetti che operano in regime privato.

I Giudici hanno, quindi, deliberato l'illegittimità costituzionale dell'art. 10, comma 1, della legge della Regione Umbria 8 febbraio 2013, n. 3 (Norme per la ricostruzione delle aree colpite dal sisma del 15 dicembre 2009), secondo cui: «L'esecutore, a qualsiasi titolo, dei lavori di ripristino di immobili di proprietà privata di importo pari o superiore a 150.000 euro, deve essere in possesso di attestazione di qualificazione rilasciata da Società Organismo di Attestazione (SOA) di cui al D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE") e successive modificazioni e integrazioni».

Ha osservato la Corte che la trasposizione nell'ambito privatistico dei sistemi di qualificazione delle imprese interessate alle commesse pubbliche, da un lato compromette l'assetto concorrenziale degli appalti privati regolati dalle norme civilistiche, ponendo in essere una previsione che -

condizionando la capacità dell'imprenditore di stipulare il contratto - ha come conseguenza quella di limitare il numero degli operatori e, conseguentemente, l'ampiezza della possibilità di vagliare un maggior numero di imprese da parte del committente. La norma censurata, dunque, tradisce le finalità di ampliamento dell'area di libera scelta dei cittadini e delle imprese sottesa alla regolamentazione contenuta nel codice dei contratti pubblici, traducendosi invece, di fatto, in una scelta anti-concorrenziale.

Dall'altro lato, contemporaneamente, la norma in questione determina (relativamente alla sola contrattazione riguardante l'affidamento dei lavori privati della ricostruzione delle zone terremotate umbre) anche una limitazione della facoltà del soggetto interessato di individuare il contraente da lui ritenuto più idoneo; limitazione che viene evidentemente a turbare (condizionandolo) lo svolgimento di atti che sono espressione dell'autonomia negoziale di soggetti che operano in un assetto civilistico in posizione di parità. E, pertanto, si pone in contrasto anche con il parametro che riserva al legislatore statale la competenza esclusiva in materia di "ordinamento civile".

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

Corte Costituzionale, 15 aprile 2014, n. 94 - Pres. Silvestri - Red. Cartabia

Gli artt. 133, comma 1, lett. l), 134, comma 1, lett. c), e 135, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - sede di Roma le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia, sono illegittimi.

È, altresì, illegittimo l'art. 4, comma 1, n. 17), dell'Allegato 4 al medesimo D.Lgs. n. 104 del 2010, nella parte in cui abroga l'art. 145, commi da 4 a 8, del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia).

È illegittimo anche l'art. 4, comma 1, n. 19), dell'Allegato 4 al medesimo D.Lgs. n. 104 del 2010, nella parte in cui abroga gli artt. 187-septies, commi da 4 a 8, e 195, commi da 4 a 8, del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52).

L'art. 44 della L. 18 giugno 2009, n. 69 conteneva una delega per il riordino normativo del processo amministrativo e del riparto di giurisdizione tra giudici ordinari e giudici amministrativi; in quanto delega per il riordino, essa concedeva al legislatore delegato un limitato margine di discrezionalità per l'introduzione di soluzioni innovative, le quali avrebbero dovuto comunque attenersi strettamente ai principi e ai criteri direttivi enunciati dal legislatore delegante. In particolare, nel momento in cui è intervenuto in modo

innovativo sul riparto di giurisdizione, il legislatore delegato avrebbe dovuto tenere in debita considerazione i principi e criteri enunciati dalla delega, i quali richiedevano di "adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori".

Va, quindi, dichiarata, secondo la Corte, l'illegittimità costituzionale - per contrasto con l'art. 76 Cost., in quanto eccedenti la delega legislativa di cui all'art. 44 della L. 18 giugno 2009, n. 69 - degli artt. 133, comma 1, lett. l), 134, comma 1, lett. c), e 135, comma 1, lett. c), del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), nella parte in cui attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con cognizione estesa al merito, e alla competenza funzionale del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - sede di Roma le controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia. La Corte ha ritenuto, altresì, illegittimo l'art. 4, comma 1, n. 17), dell'Allegato 4 al medesimo D.Lgs. n. 104 del 2010, nella parte in cui abroga l'art. 145, commi da 4 a 8, del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) e dell'art. 4, comma 1, n. 19), dell'Allegato 4 al medesimo D.Lgs. n. 104 del 2010, nella parte in cui abroga gli artt. 187-*septies*, commi da 4 a 8, e 195, commi da 4 a 8, del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52).

RICORSO STRAORDINARIO AL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Corte Costituzionale, 2 aprile 2014, n. 73 - Pres. Silvestri - Red. Cassese

Non è fondata la questione di legittimità costituzionale - sollevata in riferimento agli artt. 76 e 77, comma 1, della Costituzione - dell'art. 7, comma 8, del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), secondo cui il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica "è ammesso unicamente per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa", in quanto tale disposizione non si riferisce ad un oggetto estraneo alla delega.

La disposizione censurata è intesa a coordinare i rapporti fra la giurisdizione amministrativa e l'ambito di applicazio-

ne di un rimedio giustiziale attratto per alcuni profili nell'orbita della giurisdizione amministrativa medesima, in quanto metodo alternativo di risoluzione di conflitti, pur senza possederne tutte le caratteristiche. Essa, dunque, non può considerarsi al di fuori dell'oggetto della delega sul riassetto del processo amministrativo, la quale include, fra l'altro, il riordino delle norme vigenti "sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni". La norma censurata autorizza l'esercizio di poteri innovativi della normazione vigente a condizione che siano "strettamente necessari in rapporto alla finalità di ricomposizione sistematica perseguita con l'operazione di riordino o riassetto". L'esperibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica anche per controversie devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, in regime di concorrenza e non di alternatività con tale giurisdizione, si basa su una risalente tradizione interpretativa, consolidatasi, *praeter legem*, nel presupposto della natura amministrativa del rimedio; in virtù di tale natura, al giudice ordinario era sempre consentito disapplicare la decisione sul ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

La L. n. 69 del 2009, modificando la disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ha fatto venir meno quel presupposto, su cui si fondava il regime di concorrenza fra tale rimedio amministrativo e il ricorso dinanzi all'autorità giurisdizionale ordinaria. Nel nuovo contesto, simile concorrenza si trasformerebbe in una inammissibile sovrapposizione fra un rimedio giurisdizionale ordinario e un rimedio giustiziale amministrativo, che è a sua volta alternativo al rimedio giurisdizionale amministrativo e ne ricalca solo alcuni tratti strutturali e funzionali. Per risolvere questa anomalia, la disposizione censurata, superando l'assetto consolidatosi in via interpretativa, ha limitato l'ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica alle sole controversie devolute alla giurisdizione amministrativa. Tale soluzione, che avrebbe potuto ricavarci dal sistema, è comunque la conseguenza logica di una scelta - la traslazione del suddetto ricorso straordinario dall'area dei ricorsi amministrativi a quella dei rimedi giustiziali - che è stata compiuta dalla L. n. 69 del 2009. Sotto tale profilo, la norma censurata risponde, quindi, ad una evidente finalità di ricomposizione sistematica, compatibile con la qualificazione di delega di riordino o riassetto normativo propria dell'art. 44 della L. n. 69 del 2009.

Sicché, i giudici hanno ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 8, del D.Lgs. n. 104 del 2010, sollevata in riferimento al combinato disposto degli artt. 76 e 77, comma 1, Cost.

Giurisdizione

Ancora sul riparto di giurisdizione nelle controversie risarcitorie per danno da occupazione appropriativa

CASSAZIONE CIVILE, Sez. Un., 17 febbraio 2014, n. 3660 – Pres. ff. Rovelli – Est. Ceccherini – Provincia di Bari c. Comune di Barletta, L. G. ed altri e M. F. Trading s.r.l.

Le controversie risarcitorie per il danno da occupazione appropriativa, iniziate antecedentemente al 10 agosto 2000, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, secondo l'antico criterio di riparto diritti soggettivi-interessi legittimi, mentre sono attribuite alla giurisdizione esclusiva in materia urbanistico-edilizia del giudice amministrativo, le controversie risarcitorie per l'occupazione appropriativa avviate successivamente al 10 agosto 2000, data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 34, come riformulato dalla L. n. 205 del 2000, art. 7.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., Sez. Un., 5 aprile 2013, n. 8349; Cass., Sez. Un., 9 luglio 2009, n. 16093; Cass., Sez. Un., 7 novembre 2008, n. 26798; Cass., Sez. Un., 27 giugno 2007, n. 14794; Cass., Sez. Un., 26 marzo 2007, n. 7256
Difforme	Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 914; App. Torino, 10 novembre 2005, n. 1786

Motivi della decisione

4. I due ricorsi, proposti contro la medesima sentenza, devono essere riuniti a norma dell'art. 335 c.p.c.

5. La causa è portata all'esame delle Sezioni Unite della corte per il primo motivo del ricorso principale proposto dalla Provincia di Bari, vertente sulla giurisdizione. La ricorrente formula il quesito di diritto se, nel caso di annullamento del decreto di espropriazione perché emesso fuori termine, la tutela risarcitoria in materia di espropriazione per pubblica utilità vada chiesta al giudice amministrativo, allorché la lesione giuridica dedotta in giudizio derivi dall'esercizio del potere della pubblica amministrazione manifestatosi, in presenza dei requisiti richiesti dalla legge e non come mera via di fatto, con l'adozione della dichiarazione di pubblica utilità, quante volte l'occupazione del bene sia stata realizzata entro il termine di validità della dichiarazione di pubblica utilità.

6. Il motivo è infondato. Nella fattispecie la domanda è stata proposta il 2 luglio 1997, e deve trovare applicazione il principio, consolidato fin dall'ordinanza delle Sezioni Unite 27 giugno 2007 n. 14794, per il quale le controversie risarcitorie per il danno da occupazione appropriativa, iniziate in periodo antecedente al 1° luglio 1998, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario,

secondo l'antico criterio di riparto diritti soggettivi-interessi legittimi (e così anche le stesse controversie, se iniziate nel periodo dal 1° luglio 1998 al 10 agosto 2000, data di entrata in vigore della L. n. 205 del 2000, restano attribuite al giudice ordinario, per effetto della sentenza n. 281 del 2004, della Corte costituzionale, che ravvisando nel D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 34 anteriormente alla riscrittura con la L. n. 205, art. 7 un eccesso di delega, ha dichiarato l'incostituzionalità delle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva); mentre sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo, le controversie risarcitorie per l'occupazione appropriativa iniziate dal 10 agosto 2000, data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 34, come riformulato dalla L. n. 205 del 2000, art. 7, non già perché la dichiarazione di pubblica utilità sia di per sé idonea ad affievolire il diritto di proprietà (l'occupazione e la trasformazione del suolo in assenza di decreto di espropriazione comporta lesione del diritto soggettivo), ma perché ricomprese nella giurisdizione esclusiva in materia urbanistico-edilizia (l'esistenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, mediante il riferimento, sia pure indiretto, al potere espropriativo, vale semplicemente a giustificare, come da sentenze nn. 204 del 2004 e 191 del 2006, la legittimità costituzionale della creazione di una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva), mentre la

stessa giurisdizione è attribuita dal D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, art. 53 se la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta dal 1° luglio 2003, data di entrata in vigore del T.U. espropriazioni.

7. Con il secondo motivo, la provincia ricorrente denuncia un'insufficiente omessa o contraddittoria motivazione sul fatto controverso costituito dalla qualificazione giuridica del terreno oggetto della procedura ablativa (la contraddizione tra l'affermazione che la variante avrebbe attribuito al terreno natura edificatoria in ragione della realizzazione dell'opera pubblica, e la qualificazione della stessa area come legalmente edificabile), e una violazione della L. 8 agosto 1992, n. 359, art. 5-bis, per aver attribuito l'edificabilità legale a un'area in zona agricola per effetto della variante che prevedeva la possibilità di realizzare edifici al servizio della collettività, quali uffici pubblici e scuole. Il vizio di motivazione verte, tuttavia, su una qualificazione giuridica dei fatti accertati, che è questione di puro diritto, e come tale - soltanto - deve essere esaminato, risolvendosi nella pure denunciata violazione di norme di diritto.

8. Il motivo è fondato. Nel controricorso degli eredi L. s'invoca, in senso contrario, un precedente di questa corte (Cass. 21 marzo 2000, n. 3298) rimasto isolato, essendo stato seguito da numerose decisioni in senso contrario, che costituiscono la giurisprudenza consolidata di legittimità alla quale, nella sentenza impugnata e negli scritti difensivi di questo giudizio di legittimità, non sono mosse delle critiche specifiche, che giustifichino un riesame della questione.

9. È stato ripetutamente affermato, infatti, il carattere di vincolo conformativo, quindi incidente sul valore del bene, della destinazione a edilizia scolastica, per la quale l'ordinamento rimette ogni iniziativa agli enti pubblici territoriali, in dipendenza di scelte programmatiche fondate su periodiche ricognizioni, a livello territoriale, del fabbisogno strutturale in rapporto alla domanda d'istruzione (Cass. 9 dicembre 2004, n. 23028, 10 luglio 2007, n. 15389, 12 luglio 2007, n. 15616, 26 maggio 2010, n. 12862). La natura conformativa del vincolo, che sottrae l'area all'edificazione a scopi privati, comporta poi che l'area medesima non possa essere qualificata come area edificabile ai fini della determinazione del suo valore venale.

10. Con l'unico motivo di ricorso incidentale il Comune di Barletta, denunciando la violazione di norme di diritto, pone il quesito se sia vero che nell'espropriazione per causa di pubblica utilità debba ritenersi legittimato dal lato passivo, o, comunque, titolare dal lato passivo del rapporto obbligatorio di natura patrimoniale, nascente dalla perdita del diritto reale, strutturata nelle maglie dell'accessione invertita e avente a oggetto il risarcimento del danno conseguente alla ablazione del diritto, il soggetto che opera materialmente l'occupazione, la trasformazione dei suoli, la realizzazione dell'opera

pubblica o beneficia dell'espropriazione e non l'ente che si limita all'adozione degli atti del procedimento e, in particolare, del decreto di esproprio. Nello svolgimento del motivo è largamente sviluppato l'argomento che il decreto di esproprio non inciderebbe sull'identificazione dell'autore dell'illecito, il quale sarebbe sempre identificabile con l'autore dell'irreversibile trasformazione del fondo.

11. Il motivo non è fondato. La giurisprudenza invocata dal comune ricorrente a sostegno della sua tesi (Cass. 14 maggio 2010 n. 11768; ma si tratta di giurisprudenza consolidata, per la quale v. già Cass. 13 giugno 1998 n. 5294, e succ. conf.) afferma che, in tema di espropriazione per pubblica utilità, l'autorità o l'ente muniti dei poteri di emettere gli atti della procedura ablativa sono estranei al giudizio di opposizione alla stima per difetto di legittimazione passiva *ad causam*, atteso che detto giudizio ha, come oggetto, unicamente la controversia circa il rapporto sostanziale patrimoniale tra espropriato e beneficiario del provvedimento ablativo. Questa giurisprudenza, tuttavia, si riferisce al giudizio di determinazione della stima dell'indennità di espropriazione, che ha presupposti, natura e soggetti non coincidenti con quelli della controversia per il risarcimento del danno da occupazione illegittima della proprietà privata, oggetto del presente giudizio. Questo, infatti, è un giudizio di risarcimento del danno da fatto illecito, nel quale convenuti per il pagamento non possono essere se non gli autori del fatto illecito, mentre non vengono all'esame provvedimenti emessi dalla pubblica amministrazione nell'esercizio legittimo dei suoi poteri.

12. Con riguardo, dunque, alla fattispecie di causa, è sufficiente osservare che il fatto illecito lamentato dal privato è costituito dalla perdita della sua proprietà; e che tale illecito s'è consumato a seguito del concorso causale dei distinti comportamenti tenuti, rispettivamente, dalla provincia con la trasformazione del fondo (fatto da solo insufficiente a ledere il diritto del privato, perché *secundum jus* nel momento in cui fu eseguito), e dal comune, che omise di emettere il decreto di espropriazione in esecuzione della delega a esso conferita, in tal modo privando la provincia del suo titolo e rendendo illecito il suo comportamento. L'unica fattispecie illecita, imputabile ai due enti, non può essere pertanto scissa, e comporta la responsabilità solidale di entrambi i soggetti che, con i loro comportamenti, distinti ma concorrenti nel risultato, hanno concorso a cagionare l'evento lesivo.

11. In conclusione la sentenza impugnata deve essere cassata in relazione al secondo motivo, e rinviata alla corte del merito, in altra composizione, perché proceda nuovamente alla determinazione del danno, applicando il principio di diritto enunciato *supra*, *sub* 9.

Il giudice del rinvio provvederà altresì al regolamento delle spese del presente giudizio di legittimità.

IL COMMENTO

di Giuseppe Misserini (*)

La decisione in rassegna, per i profili oggetto di commento, risulta conforme al consolidato orientamento delle Sezioni Unite formatosi sul tema del riparto di giurisdizione in materia di danno da occupazione appropriativa in conseguenza dei diversi interventi legislativi sul tema, dovuti anche alle declaratorie di incostituzionalità dagli stessi subiti. Risulta confermato, dunque, che è l'esistenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità a costituire il perno su cui poggiare l'individuazione del giudice innanzi al quale far valere la pretesa al risarcimento del danno conseguente ad ipotesi di occupazione appropriativa.

Con la pronuncia commentata, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, ponendosi nel solco di un indirizzo esegetico più che consolidato, confermano la sussistenza della giurisdizione esclusiva amministrativa in ordine alle controversie risarcitorie per il danno da occupazione appropriativa iniziate a partire dal 10 agosto 2000, data di entrata in vigore dell'art. 34 del D.Lgs. n. 80/1998, così come riformulato dall'art. 7 della L. n. 205/2000.

A tali conclusioni la Suprema Corte perviene sulla scorta del rilievo che il criterio dicotomico di riparto di giurisdizione diritti soggettivi-interessi legittimi trova applicazione solo in relazione alle liti in materia iniziate antecedentemente al 10 agosto 2000, nel mentre quelle avviate successivamente risultano attratte nello spettro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tracciato dall'art. 34 del D.Lgs. n. 80/1998, come riformulato dall'art. 7 della L. n. 205/2000.

La fattispecie concreta

Con atto di citazione notificato il 2 luglio 1997, alcuni proprietari agivano in giudizio in vista del risarcimento dei danni per accessione invertita dei fondi di loro proprietà, trasformati per la costruzione di scuole pubbliche in assenza di un valido decreto di esproprio, sebbene l'occupazione dei fondi fosse stata realizzata entro il termine di validità della dichiarazione di pubblica utilità.

I Giudici di merito, in considerazione della data di proposizione della domanda, affermavano la giurisdizione del giudice ordinario, riconoscendo la responsabilità delle amministrazioni convenute – Provincia e Comune – nella loro rispettiva veste di promotore-beneficiario della procedura ablatoria e di autore dell'opera di trasformazione del fondo (Provincia), nonché di autorità che ha omesso la

tempestiva emissione del decreto di esproprio (Comune).

Per la cassazione di tale statuizione ricorreva l'amministrazione provinciale contestando, per quanto in rilievo ai fini dell'odierno commento, la sussistenza della giurisdizione ordinaria.

In particolare, a sostegno dell'eccepito difetto di giurisdizione, si rilevava come la lesione giuridica dedotta in giudizio, di cui si chiedeva tutela risarcitoria, derivasse dall'esercizio del potere della pubblica amministrazione che, nonostante l'annullamento del decreto di esproprio perché emesso fuori termine, si sarebbe manifestato con l'adozione della dichiarazione di pubblica utilità atteso che il bene era stato realizzato entro il termine di validità della stessa dichiarazione di pubblica utilità.

Dunque, la cognizione della controversia avrebbe dovuto spettare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo costituendo il comportamento delle amministrazioni pur sempre espressione della potestà ablatoria pubblicistica, ritualmente attivata in conseguenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, sebbene non altrettanto correttamente proseguita stante l'assenza di un valido decreto di esproprio, ovvero di un altro atto avente efficacia traslativa.

I motivi della decisione

La Corte regolatrice respinge il motivo di ricorso inerente il difetto di giurisdizione confermando, attraverso un unico articolato passaggio motivazionale, l'appartenenza della controversia scrutinata alla giurisdizione ordinaria.

A tale approdo i Giudici di legittimità giungono in virtù del rilievo che la domanda con cui è stata chiesta la tutela risarcitoria in materia di espropriazione per pubblica utilità è stata proposta il 2 luglio 1997, con conseguente applicazione del principio,

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

consolidato nella giurisprudenza delle stesse Sezioni Unite, per il quale le controversie risarcitorie per il danno da occupazione appropriativa, iniziate in periodo antecedente al 1° luglio 1998, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario secondo il criterio di riparto che si fonda sulla consistenza della posizione soggettiva azionata criterio secondo cui spettano alla cognizione del giudice ordinario le controversie involgenti i diritti soggettivi, nel mentre appartengono alla giurisdizione amministrativa le liti riguardanti gli interessi legittimi.

Infatti, nel giudizio deciso veniva fatta valere la lesione del diritto soggettivo di proprietà inciso dall'occupazione e dalla trasformazione del suolo in assenza di decreto di espropriazione.

Ebbene, sin dalla pronuncia da cui ha avuto corso il consolidato indirizzo giurisprudenziale nel cui solco si pone la pronuncia commentata (1), la Corte regolatrice ha chiarito come, nelle ipotesi in questione, il diritto del proprietario risulti "affievolito" non già dalla dichiarazione di pubblica utilità, pur emessa nel rispetto della legge, bensì dalla trasformazione del fondo privato (*Facere in alienum*) in assenza della titolarità del bene, con la conseguenza che "a fronte di comportamenti è sempre ravvisabile la lesione di un diritto soggettivo che, a seconda della tipicità del procedimento in cui esso s'innesta, può corrispondere al diritto di proprietà" (2).

Il supremo Consesso, poi, specifica come la giurisdizione ordinaria vada riconosciuta per le stesse controversie iniziate nel periodo dal 1° luglio 1998 al 10 agosto 2000. Invero, quest'ultima data coincide con l'entrata in vigore dell'art. 7 della L. n. 205/2000 che ha riscritto l'originario art. 34 del D.Lgs. n. 80/1998, al fine di superare l'eccesso di delega legislativo sanzionato con la dichiarazione di incostituzionalità della sua versione originaria (3).

Per la Corte, al contrario, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo relativamente alle controversie risarcitorie in tema di occupazione appropriativa iniziate successivamente al 10 agosto 2000 – come detto, data di entrata in vigore dell'art. 34 del D.Lgs. n. 80/1998, come riformulato

dall'art. 7 della L. n. 205 del 2000 – non già perché la dichiarazione di pubblica utilità, presente nella fattispecie scrutinata, sia *ex se* idonea ad affievolire il diritto di proprietà, quanto in ragione dell'inerenza di tali controversie alla materia urbanistico-edilizia appartenente alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Infatti, l'occupazione e la trasformazione di un suolo in assenza di decreto di espropriazione ovvero di altro valido atto con efficacia traslativa comportano la lesione del diritto soggettivo di proprietà, con la conseguenza che, ove dovesse trovare applicazione il criterio dicotomico diritti soggettivi-interessi legittimi, dovrebbe sussistere, comunque, la giurisdizione ordinaria. Sennonché, la sussistenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, pur sprovvista della capacità di estinguere il diritto di proprietà, è in grado di radicare la giurisdizione amministrativa esclusiva, così come riparametrata dalla giurisprudenza costituzionale (4), stante il riferimento, sia pur indiretto, che essa comporta al potere espropriativo.

Secondo le Sezioni Unite, infine, ai sensi dell'art. 53 del D.P.R. n. 327/2001, andrebbero attratte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie risarcitorie per il danno da occupazione appropriativa in relazione alle quali la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta dal 1° luglio 2003, data di entrata in vigore del Testo Unico in materia di espropriazione per pubblica utilità.

Commento

La sentenza in rassegna, come anticipato, conferma un consolidato orientamento della Corte regolatrice per il quale è l'esistenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità a costituire il perno su cui poggiare l'individuazione del giudice innanzi al quale far valere la pretesa al risarcimento del danno conseguente ad ipotesi di occupazione appropriativa.

Tanto lo si ricava non solo dal passaggio della motivazione inerente l'esistenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, ma anche dal precedente snodo motivazionale attraverso cui la Supre-

(1) Ci si riferisce a Cass., Sez. Un., 27 giugno 2007, n. 14794, in *Giust. Civ.*, 2008, 961, con nota di Salvago.

(2) Così Cass., Sez. Un., 27 giugno 2007, n. 14794, cit., 963.

(3) La Corte costituzionale, con sentenza n. 281 del 2004, ravvisando un eccesso di delega nell'art. 34 del D.Lgs. n. 80 del 1998, anteriormente alla riscrittura ad opera dell'art. 7 della L. n. 205/2000, ha dichiarato l'incostituzionalità delle nuove ipotesi di

giurisdizione amministrativa esclusiva ivi contemplate.

(4) Il riferimento è, in particolare, a Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, in questa *Rivista*, 2006, 805 ss., con commento di Conti, che ha escluso dall'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella materia espropriativa le controversie relative ai comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un potere pubblico.

ma Corte si premura di specificare come l'occupazione e la trasformazione del suolo in assenza del decreto di esproprio comportino la lesione del diritto soggettivo: nessun dubbio, dunque, sul fatto che l'effetto traslativo consegua solo dal decreto di espropriazione ovvero dall'atto di cessione volontaria.

Trova, così, ulteriore conferma la tesi che, proprio sulla scorta della giurisprudenza costituzionale formata sul tema (5), limita la giurisdizione ordinaria alle sole ipotesi in cui l'occupazione e la trasformazione del suolo si innestino in una fattispecie concreta caratterizzata dalla radicale mancanza di una dichiarazione di pubblica utilità, sussistendo, al contrario, la giurisdizione amministrativa esclusiva in tutti i casi in cui si controverte dell'abusività dell'occupazione in conseguenza dell'illegittimità della dichiarazione, ovvero della sua sopravvenuta inefficacia (6).

Dunque, vanno ricondotte alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le pretese risarcitorie conseguenti ad una irreversibile trasformazione del fondo in cui l'esercizio del potere si è estrinsecato mediante l'adozione della dichiarazione di pubblica utilità, sebbene in seguito l'incisione della proprietà privata e la sua irreversibile trasformazione si siano realizzate in assenza di titolo giustificativo, ovvero nonostante detto titolo, quale in ipotesi il decreto di esproprio, sia stato giurisdizionalmente o in via di autotutela annullato (7).

Ancora, rientrano nello spettro della giurisdizione esclusiva amministrativa le controversie risarcitorie discendenti da occupazioni illegittime preordinate all'espropriazione in cui la stessa dichiarazione di pubblica utilità sia stata emessa e, poi, travolta da un successivo suo annullamento – vuoi da parte del giudice amministrativo, vuoi a seguito di un annullamento d'ufficio – atteso che anche in tale ipotesi si assiste all'esercizio in concreto del

potere, sebbene lo stesso si sia, poi, rivelato invalido e la sua efficacia sia stata retroattivamente “travolta” in conseguenza dell'annullamento, giudiziale o amministrativo (8).

Invero, in tali ipotesi il comportamento amministrativo viene posto in essere in virtù di un provvedimento amministrativo e, dunque, è espressione, sia pur mediata, dell'esercizio di un pubblico potere (9).

Giova osservare, in ogni caso, come la decisione commentata sia stata resa in tema di occupazione appropriativa (10), con la conseguenza che la stessa non ha potuto contribuire a chiarire l'esatta portata della nozione dei “meri comportamenti” amministrativi che, secondo la medesima Cassazione, rientrano in via residuale nella giurisdizione ordinaria in quanto posti in essere in carenza di potere, ovvero in via di mero fatto (11).

Peraltro, proprio sulla scorta delle note decisioni della Corte costituzionale, si ritiene che un'occupazione autenticamente usurpativa – e, dunque, un comportamento nemmeno mediatamente riconducibile ad un pubblico potere – possa riscontrarsi solamente nel caso in cui la stessa (occupazione) si sia risolta nella materiale invasione del fondo del privato ad opera della pubblica amministrazione (12).

La pronuncia in rassegna, puntualizzando i riferimenti cronologici a cui “agganciare” la sussistenza della giurisdizione esclusiva amministrativa nelle controversie risarcitorie da occupazione appropriativa, richiama, infine, l'art. 53 del D.P.R. n. 327/2001, disposizione, questa, a cui occorrerebbe riferirsi per le ipotesi in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta dal 1° luglio 2003, data di entrata in vigore del Testo Unico in materia di espropriazione per pubblica utilità.

Il riferimento al citato art. 53 rappresenta un *obiter dictum* (13) certamente riconducibile all'esigenza perseguita dalla Corte di chiarire, in genera-

(5) Corte cost., 5 luglio 2004, n. 204, in questa *Rivista*, 2004, 1275 ss., con commento di Lotti; Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, cit.

(6) In tal senso Caringella, *Manuale di Diritto Amministrativo – III. Il riparto di giurisdizione*, Roma, 2014, 495.

(7) Cass., Sez. Un., 9 luglio 2009, n. 16093, in *Riv. Giur. Edil.*, 2010, 142 ss.; Cass., Sez. Un., 7 novembre 2008, n. 26798, in *Riv. Giur. Edil.*, 2009, 432 ss.; Cass., Sez. Un., 27 giugno 2007, n. 14794, in *Giust. Civ.*, 2008, 961 con nota di Salva; Cass., Sez. Un., 26 marzo 2007, n. 7256, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 1396.

(8) Cass., Sez. Un., 12 gennaio 2011, n. 509, in *Riv. Giur. Edil.*, 2011, 492; Cass., Sez. Un., 28 gennaio 2010, n. 1787, in *Pubblica*, 2010; Cass., Sez. Un., 19 febbraio 2007, n. 3724, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 1375; Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2007, n. 2689, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 1366.

(9) Cfr. Caringella, *op. cit.*, 488.

(10) Ipotesi questa in cui, come efficacemente rilevato da Caringella, *op. cit.*, 488, l'occupazione, in quanto preceduta da una valida dichiarazione di pubblica utilità, si atteggia “quale epilogo di una procedura espropriativa illegittimamente proseguita o conclusa, a causa della mancata adozione di un valido decreto di esproprio”.

(11) Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2013, n. 27994, in questa *Rivista*, 2014, 281 ss., con commento di Ponte che, in particolare, procede ad un'attenta e puntuale disamina del caso specifico del cd. sconfinamento.

(12) Cfr. Caringella, *op. cit.*, 487-488.

(13) La controversia scrutinata, infatti, risulta avviata con atto di citazione del 1997 con la conseguenza che la dichiarazione di pubblica utilità adottata nella fattispecie decisa non poteva, certo, essere successiva al 1° luglio 2003.

le, le regole del riparto di giurisdizione sulla tematica in questione.

Sennonché, ad avviso di chi scrive, proprio questo intuibile intento chiarificatore rischia di essere tradito dal riferimento all'art. 53 del D.P.R. n. 327/2001.

L'originario testo di tale previsione devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto non solo gli atti, i provvedimenti e gli accordi delle pubbliche amministrazioni, conseguenti all'applicazione delle disposizioni dello stesso testo unico, bensì anche quelle vertenti in tema di "comportamenti" dei titolari di poteri pubblici.

Tale previsione, tuttavia, è stata dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui, assegnando alla giurisdizione esclusiva amministrativa le controversie concernenti i "comportamenti" delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati, non escludeva i comportamenti non riconducibili, nemmeno mediamente, all'esercizio di un pubblico potere (14).

A seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, l'art. 53 del T.U. espropriazioni si limita a stabilire che la tutela giurisdizionale innanzi al giudice amministrativo è disciplinata dallo stesso codice, così operando un mero rinvio alla disciplina codicistica (15).

Non a caso i recenti arresti delle Sezioni Unite (16) sul riparto di giurisdizione in tema di cd. espropriazione di fatto non hanno mancato di riferirsi alla disciplina dettata dagli artt. 7 e 133, lett. g), del c.p.a., evitando qualsivoglia richiamo all'attuale art. 53 del D.P.R. n. 327/2001 oramai "svuotato" di contenuto precettivo.

Peraltro, la stessa decisione commentata non manca di richiamare la sentenza n. 191/2006 con cui è stata dichiarata la non conformità a costituzione proprio dell'originario art. 53, con la conseguenza che il rinvio a quest'ultimo potrebbe essere giustificato solo ove venisse riferito a quelle controversie che, poiché decise con sentenza passata

in giudicato, risultano impermeabili alla efficacia retroattiva della pronuncia di incostituzionalità: infatti, la retroattività della declaratoria di incostituzionalità rappresenta un'eccezione al principio della *perpetuatio iurisdictionis* consacrato nell'art. 5 del c.p.c.

Tuttavia, ove così fosse, la Corte si sarebbe certamente premurata di puntualizzare la limitatezza del rinvio all'art. 53, circoscritto, in questa ipotesi, alla salvezza delle sentenze, passate in giudicato, dichiarative della giurisdizione esclusiva amministrativa relative a controversie risarcitorie discendenti da meri comportamenti amministrativi nella materia espropriativa.

Al contrario, la pronuncia in rassegna si limita ad individuare il momento iniziale della sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 53, così escludendosi, in radice, la correttezza di quanto appena prospettato, sia pur in via di ipotesi.

Dunque, preferibile sarebbe stato il riferimento alle previsioni del c.p.a. in tema di riparto di giurisdizione, dovendosi ritenere il richiamo all'art. 53 conseguenza di un mero "adagiarsi" della motivazione della sentenza commentata a quella della decisione del 2007 con cui si è avviato il filone giurisprudenziale a cui la stessa appartiene (17).

Al di là della chiarezza, o meno, del richiamo normativo operato dalla Corte, resta il fatto che le previsioni codicistiche in tema di riparto di giurisdizione non fanno altro, né avrebbero potuto fare altrimenti, che ossequiare la giurisprudenza costituzionale in tema di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (18).

Infatti, con particolare riferimento alla materia dell'espropriazione per pubblica utilità, l'art. 133, comma 1, lett. g), c.p.a., devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto, oltre agli atti, ai provvedimenti ed agli accordi, anche i comportamenti delle pubbliche amministrazioni purché riconducibili,

(14) Corte cost., 11 maggio 2006, n. 191, cit.

(15) Il vigente comma 1 dell'art. 53 del D.P.R. n. 327/2001, infatti, è il frutto di una produzione normativa mediante rinvio caratterizzata, dunque, dalla presenza di una disposizione che non procede alla diretta determinazione della disciplina dei rapporti giuridici, ma li rimette ad altre fonti o disposizioni.

(16) Ci si riferisce, in particolare, a Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2013, n. 27994, cit.

(17) Infatti, nell'ordinanza n. 14794/2007, la Corte richiama anche l'art. 53. Sennonché in quel contesto il riferimento a tale previsione appare ineccepibile atteso che, all'epoca, non era stata ancora emanata la legge delega di cui il codice del processo amministrativo è espressione (L. n. 69/2009).

(18) Sulla disciplina codicistica in tema di giurisdizione esclusiva, fra gli altri, si veda: Mari, *La giurisdizione amministrativa*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 88 ss.; Ramajoli, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in Sassani-Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 171 ss.; De Paolis, *La giurisdizione del giudice amministrativo*, in De Paolis, *Il processo amministrativo*, Padova, 2012, 28 ss.; De Nictolis, *Processo amministrativo*, Milano, 2011, 61 ss.; Mazzamuto, *Commento sub art. 133*, in Quaranta, Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 1087 ss.; Lotti, *Commento sub art. 133*, in Caringella, Protto (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2010, 1194 ss.

anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere (19).

Tuttavia, il codice del processo amministrativo, oltre a non risolvere tutti quei dubbi in tema di riparto di giurisdizione che sorgono specie a livello di pratica contenziosa (20), risulta non armonizzata con successivi interventi legislativi sul tema.

In particolare, è stato segnalato (21) il difetto di coordinamento tra la disciplina recata dall'art. 133 c.p.a. e quella di cui all'art. 42-bis del D.P.R. n. 327/2001 (introdotto dall'art. 34 del D.L. n. 98/2011, conv. in L. n. 111/2011), da cui discende «un sistema di "giurisdizione frazionata" che devolve al g.o. esclusivamente la quantificazione dell'indennizzo da "espropriazione lecita", derivante dall'adozione del provvedimento di cui all'art. 42-bis T.U., mentre restano devoluti al g.a. tutti gli ulteriori profili di contestazione relativi al provvedimento, nonché tutte le pretese risarcitorie per l'occupazione illecita del fondo per il periodo antece-

dente all'adozione dell'atto di acquisizione al patrimonio della p.a.».

A tali dubbi esegetici vanno, oggi, aggiunte le ulteriori incertezze che riguardano la stessa "sorte" dell'art. 42-bis, su cui pende sospetto di incostituzionalità (22), nonostante le medesime Sezioni Unite abbiano chiarito come, sul sistema di riparto in materia espropriativa, non abbia «influito il sopravvenuto art. 42-bis del T.U. ... avendo con esso il legislatore reintrodotta l'istituto della cd. acquisizione sanante, stabilendone i presupposti per l'adozione del relativo provvedimento da parte dell'amministrazione e disciplinando specificatamente la misura dell'"indennizzo" per il pregiudizio patrimoniale conseguente alla perdita definitiva dell'immobile; sicché la nuova norma risulta influente in ordine ai criteri attributivi della giurisdizione nelle domande di risarcimento del danno da occupazione *sine titulo* (originaria o sopravvenuta)» (23).

(19) Secondo Caringella, *op. cit.*, 498, "i comportamenti almeno mediatamente espressivi del potere pubblico, in ultima analisi, consisterebbero in quelle manifestazioni dell'agire scaturenti dal previo esercizio di una pubblica potestà, la cui ragion d'essere - altrimenti detto - andrebbe rinvenuta nella spendita dell'attribuzione pubblicistica, conferita dalla legge al soggetto amministrativo procedente".

(20) Così Ponte, *op. cit.*, 282 ss., che affronta, in particolare, la questione del cd. sconfinamento.

(21) Caringella, *op. cit.*, 506.

(22) Sul punto si veda Ponte, *op. cit.*, 288. Infatti, con ordinanza 13 gennaio 2014, n. 441, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 42-bis per contrasto con gli artt. 3, 24, 42, 97,

Cost., nonché 111 e 17, comma 1, Cost., anche alla luce dell'art. 6 del I protocollo addizionale della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva con L. n. 848/1955. In particolare, secondo la Corte il sospetto di incostituzionalità discenderebbe dall'impossibilità di configurare, in capo alla p.a. che ha commesso un fatto illecito, un trattamento privilegiato che si sostanzia nella possibilità di modificare, successivamente al verificarsi dell'evento dannoso ed in conseguenza di una propria unilaterale manifestazione di volontà, il titolo e l'ambito della propria responsabilità, nonché di modificare il risarcimento discendente dal precetto del *neminem laedere* in indennizzo.

(23) Così Cass., Sez. Un., 16 dicembre 2013, n. 27994, cit.

Irregolarità urbanistiche

La nullità del preliminare di vendita per irregolarità urbanistica dell'immobile

CASSAZIONE CIVILE, sez. II, 17 dicembre 2013, n. 28194 – Pres. Triola – Est. San Giorgio – W.L.M. c. W.L.O

La non perfetta formulazione dell'art. 40 comma 2 della L. 28 febbraio 1985, n. 47 consente di affermare che dalla stessa è desumibile il principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica, cui si aggiunge una nullità (di carattere formale) per gli atti di trasferimento di immobili in regola con la normativa urbanistica o per i quali è in corso la regolarizzazione ove tali circostanze non risultino dagli atti stessi.

La previsione che la "conferma" ex art. 40 cit., comma 3, che esclude la sanzione della nullità, può operare solo se la mancanza delle dichiarazioni o dei documenti contemplati non sia dipesa dall'insussistenza della licenza o della concessione o dalla inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, non avrebbe senso se tali atti fossero *ab origine* validi, ferma restando la responsabilità per inadempimento del venditore. Una volta chiarito tale punto, non può non pervenirsi all'affermazione della nullità di un contratto preliminare che abbia ad oggetto la vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico.

Il fatto che l'art. 40, comma 2, cit., faccia riferimento agli atti di trasferimento, cioè agli atti che hanno una efficacia reale immediata, mentre il contratto preliminare di cui si discute abbia efficacia semplicemente obbligatoria, non esclude dal punto di vista logico che non possa essere valido il contratto preliminare il quale abbia ad oggetto la stipulazione di un contratto nullo per contrarietà alla legge.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cass., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591
Difforme	Cass., sez. III, 19 dicembre 2013, n. 28456; Cass., sez. II, 5 luglio 2013, n. 16876; Cass., sez. II, 22 novembre 2012, n. 20714; Cass., sez. II, 18 settembre 2009, n. 20258; Cass., sez. II, 19 dicembre 2006, n. 27129; Cass., sez. II, 7 dicembre 2005, n. 26970; Cass., sez. II, 24 marzo 2004 n. 5898; Cass., sez. II, 5 aprile 2001 n. 5068; Cass., sez. II, 15 giugno 2000 n. 8147

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo i ricorrenti deducono sostanzialmente che la Corte di appello ha omesso di pronunciarsi su quello che era il principale problema che avrebbe dovuto affrontare e cioè se il contratto preliminare dovesse considerarsi nullo per motivi sostanziali, in considerazione delle irregolarità urbanistiche non sanate dell'immobile di cui si tratta.

La illustrazione del motivo si conclude con la formulazione dei seguenti quesiti di diritto, ai sensi dell'art. 366-bis c.p.c., applicabile nella specie *ratione temporis*:

“Se nel caso di immobile oggetto di abusi edilizi, l'assenza della domanda di concessione in sanatoria e del versamento della prescritta oblazione configuri una nullità sostanziale del contratto definitivo di compravendi-

ta, in virtù delle previsioni implicite della L. n. 47 del 1985, art. 40; se l'accertata impossibilità – al momento della conclusione del preliminare – conseguente alla suddetta nullità sostanziale, di stipulare un valido atto di trasferimento dell'immobile oggetto di abusi edilizi, renda invalido anche il contratto preliminare che a tale trasferimento obbliga le parti”.

2. Il motivo è fondato.

2.1. La questione delle conseguenze della alienazione di immobili affetti da irregolarità urbanistiche non sanate o non sanabili è stata finora risolta dalla giurisprudenza di questa Corte sul piano dell'inadempimento.

Così, la sent. 22 novembre 2012 n. 20714 ha affermato che, in tema di vendita di immobili, il disposto della L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, consentendo la stipulazione ove risultino presentata l'istanza di condono edili-

zio e pagate le prime due rate di oblazione, esige che la domanda in sanatoria abbia i requisiti minimi per essere presa in esame dalla p.a. con probabilità di accoglimento, occorrendo, quindi, l'indicazione precisa della consistenza degli abusi sanabili, presupposto di determinazione della somma dovuta a titolo di oblazione, nonché la congruità dei relativi versamenti, in difetto delle quali il promittente venditore è inadempiente e il preliminare di vendita può essere risolto per sua colpa.

Nello stesso ordine di idee la sent. 19 dicembre 2006 n. 27129 ha affermato che in caso di preliminare di vendita di immobile costituisce inadempimento di non scarsa importanza, tale da giustificare il recesso dal contratto del promittente acquirente e la restituzione del doppio della caparra versata, il comportamento del promittente alienante che prometta in vendita un immobile abusivo per il quale non esiste alcuna possibilità di regolarizzazione.

Ancora più esplicitamente la sent. 24 marzo 2004 n. 5898 ha affermato che il difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo urbanistico non rileva di per sé ai fini della validità dell'atto di trasferimento, trovando rimedio nella disciplina dell'inadempimento contrattuale.

In tale ottica è stata esclusa la nullità dei contratti aventi ad oggetto immobili, nel caso in cui la dichiarazione prevista dalla L. n. 47 del 1985, artt. 17 o 40, esista ma non sia conforme al vero.

La recentissima sentenza 5 luglio 2013 n. 16876, pur ritenendo interessante la tesi della cd. nullità sostanziale, ha affermato che i canoni normativi dell'interpretazione della legge non consentono di attribuire al testo normativo un significato che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola e non può non essere considerato il fatto che i casi di nullità previsti dalla norma indicata sono tassativi e non estensibili per analogia, mentre la nullità prevista dall'art. 40, in discorso è costituita unicamente dalla mancata indicazione degli estremi della licenza edilizia, ovvero dell'inizio della costruzione prima del 1967.

In precedenza la sentenza 7 dicembre 2005 n. 26970 (che cita come conforme la sentenza 24 marzo 2004 n. 5898, la quale peraltro si è occupata della nullità prevista dalla L. 28 gennaio 1977, n. 10, art. 15, comma 7) aveva affermato che la nullità prevista dagli artt. 17 e 40, cit., assolve la sua funzione di tutela dell'affidamento sanzionando specificamente la sola violazione di un obbligo formale, imposto al venditore al fine di porre l'acquirente di un immobile in condizione di conoscere le condizioni del bene acquistato e di effettuare gli accertamenti sulla regolarità del bene attraverso il confronto tra la sua consistenza reale e quella risultante dalla concessione edilizia ovvero dalla domanda di concessione in sanatoria.

Alla rigidità della previsione consegue che, come non può essere attribuita alcuna efficacia sanante all'esistenza della concessione o sanatoria che non siano state dichiarate nel contratto di compravendita di un immobile, così, in presenza della dichiarazione, nessuna invalidità deriva al contratto dalla concreta difformità della

realizzazione edilizia dalla concessione o dalla sanatoria e, in generale, dal difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo del rispetto delle norme urbanistiche.

La sentenza 18 settembre 2009 n. 20258, dopo avere espressamente affermato che nessuna invalidità deriva al contratto dalla difformità della realizzazione edilizia rispetto alla licenza o alla concessione, e in generale, dal difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo del rispetto delle norme urbanistiche, ha poi aggiunto che la nullità assoluta ai sensi dell'art. 1418 c.c., stabilita dalla L. n. 47 del 1985, art. 40, riguarda gli atti di trasferimento immobiliari relativi a costruzioni risultanti non in regola con la normativa edilizia per mancanza della concessione edilizia ovvero della concessione in sanatoria e mira ad attrarre nella comminatoria di nullità (o, trattandosi di giudizio volto ad ottenere una sentenza di trasferimento coattivo ex art. 2932 c.c., nell'impedimento alla pronuncia sostitutiva del negozio non concluso) i casi riguardanti immobili costruiti in maniera così diversa dalla previsione contenuta nella licenza o nella concessione da non potere essere ricondotti alla stessa.

La sentenza 5 aprile 2001 n. 5068, dopo avere premesso che l'art. 40, cit., non impone anche la verifica della conformità delle opere realizzate al progetto approvato dalla p.a., poiché il precetto e la relativa sanzione sono stati previsti esclusivamente per l'ipotesi della mancata indicazione della concessione edilizia, aggiunge che, mentre la norma in esame vuoi evitare l'ipotesi, agevolmente accertabile anche in sede di stipula, di negoziazione di beni immobili realizzati senza concessione edilizia, per l'altra ipotesi, accertabile solo a seguito di verifiche dei competenti organi tecnici della p.a., l'ordinamento non resta indifferente, reagendo con sanzioni di diversa natura, e solo quando, essendo stata accertata già la difformità, nell'atto concernente il bene realizzato in difformità non siano stati indicati, ai sensi dello stesso art. 40, comma 2, gli estremi della concessione in sanatoria, anche con la sanzione di nullità.

Lo stesso può dirsi per la sentenza 15 giugno 2000 n. 8147, per la quale l'indicazione degli estremi della concessione sarebbe preclusa nel caso in cui tale concessione manchi: per tale via l'irregolarità dell'immobile finisce per riflettersi sulla validità del negozio giuridico che lo riguarda. In definitiva l'irregolarità del bene non rileva di per sé, ma solo in quanto preclude la conferma dell'atto.

Si può, infatti, osservare che, da un lato, l'irregolarità urbanistica del bene non impedisce che nell'atto di alienazione ne venga attestata, contrariamente al vero, la regolarità, e che, dall'altro, nell'ottica della nullità formale, la irregolarità urbanistica del bene non impedisce la conferma dell'atto nullo per la mancata indicazione degli estremi della concessione attraverso la successiva loro falsa indicazione.

2.2. Riesaminata la questione, ritiene il Collegio che tali contratti siano da considerare nulli.

Siffatta conclusione appare giustificata da considerazioni sia logiche che basate sulla stessa formulazione dell'art. 40, cit.

2.2.1. Sotto il primo profilo occorre considerare che se lo scopo perseguito dal legislatore fosse stato quello di rendere incommerciabili gli immobili non in regola dal punto di vista urbanistico, sarebbe del tutto in contrasto con tale finalità la previsione della nullità degli atti di trasferimento di immobili regolari dal punto di vista urbanistico o per i quali è in corso la pratica per la loro regolarizzazione per motivi meramente formali, consentendo, invece, il valido trasferimento di immobili non regolari, lasciando eventualmente alle parti interessate assumere l'iniziativa sul piano dell'inadempimento contrattuale. Addirittura si potrebbe prospettare la possibilità per le parti di eludere consensualmente lo scopo perseguito dal legislatore stipulando il contratto e poi immediatamente dopo concludendo una transazione con la quale il compratore rinunzi al diritto a far valere l'inadempimento della controparte.

Sempre sotto il primo profilo non si può non considerare che il legislatore, con la L. n. 47 del 1985, ha inteso prevedere un regime più severo di quello previsto dalla L. n. 10 del 1977, art. 15, il quale stabiliva la nullità degli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione ove da essi non risultasse che l'acquirente era a conoscenza della mancata concessione. Tale inasprimento, invece, sarebbe da escludere ove per gli atti in questione all'acquirente dovesse essere riconosciuta la sola tutela prevista per l'inadempimento.

2.2.2. Per quanto riguarda la lettera della legge, poi, la L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2, stabilisce che gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali ... relativi ad edifici o loro parti sono nulli e non possono essere rogati se da essi non risultano, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ai sensi dell'art. 31, ovvero se agli stessi non viene allegata la copia per il richiedente della relativa domanda, munita degli estremi della avvenuta presentazione, ovvero copia autentica di uno degli esemplari della domanda medesima e non siano indicati gli estremi dell'avvenuto versamento delle prime due rate dell'oblazione.

La non perfetta formulazione della disposizione in questione consente tuttavia di affermare che dalla stessa è desumibile il principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica, cui si aggiunge una nullità (di carattere formale) per gli atti di trasferimento di immobili in regola con la normativa urbanistica o per i quali è in corso la regolarizzazione ove tali circostanze non risultino dagli atti stessi. Significativa appare, poi, la formulazione dell'art. 40 cit., comma 3, in base al quale se la mancanza delle dichiarazioni o dei documenti rispettivamente da indicarsi o da allegarsi (ai sensi del comma precedente) non sia dipesa dall'insussistenza della licenza o della concessione o dalla inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati ... essi possono essere confermati anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa o al quale siano allegate la dichiarazione sostitutiva di atto notorio o la copia della domanda indicata nel comma precedente.

La previsione che la conferma, la quale esclude la sanzione della nullità, può operare solo se la mancanza delle dichiarazioni o dei documenti contemplati non sia dipesa dall'insussistenza della licenza o della concessione o dalla inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, non avrebbe senso se tali atti fossero *ab origine* validi, ferma restando la responsabilità per inadempimento del venditore.

Una volta chiarito tale punto, non può non pervenirsi alla affermazione della nullità di un contratto preliminare che abbia ad oggetto la vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico.

Il fatto che l'art. 40, comma 2, cit., faccia riferimento agli atti di trasferimento, cioè agli atti che hanno una efficacia reale immediata, mentre il contratto preliminare di cui si discute abbia efficacia semplicemente obbligatoria, non esclude dal punto di vista logico che non possa essere valido il contratto preliminare il quale abbia ad oggetto la stipulazione di un contratto nullo per contrarietà alla legge. *Omissis*.

IL COMMENTO

di Domenico Lavermicocca (*)

La sentenza in commento estende la sanzione civilistica della nullità, che l'art. 40, comma 2 della L. n. 47/1985 commina per gli atti di trasferimento immobiliare, anche al contratto preliminare che abbia ad oggetto la vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico. Con tale pronuncia, innovativa rispetto al precedente indirizzo giurisprudenziale, che riconduceva la fattispecie all'inadempimento contrattuale, la Suprema Corte introduce il principio della incommerciabilità degli immobili "irregolari urbanisticamente", in quanto afferma che la nullità degli atti di trasferimento immobiliare, prevista dalla citata

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

norma, ha natura sostanziale, ossia attiene alla regolarità urbanistica dell'immobile, che si aggiunge ad una nullità formale conseguente alla mancata indicazione nell'atto di trasferimento degli estremi degli atti concessori. Tale interpretazione appare contrastante con il dato letterale formale della legge e con la *ratio* normativa sottesa al perseguimento degli abusi edilizi, che avviene indipendentemente da chi sia proprietario dell'immobile, risultando quindi indifferente la circolazione del bene ai fini sanzionatori amministrativi.

La nullità dei preliminari di vendita. Le pronunce della Cassazione

La Suprema Corte di Cassazione, con due sentenze ravvicinate, quella in commento e un'altra dell'ottobre del 2013 (1), identiche nelle motivazioni per quel che qui interessa, riscrive i principi su cui fino ad allora aveva deciso i casi in cui oggetto della compravendita o del preliminare di vendita fosse un immobile "urbanisticamente irregolare", riconducendo la fattispecie giuridica all'inadempimento contrattuale.

Questi i casi: per quanto inerente la prima sentenza in ordine temporale (Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591), gli acquirenti chiedevano la nullità del contratto di compravendita ai sensi della L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40, e L. n. 10 del 1977, art. 15, anche per illiceità dell'oggetto, in quanto i venditori avevano dichiarato che l'immobile era stato realizzato in conformità alle licenze edilizie, pur essendo stata realizzata una mansarda nel sottotetto non abitabile, che era poi l'oggetto della compravendita (2). Nel ricorso per cassazione gli acquirenti lamentavano la violazione e/o falsa applicazione della L. n. 47/85 non potendosi qualificare come mera difformità la realizzazione di una mansarda abusiva, a nulla rilevando che la restante parte dell'edificio condominiale fosse stata realizzata a fronte di una regolare licenza edilizia; quindi, trattandosi di un immobile abusivo deducevano la nullità sostanziale del contratto di compravendita legata alla carenza di licenza o concessione edilizia. La Cassazione accoglieva il ricorso affermando per la prima volta il principio secondo cui la questione

delle conseguenze dell'alienazione di immobili affetti da irregolarità urbanistiche, non sanate o non sanabili, ancorché finora risolta sul piano dell'inadempimento, debba essere invece decisa affermando il principio di diritto secondo il quale dall'art. 40, L. n. 47/85 sono desumibili due tipologie di nullità, la prima, di tipo sostanziale, che attiene al principio generale della nullità di tutti gli atti di trasferimento di un immobile non in regola con la normativa urbanistica; la seconda, di tipo formale, concernente tutti gli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica per i quali è in corso la regolarizzazione, ove tale circostanza non risulti dagli atti stessi. La Suprema Corte infine specifica che a questo regime non soggiacciono solo gli atti di trasferimento ad efficacia reale immediata, ma anche quelli che abbiano una mera efficacia obbligatoria come il contratto preliminare (3).

Il secondo caso di cui alla sentenza in commento, concerne la domanda di declaratoria di nullità del contratto preliminare di compravendita a causa di irregolarità urbanistiche dell'immobile promesso in vendita, scoperte da entrambe le parti solo successivamente alla stipula del suddetto preliminare e sanate dopo il termine per la stipula del definitivo. I venditori avevano adito il tribunale per sentir dichiarare la nullità o annullamento o risoluzione di detto contratto preliminare, domanda che era stata rigettata, con conferma in appello. La Corte di Cassazione, come per la precedente pronuncia, dopo aver richiamato le pregresse pronunce di legittimità relative alle conseguenze della alienazione

(1) Il contratto preliminare di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico è nullo per la comminatoria di cui all'art. 40, comma 2, della L. 28 febbraio 1985, n. 47, che, sebbene riferita agli atti di trasferimento con immediata efficacia reale, si estende al preliminare, con efficacia meramente obbligatoria, in quanto avente ad oggetto la stipulazione di un contratto definitivo nullo per contrarietà a norma imperativa (Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591).

(2) Il primo giudice respingeva la domanda di nullità dell'atto di vendita per essere stata ritualmente indicata la licenza edilizia in base alla quale era stato costruito l'intero fabbricato, non rilevando ai fini della validità dell'atto la difformità rispetto alla licenza del bene venduto. La pronuncia veniva confermata sul punto dalla Corte d'appello che riteneva insussistente sia la

nullità ex art. 15 L. n. 10 del 1977, essendo stato costruito l'intero immobile condominiale in virtù di licenza edilizia, dovendosi qualificare la trasformazione del sottotetto in mansarda come "opera difforme da quella consentita", sia la nullità ex art. 1418 c.c., non essendo illecita la causa del negozio, essendo illecita l'attività di costruzione in assenza di licenza e non quella di vendita di manufatto realizzato in violazione di tali norme.

(3) In dottrina, si veda A. Greco, *Nulla il contratto di compravendita di un immobile abusivo*, nota a Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591, in *Diritto & Giustizia online*, 2013, 00, 1380; F. Mauro, *Sulla nullità del contratto preliminare avente ad oggetto la vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico*, in www.ildirittoamministrativo.it.

di immobili affetti da dette irregolarità edilizie, non sanate o non sanabili, tutte risolte sul piano dell'inadempimento, prendendo le mosse dalla precedente sentenza n. 16876/2013, ha affermato il principio della nullità del preliminare di vendita (4).

In entrambi i casi, la Suprema Corte, consapevole del mutamento giurisprudenziale rispetto ai propri stessi precedenti riguardanti la nullità dell'atto di trasferimento immobiliare ai sensi dell'art. 40, comma 2 L. n. 47/1985 (5), argomenta sul piano logico e letterale dello stesso art. 40 per operare una duplice rivisitazione di quanto dalla stessa fino alla medesima pronuncia aveva affermato, anche recentemente (6), in merito 1) alla nullità, ora non più solo formale ma anche sostanziale, della compravendita di immobile irregolare urbanisticamente, e 2) alla estensione al preliminare di vendita della sanzione civilistica della nullità, applicando allo stesso l'art. 40, comma 2, nonostante la norma faccia riferimento agli atti traslativi del bene ed abbia quindi effetti reali.

Nullità formale e sostanziale degli atti di trasferimento di immobili

Per l'analisi della complessa questione, oggetto della stratificazione temporale di norme sulla nullità degli atti di trasferimento immobiliare, occorre ricordare che il nuovo sistema previsto dal Testo Unico dell'edilizia sostituisce il precedente regime dettato dall'art. 15 della L. n. 10/1977 che sanciva, al comma 7, la nullità degli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione, ove l'acquirente non dichiarasse nel-

l'atto di essere a conoscenza della mancanza della concessione stessa. Tale nullità, peraltro da ritenersi ancora applicabile per gli atti stipulati prima della entrata in vigore della vigente normativa, differisce dall'attuale regime in quanto introduceva la sanzione come forma di tutela dell'acquirente, il quale poteva porsi al riparo dalle sanzioni di demolizione e di confisca previste dalla legge, se ignaro e non partecipe dell'abuso, impugnando per nullità l'atto di acquisto, trattandosi quindi – si è ritenuto – di sanzioni di annullabilità e non di nullità. Ciò in quanto l'acquirente poteva, per effetto della dichiarazione, rendere perfettamente valido l'atto.

Nel nuovo regime la possibilità da parte dell'acquirente di rendere comunque valido l'atto di acquisto non è più previsto, in quanto ciò è possibile ad opera della stessa parte contrattuale solo con un atto di successiva conferma che è tuttavia ammesso nel solo caso in cui sussista effettivamente la concessione edilizia.

In merito all'attuale normativa si è posta la questione relativa al carattere (solo) formale o anche sostanziale della nullità prevista dall'art. 40, comma 2 della L. n. 47/1985 e dall'art. 46 del T.U. edilizia (ex art. 17 L. n. 47/1985) e cioè se la menzione del titolo abilitativo nell'atto di compravendita debba essere veritiera perché la vendita possa ritenersi valida e, quindi, se il fabbricato o sua parte sia comunque invendibile se realizzato senza concessione edilizia o licenza, per inefficacia della dichiarazione non rispondente al vero, o nel caso in cui, pur riportati gli estremi del titolo edilizio, l'immobile sia totalmente abusivo sotto il profilo urbanistico-edilizio (7).

(4) In dottrina si veda il commento alla sentenza da parte di R. Scuccimarra, L. Celli, *La nullità del contratto preliminare di vendita di immobile abusivo: un orientamento da non equivocare*, in *Immobili e Proprietà*, 2014, 2, 76.

(5) Tra le più recenti: Cass. 22 novembre 2012, n. 20714, in *CED Cass.*, 2012; Cass. 31 maggio 2010, n. 13231, in *CED Cass.*, 2010; Cass. 18 settembre 2009, n. 20258, in questa *Rivista*, 2009, 12, 799 e in *Foro It.*, 2010, I, 2148 ss., annotata da Cosentino, in *Giust. Civ.*, I, 2010, 335 ss., in *Vita Not.*, 2010, 265 ss.; Cass. 19 dicembre 2006, n. 27129, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Cass. 24 marzo 2004, n. 5898, in *Riv. Not.*, 2005, 301, annotata da Bucciarelli-Ducci. Il tema è oggetto di vivaci dibattiti anche in dottrina: Areniello, *Validità del preliminare di vendita di fabbricati abusivi*, in *Corr. Giur.*, 1994, 89-90; Torregrossa, *Aspetti innovativi della disciplina urbanistica nella L. 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Riv. Giur. Edil.*, Suppl., 1985, 2, 15 ss.; Checchini, *Nullità formale e nullità sostanziale nell'alienazione di immobili irregolari*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1986, 387; Cardarelli, *La legge 28 febbraio 1985, n. 47 nei suoi riflessi sull'attività notarile*, in *Riv. Not.*, 1986, 281.

(6) La stessa Corte, nella sentenza in commento, ricorda la recentissima sentenza 5 luglio 2013 n. 16876, nella quale, pur

ritenendo interessante la tesi della cd. nullità sostanziale, ha affermato che i canoni normativi dell'interpretazione della legge non consentono di attribuire al testo normativo un significato che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola e non può non essere considerato il fatto che i casi di nullità previsti dalla norma indicata sono tassativi e non estensibili per analogia, mentre la nullità prevista dall'art. 40, in discorso è costituita unicamente dalla mancata indicazione degli estremi della licenza edilizia, ovvero dell'inizio della costruzione prima del 1967.

(7) Secondo la dottrina prevalente ed una parte minoritaria della giurisprudenza, è necessario valorizzare la "funzione preventiva" della disciplina urbanistica. Pertanto la legge imporrebbe, a pena di nullità, non solo l'inserimento in atto della dichiarazione sulla regolarità urbanistica dell'immobile in oggetto, ma anche che tale dichiarazione sia veritiera e, quindi, che l'immobile sia stato effettivamente costruito nel rispetto della disciplina urbanistica (nullità sostanziale). In tal senso si veda: G. Alpa, *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge sul condono edilizio*, in *Riv. Giur. Edil.*, 1986, II, 89 ss.; A. Cataudella, *Nullità "formali" e nullità "sostanziali" nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadrimestre*, 1986, 487 ss.; Bottaro, *Legge di*

La lettura delle norme (art. 40, comma 2, L. n. 47/85 e art. 46 T.U. edilizia) appare semplice nel prescrivere che l'alienante debba dichiarare nell'atto gli estremi della licenza o concessione ad edificare, anche in sanatoria, e ciò persegue l'intento di sottoporre l'alienante ad una precisa responsabilità e di conferire al compratore la possibilità di controllare se in effetti l'immobile venduto sia regolare o integralmente abusivo, ossia sia esente dal vizio di totale assenza di concessione o licenza, vizio che porterebbe a conseguenze estreme quali la demolizione del manufatto o, ancor peggio, alla confisca del medesimo con l'area di pertinenza (8).

La nuova normativa differisce dalla precedente, pur restando nel medesimo quadro sanzionatorio, in quanto non sembra più sancire una nullità di tipo sostanziale, imponendo quindi soltanto una disciplina formale dell'atto, mentre l'art. 15 della L. n. 10/77 riguardava i fabbricati oggettivamente abusivi.

In tal senso era orientata la giurisprudenza, almeno sino alla sentenza in commento, che affermava, come da ultimo deciso, che per la validità del contratto è necessaria unicamente l'esistenza dell'autodichiarazione urbanistica dell'alienante e non la veridicità della stessa, né possono estendersi per analogia i tassativi casi di nullità previsti dalla citata norma (9). In pratica solo l'assenza del titolo

edilizio, che legittimasse l'immobile oggetto del trasferimento, comportava la nullità del trasferimento stesso.

La stessa Corte, pur consapevole delle proprie precedenti pronunce, muta orientamento giurisprudenziale con riferimento alla qualifica della nullità dell'atto di trasferimento immobiliare e, immedesimandosi nel legislatore, decide della "non perfetta formulazione" dell'art. 40, comma 2 per affermare che "dalla stessa è desumibile il principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica, cui si aggiunge una nullità (di carattere formale) per gli atti di trasferimento di immobili in regola con la normativa urbanistica o per i quali è in corso la regolarizzazione, ove tali circostanze non risultino dagli atti stessi".

Tale affermazione verrebbe corroborata dalla significativa formulazione dell'art. 40, comma 3, cit., che regola l'istituto della conferma dell'atto di trasferimento carente dei requisiti formali, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa o al quale siano allegate la dichiarazione sostitutiva di atto notorio o la copia della domanda indicata nel comma precedente, e che non avrebbe senso se tali atti fossero *ab origine* validi, ferma restando la responsabilità per inadempimento del venditore.

sanatoria dell'abusivismo. Ruolo del notaio, in *Riv. Not.*, 1985, 840. Più recentemente sostiene la tesi della nullità, anche sostanziale, Checchini, *Nullità formale e nullità sostanziale nell'alienazione di immobili irregolari*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1987, 387 ss., il quale giustifica la nullità sostanziale sotto il profilo della inefficacia o invalidità della dichiarazione falsa od erronea per mancanza della sua riferibilità alla costruzione. Si veda anche Tondo, *Commento all'art. 17*, in Predieri (a cura di) *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985, 232 ss.; Cardarelli, *La L. 28 febbraio 1985 n. 47 nei suoi riflessi sull'attività notarile*, 1986, I, 273. Marani, *Commento agli artt. 17 e 40* in Gianolio (a cura di), *Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica della L. 28 febbraio 1985 n. 47*, Rimini, 1985, 239, 510 che sostiene la tesi della nullità sostanziale in quanto la regolarità urbanistico-edilizia dell'edificio è requisito dell'oggetto del contratto, richiesto a pena di nullità dall'art. 1418 c.c.

(8) In effetti lo scopo della disciplina è duplice, essendo rivolta ad informare la parte acquirente sulla regolarità urbanistica dell'immobile oggetto di acquisto (tutela di un interesse privato), ed a prevenire fenomeni di abusivismo edilizio, non essendo possibile indicare in atto gli estremi di un titolo abilitativo mancante o difforme (tutela di un interesse pubblico).

(9) L'art. 40, comma 2, della L. 28 febbraio 1985, n. 47, secondo cui, negli atti aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici, in luogo degli estremi della licenza edilizia può essere prodotta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, attestante che l'opera è iniziata in data anteriore al 2 settembre 1967, configura una nullità formale e non una nullità sostanziale, in quanto per la validità del contratto è necessaria unicamente l'esistenza dell'autodichiarazione urbanistica dell'alienante e non la veridicità della stessa, né possono estendersi per analogia i tassativi casi di nullità previsti dalla citata norma (Cass.

civ., sez. II, 5 luglio 2013, n. 16876, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013, rv 627087). Ed ancora: La nullità prevista dagli artt. 17 e 40 della L. n. 47 del 1985 (omessa dichiarazione degli estremi della concessione edilizia dell'immobile oggetto di compravendita, ovvero degli estremi della domanda di concessione in sanatoria) riveste carattere formale (e non meramente virtuale) riconducibile, per l'effetto, nel sistema generale delle invalidità, all'ultimo comma dell'art. 1418 c.c., attese la funzione di tutela dell'affidamento dell'acquirente, con la conseguenza che, ai fini della sua legittima predicabilità, è sufficiente che si riscontrino la mancata indicazione nell'atto degli estremi della concessione, senza che occorra interrogarsi sulla reale esistenza di essa, e con la conseguenza, ancora, che la eventuale "conferma", pur prevista dalla citata L. n. 47 del 1985, deve risolversi in un nuovo e distinto atto, mediante il quale si provveda alla comunicazione dei dati mancanti o all'allegazione dei documenti, avente i medesimi requisiti formali del precedente, ed in forme che non ammettono equipollenti. Cass. civ., sez. II, 15 giugno 2000, n. 8147).

In definitiva la giurisprudenza si è orientata nel senso della "funzione informativa" della disciplina urbanistica, restando la suddetta sanzione relegata al piano formale dell'assenza nel contratto delle menzioni urbanistiche, senza che rilevi la loro eventuale mendacità (nullità formale). Si veda: Cass. 24 marzo 2004, n. 5898, in *Riv. Not.*, 2005, 301; Cass. 15 giugno 2000, n. 8147, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000; nonché Cass. 8 febbraio 1997, n. 1199, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, I, 7. In dottrina, tra gli altri: Fici, *Abusivismo edilizio, invalidità negoziale e contratto preliminare*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, I, 10 e G. Saporito, *Sanzioni civili in materia urbanistica e responsabilità del notaio*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1986, 493.

Per tale via l'irregolarità dell'immobile si riflette sulla validità stessa del negozio che lo contempla.

Osservazioni critiche alla pronuncia della Corte

La lettura che la Suprema Corte propone del combinato disposto delle due norme (art. 40, commi 2 e 3) in passato era stata valutata e respinta dalla stessa sezione della Corte (10).

Ciò in quanto – si affermava con argomenti convincenti – se il legislatore avesse voluto attribuire diretta rilevanza alla non conformità dei beni alla normativa urbanistica, con o senza il “filtro” della prescrizione di forma, si dovrebbe finire per considerare valido, al di là delle indicazioni, l'atto che riguardi beni comunque in regola con le norme urbanistiche. Ma in questo modo si svuoterebbe la portata precettiva delle disposizioni in commento poiché risulterebbe ingiustificata la previsione della conferma contenuta negli artt. 17 e 40; inoltre, si finirebbe per vanificare l'apprezzabile tentativo operato dal legislatore di trovare una soluzione che non solo costituisca uno strumento di lotta contro l'abusivismo, ma che soddisfi anche l'interesse dell'acquirente alla (esatta) conoscenza delle condizioni del bene oggetto del contratto (11).

Appare difficilmente superabile il fatto che la legge eleva a requisito formale del contratto la presenza in esso di alcune dichiarazioni ed è la loro assenza che di per sé comporta la nullità dell'atto, a prescindere cioè dalla regolarità dell'immobile che ne costituisce l'oggetto.

La sanzione della nullità formale tutela infatti l'affidamento dell'acquirente alla regolarità del be-

ne oggetto del contratto perché egli attraverso la dichiarazione del venditore è adeguatamente informato circa la sua situazione giuridica. La funzione informativa assolta dalla prescrizione di forma presenta inoltre il vantaggio di ridurre le indagini e i costi necessari per accertare la reale conformità del bene alle norme urbanistiche. Ai fini della nullità è invero sufficiente che si riscontri la mancata indicazione nell'atto degli estremi della concessione, senza che occorra interrogarsi sulla reale esistenza di essa.

Soprattutto, la decisione della Corte è criticabile per il fatto che nella stessa si faccia riferimento, per quanto riguarda la nullità sostanziale dell'atto di trasferimento, ad un generica “irregolarità urbanistica”, che è concetto di amplissima latitudine da cui nessun immobile, soprattutto se costruito decenni fa, può considerarsi esente (la tecnica costruttiva era molto più approssimativa di adesso), e che è cosa ben differente dall'abuso edilizio, dovendo eventualmente per farsi riferimento, oltre che all'assenza di permesso di costruire, all'abuso totale (12).

Nel proprio ragionamento la Corte non ha tenuto conto del fatto che la sanzione amministrativa che punisce gli abusi edilizi è oggettiva, di natura reale, che concerne il bene indipendentemente da chi ne è proprietario, con la conseguenza che il trasferimento del bene è del tutto irrilevante ai fini della sanzione. Quindi, l'interesse pubblico è tutelato dal sistema sanzionatorio amministrativo, e nessun danno viene provocato se il bene circola, generando economia. Ne consegue che prevedere una sanzione civile conseguente ad un abuso edili-

(10) Cass., sez. II, 15 giugno 2000, n. 8147, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2001, 641 ss. con nota di commento di P. Della-chà, *Contratti preliminari, contratti definitive e gli adempimenti previsti dagli artt. 17 e 40 della l. 28.2.1985 n. 47: una dimenticanza del legislatore?*

(11) La “conferma” ex artt. 17 e 40, L. 28 febbraio 1985, n. 47, ammessa solo in presenza di un vizio formale, cioè quando manchi o sia inesatta l'indicazione degli estremi di concessione ad edificare o in sanatoria, senza che ciò sia conseguenza di un vizio sostanziale quale è la totale mancanza del provvedimento concessorio, ha, secondo alcuni autori, un vero e proprio effetto sanante nel senso di far riacquistare validità all'atto originariamente nullo: con questa conferma, si rimuove la causa di nullità del negozio originario. Si configura una situazione indubbiamente singolare e in contrasto con il principio dell'insanabilità del negozio nullo che potrebbe chiamarsi validità successiva del contratto (essendo opposta a quella denominata nullità successiva o sopravvenuta). Essa rileva *erga omnes*, precludendo l'esercizio dell'azione di nullità a chiunque abbia interesse ad eccepirla. In definitiva, comunque si voglia vedere la singolare conferma prevista nella L. n. 47 del 1985, e cioè come vera e propria sanatoria idonea a far riacquistare validità all'atto originariamente nullo, oppure, secondo quanto soste-

nuto da altri autori, come dichiarazione di scienza con funzione integrativa dell'atto originario, come ipotesi equiparata agli artt. 590 e 799 c.c., come tipico esempio di accertamento negoziale, come, infine, conferma di un atto solo apparentemente nullo, è, però, ben certo che deve trattarsi di nuovo e distinto atto avente la stessa forma del precedente, mediante il quale si provveda alla comunicazione dei dati mancanti o all'allegazione dei documenti. La legge prescrive, dunque, un atto di conferma o di convalida dell'atto nullo da redigere in forme che non ammettono equipollenti.

(12) Il caso dell'abuso totale si verifica quanto il manufatto realizzato è altra cosa rispetto a quello autorizzato, dovendosi rilevare come la difformità totale è un tipo di abuso definito autonomamente ed espressamente dal T.U. edilizia (art. 31), ancorché parificato nelle sue conseguenze al caso dell'assenza del titolo. Sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile.

zio, desumendolo da una norma che ciò non dispone, oltre che violare il principio per il quale la nullità prevista da una legge speciale deve essere di stretta interpretazione e non può essere estesa a fattispecie differenti da quella prevista (13), è contrario alla stessa *ratio* normativa, che appare erroneamente interpretata come rivolta a rendere incommerciabili gli immobili urbanisticamente irregolari.

Per cui non è rilevante, ai fini della persecuzione degli abusi edilizi da parte delle competenti autorità l'eventuale circostanza – che la sentenza in commento afferma – secondo cui i contraenti potrebbero di comune accordo stipulare un contratto di compravendita per un bene immobile abusivo ed immediatamente dopo concludere una transazione mediante la quale l'acquirente rinunci a far valere l'inadempimento della controparte rendendo così commerciabile di fatto un bene costruito abusivamente. Inoltre non risulta che l'acquirente sia maggiormente tutelato dalla nullità dell'atto di trasferimento rispetto al riconoscimento della “sola tutela prevista per l'inadempimento”.

Il mutato orientamento giurisprudenziale, peraltro contraddetto da una successiva pronuncia della stessa Suprema Corte (14), differente sezione, apre nuove e differenti prospettive, in merito alla contrattazione ed alla stipula non solo degli atti di trasferimento, ma anche di contratti aventi effetti obbligatori. Soprattutto, si porrà la questione della

verifica in ordine alla gravità dell'irregolarità urbanistica, *ex lege* rimessa alla competenza dell'amministrazione comunale e del giudice amministrativo, ma che dovrà essere sottoposta alla valutazione del giudice civile ai fini della rilevanza per la conseguenza della nullità sostanziale dell'atto, verifica per nulla semplice, dovendosi distinguere il caso in cui si tratti di piccole difformità che non fanno venir meno le possibilità di godimento dell'immobile a fini abitativi, dalla presenza di un immobile realizzato in maniera completamente abusiva, tanto da dover essere demolito (15).

Ciò anche in considerazione del fatto che nei casi oggetto dei giudizi di cui alle sentenze in commento, si trattava di immobili, in un caso, sanabile (la mansarda) e, nell'altro, sanato.

La nullità del preliminare di vendita

L'ulteriore passaggio compiuto dalla Cassazione consiste nella trasmissione al preliminare di vendita della causa di nullità prevista dall'art. 40, comma 2 per gli atti di trasferimento.

Al riguardo occorre ricordare che sono soggetti alla disciplina degli artt. 46 e 40 citati e, quindi, alla possibile sanzione della nullità, gli atti tra vivi aventi per oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali (16).

Si è sempre posta la questione se tra gli atti soggetti alla normativa in esame siano compresi i con-

(13) Le norme che, pongono limiti all'autonomia privata e divieti alla libera circolazione dei beni in base tanto all'art. 15 della L. n. 10 del 1977, quanto all'art. 40 della L. n. 47 del 1985, debbono ritenersi di stretta interpretazione, e non possono, pertanto, essere applicate, estensivamente o per analogia, ad ipotesi diverse da quelle espressamente previste (Cass. civ., sez. II, 20 aprile 2004, n. 7534).

L'art. 15, comma 7, della L. 28 gennaio 1977 n. 10, che sancisce la nullità degli atti giuridici aventi per oggetto immobili costruiti “senza concessione edilizia” ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione stessa, sia per il suo carattere innovativo, sia perché contenuta in una normativa speciale ispirata alla tutela di interessi pubblici legati all'ordinato assetto e sviluppo urbanistico del territorio, è norma di stretta interpretazione, non applicabile oltre i casi ed i tempi in essa considerati (art. 14 disp. prel. c.c.) con la conseguenza che non può, in base alla detta norma, essere dichiarata la nullità di un atto avente ad oggetto la compravendita di un immobile costruito non “in assenza” di concessione ma in “difformità” – totale o parziale – della stessa (Cass. civ., sez. II, 31 ottobre 1989, n. 4554).

(14) La sanzione della nullità prevista dall'art. 40 della L. 28 febbraio 1985, n. 47 con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita, come si desume dal tenore letterale della norma, nonché dalla circostanza che successivamente al

contratto preliminare può intervenire la concessione in sanatoria degli abusi edilizi commessi o essere prodotta la dichiarazione prevista dalla stessa norma, ove si tratti di immobili costruiti anteriormente al primo settembre 1967, con la conseguenza che in queste ipotesi rimane esclusa la sanzione di nullità per il successivo contratto definitivo di vendita, ovvero si può far luogo alla pronuncia di sentenza *ex art.* 2932 c.c. (Cass., sez. III, 19 dicembre 2013, n. 28456).

(15) La totale difformità è parificata, per gli aspetti sanzionatori, alla mancanza di concessione (Cass., sez. II, n. 3892/12). Per quanto invece riguarda la parziale difformità, si ritiene che l'atto sia comunque valido, salva l'applicazione delle norme in tema di responsabilità del venditore. Si rimanda, in proposito, a quanto sostenuto dal Consiglio nazionale del Notariato in apposita circolare (C.N.N., *La legge 28 febbraio 1985, n. 47 - Criteri interpretativi*, 1987, 26). Sostiene il CNN che “al di fuori delle ipotesi di assenza di concessione o licenza e del vizio di totale difformità, gli altri abusi non impediscono la valida circolazione giuridica degli edifici o loro parti”. In altra circolare (C.N.N., Circolare ai notai d'Italia 22 ottobre 1994, prot. 3138), lo stesso organo sostiene che “gli abusi di minore gravità possono determinare sanzioni di altro genere, ma continuano a non incidere assolutamente sull'attività negoziale (anche se su di essa va puntualmente richiamata l'attenzione delle parti)”. In definitiva, gli abusi cd. “minori” non precludono la commercializzazione del manufatto.

(16) G. Mengoli, *Compravendita immobiliare e normativa urbanistica*, Milano, 2011, 169 ss.

tratti preliminari (17), dovendo da tale ipotesi escludere il caso in cui il contratto preliminare abbia i requisiti del contratto di compravendita (18). Il testo della legge in proposito è chiaro (19), nel senso che i contratti preliminari, in quanto hanno effetti soltanto obbligatori e non hanno quindi per oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali, ma soltanto la costituzione di un'obbligazione alla stipula, sono esclusi dalla disciplina in esame (20).

Per la estensione della sanzione civilistica a tali contratti si era sostenuto che, se le formalità di legge e la relativa sanzione di nullità non fossero applicabili anche ai contratti preliminari, non si potrebbe rendere possibile l'eventuale trasferimento per opera del giudice ai sensi dell'art. 2932 c.c., ove la dichiarazione mancasse nel contratto preliminare (21), dovendosi contestare tale assunto rilevando che, ai fini del trasferimento, nella sentenza dovrà darsi atto degli estremi della licenza o concessione edilizia e quindi farsi luogo alla relativa dichiarazione, in forza degli elementi probatori forniti dall'attore in corso di causa, ossia dall'acquirente.

Pertanto, fino alle pronunce in commento, costituiva principio consolidato, da ultimo conferma-

to, quello secondo cui la sanzione della nullità prevista dalla L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40, con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita, ciò anche in considerazione del fatto che successivamente al contratto preliminare può intervenire la concessione in sanatoria degli abusi edilizi commessi o essere prodotta la dichiarazione prevista dalla stessa norma, ove si tratti di immobili costruiti anteriormente al 1° settembre 1967, con la conseguenza che in queste ipotesi rimane esclusa la sanzione di nullità per il successivo contratto definitivo di vendita, ovvero si può far luogo alla pronuncia di sentenza *ex art.* 2932 c.c. (22).

La Suprema Corte, supera il dato letterale dell'art. 40, comma 2, cit., in quanto questo – si legge – “non elimina dal punto di vista logico che non può essere valido il contratto preliminare il quale abbia ad oggetto la stipulazione di un contratto nullo per contrarietà alla legge”.

Sul punto si può evidenziare che la violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto giacché l'art. 1418,

(17) Sul punto la dottrina è concorde nell'escludere la soggezione del preliminare alle formalità di cui agli artt. 17 e 40 ed alla relativa sanzione di nullità. In proposito: G. Alpa, *Condono edilizio*, 358; Checchini, *op. cit.*, 410; D. Migliori, *Contratto, preliminare esecuzione in forma specifica e L. 47/85*, in *Riv. Not.*, 1998. Si veda anche I. L. Nocera, *Preliminare di vendita di un immobile abusivo*, in *Immobili e Proprietà*, 2012, 10, 551 ss.

(18) Nella sentenza Cass., sez. II, 15 giugno 2000, n. 8147, la Suprema Corte ha ritenuto che l'atto in contestazione, al di là del nome datogli dalle parti, è stato qualificato dai giudici di merito come immediatamente traslativo della proprietà e tale deve essere ormai ritenuto non essendovi stata sul punto impugnazione. In un contesto probatorio carente sotto il profilo dei requisiti di cui all'art. 40 L. n. 47/1985, va pertanto dichiarata la nullità del contratto stipulato dalle parti in quanto contrastante con le disposizioni contenute nella stessa norma.

(19) Secondo l'art. 12 delle preleggi, avente ad oggetto “Interpretazione della legge”, nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

(20) È rilevante al riguardo richiamare il regime in vigore negli anni 40. Il R.D.L. 27 settembre 1941 n. 1016 che sanciva, certamente con maggiore precisione la nullità degli atti di trasferimento di immobili non registrati in termini, precisava, distinguendo i due tipi di atti, che ad uguale sanzione erano soggette le promesse di vendita.

Nel vigore dell'art. 15 della L. n. 10/1977, la giurisprudenza si è espressa in ordine alla nullità del preliminare di vendita, affermando che “l'art. 15 L. n. 10 del 1977 prevede la nullità degli atti giuridici - tra i quali vanno ricompresi anche i contratti preliminari - aventi a oggetto unità edilizie costruite in assenza ovvero in difformità della concessione, salvo che dagli stessi risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della

concessione. La deroga al principio della nullità degli atti richiede - in particolare - due distinte e autonome condizioni che devono entrambe concorrere, *id est* non solo che l'acquirente sia a conoscenza dell'abuso ma anche che tale conoscenza risulti formalmente dall'atto della cui nullità si discute” (Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 2013, n. 2204).

(21) Con la sentenza 30 novembre 2007, n. 25050 la Suprema Corte, sezione II, ha dato risposta negativa alla domanda di esecuzione forzata *ex art.* 2932 c.c. di un contratto preliminare di vendita avente ad oggetto immobili giudicati abusivi perché costruiti in violazione della concessione edilizia, nonostante “l'assunto del ricorrente secondo cui tale normativa [i.e. artt. 17 e 40 L. n. 47/1985] non riguarda i contratti preliminari ma solo i contratti con effetti traslativi”. Si veda la nota di commento alla sentenza di G. La Marca, *Nullità urbane e preliminare di vendita di immobili abusivi: inammissibile l'esecuzione ex art. 2932 c.c.*, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, giugno 2008, n. 6.

(22) Si veda Cass., sez. III, 19 dicembre 2013, n. 28456. Nei medesimi termini, con riferimento ad immobili privi di concessione edificatoria: Cass., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15734; Cass., sez. II, 11 luglio 2005, n. 14489. Ed ancora: La nullità prevista dall'art. 40 L. 28 febbraio 1985 n. 47 con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria deve ritenersi limitata ai trasferimenti aventi effetto reale, e non estesa ai contratti ad efficacia meramente obbligatoria, come il preliminare di vendita, i quali restano, pertanto, disciplinati dall'art. 15 L. 28 gennaio 1977, n. 10, secondo cui la nullità di tali contratti, se relativi ad immobili privi di concessione, non può essere fatta valere in giudizio alla duplice condizione che l'acquirente sia a conoscenza dell'abuso e che tale conoscenza risulti formalmente dall'atto, della cui nullità si discute (Cass., sez. II, 30 gennaio 2013, n. 2204).

comma 1, c.c., con l'inciso "salvo che la legge disponga diversamente", esclude tale sanzione ove sia predisposto un meccanismo idoneo a realizzare ugualmente gli effetti voluti dalla norma, indipendentemente dalla sua concreta esperibilità e dal conseguimento reale degli effetti voluti (23).

Comunque non può considerarsi contrario ad una norma imperativa l'obbligo di vendere un immobile irregolare urbanisticamente, mentre lo è, del tutto differentemente, la realizzazione di un immobile abusivo, che infatti viene sanzionato indipendentemente da chi è proprietario dello stesso. Né per altro verso può essere invocata la nullità *ex art. 1418 c.c.* per illiceità della causa del negozio, essendo illecita l'attività di costruzione in assenza di licenza e non quella di vendita di manufatto realizzato in violazione di tali norme.

Diversamente, portando all'estremo il ragionamento della Corte nella sentenza in commento, si giungerebbe al paradosso per il quale, ad esempio, sarebbero nulli i contratti di locazione di immobili affetti da irregolarità urbanistiche.

Le possibili conseguenze della sentenza

A questo punto, per gli aspetti edilizi, ci si potrà aspettare che, sull'onda delle pronunce in esame, il passo successivo sia quello di configurare l'alienazione di un immobile privo del certificato di agibilità come contratto nullo per illiceità dell'oggetto *ex art. 1346 c.c.*, in virtù di una contrarietà del fabbricato alle norme urbanistiche (24), posizione che in passato, inizialmente avallata dalla giurisprudenza, era stata poi disattesa sulla base del rilievo che nessuna norma imperativa contempla un obbligo di preventivo rilascio del certificato, trattandosi di documentazione posta a tutela del singolo compratore, non rispondente ad una funzione urbanistica generale (25). Né argomento in contrario poteva desumersi (facendo appello alla cd. nullità virtuale, cioè non espressamente prevista ma desumibile da

norme di divieto d'interesse generale esistenti in materia) dalla precedente norma penalistica (*art. 221, R.D. 27 luglio 1934, n. 1265*) che stabiliva una sanzione penale a carico del proprietario che utilizzasse l'edificio o parte di esso a fini abitativi, senza aver preventivamente conseguito la licenza dell'autorità competente: infatti, detta norma sanzionava non il comportamento negoziale del soggetto, bensì il comportamento fattuale di colui che utilizzava l'appartamento senza disporre del certificato di abitabilità.

Il tutto potrà essere diversamente letto in considerazione dell'evoluzione del certificato di agibilità che si sta trasformando, da atto certificativo degli aspetti igienico-sanitari e tecnico-costruttivi in attestazione della conformità dell'intervento edilizio alla disciplina urbanistica vigente (26), la cui mancanza o diniego di rilascio (anche per aspetti inerenti l'impiantistica), afferma una irregolarità rilevante ai fini della nullità del contratto.

In secondo luogo, occorre considerare che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative di legge e per illiceità della causa o dei motivi determinanti e comuni a entrambe le parti – che può discendere tanto congiuntamente quanto disgiuntamente da contrarietà a norme di legge, all'ordine pubblico e al buon costume (*artt. 1343, 1345 e 1418 c.c.*) – è nullità assoluta che, come tale, "può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice", come espressamente prevede l'*art. 1421 c.c.*

Nel giudizio in cui si chiedi l'esecuzione di un negozio, come ad esempio il preliminare di vendita ai fini della pronuncia *ex art. 2932 c.c.*, il giudice, cui spetta, in ragione della tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, verificare d'ufficio la sussistenza delle condizioni dell'azione, deve rilevare d'ufficio la nullità del negozio, in ogni stato e grado del giudizio, con ogni conseguenza anche per il promissario acquirente. In particolare è acquisito alla giurisprudenza della Corte il princi-

(23) Pertanto la vendita di un fondo compiuta senza il rispetto delle norme sul diritto di prelazione di cui agli *artt. 8 della L. n. 590 del 1965 e 7 della L. n. 817 del 1971*, non è viziata da nullità ai sensi del citato *art. 1418* (né ai sensi dell'*art. 1344 c.c.*) sussistendo il rimedio dell'esercizio del riscatto (da parte degli aventi diritto alla prelazione) idoneo a conseguire l'obiettivo normativo dello sviluppo della proprietà contadina, a nulla rilevando l'accidentale decadenza della possibilità di esperirlo (nella specie, per decorrenza dell'anno dalla trascrizione dell'atto di vendita). (*Cass., sez. III, 3 agosto 1987, n. 6691*).

È quindi evidente che, come già detto, la pubblica amministrazione possiede i più opportuni mezzi per eliminare l'irregolarità urbanistica.

(24) In tal senso, in giurisprudenza, v. *Trib. Venezia, 9 febbraio 1978*. In dottrina, a favore della tesi della nullità, v. *N. Monaco, Azioni edilizie e compravendita di case*, Padova, 1984, 189 ss.

(25) In tal senso *Cass., sez. II, 20 aprile 2006, n. 9253*, cit.; *Cass., sez. I, 5 ottobre 2000, n. 13270*; *Cass., 29 marzo 1995, n. 3687*; *Cass., 11 agosto 1990, n. 8199*.

(26) Si veda l'*art. 23 della L.R. Emilia Romagna n. 15/2013*, ai sensi del quale (comma 11), in caso di esito negativo dei controlli nel corso del rilascio dell'agibilità per gli aspetti edilizi (comma 10, lett. a e b), trovano applicazione le sanzioni previste (*L.R. n. 23 del 2004*), per le opere realizzate in totale o parziale difformità dal titolo abilitativo o in variazione essenziale allo stesso.

pio che la nullità assoluta, come l'inesistenza, di un contratto, può rilevarsi d'ufficio anche per la prima volta in cassazione, ove siano acquisiti agli atti tutti gli elementi di fatto dai quali essa possa desumersi (27).

In conclusione

All'esito della pronunce della Corte di Cassazione, risulta che la posizione dell'acquirente e del promissario acquirente è meno tutelata, in nome di un pretesa tutela dell'interesse generale rispetto alla commissione di abusi edilizi, perseguito con una sanzione civile la cui comminazione dipende dalla valutazione dell'irregolarità urbanistica da parte del giudice civile, il cui effetto non potrà che essere recessivo rispetto alla con-

trattazione ed alla circolazione degli immobili in un momento in cui il settore registra una grave crisi.

L'intervento della Suprema Corte apre prospettive di grande incertezza in un ambito economico assai delicato, per il quale erano stati formulati principi che si attenevano alla formalità che la legge prescrive, quale linguaggio che ciascuno comprende e conosce.

L'attribuire alle medesime norme altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole, giudicando la non perfetta l'espressione della volontà legislativa, fa venire meno il limite e la tutela che la legge rappresenta, posto che dovrebbe essere consentito fare ciò che non è espressamente vietato, o sanzionato con la nullità.

(27) Si veda sent. Cass. nn. 4649/83; 11/84; 3633/1985; 6418/86; 8576/94; 1981/95.

Recenti ricostruzioni improntano la questione della distinzione tra le due forme di invalidità del contratto in termini di finalità perseguite dal legislatore con la loro previsione: mentre l'annullabilità presidia interessi particolari, la nullità (almeno in via generale, e ferma comunque la trasformazione che da ultimo sta subendo l'istituto sempre più posto a presidio di regole del

mercato e di tutela del ceto dei consumatori) è tesa alla tutela di interessi generali dell'ordinamento: "il ricorso da parte del legislatore alla previsione della nullità del negozio costituisce il mezzo per la tutela effettiva di interessi generali considerati valori fondamentali per l'intera organizzazione sociale". Trova così giustificazione la diversa gravità della sanzione comminata (inefficacia *ab origine*/efficacia precaria) e così il diverso regime delle due forme di invalidità.

Osservatorio civile

a cura di IGNAZIO PAGANI

APPALTI E LAVORI PUBBLICI

LA PREVISIONE DI UN'AZIONE DIRETTA VERSO IL FUNZIONARIO EX ART. 22 D.L. 66/1989 PRECLUDE L'AZIONE DI INDEBITO ARRICCHIMENTO VERSO LA P.A.?

Cassazione civile, sez. III, 10 aprile 2014, n. 8408 – Pres. Berruti – Rel. Vincenti

Il rimedio offerto al professionista dall'art. 23 D.L. n. 66/1989 (per il quale il conferimento da parte del funzionario senza forma scritta, o senza impegno contabile, legittima passivamente il medesimo, in luogo dell'Ente) esclude - quantomeno per i contratti anteriori a tale norma, priva di valenza retroattiva - la possibilità di ritenere proponibile l'azione di arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c., in ragione di quel carattere sussidiario e residuale riconosciute dall'art. 2042 c.c.

Un privato ottenne dal g.o. un decreto ingiuntivo, nei confronti di un Comune, per il pagamento di attività professionale (progettazione, direzione dei lavori e contabilità di un cantiere per la costruzione d'una scuola media) prestata sulla base di uno specifico incarico da tale Ente, giusta deliberazione prodotta in giudizio.

Il Comune oppose l'ingiunzione, formulando eccezione prescrittiva del credito e comunque adducendo l'infondatezza della pretesa creditoria perché il contratto di prestazione d'opera intellettuale non era stato concluso in forma scritta.

Con separata citazione, in tuzioristica condotta, il professionista propose anche domanda d'arricchimento indebito ex art. 2041 c.c., peraltro espressamente facendo salvi gli effetti della pretesa azionata in sede monitoria: la cumulabilità delle due azioni è del resto pacifica, distinguendosi esse tanto per *petitum* quanto per *causa petendi* (sin da Cass. civ., sez. I, 10 aprile 1985, n. 2374; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 13 maggio 2004, n. 8714).

Riuniti i giudizi per connessione e istruita la causa, il Tribunale rigettò l'opposizione del Comune, confermando il decreto opposto.

La sentenza fu del tutto riformata dalla Corte d'appello che rigettò anche la subordinata domanda di arricchimento senza causa.

Quanto alla domanda principale, volta al pieno pagamento, la Corte di merito argomenta il diniego osservando che l'assenza di un contratto scritto (ex art. 16 R.D. n. 2440/1923) ne impedisce l'accoglimento e, ancora, che la pur prodotta delibera d'incarico non costituisce una proposta contrattuale alla quale l'inizio della prestazione può determinare conclusione del contratto *per facta concludentia*.

Quanto alla subordinata domanda d'indebito oggettivo, svolta verso il Comune, la Corte d'appello osserva che per il carattere sussidiario (art. 2042 c.c.) che gli è proprio, essa va disattesa in ragione della sussistenza di un rimedio principale (ossia, per il pagamento pieno) offerto al professionista dall'art. 23 D.L. n. 66/1989 (per il quale il conferimento da parte del funzionario senza forma scritta, o senza impe-

gno contabile, legittima passivamente il medesimo, in luogo dell'Ente).

Il progettista ricorre per cassazione, deducendo due motivi, uno dei quali - investendo la sentenza d'appello per violazione e falsa applicazione degli artt. 2041 c.c., dell'art. 23 D.L. n. 66/1989 e dell'art. 112 c.p.c. (per omessa pronuncia su parte della domanda) - è accolto dalla Corte.

Il Giudice di legittimità cassa con rinvio, evidenziando l'errore della Corte territoriale laddove non considera che l'art. 23 D.L. n. 66/1989 non era qui applicabile *ratione temporis*, risalendo le prestazioni professionali a epoca anteriore ed essendo privo di efficacia retroattiva.

Per tali ragioni la causa è rimessa alla Corte di rinvio perché valuti la sussistenza degli estremi dell'arricchimento senza causa, tenendo conto della qualità pubblicistica dell'ente convenuto e quindi della necessità di un riconoscimento dell'utilità dell'opera compiuta dal privato.

Resta da chiedersi se le motivazioni cassatorie - circoscritte al rilievo della mera valenza temporale del D.L. n. 66/1989 - possano costituire ragione per sostenere, in futura occasione, argomento declinatorio della residuale azione ex art. 2041 c.c. in presenza di fattispecie in cui è applicabile la previsione dell'art. 23 del decreto legge sopra citato: è un elemento che la sentenza utilmente avrebbe, in *obiter dictum*, potuto chiarire.

POTERI E LIMITI DELLA CASSAZIONE

SULL'INTERPRETAZIONE, COMPIUTA DAL GIUDICE DI MERITO, DI UNA CONVENZIONE CONTRATTO

Cassazione civile, sez. III, 8 aprile 2014, n. 8141 – Pres. Massera – Rel. Lanzillo

In assenza di censure contro un'interpretazione data dal giudice di merito a una convenzione contratto, idonee a dimostrare l'erronea attività ermeneutica del giudice di merito - e da dedursi sulla scorta dei criteri esegetici di cui agli artt. 1362 e ss. c.c. - è precluso al Giudice di legittimità il sindacato sull'esegesi compiuta, stante la necessità di tradurre in censura le asserite difformità fra principi di legge e interpretazione adottata, nel rispetto dei noti limiti giurisprudenziali per cui l'attività di interpretazione del contratto è, di norma, riservata al Giudice del merito residuando a quello di legittimità solo la possibilità di un vaglio dell'attività ermeneutica in casi estremi di irrazionalità e irragionevolezza - è possibile per il Giudice di legittimità compiere tal genere di sindacato.

Sorge controversia fra due Comuni per il pagamento di forniture idriche erogate nel periodo fra gli anni dal 1982 al 1994. Al decreto ingiuntivo ottenuto da un Comune, fu dall'altro proposta opposizione che il Tribunale ordinario accolse, ritenendo assorbente la prima delle tre eccezioni spiegate: difetto di contratto scritto; mancanza di lettura dei contatori idrici; prescrizione quinquennale dei crediti. A definizione dell'appello, proposto dal Comune originario ricorrente monitorio, la Corte territoriale modificò in parte

la sentenza condannando l'Ente in origine ingiunto al pagamento di un importo di circa un quinto di quella in origine richiesto. Ciò, sul presupposto che il rapporto di fornitura d'acqua fosse regolato da una concessione/contratto contenuta in un atto notarile del 1890 e ritenuta ancor efficace in forza della clausola contenuta al suo articolo 3, giusta quale la concessione per fornitura idraulica (dalla quale genera il credito di cui è causa) doveva in origine aver durata sino al 1960 (tempo in cui avrebbe avuto termine l'efficacia del contratto tra il Comune qui assunto creditore e un altro Comune, diverso dall'intimato).

La Corte d'appello ritiene, però, che tale clausola fosse da interpretare nel senso che la concessione "di riferimento" (ossia, quella con il Comune terzo) si sarebbe protratta in misura pari a quella della (collegata) convenzione *inter partes* del 1890: tanto che i Comuni - odierni contendenti - diedero esecuzione al rapporto senza interruzioni anche dopo il 1960 e il Comune contro cui la domanda è qui rivolta continuò a rifornirsi dal Comune creditore e addirittura, dopo il 1980, richiese all'altro l'autorizzazione per un nuovo allacciamento. Sulla scorta di ciò, la Corte di merito ha accolto la domanda di pagamento, per i soli consumi idrici successivi al 1991, ritenendo di contro prescritto il diritto al pagamento per il periodo anteriore.

La questione approda in Cassazione, che conferma la sentenza gravata ritenendo il gravame inammissibile - per generica formulazione dei motivi, *ex art. 266-bis c.p.c.*, in allora vigente - e comunque infondato.

Quanto al merito, la Cassazione condivide il gravato assunto del giudice di merito, ossia che la convenzione - contratto del 1890 non fosse scaduta nel 1960 bensì prorogata nel tempo, tramite comportamento concludente sino al 1999.

Né, osserva la Suprema Corte, diversamente poteva statuirsi nello specifico non avendo il ricorrente svolto censure contro tale interpretazione dell'atto del 1890, tali da dimostrare l'erroneità dell'attività ermeneutica operata dal giudice di merito, alla luce dei criteri d'interpretazione del contratto (art. 1362 ss. c.c.) e traducendo in censura le asserite difformità fra principi di legge e interpretazione adottata, nel rispetto dei ben noti limiti giurisprudenziali per cui l'attività di interpretazione del contratto è attività, di norma, riservata al Giudice del merito residuando a quello di legittimità solo la possibilità di un vaglio dell'attività esegetica in casi estremi di irrazionalità e irragionevolezza.

La Suprema Corte non manca di osservare la mancanza di ogni specificazione delle incongruenze logiche e giuridiche in cui sarebbe incorsa la motivazione della sentenza impugnata, laddove si è rilevato che essa poggia sulla ricostruzione della volontà delle parti ritraibile anche dal loro comportamento durante (e soprattutto dopo) l'asserita (dal Comune debitore) "conclusione" del contratto e in particolare dal fatto che esse non solo hanno continuato a dare regolare esecuzione alle forniture d'acqua anche dopo il 1960, ma ne hanno addirittura potenziato il contenuto tramite l'espressa richiesta di un nuovo allacciamento nel 1980, ossia dopo vent'anni dalla data in cui oggi si sostiene l'avvenuta scadenza del contratto.

GIURISDIZIONE ORDINARIA IN CONTROVERSIE PER
SELEZIONE DEL CONTRAENTE BANDITE DA SOGGETTI NON
DIRETTAMENTE RICONDUCEBILI ALL'ART. 3 D.LGS. N.
163/2006

Cassazione civile, Sez. Un., ord. 7 aprile 2014, n. 8051 -
Pres. Rovelli - Rel. D'Alessandro

Va affermata la giurisdizione ordinaria nelle procedure selettive di scelta del contraente in tutti i casi in cui il soggetto committente non sia inquadrabile nel novero di "amministrazione aggiudicatrice" (art. 3, comma 25, D.Lgs. n. 163/2006) né rientri nelle altre tipologie delineate dai successivi commi 29 e 31 come "soggetto aggiudicatore" e "altro soggetto aggiudicatore". (Fatti-specie riguardante una Fondazione ex IPAB, statutariamente priva dei requisiti per rientrare nella nozione di "organismo di diritto pubblico").

La Corte è adita in sede regolatrice di giurisdizione su ricorso d'una Fondazione (ex IPAB) operante nel settore socio-assistenziale, resistente in un ricorso radicato al TAR Marche da alcuni imprenditori che ivi ne contestavano l'individuazione d'un appaltatore non già per i servizi da essa istituzionalmente prestati, bensì per lavorazioni agricole da svolgersi in una tenuta della fondazione stessa.

La Cassazione ritiene sussista, per la peculiare soggettività dell'appaltante, la giurisdizione ordinaria.

Afferma che la giurisdizione amministrativa in materia di scelta del contraente sussiste solo se il soggetto appaltante sia definibile come "amministrazione aggiudicatrice" (art. 3, comma 25, D.Lgs. n. 163/2006) o comunque rientri nelle figure enucleate nel medesimo art. 3. Nello specifico, la Fondazione non è neppure qualificabile come "ente aggiudicatore" né come "altro soggetto aggiudicatore" (rispettivamente individuate ai commi 29 e 31 del medesimo art. 3).

La Corte, in particolare, esclude - contrariamente a quanto evocato dai ricorrenti nel giudizio *a quo*, pendente al TAR Marche - che questa Fondazione, per le proprie peculiarità statutarie, abbia le caratteristiche di un "organismo di diritto pubblico" ai sensi del comma 26 dell'art. 3 in parola, come interpretato della giurisprudenza comunitaria. È noto che tal figura comporta la ricorrenza di tre elementi: a) il requisito personalistico (ossia l'essere dotato di personalità giuridica); b) il requisito teleologico (l'essere istituito per soddisfare specifiche esigenze di carattere generale, aventi carattere non industriale o commerciale); c) il requisito dell'influenza dominante (l'essere finanziato in modo maggioritario dallo Stato o altri enti pubblici, o l'avere una nomina *ultra dimidium* dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza di matrice pubblicistica).

Nella specie, pur sussistente il requisito personalistico, la Corte esclude gli altri due. Quello teleologico, perché la Fondazione svolge attività economica e commerciale non solo per l'attività agraria (alla quale segnatamente si riferisce il giudizio *a quo*) ma anche in relazione all'attività di assistenza sociale, come è comprovato tanto dalla natura privata del patrimonio dell'ex IPAB quanto dall'art. 3 del suo Statuto, che ispira a criteri di economicità l'utilizzazione del patrimonio stesso. Ancora, la Corte osserva l'inesistenza del criterio "dell'influenza dominante" perché i consiglieri di amministrazione sono nominati dal Sindaco (e non dal Comune) in cui la fondazione ha sede e, ancora, perché l'art. 10 dello statuto della Fondazione esclude ogni rappresentanza da parte di altri soggetti pubblicistici. In ultimo, lo esclude perché l'integrazione delle rette pagate dagli utenti non compete al Comune in cui ha sede la Fondazione ma a quello di ultima residenza dell'utente (art. 6, L. n. 328/2000), il che dimostra che il sussidio non è destinato alla struttura, bensì all'utente disagiato che ne è ospite.

In ragione di questo - esclusa la ricorrenza di ogni tipologia soggettiva postulata dal combinato disposto degli artt. 1 e

3 D.Lgs. n. 163/2006 quale necessario presupposto per l'applicazione del codice dei contratti pubblici, compresa l'individuazione del giudice - la Corte regolatrice dichiara sussistente la giurisdizione ordinaria.

CONDIZIONI PER LA PROPOSIZIONE DI UN CONFLITTO
NEGATIVO DI GIURISDIZIONE

Cassazione civile, Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8048 – Pres. Adamo – Rel. Vivaldi

Il disposto dell'art. 59 L. n. 69/2009 non copre ogni fattispecie processuale, tanto che nell'ipotesi in cui g.o. e g.a. giungano a negare, con sentenza, la loro giurisdizione sulla medesima controversia, si è in presenza d'un conflitto reale e negativo di giurisdizione che (ex art. 362, comma 2, n. 1, c.p.c.) può esser denunciato alle Sezioni Unite - con atto soggetto agli stessi requisiti formali del ricorso per Cassazione - in ogni tempo e, quindi, indipendentemente dalla circostanza che una delle due pronunzie declinatorie contrastanti sia, o meno, passata in giudicato (cfr. Sez. Un., 20 ottobre 2006, n. 22521; Sez. Un., 20 giugno 2007, n. 14290; Sez. Un., 18 giugno 2008, n. 16540).

In un giudizio riguardante l'adeguamento dei contributi dovuti dagli enti territoriali alle imprese concessionarie di trasporto pubblico, secondo quanto previsto nel regolamento 1969/1191/CE (come modificato dal reg. 1991/1893/CE) in base al criterio dei costi effettivamente sostenuti, la domanda - perché fondata sulla diretta applicazione della normativa comunitaria - rientra nella giurisdizione ordinaria non essendo ravvisabili, nel relativo procedimento amministrativo, elementi di discrezionalità implicanti valutazioni comparative fra interessi pubblici e privati ma solo questioni afferenti l'applicazione di parametri normativi predeterminati, in considerazione dei quali l'impresa è titolare d'una posizione di diritto soggettivo correlato all'adempimento di una obbligazione pecuniaria a carico dell'amministrazione concedente.

La controversia attiene la pretesa creditoria di una società concessionaria di un servizio di trasporto pubblico locale che convenne al Tribunale ordinario la Provincia concedente, chiedendone la condanna al pagamento d'un supplemento dell'adeguamento annuale del corrispettivo economico, per gli ultimi due anni. Nel costituirsi, l'Ente territoriale eccepì il difetto di giurisdizione del g.o., in favore del g.a. Il Tribunale, con sentenza, definì il grado di giudizio, declinando la propria giurisdizione in favore del TAR, secondo il disposto del primo comma dell'art. 59 della L. n. 69/2009. Così riproposta la questione al TAR, il giudice amministrativo, con sentenza, pervenne a opposta conclusione declinando a propria volta una propria giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e) c.p.a.

A fronte di questo conflitto negativo di giurisdizione, determinato dalle due sentenze declinatorie, l'impresa ricorre per cassazione ex art. 362, comma 2, n. 1, c.p.c.

Le Sezioni Unite preliminarmente osservano che nessuno dei due giudici aditi abbia ritenuto di dover sollevare d'ufficio la questione di giurisdizione: da tal circostanza esse traggono argomento per rilevare come la disciplina introdotta dall'art. 59 della L. n. 69/2009 non copra l'intero arco delle situazioni processuali determinate dalla declinatoria di giurisdizione - nella specie con due opposte sentenze - per il che la novella non ha prodotto l'abrogazione della di-

sposizione dettata dall'art. 362 c.p.c. (cfr., in punto Sez. Un., 5 maggio 2011, n. 9841 e Sez. Un., 10 marzo 2011, n. 5681). A questa circostanza, osservano le Sezioni Unite, non può che sopperire il ricorso per conflitto negativo che, d'altra parte, si presta a far fronte anche ai casi in cui, pur nell'ambiente processuale presupposto dall'art. 59 della L. n. 69/2009, il secondo giudice non sottoponga la questione alle Sezioni Unite e declini, a propria volta, la giurisdizione. Osservano le Sezioni Unite che per consolidato principio, nell'ipotesi in cui il g.o. ed il g.a. siano entrambi giunti a negare, con sentenza, il sussistere d'una loro giurisdizione sulla medesima controversia, si è in presenza non di un conflitto virtuale di giurisdizione (risolvibile con istanza di regolamento preventivo, ex art. 41 c.p.c.) ma d'un conflitto reale e negativo di giurisdizione che, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., comma 2, n. 1, può essere denunciato alle Sezioni Unite della Suprema Corte - con atto soggetto agli stessi requisiti formali del ricorso per cassazione - in ogni tempo e, quindi, indipendentemente dalla circostanza che una delle due pronunzie in contrasto sia o meno passata in giudicato (Sez. Un., 20 ottobre 2006, n. 22521; Sez. Un., 20 giugno 2007, n. 14290; Sez. Un., 18 giugno 2008, n. 16540).

Così risolto il problema di rito e dichiarato ammissibile il ricorso, le Sezioni Unite passano ad affrontarne il merito, osservando che la pretesa creditoria oggetto di giudizio consiste nella richiesta di un "adeguamento del compenso dovuto per l'esecuzione del servizio di trasporto pubblico locale", azionata in base ad una previsione contrattuale che esula da valutazione di pubblici interessi ed è quindi, fuori della dinamica del loro esercizio. Sulla scorta di queste coordinate ermeneutiche, la Corte regolatrice richiama il proprio consolidato indirizzo per il quale - in tema di adeguamento dei contributi dovuti dagli enti territoriali, in base al criterio dei costi effettivamente sostenuti, alle imprese concessionarie di trasporto pubblico, secondo quanto previsto nel regolamento CE n. 1191 del 1969 (come modificato dal regolamento CE n. 1893 del 1991) - la domanda diretta al conseguimento di tali prestazioni, perché fondata sulla diretta applicazione della normativa comunitaria, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario non essendo ravvisabili nel relativo procedimento amministrativo elementi di discrezionalità implicanti valutazione comparativa degli interessi pubblici e di quelli privati ma solo questioni afferenti l'applicazione di parametri normativi predeterminati, in considerazione dei quali l'impresa concessionaria è titolare d'una posizione di diritto soggettivo correlato all'adempimento di una obbligazione pecuniaria a carico dell'amministrazione concedente, di matrice paritetica.

Per l'effetto, chiosano le Sezioni Unite, è irrilevante il ricondurre la controversia alla materia dei pubblici servizi, mancando l'esercizio di potere autoritativo da parte della Pubblica Amministrazione. A conferma di questa conclusione, rilevano l'inapplicabilità anche dell'art. 244 del codice dei contratti pubblici, che attribuisce al g.a. la giurisdizione in materia di revisione dei prezzi d'appalto, in ragione del fatto che è espressamente esclusa dall'ambito di applicazione del codice predetto (ex art. 23) la prestazione di servizi di pubblico trasporto (cfr. Sez. Un., 6 settembre 2013, n. 20572; Sez. Un., 22 aprile 2013, n. 9690; Sez. Un., 14 novembre 2012, n. 19828; Sez. Un., ord. 11 gennaio 2011, n. 397; Sez. Un., 8 novembre 2010, n. 22621). Ancora, a definitiva riprova delle conclusioni testé esposte, la Corte osserva che la controversia non è neppure riconducibile (*ratione temporis*, essendo questa domanda successiva all'a-

brogazione della norma) alla giurisdizione esclusiva del g.a. ex art. 6 L. n. 537/1993.

Da qui, la ritenuta giurisdizione del giudice ordinario, davanti al quale è rimessa la causa.

CRITERI DI DISTINZIONE TEMPORALE IN MATERIA DI GIURISDIZIONE PER LE DOMANDE DI REVISIONALI DEI PREZZI NEI CONTRATTI E RELATIVE CONSEGUENZE

Cassazione civile, Sez. Un., 26 marzo 2014, n. 7176 - Pres. Rovelli - Rel. Macioce

In controversia inerente all'adeguamento o alla revisione dei prezzi d'un pubblico appalto, se il rapporto è stato radicato prima della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. in materia, dalla quale consegue l'attribuzione al g.a. (in ragione della natura esclusiva della sua *potestas judicandi*) anche delle controversie relative al *quantum debeatur* a tal controversia va applicato il costante indirizzo delle Sezioni Unite per cui - in difetto di un riconoscimento espresso o implicito della spettanza da parte dell'Amministrazione - il sindacato sull'esercizio o sull'omesso esercizio del riconoscimento stesso sarebbe spettato al g.a. senza possibilità di configurare in capo all'appaltatore alcuna posizione di diritto soggettivo.

All'esito di lavorazioni inerenti a un pubblico appalto aggiudicato nell'anno 1988, con contratto del 1991 fu affidata a un'impresa l'esecuzione di un impianto sportivo.

L'appaltatrice - inutilmente chiesta all'Amministrazione il pagamento della rata saldo lavori e della revisione prezzi (prima riconosciuta e poi negata in autotutela, con delibera annullata dal TAR) - ottenne dal Tribunale ordinario un'ingiunzione di pagamento per il proprio credito.

L'ingiunta amministrazione oppose il decreto eccependo, in rito, il difetto di giurisdizione ordinaria e contestando, nel merito, tanto l'importo revisionale, quanto la decorrenza degli interessi, quanto ancora il loro conteggio anatocistico.

Il Tribunale, affermata la propria giurisdizione, revocò l'ingiunzione riconoscendo la fondatezza della censura inerente la decorrenza degli interessi e così condannando l'Ente al pagamento d'una somma circa di un terzo rispetto a quella monitoriamente azionata.

La sentenza fu appellata, in principalità, dall'Amministrazione appaltante e, in via incidentale, dall'impresa.

La Corte di merito declinò la propria giurisdizione in favore di quella amministrativa.

L'impresa ricorre per Cassazione, che accoglie in ricorso.

La Suprema Corte, anzitutto, si preoccupa di verificare se vi sia stato un (valido) riconoscimento del diritto revisionale da parte dell'Ente appaltante, trattandosi di un elemento a valenza propedeutica per individuare la corretta giurisdizione sulla pretesa avanzata dall'appaltatore.

Osservano le Sezioni Unite che se il rapporto controverso è sorto (come nello specifico caso è stato, essendo l'aggiudicazione del 1988 e il contratto del 1991) *prima* della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. delle controversie su adeguamento o modifiche del prezzo negli appalti pubblici (dall'art. 6, comma 19, L. n. 537/1993; art. 26, comma 4-bis, L. n. 109/1994; art. 244, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006; art. 133, lett. e, c.p.a.) a tal controversia, ancor di spettanza del g.o. *ratione temporis*, è applicabile l'indirizzo fermo nella giurisprudenza di queste Sezioni Unite.

Per esso - in difetto d'un riconoscimento espresso o implicito della spettanza revisionale all'appaltatore da parte dell'Amministrazione (che eleva a "diritto soggettivo" la pretesa dell'appaltatore) - il sindacato sul corretto esercizio del riconoscimento circa tal pretesa sarebbe spettato al g.a. (perché si sostanzia nell'"interesse legittimo" al corretto agire della p.a.) e nessuna diretta posizione di diritto soggettivo sarebbe stata predicabile in favore dell'appaltatore stesso (cfr. Sez. Un., nn. 16285/2010 e 4463/2009).

Nello specifico, osservano le Sezioni Unite, la Corte territoriale ha preso atto del riconoscimento esplicito di tale spettanza (tuttavia poi revocata con delibera annullata dal TAR) e ha escluso che la sentenza del TAR, pur dotata di portata demolitoria dell'atto di revoca assunto in autotutela, contenesse essa stessa una statuizione ricognitiva del diritto alla revisione prezzi o fosse idonea a far rivivere la delibera invalidamente revocata. Una volta accertata dal TAR l'invalidità della delibera ricognitiva, erroneamente la Corte territoriale ha rimosso gli effetti conformativi della sentenza, che aveva irrevocabilmente eliminato l'atto di revoca per pretesa insussistenza delle condizioni autorizzatrici, sì da aver lasciata intatta la prima delibera e i suoi primari effetti ricognitivi circa la debenza dell'importo revisionale. Se ne ha, quindi, che la controversia appartiene alla giurisdizione ordinaria.

AZIONE DI ARRICCHIMENTO INDEBITO VERSO LA P.A.,
MODALITÀ DI RICONOSCIMENTO DELL'UTILITÀ DEL *QUID PERCEPTUM* E CONSEGUENZE

Cassazione civile, sez. I, 28 marzo 2014, n. 7406 - Pres. Salvago - Rel. Di Amato

Per l'accoglimento di una domanda rivolta ex art. 2041 c.c., se l'arricchito è la p.a. convenuta occorre - accanto agli ordinari elementi costitutivi dell'azione (impoverimento dell'attore e locupletazione del convenuto) - anche il riconoscimento dell'*utilitas* da parte dell'ente, che deve avvenire con atto espresso proveniente dal proprio organo deliberativo: se tal riconoscimento avviene, sul dovuto maturano, oltre agli interessi, anche la rivalutazione monetaria trattandosi di un debito di valore e non di mera valuta.

V'è controversia fra un'impresa privata, da un lato, e il Ministero dei lavori pubblici e la Regione Calabria, dall'altro: la prima chiedeva la condanna solidale delle controparti al pagamento di una ingentissima somma per indennizzo da arricchimento indebito derivato dalla realizzazione d'un impianto di depurazione, in parte già realizzato e affidato all'impresa stessa in gestione provvisoria.

Nell'articolata vicenda, la causa era riassunta dal fallimento dell'originaria attrice e - all'esito di alterne pronunce - giunge al vaglio della Suprema Corte.

Il nodo della questione, per quanto qui interessi, è la determinazione del criterio in base al quale calcolare il dovuto in caso di domanda di arricchimento indebito di cui all'art. 2041 del codice civile.

Nella soluzione del problema, la Corte parte da una considerazione di base: i fatti costitutivi dell'azione di arricchimento senza causa sono l'impoverimento dell'attore e la locupletazione del convenuto accanto ai quali occorre - se l'arricchito è una p.a. - il riconoscimento dell'*utilitas* da parte dell'ente, con un atto espresso proveniente dal proprio organo deliberativo (cfr. Sez. Un., 27 dicembre 2010, n. 26128). Solo dopo tale riconoscimento dell'*utilitas* sull'im-

porto dovuto ex art. 2041 c.c. maturano, oltre agli interessi, anche la rivalutazione monetaria, trattandosi di un debito di valore e non di mera valuta.

EDILIZIA E URBANISTICA

ESECUZIONE DI OPERE ACCESSORIE SOPRAVVENUTE ED EFFETTI SUL CONTRATTO D'APPALTO

Cassazione civile, sez. II, 16 aprile 2014, n. 8890 - Pres. Oddo - Rel. Burzese

Il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare, dai fatti allegati e provati o comunque emergenti *ex actis*, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso.

La sanzione di nullità del contratto d'appalto avente a oggetto la realizzazione di opere edilizie sformate di titolo abilitativo edilizio colpisce non solo il caso di un edificio realizzato in totale assenza dello stesso, o completamente diverso da quello autorizzato, ma anche i singoli accordi sopravvenuti, tra le parti, in corso d'opera per la realizzazione di manufatti abusivi, indipendentemente da ogni valutazione circa la diversa incidenza di dette parti sulla complessiva opera.

Una società convenne al Tribunale ordinario un'impresa di costruzioni chiedendo - previa declaratoria di risoluzione per inadempimento del contratto d'appalto fra esse intercorrente - la condanna al risarcimento dei danni.

L'appaltatrice convenuta, nel costituirsi, svolgeva riconvenzionale per il pagamento del prezzo di lavorazioni non previste nel contratto di appalto originario.

Il Tribunale rigettava la domanda attrice e accoglieva la riconvenzionale, condannando l'appaltante al pagamento delle lavorazioni extracapitolari.

La sentenza era appellata dall'originaria attrice, principalmente asserendo l'abusività edilizia e urbanistica delle opere oggetto di riconvenzionale, sicché era da ritenersi nullo ogni patto, successivo al contratto d'appalto, giusta quale dette opere erano state eseguite. A comprova delle censure dedotte l'appellante depositava le ordinanze di sospensione lavori e remissione in pristino, una sentenza penale passata in giudicato e una relazione tecnica riassuntiva.

La Corte territoriale rigettava l'appello - in particolare la censura di nullità del contratto d'appalto per l'abusività delle opere - perché questione nuova, non dedotta in primo grado. Rilevava che ivi le parti e lo stesso CTU avevano considerato regolari tutte le opere in questione.

In ogni caso, chiosava la Corte di merito, le irregolarità dedotte in appello non riguardavano l'intera e complessa costruzione ma solo elementi a essa marginali e quindi non incidavano sulla validità dell'opera (*rectius*: del contratto d'appalto), né potevano essere esaminati, a prova della nullità, i documenti allegati, prodotti in violazione dell'art. 345 c.p.c. nel giudizio d'appello. Né, infine, poteva essere rilevata d'ufficio la nullità del contratto o la mancanza di concessione edilizia, mai eccepiti in primo grado.

La sentenza è oggetto di ricorso per Cassazione, accoglie il ricorso e cassa con rinvio.

La Suprema Corte disattende le ragioni poste dalla Corte di merito a fondamento della reiezione delle doglianze inerenti l'abusività, perché proposte solo in sede di appello: in

proposito, afferma che il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare, dai fatti allegati e provati o comunque emergenti *ex actis*, una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso (Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828).

La decisione della Corte nomofilattica si basa essenzialmente sull'accoglimento del primo motivo di gravame - assorbiti gli altri - con cui era stato dedotto che la nullità può colpire anche singole opere extra appalto per le quali non era stata rilasciata la concessione edilizia ovvero prive di titolo amministrativo abilitante.

La sanzione di nullità del contratto d'appalto - avente a oggetto opere edilizie sformate di titolo abilitativo edilizio - sanziona non solo la realizzazione di un'opera in totale assenza di titolo o quando l'edificio sia completamente diverso da quello autorizzato, ma anche i singoli accordi sopravvenuti in corso d'opera per la realizzazione di opere prive di titolo, indipendentemente da ogni valutazione circa la diversa incidenza delle parti prive del titolo amministrativo sulla complessiva opera.

Infatti, secondo i principi generali (art. 1418 c.c.) deve ritenersi nullo per illiceità dell'oggetto l'accordo per l'esecuzione di una variante dell'opera, quanto la stessa non è assentita dalla p.a. in relazione ad un progetto approvato e costituente l'oggetto di un contratto d'appalto. Peraltro - osserva la Cassazione - tale nullità non si estende all'intero contratto d'appalto ma esclude la possibilità di far valere i diritti nascenti dall'accordo per l'esecuzione della variante che non era stata assentita. Tale circostanza impedisce *ab origine* al contratto di produrre gli effetti che gli sono propri, con la rilevante conseguenza che l'appaltatore non può pretendere, in forza di siffatto contratto nullo, il corrispettivo pattuito o dovuto, né l'indennizzo ex art. 1671 c.c.

In tal senso sono in sentenza richiamati precedenti della stessa Corte, secondo i quali il contratto di appalto per la costruzione di un immobile senza concessione edilizia è nullo (ex artt. 1346 e 1418 c.c.) avendo un oggetto illecito per violazione di norme imperative in materia urbanistica, onde l'appaltatore non può pretendere, in forza del contratto nullo, il corrispettivo dovuto, senza che rilevi l'ignoranza del mancato rilascio della concessione edilizia, che non può ritenersi scusabile per la grave colpa del contraente, il quale, con l'ordinaria diligenza, ben avrebbe potuto avere conoscenza della reale situazione, incombendo anche sul costruttore, ai sensi dell'art. 6 L. n. 47/1985 art. 6, l'obbligo giuridico del rispetto della normativa sulle concessioni (Cass. civ., nn. 4015/2007; 13969/2011; 21475/2013).

INAMMISSIBILITÀ DELL'AZIONE EX ART. 2932 C.C. PER I SOLI IMMOBILI ABUSIVI O TOTALMENTE DIFFORMI DAL TITOLO EDILIZIO

Cassazione civile, sez. II, 7 aprile 2014, n. 8081 - Pres. Piccialli - Rel. Falaschi

Ai sensi dell'art. 40 L. n. 47/1985, non può pronunciarsi una sentenza di trasferimento coattivo ex art. 2932 c.c., qualora l'immobile sia stato costruito senza concessione edilizia o quando l'immobile sia caratterizzato da totale difformità dalla concessione (e, in entrambi i casi, manchi ogni documentazione alternativa, quale la concessione in sanatoria o la domanda di condono con versamento delle prime due rate).

Se un immobile, regolarmente autorizzato e edificato, presenti un vizio di regolarità urbanistica tale da non ol-

trepassare la soglia della parziale difformità rispetto all'originario titolo legittimante, non sussiste alcuna preclusione all'emanazione della sentenza costitutiva, perché il corrispondente negozio di trasferimento non sarebbe nullo.

Non costituisce variazione "totale", bensì solo "parziale" rispetto alla originaria struttura, la realizzazione senza titolo edilizio di una scala esterna che, pur costituente una modifica essenziale, soprattutto per i sussistenti vincoli paesaggistici, non comporta un aumento consistente della volumetria realizzata e non determina la realizzazione di un organismo integralmente diverso o autonomamente utilizzabile.

Sorge controversia fra una procedura fallimentare e alcuni privati - che avevano sottoscritto preliminari di vendita con la società poi fallita - circa la possibilità di trasferire *ex art.* 2932 c.c. la titolarità del bene, pur al cospetto di irregolarità edilizie su parti d'un immobile realizzato prima 1967 e poi oggetto d'interventi edilizi senza titolo legittimante. Questo, in ragione del fatto che - alla luce della previsione d'incommerciabilità degli immobili abusivi sancita, *ratione temporis*, dalla L. n. 47/1985 (e oggi dal D.P.R. n. 380/2001) - una tal pronuncia traslativa consentirebbe di ottenere per via giudiziaria quanto per la citata legge non sarebbe stato possibile ottenere per via notarile. Nel corso del giudizio, la CTU appurò la possibilità d'una sanatoria dell'immobile, attraverso la realizzazione d'interventi espressamente indicati e quantificati sotto il profilo economico.

La Suprema Corte parte osservando che l'immobile è stato pacificamente realizzato, nella sua originaria struttura, entro il 1° settembre 1967 (data di entrata in vigore della L. n. 765/1967, cd. legge ponte) e che solo in tempi successivi ha subito interventi di ristrutturazione e di sistemazione abusivi. In particolare la modifica del tetto e della torretta fumaria e la realizzazione d'una scala esterna, con posa di muretti di elevazione e gradini in pietra naturale grezza. Venendo alla questione in diritto, la Suprema Corte osserva anzitutto che la sanzione di nullità *ex art.* 40, comma 2, L. n. 47/1985 per immobili privi di c.e. si applica ai soli contratti a effetti reali e non a quelli ad efficacia meramente obbligatoria, quali i preliminari di vendita (Cass. civ., nn. 6018/1999; 14489/2005; 9849/2007). Questo, tanto per ragioni letterali (desumibili dal tenore stesso della riferita norma), quanto dalla circostanza che pur dopo la sottoscrizione al preliminare può sopravvenire la concessione in sanatoria (che determina il venir meno della nullità del successivo contratto di vendita e legittima il promittente acquirente *ex art.* 2932 c.c.).

Quanto ai rapporti fra tale sanzione di nullità e l'azione *ex art.* 2932 c.c., la Suprema Corte osserva che - stante la natura di tale *actio* (sostitutiva della volontà del contraente inadempiente) - se si consentisse l'emanazione di sentenza traslativa della titolarità del bene senza l'osservanza dell'art. 40 L. n. 47/1985, la disciplina imperativa ivi contenuta sarebbe elusa, potendosi ottenere per via giudiziaria quanto non ottenibile con un atto negoziale. Per tale motivo la Cassazione (Cass. civ. nn. 13024/1992; 9647/2006; 13225/2008) ha affermato la necessità che nei giudizi per l'esecuzione specifica di concludere un contratto (art. 2932 c.c.) l'atto introduttivo deve recare l'indicazione del titolo edilizio o l'allegazione della domanda di sanatoria con i versamenti delle prime due rate di oblazione, senza di che il

giudice non può pronunciare sentenza di trasferimento coattivo di diritti reali su edifici o loro parti.

Venendo allo specifico fatto di causa, la Cassazione osserva che in violazione delle predette coordinate ermeneutiche, la Corte territoriale erroneamente ha ritenuto di dover equiparare la costruzione senza titolo edilizio a quella in difformità, senza preventivamente accertare se si trattasse di difformità totale ovvero di variazione parziale e non essenziale. La prima ipotesi (art. 7, comma 1, L. n. 47/1985) ricorre quando sia stato realizzato un organismo edilizio radicalmente diverso per caratteristiche tipologiche o con realizzazione di volumi non assentiti (art. 8 L. n. 47/1985) rispetto a quelli per cui la concessione è stata rilasciata. Si ha invece variazione parziale (art. 12 L. n. 47/1985) quando la modifica concerne parti non essenziali del progetto.

Al definitivo, chiosa la Corte, il modello delineato dalla L. n. 47/1985 mira a garantire che il bene nasca (e si trasmetta soltanto se) privo di caratteri di abusivismo: sicché - in ragione della tutela di un interesse generale, sotteso alla sanzione di nullità - detta comminatoria riguarda i casi di immobili costruiti in assenza di concessione o in totale difformità da essa (come del resto è ricavabile dal fatto che la L. n. 47/1985 accomuna, anche sotto il profilo delle sanzioni amministrative e penali *ex artt.* 7 e 20, l'una e l'altra tipologia di abusi). Tale comminatoria di nullità, viceversa, non colpisce le costruzioni effettuate in base a regolare concessione edilizia e non in totale difformità dalla stessa (Cass. nn. 2187/2011; 20258/2009).

Nel caso di specie la previsione della nullità (e, correlativamente) la preclusione all'emanazione della sentenza costitutiva non era applicabile, trattandosi d'immobile edificato legittimamente, sulla base della disciplina antecedente alla cd. legge Ponte, avente una "parziale difformità" rispetto all'originaria struttura, per la presenza di una scala esterna che - pur costituendo una "modifica essenziale", soprattutto per i vincoli paesaggistici - non comporta un aumento consistente della volumetria realizzata e non consta che abbia dato luogo ad un organismo integralmente diverso o autonomamente utilizzabile.

La sentenza è, per queste ragioni, cassata con rinvio.

ESPROPRIAZIONE PER P.I.

DECORRENZA "DAL MOMENTO DELLA CONOSCIBILITÀ DEL DANNO" DEL TERMINE QUINQUENNALE DI PRESCRIZIONE PER OCCUPAZIONE ILLEGITTIMA

Cassazione civile, sez. I, 17 aprile 2014, n. 8965 - Pres. Salvago - Est. Piccininni

In ragione dell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria e interna, va riconsiderata la questione della decorrenza del termine di prescrizione del risarcimento del danno da occupazione illegittima, con uno spostamento in avanti della sua decorrenza dal momento della verifica del fatto a quello della manifestazione e della conoscibilità del danno.

Il parametro della "conoscibilità del danno" va interpretato nel senso che non è sufficiente la mera consapevolezza di aver subito un'occupazione e/o una manipolazione dell'immobile senza titolo ma occorre che il privato si trovi nella possibilità di apprezzare la "gravità" delle conseguenze lesive per il suo diritto dominicale anche con riferimento alla loro "rilevanza giuridica" e,

quindi, in particolare al verificarsi dell'effetto estintivo-acquisitivo definitivo perseguito dall'amministrazione espropriante.

Alcuni privati adirono il Tribunale ordinario per ottenere l'indennizzo dovuto per occupazione espropriativa di alcuni loro fondi, avvenuta nell'anno 1982. L'adito giudice declinava la domanda, per esser maturata la prescrizione del credito.

La Corte territoriale confermava la prescrizione del risarcimento del danno derivante da occupazione acquisitiva, iniziata a decorrere dalla scadenza del periodo di occupazione temporanea, inutilmente spirata nell'anno 1987. Parimenti, ha dichiarato prescritta anche l'indennità di occupazione per le annualità antecedenti gli anni 1981 e 1982 ed ha ritenuto che il valore venale dell'immobile sul quale doveva essere calcolata l'indennità di occupazione, andasse diminuito del 25% ai sensi del nuovo art. 37 del T.U. espropriazioni.

I privati ricorrono per Cassazione, che accoglie in parte i ricorsi proposti in via principale e incidentale, cassando con rinvio per quanto di ragione.

Nel coacervo di motivi contrapposti, la sentenza presenta interesse laddove percorre il tema della prescrizione del credito per indennizzo da occupazione espropriativa.

Il punto più travagliato dell'istituto, è stato il termine prescrizione breve, fissato dalle Sezioni Unite con sentenza n. 1464/1983 al proprietario per richiedere il risarcimento del danno causatogli dall'illecita e definitiva sottrazione dell'immobile. Ancor più foriera di problemi è la sua decorrenza, ivi ancorata, ex art. 2935 c.c., alla data dell'irreversibile trasformazione del bene nell'opera pubblica programmata dalla dichiarazione di p.u.

A ciò, osserva la Corte, sono sopravvenute numerose decisioni, specie negli anni '90 del secolo scorso che - facendo leva sulla volontà del legislatore di determinare l'effetto traslativo onde conservare al nuovo compendio realizzato in conseguenza dell'irreversibile trasformazione del fondo privato, un regime giuridico unico di natura pubblicistica, nonché sul conseguente carattere indennitario del risarcimento del danno spettante al proprietario - ritennero che il suo diritto a conseguire il "controvalore" dell'immobile si dovesse prescrivere nell'ordinario termine di dieci anni, ai sensi dell'art. 2946 c.c.

Sul punto, nuovamente le Sezioni Unite ribadirono la natura risarcitoria dell'azione proposta dal proprietario per conseguire il valore dell'immobile perduto, definitivamente ancorandola al termine quinquennale di prescrizione di cui all'art. 2947 c.c. (Cass., Sez. Un., n. 12546/1992).

Per effetto di ciò, la giurisprudenza successiva s'è concentrata sulla decorrenza di tal termine quinquennale (fatta coincidere con il momento d'irreversibile trasformazione dell'immobile nell'opera dichiarata di p.u.), che costituisce la causa e, al contempo, il momento genetico della vicenda estintivo-acquisitiva: momento, che tuttavia, mai individuato in concreto con criteri certi e facilmente percepibili né dal proprietario, né dalla stessa Amministrazione, stanti le difficoltà di stabilire la data esatta in cui il fondo abbia perduto definitivamente i suoi caratteri originari e quindi ricevuta quella trasformazione idonea ad imprimergli la nuova destinazione pubblicistica.

Per queste ragioni la Corte ha apportato o mantenuto alcune deroghe alla regola suddetta.

Una prima, in caso di occupazione temporanea del fondo (Cass., Sez. Un., nn. 1464/1983; 3940/1988), per la quale si

è ribadito che la decorrenza del termine in questione non possa essere anteriore alla scadenza del periodo durante il quale la detenzione dell'immobile è autorizzata dal decreto. Altra deroga si ha nel caso di un terreno occupato e irreversibilmente destinato alla realizzazione dell'opera pubblica in base a provvedimento amministrativo successivamente annullato dal giudice amministrativo (Cass., Sez. Un., n. 483/1999): in tali casi il diritto al risarcimento del danno per la perdita della proprietà del bene risorge ed è esercitabile solo al momento del passaggio in giudicato della sentenza di detto giudice che, eliminando il titolo dell'acquisizione, conferisce a quest'ultima il carattere di fatto illecito; e pervenendo al medesimo risultato nell'ipotesi di retrocessione non più eseguibile (Cass. nn. 3528/1996; 9051/1994).

Ancora, in altre occasioni, sono state ampliate le fattispecie interruttive mediante enunciazione del principio generale per il quale - ove l'espropriante proceda comunque alla determinazione dell'indennità di esproprio, ovvero all'offerta e/o al deposito di essa - i suddetti atti, costituendo in ogni caso il riconoscimento del diritto dell'ex proprietario ad un ristoro patrimoniale, si configurano come atti interruttivi della prescrizione del diritto al risarcimento dei danni derivanti dalla perdita del diritto dominicale (Cass., Sez. Un., nn. 484 e 485/1999).

Malgrado questi temperamenti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato lo Stato italiano per il meccanismo di decorrenza della prescrizione nelle varie tipologie di espropriazione indiretta (in cui rientra l'occupazione acquisitiva), spesso lesivi del principio di legalità (CEDU, 30 maggio 2000 in causa Carbonara-Ventura).

Anche la Corte costituzionale, con le sentenze 348 e 349/2007, ha ribadito l'obbligo per il giudice italiano - qualora ritenga una norma interna (quale è l'art. 2935 c.c.) confliggente con una disposizione della Convenzione - di ricercare un'interpretazione compatibile con la Convenzione europea; così privilegiando tra le diverse interpretazioni quella conforme a quest'ultima.

In ragione di ciò, la Suprema Corte nella sentenza qui annotata ha rimeditato il sistema della decorrenza della prescrizione del credito indennitario e/o risarcitorio derivante dall'avvenuta occupazione espropriativa, per renderlo conforme ai principi enunciati dalla CEDU, pervenendo - già dalle sentenze Cass. civ. nn. 20543/2008 e 22407/2008 alla conclusione che la decorrenza della prescrizione del credito in coincidenza con il momento dell'irreversibile trasformazione dell'immobile, pur risultando coerente con la natura di illecito istantaneo attribuita all'occupazione espropriativa, non risponde ai principi di chiarezza, consapevolezza e legalità che devono porre il privato interessato da occupazioni illegittime della p.a., in condizioni di reagire giudizialmente: il criterio è stato recepito dal legislatore, all'art. 3 della L. n. 458/1988. Conseguentemente, per le irreversibili trasformazioni verificatesi prima del 3 novembre 1988 (data di entrata in vigore della legge suddetta) "non può dirsi sussistente un ambito di chiarezza e legalità nel quale il privato, interessato da occupazione illegittima, sia in grado di reagire consapevolmente agli abusi della p.a. Per cui, la decorrenza del termine suddetto può avere inizio soltanto dalla ricordata data del 3 novembre 1988, nonché maturare non prima del 3 novembre 1993 ove non interrotta da alcun atto del proprietario o da alcuna offerta dell'amministrazione espropriante.

Neppure la L. n. 458/1988 ha del tutto risolto il problema, perché anche dopo di essa il momento in cui il diritto può essere fatto valere è rimasto collegato ad un complesso e

poco conoscibile sistema di regole e deroghe, comunque incentrato sulla tradizionale vicenda fattuale della radicale trasformazione del terreno, per quanto detto non individuabile a priori con criteri obbiettivi.

Per tali ragioni, con la sentenza annotata, la Suprema Corte ritiene di dover riconsiderare l'intera materia, rapportandola ad altri recenti arresti in materia di responsabilità aquiliana che comportano uno spostamento in avanti della decorrenza del termine prescrizione dal momento della verifica del fatto a quello della manifestazione del danno, a maggior ragione invocabile in presenza di un'espropriazione illegittima, ove per un verso, l'intera vicenda estintiva o acquisitiva non perde la sua connotazione tipica di fatto illecito dal momento in cui l'occupazione diviene abusiva, fino alla costruzione dell'opera pubblica con violazione delle norme che fissano i casi ed i modi per il sacrificio della proprietà privata ai fini pubblici (Cass., Sez. Un., nn. 24397/2007; 6769/2009).

In ragione di ciò, la Suprema Corte qui ritiene che ben possano essere recepiti i puntuali rilievi della decisione delle Sezioni Unite n. 576/2008, secondo la quale il parametro della "conoscibilità del danno" debba necessariamente interpretarsi nel senso che, ai fini del decorso della prescrizione, non è sufficiente la mera consapevolezza di aver subito un'occupazione e/o una manipolazione dell'immobile senza titolo, bensì occorre che egli si trovi nella possibilità di apprezzare la "gravità" delle conseguenze lesive per il suo diritto dominicale anche con riferimento alla loro "rilevanza giuridica"; e quindi in particolare al verificarsi dell'effetto estintivo-acquisitivo definitivo perseguito dall'amministrazione espropriante. Su di essa, anche per le occupazioni espropriative successive alla L. n. 458/1988, continua a gravare l'onere che incombe al debitore che eccepisce la prescrizione, ossia la prova della ricorrenza del presupposto richiesto dall'art. 2947 c.c. (Cass. civ. nn. 2583/2003; 8401/1998; 4295/1990), nel caso coincidente con il momento in cui il trasferimento della proprietà con la sua rilevanza giuridica viene percepito o può essere percepito dal proprietario quale danno ingiusto ed irreversibile in conseguenza del comportamento illecito dell'amministrazione, in modo sostanzialmente corrispondente a quanto la legge dispone per effetto del decreto di esproprio. Altrimenti, vale il canone enucleato dalla CEDU per il quale tale momento coincide con quello della citazione introduttiva del giudizio nel quale il proprietario richiede il controvalore dell'immobile (con gli accessori), incompatibile con il perdurare del suo diritto dominicale su di esso.

EFFETTI DELLA SENTENZA D'INCOSTITUZIONALITÀ CORTE COST. N. 348/2007 SULLE SENTENZE DELIBERATE MA NON ANCORA PUBBLICATE ALLA DATA DI SUA PUBBLICAZIONE IN GAZZETTA UFFICIALE

Cassazione civile, sez. I, 28 marzo 2014, n. 7408 - Pres. Salvago - Rel. Di Amato

Per effetto della sentenza Corte cost. n. 348/2007, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 5-bis, commi 1 e 2 del D.L. n. 333/1992, diventa applicabile il criterio generale dell'indennizzo pari al valore venale del bene, fissato dall'art. 39 della L. n. 2359/1865, unico criterio ancora vigente rinvenibile nell'ordinamento, destinato a trovare applicazione in ogni ipotesi o tipo di espropriazione, salvo che un'apposita norma provveda diversamente.

La declaratoria d'incostituzionalità intervenuta dopo la deliberazione della decisione ma prima della pubblicazione della stessa nondimeno esplica i propri effetti e il Collegio deve tenerne conto, nel caso riconvocandosi, posto che il giudizio pende sino a quando la sentenza non sia stata pubblicata e considerato che le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dopo la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale.

Alcuni privati adirano la Corte d'appello perché, in sede di opposizione alla stima espropriativa, determinasse l'esatto ammontare dell'indennizzo dovuto per l'occupazione e la conseguente espropriazione (sia pur in minore misura) di aree di proprietà degli stessi.

La Corte territoriale - riconosciuto che l'area espropriata era edificabile giacché compresa in un piano di zona per l'edilizia economica e popolare e per essa doveva aversi riguardo all'indice medio di fabbricabilità e che le indennità da attribuirsi erano da computare sulla scorta dei parametri di cui all'art. 5-bis del D.L. n. 333/1992, ossia in misura pari alla semisomma del valore di mercato e del coarso decennale del reddito dominicale rivalutato, escludendo la riduzione del 40% in considerazione dell'incongruità della indennità di espropriazione provvisoriamente determinata - accoglieva l'opposizione liquidando una somma non soddisfattiva per gli oppositori i quali, con un ricorso articolato in dieci motivi, accoglie il ricorso limitatamente alla disciplina applicabile per il computo delle indennità.

Per quanto qui interessi, i ricorrenti avevano dedotto la violazione dell'art. 136 Cost. e dell'art. 39 della L. n. 2359/1865 lamentando - rispettivamente con riferimento all'indennità di espropriazione e all'indennità di occupazione - la mancata applicazione della sentenza della Corte costituzionale n. 348/2007, intervenuta fra la data della decisione e la data di pubblicazione della sentenza impugnata.

La Suprema Corte condivide la censura, osservando che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 348/2007, ha dichiarato proprio l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis D.L. n. 333/1992, qui utilizzato a parametro per determinare l'indennizzo. Tale pronuncia, per la previsione dell'art. 30, L. n. 87/193 ha efficacia riguardo ai giudizi pendenti alla data della sua pubblicazione in G.U., per il che diventa qui applicabile il criterio generale dell'indennizzo pari al valore venale del bene, fissato dall'art. 39 della L. n. 2359/1865 (cfr. Cass. civ., nn. 8433 e 8442/2012; 19345, 21386, 25718/2011), che è oggi l'unico criterio ancora vigente rinvenibile nell'ordinamento, destinato a trovare applicazione in ogni ipotesi o tipo di espropriazione, salvo che un'apposita norma provveda diversamente.

Questo, anche nel caso in cui la sentenza d'incostituzionalità sopravvenga rispetto al momento di deliberazione della causa, posto che il giudizio pende sino a quando la sentenza non sia stata pubblicata, anche in ragione del fatto che le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dopo la pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale (Cass. 18 agosto 2004, n. 16081). Del resto, è noto che la declaratoria d'incostituzionalità è inoperante solo con riferimento ai rapporti esauriti in modo definitivo (per prescrizione, decadenza, preclusione o giudicato) alla data della sua pubblicazione (salva, ovviamente, la materia penale per il principio del *favor rei*).

DETERMINAZIONE DELL'INDENNITÀ DI ESPROPRIO PER AREE EDIFICABILI MA NON A FINI RESIDENZIALI

Cassazione civile, sez. I, 21 marzo 2014, n. 6751 - Pres. Salvago - Rel. Benini

L'inclusione di un terreno espropriato in una zona avente una destinazione edificatoria, sia pure non a fini residenziali, alla luce degli strumenti urbanistici generali, costituisce condizione necessaria e sufficiente per l'attribuzione del requisito dell'edificabilità legale.

Per la determinazione dell'indennità d'esproprio - dopo la declaratoria d'incostituzionalità (Corte cost. n. 348/2007) dell'art. 5-bis, commi 1 e 2, D.L. n. 333/1992 - i criteri previsti dall'art. 2, comma 89, L. n. 244/2007, perché introdotti come modifica dell'art. 37, commi 1 e 2, D.P.R. n. 327/2001 si applicano soltanto ai procedimenti espropriativi in cui la dichiarazione di p.u. sia intervenuta dopo la sua entrata in vigore, datata 30 giugno 2003 e che perciò sono soggette al predetto T.U. Di contro, nelle procedure soggette al regime pregresso rivive la disciplina di cui all'art. 39 della L. n. 2359/1865 con necessario riferimento al valore di mercato, atteso che la norma intertemporale di cui all'art. 2, comma 90, della L. n. 244/2007, prevede la retroattività della nuova disciplina di determinazione dell'indennità espropriativa solo per i procedimenti espropriativi in corso, e non anche per i giudizi.

Alcuni privati convennero in giudizio, avanti la Corte d'appello la concessionaria per la realizzazione di un'opera pubblica, opponendosi alla stima espropriativa e chiedendo la determinazione delle corrette indennità di espropriazione e di occupazione per terreni di loro proprietà, dell'estensione di mq. 13.580, assoggettati a procedura ablativa da parte del Comune, per il quale la convenuta aveva operato, espropriati con decreto del 29 dicembre 2003.

La Corte territoriale determinava l'indennità d'esproprio in euro 392.122,50 e quella di occupazione in euro 48.388,25, computati sulla base del valore venale dai suoli espropriati, che furono qualificati come "edificabili" per via del loro inserimento in zona omogenea destinata alla realizzazione di impianti industriali dal PRG all'epoca vigente. Il valore venale, tuttavia, secondo la Corte di merito, doveva essere decurtato del 25%, essendo l'espropriazione finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, nella specie un interporto.

La concessionaria ricorre per Cassazione e i privati a loro volta propongono ricorso incidentale.

La Suprema Corte respinge il ricorso principale e accoglie l'incidentale.

A motivazione del rigetto del ricorso principale, accanto a questioni attinenti al caso specifico, la Suprema Corte enuclea parametri d'interesse diffuso, osservando che non ogni previsione dello strumento urbanistico - specie se a carattere generale - che osti allo sfruttamento del terreno a fini d'edilizia residenziale privata va considerato come vincolo d'inedificabilità, per via dell'imposizione di vincoli espropriativi. La stessa destinazione a insediamenti industriali, sia pur mediati dalla programmazione pubblicistica, è idonea a consentire l'esplicazione dello *ius aedificandi*, con ricadute virtuose sulla determinazione dell'indennità in caso di esproprio (Cass. nn. 9891/2007; 15658/2011). L'esigenza di sterilizzazione del valore d'incidenza della destinazione espropriativa, inoltre, non può far risalire a pianificazioni anteriori non più attuali (Cass. n. 15114/2001): ciò che determina la qualità del suolo è la destinazione dello strumento urbanistico vigente (Cass. n. 13199/2006). Per l'effetto, l'inclusione del terreno espropriato in una zona avente una destinazione edificatoria, alla luce degli strumenti urbanistici generali, costituisce condizione necessaria e sufficiente per l'attribuzione del requisito dell'edificabilità legale (Cass. n. 4210/2012). Sicché la valutazione dei beni, operata dalla Corte d'appello secondo il loro valore venale alla stregua della trasformabilità consentita dagli strumenti urbanistici, va esente da censure.

Ancora, afferma il Giudice di legittimità - a motivazione dell'accoglimento del ricorso incidentale proposto contro la decurtazione del 25% dell'indennizzo espropriativo portata nella sentenza di merito - osserva che nella determinazione dell'indennità d'espropriazione, a seguito della declaratoria (Corte cost. n. 348/2007) d'illegittimità dell'art. 5-bis, commi 1 e 2, D.L. n. 333/1992, i criteri previsti dall'art. 2, comma 89, L. n. 244/2007, perché introdotti come modifica dell'art. 37, commi 1 e 2 del D.P.R. n. 327/2001 (T.U. espropriazioni), si applicano soltanto alle procedure espropriative soggette al predetto Testo unico, ossia a quelle in cui la dichiarazione di pubblica utilità sia intervenuta dopo la sua entrata in vigore, datata 30 giugno 2003. Questo, in applicazione di quanto previsto dall'art. 57 (e s.m.i.) mentre nelle procedure soggette al regime pregresso rivive la disciplina di cui all'art. 39 della L. n. 2359/1865 e va, quindi, fatto riferimento al valore di mercato, atteso che la norma intertemporale di cui all'art. 2, comma 90, della L. n. 244/2007, prevede la retroattività della nuova disciplina di determinazione dell'indennità espropriativa solo per i procedimenti espropriativi in corso, e non anche per i giudizi (Cass. 19 marzo 2013, n. 6798).

Servizi pubblici

Il principio di corrispondenza delle quote per lavori nell'ambito dei PPP: il nuovo corso inaugurato dalla Plenaria

CONSIGLIO DI STATO, Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 7 – Pres. Giovannini – Est. Poli – Società Stile Costruzioni Edili di Rebecchini Ing. Luigi C. s.p.a. ed altri c. Pessina Costruzioni s.p.a. e Roma Capitale

Dall'esame del contenuto degli elementi essenziali del programma di *housing* sociale, emerge che è stata posta in essere una iniziativa di partenariato pubblico-privato per la gestione di un servizio pubblico locale di rilievo economico e a domanda individuale, mediante lo strumento della concessione di servizio pubblico. Il partenariato pubblico-privato, si realizza anche attraverso la formula organizzatoria della concessione di servizi che dà vita ad un partenariato non istituzionale. Non è di ostacolo alla qualificazione della procedura in esame quale concessione di servizio pubblico, la circostanza che, nel caso di specie, il concessionario prescelto, in ossequio al contenuto del programma di *housing*, debba realizzare anche cospicui lavori.

Qualora un affidamento contempli l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che solo laddove la gestione del servizio sia servente rispetto alla costruzione delle opere è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici; viceversa, l'inserimento dei lavori all'interno di un programma complesso rivolto alla gestione di servizi volti a soddisfare esigenze primarie di grande rilievo sociale ed economico (il disagio abitativo delle fasce deboli della popolazione), induce a ritenere che siano i lavori a porsi in termini obbiettivamente accessori o secondari rispetto alla gestione delle strutture al servizio della collettività; alle medesime conclusioni è giunta l'Adunanza Plenaria in relazione alla connessione ravvisata fra appalti di servizi (accessori e strumentali), rispetto a concessione di servizio pubblico ritenuta prevalente.

In conclusione, la norma sancita dall'art. 37, comma 13, codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), che impone ai concorrenti riuniti, già in sede di predisposizione dell'offerta, l'indicazione della corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni (per i contratti di appalto di lavori, servizi e forniture fino al 14 agosto 2012 e per i soli contratti di appalto di lavori a decorrere dal 15 agosto 2012) - pur integrando un precetto imperativo capace di imporsi anche nel silenzio della legge di gara come requisito di ammissione dell'offerta a pena di esclusione - non esprime un principio generale desumibile dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero dalla disciplina dei contratti pubblici di appalto e come tale, a mente dell'art. 30, comma 3, del medesimo codice, non può trovare applicazione ad una selezione per la scelta del concessionario di un pubblico servizio.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	(Sulla seconda massima) Cons. Stato, Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19
Difforme	(Sulla terza massima) Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4753; Cons. Stato, sez. V, 14 settembre 2012, n. 4895; Cons. Stato, sez. IV, 1° agosto 2012, n. 4406; Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2012, n. 1799; Cons. Stato, sez. III, 15 luglio 2011, n. 4323; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2011, n. 2715

Fatto e diritto

1. La procedura oggetto del presente giudizio

1.1. Oggetto del presente giudizio è la procedura competitiva indetta da Roma Capitale (cfr. determinazione n. 660 dell'11 agosto 2010, bando di gara ed annesso disciplinare pubblicati il successivo 19 novembre 2010), per la realizzazione del programma di *housing* sociale nell'area F del Comprensorio direzionale di Pietralata.

1.2. Il programma, dal contenuto complesso, ha previsto, fra l'altro:

a) la progettazione (definitiva ed esecutiva), e realizzazione sull'area assegnata (di proprietà comunale), di un intero quartiere residenziale, per una portata edificatoria complessiva di 132.000 mc, calcolati secondo il vigente piano particolareggiato di Pietralata, ripartita in 127.000 mc per un totale di almeno 555 alloggi (di cui 80 alloggi di edilizia residenziale pubblica da retrocedere al Comune in regime di proprietà, con le aree fondiarie annesse; almeno 50 alloggi da mantenere in locazione per 25 anni al canone mensile sostenibile di euro 6,00 al mq di superficie complessiva, che al termine resteranno nella disponibilità dell'assegnatario per 99 anni fino alla scadenza del diritto di superficie; almeno 150 alloggi da destinare a locazione con patto di futura vendita con canone mensile sostenibile di euro 8,00 al mq di superficie complessiva e rata finale di saldo prezzo convenuto, da far valere tra il 16° e il 25° anno, secondo e con i valori posti in offerta all'assegnatario; almeno 275 alloggi da cedere a prezzo convenzionato per un importo massimo di euro 2.400,00 mq di superficie complessiva, oltre oneri fiscali);

b) la progettazione (definitiva ed esecutiva), e realizzazione di edificazioni con destinazione commerciale per 5.000 mc (che restano nella disponibilità dell'assegnatario fino alla scadenza della durata del diritto di superficie, anche come eventualmente rinnovato);

c) la progettazione (definitiva ed esecutiva), e realizzazione di tutte le opere di urbanizzazione primaria (infrastrutture a rete, viabilità, arredo urbano, parcheggi e verde pubblico);

d) la progettazione (definitiva ed esecutiva), e costruzione di una scuola materna di 3 sezioni;

e) le funzioni di stazione appaltante, in capo all'assegnatario, per la realizzazione di opera monumentale artistica;

f) gestione venticinquennale (inclusa la locazione e la vendita), in regime di proprietà superficiaria, dell'edilizia residenziale destinata alla locazione a canone sostenibile, a riscatto o alla vendita a prezzo convenzionato; in questo ambito sono attribuiti all'assegnatario (in partnership con l'amministrazione), compiti di soggetto gestore dell'assegnazione degli alloggi (comprensivi della predisposizione degli avvisi e della selezione delle domande), nel rispetto delle tariffe imposte da Roma Capitale (canoni e prezzi da praticare alle diverse categorie di beneficiari del programma);

g) l'assenza di oneri a carico dell'amministrazione salva la possibilità che le offerte in gara contemplino, ai fini

del perseguimento dell'equilibrio finanziario in funzione della garanzia della sostenibilità imprenditoriale del progetto, un corrispettivo (che in ogni caso concorre in chiave comparativa come elemento della parte economica costruttiva delle offerte).

1.3. La legge di gara, in relazione agli aspetti di maggiore interesse ai fini della risoluzione della presente lite:

a) ha individuato in modo puntuale, a pena di esclusione, taluni adempimenti (per lo più formali) e requisiti soggettivi di capacità e qualificazione; in quest'ambito, ha richiamato in modo specifico le disposizioni del codice dei contratti pubblici ritenute applicabili (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163); fra queste non vi è la norma sancita dall'art. 37, comma 13 (tale articolo, infatti, è stato menzionato nella nota 4 del disciplinare solo avuto riguardo al deposito cauzionale prestato dalle ATI);

b) ha dettato una compiuta autonomia disciplina: delle ATI, delle quote di partecipazione delle imprese, dei requisiti tecnici e di qualificazione dei partecipanti, della possibilità di far gareggiare cooperative di abitazione e loro consorzi, della indicazione dei soggetti esecutori della progettazione e dei soli lavori (stimati per un importo complessivo di euro 69 milioni esclusa IVA), della possibilità di associare, in sede di esecuzione del programma di *housing* sociale, fondi immobiliari specializzati nel settore dell'edilizia sociale privata;

c) ha posto a base del programma un progetto preliminare, suscettibile di essere variato dai partecipanti, senza indicazione di limiti invalicabili presidiati dalla sanzione della esclusione;

d) nell'ambito del programma costruttivo messo a concorso, ha previsto la possibilità, da parte dei concorrenti, di offrire scostamenti, in consistente misura percentuale, del numero degli alloggi da realizzare per ciascuna tipologia assentita dal programma medesimo.

1.4. Alla gara hanno partecipato:

a) la Società Stile Costruzioni Edili di Rebecchini Ing. Luigi & C. s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI costituita con Sarfo Appalti e Costruzioni s.r.l., Sette Costruzioni s.p.a., I.R.CO.S. Impresa Romana Costruzioni Sociali s.p.a., Edilgamma s.r.l., Cosvim Società Cooperativa e Consorzio Cooperative di Abitazione Associazione Italiana Casa -Aic soc. coop. a r.l. (in prosieguo ATI Stile, 1° classificata);

b) Pessina Costruzioni s.p.a. (in prosieguo ditta Pessina, 2° classificata);

c) l'ATI costituita da Unione Generale Immobiliare s.p.a., Fabbrica Immobiliare SGF s.p.a. e Stemm s.r.l. (in prosieguo ATI UGI, 3° classificata); giova fin da ora precisare, per completezza, che tale concorrente è stato escluso dalla commissione tecnica ma successivamente riammesso con riserva alla gara in base all'ordinanza del T.A.R. per il Lazio n. 2593 del 14 luglio 2011; in sede di approvazione provvisoria e definitiva della graduatoria (cfr. verbale n. 24 del 13 settembre 2011 e determinazione dirigenziale n. 778 del 4 ottobre 2011), l'ATI UGI risulta graduata al 3° posto senza riserve; con sentenza in forma semplificata del T.A.R. per il Lazio n. 3892 del 30 aprile 2012, è stato respinto il ricorso contro il provvedimento di esclusione; tale

sentenza è stata appellata dall'ATI Generale con ricorso allibrato al nrg. 2309 del 2012 tutt'ora pendente.

1.5. Con determinazione dirigenziale n. 778 del 4 ottobre 2011 la gara è stata aggiudicata all'ATI Stile.

Omissis.

6. La natura giuridica della procedura di gara di housing sociale

6.1. Anticipando le conclusioni tratte dagli argomenti che saranno esposti nel presente § 6, l'Adunanza Plenaria ritiene che dall'esame del contenuto degli elementi essenziali del programma di housing sociale intrapreso da Roma Capitale (retro §§ 1.1. - 1.3.), emerge che è stata posta in essere una iniziativa di partenariato pubblico-privato per la gestione di un servizio pubblico locale di rilievo economico e a domanda individuale, mediante lo strumento della concessione di servizio pubblico.

Il partenariato pubblico-privato, secondo i principi sottostanti le risoluzioni del Parlamento europeo di maggiore interesse *in parte qua* (14 gennaio 2004 concernente il libro verde sui servizi di interesse generale, 26 ottobre 2006 concernente i partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni), recepite dal codice dei contratti (art. 3, comma 15-ter, introdotto dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, cd. terzo correttivo, e dunque applicabile *ratione temporis* alla procedura in oggetto), si realizza anche attraverso la formula organizzatoria della concessione di servizi che dà vita ad un partenariato non istituzionale (ovvero senza la creazione di enti *ad hoc* preposti alla gestione della collaborazione e del servizio).

A sua volta, l'art. 3, comma 12, del codice dei contratti pubblici, definisce la concessione di servizi come "un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

6.1.1. L'housing sociale si è sviluppato alla metà del secolo scorso, nei paesi dell'Europa settentrionale, in conseguenza dell'evoluzione della scienza urbanistica, come tentativo di ampliare, qualificandola, l'offerta degli alloggi in affitto (e in misura minore anche in vendita), mettendo a disposizione nuove unità abitative a favore di quelle persone che, escluse per ragioni di reddito dall'accesso all'edilizia residenziale pubblica, non sono tuttavia in grado di sostenere i costi del libero mercato.

Tale istituto nasce, pertanto, dalla necessità di ripensare gli insediamenti di edilizia sociale sul territorio non solo sotto un profilo quantitativo ma anche sul versante economico-qualitativo: l'housing sociale si presenta, quindi, come una modalità d'intervento nella quale gli aspetti immobiliari vengono studiati in funzione dei contenuti sociali, offrendo una molteplicità di risposte per le diverse tipologie di bisogni, dove il contenuto sociale è prevalentemente rappresentato dall'accesso a una casa dignitosa per coloro che non riescono a sostenere i prezzi di mercato, ma anche da una specifica attenzione alla qualità dell'abitare.

La finalità dell'housing sociale è di migliorare la condizione di queste persone, favorendo la formazione di un contesto abitativo e sociale dignitoso all'interno del quale sia possibile, non solo accedere ad un alloggio adeguato, ma anche a relazioni umane ricche e significative. Data la sostanziale assenza di sovvenzioni pubbliche, l'housing sociale si focalizza su quella fascia di cittadini che sono disagiati in quanto impossibilitati a sostenere un affitto di mercato, ma che non lo sono al punto tale da poter accedere all'edilizia residenziale pubblica, finendo con il rappresentare, nel contempo, una politica volta all'incremento del patrimonio in affitto a prezzi calmierati o controllati.

L'housing sociale si sostanzia in un programma attraverso il quale si progetta di realizzare un insieme di alloggi e servizi, di eseguire azioni e strumenti, tutti rivolti a coloro che non riescono a soddisfare sul mercato il proprio bisogno abitativo, per ragioni economiche o per l'assenza di un'offerta adeguata. Tra le molteplicità di risposte offerte dall'housing sociale vi sono l'affitto calmierato, l'acquisto della casa mediante l'auto-costruzione e le agevolazioni finanziarie, nonché soluzioni integrate per le diverse tipologie di bisogni.

In Italia, il progressivo ritiro della mano pubblica dagli investimenti immobiliari a fini sociali e la bolla speculativa del mercato immobiliare, che ha toccato insieme vendita e locazioni, hanno contribuito non poco ad allargare l'area del disagio, sbarrando o rendendo impervio l'accesso alla casa a vaste categorie di persone (giovani coppie, pensionati, famiglie monoparentali, ecc.).

In questo contesto socio economico si è inserito il legislatore attraverso alcune disposizioni normative che hanno individuato, fra l'altro, i destinatari di tali progetti, ovvero le categorie alle quali possono essere destinati gli alloggi realizzati mediante tale programma: l'art. 11, comma 2 del D.L. 25 giugno 2008 n. 112 convertito con la L. 6 agosto 2008 n. 133 – recante la disciplina generale per la realizzazione del cd. Piano casa al fine di garantire su tutto il territorio nazionale i livelli minimi essenziali di fabbisogno abitativo per il pieno sviluppo della persona umana – ha segnalato le seguenti categorie di destinatari:

- a) nuclei familiari a basso reddito, anche monoparentali o monoreddito;
- b) giovani coppie a basso reddito;
- c) anziani in condizioni sociali o economiche svantaggiate;
- d) studenti fuori sede;
- e) soggetti sottoposti a procedure esecutive di rilascio;
- f) altri soggetti in possesso dei requisiti di cui all'art. 1 della L. 8 febbraio 2007 n. 9 (particolari categorie sociali, soggette a procedure esecutive di rilascio per finita locazione degli immobili adibiti ad uso di abitazioni e residenti nei comuni capoluoghi di provincia, nei comuni con essi confinanti con popolazione superiore a 10.000 abitanti e nei comuni ad alta tensione abitativa);
- g) immigrati regolari a basso reddito, residenti da almeno dieci anni nel territorio nazionale ovvero da almeno cinque anni nella medesima regione.

In attuazione della normativa primaria, il D.P.C.M. 16 luglio 2009 – recante l'approvazione del Piano nazionale di edilizia abitativa cd. Piano casa – ha previsto espressamente, quale prima linea di intervento, la costituzione di un sistema integrato nazionale e locale di fondi immobiliari per l'acquisizione e la realizzazione di immobili per l'edilizia residenziale ovvero la promozione di strumenti finanziari immobiliari innovativi, con la partecipazione di soggetti pubblici e privati per la valorizzazione e l'incremento dell'offerta abitativa in locazione (art. 1).

6.1.2. All'interno del delineato quadro normativo, urbanistico, edilizio e finanziario, si è collocato il Comune di Roma nel tentativo di soddisfare le esigenze della popolazione appartenente a diverse fasce sociali. Già in sede di approvazione del nuovo PRG, l'*housing* sociale è stato inserito fra gli obbiettivi da realizzarsi mediante criteri di perequazione nonché modalità e procedure per l'acquisizione di aree; sono seguite specifiche iniziative tese a verificare, sotto il profilo finanziario, giuridico ed amministrativo, la fattibilità dell'intervento di *housing* sociale (cfr. la deliberazione consiliare n. 23 del marzo del 2010, recante gli indirizzi per il cd. Piano casa di Roma, che ha proposto un programma organico di iniziative da intraprendere per il soddisfacimento dei bisogni alloggiativi per il cd. segmento debole della popolazione comunale, giungendo a stimare necessaria la realizzazione di 25.700 alloggi entro il 2016).

6.2. Individuate le basi normative ed amministrative, nonché la finalità immanente del programma di *housing* sociale di Roma Capitale, si passa a verificare la presenza degli indici rivelatori della concessione di servizio pubblico, quali delineati, nel corso del tempo, dalle fonti europee e nazionale (cfr. Comunicazioni interpretative della Commissione europea 5 febbraio 2008 e 12 aprile 2000; direttive 2004/18 e 2004/17; artt. 3, comma 12, e 30 codice dei contratti pubblici; artt. 112 e 113 TUEL; circolari della P.C.M. nn. 3944 del 1° marzo 2002 e 8756 del 6 giugno 2002), nonché dai principi elaborati dalla giurisprudenza europea e nazionale (cfr. da ultimo Corte giust., 15 ottobre 2009, C-196/08; 13 settembre 2007, C-260/04; Corte cost., 7 giugno 2013, n. 134; 12 aprile 2013, n. 67; 20 luglio 2012, n. 199; 17 novembre 2010, n. 325; Cass. civ., Sez. Un., 15 giugno 2009, n. 13892; 22 agosto 2007, n. 17829; Cons. Stato, Ad. Plen., 7 maggio 2013, n. 13; 3 marzo 2008, n. 1).

6.2.1. Nel particolare caso di specie sono presenti tutti gli indici che sono stati ritenuti, nel tempo, come qualificanti una concessione di servizio pubblico locale, di rilievo economico e a domanda individuale.

In dettaglio:

a) la presenza di un autentico servizio pubblico locale rivolto alla produzione di beni e utilità per obiettive esigenze sociali – ovvero, secondo il linguaggio dell'Unione europea (artt. 16 e 86 del Trattato FUE), un servizio di interesse economico generale che viene a svolgere una funzione essenziale nell'ambito della costituzione economica di tutti i Paesi membri, dovendosi intendere per tale quello rivolto all'utenza, capace di soddisfare interessi generali e di garantire una redditività – del

quale i cittadini usufruiscono *uti singuli* e come componenti la collettività;

b) la prestazione a carico degli utenti che si riscontra tipicamente nei servizi a domanda individuale (nella specie gli utenti devono partecipare ad apposita selezione, gestita dal concessionario, per l'assegnazione degli alloggi, versando di volta in volta il corrispettivo della locazione o delle varie tipologie di vendita in base al complesso sistema tariffario individuato dalla legge di gara);

c) l'assunzione a carico del concessionario del rischio economico relativo alla gestione del servizio; sul punto, deve reputarsi irrilevante che la legge di gara abbia previsto un parziale corrispettivo a carico di Roma Capitale, stante il suo carattere meramente eventuale, frutto della scelta dell'offerente finalizzata alla garanzia dell'equilibrio finanziario dell'impresa, scelta comunque penalizzante in sede di attribuzione del relativo punteggio; inoltre, la subordinazione al pagamento di un corrispettivo – rilevante nella prospettiva europea e nazionale in sede di distinzione tra la figura dell'appalto e quella della concessione – dipende dalle caratteristiche tecniche del servizio e dalla volontà "politica" dell'ente ma non incide, *ex se*, sulla sua qualifica di servizio pubblico e non può essere pertanto sopravvalutata;

d) la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti, tendenzialmente a tempo indeterminato o comunque per un periodo di lunga durata (nella specie il rapporto concessorio ha una durata pari a 25 anni);

e) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità, perché ciò che connota in modo rilevante la natura di servizio pubblico è il conseguimento di fini sociali a favore della collettività per il tramite dell'attività svolta dal gestore;

f) la delega traslativa di poteri organizzatori dall'ente al privato (nella specie, non solo i compiti in materia di stazione appaltante per la realizzazione di opera monumentale, ma soprattutto quelli organizzatori inerenti la scelta dei beneficiari, l'assegnazione degli alloggi, la gestione dei conseguenti rapporti); tale elemento deve esprimere, al di là del *nomen iuris* impiegato dalla legge di gara (concessione, assegnazione, affidamento, contratto di servizio, atto di incarico), la sostanza di un atto di organizzazione e, in quanto tale, ontologicamente diverso da un contratto di appalto; vi è dunque una proiezione esterna dell'*utilitas* perseguita con l'atto concessorio, a differenza della dimensione interna dell'*utilitas* che si consegue con il contratto di appalto; solo grazie al modulo concessorio è possibile esternalizzare il servizio affidandone la gestione a soggetti privati per i quali il vantaggio è costituito dalla possibilità di esigere un prezzo (tariffa) nei confronti degli utenti, donde l'importanza della durata del rapporto idonea a far conseguire un utile al concessionario (caratteristiche queste tutte presenti nella fattispecie per cui è causa);

g) il contenuto del programma di *housing*, inoltre, si caratterizza per la sua struttura trilaterale in quanto tutte le prestazioni dei soggetti coinvolti fanno capo all'am-

ministrazione, al gestore ed agli utenti, mentre nel contratto d'appalto, come noto, il rapporto ha carattere bilaterale (nella specie è pacifico che la gran parte delle prestazioni del concessionario sono rivolte a soddisfare esigenze dell'utenza disagiata, nel rispetto dei vincoli gestionali imposti e monitorati dall'amministrazione).

6.3. Non è di ostacolo alla qualificazione della procedura in esame quale concessione di servizio pubblico, la circostanza che, nel caso di specie, il concessionario prescelto, in ossequio al contenuto del programma di *housing*, debba realizzare anche cospicui lavori.

6.3.1. Qualora un affidamento contempli l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che solo laddove la gestione del servizio sia servente rispetto alla costruzione delle opere è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici; viceversa, l'inserimento dei lavori all'interno di un programma complesso rivolto alla gestione di servizi volti a soddisfare esigenze primarie di grande rilievo sociale ed economico (il disagio abitativo delle fasce deboli della popolazione), induce a ritenere che siano i lavori a porsi in termini obiettivamente accessori o secondari rispetto alla gestione delle strutture al servizio della collettività; alle medesime conclusioni è giunta l'Adunanza plenaria in relazione alla connessione ravvisata fra appalti di servizi (accessori e strumentali), rispetto a concessione di servizio pubblico ritenuta prevalente (cfr. Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19).

Tale impostazione è conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte giust., 14 novembre 2001, C-310/01; 18 novembre 1999, C-107/98; 19 aprile 1994, C-331/92), per l'individuazione della disciplina applicabile ai contratti di appalto misti, quando vengono in considerazione prestazioni di lavori e servizi: in tal caso, infatti, occorre avere riguardo all'oggetto principale della prestazione secondo la funzione prevalente o accessoria svolta da ciascuna componente (cd. criterio qualitativo), a prescindere dal valore economico delle prestazioni medesime (cd. criterio quantitativo). Per completezza si evidenzia che tali principi sono stati recepiti, con alcune peculiarità, dall'art. 14 del codice dei contratti (salvo il temperamento costituito dal criterio quantitativo, inteso come canone esegetico per la determinazione delle prestazioni, che cede, però, a fronte del carattere meramente accessorio dell'una prestazione rispetto all'altra).

6.3.2. Nella specie, deve evidenziarsi che:

a) tutte le opere (sia quelle pubbliche, sia quelle di pubblica utilità sia quelle commerciali), sono destinate, nel loro complesso, ad assicurare il servizio di *housing* sociale garantendo condizioni di vita decorose a tutti i futuri utenti che saranno selezionati in base alle apposite graduatorie;

b) il valore delle opere pubbliche in senso proprio (alloggi di edilizia residenziale pubblica, scuola pubblica ed opere di urbanizzazione), è di gran lunga inferiore al valore dell'insieme delle opere di pubblica utilità e di

quelle meramente private (secondo il dato riportato dalla difesa dell'ATI Stile a pagina 14 del gravame incidentale, dato non contestato specificamente da controparte, solo il 15% degli alloggi complessivi è destinato a edilizia residenziale pubblica, mentre la restante parte, oltre il 75%, riguarda la realizzazione di alloggi privati, oltre agli immobili a destinazione commerciale);

c) la durata del rapporto esorbita dai tempi strettamente necessari alla realizzazione delle opere in quanto il servizio di assegnazione e gestione degli alloggi si sviluppa in un arco minimo di 25 anni.

6.4. Assodata la natura di concessione di servizio pubblico locale della procedura in contestazione, ne deriva l'applicazione dell'art. 30 del codice dei contratti pubblici nella cornice esegetica delineata nel tempo dall'Adunanza Plenaria (cfr. 6 agosto 2013, n. 19; 7 maggio 2013, n. 13; 3 marzo 2008, n. 1).

Il compendio di norme sancite dall'art. 30 cit., rispecchia l'elaborazione comunitaria in ordine:

a) al limitato spazio che occupa la concessione di servizi nella direttiva 2004/18: una scarsa definizione nell'art. 1 ed un'unica regola di non discriminazione dei fornitori nell'art. 3, con espressa previsione, per il resto, di esclusione dall'ambito della direttiva (art. 17);

b) all'applicazione dei principi del Trattato FUE alle concessioni di servizi;

c) all'essenzialità della traslazione del rischio di gestione al concessionario.

Ne discende, da un lato, l'inapplicabilità diretta delle disposizioni del codice dei contratti pubblici (art. 30, comma 1), dall'altro, l'obbligo di rispettare i principi desumibili dal Trattato FUE e i principi generali relativi ai contratti pubblici (trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, gara informale, predeterminazione dei criteri selettivi).

6.5. Si tratta a questo punto di stabilire, in relazione alla controversia sottoposta all'esame dell'Adunanza Plenaria, la natura giuridica e la portata applicativa della norma sancita dall'art. 37, comma 13, codice dei contratti pubblici; è irrilevante, ai fini della decisione, che la questione sia stata sottoposta dalla V Sezione nella diversa prospettiva dell'art. 27 del codice dei contratti pubblici (in luogo dell'art. 30), perché in entrambi i casi è necessario comunque individuare i principi desumibili dal Trattato FUE e i principi generali relativi ai contratti pubblici (fra cui quello di trasparenza di cui si lamenta la lesione da parte della ditta Pessina).

Vanno allo scopo applicati i criteri di indagine elaborati di recente da questa Adunanza Plenaria proprio al fine di individuare quali disposizioni del codice dei contratti pubblici siano espressive di principi generali (di derivazione europea ovvero solo nazionale), e dunque capaci di integrare la disciplina delle gare per la selezione di concessionari di servizi pubblici (cfr. Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19; 7 maggio 2013, n. 13).

In sintesi è sufficiente ribadire che:

a) la regola generale, a mente dell'art. 30, comma 1. cit., è nel senso che alle concessioni di servizio pubblico

non si applicano le disposizioni specifiche del codice dei contratti pubblici;

b) si deve tener conto del fatto che in linea teorica tutte le norme di dettaglio del codice costituiscono una derivazione, più o meno diretta, di principi (o più semplicemente di esigenze) generali;

c) in senso proprio costituiscono principi generali applicabili alle concessioni di servizio, non solo i cd. super principi o valori di sistema, di solito espressamente indicati nelle parti iniziali dei codici di settore (nella specie art. 2 codice dei contratti pubblici), ma anche quelli che si traggono da talune specifiche norme;

d) tuttavia, l'applicabilità di talune disposizioni specifiche di tali codici è predicabile solo quando esse superino uno scrutinio rigoroso di indagine basato sull'accertamento della natura dell'interesse presidiato dal precetto e della sua ampiezza applicativa, trovando la propria *ratio* immediata e diretta nella tutela di valori immanenti al sistema (nella specie dei contratti pubblici di appalto di lavori, servizi e forniture), in funzione nomogenetica rispetto alle singole norme costitutive delle codificazioni di settore.

7. La natura giuridica e la portata applicativa della norma sancita dall'art. 37, comma 13, codice dei contratti pubblici

7.1. L'art. 37, comma 13, cit., nel testo vigente alla data del bando, era il seguente: "13. I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento".

Successivamente tale disposizione è stata novellata dalla lettera a), del comma 2-bis dell'art. 1 del D.L. 6 luglio 2012, n. 95, introdotto dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135 (con decorrenza dal 15 agosto 2012 data di entrata in vigore della legge di conversione): "13. Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento".

7.2. Prima della novella del 2012, la giurisprudenza amministrativa (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 29 settembre 2013, n. 4753; sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676), per alcuni aspetti corroborata da recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria (cfr. 13 giugno 2012, n. 22 e 5 luglio 2012, n. 26 in tema di appalti di servizi), si era consolidata – sulla scorta di una lettura unitaria della norma sancita dal comma 13 cit. con quella di cui al comma 4 del medesimo art. 37, secondo cui: "4. Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati" – nell'affermazione dei seguenti principi, da cui questa Adunanza non intende decampare:

a) corrispondenza sostanziale, già nella fase dell'offerta, tra le quote di partecipazione all'ATI. e le quote di esecuzione delle prestazioni, costituendo la relativa dichiarazione requisito di ammissione alla gara, e non conte-

nuto di obbligazione da far valere solo in sede di esecuzione del contratto;

b) funzione dell'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione ed esecuzione ravvisata nelle seguenti esigenze: I) conoscenza preventiva, da parte della stazione appaltante, del soggetto incaricato di eseguire le prestazioni e della misura percentuale, al fine di rendere più spedita l'esecuzione del rapporto individuando ciascun responsabile; II) agevolare la verifica della competenza dell'esecutore in relazione alla documentazione di gara; III) prevenire la partecipazione alla gara di imprese non qualificate;

c) trattandosi di un precetto imperativo che introduce un requisito di ammissione, quand'anche non esplicitato dalla *lex specialis*, la eterointegra ai sensi dell'art. 1339 c.c. sicché la sua inosservanza determina l'esclusione dalla gara (sulla non necessità, ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, codice dei contratti pubblici, che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge allorché sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara, cfr. Adunanza Plenaria 16 ottobre 2013, n. 23; 7 giugno 2012, n. 21);

d) tale obbligo di dichiarazione in sede di offerta si impone per tutte le tipologie di ATI (costituite, costituenti, verticali, orizzontali), per tutte le tipologie di prestazioni (scorporabili o unitarie, principali o secondarie), e per tutti i tipi di appalti (lavori, servizi e forniture), indipendentemente dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria;

e) poiché l'obbligo di simmetria tra quota di esecuzione e quota di effettiva partecipazione all'ATI scaturisce e si impone *ex lege*, è necessaria e sufficiente, in sede di formulazione dell'offerta, la dichiarazione delle quote di partecipazione a cui la legge attribuisce un valore predefinito che è quello della assunzione dell'impegno da parte delle imprese di eseguire le prestazioni in misura corrispondente.

7.3. All'interno del su riferito indirizzo giurisprudenziale si è sviluppato un filone esegetico che ha diviso un ulteriore necessario parallelismo, in modo congiunto, anche fra quote di partecipazione, requisiti di qualificazione e quote di esecuzione.

Tale impostazione deve essere respinta perché:

a) in contrasto con il tenore testuale delle disposizioni del codice dei contratti pubblici (e segnatamente, i commi 4 e 13 dell'art. 37), che non consentono di avallare una siffatta opzione interpretativa;

b) in contrasto con la sistematica del codice (e del regolamento attuativo), che disciplina in maniera completa e nella sede propria il regime della qualificazione delle imprese anche riunite in ATI, per i lavori, mentre affida alla legge di gara ogni determinazione in materia per gli appalti di servizi e forniture, salvi i limiti sanciti dagli artt. 41 - 45;

c) si rileva, inoltre, che una siffatta opzione (volta a superare e, di fatto, integrare l'espressa previsione di legge – comma 13 dell'art. 37 – la quale si limita ad imporre il parallelismo fra le quote di partecipazione e quelle di esecuzione), determinerebbe in molti casi l'effetto di

escludere dalle pubbliche gare raggruppamenti ai cui partecipanti sarebbe ascrivito null'altro se non una sorta di eccesso di qualificazione; l'approccio in questione si porrebbe in contrasto con i principi del *favor participationis* e della libertà giuridica di impresa, negando in radice la possibilità per taluni operatori economici (in particolare quelli maggiormente qualificati), di individuare in modo autonomo la configurazione organizzativa ottimale per partecipare alle pubbliche gare.

7.4. Il quadro unitario così faticosamente ricostruito dalla giurisprudenza, ha subito, successivamente alla novella introdotta dal D.L. n. 95 del 2012, una frattura che conduce ad una lettura atomistica delle norme sancite dai più volte richiamati commi 4 e 13 dell'art. 37 codice dei contratti pubblici.

Deve ritenersi, invero, che:

a) giusta il tenore letterale della nuova disposizione e la sua finalità di semplificare gli oneri di dichiarazione incombenti sulle imprese raggruppate che operano nel mercato dei contratti pubblici, l'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione sancito dal più volte menzionato comma 13, sia rimasto circoscritto ai soli appalti di lavori;

b) per gli appalti di servizi e forniture continua a trovare applicazione unicamente la norma sancita dal comma 4 dell'art. 37, che impone alle imprese raggruppate il più modesto obbligo di indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, fermo restando, però, che ciascuna impresa deve essere qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella legge di gara;

c) rimane inteso, in entrambi i casi, che le norme in questione continuano ad esprimere un precetto imperativo da rispettarsi a pena di esclusione e sono dunque capaci di eterointegrare i bandi silenti.

7.5. Una volta ricostruito il compendio delle norme (anche nella loro evoluzione diacronica), e dei principi costitutivi del micro ordinamento di settore, è agevole riscontrare che il dovere di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione in capo alle imprese raggruppate, sancito dall'art. 37, comma 13, cit., non esprime un principio generale del Trattato e della disciplina dei contratti, segnatamente a tutela del valore della trasparenza, poiché l'esigenza che soddisfa, pur meritevole di apprezzamento per scelta della legge, si esaurisce completamente all'interno della sfera di interessi della stazione appaltante, in funzione di esigenze di semplice correttezza dell'azione amministrativa, rendendo più agevoli i compiti di accertamento e controllo da parte del seggio di gara.

Pertanto, all'esito dello scrutinio rigoroso di indagine basato sull'accertamento della natura dell'interesse presidiato dal precetto e della sua ampiezza applicativa (retro § 6.5.), non si può affermare che la *ratio essendi* di tale norma sia incentrata, in via immediata e diretta, nella tutela di valori immanenti al sistema dei contratti pubblici.

Anche la novella introdotta dal D.L. n. 95 del 2012, pur non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie per cui è causa, avvalorata e rafforza le su esposte conclusioni esegetiche perché dimostra che il legislatore, nel circoscrivere la portata applicativa dell'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione ai soli appalti di lavori, ha mostrato di ritenerlo un precetto vincolante non per l'intero settore dei contratti (comprensivo di forniture e servizi), ma solo per il più ristretto ambito dei lavori pubblici col che facendo venir meno anche il profilo soggettivo (inteso quale comunanza della regola a tutti gli appalti), del principio generale, residuando un precetto che se pure è imperativo rimane confinato ai soli appalti di lavori.

7.6. In conclusione, avuto riguardo alla seconda questione sottoposta all'Adunanza Plenaria, deve enunciarsi il seguente principio di diritto: "la norma sancita dall'art. 37, comma 13, codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), che impone ai concorrenti riuniti, già in sede di predisposizione dell'offerta, l'indicazione della corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione delle prestazioni (per i contratti di appalto di lavori, servizi e forniture fino al 14 agosto 2012 e per i soli contratti di appalto di lavori a decorrere dal 15 agosto 2012) – pur integrando un precetto imperativo capace di imporsi anche nel silenzio della legge di gara come requisito di ammissione dell'offerta a pena di esclusione – non esprime un principio generale desumibile dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ovvero dalla disciplina dei contratti pubblici di appalto e come tale, a mente dell'art. 30, comma 3, del medesimo codice, non può trovare applicazione ad una selezione per la scelta del concessionario di un pubblico servizio".

8. L'esame dei primi due motivi del ricorso principale di primo grado proposto dalla ditta Pessina

Alla luce dell'acclarata natura giuridica della procedura contestata, dell'ambito applicativo della norma sancita dall'art. 37, comma 13, codice dei contratti pubblici (non estensibile alle concessioni di servizio pubblico), e della omessa impugnativa della *lex specialis* da parte della ditta Pessina, emerge l'infondatezza, in fatto e diritto, dei primi due motivi del ricorso principale di primo grado (retro § 2.2.).

8.1. In fatto è sufficiente osservare che la *lex specialis*, certamente non impugnata *in parte qua*, ha previsto un compendio di regole (fra l'altro, in tema di partecipazione alle ATI in gara di cooperative di abitazione e loro consorzi, di corrispondenza di quote – di partecipazione, esecuzione e qualificazione – di possesso e accertamento dei requisiti tecnici e di qualificazione), del tutto incompatibile con quelle prese a presupposto della tesi di Pessina; ne discende in particolare, anche alla luce delle ulteriori risultanze istruttorie acquisite in atti:

a) l'incontestabilità della scelta dell'amministrazione di far partecipare, in sede di gara, cooperative di abitazione (e loro consorzi) senza attribuire loro quote di esecuzione di lavori, nonché la logicità di tale scelta posto

che tali soggetti hanno il compito di gestire la delicata fase della assegnazione degli alloggi, e dei conseguenti adempimenti (ovvero la locazione e vendita dei medesimi alloggi);

b) l'insussistenza della violazione dell'obbligo, da parte del consorzio A.I.C., di indicazione della consorziata, ex art. 34, comma 1, lett. b) e c) del codice dei contratti pubblici, in quanto quest'ultima disposizione si riferisce alle cooperative di produzione e lavoro (mentre A.I.C. è un Consorzio di cooperative di abitazione);

c) la prova del possesso, da parte delle imprese incaricate della esecuzione dei lavori nell'ambito dell'ATI Stile, dei requisiti minimi di capacità tecnica, di qualificazione e di certificazione di qualità imposti dalla legge di gara.

8.2. Le doglianze della ditta Pessina sono altresì inaccoglibili in diritto, per tutte le ragioni illustrate nei precedenti §§ 6 e 7, in quanto muovono dai seguenti erronei presupposti:

a) che la procedura selettiva per cui è causa sia qualificabile in termini sostanziali di appalto di lavori, perché, esaminando l'oggetto del rapporto, spiccherebbe la prevalenza delle prestazioni costruttive; al contrario, si è in presenza di una concessione di servizio pubblico locale, alla luce dei dati sia qualitativi che quantitativi sopra esposti;

b) che esista un principio di necessaria corrispondenza, in tema di ATI, fra quote di partecipazione, quote di esecuzione e quote di qualificazione in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, mentre, al contrario, la corrispondenza corre solo fra quote di partecipazione e quote di esecuzione (e solo per gli appalti di lavori a decorrere dal 15 agosto 2012);

c) che la norma sancita dall'art. 37, comma 13, nella parte in cui impone, in tema di ATI, la corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, esprima un principio generale in materia di trasparenza e, in quanto tale, sia applicabile ai sensi degli artt. 27, comma 1, e 30, comma 3, codice dei contratti pubblici, ai contratti esclusi ed alle concessioni di servizi pubblici; al contrario, tale norma esprime un precetto imperativo limitato ai soli appalti.

9. L'incidenza delle statuizioni dell'Adunanza Plenaria sugli appelli in trattazione

In conclusione:

a) la corretta applicazione, da parte dell'impugnata sentenza, dei principi in tema di rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale conduce alla reiezione del primo motivo di appello dell'ATI Stile (nei limiti precisati retro al § 5.8.);

b) l'assodata infondatezza dei primi due motivi del ricorso principale di primo grado della ditta Pessina, conduce all'accoglimento integrale dell'appello proposto dal comune di Roma e del secondo motivo dell'appello dell'ATI Stile;

c) l'Adunanza Plenaria restituisce gli atti alla V Sezione del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, commi 1, ultimo periodo, e 4, c.p.a., affinché si pronunci sui restanti motivi (dal III al VII), dell'originario ricorso principale, sui motivi aggiunti e sulla domanda di risarcimento del danno proposti in primo grado dalla ditta Pessina, nonché (ed eventualmente) sul ricorso incidentale proposto dall'ATI Stile.

IL COMMENTO

di Giovanni Balocco

La Plenaria, ripercorrendo l'analisi esegetica della fattispecie del contratto misto, riconduce il *Social Housing* nell'ambito della concessione di servizi. Assolutamente innovativa si rileva la posizione assunta riguardo al principio di corrispondenza fra le quote di esecuzione della prestazione rispetto a quelle di partecipazione al raggruppamento, con conseguente riallineamento ai dettami comunitari in tema di concorrenza e di libero mercato.

Il *Social Housing* e la concessione di servizi: la connotazione giuridica dell'istituto

Una prima questione, presa in esame dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, oggetto della presente disamina, riguarda la qualificazione giuridica del contratto di *Social Housing*, che viene ricondotto, attraverso un espresso richiamo alle risoluzioni comunitarie sul partenariato pubblico-pri-

vato (1), alla formula organizzatoria della concessione di servizi.

A tale conclusione il supremo consesso giunge attraverso una puntuale e minuziosa analisi della fattispecie, alla luce dei criteri e principi elaborati a livello sia comunitario che nazionale. Più segnatamente, viene riscontrata la presenza di un vero e proprio servizio pubblico locale, rivolto al soddisfacimento della domanda di assegnazione degli allog-

(1) Cfr. art. 3, comma 15-ter, D.Lgs. n. 163/2006.

gi da parte di una platea indifferenziata di utenti, sulla base di un complesso sistema tariffario, individuato dal disciplinare di gara. Costituisce poi il perno centrale del ragionamento l'assunzione del rischio economico della gestione del servizio in capo al concessionario. E proprio questo risulta il principale elemento in grado di catalizzare la qualificazione giuridica del contratto sul *genus* "concessione di servizi".

Rileva infine la riscontrata presenza di una delega traslativa di poteri organizzatori dall'ente al privato (nella specie, non solo i compiti di stazione appaltante per la realizzazione di un'opera monumentale, ma soprattutto quelli organizzatori inerenti la scelta dei beneficiari, l'assegnazione degli alloggi e la gestione dei conseguenti rapporti). Per di più, il contenuto del programma di *housing* si caratterizza per la sua struttura trilaterale, in quanto tutte le prestazioni dei soggetti coinvolti fanno capo all'amministrazione, al gestore ed agli utenti. E proprio questa trilateralità del rapporto caratterizza ed identifica la concessione, distinguendola dal contratto di appalto, che invece presenta, come noto, un carattere esclusivamente bilaterale.

Gli argomenti affrontati dalla sentenza in commento, tesi ad individuare e compiutamente delimitare il reciproco margine di operatività dell'appalto e della concessione sono, da tempo, stati elaborati e discussi dalla dottrina (2), e quindi recepiti dalla giurisprudenza (3); si possono delineare mol-

teplici criteri distintivi (4), che, di volta in volta, fanno leva:

a) sulla natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico (5), contrapposta al carattere negoziale dell'appalto (6);

b) sul carattere surrogatorio dell'attività svolta dal concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, mentre l'appaltatore compie attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico;

c) sull'effetto accrescitivo del provvedimento concessorio, che attribuisce al privato concessionario una capacità estranea alla sua originaria sfera giuridica;

d) sul trasferimento di potestà pubbliche (autoritative o certificative) in capo al concessionario, che, in tal modo, viene ad operare quale organo indiretto dell'amministrazione (7), mentre l'appaltatore esercita soltanto prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico.

Un ulteriore, supplementare criterio, puntualmente richiamato dalla Plenaria, si basa poi sulla diversità del soggetto a favore del quale sono rese le prestazioni che, nell'appalto, è costituito dalla stessa amministrazione committente, mentre nella concessione è individuabile nelle persone verso le quali il servizio è rivolto, ovvero sia la sfera indistinta degli utenti.

Viene in tal modo a configurarsi un articolato rapporto trilaterale (8), che coinvolge l'ammini-

(2) Cfr. Raganelli, *Le concessioni di lavori e servizi*, in P. Rescigno, E. Gabrielli (diretto da), *Trattato dei Contratti*, Torino, 2007, 1013 ss.

(3) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 945, in tema di affidamento della gestione associata dei servizi ambientali e di igiene da parte di un'associazione intercomunale di Comuni pugliesi.

(4) Cfr. Cianflone, Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 181 ss.

(5) La natura unilaterale del rapporto comporta particolari limiti e condizioni per la proroga del termine di scadenza delle opere pubbliche date in gestione al concessionario (cfr. Corte conti, sez. contr., 8 giugno 2000, 3, 36).

(6) Cfr. Pototschnig, *Concessione ed appalto nell'esercizio di pubblici servizi*, in *Jus*, 1955, 393 ss., il quale, dopo aver analizzato i vari criteri discretivi tra i due istituti, ritiene valida quale unica distinzione quella fondata sulla loro diversa struttura giuridica: la concessione si pone, fondamentalmente, come atto unilaterale dell'amministrazione, mentre l'appalto è sempre un rapporto negoziale.

(7) Cfr. Corte conti, sez. I, 5 maggio 2004, n. 152, in *Diritto & Giustizia*, 2004, 27, 112, secondo la quale la concessione amministrativa, avente ad oggetto la costruzione di opera pubblica, ha effetto traslativo delle pubbliche funzioni inerenti all'attività organizzativa e traslativa necessaria per la realizzazione di essa. Con questo tipo di concessione, il concessionario si obbliga ad eseguire, oltre all'opera convenuta, l'espletamento di ulteriori funzioni, il cui esercizio postula il trasferimento

delle necessarie funzioni pubbliche da parte dell'autorità concedente. Analogamente, la Suprema Corte di Cassazione (cfr. sent. 3 aprile 2003, n. 5123, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 4; conforme: Cass., sez. I, 21 marzo 2003, n. 4145, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 569), afferma che l'istituto della concessione di opera pubblica è caratterizzato dal trasferimento, in tutto o in parte, al concessionario delle funzioni oggettivamente pubbliche proprie del concedente e necessarie per la realizzazione dell'opera, non avendo il concedente, di regola, alcun potere di ingerenza su di essa e conservando esclusivamente un potere di controllo, nell'interesse pubblico, le cui ripercussioni si esauriscono nel rapporto con il concessionario. La fattispecie in questione riguarda la titolarità della legittimazione passiva in un'ipotesi di risarcimento dei danni, causati in una procedura ablatoria, nella quale è il concessionario, come organo indiretto dell'amministrazione, e non il concedente il soggetto tenuto a rispondere direttamente ed esclusivamente dei danni cagionati a terzi dall'opera pubblica. In base allo stesso principio, il concessionario di opere pubbliche, dovendo ritenersi titolare di poteri pubblici alla stregua dei principi affermati dalla normativa in tema di lavori pubblici, è soggetto alla giurisdizione della Corte dei conti quando emergano danni ingiusti, cagionati all'amministrazione per effetto dell'esercizio illegale di siffatte funzioni (Corte conti, sez. II, 29 novembre 2002, n. 350, in *Riv. Corte Conti*, 2002, 6, 171).

(8) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° agosto 2007, n. 4270, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 7-8, 2235 e Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3333, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 6, 1859, nelle cui pro-

strazione concedente, il concessionario e gli utenti del servizio medesimo (9). In dottrina si è infatti affermato che uno dei caratteri essenziali della concessione è costituito proprio dal rapporto con l'utenza, nei cui confronti il concessionario, in qualità di destinatario del provvedimento amministrativo, si presenta come un "sostituto" dell'amministrazione. Invero, l'attività del concessionario, pur rivolta esclusivamente al conseguimento di un interesse privato, risulta obiettivamente conformata ed orientata verso una finalità pubblica, realizzandosi in tal modo un connubio fra le attività esplicite in regime privatistico dal concessionario stesso ed il perseguimento dell'interesse generale (10).

Da un simile inquadramento consegue, di regola, un ulteriore corollario riguardo al soggetto tenuto a pagare il corrispettivo dell'attività svolta. Di norma, nella concessione, il costo del servizio grava sugli utenti, mentre nell'appalto spetta all'amministrazione l'onere di compensare l'attività svolta dal privato (11).

Siffatto criterio integrativo assume peraltro un rilievo apprezzabile solo quando il servizio pubblico, per le sue caratteristiche obiettive, risulta indi-

visibile tra gli utenti che, in concreto, ne beneficiano direttamente (12).

Un tale inquadramento è stato utilizzato a livello classificatorio anche per distinguere la cosiddetta "concessione di committenza" (istituto ormai inutilizzato ed inutilizzabile nel nostro ordinamento) dalla concessione di servizio pubblico. Nella prima si instaura infatti, prevalentemente, un rapporto bilaterale tra la pubblica amministrazione ed il concessionario, mentre nella seconda si origina un rapporto trilaterale fra amministrazione, concessionario ed utenti ai quali è fornito il servizio. Muovendo da un tale presupposto, ne discende come la concessione di committenza non possa, in alcun modo, essere assimilata ad una concessione di pubblico servizio, proprio per il fatto che l'aggettivo "pubblico" richiama la presenza di utenti e di prestazioni rese agli stessi, mentre le concessioni di committenza rappresentano ipotesi caratterizzate dall'affidamento di attività tipiche della pubblica amministrazione a soggetti terzi, i quali forniscono essenzialmente un servizio all'amministrazione stessa piuttosto che agli utenti (13).

Un diverso discrimine fra i due istituti è stato invece tracciato dai giudici della Sesta Sezione del

nunze si afferma chiaramente che la concessione si distingue dall'appalto per il fatto che, nel primo, le prestazioni (di servizio, di fornitura o di lavori) sono rese in favore dell'amministrazione, mentre la seconda è caratterizzata dalla costituzione di un rapporto trilaterale tra amministrazione, concessionario ed utenti.

(9) Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 8 maggio 2007, n. 2580, in questa *Rivista*, 2007, 1423 ss., commentata da Leggiadro. In tale pronuncia, riguardante una fattispecie di affidamento in gestione di spazi pubblicitari sulle pensiline del tram, il Tribunale sottolinea come debba configurarsi una concessione di servizi. A tale conclusione si deve necessariamente pervenire proprio in considerazione del fatto che la controprestazione dell'allestimento e della manutenzione delle pensiline non è rappresentato dal pagamento di un prezzo, non essendo configurabile alcun contratto oneroso per l'ente committente, ma dal diritto di gestire dei moduli di arredo urbano, sfruttandone la superficie a fini pubblicitari. Emerge pertanto dal susposto schema il rapporto trilaterale tra amministrazione, concessionario ed utenti, posto che, una volta affidata la gestione degli spazi, il concessionario agisce in luogo dell'amministrazione, cedendo gli spazi a terzi dietro compenso, mentre nei confronti dell'amministrazione è tenuto al pagamento di un canone composto da una parte fissa e da una parte variabile collegata all'entità del fatturato. Per tale ragione, richiamandosi ai principi di diritto comunitario, il Tribunale osserva come il rischio della gestione rimanga totalmente a carico del concessionario, in quanto, a fronte di costi certi, la redditività del servizio resta essenzialmente aleatoria, essendo collegata alla locazione futura ed alla conseguente redditività degli spazi pubblicitari.

(10) Cfr. Fracchia, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. Amm.*, 1993, 3, 390 s., il quale sottolinea altresì che al privato è preclusa ogni valutazione dell'interesse pubblico, riservata invece all'amministrazione in sede di predisposizione del programma di attività e di affidamento della concessione.

Egli semplicemente, pur se confortato da una diminuzione del rischio ovvero da compensazioni pubbliche, giustificate da maggiori vincoli alla sua attività, persegue il proprio interesse di lucro ed attua, in via mediata, l'interesse generale già ponderato dall'amministrazione, attraverso la miglior gestione del servizio a condizioni predefinite.

(11) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° agosto 2007, n. 4270, cit.

(12) Cfr. Corte Giust., 24 settembre 1998, causa C-79/97, *Togel c. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, in questa *Rivista*, 1999, 221 ss., con commento di Protto. Cfr. altresì Alessio, *Concessioni ed appalto di servizi: alla ricerca delle differenze perdute*, in *Diritto & Giustizia*, 2004, 36, 76, il quale sottolinea che proprio al fine di non cadere in una facile "trappola argomentativa", la giurisprudenza introduce il correttivo dell'efficacia diretta o "scopo diretto": se l'attività del privato è indirizzata primariamente a fornire utilità alla collettività, si ha concessione; viceversa, se l'attività è diretta prioritariamente in favore della pubblica amministrazione, si ha appalto. Invero, ciò che deve essere ben chiaro è che ricadute di utilità, in termini di effetti indiretti, si producono in ogni caso, per cui l'attenzione va concentrata sugli effetti diretti. Fra l'altro, la giurisprudenza ben evidenzia che la prestazione dell'appaltatore (al contrario di quella del concessionario) è destinata al funzionamento interno della macchina operativa della pubblica amministrazione, segnalando, in tal modo, un ulteriore sub profilo di indagine e di distinzione: nell'appalto di servizi, la prestazione è connessa all'organizzazione dell'ente pubblico. Volendo esemplificare, la prestazione, consistente nella pulizia dei locali municipali, è direttamente connessa alla struttura organizzativa dell'ente ed alle sue esigenze: avere i locali puliti, quale strumento indispensabile per l'espletamento dei propri compiti. Solo sullo sfondo, è possibile intravedere una forma di utilità per i cittadini: l'utilità primaria (la pulizia) è infatti in favore dell'amministrazione.

(13) Cfr. Fracchia, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, cit., 383 ss.; cfr. altresì Scoca, *La concessione come stru-*

Consiglio di Stato (14), i quali, in una differente ottica ricostruttiva, ritengono che le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguano dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata dai tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato.

Solo quando l'operatore si assume i rischi della gestione del servizio (15), rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di ca-

none o tariffa, si è nell'ambito della concessione (16). È dunque la modalità di remunerazione, inscindibilmente connessa all'alea della prestazione del servizio, il tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto (17).

Sotto questo profilo, infatti, le istituzioni comunitarie (18) si erano già rese ben conto che la tradizionale nozione di concessione, basata sul solo elemento della gestione del servizio come controprestazione (da sola o accompagnata da un prezzo) non si era rivelata convincente, consentendo elusioni nell'applicazione dell'istituto concessorio da parte dei singoli Stati membri.

Si era pertanto premurata di identificare nel rischio di gestione di tipo finanziario quel preciso e netto criterio distintivo tra concessioni ed appalti (19), facendolo assurgere a parametro di riferi-

mento di gestione dei servizi pubblici, in *La concessione di servizi pubblici* (a cura di Roversi - Monaco), Atti della giornata di studio organizzata dall'Università di Bologna, Scuola di Specializzazione in diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, in collaborazione con ANIG, Rimini, 1988, 33 ss.

(14) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 1309, in tema di trasporto pubblico urbano.

(15) Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 4 agosto 2004, n. 3242, in questa *Rivista*, 2005, 211 ss., nella cui sentenza si sottolinea come, in conformità alle interpretazioni rese dalla Commissione europea nella comunicazione interpretativa dell'aprile 2000, condivise dalla giurisprudenza amministrativa, sia da configurare come concessione di servizi pubblici e non appalto di servizi l'affidamento, da parte di un comune, della fornitura e della gestione di manufatti di arredo urbano ed impianti pubblicitari, ove l'impresa affidataria non riceva alcun importo per tale attività, ma, al contrario, versi un canone annuo all'amministrazione, assumendosi così il "rischio economico" nel senso che la sua remunerazione dipenda strettamente dai proventi che può trarre dalla gestione degli spazi pubblicitari. A riprova del fatto che si tratti di un pubblico servizio può porsi la constatazione che, in mancanza di tale concessione, la presenza degli impianti oggetto dell'affidamento avrebbe dovuto comunque essere garantita direttamente dall'amministrazione comunale. Come evidenzia correttamente Leggiadro, *La concessione di servizio pubblico e l'obbligo della gara secondo il diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2005, 214 ss., «le considerazioni del TAR Lombardia sulla natura del rapporto tra amministrazione comunale ed impresa, ed in particolare sulla differenza tra l'appalto e la concessione, riprendono, pressoché *in toto*, le indicazioni fornite dalla Commissione nella comunicazione interpretativa sulle concessioni di diritto comunitario. Sulla scorta di tale atto, dotato di intrinseca "forza", paragonabile ad un'autonoma fonte di diritto comunitario, il suddetto rapporto viene inquadrato nello schema della concessione, vale a dire in un contratto che conferisce il "diritto di gestione" del servizio affidato e che consente al concessionario di sfruttare economicamente detto servizio per un determinato periodo di tempo. Peraltro, nella concessione, come sottolinea anche il TAR nella sentenza in esame, non si trasferisce solo la gestione del servizio, ma anche l'alea che è ad essa connessa. Il concessionario si deve infatti assumere il "rischio economico", nel senso che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi, che può trarre dalla funzione del servizio stesso; al contrario, qualora tale onere economico gravasse sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice, si sarebbe in presenza di

un mero appalto».

(16) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368, in *Diritto & Giustizia*, 2006, 1, 96, in cui si evidenzia che, mentre nell'appalto di servizi è l'amministrazione che paga l'aggiudicatario per la prestazione di un servizio reso in suo favore, nella concessione di servizi i rischi di gestione del servizio ricadono sull'aggiudicatario, il quale si assume la responsabilità di gestione, paga la pubblica amministrazione e si rifà sull'utente (il caso di specie riguardava l'affidamento di un servizio di segnaletica all'interno di una Zona industriale e Porto fluviale di un comune del Veneto).

(17) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, cit., secondo la quale un servizio pubblico di linea si dovrebbe considerare un appalto di servizi quando, come talvolta accade, ad esempio nel caso di un servizio di scuolabus, il suo onere sia totalmente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione, ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti dell'operatore del servizio, allora si verterebbe in ambito concessorio.

(18) Cfr. *Comunicazione interpretativa* 12 aprile 2000 della Commissione CE, in *GUCE* 29 aprile 2000, n. C-121, a tenore della quale, "il criterio del diritto di gestione permette di individuare alcuni elementi caratteristici per distinguere la concessione di lavori dall'appalto pubblico. Anzitutto, il diritto di gestione consente al concessionario di percepire proventi dall'utente (ad esempio, in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo. La durata della concessione rappresenta, pertanto, un elemento importante nella remunerazione del concessionario. Quest'ultimo non è quindi direttamente remunerato dall'autorità aggiudicatrice, ma ottiene da questa il diritto di percepire i proventi derivanti dall'uso dell'opera realizzata. Il diritto di gestione implica anche il trasferimento della responsabilità di gestione. Tale responsabilità investe, al tempo stesso, gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'opera. Spetta pertanto al concessionario, ad esempio, effettuare gli investimenti necessari perché l'opera possa utilmente essere messa a disposizione degli utenti e sopportarne l'onere di ammortamento. Inoltre, il concessionario assume non soltanto i rischi inerenti ad una qualsiasi attività di costruzione, ma dovrà altresì sopportare quelli connessi alla gestione ed all'uso abituale dell'impianti".

(19) Cfr. Leggiadro, *La concessione di servizio pubblico e l'obbligo della gara secondo il diritto comunitario*, in questa *Rivista*, cit., che correttamente individua la nozione di "concessione" in ambito comunitario, definendola "una delle possibili forme di partenariato pubblico-privato, ove quest'ultimo assume

mento per orientarsi correttamente sul tema. In altri termini, la concessione cessa di essere tale quando, anche in corso di rapporto, viene meno l'alea connessa all'esecuzione del rapporto concessorio (20).

Il contratto misto

L'Adunanza Plenaria, nella sentenza in commento, prende altresì in esame un'ulteriore questione, di indubbia rilevanza sia teorica che pratica: la fattispecie del contratto misto. Più segnatamente, il supremo consesso afferma che non costituisce ostacolo alla qualificazione della procedura in esame quale concessione di servizi, la circostanza che il concessionario prescelto, in conformità al programma di *housing*, debba realizzare anche una parte cospicua di lavori.

L'impostazione seguita risulta perfettamente in linea con i principi affermati a livello comunitario, in forza dei quali risulta prevalente l'elemento funzionale e costituisce un semplice criterio sussidiario quello della prevalenza quantitativa del tipo di prestazione dedotta in contratto.

In altri termini, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori. Solo quando la gestione del servizio risulta preordinata alla costruzione delle opere è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici. Per contro, l'inserimento dei lavori all'interno di un programma com-

plesso, rivolto alla gestione di servizi, tesi a soddisfare esigenze primarie di notevole rilievo sociale ed economico (il disagio abitativo delle fasce deboli di popolazione) porta a concludere che siano i lavori a collocarsi su un piano di obiettiva accessibilità o sussidiarietà rispetto alla gestione delle strutture al servizio della collettività (21).

La suddetta impostazione trova puntuale riscontro nei principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, che viene puntualmente richiamata (22).

Per ricondurre le singole ipotesi ad uno o all'altro tipo di contratto si deve partire dalla tipologia della prestazione, potendo anche avvenire che le singole fattispecie siano caratterizzate dalla compresenza di più oggetti (per esempio delle forniture miste a servizi, oppure a lavori, oppure ancora qualsiasi combinazione che si possa immaginare fra queste tre categorie merceologiche). Al fine di classificare correttamente le singole fattispecie, inserendole nella giusta casella contrattuale, bisogna fare riferimento, in prima battuta, alla direttiva n. 2004/18/CE, la quale, come già le precedenti fonti comunitarie, si rifa ai due classici criteri orientativi dell'oggetto principale del contratto (rispetto al quale le ulteriori prestazioni risultano accessorie, denominato, proprio per questo, anche "criterio dell'accessorietà"), ed a quello del valore economico prevalente della prestazione (23).

Detti parametri, imposti dall'Unione Europea, sono stati recepiti dal nostro legislatore nell'art. 14 del codice dei contratti (24), il quale si disinteres-

la veste di finanziatore e realizzatore di un'opera o di un servizio di interesse per la collettività, a fronte del diritto di gestire detta opera o servizio attraverso, di norma, la percezione dai singoli utenti fruitori di un *fee* determinato in base al piano finanziario che sorregge l'operazione ovvero in virtù di un meccanismo di gestione, previsto nella concessione con il soggetto concedente. È quindi connaturato a questo modo di intendere la concessione l'esistenza del rischio economico (inteso in senso finanziario) in capo al concessionario. Ad esempio, non potrà aversi concessione, ma solo appalto, in tutti i casi nei quali il concessionario (*rectius*: l'appaltatore) sia al riparo dagli effetti di un'errata valutazione dell'investimento e possa, senza particolari oneri, riequilibrare eventuali scostamenti con un sistema remunerativo che addossi tutti i rischi economici sulla pubblica amministrazione. In questo caso, spiega la Commissione, e forse non ce ne sarebbe stato bisogno, quello che formalmente appare come una controprestazione in forma di gestione, diviene una modalità come un'altra per saldare il corrispettivo dell'appalto. In buona sostanza, alla domanda su quale sia il decisivo tratto distintivo tra appalto e concessione, la Commissione risponde: il modello di remunerazione della prestazione, basato, nella concessione, sul rischio economico-finanziario della gestione".

(20) Cfr. Corte Giust., sez. III, 13 novembre 2008, n. 437, causa C-437/07, *Commissione CE c/ Repubblica italiana*, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 11, 2904, che sottolinea come si sia in presenza di una concessione di servizi, allorché le modalità di

remunerazione per la realizzazione dell'opera pubblica consistano nel diritto di sfruttare la prestazione realizzata ed implichino l'assunzione del rischio legato alla gestione del servizio. Il mancato trasferimento al prestatario dei rischi legati alla prestazione dei servizi indica che l'operazione costituisce un appalto e non una concessione. Conforme: Corte Giust., sez. III, 10 novembre 2009, n. 206, *Wazv Gotha*, in *Diritto & Giustizia*, 2009, con nota di Alesio.

(21) Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19, in *Foro Amm. CdS*, (II) 2013, 7-8, 1843, relativa alla concessione ravvisata tra appalto di servizi, accessori e strumentali rispetto ad una concessione di pubblico servizio, ritenuta prevalente. In questo caso, la correlazione, legata al nesso di strumentalità, è collegata alla tipologia contrattuale (appalto o concessione) più che al *genus* cui afferiscono le prestazioni (servizi o lavori).

(22) Cfr. Corte giust., 22 novembre 2001, C-310/01, in *www.iusexplorer.it*; 18 novembre 1999, C-107/98, in *www.iusexplorer.it*; 19 aprile 1994, C-331/92, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1994, 1258.

(23) Cfr. Cons. Stato, 10 marzo 2003, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 998, con nota di Perfetti.

(24) Con specifico riferimento al sistema in vigore sotto la legge Merloni, cfr. Greco, *Ambito oggettivo della legge quadro*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di Villata, Padova, 2004, 73 ss.; Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 95 ss.; Police, *La concessione di servizi pubblici: regole di concorrenza*

sa, peraltro totalmente, delle concessioni di servizi (25), che costituiscono invece, il punto focale della nostra analisi (26). A tale proposito, si sottolinea incidentalmente che l'elemento sintomatico del contratto di concessione è costituito dalla "gestione", che, tra l'altro, rappresenta proprio il principale criterio distintivo rispetto alla fattispecie dell'appalto. L'aspetto gestionale – e più segnatamente i proventi, attraverso i quali la costruzione dell'opera viene remunerata – fissa infatti il discrimine rispetto alla differente, ma, per molti versi, omologa categoria tipologica dell'appalto (27).

L'Adunanza Plenaria, nella sentenza in commento, prende altresì in esame un'ulteriore questione, di indubbia rilevanza sia teorica che pratica: la fattispecie del contratto misto. Più segnatamente, il supremo consesso afferma che non costituisce ostacolo alla qualificazione della procedura in esame quale concessione di servizi, la circostanza che il concessionario prescelto, in conformità al programma di *housing*, debba realizzare anche una parte cospicua di lavori.

L'impostazione seguita risulta perfettamente in linea con i principi affermati a livello comunitario, in forza dei quali risulta prevalente l'elemento funzionale e costituisce un semplice criterio sussidiario quello della prevalenza quantitativa del tipo di prestazione dedotta in contratto.

In altri termini, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori. Solo quando la gestione del servizio risulta preordinata alla costruzione delle opere è configurabile l'ipotesi della

concessione di lavori pubblici. Per contro, l'inserimento dei lavori all'interno di un programma complesso, rivolto alla gestione di servizi, tesi a soddisfare esigenze primarie di notevole rilievo sociale ed economico (il disagio abitativo delle fasce deboli di popolazione) porta a concludere che siano i lavori a collocarsi su un piano di obiettiva accessibilità o sussidiarietà rispetto alla gestione delle strutture al servizio della collettività (28).

La suddetta impostazione trova puntuale riscontro nei principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, che viene puntualmente richiamata (29).

Il principio di corrispondenza delle quote nei raggruppamenti

La sentenza in commento contiene poi una ricostruzione esegetica del principio di corrispondenza delle quote di partecipazione al raggruppamento di imprese rispetto alle quote di esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto.

Il punto di partenza del ragionamento prospettato dalla Plenaria è basato sulla novella (30) che ha modificato il testo del comma 13 dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163/2006. Anteriormente all'entrata in vigore della predetta modifica normativa, la giurisprudenza si era consolidata sulla scorta di una lettura unitaria della disposizione contenuta nel citato comma 13, correlata alla previsione del comma 4 dello stesso articolo 37, secondo il quale, nel caso di forniture o servizi, nell'offerta devono essere specificate le parti della fornitura o del servizio che verranno eseguite dai singoli operatori economici

e "privilegi" dell'amministrazione, in *Riv. Trim. App.*, 1995, 361 ss.; Piacentini, Donadeo, *L'appalto pubblico di lavori*, Torino, 2004, 59 ss.; Mensi, *Appalti, servizi pubblici e concessioni*, 223 ss.; Iudica, *Appalto pubblico e privato: problemi e giurisprudenza attuali*, Padova, 1997, 120 ss.

(25) Cfr. Raganelli, *Le concessioni di lavori e servizi*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 1985, *I contratti con la Pubblica amministrazione*, a cura di Franchini, 1011 ss., secondo la quale il terzo comma dell'art. 14 del nostro codice dei contratti introdurrebbe un ulteriore criterio distintivo non previsto a livello comunitario, quello della "mera accessibilità". In altri termini, l'oggetto principale del contratto deve intendersi costituito da lavori qualora l'importo di essi assuma un rilievo superiore al 50%, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi od alle forniture, costituenti l'oggetto principale del contratto. Secondo la citata autrice, il legislatore italiano avrebbe, con ciò, violato i dettami della disciplina comunitaria, mantenendo quale criterio principale quello della prevalenza economica. A tale proposito, pare opportuno rammentare come, in argomento, sia già intervenuta nei confronti dell'Italia una procedura d'infrazione comunitaria ex art. 226 del Trattato (la n. 2001/2182).

(26) Cfr. Urbani, Passeri, *Guida al codice dei contratti pubbli-*

ci, Torino, 2008, 361 ss.; Geninatti Saté, *Concessioni di lavori pubblici*, in *Le nuove leggi amministrative: codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 1290 ss.; Mastropasqua, *Concessioni di lavori pubblici*, in *Commento al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di De Lise, Torino, 2007, 331 ss.; Baldi, Tomei, *La disciplina dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 1246 ss.

(27) Cfr. art. 3, commi da 7 a 12, D.Lgs. n. 163/2006, in relazione al quale emerge chiaramente come l'elemento della gestione costituisca il dato normativo discriminante fra le fattispecie di appalto e quelle di concessione.

(28) Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19, cit., relativa alla connessione ravvisata tra appalto di servizi, accessori e strumentali rispetto ad una concessione di pubblico servizio, ritenuta prevalente. In questo caso, la correlazione, legata al nesso di strumentalità, è collegata alla tipologia contrattuale (appalto o concessione) più che al *genus* cui afferiscono le prestazioni (servizi o lavori).

(29) Cfr. Corte giust., 22 novembre 2001, C-310/01, cit; 18 novembre 1999, C-107/98, cit; 19 aprile 1994, C-331/92, cit.

(30) Cfr. art. 1, comma 2-bis, lett. a), del D.L. 6 luglio 2012 n. 95, introdotto, sotto forma di emendamento dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135.

raggruppati (31). La lettura che ne veniva data era pertanto basata sulla sostanziale corrispondenza fra quote di partecipazione all'ATI e quote di esecuzione delle prestazioni, costituendo la relativa dichiarazione da rendere in sede di gara un vero e proprio requisito di ammissione e non solo un obbligo da far valere in sede di esecuzione del contratto. A seguito della summenzionata modifica normativa, introdotta dalla novella del 2012, risulta sostanzialmente mutato il quadro unitario, faticosamente ricostruito in via esegetica dalla giurisprudenza: l'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione è stato circoscritto ai soli lavori. Per gli appalti di servizi e forniture rimane applicabile unicamente la norma sancita dal quarto comma dell'art. 37, che prescrive solo l'indicazione del servizio o della fornitura che ciascun membro del raggruppamento dovrà eseguire. Esaurita la ricostruzione del quadro normativo di riferimento, la conclusione cui perviene la Plenaria è che il dovere di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione in capo alle imprese raggruppate, sancito dall'art. 37, comma 13 D.Lgs. n. 163/2006, non esprime un principio generale del Trattato e della disciplina dei contratti, segnatamente a tutela del valore della trasparenza, poiché l'esigenza che soddisfa, pur meritevole di apprezzamento per scelta della legge, si esaurisce completamente all'interno della sfera di interessi della stazione appaltante, in funzione di esigenza di semplice correttezza dell'azione amministrativa, rendendo più agevoli gli accertamenti ed i controlli da parte del seggio di gara. Per questo motivo, il dovere di conformità delle quote, in forza del disposto dell'art. 30, comma 3, del codice dei contratti pubblici, non può trovare applicazione ad una selezione per la scelta del concessionario di un pubblico servizio. La modifica normativa del 2012 avvalorava la tesi poc'anzi esposta, confinando l'obbligo di conformità tra quote di partecipazione e quote di esecuzione al solo settore dei lavori, fa-

cendo venir meno la natura imperativa del precetto per quello dei servizi e delle forniture.

La lettura fornita dalla Plenaria, basata su una revisione critica del principio di corrispondenza delle quote, si pone sicuramente in linea con i capisaldi del diritto comunitario e, più segnatamente, con il Trattato dell'Unione. Nella sentenza in commento, infatti non solo si arriva ad escludere, nell'ambito dei servizi, la necessità di una simmetria tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione, ma anche quello della corrispondenza fra quote di esecuzione e requisiti di qualificazione (32). In effetti, secondo il ragionamento fornito dalla Plenaria, oltre all'inesistenza di una specifica norma interna che lo preveda, si pone in contrasto con i dettami dell'ordinamento comunitario, che si basa sui principi del *favor participationis* e della libertà di impresa, soprattutto in un settore, quale quello dei servizi (ma identiche considerazioni valgono per quello delle forniture), che non prevede, a livello legislativo o regolamentare, alcun particolare sistema di qualificazione. Invero, i contraenti, individuati dall'amministrazione in base all'affidabilità degli stessi, non avranno modo di inserirsi in un mercato "aperto", bensì in un mercato "ristretto", al quale potranno partecipare solo gli imprenditori dotati di requisiti tali da garantire alla committente un certo risultato (33). Per contro, nel nostro paese, nel solco di una tradizione che affonda le sue radici addirittura nella legislazione ottocentesca, si è sempre posto il centro dell'attenzione sull'affidabilità dell'appaltatore, relegando in secondo piano le condizioni economiche proposte dalle imprese concorrenti (34). E questo, in un settore come quello dei servizi o delle forniture, dove il livello tecnico di specializzazione del contraente conta molto meno rispetto al comparto dei lavori. Sembra pertanto ragionevole il nuovo corso inaugurato dalla Plenaria, che ha stemperato i requisiti di affidabilità del contraente, puntando invece sul *favor participationis* alle gare, che, insieme ai principi di non discriminazione,

(31) Cfr. R. Ricci, *Raggruppamenti temporanei di imprese: nessuna tipologia è esente dall'obbligo di indicazione, descrittiva o quantitativa, delle parti di servizio di pertinenza di ciascun operatore*, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 1, 79 ss.

(32) Perfetti, *Sulla necessità di distinguere tra principes sans texte e sans fondement. Considerazioni in merito a requisiti di qualificazione in associazioni o raggruppamenti e di esecuzione di lavori pubblici*, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 6, 2142 ss.

(33) Cfr., in tal senso, Balocco, *L'avvalimento nei contratti pubblici*, in *Collana Contratti pubblici*, 2009, Roma; in senso contrario, Zucchelli, *L'avvalimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, 2008, Milano, 1489 ss.

(34) In quest'ottica, l'obbligo di eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento trova la sua *ratio* nella necessità di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto, che in concreto eseguirà il servizio, non solo per una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, ma anche per una previa verifica sulla competenza tecnica dell'esecutore (Cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4753, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 9, 2513; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 15 gennaio 2013, n. 312, in *Foro Amm. TAR*, 2013, 1, 193).

trasparenza e proporzionalità, costituisce l'espressione massima di quella libera concorrenza, la quale si pone come cardine essenziale del Trattato e rappresenta l'essenza stessa dei paesi di matrice liberale e democratica (35).

Invero, il principio affermato dalla Plenaria nella sentenza in commento, basato sulla modifica normativa della novella del 2012, che ha astratto gli appalti di servizi dall'orbita precettiva dell'art. 37, comma 13, oltre che condiviso in dottrina (36), era già stato anticipato da una parte della giurisprudenza di merito, la quale era, a suo tempo, già pervenuta all'analoga conclusione, secondo cui negli appalti di servizi non è affatto prescritta la corrispondenza tra le parti di qualificazione e le parti di esecuzione (37).

La tesi poc'anzi enunciata era infatti presente in giurisprudenza, seppure in misura decisamente minoritaria, anche prima della modifica normativa

intervenuta nel 2012. L'impostazione dogmatica, basata sui principi comunitari, aveva spinto alcuni Tribunali ad affermare che il principio di corrispondenza sostanziale, da tempo affermato in materia di lavori, non è estensibile agli appalti di servizi (per i quali, come è noto, il nostro ordinamento non contempla un rigido sistema normativo di qualificazione dei soggetti esecutori) in cui è riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici una più ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti di capacità tecnica e nella correlazione di questi con l'istituto del raggruppamento di imprese (38).

Il nuovo corso, inaugurato dalla Plenaria, risulta pertanto particolarmente apprezzabile, ponendosi in perfetta sintonia con i principi comunitari che ruotano intorno alla libera concorrenza, quale caposaldo di ogni moderno ordinamento, che si professa democratico e liberale.

(35) Cfr. Balocco, *L'estensione al settore dei servizi del principio di corrispondenza delle quote*, in questa *Rivista*, 2010, 7, 851 ss.

(36) Cfr. C. Orsoni, *Il principio di corrispondenza tra quote nell'ambito di un RTI di tipo orizzontale*, in questa *Rivista*, 2011, 5, 501 ss.

(37) Cfr. T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 7 giugno 2013, n. 888, in *Foro Amm. TAR*, 2013, 6, 1879.

(38) Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 9 ottobre 2009, n. 9861, in *Foro Amm. TAR*, 2009, 10, 2837; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III, 27 febbraio 2009, n. 423, in *Foro Amm. TAR*, 2009, 2, 580.

Offerte anomale

Verifica dell'anomalia delle offerte e limiti del sindacato giurisdizionale

CONSIGLIO DI STATO, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 162 – Pres. Torsello – Est. Gaviano – Sodexo Italia s.p.a. c. Comunità Montana dell'Evançon e nei confronti di Capas Società Cooperativa a r.l.

La verifica della congruità di un'offerta ha natura globale e sintetica, vertendo sull'attendibilità della medesima nel suo insieme, e quindi sulla sua idoneità a fondare un serio affidamento sulla corretta esecuzione dell'appalto.

Il giudizio di anomalia postula una motivazione rigorosa ed analitica ove si concluda in senso sfavorevole all'offerente, mentre non si richiede, di contro, una motivazione analitica nell'ipotesi di esito positivo della verifica di anomalia, nel qual caso è sufficiente motivare *per relationem* con riferimento alle giustificazioni presentate dal ricorrente.

Il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia delle offerte sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità della relativa istruttoria, ma non può operare autonomamente la stessa verifica senza con ciò stesso invadere la sfera propria della discrezionalità della pubblica Amministrazione.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1090; Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8148; Cons. Stato, sez. VI, 3 novembre 2010, n. 7759; T.A.R. Napoli, 10 ottobre 2013, n. 4532
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in materia

Diritto

L'appello è infondato.

1. Il primo giudice ha opportunamente anteposto alla disamina degli specifici rilievi della Sodexo un richiamo ai principi di elaborazione giurisprudenziale in tema di sindacato sulla verifica di anomalia delle offerte. Da un lato, quello per cui la verifica della congruità di un'offerta ha natura globale e sintetica, vertendo sull'attendibilità della medesima nel suo insieme, e quindi sulla sua idoneità a fondare un serio affidamento sulla corretta esecuzione dell'appalto, onde il relativo giudizio non ha per oggetto la ricerca di singole inesattezze dell'offerta economica; dall'altro, quello che il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia delle offerte sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità della relativa istruttoria, ma non può operare autonomamente la stessa verifica senza con ciò stesso invadere la sfera propria della discrezionalità della pubblica Amministrazione.

In maniera più articolata, le principali acquisizioni giurisprudenziali che connotano il sindacato giudiziale attivabile in questa materia possono essere così sintetizzate. Nelle procedure per l'aggiudicazione di appalti pubblici, l'esame delle giustificazioni presentate dal soggetto che è tenuto a dimostrare la non anomalia dell'offerta è vicenda che rientra nella discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, per cui soltanto in caso di macroscopiche illogicità, vale a dire di errori di valutazione evidenti e gravi, oppure di valutazioni abnormi o affette da errori di fatto, il giudice di legittimità può intervenire, restando per il resto la capacità di giudizio confinata entro i limiti dell'apprezzamento tecnico proprio di tale tipo di discrezionalità (Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36; V, 26 settembre 2013, n. 4761; 18 agosto 2010, n. 5848; 23 novembre 2010, n. 8148; 22 febbraio 2011, n. 1090).

La giurisprudenza è, altresì, saldamente orientata nel senso che, nel caso di ricorso proposto avverso il giudizio di anomalia dell'offerta presentata in una pubblica gara, il giudice amministrativo possa sindacare le valu-

tazioni compiute dall'Amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, mentre non possa invece operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio – non erroneo né illogico – formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, il giudice invaderebbe una sfera propria della p.a. (Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3862; V, 28 ottobre 2010, n. 7631).

È ormai acquisito anche l'ulteriore punto per cui il giudizio di anomalia postula una motivazione rigorosa ed analitica ove si concluda in senso sfavorevole all'offerente, mentre non si richiede, di contro, una motivazione analitica nell'ipotesi di esito positivo della verifica di anomalia, nel qual caso è sufficiente motivare *per relationem* con riferimento alle giustificazioni presentate dal concorrente (sempre che a loro volta adeguate). Di conseguenza, in questa seconda evenienza incombe su chi contesti l'aggiudicazione l'onere di individuare gli specifici elementi da cui il giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico-discrezionale dell'Amministrazione sia stata manifestamente irragionevole, ovvero basata su fatti erronei o travisati (VI, 3 novembre 2010, n. 7759; V, 22 febbraio 2011, n. 1090; 23 novembre 2010, n. 8148).

Viene precisato, infine, che il giudizio di verifica della congruità di un'offerta potenzialmente anomala ha natura globale e sintetica, vertendo sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme. L'attendibilità dell'offerta va, cioè, valutata nel suo complesso, e non con riferimento alle singole voci di prezzo ritenute incongrue, avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme (Ad. Plen. n. 36/2012 cit.; V, 14 giugno 2013, n. 3314; 1° ottobre 2010, n. 7262; 11 marzo 2010 n. 1414; IV, 22 marzo 2013, n. 1633; III, 14 febbraio 2012, n. 710): questo ferma restando la possibile rilevanza del giudizio di inattendibilità che dovesse investire voci che, per la loro importanza ed incidenza complessiva, renderebbero l'intera operazione economica implausibile e, per l'effetto, insuscettibile di accettazione da parte dell'Amministrazione, in quanto insidiata da indici strutturali di carente affidabilità (V, 15 novembre 2012, n. 5703; 28 ottobre 2010, n. 7631).

I principi appena ricordati conducono linearmente alla reiezione delle doglianze di parte ricorrente.

2a. Con il primo motivo dell'originario ricorso, riproposto in questa sede, si è assunto che l'offerta economica aggiudicataria avrebbe dovuto essere giudicata anomala per il fatto che la Capas aveva omissa di indicare e quantificare, nelle giustificazioni presentate in seno al procedimento di verifica della stessa offerta, la voce relativa alle "spese generali".

2b. Il Tribunale ha però ritenuto che la mancata indicazione delle spese generali non costituisse, nel caso concreto, un elemento idoneo ad inficiare la valutazione della Commissione di complessiva attendibilità dell'offerta dell'aggiudicataria, facendo notare:

- che la società aveva dettagliatamente indicato in sede di giustificazione tutti gli elementi di costo dell'offerta praticata, con riferimento sia al costo del personale che al costo di gestione;

- che le limitate dimensioni dell'aggiudicataria facevano ragionevolmente presumere un'incidenza modesta delle spese generali;

- che i costi relativi all'affitto del centro di cottura sarebbero stati in concreto insussistenti, poiché la Comunità montana avrebbe concesso all'appaltatore in comodato d'uso gratuito un centro di cottura nuovo, funzionante e completo;

- che l'assenza di riferimenti agli eventuali costi di stipulazione del contratto, agli oneri finanziari per la costituzione delle prescritte garanzie e alle spese di gestione amministrativa del servizio era comunque compensata dalla sovrastima di altre voci di costo: in particolare di quella relativa alla manutenzione ordinaria, quantificata dall'aggiudicataria in euro 4.000 di costo per anno, onere che però la stessa società ben difficilmente avrebbe dovuto sostenere, tenuto conto della garanzia di 48 mesi che assisteva il centro di cottura e le sue attrezzature; ma lo stesso costo del personale era stato quantificato dall'aggiudicataria secondo criteri prudenziali, garantendo il margine economico per eventuali sostituzioni e imprevisti.

2c. Ciò posto, osserva la Sezione che l'impostazione seguita dal primo Giudice è pienamente coerente con gli orientamenti giurisprudenziali esposti in premessa.

Come si è visto, l'attendibilità dell'offerta economica deve essere valutata nel suo complesso, e non già con riferimento alle singole voci, avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta nel suo insieme, potendosi unicamente ammettere la possibile rilevanza di voci che, per la loro incidenza complessiva, renderebbero implausibile l'intera operazione economica.

Il Tribunale si è puntualmente attenuto a questi criteri, fornendo un'illustrazione lineare, coerente e globalmente persuasiva delle ragioni che deponevano per la modestia dell'incidenza della voce omissa sugli equilibri economici dell'offerta nel suo insieme, venendo in rilievo una cooperativa di dimensioni contenute operante nel settore dei servizi, e per la ragionevole compensabilità della voce stessa con altre riflettenti oneri che, per converso, Capas aveva sovrastimato.

2d. Né ha pregio la critica al primo Giudice di avere contravvenuto all'art. 34 c.p.a. pronunciandosi su poteri amministrativi non ancora esercitati, per essere andato al di là delle giustificazioni dell'offerta che la concorrente aveva fornito nel corso del procedimento.

Il TAR, lungi dal sovrapporre il proprio giudizio tecnico a quello dell'Amministrazione, ha fatto semmai fondamentalmente notare che non constava una particolare incidenza della voce formalmente omissa sull'offerta nel suo insieme.

Va poi rammentato che l'aggiudicataria nel corso del procedimento, con le sue controdeduzioni del 30 maggio 2012, aveva definito come sovrastimate ("prudenzialmente quantificate per eccesso"), praticamente, tutte le voci di costo da essa esposte. Sicché il giudice locale

ben poteva appuntare esemplificativamente la propria riflessione su una o più di esse (anche sulla scia delle conferenti controdeduzioni difensive) per saggiare l'allegata sovrastima, senza con ciò incorrere in un travalicamento dei confini del proprio sindacato.

2e. In ordine alla possibilità di operare compensazioni avvalendosi delle voci di costo sottostimate, va poi aggiunto: che nella seduta del 4 giugno 2012 la Commissione aveva inizialmente espresso riserve sulla genericità delle dichiarazioni della CAPAS sul prudenziale incremento da essa applicato ad alcune previsioni di costo; che in sede di audizione il rappresentante della Cooperativa aveva tuttavia avuto modo di specificare e motivare le proprie affermazioni, facendo un riferimento stavolta preciso alle voci di costo del personale, delle derivate alimentari e degli oneri per le utenze (vale a dire, alle principali voci gravanti sulla Cooperativa); che, infine, le puntuali giustificazioni così motivate erano state giudicate dalla Commissione, all'esito dell'audizione, "esaustive in ogni parte".

Da qui, nella valutazione debitamente unitaria dell'Amministrazione, la conferma della presumibile disponibilità di un consistente margine per le compensazioni che sarebbero potute occorrere (margine che, va rilevato, conserverebbe in via di principio la propria capienza complessiva anche ove la singola voce di 4.000 euro annui rubricata "Manutenzione impianti", voce cui l'impresa non aveva del resto fatto specifici richiami, venisse riferita, come pretenderebbe l'appellante, oltre che alle attrezzature coperte da garanzia, anche alla manutenzione ordinaria dei locali interessati).

2f. La Sezione deve osservare, infine, che le approfondite contestazioni svolte dalla ricorrente, per quanto attente nel porre in luce le formali manchevolezze imputabili alla lista delle componenti di costo sottostanti all'offerta in scrutinio, non sono state altrettanto stringenti nel lumeggiare l'incidenza della voce omessa sull'offerta nel suo insieme (tenuto anche conto che una compressione del margine di utile non riveste, per una società cooperativa, la stessa criticità che avrebbe per un ente lucrativo).

Sicché, in definitiva, le organiche valutazioni del primo giudice resistono, nella necessaria valutazione di sintesi sulla sostenibilità dell'offerta, alle censure di parte.

3. Il secondo mezzo di prime cure verte sul numero di addetti previsto dall'aggiudicataria.

3a. Nella sintesi del mezzo operata dal primo giudice, la valutazione di non anomalia dell'offerta sarebbe stata da censurare, secondo Sodexo, per avere l'appellata «previsto un numero di addetti (4) inidoneo a garantire lo svolgimento del servizio, salvo poi mutare successivamente tale numero di addetti, durante la seduta di verifica dell'anomalia, con l'impegno a garantire, nella fase iniziale di avvio del servizio, la presenza di "altre quattro persone": con ciò non solo confermando l'inidoneità del numero di addetti indicato in offerta, ma modificando i termini dell'offerta stessa in sede di verifica dell'anomalia, in violazione di consolidati principi giurisprudenziali; inoltre, l'inidoneità di soli quattro addetti a gestire il servizio sarebbe confermata dalla stessa ditta for-

nitrice del centro cottura, la quale, rispondendo ad uno specifico quesito della ricorrente, avrebbe affermato che per produrre 260 pasti al giorno necessiterebbero almeno 8 addetti; infine, la ditta aggiudicataria avrebbe omesso di indicare l'incidenza economica degli ulteriori quattro addetti (pari a circa euro 15.984,00 applicando le tabelle ministeriali); se l'avesse fatto, l'utile d'impresa indicato in offerta (circa euro 20.000,00) si sarebbe ridotto ad un valore meramente simbolico e non remunerativo».

3b. In merito alla censura il Tribunale ha premesso che la legge di gara non fissava un numero minimo di addetti al centro cottura, limitandosi a prescrivere che il servizio fosse gestito dall'appaltatore con "personale in numero sufficiente"; ed ha aggiunto che il relativo dato rilevava, ai sensi dell'art. 12 del disciplinare, ai fini dell'attribuzione del punteggio relativo al momento della "composizione del *team* proposto per lo svolgimento del servizio", aspetto in relazione al quale l'aggiudicataria aveva indicato 4 addetti e conseguito complessivamente 12,5 punti, sul massimo di 15 previsti.

Il TAR ha poi osservato che i dubbi sollevati a tutta prima dalla Commissione circa la sufficienza di (soli) quattro addetti a gestire il servizio erano stati superati dai chiarimenti forniti dall'interessata in sede di verifica di anomalia, "alla luce delle caratteristiche tecniche del centro cottura (tecnologicamente avanzato), delle competenze professionali del *team* proposto e della natura del servizio appaltato (relativamente semplice, contemplando solo la preparazione dei pasti, non anche la consegna ed il trasporto degli stessi) e all'organizzazione dello stesso (incentrato su un unico centro di cottura, più agevole da gestire anche con poco personale in luogo di più centri di cottura sparsi sul territorio)".

Quanto all'affermazione del rappresentante dell'aggiudicataria, in sede di giustificazioni, che i quattro addetti in fase di avvio della gestione sarebbero stati affiancati da altre quattro persone, è stato escluso che ciò integrasse una modifica dell'offerta di gara, in quanto quest'ultimo era un dispositivo meramente contingente inteso soltanto a "seguire le prime fasi cruciali e apportare eventuali aggiustamenti" (la controinteressata aveva del resto documentato in giudizio che sin dall'inizio, in concreto, il proprio servizio era stato svolto da quattro addetti).

3c. A conferma delle osservazioni del TAR, anche per questo aspetto diffuse e puntuali, la Sezione desidera osservare che l'assunto della pretesa inadeguatezza del numero di addetti (quattro) che l'aggiudicataria si era impegnata ad offrire è rimasto privo di sufficienti riscontri. Non guasta ricordare, in proposito, che la "composizione del *team* proposto" era stata scrutinata favorevolmente dalla Commissione, pur con l'accennata riserva, in occasione del giudizio da essa espresso sull'offerta tecnica di cui si tratta. E che la stessa Commissione, nella sua discrezionalità, aveva ritenuto che i propri iniziali dubbi sulla sufficienza di quattro addetti alla gestione del servizio fossero stati superati dai motivati chiarimenti conclusivi dell'interessata.

Né l'onere dimostrativo dell'inidoneità del numero di addetti proposto può ritenersi assolto mediante la email della società costruttrice del centro cottura che la ricorrente aveva dapprima suscitato, e indi versato in atti. A parte l'incerta riferibilità di tale comunicazione alle condizioni di bassa produttività proprie dell'affidamento per cui è causa, riferibilità che la ricorrente è riuscita solo in parte a dimostrare (essendo rimasto comunque incerto che la risposta della società costruttrice fosse stata realmente calibrata sui dati esposti nella domanda indirizzata), tale comunicazione non può essere reputata sufficiente alla dimostrazione cui Sodexo tendeva anche in considerazione della sua apoditticità (dopo tutto, la dichiarante forniva centri cottura, ma non li gestiva) e del suo essere una mera produzione di parte. A ragione, inoltre, il TAR ha escluso che la ricorrente potesse giovare dell'affermazione del rappresentante dell'aggiudicataria che i quattro addetti, in fase di avvio della gestione, sarebbero stati affiancati da altre quattro persone.

Il senso di questa affermazione, quale emerge con sufficiente chiarezza dall'esame degli atti, non è quello attribuito dalla ricorrente. Una dichiarazione siffatta, per un verso, non deponeva affatto per l'insufficienza della consistenza di risorse umane offerta a tempo debito; per altro verso, non integrava una modifica dell'offerta di gara.

Le presenze ulteriori preannunciate, si noti, solo per "seguire le prime fasi cruciali e apportare eventuali aggiustamenti", non avevano la funzione di affiancare un numero in ipotesi deficitario di risorse, cooperando con loro all'esecuzione del contratto, ma avrebbero agito su un piano ben diverso: servivano a monitorare, al banco di prova dei fatti, l'avvio delle attività di esecuzione contrattuale, per tarare e mettere subito a punto la metodica organizzativa, con gli "aggiustamenti" del caso.

L'indicazione di cui si tratta, con la sua indeterminatezza, non configurava, perciò, nemmeno un'integrazione vincolante dell'offerta, ma esprimeva solo un gesto di rassicurazione da parte della Cooperativa, per dimostrare alla controparte pubblica la propria attenzione per le esigenze di una sollecita ed ottimale organizzazione del nuovo servizio, mediante il pacchetto di risorse a suo tempo offerto.

Anche questo profilo si conferma, dunque, infondato. Quanto, infine, alle deduzioni svolte dall'appellante, in memoria, sulla scorta della perizia del rag. S. del 18 novembre 2013, nel senso che sarebbe esistita un'incongruenza tra il numero di addetti offerto (quattro unità) ed il numero di addetti che sarebbe stato invece necessario per coprire tutti i loro turni (sei unità), la difesa dell'Amministrazione ha fondatamente eccepito la inammissibilità tanto della censura quanto del nuovo mezzo di prova per violazione del divieto di nova in appello confermato dall'art. 104 c.p.a. L'addebito a Capas di non avere mai tenuto conto dei turni di lavoro per le proprie quattro unità quotidianamente impiegate integrava, infatti, una ragione specifica a sé stante di potenziale insostenibilità dell'offerta, che però non era stata ritualmente introdotta nel primo grado di giudizio (e

nemmeno all'atto della proposizione del presente appello).

4. La decisione in scrutinio merita conferma anche nella parte in cui ha disatteso le critiche svolte dalla Sodexo in sede di motivi aggiunti.

4a. Con il primo di questi era stato lamentato (sempre nella sintesi del TAR) «che la società aggiudicataria non avesse valorizzato nella propria offerta economica i costi di alcune figure apicali della propria "pianta organica" previste nell'offerta tecnica, e precisamente: il Responsabile d'Area, il Responsabile dell'azienda alimentare, il Responsabile del Sistema Qualità e il responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione». Con la precisazione aggiuntiva che "tali costi, comunque non inferiori ad euro 9.842,04, se indicati, avrebbero saturato o comunque ridotto a valori simbolici l'utile economico (utile residuo euro 2.517,91)".

4b. Il mezzo è stato superato dal TAR con l'ausilio delle seguenti argomentazioni.

"I compiti assegnati al Responsabile d'Area appaiono concentrati solo nella fase di *startup* del servizio, mentre nella fase successiva a tale figura è richiesta una mera reperibilità telefonica. Il monte ore annuo (156 ore) considerato nell'offerta tecnica della controinteressata appare ragionevole in relazione ai compiti limitati assegnati a tale figura, e un'ipotetica valorizzazione avrebbe inciso in misura non significativa sul valore dell'offerta, essendo comunque compensata dalle citate sovrastime dei costi del personale.

Le figure del Responsabile dell'azienda alimentare e del Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione coincidono, nel caso di specie, con il dirigente della cooperativa aggiudicataria. Non appare irragionevole ritenere che le relative mansioni non siano oggetto di una remunerazione distinta da quella connessa alla qualifica dirigenziale dell'interessato".

4c. Osserva la Sezione che il mezzo, che costituisce in pratica uno sviluppo del primo motivo di ricorso, va superato per le stesse ragioni già illustrate al paragr. 2c ss. È la stessa appellante a precisare che i costi delle figure apicali sopra indicate sarebbero dovuti rientrare nel novero delle "spese generali" (memoria del 26 novembre 2013, pag. 12). Tanto premesso, anche in relazione a questa più specifica prospettazione del tema riguardante queste ultime, la Sezione non può che ribadire l'obiezione di fondo che non risulta che una ipotetica "valorizzazione" dei relativi oneri avrebbe potuto incidere in misura decisiva sul valore dell'offerta, specialmente in considerazione della possibilità di operare delle compensazioni attraverso le plurime voci di spesa sovrastimate delle quali si è detto.

5. Il secondo motivo aggiunto verteva, infine, sulla presenza, nell'offerta avversaria, di figure di volontari. Si lamentava, cioè, che la concorrente «avesse previsto nella propria offerta tecnica che talune prestazioni proprie del servizio affidato, incluse quelle relative alla preparazione dei pasti e alla sanificazione del centro cottura, sarebbero state svolte anche da volontari non retribuiti, con ciò violando sia l'art. 25 del c.s.a. (concernente l'obbligo di gestire il servizio con "proprio perso-

nale, professionalmente qualificato e costantemente aggiornato e addestrato"), sia la L. 266/1991 sulle attività di volontariato».

5. Il primo Giudice ha fatto però notare, in proposito:

- che era stato proprio il disciplinare di gara ad ammettere il possibile impiego di volontari, in aggiunta al lavoro degli operatori professionali, vedendo in ciò un possibile "arricchimento del progetto";

- che l'aggiudicataria aveva previsto, sì, la possibilità di avvalersi di personale volontario ad integrazione del personale retribuito stabilmente assunto, ma in sede di valutazione per tale voce dell'offerta aveva conseguito zero punti;

- che, pertanto, il profilo dell'offerta colpito dalla doglianza non aveva avuto alcuna incidenza sulla valutazione dell'offerta aggiudicataria, né perciò sull'esito della gara.

Ed è sulla scorta di tali lineari considerazioni che la censura è finita disattesa.

5b. Ora, parte ricorrente torna qui a dolersi che i volontari avrebbero inammissibilmente svolto presso l'aggiudicataria le principali attività inerenti al servizio; lamenta, inoltre, che al giudice di prime cure sarebbe sfuggita la sua censura sulla violazione della L. n. 266/1991 cui avrebbe dato luogo l'impiego di volontari da parte dell'avversaria.

Il fatto è, però, che la prima, apodittica doglianza è rimasta priva di dimostrazione. Non è infatti lecito desu-

mere, dalle generiche indicazioni che i volontari avrebbero potuto dare "aiuto" nella preparazione dei pasti e nelle attività di sanificazione, la conseguenza che la controinteressata avrebbe affidato loro le relative attività professionali. E, più ampiamente, non si rinviene alcuna evidenza a supporto dell'asserto che Capas si sarebbe sottratta al dovere di "garantire il corretto espletamento del servizio con proprio personale".

Quanto alla seconda doglianza, condivisibilmente il TAR ha ritenuto che, poiché la presenza di volontari nel progetto dell'aggiudicataria non aveva spiegato alcuna influenza sulla valutazione della sua offerta, e quindi sull'esito della gara, la critica non poteva che risultare recessiva. Conclusione rafforzata dal fatto che la previsione in esame, *ab origine* nel progetto di Capas solamente ipotetica, non aveva poi avuto alcun seguito pratico.

6. In definitiva, la Sezione condivide la conclusione del primo giudice che il procedimento di verifica dell'anomalia, condotto dall'Amministrazione con il dovuto scrupolo istruttorio, è sfociato in un giudizio non manifestamente illogico né irragionevole sull'attendibilità dell'offerta nel suo complesso.

Le ragioni esposte conducono, pertanto, alla reiezione dell'appello.

Si ravvisano, tuttavia, ragioni tali da giustificare una compensazione tra le parti delle spese processuali del presente grado di giudizio.

IL COMMENTO

di Antonino Longo (*)

La sentenza in rassegna offre interessanti indicazioni in tema di verifica dell'anomalia delle offerte negli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, provvedendo a ribadire e precisare, con estrema lucidità, taluni approdi giurisprudenziali in materia. Il Consiglio di Stato chiarisce, in primo luogo, come la verifica della congruità dell'offerta, per le sue finalità, abbia natura globale e sintetica, sicché il relativo giudizio non può, in linea di massima, avere ad oggetto la ricerca di singole inesattezze dell'offerta formulata, precisando, altresì, come, in caso di esito positivo della verifica, risulti sufficiente da parte della stazione appaltante una motivazione *per relationem* e non rigorosa ed analitica. La fattispecie concreta offre ai giudici amministrativi lo spunto per precisare l'effettiva pregnanza del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni della stazione appaltante in tema di offerta anomala, sindacato che non può che essere mirato alla censura di quelle sole decisioni che appaiano come manifestamente illogiche e/o irragionevoli, pena, in caso contrario, un'illegittima invasione dell'insopprimibile sfera di discrezionalità tecnica degli organi amministrativi.

La vicenda processuale

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 162 del 17 gennaio 2014, ha esaminato le censure mosse da un concorrente, la Sodexo Italia s.p.a., posizionatosi secondo in graduatoria nella procedura aperta indetta dalla Comunità montana dell'E-

vançon, per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e per la durata di tre anni, del servizio di preparazione, confezionamento ed eventuale trasporto dei pasti per gli utenti dei servizi socio-assistenziali da essa gestiti.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

Dei sei partecipanti alla procedura quattro venivano esclusi, rimanendo solo due concorrenti superstiti, la Sodexo Italia s.p.a. e la Capas s.c.a.r.l., ai quali veniva attribuito, rispettivamente, un punteggio di 67,40 e 91,00, sulla base della legge di gara, che prevedeva la distribuzione del punteggio complessivo di 100 punti tra l'offerta economica (massimo 30 punti) e quella tecnica (massimo 70 punti).

L'offerta di Capas s.c.a.r.l. risultava, dunque, sospetta di anomalia, a norma dell'art. 86, comma 2 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (1) ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE") e veniva sottoposta, ai sensi degli

artt. 87 e 88 dello stesso decreto (2), al procedimento di verifica, all'esito del quale le spiegazioni fornite dai legali rappresentanti della società concorrente venivano ritenute "esaustive in ogni parte", cosicché, con determinazione del responsabile dei servizi sociali n. 57 del 21 giugno 2012, la stazione appaltante disponeva l'aggiudicazione definitiva del servizio alla Capas s.c.a.r.l..

Sodexo Italia s.p.a. impugnava l'aggiudicazione dinanzi al TAR di Aosta, evidenziando – per come rilevato dal giudice di primo grado – che l'offerta aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché anomala, sotto due distinti profili: 1) per aver totalmente omesso di indicare e di quantificare, nelle giustificazioni presentate in seno al

(1) Art. 86 ("Criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse"):

"2. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara".

(2) Art. 87 ("Criteri di verifica delle offerte anormalmente basse"):

"1. Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta, procedendo ai sensi dell'art. 88. All'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio.

2. Le giustificazioni possono riguardare, a titolo esemplificativo:

- a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio;
- b) le soluzioni tecniche adottate;
- c) le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi;
- d) l'originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti;
- e) [...];
- f) l'eventualità che l'offerente ottenga un aiuto di Stato.

3. Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

4. Non sono ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza in conformità all'art. 131, nonché al piano di sicurezza e coordinamento di cui all'art. 12, D.Lgs. 14 agosto 1996, n. 494 (ora art. 100 del D.Lgs. n. 81 del 2008) e alla relativa stima dei costi conforme all'art. 7, D.P.R. 3 luglio 2003, n. 222 (ora punto 4 dell'allegato XV al D.Lgs. n. 81 del 2008). Nella valutazione dell'anomalia la stazione appaltante tiene conto dei costi relativi alla sicurezza, che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture.

4-bis. Nell'ambito dei requisiti per la qualificazione di cui all'art. 40 del presente decreto, devono essere considerate anche le informazioni fornite dallo stesso soggetto interessato relativamente all'avvenuto adempimento, all'interno della propria azienda, degli obblighi di sicurezza previsti dalla vigente

normativa.

5. La stazione appaltante che accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, può respingere tale offerta per questo solo motivo unicamente se, consultato l'offerente, quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine stabilito dall'amministrazione e non inferiore a quindici giorni, che l'aiuto in questione era stato concesso legalmente. Quando la stazione appaltante respinge un'offerta in tali circostanze, ne informa tempestivamente la Commissione".

Art. 88 ("Procedimento di verifica e di esclusione delle offerte anormalmente basse")

"1. La stazione appaltante richiede, per iscritto, la presentazione, per iscritto, delle giustificazioni, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni.

1-bis. La stazione appaltante, ove lo ritenga opportuno, può istituire una commissione secondo i criteri stabiliti dal regolamento per esaminare le giustificazioni prodotte; ove non le ritenga sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, richiede per iscritto all'offerente le precisazioni ritenute pertinenti.

2. All'offerente è assegnato un termine non inferiore a cinque giorni per presentare, per iscritto, le precisazioni richieste.

3. La stazione appaltante, ovvero la commissione di cui al comma 1-bis, ove istituita, esamina gli elementi costitutivi dell'offerta tenendo conto delle precisazioni fornite.

4. Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile.

5. Se l'offerente non si presenta alla data di convocazione stabilita, la stazione appaltante può prescindere dalla sua audizione.

6. (comma soppresso dall'art. 2, comma 1, lett. r), D.Lgs. n. 152 del 2008).

7. La stazione appaltante sottopone a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa, e, se la ritiene anomala, procede nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala. In alternativa, la stazione appaltante, purché si sia riservata tale facoltà nel bando di gara, nell'avviso di gara o nella lettera di invito, può procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5. All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli artt. 11 e 12, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala".

procedimento di verifica dell'anomalia, la voce relativa alle spese generali; 2) per aver previsto un numero di addetti idoneo a garantire lo svolgimento del servizio, salvo poi mutare successivamente tale numero di addetti, durante la seduta di verifica dell'anomalia, ciò che costituiva tra l'altro, a parere della Sodexo Italia s.p.a., una tardiva modifica dei termini dell'offerta, in violazione di consolidati principi giurisprudenziali. La società ricorrente, con motivi aggiunti, deduceva, altresì, ulteriori profili di illegittimità dell'atto di aggiudicazione già impugnato, lamentando: 3) che la società aggiudicataria non avesse valorizzato nella propria offerta economica i costi di alcune figure apicali della propria "pianta organica" previste nell'offerta tecnica; 4) che la stessa società avesse previsto nella propria offerta tecnica che talune prestazioni proprie del servizio affidato, sarebbero state svolte anche da volontari non retribuiti.

Il TAR Valle d'Aosta, Aosta, sez. I, con sentenza n. 4 del 13 febbraio 2013, respingeva il ricorso della Sodexo Italia s.p.a. Quanto alla mancata indicazione delle spese generali, il TAR rilevava come la stessa non costituisse elemento idoneo ad inficiare la valutazione circa l'attendibilità dell'offerta poiché: a) la Capas s.c.a.r.l. aveva dettagliatamente indicato in sede di giustificazione tutti gli elementi di costo dell'offerta praticata; b) le dimensioni dell'aggiudicataria erano tali da far ragionevolmente presumere che le spese generali avessero un'incidenza scarsamente significativa; c) i costi relativi all'affitto del centro di cottura fossero insussistenti; d) l'aggiudicataria avesse sovrastimato o quantificato secondo criteri prudenziali diverse voci di costo.

In relazione, poi, al numero di addetti al centro cottura, il giudice di primo grado riteneva che, non prevedendo la legge di gara un numero minimo di addetti, e avendo la Capas s.c.a.r.l. fornito adeguati chiarimenti in sede di verifica dell'anomalia, anche in relazione alla mera provvisorietà dell'affiancamento di altri addetti, tale censura dovesse essere rigettata (3).

Quanto, infine, alla mancata valorizzazione di altre figure professionali apicali e all'utilizzo di personale volontario, il Tribunale Amministrativo di

Aosta disattendeva tali censure ritenendo, da un lato, la scarsa rilevanza dei compiti assegnati agli apicali e, dall'altro, che il possibile impiego di volontari fosse previsto dallo stesso disciplinare di gara quale "arricchimento del progetto, in aggiunta al lavoro degli operatori professionali".

Avverso la sentenza del TAR Valle d'Aosta Sodexo Italia s.p.a. interponeva il gravame innanzi al Consiglio di Stato, riproponendo le proprie doglianze di prime cure e contestando gli argomenti con i quali le stesse erano state disattese.

I giudici di Palazzo Spada, con la decisione in commento, non hanno accolto l'appello e hanno confermato la sentenza del TAR Valle d'Aosta, condividendone sostanzialmente presupposti giuridici e procedimento logico-argomentativo e provvedendo, altresì, ad enucleare alcuni rilevanti capisaldi giurisprudenziali in materia di verifica di anomalia dell'offerta.

Natura della verifica di anomalia dell'offerta

Le censure riproposte in sede d'appello da parte della Sodexo Italia s.p.a., relative anche all'omessa indicazione – nell'offerta – di singole voci di costo da parte della società aggiudicataria, hanno indotto i giudici amministrativi a ritenere opportuna l'enunciazione di un principio basilare in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta, vale a dire che "la verifica della congruità di un'offerta ha natura globale e sintetica, vertendo sull'attendibilità della medesima nel suo insieme, e quindi sulla sua idoneità a fondare un serio affidamento sulla corretta esecuzione dell'appalto, onde il relativo giudizio non ha per oggetto la ricerca di singole inesattezze dell'offerta economica".

Al fine di dare significato all'orientamento appena richiamato, appare opportuno porre l'attenzione sul fondamento dello stesso.

A tal proposito, giova ricordare come, in assenza di una definizione legislativa, venga considerata anomala l'offerta che susciti il sospetto di una scarsa serietà e di una possibile non corretta esecuzione della prestazione contrattuale per il fatto di non assicurare all'imprenditore un profitto adeguato (4).

(3) Il TAR Valle d'Aosta ha, altresì, escluso che le dichiarazioni rese dal legale rappresentante dell'impresa aggiudicatrice in sede di giustificazioni, afferenti all'utilizzo in fase di avviamento di ulteriori quattro addetti in affiancamento alle previste quattro unità lavorative, potesse determinare un'illegittima modifica dell'offerta originaria, trattandosi di circostanza del tutto contingente finalizzata solo a "seguire le prime fasi cru-

ciali e apportare eventuali aggiustamenti".

(4) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2005, n. 7059, in *Giur. It.*, 2006, 609; Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 188; in dottrina M. F. Del Grosso, *Anomalia dell'offerta*, in *Gara d'appalto. Dinamiche processuali ed aspetti critici*, Altalex, 2013; A. Manzi, *Le novità in materia di offerte anomale*, in *questa Rivista*, 2010, 3, 270 ss.

Quello pubblico alla corretta esecuzione del contratto, tuttavia, non è più da tempo l'unico interesse tutelato dalla procedura di verifica dell'anomalia delle offerte negli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, essendo ormai unanimemente riconosciuta la crescente rilevanza, di matrice innanzitutto comunitaria, del principio di concorrenza (5).

L'offerta anomala, infatti, altera la concorrenza, avvantaggiando gli offerenti più spregiudicati in danno degli operatori più affidabili, e per tale motivo si pone in contrasto con la finalità perseguita dal codice dei contratti pubblici di adempiere agli obblighi comunitari stabiliti dalle direttive n. 2004/17/CE e 2004/18/CE (6), le quali esigono che lo svolgimento e l'aggiudicazione degli appalti avvengano nel rispetto del Trattato e, più specificamente, dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza (7).

Appare, a questo punto, più chiara la ragione della considerazione – effettuata dai giudici amministrativi nella sentenza in esame – circa la piena idoneità di una verifica di natura globale e sintetica a tutelare gli interessi all'adeguata esecuzione del contratto nonché alla tutela della concorrenza: sembra, infatti, piuttosto improbabile che l'incongruità di singole voci di prezzo possa, in linea di massima, incidere sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme e sul suo rispetto dei principi concorrenziali di derivazione comunitaria (8).

L'analisi degli interessi tutelati dal procedimento di verifica permette, inoltre, di comprendere in maniera più approfondita il significato della disposizione legislativa contenuta nell'art. 88, comma 7, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, laddove si stabilisce che "all'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile".

Il ragionamento fin qui condotto non può che portare alla condivisione dell'ulteriore considerazione effettuata dai giudici amministrativi nella sentenza in commento, laddove si ritiene che, sebbene il giudizio di verifica di congruità abbia natura globale e sintetica, ciò non toglie, tuttavia, la possibile rilevanza del giudizio di inattendibilità che dovesse investire singole voci che, per la loro incidenza complessiva, renderebbero l'intera operazione economica implausibile.

La consistenza dell'obbligo di motivazione in caso di esito positivo del giudizio di anomalia

La decisione in esame presenta profili meritevoli di attenzione anche con riferimento alla specificazione circa i caratteri dei quali deve imprescindibilmente essere dotata la motivazione fornita dalla stazione appaltante all'esito del giudizio di anomalia.

A tal proposito giova ricordare come l'art. 3 della L. 7 agosto 1990, n. 241 – recante l'obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti amministrativi – continui, ancora oggi, a distanza di oltre vent'anni dalla sua entrata in vigore, a non essere interpretato in modo univoco, oscillando tra concezioni "forti" della motivazione, intesa come adempimento discorsivo imprescindibile ai fini del legittimo esercizio della funzione, e concezioni "deboli", tese a sminuire il suo ruolo sia a livello sostanziale che processuale (9).

Difatti, accanto ad opinioni, a parere delle quali la motivazione potrà integrare un elemento essenziale del provvedimento (potendo, dunque, portare alla nullità dello stesso) solo qualora si sia in presenza di un difetto assoluto della stessa (10), ve ne sono altre che, enfatizzando la funzione dell'istituto quale garanzia rivolta alla generalità dei cittadini,

(5) Cfr. T.A.R. Umbria, 30 giugno 2006, n. 355; T.A.R. Lazio, sez. III, 31 maggio 2007, n. 5047; Cons. Stato, sez. IV, 17 aprile 2000, n. 2296; ma anche A.V.C.P., parere di precontenzioso 26 gennaio 2011, n. 16 all'interno del quale si legge che: "l'art. 86 del D.Lgs. n. 163/2006 sottopone il canone dell'anomalia ad un criterio di valutazione oggettivo, a tutela di un bene generale quale il rispetto della concorrenza e del mercato"; in dottrina S. A. Romano, *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2011, 166 ss.

(6) E ancor prima, nelle direttive 1971/305/CE e 1977/62/CE.

(7) Cfr. *ex pluribus* Corte cost., 10 giugno 2011, n. 184, in *www.giurcost.it*; Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 2, 195 ss. e 2008, 6, 624 ss. con nota di C. Lacava, *Contratti pubblici tra Stato e Regioni e la tutela della concorrenza*, e in questa *Rivista*, 2008, 1, 5 ss., con nota di R. De Nictolis, *La Corte Costituzionale si pronuncia sul codice*

dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture; in dottrina M. F. Del Grosso, *Anomalia dell'offerta*, in *Gara d'appalto. Dinamiche processuali ed aspetti critici*, Altalex, 2013.

(8) A tale proposito, il Consiglio di Stato, nella sentenza in esame, si esprime in questo senso: "L'attendibilità dell'offerta va valutata nel suo complesso, e non con riferimento alle singole voci di prezzo ritenute incongrue, avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme". Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 novembre 2012, n. 36.

(9) Cfr. A. Cassatella, *Il dovere di motivazione dei provvedimenti amministrativi tra frammentazione ed unità del sistema giuridico*, in G. Piperata, A. Sandulli (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo vent'anni dopo*, Napoli, 2011, 334.

(10) Cfr. E. Michetti, *La motivazione del provvedimento amministrativo impugnato. La convalida e l'integrazione*, Milano, 2011, 140.

giungono a ritenere che ogni singola carenza dovrebbe condurre all'annullamento dell'atto amministrativo (11).

La dottrina più recente, dal proprio canto, prendendo le mosse dalla finalità più intrinseca della motivazione amministrativa – vale a dire quella di consentire la piena comprensione, da parte del privato, della portata dell'atto e dei suoi effetti – tende, invece, a porre l'accento più sugli effetti del vizio specifico sul diritto di informazione del privato (12).

In questo quadro dogmatico, la chiara tendenza della giurisprudenza, manifestatasi nel corso del tempo, è quella di una "dequotazione" della motivazione amministrativa: si disconosce sempre più il diritto del soggetto ad apprendere le ragioni del provvedimento, nell'ottica di una tutela di tipo soltanto "sostanziale", ossia legata all'intrinseca legittimità dell'atto (13).

In tale visione sostanzialistica, sempre maggiore spazio viene, dunque, concesso ad una motivazione *per relationem* che, se non adeguatamente effettuata, rischia tuttavia di non garantire adeguatamente il rispetto dell'indispensabile funzione informativa/conoscitiva sopra richiamata.

Tornando al caso di specie, bisogna rilevare come il Consiglio di Stato si sia inserito nell'alveo giurisprudenziale a parere del quale il giudizio di

anomalia dell'offerta richiede una motivazione rigorosa ed analitica soltanto ove si concluda in senso sfavorevole all'offerente, essendo al contrario sufficiente, nell'ipotesi di esito positivo della verifica, una motivazione *per relationem* con riferimento alle giustificazioni presentate dal concorrente in sede di espletamento del sub procedimento di valutazione dell'anomalia (14).

Nella sentenza in commento, all'interno della quale i richiami *per relationem* sono stati condotti in maniera puntuale e circostanziata, si pone tuttavia anche in risalto l'esigenza che la motivazione fornita dalla stazione appaltante, per quanto *per relationem*, sia comunque basata su giustificazioni corredate dei caratteri di adeguatezza e congruità, destinati poi a tradursi inevitabilmente in attendibilità.

Solo se provviste delle suddette caratteristiche, infatti, le giustificazioni possono reputarsi idonee a fungere da elemento di riferimento su cui misurare il giudizio di congruità, dovendosi ritenere, in caso contrario, che il giudice, stante la mancanza di persuasività ed analiticità delle argomentazioni prodotte, debba fondare la propria decisione su differenti considerazioni (15).

Una pronuncia, dunque, attenta a cogliere il significato più pregnante della motivazione amministrativa – e dunque in linea con gli approdi della

(11) Cfr. A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 86.

(12) Cfr. G. Mannucci, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Diritto Pubblico*, 2012, 3, 840. L'autrice pone l'accento sulle due posizioni di base in tema di rilevanza dei vizi della motivazione amministrativa, quella sostanzialista e quella formalista, giungendo infine ad individuare, proprio sulla scorta della funzione prima della motivazione, una terza via: "l'inosservanza dell'art. 3 l. proc. ridonda sulla (in)validità provvedimento soltanto nelle ipotesi in cui essa impedisca la comprensione dell'atto e della sua (potenziale) portata lesiva".

(13) Cfr. M. De Donno, *Riflessioni sulla "motivazione" in diritto del provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2013, 3, 631, dove si rileva come il principio di legalità sia sempre più sacrificato in nome della logica di risultato.

(14) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1090; Cons. Stato, sez. VI, 3 novembre 2010, n. 7759; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 10 ottobre 2013, n. 4532.

(15) A tale proposito, interessante risulta il richiamo di alcuni precedenti giurisprudenziali nei quali i giudici amministrativi hanno ritenuto inidonea la motivazione *per relationem* fornita dalla stazione appaltante; in tal senso si veda Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080 la quale così recita testualmente: "Risulta viziato da difetto di motivazione il giudizio di non anomalia dell'offerta operato dall'amministrazione, qualora il verbale di valutazione delle offerte sospette di anomalia, dà atto dell'incontro con i rappresentanti dell'ATI aggiudicataria al fine di avere tutti gli elementi in contraddittorio che si ritengono necessari per la migliore valutazione dell'offerta ma poi conclude apoditticamente, affermando la congruità dei prezzi offerti, censurati invece analiticamente dalla ditta appellante. Detta

motivazione si appalesa del tutto apparente ed insufficiente perché non compiuta neanche con la consueta tecnica del rinvio "per relationem" alle giustificazioni offerte dall'impresa per iscritto ed allegate al verbale, essendosi la commissione limitata a dare atto dell'avvenuto incontro con i rappresentanti dell'impresa, senza tuttavia chiarire i contenuti dei chiarimenti forniti"; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 10 ottobre 2010, n. 4532: «Ma l'ulteriore e dirimente profilo di doglianza, esposto in ricorso ma ulteriormente sviluppato nella memoria del 18 giugno 2013, afferisce agli aspetti di criticità ed apoditticità della motivazione della ritenuta congruità dell'offerta, contenuta nell'impugnato parere dell'ufficio edilizia cimiteriale del 7 febbraio 2013. Invero siffatto parere risulta estremamente laconico, immotivato e scarno, laddove afferma "vista la dichiarazione del consulente del lavoro del 28 febbraio 2013 in ordine al costo del lavoro" e "a seguito delle giustificazioni dell'offerta prodotte dalla soc. paradiso soc. Coop arl", "si è in grado di esprimere un giudizio di congruità". Per la ricorrente sarebbe illogico ed irragionevole motivare la congruità dell'offerta mediante un acritico recepimento delle giustificazioni fornite dall'impresa la cui offerta è indubitata di anomalia. La doglianza persuade il Collegio e va pertanto accolta. (...) Or dunque nel caso all'esame le giustificazioni fornite dall'aggiudicataria si risolvono in un'autodichiarazione e in una dichiarazione del consulente del lavoro di parte che non rivestiva neanche i crismi di una perizia giurata. Era pertanto preciso ed indefettibile onere dell'Amministrazione procedere ad un riscontro e ad una verifica della fondatezza degli assunti dell'impresa scrutinata, dando luogo ad un accertamento e alla conseguenziale valutazione critica delle condizioni che avevano determinato un'offerta così bassa, che superava il 38%».

più recente dottrina – nella quale i giudici di Palazzo Spada, nel tracciare gli orizzonti dogmatici della decisione, hanno ritenuto opportuno chiarire come la motivazione *per relationem* possa essere considerata sufficiente esclusivamente nella misura in cui la stessa sia fondata su giustificazioni adeguate.

Gli stessi giudici hanno, peraltro, tenuto a precisare ulteriormente come se, per un verso, la motivazione debba basarsi su giustificazioni congrue, per l'altro, resti tuttavia precipuo onere del soggetto che impugni il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto quello di individuare, in maniera puntuale e specifica, tutti gli elementi dai quali il giudice amministrativo possa evincere che la valutazione tecnico-discrezionale dell'Amministrazione sia stata manifestamente irragionevole ovvero basata su fatti erronei o travisati.

Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni della stazione appaltante

L'ideale percorso di scansione dei punti di riferimento della propria attività decisionale, compiuto nella sentenza in commento da parte dei giudici del Consiglio di Stato, giunge al suo punto di approdo con la valutazione in merito alla pregnanza del possibile sindacato giurisdizionale sulle valutazioni effettuate dall'Amministrazione in sede di verifica dell'anomalia delle offerte.

I giudici hanno, a tal proposito, mostrato di condividere l'opinione secondo la quale le norme codicistiche in materia di valutazione dell'anomalia, quale in particolare l'art. 87 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (16), lascino ampio spazio alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante, nella chiara convinzione che ogni eventuale criterio predeterminato sarebbe inopportuno giacché ostativo alle iniziative che, in relazione caso specifico, appaiono più idonee ai fini della valutazione della congruità dell'offerta. (17)

È proprio sulla base di questo presupposto che con la decisione in esame si è giunti ad escludere categoricamente che il giudice amministrativo possa operare autonomamente, senza con ciò stesso in-

vadere la sfera propria della discrezionalità della pubblica Amministrazione, la verifica di anomalia delle offerte.

Il compito di effettuare la stessa risulta, infatti, dalla legge espressamente attribuito all'organo amministrativo, unico soggetto preposto alla tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, dovendosi escludere che il giudice possa sovrapporsi alla valutazione espressa dalla stazione appaltante, se non in caso di macroscopiche illogicità ovvero di valutazioni abnormi o affette da errori di fatto da parte di tale ultima.

Il compito del giudicante, allora, resta esclusivamente quello di sindacare le valutazioni effettuate dai soggetti preposti alla verifica dell'anomalia (18) "sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità della relativa istruttoria" (19): questo è il "recinto" all'interno del quale può e deve muoversi il decidente e non oltre.

Un "recinto" che rappresenta, dunque, il limite "esterno" della giurisdizione amministrativa sull'operato dell'amministrazione pubblica, il quale, una volta connotato dei caratteri "della logicità, ragionevolezza e congruità", è destinato a divenire assolutamente intangibile da parte del giudicante.

Un "recinto" che però, è doveroso sottolinearlo, rischia talvolta, nella concretezza dell'esperienza quotidiana, di risultare oltremodo "mobile" e di non offrire dunque adeguate garanzie di legalità, se non costruito con "paletti" saldamente ancorati al terreno dei principi costituzionali in materia, quali quelli di efficacia, economicità e buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 della Carta Costituzionale.

L'efficacia, indicando il rapporto tra gli obiettivi prestabiliti e i risultati ottenuti, e guardando dunque alla concreta idoneità dell'azione amministrativa a conseguire i risultati prefissati in tema di tutela degli interessi pubblici, consente di porre l'accento sulla finalità ultima dell'azione amministrativa, vale a dire il perseguimento del miglior risultato praticamente possibile.

L'economicità, dal proprio canto, puntando al conseguimento degli obiettivi legislativamente sta-

(16) In modo specifico nel suo secondo comma, dove le possibili giustificazioni che il concorrente autore dell'offerta sospetta di anomalia può fornire alla stazione appaltante sono indicate a titolo esclusivamente "esemplificativo".

(17) Cfr. C. Boccia, A. Capparelli, *I criteri di selezione delle offerte, la commissione giudicatrice e le offerte anomale*, in F. Nardocci, L. D'Ottavi, *I contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 579 ss.

(18) La stazione appaltante, e più nello specifico il responsabile del procedimento che, secondo il codice, può avvalersi

di una commissione, da costituirsi secondo i criteri fissati dal regolamento (art. 88, comma 3, D.Lgs. n. 163/2006).

(19) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 novembre 2010, n. 8148, che si esprime nei seguenti termini: "Il giudizio che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale, di natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, costituisce espressione di un potere tecnico discrezionale dell'amministrazione, di per sé insindacabile salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non siano abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto".

biliti con il minor dispendio di mezzi (anche procedurali), permette di bilanciare, nell'espletamento dell'istruttoria ma anche nella valutazione della stessa, le tendenze, talvolta presenti, verso un eccessivo formalismo.

Il buon andamento, infine, implicando il dovere di cura dell'interesse pubblico nella maniera più immediata, conveniente e adeguata possibile, dà senso e sostanza alla "logicità, ragionevolezza e congruità dell'istruttoria", cardine del controllo giurisdizionale sull'operato della stazione appaltante.

Tali imprescindibili principi dell'azione amministrativa, come sopra richiamati, fungendo da criterio di collegamento tra la fattispecie concreta e la decisione dei giudici, costituiscono un vero e proprio baluardo di legalità contro possibili strumentalismi e scorriere "esterne" ed "interne" da parte di amministrazione pubblica e organi giudicanti, obbligando la prima a calibrare con cura la propria discrezionalità tecnica, e i secondi al guardarsi bene dallo sconfinamento in un possibile abuso di motivazione.

È questo, dunque, il bagaglio dogmatico portato dalla sentenza in esame, nella quale il Consiglio di Stato ha proceduto in maniera chiara e lineare al vaglio delle doglianze lamentate dalla Sodexo Italia s.p.a., concludendo per la reiezione dell'appello, motivata dal fatto che "la Sezione condivide la conclusione del primo Giudice che il procedimento di verifica dell'anomalia, condotto dall'Amministrazione con il dovuto scrupolo istruttorio, è sfociato in un giudizio non manifestamente illogico

né irragionevole sull'attendibilità dell'offerta nel suo complesso".

Nel corso dell'analisi delle censure proposte, infatti, i giudicanti hanno avuto modo di constatare, ripercorrendo analiticamente tanto il giudizio di valutazione dell'anomalia effettuato dalla stazione appaltante quanto le motivazioni offerte dai giudici di prime cure a sostegno della propria decisione, come non fosse possibile muovere alcun rilievo alla sentenza di primo grado (20).

E ciò con particolare riferimento ai principi precedentemente esposti in sentenza, che hanno costituito una sorta di ideale binario da seguire nello scrutinio delle critiche mosse alla pronuncia emessa dal TAR Valle d'Aosta il 13 febbraio 2013.

In conclusione, risulta essere proprio questo l'aspetto peculiare e maggiormente significativo della decisione in esame: il Consiglio di Stato sembra voler predisporre una sorta di *vademecum* per i giudici amministrativi tenuti ad apprezzare il corretto svolgimento dell'intero sub procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte disciplinato dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Dall'enunciazione contestuale dei tre principi esaminati in questa sede emerge, infatti, nitidamente una volontà che potrebbe definirsi "totalizzante" della decisione dei giudici di Palazzo Spada i quali hanno inteso fissare, senza possibilità di fraintendimenti, i principali punti di riferimento cui la giustizia amministrativa deve imprescindibilmente uniformarsi nella valutazione dell'operato delle stazioni appaltanti in seno al giudizio di anomalia delle offerte.

(20) Si veda, a tal proposito e a titolo esemplificativo, il seguente inciso della sentenza: "Il Tribunale si è puntualmente attenuto a questi criteri, fornendo un'illustrazione lineare, coe-

rente e globalmente persuasiva delle ragioni che deponevano per la modestia dell'incidenza della voce omessa sugli equilibri economici dell'offerta nel suo insieme".

Risarcimento danni

Il risarcimento della *chance* oppositiva da aggiudicazione

C.G.A. SICILIA, 12 dicembre 2013, n. 929 – Pres. (ff.) Anastasi – Est. Neri – Soc. La Partenope c. Soc. Trenitalia e Autorità vigilanza contratti pubblici

La lesione di un interesse procedimentale conseguente all'annullamento del provvedimento di revoca dell'aggiudicazione dell'appalto per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento ex art. 7 della L. 7 agosto 1990, n. 241 comporta il risarcimento del danno afferente alla perdita della *chance* oppositiva di conservare l'utilità derivante dall'esecuzione del contratto pubblico.

La selezione degli interessi procedurali risarcibili non è connessa alla loro qualificazione quale bene della vita autonomo, ma alla loro riconducibilità alla nozione di *chance* risarcibile.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in materia
Difforme	(Parzialmente) Cons. Stato, sez. IV, ord. 7 marzo 2005, n. 875; T.A.R., Salerno, 24 giugno 2004, n. 2430

Diritto

Omissis.

6. Con il terzo motivo di appello viene riproposta la censura relativa all'illegittimità dell'atto impugnato per omessa comunicazione di avvio del procedimento. A giudizio dell'appellante la sentenza del TAR sarebbe erronea nella parte in cui ha, per un verso, qualificato come dovuto l'atto e, per altro verso, affermato che la partecipazione non avrebbe comportato un diverso esito del procedimento.

6.1. Per l'appellata, invece, la decisione sarebbe corretta perché, a fronte dell'accertamento dei fatti costitutivi della risoluzione, la revoca costituiva un atto dovuto e in ogni caso l'appellante aveva avuto la possibilità di interloquire ampiamente come sarebbe dimostrato dalle diffide del 29 aprile e del 24 maggio 2011 (si veda pagina 22 della memoria di Trenitalia del 6 novembre 2012).

6.2. Per la corretta decisione del motivo di appello occorre ricordare (come detto prima) che l'amministrazione non ha proceduto all'esclusione dell'appellante già nella fase della c.d. ammissione delle imprese ma si è determinata ad agire in autotutela in ragione di un fatto (la risoluzione del lotto Toscana comunicata il 30 maggio 2011) successivo all'aggiudicazione disposta in data 11 gennaio 2011.

Non v'è dubbio, dunque, che il provvedimento impugnato, qualificandosi come esercizio del potere di auto-

tutela, ha una connotazione discrezionale che impedisce di qualificarlo come atto dovuto anche in ossequio all'interpretazione che la Corte di giustizia ha dato dell'art. 45, par. 2, lett. d), dir. 31 marzo 2004 n. 2004/18. Sotto altro aspetto è altresì chiaro che il richiamo alle diffide del 29 aprile e del 24 maggio 2011 non è idoneo a superare il profilo di illegittimità denunciato perché le predette diffide sono relative al procedimento che ha portato alla risoluzione del contratto relativo al lotto Toscana (si vedano le copie degli atti e, in particolare, gli allegati 17 e 32 del tomo I della documentazione depositata da La Partenope) e non riguardano il (diverso) procedimento sfociato nella revoca dell'aggiudicazione del lotto Sicilia.

Per tali ragioni, a giudizio del Consiglio, la stazione appaltante avrebbe dovuto far precedere ogni determinazione al riguardo dalla comunicazione dell'avvio del procedimento volto alla revoca in autotutela del provvedimento di aggiudicazione. La giurisprudenza del Consiglio di Stato è infatti pacifica nel senso di richiedere l'avviso di avvio ex art. 7 L. n. 241/1990 perché occorre sempre dare la possibilità all'interessato di intervenire nel procedimento e prospettare all'amministrazione fatti e circostanze rilevanti affinché questi possano poi essere oggetto del giudizio di comparazione voluto dalla legge ("al procedimento amministrativo, di riesame e revisione del provvedimento di base, vanno applicate le garanzie di partecipazione procedimentale di

cui alla L. 7 agosto 1990 n. 241. In particolare, va applicata la previsione dell'art. 7 della medesima legge in ordine all'avviso di avvio del procedimento, al fine di consentire al soggetto interessato di poter contraddire in ordine alle questioni poi tenute in considerazione nell'atto di autotutela", Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2011, n. 4996) anche per evitare gli automatismi stigmatizzati in sede comunitaria. Sotto altro aspetto, come rilevato da Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2009, n. 17, in fattispecie relativa ad un atto di annullamento in autotutela, non è peraltro invocabile, al fine di escludere l'effetto invalidante del vizio procedimentale in parola, la disciplina in tema di vizi non invalidanti recata dall'art. 21-octies, comma 2, della L. n. 241/1990, posto che il provvedimento in autotutela ha carattere discrezionale e l'amministrazione non ha adeguatamente dimostrato che, anche alla luce della comparazione con gli affidamenti ingenerati e le posizioni antagoniste, la determinazione di ritiro fosse l'unico sbocco decisionale possibile pure in considerazione del fatto che, almeno astrattamente, sono possibili due diverse valutazioni rispettivamente per il lotto Toscana e per quello Sicilia. Per il Collegio dunque non v'è dubbio alcuno sulla possibilità per Trenitalia di avviare la revoca in autotutela, in ragione di gravi fatti di inadempimento concernenti altri contratti, ma tale attività di secondo grado doveva necessariamente essere preceduta dall'avviso di avvio del procedimento.

7. Occorre ora soffermarsi sull'istanza risarcitoria. Per l'appellante – per l'ipotesi di impossibilità di esecuzione in forma specifica – all'accoglimento dell'impugnazione dovrebbe conseguire la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno, danno che nelle pagg. 31-32 dell'atto di appello (ripreso in termini simili, se non identici, alle pagg. 40-41 della memoria depositata da La Partenope in data 31 ottobre 2012) viene indicato a titolo di mancato utile nella misura del 10% della propria offerta e a titolo di danno curriculare fra l'1% e il 5% dell'importo globale da aggiudicare.

7.1. Per Trenitalia la domanda risarcitoria sarebbe, in primo luogo, inammissibile per genericità e indeterminatezza; in secondo luogo le richieste risarcitorie risulterebbero "indimostrate e non provate" (pag. 3 memoria del 5 ottobre 2012). Sempre per la stazione appaltante all'appellante non spetterebbe comunque né il danno emergente (in adesione alla giurisprudenza amministrativa sul punto, pag. 6 memoria 5 ottobre 2012) né il danno curriculare essendo lo stesso non dimostrato (pag. 7 memoria cit.). Con riferimento al lucro cessante, inoltre, per la stazione appaltante la somma richiesta sarebbe incongrua e non dovrebbe essere quantificata in astratto bensì considerando l'utile effettivamente indicato nell'offerta, pari all'1,90% (pagina 4 della memoria cit.); inoltre mancherebbe la dimostrazione di non aver potuto utilizzare altrimenti mezzi e maestranze disponibili anche in considerazione del fatto che, non essendoci stata la stipula del contratto e l'avvio dell'esecuzione, La Partenope non ha assunto le maestranze, rimanendo poi "assolutamente minimo" l'utilizzo dei mezzi in ragione della specifica attività (pagina 5 della memoria cit.).

7.2. Come è noto in materia di appalti quando dagli atti del giudizio risulta dimostrata l'illegittimità della gara ed emerge altresì che il ricorrente sarebbe risultato aggiudicatario se l'illegittimità non si fosse verificata, è prevista la possibilità per la parte vittoriosa di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, a condizione che il giudice dichiari l'inefficacia del contratto (ai sensi degli artt. 121, comma 1, e 122) già stipulato con l'illegittimo aggiudicatario; se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato (art. 124 c.p.a.).

7.3. La vicenda sottoposta all'attenzione del Collegio presenta diversi aspetti di peculiarità. In primo luogo occorre rilevare infatti che è stata impugnata la revoca dell'aggiudicazione e non anche l'illegittima aggiudicazione ad altro concorrente. In secondo luogo occorre rimarcare che, successivamente alla vicenda oggetto del presente contenzioso, la stazione appaltante ha indetto ed aggiudicato altra gara che, secondo quanto risulta dalla documentazione depositata in data 23 ottobre 2013, è stata oggetto di autonoma impugnazione innanzi al TAR. In terzo luogo va evidenziato che, in ragione dell'elevato tasso di discrezionalità, non è possibile stabilire con certezza se l'odierno appellante sarebbe rimasto aggiudicatario se la stazione avesse esercitato correttamente i suoi poteri in autotutela.

Con riferimento a tale ultimo aspetto va meglio spiegato che, nel caso di specie, se la stazione appaltante avesse operato correttamente e avesse informato la controparte dell'intenzione di avviare il procedimento di revoca in autotutela, non è certo né che l'aggiudicazione sarebbe stata revocata né che la stessa sarebbe stata mantenuta, essendo impossibile stabilire a posteriori quali osservazioni avrebbe fatto La Partenope e come queste osservazioni sarebbero state valutate da Trenitalia nell'esercizio di un potere che, come prima detto, è certamente di tipo discrezionale.

In altri termini, così come non è sicuro che Trenitalia avrebbe revocato l'aggiudicazione se avesse dato la possibilità a La Partenope di partecipare al procedimento di revoca in autotutela, non è altrettanto sicuro che La Partenope sarebbe rimasta aggiudicataria e che avrebbe poi stipulato il contratto.

Per tali ragioni la quantificazione del danno effettuata dall'appellante non può essere condivisa perché presuppone la sicura spettanza del bene della vita, laddove è chiaro che questo bene della vita (stipulazione ed esecuzione), in considerazione della precedente risoluzione del contratto relativo al lotto Toscana, non era di sicura spettanza dell'operatore economico, così come invece accade ogni qual volta viene accolto il ricorso proposto dal secondo aggiudicatario avverso l'illegittima ammissione del primo.

7.4. Escluso dunque che per le ragioni sino qui esposte per risarcire il danno possa ricorrersi agli usuali criteri del lucro cessante, nella misura del 10% sull'importo del contratto, e del danno curriculare, ritiene il Collegio che il danno effettivamente cagionato dalla stazione appaltante con l'illegittima revoca dell'aggiudicazione sia individuabile nella chance di rimanere aggiudicata-

ria dell'appalto anche dopo la conclusione dell'avviato procedimento finalizzato alla revoca in autotutela.

Da qualche tempo, infatti, la dottrina, oltre alla *chance* di tipo pretensivo (che generalmente opera nel settore dei rapporti di lavoro ed è costituita da un vantaggio motivatamente sperato dal prestatore e la cui illecita frustrazione da parte del datore comporta l'insorgenza di una legittima pretesa risarcitoria), ha elaborato la categoria della *chance* di tipo oppositivo soprattutto con riferimento al settore della responsabilità medica in cui ciò che si è perso sarebbe costituito proprio dalle possibilità venute meno, in ragione dell'omesso o errato intervento medico, di "opporsi" al progredire della malattia, interrompendo o migliorando in tal maniera il processo patologico in atto («in tema di danno alla persona, conseguente a responsabilità medica, integra l'esistenza di un danno risarcibile alla persona l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, allorché abbia determinato la tardiva esecuzione di un intervento chirurgico, che normalmente sia da praticare per evitare che l'esito definitivo del processo morboso si verifichi anzitempo, prima del suo normale decorso, e risulti inoltre che, per effetto del ritardo, sia andata perduta dal paziente la "chance" di conservare, durante quel decorso, una migliore qualità della vita nonché la "chance" di vivere alcune settimane od alcuni mesi in più, rispetto a quelli poi effettivamente vissuti», Cass., sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846).

In altri termini, nella specifica materia degli appalti la giurisprudenza sino ad ora si è occupata o di risarcire la *chance* di tipo pretensivo ogni qual volta il comportamento dell'amministrazione abbia frustrato la possibilità di partecipare all'appalto e di aggiudicarselo (si veda, tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514) oppure di risarcire il danno da mancata aggiudicazione quantificandolo nella misura del 10% dell'importo a base d'asta, ridotto per il ribasso, se l'impresa dimostra la certezza della vittoria.

Nel caso di specie, invece, l'amministrazione, omettendo di dare l'avviso di avvio del procedimento, ha frustrato la *chance* dell'appellante di rimanere aggiudicatario e conseguentemente a tale possibilità deve essere ancorato il risarcimento.

7.5. Passando alla quantificazione del pregiudizio subito, non essendo possibile stabilire a priori con quale esatta

probabilità La Partenope sarebbe rimasta aggiudicataria (o con quale altra probabilità Trenitalia avrebbe potuto legittimamente revocare l'aggiudicazione prima disposta), reputa il Collegio di individuare, in via equitativa (Cass., sez. III, 17 aprile 2008, n. 10111; Cass., sez. III, 27 giugno 2007, n. 14820), tale probabilità nella percentuale del 50%. Conseguentemente, facendo ricorso agli usuali criteri di quantificazione del danno da perdita di *chances*, all'appellante spetterà una somma pari al 50% dell'ammontare complessivo dell'utile che avrebbe ricavato dall'esecuzione del contratto, utile questo individuabile nella percentuale indicata negli atti di gara (e riportata nella misura dell'1,90% a pagina 4 della memoria del 5 ottobre 2012) una volta detratto dall'importo a base d'asta il ribasso offerto da La Partenope. Va in ultimo precisato che per le ragioni sino a qui esposte tale somma, a giudizio del Collegio, copre interamente il danno subito nei diversi aspetti (lucro cessante e danno curriculare) indicati dall'appellante anche in considerazione del fatto che, per giurisprudenza costante, non sono risarcibili i costi legati alla partecipazione alla gara (così come evidenziato da ultimo a pagina 4 della memoria di Trenitalia del 9 novembre 2012). Per completezza va aggiunto che la somma così riconosciuta riguarda le conseguenze pregiudizievoli dell'illegittima revoca e dunque, a differenza di quanto sostenuto da parte appellata nella memoria del 25 ottobre 2013, non v'è alcuna "deviazione dal giudice naturale" (pagina 4) dovendosi tenere distinti, come ormai è chiaro, i danni derivanti dall'illegittima revoca dell'aggiudicazione del lotto Sicilia rispetto a quelli eventualmente subiti in ragione dell'asserita risoluzione del contratto stipulato per il lotto Toscana per cui pende giudizio innanzi al giudice ordinario.

Sulle somme così individuate occorre provvedere alla rivalutazione del credito, cioè alla trasformazione dell'importo del credito originario in valori monetari correnti alla data in cui è compiuta la liquidazione giudiziale; e, in secondo luogo, occorre calcolare il c.d. danno da ritardo, utilizzando il metodo consistente nell'attribuzione degli interessi che vanno calcolati dalla data del fatto non sulla somma complessiva rivalutata alla data della liquidazione, bensì sulla somma originaria rivalutata anno dopo anno (Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2012, n. 5686).

IL COMMENTO

di Calogero Commandatore (*)

Con la sentenza in commento il C.G.A. Sicilia, per la prima volta, affronta *ex professo* il tema della risarcibilità degli interessi procedurali e della *chance* di tipo oppositivo, fino adesso conosciuta solo nell'ambito della responsabilità medica. La motivazione, da un lato, offre importanti spunti di riflessione sui limiti del sindacato del giudice amministrativo, dall'altro, attraverso un'argomentazione convincente, delinea l'istituto della *chance* quale tecnica di risarcimento degli interessi procedurali superando così il tradi-

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

zionale orientamento che l'ammetteva solo qualora detti interessi assumessero un'autonoma rilevanza rispetto al bene della vita cui il procedimento tendeva, come nell'ipotesi di danno da ritardo. Inoltre, la prospettata distinzione tra *chance* pretensiva e oppositiva consente di apprezzare la differente "proiezione" delle garanzie procedurali del privato rispetto all'azione della pubblica amministrazione e della rilevanza della omessa comunicazione di avvio del procedimento in presenza di un potere ampiamente discrezionale.

I fatti di causa e la decisione

La vicenda portata all'attenzione del CGA Sicilia trae origine da un provvedimento amministrativo con il quale Trenitalia s.p.a. aveva revocato alla Partenope s.r.l. l'aggiudicazione definitiva di un appalto di servizi per la pulizia del materiale rotabile e degli impianti industriali. L'atto amministrativo in autotutela era stato adottato dalla stazione appaltante sulla base del disposto dell'art. 38, comma 1, lett. f) del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che - riproponendo pedissequamente il disposto dell'art. 45, paragrafo 2, lett. d) della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 - esclude, tra l'altro, dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti di lavori, forniture e servizi le imprese che, "secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

Nel caso di specie veniva in rilievo la seconda parte della disposizione poiché la stazione appaltante aveva riscontrato la sussistenza di un grave errore professionale dell'aggiudicataria nell'esecuzione di un precedente contratto.

Avverso la sentenza di rigetto pronunciata dal Tribunale amministrativo regionale, il giudice di appello - pur respingendo, con ampia ed articolata motivazione, le doglianze attinenti al dedotto eccesso di potere - ha accolto il motivo di impugnazione inerente alla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca previsto dall'art. 7 della L. n. 241/1990.

Ed invero, il Collegio ha osservato come il provvedimento di revoca ex art. 38 comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 163/2006, costituendo esplicitazione di un potere discrezionale e non vincolato, deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della L. n. 241/1990, non

operando, in tale ipotesi, la disciplina dei vizi non invalidanti prevista dalla prima parte dell'art. 21-octies, comma 2, della L. n. 241/1990 poiché, nel caso concreto, la stazione appaltante non aveva provato che la determinazione adottata fosse l'unico esito decisionale possibile.

Annulato, per la suesposta ragione, il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana ha dovuto esaminare l'istanza risarcitoria avanzata dall'appellante. Sul punto, la sentenza correttamente sottolinea come per il risarcimento del danno, nel caso di specie, debba farsi riferimento alla particolare nozione di *chance* oppositiva che, fino ad oggi, ha trovato applicazione solo da parte del giudice ordinario.

La natura della *chance* e il risarcimento del danno

L'etimo della parola francese *chance* è rinvenibile nella parola latina *cadentia*, participio presente del verbo *cādo* che indica altresì il cadere dei dadi con ciò significando la possibilità di riuscita o di conseguimento di un determinato risultato (1).

La *chance*, in sé considerata, può, allora, definirsi quale occasione favorevole, probabilità per un soggetto di conseguire un vantaggio futuro, da intendersi come incremento ovvero mancato decremento patrimoniale.

La situazione di attesa rispetto alla realizzazione di un risultato positivo, evocata dal concetto di *chance*, ne ha determinato l'accostamento a quello di aspettativa. Più specificamente, la dottrina si è divisa sulla qualificazione della *chance* in termini di aspettativa di diritto o di fatto.

Com'è noto, solo l'aspettativa di diritto è una situazione giuridicamente rilevante e meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, mentre l'aspettativa di fatto non rappresenta nient'altro che una mera attesa che non ha i caratteri propri della giuridicità (2).

(1) Così Vocabolario on line Treccani, in www.treccani.it.

(2) M. Astone, *L'aspettativa e le tutele. Contributo allo studio*

Non sono mancate, infatti, opinioni dottrinarie che qualificando la *chance* come mero interesse (3) ne hanno negato l'autonomia e la rilevanza anche ai fini risarcitori o, pur qualificandola come mera aspettativa di fatto (4), ne hanno ammesso la risarcibilità solo nell'alveo della responsabilità contrattuale. Di contro, altra parte della dottrina (5) ha qualificato la *chance* come aspettativa di diritto, e, pertanto costituente un interesse giuridicamente tutelabile ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Anche la Suprema Corte, in alcune decisioni, sembra qualificare la *chance* come aspettativa di diritto, tutelabile - a seguito della "storica" sentenza delle Sezioni Unite del 22 luglio 1999, n. 500 - in modo separato e autonomo rispetto alla realizzazione del diritto soggettivo cui tende in quanto interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (6).

Non sono mancate, peraltro, critiche alla sussunzione della *chance* nel *genus* delle aspettative (di fatto o di diritto, secondo i diversi punti di vista). In particolare si è sottolineato come, diversamente dall'aspettativa, la cui realizzazione dipende da un accadimento futuro ma alquanto certo, la *chance* rechi in sé un elemento di aleatorietà, che rende imprescindibile un giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita anelato (7).

Al di là dei tentativi di assimilazione della *chance* al concetto di aspettativa, la questione sulla sua natura giuridica è ancora oggi dibattuta in dottrina e giurisprudenza.

Si tratta, peraltro, di problema strettamente connesso a quello relativo alla risarcibilità della *chance* lesa.

Il confronto è sostanzialmente tra la tesi che qualifica la *chance* in termini di danno emergente e quella che ne afferma l'essenza di lucro cessante.

Un chiarimento preliminare, allora, s'impone rispetto alle nozioni di danno emergente e lucro cessante, voci di danno risarcibile ex art. 1223 c.c.

Il danno emergente consiste in un'alterazione in senso peggiorativo di tipo patrimoniale della sfera giuridica del soggetto, danneggiato da un inadem-

pimento contrattuale ovvero dal fatto illecito altrui.

Il lucro cessante indica, invece, il guadagno non conseguito dal danneggiato in conseguenza dell'illecito contrattuale o aquiliano.

La concezione cd. "eziologica" identifica la *chance* con la voce risarcitoria del lucro cessante; nega ad essa autonoma rilevanza e qualifica il danno derivante dalla sua perdita entro i rigorosi confini del mancato raggiungimento di un risultato favorevole quasi certo o altamente probabile (8).

In questa impostazione la *chance* non costituisce un'entità o una situazione giuridica separata dal risultato finale, ma rappresenta uno strumento di verifica che consente di affermare la sussistenza del nesso di causalità giuridica anche in assenza di una prova rigorosa dello stesso.

In altre parole, la *chance* assurgerebbe a "criterio attenuato" per l'accertamento del nesso di causalità, consentendo - in mancanza di un giudizio sulla sua esistenza come "più probabile che non" - di valorizzare le residuali probabilità di collegamento causale tra condotta illecita e danno finale (9).

Per diverso orientamento dottrinario (10) e giurisprudenziale la *chance* non è qualificabile come aspettativa di diritto o come modello descrittivo del nesso di causalità ma costituisce "un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile d'autonoma valutazione, onde la sua perdita, *id est* la perdita della possibilità consistente di conseguire risultato utile del quale risulti provata la sussistenza, configura un danno concreto ed attuale" (11).

In altre parole, secondo la concezione cd. "ontologica" la perdita di *chance* costituisce un danno emergente, quale perdita della possibilità di conseguire un risultato positivo (12) già presente, come posta attiva, nel patrimonio del danneggiato.

Tale filone interpretativo ha, peraltro, suscitato autorevoli critiche in dottrina poiché sembrerebbe ricondurre la *chance* al cd. diritto all'integrità del patrimonio, il quale non troverebbe nel nostro ordinamento una tutela in quanto bene unitario, ma

degli effetti preliminari nelle situazioni di pendenza, Milano, 2006, 25-26.

(3) F. D. Busnelli, *Perdita di una «chance» e risarcimento del danno*, in *Foro It.*, 1965, IV, c. 47 ss.

(4) C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 545.

(5) A. de Cupis, *Il risarcimento della perdita di una «chance»*, nota a Cass. 19 dicembre 1985, n. 6506, *Giur. It.*, 1986, I, 1, c. 1181 ss.

(6) Cass., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619.

(7) F. Caringella, *Studi di diritto civile*, Milano, 2005, 823.

(8) In dottrina cfr. Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Istituzioni di diritto civile*, Torino, 1980, 659, in giurisprudenza Cass., sez. III, 10 dicembre 2012, n. 22376 e Cass., sez. III, 17 aprile 2008, n. 10111.

(9) Così di recente Cass., Sez. Un., 23 settembre 2013, n. 21678.

(10) C. M. Bianca, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Milano, 1994, 161.

(11) Cass., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400.

(12) Cass., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12243.

solo con riferimento alle singole situazioni o rapporti che lo compongono (13).

Sotto diversa prospettiva, altri autori hanno contestato la qualificazione della *chance* come bene giuridico autonomo rispetto al risultato finale poiché essa rappresenterebbe un mero vantaggio “virtuale” insuscettibile di autonoma valutazione economica la cui risarcibilità sarebbe svincolata dall'accertamento dell'ingiustizia dell'evento dannoso, ma semplicemente ancorata all'ingiustizia del fatto lesivo, trasformando così la natura stessa della responsabilità contrattuale in un controllo sanzionatorio delle modalità dell'azione (14).

Secondo questo orientamento dottrinale il risarcimento dell'occasione favorevole andata perduta sarebbe risarcibile solamente nell'ambito della responsabilità contrattuale in quanto solo in “tale ambito troverebbero la loro protezione tutti gli interessi dedotti nel rapporto obbligatorio, compresi quelli non incorporati nella prestazione ma ad essa correlati, e dunque, anche la possibilità di conseguire un risultato favorevole ulteriore rispetto a quello cui mira il rapporto obbligatorio medesimo” (15).

Autorevole opinione (16) ha, però, evidenziato come le superiori obiezioni non consentano di escludere l'autonomia della figura della *chance* rispetto al risultato cui si riferisce: come la ditta, il marchio, l'avviamento sono beni giuridici che non hanno un valore intrinseco ma lo assumono poiché potenzialmente idonei a far conseguire al titolare un valore, di guisa che la loro perdita determina un danno risarcibile, anche la *chance* costituisce un bene ai sensi dell'art. 810 c.c.

La giurisprudenza prevalente conferma detto insegnamento, individuando quale *chance* risarcibile non tanto l'utilità sperata quanto la perdita della possibilità di conseguirla. Il rapporto con l'utilità finale, quindi, non appare funzionale alla connotazione della *chance* ma, semplicemente, a parametrare il *quantum* del risarcimento, il quale sarà commisurato alla percentuale di probabilità di ottenimento del vantaggio finale.

Aderire alla concezione “eziologica” o “ontologica” implica importanti conseguenze in ordine alla risarcibilità aquiliana del danno della perdita di *chance*. Ed invero, condividendo la nozione “eziologica”, l'“ingiustizia” del danno di cui all'art. 2043

c.c. deve essere predicata rispetto ad un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico differente dalla *chance*, la quale rappresenta solo un modo di descrivere e far rilevare un nesso causale “debole”. Di contro, per la concezione “ontologica” è la stessa *chance* a costituire l'interesse giuridico da risarcire cui rapportare l'ingiustizia del danno, sicché appare necessario individuare un criterio descrittivo del nesso di causalità tra il fatto e l'ingiusta lesione della *chance*.

Nell'individuazione di tale nesso di causalità la giurisprudenza ha assunto due diversi orientamenti.

Secondo un primo orientamento (17) vigerebbe una regola probatoria differenziata in tema di responsabilità penale, responsabilità civile ordinaria e di perdita di *chance*, richiedendosi l'accertamento del nesso di causalità rispettivamente “oltre ogni ragionevole dubbio”, come “più probabile che non” ovvero “mera possibilità”.

La Suprema Corte evidenzia come non sia illegittimo ipotizzare, nella costruzione del nesso di causalità materiale nell'ambito del giudizio di responsabilità civile, una “scala discendente” che consenta di risarcire la perdita di *chance* anche qualora il raggiungimento del risultato finale sia meramente possibile: un livello di probabilità logica inferiore al 50% tra fatto ed evento, seppur insufficiente ad affermare la sussistenza del nesso eziologico necessario ai fini del risarcimento dell'utilità finale prospettata dall'attore, consente di risarcire il danno da perdita di *chance*.

Ne consegue che la domanda risarcitoria da perdita di *chance* differisce per *causa petendi* e *petitum* da quella attinente il risarcimento del danno per la lesione della situazione giuridica avente ad oggetto il bene finale.

Per un diverso filone giurisprudenziale (18), invece, non sussisterebbe una differenza in ordine alla prova del nesso causale per il risarcimento della *chance* e quello dell'ordinaria responsabilità civile.

Sottolinea tale orientamento che l'accoglimento della domanda risarcitoria per perdita di una concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un bene presuppone l'esistenza di elementi obiettivi da cui desumere non in via meramente potenziale ma con certezza o elevata probabilità l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile (19).

(13) S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2010, 49 ss.

(14) S. Mazzamuto, *op. cit.*, par. 2.

(15) S. Mazzamuto, *op. cit.*, par. 2.

(16) M. Barcellona, *Chance e causalità: preclusione di una virtualità positiva e provazione di un risultato utile*, in *Europa e*

dir. priv., 2011, 945 ss., par. 6.

(17) Cass., sez. III, n. 21619/2007, confermata dal Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 581.

(18) Cass., sez. I, 8 novembre 2011, n. 23240.

(19) Cass., sez. III, 11 maggio 2010, n. 11353.

Il danno da perdita di *chance* derivante dall'annullamento del provvedimento amministrativo e della procedura di evidenza pubblica

Evidenzia un illustre studioso come la nozione di *chance* elaborata dalla Corte di Cassazione sia stata valorizzata dalla giurisprudenza amministrativa quale criterio generale per il risarcimento degli interessi legittimi pretensivi (20).

Diversamente che nel caso di interessi legittimi oppositivi - in cui l'illegittimità del provvedimento amministrativo implica *ex se* un danno risarcibile per la preesistenza del bene o della situazione di vantaggio nella sfera giuridica del privato - nell'ipotesi di interessi legittimi pretensivi, poiché il privato anela al conseguimento di un'utilità di cui non dispone, si pone il problema di verificare, in base ad un giudizio prognostico, la spettanza del bene della vita.

A prescindere dall'adesione ad una delle teorie sulla natura giuridica della *chance* si può concordare sicuramente con quell'opinione (21) che ne rinvia la necessità concettuale solamente nelle ipotesi in cui vi sia un'irrisolvibile incertezza epistemologica sulle cause che possono interagire sulla spettanza di un determinato risultato.

Giova precisare che il ricorso all'istituto della *chance* è legittimo solo qualora l'incertezza sia non solo *ex ante*, ma soprattutto *ex post* giuridicamente non accertabile.

L'incertezza epistemologica in ordine al giudizio di spettanza del risultato può essere imputabile sia alla mancanza di apposite leggi di copertura (pensiamo nell'ambito medico) sia all'irripetibilità del procedimento o del giudizio.

Nel diritto amministrativo in presenza di valutazioni tecniche o di discrezionalità tecnica appare possibile ricostruire *ex post* la spettanza del bene finale; di contro, in presenza di discrezionalità pura o mista il conseguimento del risultato vantaggioso rimane ontologicamente incerto, sicché si rende necessario il ricorso alla nozione di *chance* (22).

Ed invero, nel primo caso, l'incertezza sulla spettanza del risultato è superabile con un accertamento *ex post* il cui onere probatorio è ripartito ai sensi dell'art. 2697 c.c.; nel secondo caso, invece, l'in-

certezza sulla spettanza del risultato non è empiricamente risolvibile, cosicché solo in quest'ultima ipotesi può trovare ingresso la tutela di quell'entità giuridica autonoma che consiste nella "spettanza attuale di una mera possibilità".

Ciò posto, i settori dell'agire amministrativo maggiormente interessati dalle questioni attinenti alla perdita di *chance* sono indubbiamente quello del pubblico impiego e delle procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente. In tali settori, più che in altri, si riscontra quell'incertezza empirica sulla spettanza dipendente dall'ampia discrezionalità di scelta della pubblica amministrazione o dall'irripetibilità del procedimento amministrativo.

In particolare, nel settore degli appalti pubblici, l'art. 245-*quinquies* del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici) riconosceva espressamente il risarcimento dei danni procurati da una procedura illegittima al solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, onerato della prova della spettanza del bene finale.

Escluso il ristoro del pregiudizio subito dal partecipante alla gara non in grado di dimostrare la sussistenza delle condizioni di aggiudicazione della gara, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha per prima (23) ammesso la risarcibilità di posizioni qualificabili come *chance*, ossia della perdita della possibilità di partecipare o di aggiudicarsi un appalto pubblico.

Il legislatore ha dato seguito a siffatto indirizzo, a seguito dell'abrogazione e sostituzione della disposizione riferita, con l'art. 124, comma 1 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il quale consente genericamente il risarcimento del danno subito e provato. Viene, dunque, meno lo specifico riferimento al danno da mancata aggiudicazione, consentendosi il risarcimento del pregiudizio della *chance*.

Al riguardo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, aderendo in larga parte alla teoria "ontologica" della *chance* (24), ha riconosciuto la risarcibilità della perdita della possibilità di partecipare o di aggiudicarsi un appalto pubblico (25).

In ordine alla prova del nesso causale anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato si rinvia un orientamento che richiede una prova rigorosa del nesso causale corredata da un alto tasso di pro-

(20) F. D. Busnelli, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa con gli occhiali del civilista*, in *Dir. Amm.*, 2010, 531 ss., par. 9.

(21) M. Barcellona, *op. cit.*, par. 7.

(22) Cons. Stato, sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5323.

(23) *Ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 16 luglio 2007, n. 4013;

Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2006, n. 6540.

(24) Cons. Stato, 31 maggio 2011, n. 3278; Cons. Stato, sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8253.

(25) *Ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 16 luglio 2007, n. 4013; Cons. Stato, sez. V, 7 novembre 2006, n. 6540.

babilità (26) e un differente indirizzo giurisprudenziale (27) che consente il risarcimento della perdita di *chance* anche in presenza di una concreta possibilità di conseguire l'aggiudicazione.

A differenza di quanto constatato nei precedenti giurisprudenziali del giudice ordinario, dall'analisi delle decisioni del giudice amministrativo si evince come la parola "possibilità", riferita alla *chance*, sia sempre accompagnata dall'aggettivo "concreta". Si sostiene, pertanto, l'irrisarcibilità della *chance* in presenza di basse probabilità del verificarsi del risultato utile sperato che la rendono una mera aspettativa di fatto (28) (cd. *chance* irrisarcibile).

La *chance* come tecnica di risarcimento degli interessi procedurali

Un contributo dottrinario di oltre dieci anni fa (29), richiamando l'insegnamento di John Rawls, evidenziava come, tra le tre forme di giustizia individuate dal filosofo, vi fosse la "giustizia procedurale pura" in cui il risultato migliore non è prefigurato, ma è il frutto di un procedimento equo. Il giusto risultato è il precipitato del giusto procedimento. In questa prospettiva la disciplina del procedimento "configura una dimensione orizzontale dell'agire dell'amministrazione sia nei rapporti interni (con le altre amministrazioni) che esterni (con i privati); individua ed assicura infine una serie di opportunità che non si prestano ad essere rubricate a priori" (30). La violazione della norma procedurale si riflette, allora, negativamente su un'"opportunità" che ha natura sostanziale.

Il cd. "interesse procedimentale", cui i maggiori orientamenti dottrinari e giurisprudenziali riconoscono natura sostanziale (31), si proietta all'interno di un procedimento finalizzato al conseguimento o alla conservazione di un bene della vita che riman-

da al tradizionale criterio di distinzione tra interessi legittimi pretensivi ed oppositivi. Com'è noto, nel primo caso, il privato "aspira" a conseguire, attraverso l'azione amministrativa, un'*utilitas* non preesistente nel proprio patrimonio; nel secondo caso, l'*utilitas* è già assicurata al privato da una situazione giuridica sostanziale preesistente e può compiutamente essere appagata solo dall'inerzia della p.a. o dalla sua decisione di non provvedere.

L'interesse procedimentale costituisce così la *chance* procedimentale del privato per conseguire ovvero conservare un bene della vita oggetto o in ogni caso coinvolto nell'azione amministrativa (32).

La risarcibilità di questo particolare tipo di *chance* discendente dalle garanzie procedurali è stata per lungo tempo negata. La mera strumentalità di tali interessi al soddisfacimento di situazioni giuridiche finali li rendeva non risarcibili se non in rapporto all'esito del procedimento stesso.

Si sottolineava, infatti, che alcuni interessi procedurali, come l'affidamento sulla durata del procedimento, potessero integrare, di per sé, un'*utilitas* autonoma differente rispetto alla risultato finale. È il caso del danno da ritardo (33). Al contrario, si evidenziava come da altre pretese procedurali, quali la partecipazione o la comunicazione di avvio del procedimento, non emergesse "un interesse diverso da quello derivante dalla possibilità di influire sul contenuto del provvedimento finale e, conseguentemente, individuare uno spazio per la tutela risarcitoria che sia svincolato dall'esito del procedimento stesso" (34).

Per diversa opinione, però, l'interesse procedimentale è proiezione di un bene giuridico a sé stante rispetto al bene finale: il "giusto procedimento" (35). Secondo tale impostazione e richiamando la teoria "ontologica" si può affermare, allo-

(26) Cons. Stato, sez. IV, 12 febbraio 2012, n. 674.

(27) Cons. Stato, sez. IV, n. 8253/2010.

(28) Cons. Stato, sez. VI, n. 5323/2006.

(29) O. M. Caputo, *Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: natura del vizio e giudizio amministrativo*, in questa Rivista, 2003, 209 ss.

(30) O. M. Caputo, *op. cit.*, 209 ss.

(31) In tale orientamento vi sono autori che riconducono l'interesse procedimentale nell'alveo degli interessi legittimi (così in dottrina A. Travi, *Interessi procedurali e pretese partecipative: un dibattito aperto (a proposito di due contributi di Duret e Zito)*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 541 e in giurisprudenza Cons. Stato, Ad. Plen., 18 aprile 2006, n. 6) dei diritti soggettivi (in dottrina cfr. L. Bertonazzi, *Note sulla consistenza del cd. diritto di accesso e sul suo regime sostanziale e processuale: critica alle decisioni nn. 6 e 7 del 2006 con cui l'Adunanza Plenaria, pur senza dichiararlo apertamente e motivatamente, opta per la qualificazione della pretesa ostensiva in termini di interesse legittimo pretensivo*, in continuità con la decisione n. 16 del 1999, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, metricconverter165, in giurisprudenza Cons. Stato, sez. VI, 9 settembre 2005, n. 4686) o lo qualificano come situazione sostanziale autonoma (E. Follieri, *La pianificazione territoriale e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2000, 543).

(32) Non a caso, autorevole opinione R. Caranta, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Milano, 2001, 141 ss. qualifica l'interesse procedimentale come l'interesse ad un bene della vita, rappresentato dal procedimento.

(33) Sulla complessa vicenda relativa alla risarcibilità del danno da ritardo si rinvia a P. Cosmai, *Il danno da ritardo: tra risarcimento ed indennizzo*, in *Corr. Merito*, 2013, 1200 ss.

(34) V. Sigismondi, nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 2005, n. 7, in *Foro It.*, 2006, III, 1 ss. cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 21 aprile 2008, n. 246, in www.giustizia-amministrativa.it.

(35) Cfr. nota 32.

ra, che l'interesse procedimentale costituisce un'entità autonoma rispetto al risultato finale conseguibile con il procedimento amministrativo consistente nella possibilità di incidere sul predetto procedimento.

Sotto tale luce, l'art. 21-*octies* L. n. 241/1990, nella prima parte, può costituire non solo una regola sull'annullabilità del provvedimento amministrativo, ma anche un limite di "rilevanza" della *chance* procedimentale che, se non superato, non ne consente la risarcibilità.

Nel caso di provvedimento a contenuto vincolato, quindi, la *chance* procedimentale non sarebbe risarcibile stante l'irrilevanza dell'intervento partecipativo. Peculiare appare la regola di "rilevanza" per uno specifico onere procedimentale: la comunicazione di avvio del procedimento. Sul punto, l'art. 21-*octies*, seconda parte, ribadisce che il provvedimento amministrativo non è annullabile "per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". In questo caso, la regola di rilevanza/irrilevanza della *chance* procedimentale fa gravare il relativo onere della prova sulla pubblica amministrazione. L'ontologica incertezza sull'esito del procedimento non accertabile giuridicamente neanche *ex post*, in caso di mancanza di una comunicazione di avvio del procedimento, si risolve in favore del privato consentendo al giudice amministrativo di ritenere sussistente il nesso di causalità tra perdita della *chance* e danno patito.

La *chance* pretensiva e oppositiva

La sentenza in commento introduce nell'ambito del diritto amministrativo la distinzione tra *chance* pretensiva e oppositiva per la prima volta profilata nell'ambito della responsabilità medica (36).

Si è, infatti, evidenziato come la preesistenza della malattia in capo al paziente costituisca la negazione del concetto di *chance* tradizionalmente inteso, poiché, in questo caso, l'opportunità favorevole non preesiste in capo al soggetto. Ciò che preesiste sono le *chance* negative connesse alle potenzialità lesive della patologia (37).

Ed invero, se l'occasione favorevole tende a far conseguire al suo titolare un vantaggio futuro (es. il conseguimento di un appalto pubblico di lavori, o una progressione in carriera) si parlerà di *chance* pretensiva. Di contro, qualora l'occasione favorevole contenuta nella *chance* sia diretta a scongiurare il prodursi di uno svantaggio in capo al soggetto si parlerà di *chance* oppositiva. Nella responsabilità medica, in alcuni casi, l'intervento del medico può tendere a far conseguire al paziente un'utilità ulteriore senza la sussistenza di un preventivo stato patologico (es. chirurgia estetica), nella maggior parte dei casi, l'intervento medico, invece, tende ad interrompere o ad attenuare gli effetti di una sequenza causale già autonomamente innescatasi che potrebbe comportare delle conseguenze sfavorevoli in capo al paziente. In altre parole, in quest'ultimo caso la prestazione diagnostica e terapeutica tende ad "opporvi" al progredire di un evento negativo in capo al paziente. Il primo approfondito studio sul tema aveva sollevato motivate perplessità sulla risarcibilità della *chance* oppositiva evidenziando come la *fictio* sull'esistenza di un bene giuridico denominato "*chance* di guarigione" o "possibilità del risultato salvifico connesso all'intervento diagnostico" potesse snaturare in senso sanzionatorio la funzione della responsabilità civile (38). Di contro, la Suprema Corte ha affermato la risarcibilità di tale tipologia di *chance* evidenziando come «in tema di danno alla persona, conseguente a responsabilità medica, integra l'esistenza di un danno risarcibile alla persona l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, allorché abbia determinato la tardiva esecuzione di un intervento chirurgico, che normalmente sia da praticare per evitare che l'esito definitivo del processo morboso si verifichi anzitempo, prima del suo normale decorso, e risulti inoltre che, per effetto del ritardo, sia andata perduta dal paziente la "chance" di conservare, durante quel decorso, una migliore qualità della vita nonché la "chance" di vivere alcune settimane od alcuni mesi in più, rispetto a quelli poi effettivamente vissuti» (39).

Provato dal paziente la mancanza del fatto oppositivo da cui sorge la relativa *chance*, grava sul medico provare che il mancato o inesatto intervento terapeutico sia stato irrilevante nella determinazione del danno (40).

(36) U. Izzo, *Il tramonto di un "sottosistema" della R.C. La responsabilità medica nel quadro della recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Danno e Resp.*, 2005, 130-152.

(37) A. Fiori, *Problemi medico legali del danno non patrimoniale da perdita di chance*, in *Riv. It. Medicina Legale*, 2011, 39 ss.

(38) U. Izzo, *op. cit.*, *passim*.

(39) Cass., sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, in *CED Cass.*

(40) Cass. Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577.

La sentenza che si commenta utilizza la suindicata distinzione non solo a fini descrittivi, ma anche a scopi sistematici poiché la *chance* oppositiva si atteggiava in modo diverso rispetto alla *chance* pretensiva. Ed invero, nella *chance* oppositiva, la prova del nesso causale tra l'errato o mancato adempimento di uno specifico obbligo deve aver riguardo non alle probabilità della causazione dell'evento (che ubbidisce già ad un autonomo processo causale), ma all'aumento del rischio derivante dalla condotta omissiva o errata dell'agente (41).

Conclusioni. Un modello di risarcimento degli interessi procedurali

Il percorso motivazionale della sentenza in commento, da un lato, muove dagli orientamenti associati della giurisprudenza amministrativa in tema di risarcimento di *chance* nell'ambito degli appalti pubblici, ma, dall'altro, costituisce un innovativo arresto giurisprudenziale in ordine alla risarcibilità degli interessi procedurali con particolare riferimento all'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento prevista dall'art. 7 L. n. 241/1990. Come si osservato nel penultimo paragrafo, l'interesse procedimentale può costituire un'entità giuridica autonoma sussumibile nella categoria della *chance* poiché connessa alla possibilità concreta ed attuale di incidere sul procedimento. Seppur in modo icastico, la sentenza in commento ammette la risarcibilità della *chance* discendente da un obbligo procedimentale rimasto inadempito evidenziando, per la prima volta, come la risarcibilità degli interessi procedurali possa configurarsi non solo in presenza di *utilitas* da conseguire dalla pubblica amministrazione, ma da eventuali opportunità di conservazione frustrate da illegittimità procedurali.

L'inadempimento di un obbligo procedimentale può, infatti, aumentare il "rischio specifico" della perdita di un'utilità preesistente a meno che, tramite le presunzioni di legge (sia *iuris et de iure* sia *iuris tantum*) non se ne riesca ad affermare l'ininfluenza.

Al di fuori della materia degli appalti pubblici, la portata innovativa della sentenza rileva per l'aver chiaramente tratteggiato un modello generale di risarcimento degli interessi procedurali riuscendo a configurarli come una situazione giuridica autonoma sussumibile nell'alveo della *chance*.

Così qualificati, gli interessi procedurali possono assumere una valenza pretensiva e oppositiva rispetto all'agire della pubblica amministrazione e, così come in tema di responsabilità medica, *mutatis mutandis*, si rinvergono garanzie procedurali in grado di impedire e/o influire su un procedimento amministrativo potenzialmente dannoso per il privato.

La sentenza suggerisce, inoltre, un'ulteriore riflessione.

Il rapporto giuridico tra pubblica amministrazione e privato si è nel tempo trasformato in un rapporto complesso in cui si intrecciano varie situazioni giuridiche soggettive di diversa natura. L'introduzione di garanzie procedurali, portate dalla L. n. 241/1990, ha "arricchito" la tradizionale relazione tra privato e pubblici poteri incentrata sul binomio avente portata generale potestà-interesse legittimo aggiungendo ulteriori situazioni giuridiche attive e passive che possono avere la più varia natura (diritti soggettivi, sia di credito sia potestativi, aspettative, oneri, soggezioni).

Un approfondito studio sul tema (42) ha, infatti, definito la relazione giuridica tra pubblica amministrazione come un rapporto complesso, ossia come "un rapporto di rapporti giuridici diversi", in cui "fra le due situazioni generali esisterà un unico rapporto giuridico complessivo, ma fra le singole e specifiche situazioni particolari intercorreranno singoli e specifici rapporti giuridici che possiamo definire elementari".

La sentenza del CGA Sicilia, nell'ammettere la risarcibilità del danno per lesione di interessi procedurali, contribuisce a delineare (e differenziare) le singole situazioni giuridiche coinvolte in questo complesso intreccio di rapporti.

(41) Cfr. C. M. Bianca, *Diritto Civile*, V, Milano, 1994, 131-132.

(42) G. Di Giandomenico, *Rapporto giuridico e responsabilità*

civile, in: *Giur. It.*, 2006, 1543 ss., par. 8. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157.

Gara

Le “Relazioni pericolose” fra la verifica di anomalia e l’art. 21-*octies* della legge sul procedimento

T.A.R. LOMBARDIA, MILANO, sez. I, 31 gennaio 2014, n. 350 – Pres. Mariuzzo – Est. Simeoli –
Verbanco costruzioni s.r.l. c. Azienda Multiservizi Comunali AMSC s.p.a.

Nell’ambito della procedura di verifica delle offerte anormalmente basse (artt. 87 e 88 del codice dei contratti), la convocazione dell’offerente che abbia già fornito le proprie giustificazioni costituisce un segmento procedimentale di carattere indefettibile il cui mancato rispetto sortisce inevitabilmente effetto viziante sul provvedimento di esclusione. Non possono trovare applicazione nel caso in esame - e attraverso un’interpretazione di carattere estensivo - le previsioni di cui all’art. 21-*octies* della L. n. 241 del 1990 in tema di cc.dd. “illegittimità non invalidanti”, atteso che i margini applicativi di tale disposizione restano limitati “a ben altro tipo di fattispecie”. Allo stesso modo, non può ritenersi che la convocazione personale dell’offerente ai sensi dell’art. 88, comma 4 del codice dei contratti resti esclusa con riferimento alle procedure di appalto cc.dd. “sotto soglia”.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	(<i>In parte</i>) Cons. Stato, sez. VI, 6 agosto 2013, n. 4111
Difforme	Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2014, n. 227; id., sez. VI, 9 gennaio 2014, n. 42

Diritto

Omissis ritiene il Collegio che il ricorso sia solo parzialmente fondato.

(...) In primo luogo, non possono essere accolte le censure di carattere sostanziale. La valutazione globale operata dalla amministrazione sulle componenti dell’offerta ragionevolmente supportava il giudizio conclusivo di inattendibilità. Difatti, a fronte di una richiesta di giustificazione per singola componente di incidenza, la ricorrente non ha ritenuto di fornire (per quanto espressamente sollecitati) chiarimenti in ordine all’utile ed ai costi per la sicurezza, nonché rispetto ai costi di noli, macchinari di proprietà e spese generali. Elementi, soprattutto i primi due, imprescindibili per la valutazione della serietà dell’offerta. È sintomatico, del resto, come neppure nel corso del presente giudizio la ricorrente abbia dedotto alcunché in ordine a tali voci. In questo quadro, anche l’indicazione di due soli dipendenti per effettuare i lavori d’appalto (da effettuarsi tra l’altro in 9 Comuni diversi della provincia di Varese) legittimamente poteva essere fonte di ulteriori perplessità circa l’idoneità della struttura organizzativa approntata. I profili appena sunteggiati appaiono già sufficienti a “reggere” la valutazione di anomalia dell’offerta, pur dovendo

riconoscersi (questa volta in sintonia con la ricorrente) la non plausibilità del punto della motivazione relativa alla genericità della dimostrazione della capacità, la quale sembrerebbe non perspicuamente sovrapporre il piano della qualificazione dei concorrenti con quello della valutazione dell’offerta.

(...) Sotto altro profilo, la censura con cui si è dedotta la sproporzione tra le giustificazioni richieste e l’oggetto dell’appalto, è inammissibile perché introdotta per la prima volta soltanto con memoria. In ogni caso, deve rimarcarsene l’infondatezza, atteso che la stazione appaltante si è comunque limitata a richiedere quegli elementi di giustificazioni già esemplificati dalla disciplina di settore, per nulla sovrabbondanti al cospetto di interventi di manutenzione di una rete idrica.

(...) È fondato, per contro, il vizio procedimentale. È incontestata tra le parti l’omessa convocazione dell’offerente, prescritta quale segmento procedimentale indefettibile dall’art. 88, comma 4, c.c.p., e di cui non pare certo possa argomentarsi la portata non viziante, invocando una interpretazione estensiva dell’art. 21-*octies* della L. n. 241/1990, i cui margini applicativi sono limitati a ben altro tipo di fattispecie. Neppure appare consentita la sua pretermissione per gli appalti sotto soglia,

salvo quando (ma sul punto nulla è stato allegato dalle parti) la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentassero una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86 (cfr. art. 122, comma 9, del D.Lgs. n. 163/2006).

(...) Sennonché all'accoglimento del vizio procedimentale segue comunque la reiezione dell'azione risarcitoria. La parte ha chiesto e allegato soltanto il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione della gara di appalto (si indica, all'uopo, quale parametro risarcitorio il

5% sull'importo indicato in sede di offerta di gara); rispetto a tale evento di danno, tuttavia, non è possibile formulare alcuna positiva prognosi postuma, atteso che il tipo di vizio rilevato comporta unicamente una riedizione del procedimento senza alcun vincolo conformativo quanto al risultato finale. Non sussiste, dunque, il necessario nesso di causalità tra l'illegittimità accertata ed il nocumento di cui si chiede il ristoro. Residua, per contro, un danno da perdita della *chance* il quale, tuttavia, richiede una domanda e allegazioni autonome.

(...). Le spese di lite seguono la soccombenza come di norma.

IL COMMENTO

di Claudio Contessa

Il contributo esamina la recente decisione del TAR della Lombardia con cui è stato esaminato il ricorso proposto da una società operante nel settore degli appalti pubblici avverso il provvedimento di esclusione adottato per il negativo esito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. La sentenza risulta di notevole interesse in quanto se – per un verso – afferma la sostanziale correttezza del provvedimento di esclusione e respinge altresì la domanda risarcitoria (condannando inoltre l'impresa ricorrente alla rifusione delle spese di lite), per altro verso sancisce comunque l'illegittimità del provvedimento di esclusione per violazione dell'"indefettibile" obbligo procedimentale consistente nella personale convocazione dell'offerente nell'ambito della procedura di verifica dell'anomalia (D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 88, comma 4). La pronuncia in questione fornisce l'occasione per tornare nuovamente sul tema (estremamente dibattuto, ma mai completamente chiarito) dei confini applicativi della norma in tema di cc.dd. "illegittimità non invalidanti" (L. n. 241 del 1990, art. 21-*octies*).

Con la decisione in rassegna, il TAR della Lombardia ha reso statuizioni di indubbio interesse in ordine ai confini degli obblighi procedurali gravanti in capo alle amministrazioni nell'ambito dell'iter di verifica ed esclusione delle offerte anormalmente basse (artt. 87 e 88 del codice dei contratti).

In particolare, la sentenza in questione risulta di particolare interesse laddove ha affermato il carattere *indefettibile* della personale convocazione dell'offerente nell'ambito del procedimento di verifica e ha concluso nel senso del carattere inevitabilmente viziante del mancato rispetto di tale obbligo (non potendo deporre in senso contrario la condizionalità *au fond* delle ragioni *sostanziali* poste a fondamento della disposta esclusione).

Pertanto, la decisione in rassegna fornisce all'interprete ulteriori spunti di notevole interesse sul dibattito (sviluppatosi in modo molto intenso nel corso degli ultimi anni ed evidentemente non per-

venuto ancora a conclusioni univoche) relativo al rapporto fra *forma* e *sostanza* nelle determinazioni amministrative e giurisdizionali conseguenti a violazioni di carattere procedimentale (1).

La fattispecie devoluta all'esame dei Giudici lombardi e i relativi presupposti in fatto e in diritto

La vicenda sottesa alla pronuncia in rassegna può essere sintetizzata in modo piuttosto agevole, presentando tratti comuni con numerose vicende analoghe.

Nel novembre del 2009, l'Azienda lombarda Multiservizi Comunali s.p.a. aveva indetto una gara a procedura aperta, mediante offerta segreta con percentuale unica di ribasso sull'elenco dei prezzi unitari, avente ad oggetto lavori di scavi, reinterri, ripristini, opere murarie collaterali, forniture inerti, noleggi ed eventuali estensioni di reti di acqua, gas

(1) Sul punto, cfr.: A. Pubusa, *Forma e sostanza nel procedimento. Considerazioni sull'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990*, in *Diritto pubblico*, 2006, 2, 511 ss.; D. Sorace, *Il princi-*

pio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo, in www.a-strid-online.it.

e fognatura suddivisi in tre lotti concernenti diversi territori comunali.

L'impresa V.C. s.r.l. (ricorrente in primo grado) aveva partecipato alla gara per uno solo dei lotti contemplati dalla *lex specialis* di gara, avente ad oggetto lavori prevalenti sulle reti dell'acquedotto e della fognatura al servizio di nove comuni della provincia di Varese per un importo a base di gara di 300mila euro.

L'impresa in questione offriva il maggior ribasso fra le offerte in gara (con una percentuale in diminuzione pari al 24,35%) e, siccome la sua offerta ricadeva nei parametri di anomalia di cui all'art. 86, comma 1 del codice dei contratti, veniva chiamata a rendere le proprie precisazioni ai sensi dell'art. 87, comma 1, del medesimo codice (2).

Con il provvedimento impugnato in primo grado, la società appaltante dichiarava la non sufficienza delle giustificazioni fornite e disponeva quindi l'esclusione della società V.C. s.r.l. dalla gara (art. 88 del codice) sulla base di tre autonomi ordini di rilievo: I) il primo, relativo ai prezzi delle categorie di lavori richiesti; II) il secondo, relativo alla consistenza numerica del personale messo a disposizione per l'esecuzione dei lavori; III) il terzo, relativo alla capacità stessa dell'offerente di eseguire i lavori messi a gara.

Il provvedimento di esclusione veniva, quindi, impugnato dinanzi al TAR della Lombardia dalla società V.C. la quale ne chiedeva l'annullamento e instava, altresì, per il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione dell'appalto, quantificato nella misura del 5 per cento dell'importo indicato in sede di offerta.

Nelle more, era accaduto che l'appalto fosse aggiudicato ad altra impresa in gara e che le lavorazioni fossero state completate.

Ciononostante, la ricorrente V.C. insisteva per l'accoglimento del ricorso e per l'annullamento della disposta esclusione ai sensi dell'art. 34, comma 3 del c.p.a. (3).

In particolare, la società ricorrente sottolineava che l'esclusione dalla gara fosse viziata per un insuperabile *error in procedendo* in quanto l'amministrazione aggiudicatrice si era limitata ad esaminare –

e a ritenere infondate – le deduzioni offerte in sede di precisazioni scritte (art. 88, comma 2 del codice) senza procedere in alcun modo a convocare personalmente l'offerente ai sensi del comma 4 del medesimo art. 88 (4).

Nel merito, la società ricorrente insisteva affinché fosse dichiarata l'illegittimità ed erroneità delle ragioni poste a fondamento della disposta esclusione e chiedeva al Giudice adito la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del pregiudizio patito, nella sola forma del danno da mancata aggiudicazione, quantificato nella misura del 5 per cento dell'offerta formulata.

Nel merito: il giudizio del TAR di Milano

Il Tribunale meneghino, pur accogliendo (per le ragioni che fra breve si esporranno) il motivi di ricorso con cui si era lamentata la violazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice delle regole procedurali in tema di verifica dell'anomalia, conclude comunque per l'infondatezza del ricorso (e in particolare della domanda risarcitoria).

In primo luogo, il Collegio ritiene infondate le censure di carattere *sostanziale* formulate con riferimento alle singole precisazioni e giustificazioni.

Al riguardo il TAR afferma che la valutazione globale operata dalla amministrazione sulle componenti dell'offerta ragionevolmente supportasse il giudizio conclusivo di inattendibilità.

Sotto questo aspetto, il Tribunale basa il proprio convincimento sugli elementi desumibili "allo stato degli atti" (i.e.: in base al medesimo sostrato fattuale e documentale valutato dall'amministrazione aggiudicatrice), senza considerare l'apporto che l'impresa concorrente avrebbe potuto addurre nel caso in cui si fosse proceduto alla sua successiva convocazione ed audizione.

Anzi, il Collegio sottolinea come neppure nel corso del giudizio l'impresa ricorrente abbia addotto elementi *ulteriori* atti a persuadere della non anomalia dell'offerta formulata.

In particolare, è stato affermato che, a fronte di una richiesta di giustificazione per singola componente di incidenza, la ricorrente non ha ritenuto di fornire (per quanto espressamente sollecitata) chia-

(2) "Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante chiede all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara, nonché, in caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relative agli altri elementi di valutazione dell'offerta (...). All'esclusione può provvedersi solo all'esito dell'ulteriore verifica, in contraddittorio".

(3) Secondo la disposizione richiamata, "quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori".

(4) "Prima di escludere l'offerta, ritenuta eccessivamente bassa, la stazione appaltante convoca l'offerente con un anticipo non inferiore a tre giorni lavorativi e lo invita a indicare ogni elemento che ritenga utile".

rimenti in ordine all'utile ed ai costi per la sicurezza, nonché rispetto ai costi di noli, macchinari di proprietà e spese generali.

E si trattava (sempre secondo i Giudici milanesi) di elementi imprescindibili per la valutazione della serietà dell'offerta.

«I profili appena sunteggiati – osserva al riguardo il TAR – appaiono già sufficienti a “reggere” la valutazione di anomalia dell'offerta, pur dovendo riconoscersi (questa volta in sintonia con la ricorrente) la non plausibilità del punto della motivazione relativa alla genericità della dimostrazione della capacità, la quale sembrerebbe non perspicuamente sovrapporre il piano della qualificazione dei concorrenti con quello della valutazione dell'offerta».

Concludendo sul punto, il Tribunale milanese conclude nel senso della correttezza *sotto il profilo sostanziale* della disposta esclusione, non emergendo in atti alcun elemento idoneo ad infirmare le conclusioni delineate *in parte qua* dall'amministrazione e non avendo la ricorrente addotto alcun elemento determinante in tal senso neppure nel corso del giudizio.

A conclusioni affatto opposte i Giudici milanesi pervengono per ciò che attiene gli aspetti procedurali della vicenda.

Al riguardo il TAR afferma il carattere *indefettibile* della convocazione personale (e successiva audizione) del ricorrente nell'ambito del particolare sub-procedimento delineato dagli artt. 87 e 88 del codice dei contratti e, di conseguenza, afferma l'effetto irrimediabilmente viziante che sulla complessiva fattispecie sortisce la carenza di tale convocazione.

In poche battute viene poi esaminata (ed esclusa) la possibilità che in siffatte ipotesi alla carenza dello specifico segmento procedimentale possa essere annessa valenza non invalidante (5) alla luce del comma 2 dell'art. 21-*octies* della L. n. 241 del 1990.

Tale possibilità viene recisamente esclusa dal Tribunale, il quale (peraltro, con formulazione piuttosto ellittica) osserva che i margini applicativi della disposizione in parola “sono limitati a ben altro tipo di fattispecie”.

Al riguardo (e pur non rinvenendosi nell'ambito della decisione specificazioni sul punto) sembra che l'affermazione del TAR risulti fondata su un duplice ordine di ragioni:

- in primo luogo, pur dovendosi ammettere che l'amministrazione ha realizzato nel caso in esame una violazione delle “norme sul procedimento”, la stessa non è ammessa a fornire alcuna indicazione in ordine alla correttezza sostanziale del proprio operato, atteso che tale possibilità resta ammessa per le sole ipotesi di *provvedimenti vincolati* (laddove, invece, alle valutazioni compiute dall'amministrazione nel corso del procedimento di verifica di anomalia dell'offerta non potrebbe certamente essere riconosciuto un siffatto carattere di vincolatività) (6);

- in secondo luogo, non è dato nel caso in esame fare applicazione della possibilità di cui al secondo periodo del comma 2 dell'art. 21-*octies*, cit., il quale esclude il carattere invalidante del vizio quante volte l'amministrazione intimata dimostri in giudizio (come in effetti è avvenuto nel caso in esame) che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Ciò, in quanto tale possibilità sussiste unicamente nell'ipotesi di omessa comunicazione di avvio del procedimento.

Allo stesso modo, i Giudici milanesi esaminano ed escludono in poche battute l'ipotesi per cui la regola procedimentale di cui all'art. 88, comma 4 possa ritenersi applicabile per i soli appalti di rilevanza comunitaria e non anche per le ipotesi – quale quella in esame – in cui l'affidamento si attestasse al di sotto di tale soglia di rilevanza.

Al riguardo, il TAR lombardo si limita ad osservare che tale esclusione sarebbe stata possibile solo laddove la stazione appaltante si fosse avvalsa della facoltà di prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentassero una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art. 86 (cfr. art. 122, comma 9, del D.Lgs. n. 163 /2006).

Ma non avendo le parti in causa fornito alcuna allegazione in tal senso, non sussiste alcuna ragione testuale o sistematica per ritenere che la più volte

(5) Il termine “illegittimità non invalidante” è mutuato da S. Giacchetti, *Una novità nel settore degli OGM: l'illegittimità invalidante/non invalidante creata dall'art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990*, in *Cons. Stato*, 2005, 9, II, 1627. Sul punto sia anche consentito rinviare a: C. Contessa, *La previsione di ipotesi di “illegittimità non invalidante” fra pregiudiziale amministrativa e logica della spettanza*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2006.

(6) Ci si riferisce, come è evidente, al primo periodo del secondo comma dell'art. 21-*octies*, cit., secondo cui “non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o della forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

richiamata regola procedimentale non fosse destinata a trovare applicazione nel caso in esame.

Spunti sistematici di interesse: ancora sul piano formale o sostanziale delle valutazioni sottese all'esame dei vizi di carattere meramente procedimentale

La decisione in rassegna propone una soluzione per alcuni versi originale in ordine alla dibattutissima questione relativa alla valenza dei vizi di carattere meramente procedimentale quante volte sia pacifico che un errore nell'applicazione delle norme sul procedimento si sia verificato ma – allo stesso tempo – sia anche chiaro che l'adozione del provvedimento favorevole non sarebbe in concreto spettata al ricorrente (7).

Come si è osservato in precedenza, la sentenza in rassegna:

- ha dapprima esaminato le ragioni di carattere *sostanziale*, ritenendo complessivamente congruo e ragionevole il giudizio di inattendibilità dell'offerta espresso nei confronti della ricorrente e la sua conseguente esclusione dalla gara. La ricorrente, quindi, è stata correttamente esclusa dalla procedura;

- ha successivamente esaminato le censure di ordine *procedimentale* e ha ritenuto che l'amministrazione avesse omesso un passaggio indefettibile (la convocazione personale dell'offerente di cui al comma 4 dell'art. 88 del codice dei contratti). Sotto questo aspetto il ricorso è stato accolto, stante la ravvisata illegittimità che ha caratterizzato il tratto procedimentale in parola;

- ha, infine, esaminato la domanda risarcitoria e l'ha rigettata ritenendo che la ricorrente non avesse provato la spettanza del risultato finale atteso (l'aggiudicazione finale della gara) e che la mera sussistenza di una illegittimità di carattere procedimentale non offrisse alcun elemento in tal senso.

Ad avviso di chi scrive, l'approccio trasfuso nella decisione in esame non risulta del tutto condivisibile in quanto – pur muovendosi nel solco di un orientamento non isolato (8) – finisce per annettere un rilievo tendenzialmente prevalente ai profili *meramente procedimentali* rispetto a quelli *di ordine sostanziale* riferiti alla c.d. “logica della spettanza”.

E l'approccio in questione appare tanto meno condivisibile nelle ipotesi in cui – come nel caso in esame – è lo stesso Giudice a ritenere (in base all'esame puntuale degli atti di causa) che la pretesa vantata in giudizio fosse in concreto infondata (9).

Ma procediamo per gradi.

La decisione in rassegna, pur nella sinteticità della sua formulazione, opera un richiamo certamente corretto alle previsioni di cui all'art. 21-*octies* della L. n. 241 del 1990 e rileva – altrettanto correttamente, sia pure in modo sostanzialmente implicito – che tale disposizione non postuli la generalizzata irrilevanza dei vizi di carattere procedimentale laddove il contenuto dispositivo dell'atto risulti comunque corretto.

Il riferimento, come è evidente, va al fatto che la L. n. 15 del 2005 non ha comportato – come pure da qualche parte ritenuto – la totale irrilevanza delle violazioni meramente procedimentali, alla stregua di quanto previsto dal Paragrafo 46 della

(7) Sul più generale tema dell'art. 21-*octies* della L. n. 241 del 1990 (come introdotto dalla novella del 2005), senza alcuna pretesa di esaustività, ci si limiterà a richiamare F. Saitta, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, comma ult. e 21-*octies*, comma 2, L. n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 6, 2295 ss.; id., *Omessa comunicazione dell'avvio del procedimento: il lupo perde il pelo, ma non il vizio (ovvero "in claris ... fit interpretatio")*, in *www.giustamm.it*, n. 1/09; L. Ferrara, *La partecipazione fra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. Amm.*, 2008, 103 ss.; E. M. Marengi, *Giusto procedimento e processuale procedimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 4, 961 ss. (in specie, i paragrafi 2 e 3); S. De Felice, *Tecniche di tutela del g.a. nei confronti dei comportamenti illeciti della p.a.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 4, *passim*; D. U. Galetta, *Notazioni critiche sul nuovo articolo 21-*octies* della L. n. 241/90*, in *www.giustamm.it*.

(8) Si ritiene qui di richiamare l'orientamento (invero, anteriore alla L. n. 15 del 2005) il quale aveva sottolineato l'efficacia in ogni caso viziante dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento, a nulla rilevando – in senso contrario – l'eventuale prova del fatto che l'eventuale partecipazione non avrebbe comunque potuto addurre elementi utili per pervenire

a un diverso esito finale. Al riguardo, si ritiene di segnalare Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2003, n. 119, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 1, 199, secondo cui “richiedere al ricorrente di dimostrare in concreto che la sua partecipazione al procedimento avrebbe determinato un diverso esito svuota la portata innovativa dell'istituto della partecipazione (si arriverebbe a rendere sempre irrilevante il motivo di ricorso: il diverso esito del procedimento finirebbe per dipendere unicamente dalla fondatezza degli ulteriori motivi di ricorso con conseguente impossibilità di accoglimento dell'impugnazione per il solo di vizio di omessa comunicazione).

In procedimenti caratterizzati da un'elevata discrezionalità risulterebbe estremamente difficile, per il giudice amministrativo, valutare se l'apporto partecipativo e collaborativo del privato sarebbe stato (in concreto) tale da determinare una diversa ponderazione comparativa dell'interesse particolare in relazione all'interesse primario”.

(9) Si è detto in precedenza che i Giudici lombardi, pur accogliendo il motivo di ricorso relativo alla mancata convocazione personale dell'offerente, hanno comunque esaminato le giustificazioni addotte dall'appellante a supporto della complessiva inattendibilità dell'offerta, giungendo a conclusioni negative per la sussistenza di almeno tre profili ostativi e respingendo altresì la domanda risarcitoria.

Verwaltungsverfahrensgesetz (Legge tedesca sul procedimento amministrativo) (10).

È appena il caso di ricordare al riguardo che, in sede di approvazione della proposta normativa che sarebbe in seguito divenuta legge (si tratta della n. 15 del 2005), il Parlamento decise di non accogliere l'iniziale, più radicale formulazione la quale postulava la radicale non annullabilità "[del] provvedimento adottato in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Al contrario, come è noto, la novella del 2005 ha nel suo testo finale fissato il principio della non annullabilità dell'atto amministrativo violativo delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti (ovvero, delle disposizioni in tema di comunicazione di avvio del procedimento), ma a una duplice condizione:

- che, a fronte di *provvedimenti a contenuto vincolato*, sia palese che il contenuto dispositivo dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato;

- che, anche in caso di *provvedimenti discrezionali* non preceduti dalla rituale comunicazione di avvio, l'amministrazione abbia dimostrato in giudizio che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato.

Pertanto (e a un esame – per così dire – “di primo livello”) la statuizione in rassegna sembrerebbe *prima facie* condivisibile per aver ritenuto che, nel caso in esame, non si versasse in alcuna delle ipotesi “esimenti” di cui al richiamato art. 21-*octies*: I) non nell'ipotesi di cui al primo periodo del comma 2 (atteso che le valutazioni proprie del procedimento di verifica dell'anomalia risultano connotate dalla spendita di discrezionalità tecnica); II) non nell'ipotesi di cui al secondo periodo del medesimo comma 2 (atteso che la violazione procedimentale contestata all'amministrazione non riguardava l'omessa comunicazione di avvio, bensì l'omessa convocazione e successiva audizione ai sensi dell'art. 88, comma 4 del codice dei contratti).

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, la decisione in rassegna (che, pure, declina in modo apparentemente ineccepibile il disposto testuale del più volte

richiamato art. 21-*octies*) non appare condivisibile in quanto giunge a riconoscere autonomo valore viziante al mancato rispetto delle regole del procedimento amministrativo in quanto tale (*i.e.*: a prescindere dalla fondatezza *in senso sostanziale* della pretesa vantata), in tal modo pervenendo alla conclusione – sino ad oggi esclusa da prevalenti orientamenti – dell'autonoma tutelabilità di *interessi di carattere meramente procedimentale* (11).

In tal modo, pure a fronte di ipotesi (quale quella all'origine dei fatti di causa) in cui risulta con evidenza che al ricorrente non spettasse il preteso *bene della vita* (l'aggiudicazione della gara), nondimeno costui potrà risultare vittorioso in giudizio e ottenere l'annullamento di un atto di esclusione nella sostanza corretto, con conseguente prevalenza degli aspetti formali e procedurali della questione su quelli sostanziali.

Certo, potrebbe obiettarsi (come i Giudici lombardi sembrano aver obiettato) che in ipotesi quale quella che qui ricorre i Giudici non avrebbero potuto fare applicazione della teorica dell'illegittimità non invalidante di cui al comma 2 dell'art. 21-*octies*, sussistendo nel caso di specie un espresso impedimento normativo (*i.e.*: il fatto che ci si trovasse al cospetto di attività discrezionale e non vincolata, con conseguente impossibilità di fare applicazione del primo periodo del comma 2, *cit.*).

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, tale preteso impedimento potrebbe essere superato per almeno due ragioni.

In primo luogo poiché, in base alla tesi c.d. “processualistica” (12) in ordine al più volte richiamato articolo 21-*octies*, il ricorrente non potrebbe comunque vantare un *interesse in senso processuale* alla coltivazione della domanda di annullamento di un provvedimento (nel caso di specie, l'esclusione per anomalia dell'offerta) che, in base agli atti di causa, non avrebbe potuto che essere ri-adottato nella medesima veste e con il medesimo contenuto. Sotto tale aspetto, la carenza di interesse alla coltivazione dell'azione di annullamento opererebbe a prescindere dal carattere vincolato o meno del provvedimento di cui si tratta, atteso che la previsione legislativa della non annullabilità del provvedimento avrebbe carattere meramente ricognitivo

(10) La disposizione in questione, nel disciplinare le conseguenze dei vizi procedurali e di forma (*Folgen von Verfahrens- und Formfehlern*), stabilisce che “l'annullamento di un atto amministrativo, che non sia nullo (...) non può essere preteso per il solo fatto che esso sia venuto in essere in violazione di disposizioni sul procedimento, sulla forma o sulla competenza territoriale, ove risulti in maniera palese che la violazione

non abbia influito sul contenuto della decisione”. Sul punto, C. Contessa, *L'art. 21-*octies*, cit.*, 1116.

(11) C. Contessa, *L'art. 21-*octies*, cit.*, 1117.

(12) La tesi in questione è stata sviluppata, con ampiezza di argomenti, da R. Gisondi, *L'art. 21-*octies* della legge 241/1990 fra atto e processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2006, 1, 58 ss.

del generale principio processuale secondo cui l'interesse a ricorrere costituisce presupposto e condizione dell'azione in sede giurisdizionale (art. 100, c.p.c.).

Ma anche a non voler condividere gli assunti rinvenienti dalla tesi c.d. "processualistica" (invero, sottoposti a critica da una parte della giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato) (13), si ritiene comunque che in casi quale quello sottoposto ai Giudici lombardi non potesse ritenersi che il carattere *lato sensu* discrezionale dell'atto di esclusione ostasse all'applicazione del principio della non annullabilità.

Al riguardo, se per un verso occorre prendere atto che l'art. 21-*octies* espressamente limita l'applicazione del richiamato principio alle ipotesi in cui il provvedimento abbia *natura vincolata*, nondimeno occorre offrire della disposizione in esame una lettura coerente con la logica di sistema.

Ad avviso di chi scrive, in particolare, la previsione legislativa di cui all'art. 21-*octies* (in punto di non annullabilità del provvedimento amministrativo di *natura vincolata* il cui contenuto non avrebbe potuto essere diverso) deve necessariamente trovare applicazione anche nelle ipotesi in cui – come nel caso in esame – l'amministrazione abbia esaurito tutti i possibili margini di valutazione tecnico-discrezionale (14), in tal modo palesando il carattere sostanzialmente necessitato del provvedimento finale di esclusione. Del resto, una volta che le giustificazioni offerte dall'impresa siano risultate nella

sostanza non attendibili sulla base di un giudizio connotato da *discrezionalità tecnica*, l'amministrazione è tenuta ai sensi di legge ad escluderla dalla gara, non disponendo sotto tale aspetto anche di margini di *discrezionalità di tipo amministrativo*.

Si tratta, del resto, di un approccio che ha da ultimo rinvenuto un'espressa conferma nell'ambito del codice del processo amministrativo, il cui art. 31, comma 3 (che è riferito alla diversa questione dell'azione avverso il silenzio, ma i cui assunti assumono valenza generale) ha stabilito che "il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

Ad avviso di chi scrive, infatti, la richiamata lettura dell'art. 21-*octies* (volta a limitare in sede interpretativa i casi di non applicabilità dei principi in tema di illegittimità c.d. non invalidante – ivi comprese le ipotesi di attività discrezionale della p.a. –, in tal modo restituendo a tale disposizione l'intera gamma delle sue opzioni applicative) risulta del tutto conforme con i più recenti orientamenti sistematici volti a conferire centralità ai caratteri propri del *rapporto* controverso in ambito amministrativo, con tendenziale dequotazione degli aspetti ostativi di carattere meramente formale e procedimentale.

(13) In particolare: Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2007, n. 1307, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 3, 912 ss.

(14) Si osserva ancora una volta al riguardo che i Giudici lombardi hanno comunque esaminato (e respinto) tutti i motivi

inerenti le ragioni della ritenuta inattendibilità dell'offerta, in tal modo rendendo chiaro che l'impresa ricorrente non avrebbe potuto che essere esclusa dalla gara e hanno altresì respinto la domanda risarcitoria pure formulata dalla ricorrente.

Contributo unificato

L'incompatibilità del contributo unificato negli appalti pubblici con la direttiva ricorsi

T.R.G.A., TRENTINO A. ADIGE, TRENTO, sez. unica, ord. 29 gennaio 2014, n. 23 – Pres. Pozzi – Est. Stevanato

È ammissibile l'impugnazione con motivi aggiunti del provvedimento del Segretario Generale del Tribunale Amministrativo Regionale con il quale è richiesto al difensore del ricorrente di integrare il pagamento del contributo unificato. Pur avendo tali motivi aggiunti una valenza autonoma rispetto all'interesse principale dedotto in giudizio, hanno tuttavia una stretta connessione con l'oggetto principale del giudizio, in quanto il pagamento del contributo è stato imposto per il solo fatto di aver presentato il ricorso. Nella specie, dunque, si tratta di far valere un interesse oppositivo ad una pretesa patrimoniale dell'Ufficio giudiziario, il quale, seppur non rientrante nell'oggetto principale del giudizio, vi è intimamente collegato sia per fatto genetico-causale, sia per necessaria strumentalità all'esercizio della tutela dell'interesse all'annullamento dei provvedimenti inerenti l'affidamento del servizio, azionata innanzi al Tribunale Amministrativo. È in virtù della predetta connessione strumentale e causale (oltre che parzialmente soggettiva) che legittimamente sono stati innestati motivi aggiunti al ricorso originario (ex art. 43 c.p.a.).

È sottoposta alla giurisdizione generale di legittimità del g.a., ai sensi degli artt. 103, comma 1 e 113, comma 1, Cost. e dell'art. 7 c.p.a. la controversia inerente l'impugnazione del sollecito del Segretario Generale del Tribunale Amministrativo Regionale al difensore del ricorrente per integrazione del pagamento del contributo unificato, ancorché avente natura di tributo (così anche: Corte cost. n. 73/2005), in quanto, all'esame viene in evidenza un atto del Segretario generale del TRGA che ha natura e consistenza di provvedimento amministrativo, emanato nell'esercizio di discrezionalità tecnica, trattandosi dell'uso ed interpretazione di norme processuali.

Sussistono le condizioni per rimettere all'esame della Corte di giustizia dell'Unione Europea la seguente questione pregiudiziale di corretta interpretazione della normativa interna in rapporto a quella comunitaria sovraordinata: se i principi fissati dalla direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE e successive modifiche ed integrazioni, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, ostino ad una normativa nazionale, quale quella delineata dagli artt. 13, commi 1-*bis*, 1-*quater* e 6-*bis*, e 14, comma 3-*ter*, del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 (come progressivamente novellato dagli interventi legislativi successivi) che hanno stabilito elevati importi di contributo unificato per l'accesso alla giustizia amministrativa in materia di contratti pubblici.

La L. n. 228/2012, aggiungendo il comma 1-*quater* all'art. 13 del D.P.R. n. 115/2002, ha introdotto una sorta di sanzione occulta o indiretta nel caso di impugnazioni in appello dichiarate infondate, inammissibili o improcedibili per le quali il contributo unificato raddoppia, rivelatrice di un intento quasi intimidatorio a non insistere nell'azione giurisdizionale intrapresa ed a non "disturbare" oltre il giudice: come tale, sintomo ulteriore dell'irrazionalità ed iniquità dell'intera disciplina.

L'eccessiva somma da versare per il contributo unificato in materia di appalti pubblici, non solo all'atto di deposito del ricorso principale, ma anche per il deposito di ogni atto per motivi aggiunti o ricorso incidentale, nonché nella successiva eventuale fase di appello, incide in modo decisivo ed intollerabile: a) sul diritto di agire in giudizio, cioè sulla libertà di scelta di ricorrere al giudice amministrativo, da parte di tutti gli operatori economici interessati al mercato dei contratti pubblici, che intendano chiedere l'annullamento di un provvedimento illegittimo; b) sulle strategie processuali dei difensori, che saranno oltretutto condizionate anche dalla discriminazione tra operatori economici "ricchi", per i quali resta comunque conveniente accettare l'alea della tassazione elevata a fronte della prospettiva di ottenere un rilevante beneficio economico, all'esito eventualmente favorevole del giudizio, rispetto ad operatori economici modesti, per appalti non particolarmente lu-

crativi, per i quali potrebbe rivelarsi non affatto conveniente anticipare le anzidette somme così sproporzionate al valore (effettivo) dell'appalto; c) sulla pienezza ed effettività del controllo giurisdizionale sugli atti della pubblica amministrazione e sull'osservanza dello stesso principio costituzionale di buon andamento, al quale si ricollega strumentalmente il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva (ex artt. 24 e 113 Cost.; art. 1 c.p.a.; art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea; artt. 6 e 13 della Convenzione CEDU) e non solo apparente: cfr, sul punto, ad es.: Corte giust., grande sezione, 18 luglio 2013, n. 584, id., sez. III, 27 giugno 2013, n. 93; Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2; id., sez. V, 9 settembre 2013, n. 4474; id., sez. V, 15 luglio 2013, n. 3801.

A supporto dell'assoluta irrazionalità ed iniquità della scelta del legislatore nazionale nella determinazione degli importi del contributo unificato, va osservato che esso ha discriminato coloro che si rivolgono al giudice amministrativo rispetto a coloro che invocano la tutela del giudice civile o tributario: per i secondi, infatti, la tassazione è di gran lunga meno onerosa. Non è chi non veda, infatti, l'abnorme ed irragionevole sproporzione, nonché l'evidente e macroscopica disparità di trattamento nella tassazione tra i diversi giudizi appena menzionati.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non sono stati rinvenuti precedenti in materia
Difforme	(Sulla seconda massima nel senso della sussistenza della giurisdizione tributaria) Cass., Sez. Un., 17 aprile 2012, n. 5994; Cass., Sez. Un., 5 maggio 2011, n. 9840; Commiss. Trib. Prov. Milano, sez. II, ord. 3 giugno 2008, n. 56; Trib. Mantova, 29 gennaio 2008; Trib. Catania, sez. I, 18 marzo 2005; Commiss. Trib. Prov. Foggia, sez. XI, 15 aprile 2003, n. 100; (nel senso della sussistenza della giurisdizione ordinaria) Commiss. Trib. Prov. Cagliari, sez. II, 1° luglio 2003, n. 431

Omissis.

IL COMMENTO

di Luca Presutti (*)

L'ordinanza del TRGA di Trento n. 23/2014 costituisce un'importante occasione di porre fine al progressivo ed incalzante aumento dei costi di giustizia nel processo amministrativo nazionale in materia di appalti pubblici, mediante il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea. L'art. 13, comma 6-bis, del D.P.R. n. 115/2002, nel prevedere importi eccessivamente elevati del contributo unificato, appare evidentemente in contrasto con l'art. 1 della direttiva 665/1989/CEE (direttiva ricorsi) laddove afferma il principio dell'accessibilità alla giustizia. L'ordinanza, tuttavia, presta il fianco ad alcune obiezioni, soprattutto nella parte in cui ritiene sussistere la giurisdizione amministrativa e non la giurisdizione tributaria per la controversia inerente l'impugnazione dell'invito di integrazione del contributo unificato emesso dalla Segreteria del Tribunale Amministrativo.

Premessa

L'ordinanza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, Sezione Unica, 29 gen-

naio 2014, n. 23, offre notevoli spunti di ricerca in materia processuale, in quanto incidente certamente, da un lato, sull'inquadramento sistematico dell'istituto dei motivi aggiunti (1) ex art. 43 c.p.a. e,

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Siciliano, *Note sull'aggiunzione di motivi dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo*, in *Foro Amm. TAR*, 2011, 1445; Squazzoni, *L'Adunanza Plenaria si pronuncia sul termine per notificare i motivi aggiunti nel rito ex art. 23-bis*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 617; Manganaro, Tropea, *Ancora incertezza sul termine per i motivi aggiunti nel rito accelerato*, in questa *Rivista*, 2009, 988; Orofino, *In tema di motivi aggiunti, di atti presupposti e consequenziali, ed il rapporto tra norme comunitarie ed interne*, in *Foro It.*, 2008, PT. 3, 188; Rocco, *Appalti pubblici e concessioni di servizi tra motivi aggiunti di ricorso*

in primo grado e vizio di ultrapetizione, in questa *Rivista*, 2006, 1296; Franco, *Motivi aggiunti e oggetto del giudizio*, in questa *Rivista*, 2006, 1021; Fantini, *L'oggetto del giudizio speciale sul silenzio ed il problema dei motivi aggiunti*, in questa *Rivista*, 2006, 1429; Fraticelli, *Il ricorso per motivi aggiunti fra intervento legislativo e creazione giurisprudenziale*, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 2375; Fares, *Ricorso per motivi aggiunti e procura ad litem*, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 1285; Cacciavillani, *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 della legge TAR, come modificato dalla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, 181; Mauro, *Osservazioni sui motivi aggiunti di cui alla L. 205/2000*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 220; Iannotta, *Osservazio-*

dall'altro, sulla giurisdizione amministrativa in materia tributaria, con particolare riferimento al contributo unificato (2) di iscrizione a ruolo.

L'ordinanza, tuttavia, è destinata a divenire una pietra miliare per un'altra questione di notevole attualità, inerente l'elevatissimo costo delle spese di giustizia nell'ordinamento processuale nazionale, contrastante non solo con i principi costituzionali domestici di cui agli artt. 3, 24 e 113 Cost., ma anche con i principi di proporzionalità ed effettività della tutela tramandati dagli ordinamenti sovranazionali.

A ben vedere, infatti, i principi affermati dal Collegio trentino sulla natura dell'atto dei motivi aggiunti e sulla giurisdizione del giudice amministrativo in materia di contributo unificato sembrano essere stati finalizzati a promuovere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, affinché quest'ultima si pronunci sulla compatibilità dell'importo dei contributi unificati in materia di appalti di cui all'art. 13, comma 6-bis, lett. d) del D.P.R. n. 115/2002 con la c.d. "direttiva ricorsi", direttiva del Consiglio n. 665/89/CE del 21 dicembre 1989 e successive modificazioni e integrazioni.

I fatti di causa

La vicenda portata all'attenzione del TRGA di Trento trae origine da un ricorso promosso da uno Studio Infermieristico Associato contro una Azienda Pubblica di Servizi alla Persona per l'annullamento della proroga dell'affidamento della gestione del servizio infermieristico al soggetto che tale servizio aveva effettuato fino a quel momento.

La stazione appaltante, in seguito all'impugnazione, indicava una gara d'appalto per l'affidamento del servizio infermieristico con procedura negoziata.

Avverso gli atti di gara il ricorrente promuoveva tre motivi aggiunti.

A tal punto, il Segretario Generale del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento provvedeva a notificare al difensore della parte ricorrente un sollecito di pagamento per l'integrazione del contributo unificato soltanto parzialmente versato. Il ricorrente, infatti, aveva versato l'importo ordinario di euro 650,00, mentre, per la materia degli appalti pubblici, il contributo unificato, con riferimento allo scaglione più basso, ammonta ad euro 2.000,00.

Con il quarto atto di motivi aggiunti, pertanto, il ricorrente impugnava detto sollecito di pagamento innanzi allo stesso giudice, nonché la circolare del 18 ottobre 2011 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa e la circolare del Ministero della Giustizia di data 11 maggio 2012.

Il labile confine tra motivi aggiunti e ricorso autonomo

È noto che l'istituto dei motivi aggiunti appartiene storicamente al sistema processuale amministrativo, essendo per lo più estraneo ad altri ordinamenti processuali nazionali.

L'estraneità di tale strumento al processo civile si spiega in ragione della peculiarità del soggetto pubblico in relazione al comune cittadino.

La pubblica Amministrazione, infatti, da un lato, ha l'immediata conoscenza di tutti gli atti del procedimento rispetto alla parte privata e, dall'altro, è dotata del potere di incidere unilateralmente nella sfera del privato anche a prescindere dalla pendenza di un ricorso innanzi agli organi di giustizia amministrativa, in ossequio al principio della separazione dei poteri e al principio di continuità dell'azione amministrativa.

Di conseguenza, mentre nel processo civile fatti successivi all'introduzione del giudizio non incidono sulla materia del contendere in quanto fatti di

ni in tema di motivi aggiunti avverso un provvedimento sopravvenuto e riguardante soggetti diversi dalle parti originarie del giudizio, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 2049; Gallo, *Ammissibili i motivi aggiunti anche nei confronti di parti diverse da quelle originarie*, in questa *Rivista*, 2004, 329; Lamberti, *I motivi aggiunti alla luce del nuovo regime processuale*, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 1059; Divizia, *Considerazioni in tema di motivi aggiunti nel giudizio amministrativo: profili teorici e tecnica giudiziale*, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 1427; Mignone, *Il ricorso integrativo (ovvero i falsi motivi aggiunti) nel processo dinanzi ai Tribunali Amministrativi*, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 4174; Lipari, *I termini per la proposizione dei motivi aggiunti nel rito speciale disciplinato dall'articolo 23-bis*, in questa *Rivista*, 2002, 1182; Ferrari, *Motivi aggiunti al ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 143; Fracchia, *Motivi aggiunti, termine di decadenza e modifiche del petitum*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1996, 694; Cannada Bartoli, *Motivi aggiunti e ricorso aggiunto*,

in *Giur. It.*, 1994, 355; Vipiana, *Motivi aggiunti e doppio grado nel processo amministrativo in una recente decisione dell'Adunanza plenaria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, 91; Caianiello, *Motivi aggiunti nel giudizio amministrativo*, in *Enc. Giur.*, 1988; Gallo, *La modificazione della domanda nel processo amministrativo*, Torino, 1985; Mignone, *I motivi aggiunti nel processo amministrativo*, Padova, 1984.

(2) E. Di Giacomo, *Contributo unificato, competenza al giudice tributario* (nota a Cass. civ., Sez. Un., 17 aprile 2012, n. 5994), in *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 2012, 255; U. Perrucci, *Il contributo unificato è un tributo oppure no?* (nota a Comm. trib. Reg. Lombardia, sez. XLIV, 22 ottobre 2009, n. 165), in *Boll. Trib.*, 2010, 1, 57; A. Cardillo, *Natura del contributo unificato e controversie sulla sua riscossione coattiva*, in *Riv. cancellerie*, 2004, 39; A. Cardillo, *Questioni e quesiti in tema di contributo unificato*, in *Riv. cancellerie*, 2003, 528.

versi, nel processo amministrativo gli atti successivi a quello originariamente impugnato possono comportare l'improcedibilità del ricorso introdotto per sopravvenuta carenza di interesse.

L'istituto dei motivi aggiunti, tuttavia, è nato per una esigenza peculiare anche slegata dalla necessità di impugnare atti successivi a quello precedentemente impugnato.

Gli atti successivi, infatti, qualora lesivi di un interesse diretto, concreto e attuale, possono comunque essere oggetto di un nuovo ricorso, circostanza questa che offre comunque garanzie di tutela al cittadino leso.

I motivi aggiunti, invero, sono nati per l'esigenza di denunciare vizi ulteriori del medesimo provvedimento già impugnato, in un contesto in cui il ricorrente sia venuto a conoscenza di tali vizi soltanto successivamente per ragioni a lui non imputabili (3).

L'istituto in tal senso inteso ha origini giurisprudenziali (4) che si fanno risalire (5) alla nota decisione (6) del Consiglio di Stato, sez. IV, 18 agosto 1905, n. 369.

La necessità di portare all'attenzione del giudice amministrativo nuovi vizi dello stesso provvedimento in tempi successivi alla prosecuzione del ricorso è venuta in parte meno (7) con l'introduzione della L. n. 241/1990, con la quale è stato codificato il diritto di accesso, garantendo così al privato una conoscibilità degli atti amministrativi superiore rispetto ai tempi passati.

La disciplina dei motivi aggiunti ha trovato un espresso riferimento normativo soltanto in tempi decisamente recenti con L. n. 205/2000, che ha modificato l'art. 21 della L. n. 1034/1971, sancendo per la prima volta che tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti,

connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti.

Da questo momento, dunque, è nata la distinzione tra motivi aggiunti "propri", con i quali il ricorrente denuncia vizi ulteriori, prima sconosciuti, dello stesso provvedimento già impugnato, e motivi aggiunti "impropri", con i quali il ricorrente impugna atti successivi a quello già impugnato con ricorso principale.

Con l'introduzione del nuovo codice del processo amministrativo ad opera del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, l'istituto ha avuto una codificazione innovativa volta comunque a riaffermare la duplice natura precedentemente attribuita ai motivi aggiunti dalla giurisprudenza prima e dal legislatore dopo.

Ai sensi dell'art. 43 c.p.a., i ricorrenti possono introdurre con motivi aggiunti nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domande nuove purché connesse a quelle già proposte.

Emergono diversi punti di divergenza con la codificazione precedente di cui all'art. 21 della L. n. 1034/1971. È evidente che la nuova codificazione ha una formulazione talmente ampia da ricomprendere tanto i motivi aggiunti cd. impropri, quanto i motivi aggiunti cd. propri. Inoltre, scompare il riferimento normativo all'identità delle parti (8), peraltro già superato da una parte della giurisprudenza pregressa (9), in considerazione che comunque i motivi aggiunti in tal caso avrebbero potuto essere valutati come ricorso autonomo.

Per effetto della garanzia apportata al cittadino dal principio di trasparenza dell'azione amministrativa e soprattutto dall'accessibilità ai documenti amministrativi in tempi di regola inferiori a quelli previsti per proporre ricorso, l'esigenza di mantenere in vita i motivi aggiunti cd. propri è in parte venuta meno.

Oggi, pertanto, si può ragionevolmente affermare che il sistema dei motivi aggiunti risponde princi-

(3) Lamberti, *I motivi aggiunti alla luce del nuovo regime processuale*, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 1061.

(4) F. Satta, *Commento all'art. 43 c.p.a.*, in *Codice del Processo Amministrativo*, a cura di R. Garofoli, Gi. Ferrari, Roma, Tomo III, 797.

(5) F. Satta, *Giustizia Amministrativa*, 1997, 320.

(6) Cons. Stato, sez. IV, 18 agosto 1905, n. 369, in *Giust. Amm.*, 1905, I, 353.

(7) Mauro, *Osservazioni sui motivi aggiunti di cui alla legge 205/2000*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 220.

(8) A. Iannotta, *Osservazioni in materia di motivi aggiunti avverso un provvedimento sopravvenuto e riguardante soggetti diversi dalle parti originarie del giudizio*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 2049.

(9) T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, sez. I, 1° aprile 2008, n. 206, in *www.giustizia-amministrativa.it*; «La norma di cui all'art. 21, comma 1, della L. n. 1034/1971 deve essere interpretata nel senso che il mezzo processuale dei "motivi aggiunti" è utilizzabile anche se, in ragione del suo impiego, vengano a configurarsi ulteriori parti, in quanto la prescrizione di legge va ri-

ferita all'identità soggettiva delle parti principali del rapporto controverso (Autorità emanante e privato leso dall'esito del procedimento) e non anche a tutti i soggetti, pubblici o privati, interessati agli effetti degli atti adottati successivamente dalla medesima Amministrazione (v., tra le altre, C.G.A. Sicilia, 8 marzo 2007 n. 185)». Vedi anche nella stesso senso: T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 29 aprile 2009, n. 719, in *www.giustizia-amministrativa.it*; «Essendo i motivi aggiunti l'appropriata sede di trattazione delle censure proposte avverso atti connessi a quelli gravati in via principale, il ricorso autonomo che si limiti a riprodurre il testo dei motivi stessi va in linea di principio dichiarato inammissibile per violazione del principio del *ne bis in idem* (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 16 novembre 2005, n. 4044; *idem*, 7 settembre 2007, n. 5773). Orbene, la qualificazione delle stesse censure sia come motivi aggiunti al ricorso n. 712/2007, sia come ricorso n. 1248/2008, inducono a ritenere che la dichiarata valenza come impugnazione autonoma sia assorbita dalla più appropriata qualificazione come motivi aggiunti (T.A.R. Lombardia, sez. IV, 14 marzo 2007, n. 424)».

palmente alla *ratio* di esaminare nello stesso processo la legittimità della pluralità di atti che involgono lo stesso procedimento amministrativo, soprattutto nelle procedure ad evidenza pubblica dove vi è una notevole sequenza di atti lesivi in successione.

Del resto, la formulazione così ampia dell'art. 43 c.p.a. induce a ritenere che non vi sia ormai una apprezzabile distinzione tra ricorso autonomo e motivi aggiunti impropri, in quanto l'impugnazione di atti lesivi diversi della medesima procedura ad evidenza pubblica con ricorsi distinti potrebbe comunque essere oggetto di riunione ex art. 70 c.p.a.

A ben vedere, tuttavia, anche la decisione con distinte sentenze sulla legittimità di atti diversi della medesima procedura ad evidenza pubblica non pregiudica comunque l'interesse sostanziale del cittadino.

Inoltre, la nuova formulazione dell'art. 43 c.p.a. non parla né di atti né di vizi ulteriori, ma parla semplicemente di "domande nuove".

La considerazione ha notevoli risvolti soprattutto con riferimento all'azione risarcitoria, perché l'attuale lettera dell'articolo induce a ritenere che oggi con motivi aggiunti possa essere proposta anche una domanda volta ad invocare il risarcimento del danno sofferto dal ricorrente per l'illegittimità del provvedimento già impugnato con ricorso autonomo. In tal senso, si deve ritenere possibile l'innesto con motivi aggiunti di una azione risarcitoria su un'azione di annullamento già instaurata.

La connessione come elemento distintivo tra motivi aggiunti e ricorso autonomo

Nonostante l'ampiezza della formulazione dell'art. 43 c.p.a. è possibile emarginare un dato oggettivo, che consente l'individuazione dell'elemento giuridico che contraddistingue i motivi aggiunti rispetto al ricorso autonomo.

L'art. 43 c.p.a., infatti, richiede, ai fini dell'ammissibilità dei motivi aggiunti, la "connessione" delle domande.

Attingendo alle nozioni della dottrina (10) processualciviltistica, la connessione può essere soggettiva ovvero oggettiva.

La connessione soggettiva si verifica quando due o più cause hanno in comune tutti i soggetti, tanto che l'identità di uno solo di essi non è sufficiente a fondare la ragione di trattare più cause insieme (11).

La connessione oggettiva, invece, si verifica quando le cause, pur nella diversità dei soggetti, hanno elementi significativi comuni inerenti alla materia del contendere, tanto che la decisione in differenti processi potrebbe comportare divergenza di giudicati e provocare problemi di incompatibilità nell'esecuzione del giudicato dei diversi provvedimenti giudiziari.

Nel caso valutato dall'ordinanza in commento non sembra ricorrere l'elemento della connessione, in quanto non vi è comunanza né oggettiva né soggettiva del quarto atto per motivi aggiunti al ricorso originario e ai successivi tre motivi aggiunti.

A ben vedere, con il quarto atto di motivi aggiunti il ricorrente ha impugnato un provvedimento amministrativo che esula dalla sequenza di atti del procedimento amministrativo originario.

Il ricorso principale e i tre successivi motivi aggiunti hanno certamente una comunanza oggettiva poiché sono volti a contestare la legittimità degli atti della stazione appaltante nell'ambito di una procedura per l'affidamento di un servizio pubblico.

Totalmente estraneo alla materia del contendere è invece il quarto atto per motivi aggiunti con il quale si è lamentata l'illegittimità costituzionale di una pretesa patrimoniale di natura tributaria estranea al procedimento per l'affidamento del servizio pubblico.

È anche oltremodo evidente la totale assenza di connessione soggettiva, in quanto l'atto impositivo (*rectius* sollecito di pagamento) è intervenuto da una pubblica amministrazione diversa dalla stazione appaltante.

A conferma della totale estraneità del quarto atto di motivi aggiunti rispetto al processo vi è anche la considerazione che la decisione della legittimità della richiesta impositiva della Segreteria del Tribunale Regionale della Giustizia Amministrativa di Trento non incide in alcun modo sull'esito della procedura per l'affidamento del servizio pubblico.

In verità, sembra che il Collegio regionale abbia affermato la pertinenza del quarto atto di motivi aggiunti con il processo pendente in considerazione

(10) G. Gionfrida, *Appunti sulla connessione e continenza di cause*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1960, 130 ss.; P. D'Onofrio, *Connessione* (dir. proc. civ.), in *Novissimo Dig. It.*, IV, Torino, 1959, 101 ss.; V. De Petris, *Connessione* (dir. proc. civ.), in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 10 ss.; G. Tarzia, *Connessione di cause e «simultaneus processus»*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1988, 397 ss.; C. E. Balbi, *Connessione e continenza nel dir.*

proc. civ., in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988, 437 ss. e C. E. Balbi, C. Moretti, *ivi*, Agg., I, Torino, 2000, 202; G. Fabbrini, *Connessione* (dir. proc. civ.), in *Enc. Giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988, con postilla di E. Merlin.

(11) C. Mandrioli, *Diritto Processuale Civile*, Torino, 2011, Tomo I, 189.

ne di una connessione processuale, mentre nessuno ha mai dubitato che affinché si possa creare una comunanza oggettiva tra cause diverse è necessaria una connessione sostanziale.

Peraltro, anche la sospensione del processo per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea è del tutto inutile, poiché qualunque sia la decisione del giudice sovranazionale essa non influenza l'esito del ricorso principale e dei successivi tre motivi aggiunti.

In conclusione, nel caso di specie, il Collegio trentino avrebbe più correttamente dovuto disporre la separazione dei processi ex art. 39 c.p.a. e 103, comma 3, c.p.c., lasciando che la causa relativa alla legittimità dell'affidamento del servizio pubblico avesse uno sviluppo autonomo rispetto alla causa sulla legittimità della pretesa impositiva del Tribunale Amministrativo locale.

Il conflitto di giurisdizione in materia di contributo unificato

In materia di controversie sulla riscossione del contributo unificato di iscrizione a ruolo si registrano tre orientamenti: a) il primo ritiene sussistere la giurisdizione delle Commissioni Tributarie, in ragione della natura tributaria della pretesa impositiva; b) il secondo ritiene sussistere la giurisdizione ordinaria ai sensi dell'art. 9 c.p.c., in quanto il contributo unificato è riscosso da amministrazioni non finanziarie; c) il terzo orientamento, invece, ritiene sussistere la giurisdizione amministrativa per le ipotesi in cui la pretesa impositiva non sia ascrivibile ad uno degli atti impugnabili innanzi alle Commissioni Tributarie ex art. 19 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

Ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. n. 546/1992, appartengono alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie comunque denominati, restando escluse soltanto le controversie riguardanti gli atti della esecuzione forzata tributaria.

Per l'individuazione della natura tributaria della pretesa patrimoniale degli enti pubblici, si sono

elaborati due criteri (12) di indagine: a) il criterio strutturale; b) il criterio funzionale.

In base al primo criterio, la natura tributaria della pretesa patrimoniale dello Stato è individuata in relazione alla configurazione giuridica attribuita legislativamente. Secondo tale canone ermeneutico, dunque, notevole rilevanza ha il *nomen iuris* conferito dal legislatore all'entrata patrimoniale.

In base al secondo criterio, invece, la natura tributaria dell'entrata erariale va individuata in ragione della esistenza di una *potestas imperii* in capo all'ente impositore, volta all'affermazione di una pretesa funzionalizzata al soddisfacimento dell'interesse pubblico sotteso all'imposizione fiscale, anche a prescindere dall'esistenza di un'attività dell'amministrazione finanziaria a fronte della richiesta. L'eventuale attività svolta dall'amministrazione, in tal caso, può costituire soltanto il presupposto dell'imposta. In base a tale criterio, infatti, si distinguono le entrate di diritto privato, che consistono nel corrispettivo per un'attività economica, ancorché effettuata da un ente formalmente pubblico, dalle entrate di diritto pubblico, *sub specie* tributarie.

L'esistenza della posizione soggettiva di interesse legittimo tributario, tuttavia, non è sufficiente ad affermare la giurisdizione del giudice tributario, in quanto gli atti impositivi impugnabili innanzi alle Commissioni Tributarie sono sorretti da un regime di tipicità.

L'art. 19 del D.Lgs. n. 546/1992, infatti, contiene un catalogo ben definito di provvedimenti avverso i quali il ricorso può essere proposto.

Da tale constatazione discende la conseguenza che la giurisdizione tributaria è esclusa se l'atto con il quale è richiesto il pagamento non è autonomamente impugnabile ovvero se la sua impugnazione è devoluta alla cognizione di altro giudice.

La giurisprudenza, tuttavia, ha privilegiato una lettura estensiva dell'art. 19 del D.Lgs. n. 546/1992 ampliando la categoria degli atti impugnabili fino a ricomprendere anche atti che, ancorché non formalmente ricompresi nell'elenco, abbiano però i requisiti di sostanza di una pretesa impositiva dell'amministrazione finanziaria (13).

(12) S. Pellegrini, *L'invito di pagamento emesso dal tribunale in caso di insufficiente versamento del contributo unificato è atto impugnabile*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, 1, 50, dove sul tema l'Autore richiama A. Fedele, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2003, 14.

(13) Con specifico riferimento all'impugnabilità innanzi alle Commissioni tributarie dell'invito di integrazione del contributo unificato si segnala Comm. trib. prov.le Foggia, sez. XI, 15 aprile 2003, n. 100, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, 1, 50, "Il contributo unificato, in quanto fattispecie sostitutiva dell'imposta di bollo,

ha natura di prestazione imposta rientrando nel concetto di tributo. Ne consegue che sussiste la giurisdizione delle commissioni tributarie avverso l'invito di pagamento emesso a titolo di integrazione del contributo versato per l'iscrizione a ruolo di una causa". Ancora in giurisprudenza sull'impugnabilità degli atti estranei al catalogo di cui all'art. 19 del D.Lgs. n. 546/1992 vedi Cass., sez. trib., 11 maggio 2012 (23 febbraio 2012), n. 7344, in *GT Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2012, 8-9, 50, "Nonostante l'elencazione tassativa degli atti impugnabili contenuta nell'art. 19 del D.Lgs. n. 546/1992, il contribuente può

In tale direzione, in diverse occasioni, è stato considerato ammissibile il ricorso avverso i meri solleciti di pagamento che, a rigore strettamente scientifico, non possono essere considerati provvedimenti amministrativi, in quanto non hanno l'attitudine a conferire definitività alla pretesa amministrativa (14).

Il contributo unificato di iscrizione a ruolo è un'entrata tributaria assimilabile alla categoria delle tasse, come pretesa patrimoniale susseguente alla richiesta del cittadino di accedere al servizio della giustizia.

Nonostante nessuno abbia mai dubitato della natura tributaria del contributo unificato si sono però registrati diversi orientamenti sul giudice dotato di giurisdizione.

Secondo l'orientamento maggioritario (15) la natura tributaria del contributo unificato sarebbe di per sé sola sufficiente ad individuare la cognizio-

ne del giudice tributario, in quanto la tipicità degli atti impugnabili, vista l'interpretazione estensiva, non sarebbe assolutamente a tal fine ostativa.

Secondo un orientamento minoritario (16), invece, la cognizione della controversia inerente la riscossione del contributo unificato è devoluta al giudice ordinario, nonostante la sua natura tributaria, perché i rapporti tributari che possono essere dedotti dinanzi alle Commissioni tributarie sono soltanto quelli che attengono ai tributi applicati dall'Amministrazione finanziaria dello Stato e dagli enti locali. Tale tassa, al contrario, è applicata dal Ministero della Giustizia, che è soggetto estraneo e diverso all'amministrazione finanziaria. Del resto, ai sensi dell'art. 9 c.p.c. il tribunale non solo è competente per tutte le cause che non sono di competenza di altro giudice, ma è altresì esclusiva-

impugnare anche atti diversi da quelli contenuti in detto elenco, purché espressione di una compiuta pretesa tributaria. Anche la comunicazione di irregolarità ex art. 36-bis (cd. avviso bonario), portando a conoscenza del contribuente una pretesa impositiva compiuta, è immediatamente impugnabile".

(14) Sul tema vedi A. Guidara, *Ragioni e possibili implicazioni dell'affermata impugnabilità delle comunicazioni di irregolarità*, in *GT Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2012, 8-9, 659; S. Pellegrini, *L'invito di pagamento emesso dal tribunale in caso di insufficiente versamento del contributo unificato è atto impugnabile*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, 1, 50.

(15) Cass. civ., Sez. Un., 17 aprile 2012, n. 5994, in *Diritto e Giustizia online*, 2012, 18 aprile; "L'opposizione ex art. 617 c.p.c., con la quale si fanno valere asseriti vizi della cartella di pagamento emessa in esito ad iscrizione a ruolo del contributo unificato previsto dall'art. 9 D.P.R. n. 115/2002, rientra nella competenza giurisdizionale del giudice tributario, atteso che il contributo unificato in oggetto ha natura di entrata tributaria e che il controllo della legittimità delle cartelle esattoriali, configurando queste atti di riscossione e non di esecuzione forzata, spetta, quando le cartelle riguardino tributi, al giudice tributario in base alla previsione degli artt. 2, comma 1, e 19 lett. d), D.Lgs. n. 546/1992"; Cass. civ., Sez. Un., 5 maggio 2011, n. 9840, in *Foro It.*, 2012, 3, I, 880; *Giust. Civ. Mass.*, 2011, 5, 696; *Giust. Civ.*, 2012, 5, I, 1311; *Diritto e Giustizia online*, 2011, 10 maggio "Le controversie in tema di contributo unificato per atti giudiziari appartengono al giudice tributario"; Comm. Trib. Prov. Lombardia, Milano, sez. II, ord. 3 giugno 2008, n. 56, in *Boll. Trib.*, 2008, 18, 1467, "Il contributo unificato per le spese degli atti giudiziari ha natura tributaria e la controversia sull'atto che ne richiama il pagamento, presentandosi come la manifestazione di una compiuta e ben definita pretesa di natura tributaria e di contenuto comunque concretamente ed immediatamente impositivo, rientra nella sfera di attribuzioni della giurisdizione tributaria a norma dell'art. 2 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, anche se tale atto non è nominativamente compreso nell'elencazione di cui all'art. 19 dello stesso decreto legislativo, mentre la relativa impugnazione va proposta contro l'Ufficio giudiziario che abbia emesso il relativo atto"; Trib. Mantova, 29 gennaio 2008 in *Sito Il caso.it*, 2008, "il contributo unificato per spese di giustizia ha natura di tributo erariale e, stante la previsione di cui all'art. 2 del D.Lgs. n. 546/1992 come modificato dalla L. n. 448/2001, le controversie che lo riguardano rientrano nella giurisdizione delle commissioni tributarie"; Trib. Catania, sez. I, 18 marzo 2005, in *Giur. Aetnea*,

2005, 2, «la controversia avente ad oggetto l'annullamento della cartella di pagamento notificata a seguito dell'omesso versamento del contributo unificato appartiene alla giurisdizione tributaria, in quanto il contributo unificato costituisce un tributo nella misura in cui costituisce una spesa imposta all'utente per l'erogazione del servizio giustizia. La circostanza che il tributo *de quo* sia preteso e richiesto dal Ministero di Giustizia e non dall'Amministrazione Finanziaria non appare ostativa, posto che il riferimento contenuto nella seconda parte dell'art. 12 (L. n. 448/2001) agli "uffici finanziari" è letteralmente collegato solo alle sovrimposte, addizionali e sanzioni amministrative»; Comm. Trib. Prov. Foggia, sez. XI, 15 aprile 2003, n. 100, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2004, 2, 1070, "il contributo unificato, in quanto fattispecie sostitutiva dell'imposta di bollo, ha natura di prestazione imposta rientrante nel concetto di tributo. Ne consegue che sussiste la giurisdizione delle Commissioni tributarie avverso l'invito di pagamento emesso a titolo di integrazione del contributo versato per l'iscrizione a ruolo di una causa".

(16) Comm. Trib. Prov. Cagliari, sez. II, 1° luglio 2003, n. 431, in *Fisco*, 2003, 2, 6179; *Boll. Trib.*, 2004, 854; *Dir. e Prat. Trib.*, 2005, 2, 94, "Il contributo unificato di iscrizione a ruolo per le spese di giustizia non appartiene alla giurisdizione delle Commissioni tributarie, bensì all'Autorità Giudiziaria Ordinaria, pur dopo l'ampliamento di quella giurisdizione specializzata disposto dalla legge finanziaria del 2001. Infatti, a parte la fase di esecuzione forzata e le controversie avanti diversa natura anche se collegate al rapporto tributario, il giudizio tributario continua a restare un giudizio impugnatorio (di merito e non di mero annullamento) che deve riguardare l'impugnazione di uno degli atti indicati nell'art. 19 del D.Lgs. n. 546 del 1992. Del resto non potrebbero essere parti del giudizio tributario né il Ministero della giustizia, cui tale contributo è destinato, né l'Agenzia delle Entrate, che non riveste alcun ruolo nella sua applicazione. I rapporti tributari che possono essere dedotti dinanzi alle Commissioni tributarie sono soltanto quelli che attengono ai tributi applicati dall'Amministrazione finanziaria dello Stato e dagli enti locali. Ne restano di conseguenza esclusi tutti quei rapporti che, se pure hanno natura tributaria in senso lato, discendono da soggetti diversi. In particolare resta escluso dalla giurisdizione delle Commissioni tributarie il contributo unificato atti giudiziari in quanto applicato dal Ministero di giustizia e la cui riscossione può essere sospesa, a norma degli artt. 28 e 29 del D.Lgs. n. 46 del 1999, del giudice ordinario".

mente competente per le cause in materia di imposte e tasse.

Il terzo orientamento è, invece, quello affermato dall'ordinanza in commento n. 23/2014 del TRGA di Trento, che non ha assolutamente precedenti.

La natura di imposta del contributo unificato non è posta in dubbio neppure da tale ordinanza. Il Collegio trentino, infatti, ricava la giurisdizione del giudice amministrativo dalla considerazione che l'invito per il pagamento della parte di tassa non versata sia stato posto in essere da un organo amministrativo nell'esercizio del suo potere discrezionale.

La decisione, tuttavia, non è condivisibile, perché anche gli adempimenti delle pubbliche amministrazioni preposte alla riscossione dei tributi sono qualificabili come attività amministrativa.

Inoltre, è ormai pacifico che l'elenco di cui all'art. 19 del D.Lgs. n. 546/1992 non è considerato assolutamente tassativo, tanto che la giurisprudenza ritiene pacificamente impugnabili innanzi alle Commissioni tributarie anche i semplici avvisi bonari o inviti di pagamento in generale, che a rigore strettamente tecnico non potrebbero neppure essere considerati provvedimenti amministrativi.

Nel caso portato all'attenzione del TRGA, infatti, il ricorrente ha impugnato un semplice invito di pagamento del Segretario del Tribunale Amministrativo della Giustizia Amministrativa.

Ma tale assunto, peraltro, nasconde in verità un'altra grave considerazione.

Anche a voler prescindere dal palese difetto di giurisdizione non dichiarato, il quarto motivo aggiunto avrebbe dovuto essere considerato inammissibile per avere il ricorrente impugnato un atto inoffensivo.

Un semplice invito di pagamento, infatti, non può assumere i connotati di un provvedimento amministrativo, in quanto esso è inidoneo ad incidere unilateralmente nella sfera giuridica del cittadino. La mancata impugnazione dell'invito di pagamento, infatti, non sancisce la definitività della pretesa patrimoniale della Segreteria del Tribunale amministrativo.

L'azione, pertanto, avrebbe dovuto considerarsi comunque inammissibile per impugnazione di un atto inoffensivo (17), a meno che non si voglia ritenere che il processo amministrativo sia ormai da considerarsi un giudizio sul rapporto e non più un giudizio sull'atto.

A ben vedere, infatti, il ricorrente, in tal modo, non chiede l'annullamento della lettera di invito di integrazione del contributo unificato, ma chiede al Tribunale una dichiarazione di accertamento che il pagamento del contributo unificato non è dovuto.

La mancata declaratoria del difetto di giurisdizione e la tralasciata inoffensività dell'atto impugnato sono state però preordinate ad uno scopo più nobile, che riguarda l'esorbitante ammontare dei contributi unificati che sono stati portati a livelli decisamente intollerabili oltre ogni principio di ragionevolezza che dovrebbe contraddistinguere uno Stato di diritto.

La disciplina del contributo unificato

Il contributo unificato di iscrizione a ruolo (18) è stato introdotto in sostituzione della vecchia imposta di bollo sugli atti giudiziari (19), ad indicare

(17) Sull'inammissibilità del ricorso per inoffensività dell'atto impugnato *in subiecta materia*, anche se con riferimento all'impugnazione di un atto diverso dall'invito del personale di segreteria, si segnala T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 19 luglio 2013, n. 1927, in www.giustizia-amministrativa.it. La sentenza indicata, infatti, prima ancora di dichiarare il difetto di giurisdizione, ha dichiarato l'inammissibilità per difetto di interesse del ricorso che era stato proposto per l'annullamento della nota del Segretario del TAR Lombardia, avente ad oggetto "nuovi valori del contributo unificato" affissa nell'Ufficio accettazione del Tribunale. Secondo il TAR Lombardia l'atto impugnato non ha valore provvedimento e, pertanto, deve essere considerato inoffensivo.

(18) A. Terlizzi, Contributo unificato stabilito dal giudice secondo la competenza (breve nota a Cass. civ., sez. VI, 11 marzo 2013, n. 6053), in *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 2013, 299; S. Calvetti, *La dichiarazione del difensore ai fini del contributo unificato è irrilevante per la determinazione dell'effettivo valore della causa* (breve nota a Cass. civ., sez. II, 4 maggio 2012, n. 6765, in *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 2012, 385; R. Fannelli, *Opposizione all'esecuzione di sanzioni amministrative soggette al contributo unificato*, in *Prat. Fisc. e Prof.*, 2009, 45, 45; R. De Nictolis, *Il nuovo contributo unificato nel processo ammi-*

nistrativo, in questa *Rivista*, 2007, 2, 137; E. Sacchetti, *Gli interessi escono dal contributo unificato*, in *Guida al Diritto*, 2005, 35, 52; C. Scalinci, *La tassazione dei «servizi di giustizia»: dalla querelle sull'esenzione delle attività del giudice di pace, all'introduzione del contributo unificato*, in *Giur. Merito*, 2005, 11, 2519; S. Pellegrini, *L'invito di pagamento emesso dal tribunale in caso di insufficiente versamento del contributo unificato è atto impugnabile*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, 1, 50; A. Giordano, *L'agenzia delle entrate ribadisce l'esenzione dal versamento del contributo unificato*, in *Guida al Diritto*, 2004, 14, 120; E. Sacchetti, *Spese di giustizia: nella manovra economica in arrivo l'aumento del contributo unificato*, in *Guida al Diritto*, 2004, 42, 110; M. Finocchi, *Confermata l'esenzione dal contributo unificato se la controversia è inferiore ai 1.100 euro*, in *Guida al Diritto*, 2003, 16, 16; G. Scarselli, *Ancora sul contributo unificato di iscrizione a ruolo* (nota a C.G.A. Sicilia, sez. giurisdiz., ord. 11 marzo 2002, n. 206), in *Foro It.*, 2002, III, 458; G. Abbate, *Contributo unificato per le spese degli atti giudiziari*, in *Rass. Avv. Napoli*, 2002, F. 1; F. Tommaseo, *Sul contributo unificato per le spese degli atti giudiziari*, in *Studium juris*, 2000, 937.

(19) E. Di Giacomo, *Contributo unificato, competenza al giudice tributario*, in *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 2012, 255, «Tale contributo, introdotto dall'art. 9 legge n. 488/1999, re-

una tassa da versare per la fruizione del servizio della giustizia.

Gli importi del contributo unificato sono regolati dall'art. 13 del D.P.R. 30 giugno 2002, n. 115, che ha subito nel tempo numerose modifiche.

Per il processo amministrativo, la modifica più rilevante è stata quella apportata con D.L. n. 223/2006, conv. in L. n. 248/2006.

Prima di tale riforma, infatti, il contributo unificato seguiva il valore della causa anche nelle controversie innanzi agli organi di giustizia amministrativa, con la conseguenza che veniva determinato con le stesse modalità applicate per il calcolo di quello dovuto per le controversie innanzi al giudice ordinario (20).

Con D.L. n. 223/2006, conv. in L. n. 248/2006, è stata introdotta la regola secondo la quale il contributo unificato per i ricorsi innanzi al TAR è sempre dovuto in misura fissa di euro 500,00 a prescindere dal valore della lite.

La scelta del legislatore, probabilmente, è stata dovuta alla considerazione che, nella maggior parte dei casi, la lite che si incardina innanzi al giudice amministrativo non ha un valore patrimoniale facilmente misurabile. A volte, addirittura, essa non ha affatto un valore patrimoniale (come accade, per esempio, nelle ipotesi di ricorsi per l'annullamento di provvedimenti di polizia come l'ammonimento e l'avviso del Questore).

Ma è stato soltanto con la legge finanziaria per il 2007 (L. n. 296/2006) che il contributo unificato ha iniziato una lenta scalata verso vette patrimoniali insostenibili e del tutto irragionevoli.

Con L. n. 296/2006, infatti, i ricorsi che seguivano il rito abbreviato di cui all'art. 23-bis della L. n. 1034/1971 erano soggetti ad un contributo unificato di euro 1.000,00 e i ricorsi in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture erano soggetti ed un contributo unificato di euro 2.000,00.

Soltanto i ricorsi che seguono riti speciali di facile soluzione, come il rito avverso il silenzio o quello per l'accesso agli atti amministrativi, erano soggetti a contributo unificato sostenibile (si fa per dire) di euro 250,00.

Dal 2006 in poi ci sono stati ripetuti aumenti, fino a raggiungere, con D.L. n. 98/2011, conv. in L.

n. 111/2011, la somma di euro 600,00 per ricorsi ordinari; euro 1.500,00 per i ricorsi che seguono riti abbreviati; 300,00 per i ricorsi che seguono riti speciali ed euro 4.000,00 per i ricorsi in materia di appalti pubblici.

Ma non è finita qui.

Da ultimo, con L. n. 228/2012, i contributi unificati hanno subito un ulteriore aumento ed hanno raggiunto la vetta vertiginosa di euro 650,00 per ricorsi ordinari e di euro 1.800,00 per ricorsi che seguono riti abbreviati ex art. 119 c.p.a. L'unica nota positiva di quest'ultimo intervento legislativo, tuttavia, sembra essere stata l'introduzione di tre scaglioni di valore per i ricorsi in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture.

Per procedure di appalto che non superano il valore di euro 200.000,00, infatti, il contributo unificato ammonta ad euro 2.000,00, per quelle nello scaglione compreso tra euro 200.000,00 ed euro 1.000.000,00 la tassa ammonta ad euro 4.000,00 ed, infine, per quelle che superano tale ultima soglia si raggiunge il limite inaudito di euro 6.000,00 (solo di tassa).

Ad aggravare la situazione vi è la regola introdotta con L. n. 183/2011, secondo la quale il contributo unificato è aumentato della metà per i giudizi di impugnazione ed è raddoppiato per i processi innanzi alla Corte di Cassazione.

Il contributo unificato è, inoltre, dovuto tutte le volte che si introduce una domanda nuova nel processo, come accade per esempio in caso di ricorso incidentale e ricorso per motivi aggiunti.

Infatti, ai sensi dell'art. 14, comma 3, del D.P.R. n. 115/2002, come modificato dal D.L. n. 98/2011, conv. in L. n. 111/2011, quando la parte che per prima si costituisce in giudizio modifica la domanda o propone domanda riconvenzionale o formula chiamata in causa, cui consegue l'aumento del valore della causa, è tenuta a farne espressa dichiarazione e a procedere al contestuale pagamento integrativo. Le altre parti, quando modificano la domanda o propongono domanda riconvenzionale o formulano chiamata in causa o svolgono intervento autonomo, sono tenute a farne espressa dichiarazione e a procedere al contestuale pagamento di

cante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge finanziaria 2000)", è stato istituito per le spese degli atti giudiziari e successivamente è stato ridefinito come contributo unificato di iscrizione a ruolo. La disciplina di detto contributo, entrato in vigore dal 1° marzo 2002, è stata oggetto di varie modifiche normative tradotte nel D.P.R. n. 115/2002 e poi nella L. n. 248/2006. Relativamente

alle controversie civili, penali e amministrative, la citata disposizione ha sostituito una serie di tributi e diritti con l'obbligo del versamento, da effettuare anticipatamente, di un importo forfetario determinato tendenzialmente in base al valore e alla natura del procedimento giurisdizionale».

(20) R. De Nictolis, *Il nuovo contributo unificato nel processo amministrativo*, cit., 137.

un autonomo contributo unificato, determinato in base al valore della domanda proposta.

I numerosi interventi legislativi volti ad aumentare gli importi del contributo unificato per l'accesso alla giustizia dipingono un legislatore avido, che ha ormai perso la cognizione della funzione del potere giudiziario.

Non bisogna dimenticare che il potere giudiziario è uno dei pilastri dello Stato di diritto e non può divenire un'articolazione della Repubblica accessibile solo ad alcuni cittadini e con notevoli sacrifici. Il giudice deve essere una garanzia non un privilegio.

Il contributo unificato nel ricorso al Presidente della Repubblica

A coronare una situazione di intollerabile aggravio delle spese di giustizia (soprattutto amministrativa), vi è l'introduzione del contributo unificato per i ricorsi al Presidente della Repubblica ai sensi degli artt. 8 e ss dal D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

Introduzione della tassa per la tutela alternativa al giudice amministrativo è avvenuta ad opera dell'art. 37, comma 6-bis, lett. e), del D.L. n. 98/2011, conv. in L. n. 111/2011, il cui ammontare peraltro, è stato subito aumentato con la successiva L. n. 228/2012.

Ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis, lett. e), del D.P.R. n. 115/2002 attualmente in vigore, per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, il contributo unificato dovuto ammonta ad euro 650,00.

L'iniziativa è decisamente volta a sancire la fine di tale rimedio.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica generalmente era scelto proprio per evitare i costi di giustizia da sostenere innanzi ai Tribunali amministrativi. Una siffatta iniziativa comporterà quasi certamente l'estinzione del rimedio, in quanto il cittadino non avrebbe più interesse ad attuarlo, potendo ricorrere, a parità di costo, direttamente al giudice, con tutte le garanzie che il processo comporta.

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, anche a prescindere dai recenti interventi della giurisprudenza (21) e dalle opinioni della dottrina (22), non è un vero e proprio procedimento giudiziario, in quanto non ne ha le garanzie.

La natura vincolante del parere del Consiglio di Stato, infatti, non riesce comunque a compensare l'evidente carenza di contraddittorio e la totale assenza di una fase istruttoria di tale rimedio. Il decreto del Presidente della Repubblica emesso all'esito del ricorso non è neppure appellabile.

Non si capisce come una tassa per l'accesso al servizio della giustizia possa essere applicata ad un rimedio che non può essere in tutto assimilato ad un procedimento giudiziario, anche (e soprattutto) in considerazione del fatto che il Consiglio di Stato si pronuncia in sede consultiva e non in sede giudiziaria.

In tale occasione, dunque, il Consiglio di Stato non può essere considerato articolazione del potere giudiziario, bensì articolazione del potere esecutivo.

(21) Cass. civ. sez. III, 2 settembre 2013, n. 20054, in *La Rivista nel Diritto*, 2013, 9, 1686, con nota di A. Auletta, *Sulla idoneità del decreto decisorio a formare cosa giudicata e sulla delimitazione temporale di tale idoneità*. "La giurisdizionalizzazione del ricorso straordinario è emersa normativamente solo con gli indici normativi di cui al codice del processo amministrativo, introdotto dal D.Lgs. n. 104 del 2010 ed entrato in vigore il 16 settembre 2010. Ne segue che, prima di questa data, non può certo sostenersi che il ricorso straordinario mettesse capo ad una decisione di natura giurisdizionale ed in particolare non potrebbe sostenersi che vi metteva capo già in forza della novità legislativa introdotta dalla L. n. 69 del 2009, art. 69. Il 16 settembre 2010, giorno di entrata in vigore del codice del processo amministrativo, può dirsi la data in cui la discussa natura del procedimento di ricorso straordinario davanti al Capo dello Stato si è trasformata, almeno sul piano dell'esegesi della legge ordinaria, in processo giurisdizionale equipollente a quello amministrativo ordinario, che si conclude con una decisione di natura giurisdizionale e, quindi, atta a dar luogo alla cosa giudicata. L'efficacia di un giudicato intervenuto in un processo, di norma, per il necessario rispetto del principio del contraddittorio, può estrinsecarsi in altro processo se i soggetti coinvolti sono i medesimi, salvo il caso in cui il soggetto coinvolto solo nel secondo processo sia titolare di una situazione dipendente da quella degli altri o di uno degli altri soggetti par-

tecipi del primo giudizio e la legge sostanziale ammetta pertanto che quella sua situazione possa essere pregiudicata dalla vicenda della situazione pregiudicante. La decisione sul ricorso straordinario al Capo dello Stato, può estrinsecarsi, come quella di una qualsiasi decisione giurisdizionale, in altro giudizio, sia davanti alla stessa giurisdizione amministrativa, sia davanti alla giurisdizione ordinaria esclusivamente a condizione che nel giudizio nel quale essa venga invocata vi sia coincidenza soggettiva con le parti del procedimento di ricorso straordinario. E, quindi, alla condizione che i soggetti del giudizio, nel quale il giudicato della decisione assunta a seguito del procedimento viene invocato, siano stati tutti partecipi o abbiano avuto comunque la possibilità di esserlo, essendovi stati evocati, come controinteressati nel procedimento stesso dinanzi al Capo dello Stato".

(22) Pignatelli, *Sulla natura del ricorso straordinario. La scelta del legislatore*, in *La Rivista nel Diritto*, 2009, 1488; Corbyons, *Ricorso straordinario: l'art. 7, comma 8, c.p.a. al vaglio della Corte costituzionale*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, 2013, n. 5, 167; Morelli, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Padova, 2010; Volpe, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Freni, *Il nuovo ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, Roma, 2013.

L'applicazione del contributo unificato ad un rimedio demandato alla decisione del potere esecutivo, comporta evidentemente una violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza, in relazione anche al principio della separazione dei poteri, immanente nel dettato costituzionale.

Il contributo unificato come sanzione amministrativa

Ad aggravare ulteriormente la situazione, c'è un atteggiamento inspiegabilmente sanzionatorio (23) del legislatore volto a mortificare l'iniziativa giudiziaria dei cittadini, facendo della giustizia un rimedio alla portata di pochi, in netta contraddizione col dettato costituzionale (art. 24 Cost.).

Con D.L. n. 98/2011 conv. in L. n. 111/2011, il legislatore ha introdotto una sanzione del tutto irragionevole. Il contributo unificato è aumentato della metà se il difensore non indica il proprio indirizzo di posta elettronica certificata, il proprio numero di fax e il codice fiscale della parte.

Adempimenti, a ben vedere, la cui omissione non determina alcun disagio per il personale amministrativo dei tribunali.

Il numero di fax e l'indirizzo di posta elettronica degli avvocati sono dati pubblici, reperibili da ogni cittadino (e non) che vi abbia interesse. Essi, infatti, sono pubblicati e liberamente accessibili nell'area aperta a tutti del sito istituzionale del Consiglio Nazionale Forense.

Neppure si può sostenere che l'indicazione del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica certificata sia assimilabile all'elezione di domicilio, in quanto, anche in tal caso, nessun disagio si creerebbe per il personale di cancelleria (o segreteria), che sarebbe abilitato, in caso di omessa indicazione, ad effettuare comunicazioni e notifiche direttamente presso il proprio ufficio.

Inoltre, ulteriore atteggiamento sanzionatorio è stato sancito con specifico riferimento alla materia dell'affidamento di lavori, servizi e forniture. L'omessa dichiarazione del valore della base d'asta della procedura d'appalto comporta comunque l'applicazione del contributo unificato pari ad euro 6.000,00, senza alcun criterio presuntivo ad invertire l'onere probatorio sulla pretesa impositiva.

Ma è con il successivo intervento legislativo che la giustizia resta alla portata dei più temerari.

A svelare l'atteggiamento indebitamente sanzionatorio del legislatore vi è soprattutto l'intervento effettuato con L. n. 228/2012, secondo il quale quando l'impugnazione di un provvedimento giudiziario è respinta, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello già versato. Allo stesso modo, come se non bastasse, il contributo unificato è dovuto una seconda volta, non solo se l'impugnazione è ritenuta inammissibile, ma anche se divenuta improcedibile.

Tale regola riduce il processo ad una sorta di inammissibile "gioco d'azzardo", in cui l'appellante rischia il raddoppio della tassa giudiziaria per la tutela delle proprie ragioni.

Non v'è chi non veda, pertanto, che il contributo unificato è divenuto una sorta di "arma" del legislatore per inibire il ricorso al rimedio della giustizia, spingendo i cittadini a cercare soluzioni alternative a quelle offerte dalle istituzioni, ormai troppo onerose.

Tale atteggiamento lascia anche dubitare della natura del contributo unificato versato in caso di soccombenza in appello oppure in caso di omessa indicazione del fax, della pec o del codice fiscale della parte, poiché, pur conservando lo stesso *nomen iuris*, in verità tassa non può essere considerato.

Il contributo unificato versato in caso di mancata indicazione del fax, della pec e del codice fiscale della parte, ovvero quello da versare in caso di soccombenza in appello sono delle vere e proprie sanzioni amministrative.

Di conseguenza, la loro irrogazione deve seguire la disciplina di cui alla L. 24 novembre 1981, n. 689, con tutte le ricadute relative al procedimento di irrogazione, alla giurisdizione competente e al rito per l'impugnazione della sanzione (oggi rito del lavoro), che ne conseguono.

Il contributo unificato richiesto in caso di mancata indicazione di pec, fax e codice fiscale della parte e quello richiesto in caso di soccombenza in appello sono delle vere e proprie sanzioni amministrative, in quanto non assolvono alla funzione tipica della tassa.

La funzione sociale della tassa consiste nel corrispettivo pubblico dovuto per la prestazione di un servizio di rilevanza comune ai cittadini. In tale ottica, soltanto il contributo unificato versato per l'iscrizione a ruolo può essere considerato una tassa,

(23) A. Terlizzi, *Contributo unificato stabilito dal giudice secondo la competenza*, in *Diritto e Giustizia online*, fasc. 0, 2013, 299.

mentre non ha certamente natura di tassa il contributo versato a scopi sanzionatori.

Il contributo unificato richiesto per rimproverare una negligenza (ovvero semplicemente una dimenticanza) ha natura di sanzione amministrativa e deve pertanto seguire la relativa disciplina giuridica di cui alla L. n. 689/1981.

L'irragionevolezza del contributo unificato in materia di appalti pubblici

Del tutto incomprensibile, in quanto sfornita di *ratio legis*, appare la decisione secondo la quale i ricorsi inerenti le procedure per l'affidamento di appalti pubblici debbano essere soggetti al versamento di un contributo unificato più elevato di ogni altro ricorso proposto nell'ambito di un procedimento ad evidenza pubblica.

La pronuncia del giudice amministrativo non è una decisione più sofferta e onerosa per il solo fatto di involgere la materia dei contratti pubblici. In tale materia, non si ha un aggravamento dell'attività giudiziaria tanto da giustificare l'esorbitante imposizione fiscale.

Il principio di eguaglianza-ragionevolezza, invece, vorrebbe che tutti i ricorsi concernenti procedure ad evidenza pubblica siano soggetti al versamento dello stesso contributo unificato, siano essi inerenti l'affidamento di lavori, servizi e forniture, siano essi inerenti l'espletamento di qualsiasi altra attività amministrativa che richiede una procedura comparativa.

Inoltre, è proprio nelle procedure ad evidenza pubblica che il contributo unificato dovrebbe subire una diminuzione, invece di un aumento, in relazione a quello dovuto per un ricorso ordinario, e non il contrario.

I procedimenti selettivi, infatti, impongono al concorrente di impugnare ogni atto procedimentale immediatamente lesivo che gli precluda la prose-

cuzione della procedura comparativa. È evidente, pertanto, che il costo da sostenere per una lite giudiziaria in tal caso è più gravoso del semplice ricorso ordinario promosso per l'annullamento di un singolo atto amministrativo.

Non sussiste alcuna *ratio* sottesa alla disparità di trattamento tra un ricorrente che impugni un atto di una qualsivoglia procedura comparativa, rispetto a quello che impugni un atto di una procedura comparativa in materia di appalti pubblici.

Anzi, ai fini dell'accessibilità al servizio della giustizia, proprio nelle procedure selettive si avverte l'esigenza di una imposizione fiscale più mite, in ragione della considerazione che molto spesso vi è la necessità di integrare la domanda con motivi aggiunti, volti all'impugnazione degli atti successivi al primo impugnato, pena l'improcedibilità dell'azione.

L'eccessiva imposizione fiscale induce gli stessi avvocati a difendere il proprio assistito con minori garanzie. Molto spesso, infatti, al fine di non far lievitare il contributo unificato, il difensore è costretto a sostenere tesi ardite, difficilmente condivisibili dall'autorità giudicante.

L'esempio più eclatante riguarda l'effetto caducante dell'annullamento dell'atto impugnato in relazione all'atto successivo non impugnato, sostenuto al solo fine di evitare l'integrazione di contributo unificato per i motivi aggiunti.

L'avvocato, pertanto, è costretto a sostenere che l'annullamento dell'atto precedente nella sequenza procedimentale abbia un effetto caducante in relazione all'atto successivo non impugnato per poterne eludere l'impugnazione, che, invece, avrebbe dovuto essere proposta per illegittimità derivata.

Purtroppo, sono davvero rari i casi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto l'effetto caducante dell'annullamento di un atto impugnato, a causa dell'omessa impugnazione degli atti successivi, e comunque non in materia di appalti pubblici (24).

(24) Nella materia dei contratti pubblici si segnala Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 2013, n. 3940, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 7-8, 2083, "L'interesse finale, che un soggetto escluso da una gara pubblica fa valere, è assicurarsi il bene della vita cui mira, ossia l'aggiudicazione, atteso che la rimozione dell'esclusione costituisce un passaggio solo strumentale; di conseguenza, data la relazione intercorrente fra esclusione ed aggiudicazione, anche quest'ultima deve essere necessariamente impugnata (eventualmente insieme alla prima), poiché il difetto d'impugnazione dell'aggiudicazione avrebbe come conseguenza l'inutilità di un'eventuale decisione di annullamento dell'esclusione che non varrebbe a rimuovere anche l'aggiudicazione che sarebbe affetta da un'invalidità ad effetto solo viziante, e non caducante, e perciò non permetterebbe un reinserimento dell'escluso nella procedura, ormai esaurita ed inopugnabile; il ricorso avverso l'esclusione da una gara diventa pertanto improcedibile tutte le volte in cui l'aggiudicazione in-

tervenga e sia conosciuta prima della pronuncia sul relativo gravame, senza che l'impugnazione sia stata estesa anche al nuovo atto. Si segnala altresì Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2013, n. 2626, dal simile tenore della precedente citata, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 5, 1355. Vedi anche Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2011, n. 4998, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 9, 2825, "In presenza di vizi accertati dell'atto presupposto, deve distinguersi fra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante, la prima soltanto delle quali comporta travolgimento dell'atto consequenziale, indipendentemente dall'impugnazione. Tale situazione si verifica usualmente quando l'atto successivo venga a porsi nell'ambito della medesima sequenza procedimentale, quale inevitabile conseguenza dell'atto anteriore, senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi. Detto effetto caducante, per giurisprudenza dominante, non intercorre fra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva, perché l'aggiudicazione provvisoria è solo un atto

Per evitare l'integrazione di contributi unificati esorbitanti, inoltre, l'avvocato è costretto anche a formulare, in calce all'atto, conclusioni meno chiare e volutamente ambigue, nella speranza che il personale di cancelleria (o di segreteria) non si accorga dell'integrazione della domanda e proceda così a richiedere la differenza.

È inoltre doveroso evidenziare che molto spesso la somma dovuta a titolo di contributo unificato può anche arrivare a superare lo stesso utile d'impresa da calcolare in relazione all'importo dell'appalto. Ai sensi dell'art. 14, comma 3-ter, del D.P.R. n. 115/2002, infatti, nel processo amministrativo per valore della lite in materia di appalti si intende "l'importo posto a base d'asta individuato dalle stazioni appaltanti negli atti di gara" e non il valore dell'utile che deriva dall'esecuzione dell'appalto.

Per giurisprudenza costante l'utile di impresa è determinabile nella misura presuntiva del dieci per cento che quantifica in tale percentuale il guadagno presunto dell'appaltatore (25).

Del tutto comprensibili, allora, appaiono le esitazioni o, addirittura, le rinunce da parte dell'interessato alla scelta di proporre il ricorso giurisdizionale, specialmente per appalti di non elevatissimo importo, ciò comportando, peraltro, la conseguenza che le procedure di appalto illegittime di scarso valore difficilmente sono portate all'attenzione dell'autorità giudiziaria, amplificando il fenomeno dell'illecita aggiudicazione di appalti pubblici.

A colorare di tinte fosche il sistema, vi è infine l'enorme disparità di trattamento di un cittadino che deve rivolgersi al giudice amministrativo rispetto ad un altro che, invece, si rivolge ad altro giudice.

L'importo minimo del contributo unificato (euro 2.000,00) dovuto per un ricorso al TAR in materia di appalti pubblici è più elevato del massimo dovu-

to per un processo innanzi al giudice ordinario (euro 1.466,00) e innanzi al giudice tributario (euro 1.500,00).

Tale sistema non è conforme alle garanzie che uno Stato di diritto deve apprestare alla salvaguardia del potere giudiziario, ai fini della più diffusa accessibilità dei cittadini al servizio della giustizia.

La tutela europea in materia di appalti pubblici

La disciplina degli appalti pubblici ha una tutela avanzata nell'ordinamento vigente, in quanto direttamente disciplinata in diverse direttive dell'Unione Europea.

Ai sensi dell'art. 1, paragrafo 3, della cd. "direttiva ricorsi", direttiva CEE n. 665/1989, gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

Per tali ragioni, gli Stati membri hanno l'onere di dover adottare provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE, "le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace".

L'ordinamento euro-unitario, pertanto, contempla il principio di elevata accessibilità alla tutela giudiziaria in materia di appalti pubblici più di ogni altra materia.

Tale sistema dovrebbe, pertanto, favorire l'accesso al servizio giudiziario *in subiecta materia* e non ostacolarlo.

endo-procedimentale, dagli effetti ancora instabili e meramente interinali, ed autonoma incidenza lesiva ha l'aggiudicazione definitiva, quale provvedimento di formale ricezione, da parte dell'Amministrazione, dell'esito della gara, con nuova valutazione degli interessi". Vedi anche Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 4, 1337 "In presenza di vizi accertati dell'atto presupposto, deve distinguersi fra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante, la prima soltanto delle quali comporta il travolgimento dell'atto consequenziale, indipendentemente dalla relativa impugnazione: tale situazione si verifica normalmente quando l'atto successivo venga a porsi nell'ambito della medesima sequenza procedimentale, quale inevitabile conseguenza dell'atto anteriore, senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi. Detto effetto caducante non intercorre di norma fra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva, tenuto conto della giurisprudenza prevalente, che attribuisce all'aggiudicazione provvisoria natura di atto endo-procedimentale, dagli effetti ancora instabili e meramente interinali, con autonoma incidenza lesiva dell'aggiudicazione definitiva, quale

provvedimento di formale ricezione, da parte dell'Amministrazione, dell'esito della gara, non senza nuova valutazione degli interessi pubblici e privati sottostanti. Il soggetto che si consideri leso può, dunque, impugnare l'aggiudicazione provvisoria, ma si ritiene che debba comunque contestare, a pena di improcedibilità del ricorso, anche l'aggiudicazione definitiva (mentre l'impugnativa di quest'ultima è comunque ammissibile, anche in assenza di previa contestazione di altri atti interni della procedura di gara)". In materia di concorsi pubblici, degna di nota è anche Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2014, n. 329, in *www.giustizia-amministrativa.it*, "È inammissibile l'impugnazione del bando di concorso a pubblici impieghi alla quale non sia seguita l'impugnazione della graduatoria e ciò in quanto l'accertata illegittimità del bando ha effetto viziante e non caducante dell'atto conclusivo della procedura".

(25) *Ex multis* T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5 marzo 2013, n. 2358, in *Foro Amm. TAR*, 2013, 3, 875; Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2317, in *Foro Amm. CdS*, 2012, 4, 956; Cons. Stato, sez. V, 30 luglio 2008, n. 3806, in *Riv. Giur. Edil.*, 2008, 6, I, 1472.

Di conseguenza, i principi della direttiva n. 665/1989/CEE risultano fortemente lesi dal sistema tributario nazionale, che, invece, è volto a reprimere le iniziative giudiziarie dei cittadini che partecipano alle procedure ad evidenza pubblica, per l'affidamento di lavori, servizi e forniture.

L'art. 1 della "direttiva ricorsi" del 21 dicembre 1989, n. 665 ss. mm., infatti, fissa i fondamentali principi di efficacia, celerità, non discriminazione ed accessibilità, che nell'ordinamento interno devono condensarsi nelle formule dell'effettività e satisfattività della tutela.

L'efficacia dei mezzi di ricorso presuppone costi sostenibili e proporzionati al vantaggio che il ricorrente confida di ritrarre dalla controversia, mentre la disciplina nazionale del contributo unificato in materia di appalti sembra ostacolare il raggiungimento dell'effetto utile perseguito dalla direttiva n. 665/89, soprattutto negli appalti di scarso valore, ma comunque al di sopra della soglia comunitaria.

Il principio della tutela giurisdizionale effettiva non costituisce soltanto un principio generale del diritto dell'Unione, ribadito anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma è stato sancito anche dagli artt. 6 e 13 della CEDU.

Per tali ragioni, l'ordinanza n. 23/2014 del TRGA di Trento dubita bene della compatibilità degli elevatissimi importi del contributo unificato in materia di appalti pubblici, che costituisce ostacolo evidente all'esercizio del diritto di agire in giudizio per la tutela delle proprie ragioni.

L'incompatibilità costituzionale degli importi eccessivamente elevati del contributo unificato

L'elevatissimo importo dei contributi unificati nella giustizia amministrativa comporta evidente lesione di diversi diritti costituzionalmente sanciti.

Ai sensi dell'art. 24, comma 1, Cost. tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi.

Tale disposizione prevede un diritto imprescindibile, il cui esercizio non può essere condizionato da agenti estranei, come l'insostenibilità dei costi di giustizia.

Gli importi previsti dall'art. 13, comma 6-bis, del D.P.R. n. 115/2002 fanno della giustizia amministrativa una tutela per pochi.

Ai sensi dell'art. 3 Cost., invece, tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge senza distinzione di condizioni sociali. È, inoltre, compito della Repubblica rimuovere gli

ostacoli di ordine economico che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impedendo il pieno sviluppo della persona.

Il legislatore, con gli elevatissimi importi dei contributi unificati nella giustizia amministrativa, ha innescato il meccanismo contrario all'intento costituzionale, in quanto, invece di agevolare l'accesso alla giustizia, lo limita ai soli privilegiati da una migliore condizione economica, tanto che la giustizia amministrativa è ormai divenuta una "questione da ricchi".

Neppure si può ritenere in senso contrario che comunque, in attuazione all'art. 24, comma 3, Cost., i non abbienti possono ricorrere al patrocinio a spese dello stato.

La soglia di reddito massima fissata dall'art. 76 del D.P.R. n. 115/2002 per accedere al beneficio del patrocinio a spese dello stato è troppo irrisoria e non garantisce adeguata tutela per quei soggetti che, pur essendo al di sopra del limite fissato, non possono permettersi l'azione giudiziaria perché comunque esosa.

Tra il livello massimo dettato dall'art. 76 del D.P.R. n. 115/2002 e la soglia di ricchezza utile per poter autonomamente decidere di agire in giudizio c'è una distanza ancora elevata.

Gli artt. 80 e 81 del D.P.R. n. 115/2002, inoltre, non permettono a tutti i professionisti di potere accedere al patrocinio a spese dello stato, rimettendo, peraltro, la determinazione di alcuni requisiti alla discrezionalità dei vari consigli dell'ordine, creando in tal modo una costituzione occulta di *lobbies*, in modo da privilegiare gli avvocati più anziani rispetto a quelli più giovani, che, al contrario, avrebbero maggiori esigenze lavorative.

Molto spesso i requisiti richiesti agli avvocati per poter chiedere l'ammissione al patrocinio a spese dello stato sono indirettamente anche legati alla capacità reddituale di questi, come accade nella necessità di avere un certo numero dei processi pendenti, soltanto falsamente evocando esigenze di esperienza.

L'accesso limitato al patrocinio a spese dello stato costituisce indiretta lesione del diritto di agire e resistere in giudizio ex art. 24 Cost., poiché costringe il cittadino non abbiente a ricorrere ad un professionista qualunque, solo perché abilitato a richiedere il contributo statale, anche se non sussiste la necessaria relazione di fiducia, che deve caratterizzare il rapporto tra avvocato e cliente.

In aggiunta, l'art. 13, comma 1-bis, del D.P.R. n. 115/2002, secondo il quale il contributo unificato è aumentato della metà per i giudizi di impugnazione ed è raddoppiato per i processi dinanzi alla Corte di Cassazione, si pone in evidente collisione con

il principio di cui all'art. 24, comma 2, Cost., secondo il quale la difesa è diritto inviolabile "in ogni stato e grado" del procedimento.

Il dettato costituzionale sembra stridere fortemente anche con l'art. 13, comma 1-*quater*, del D.P.R. n. 115/2002, introdotto con L. n. 228/2012, secondo il quale quando l'impugnazione di un provvedimento giudiziario è respinta, è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello già versato.

L'ordinanza in commento n. 23/2014 del TRGA di Trento denuncia, inoltre, un'altra incongruenza che attiene alle anticipazioni dei contributi unificati da parte di chi per primo si costituisce in giudizio ex art. 14 del D.P.R. n. 115/2002, che per il processo amministrativo è sempre il ricorrente.

A nulla, infatti, rileva che in caso di vittoria la somma versata a titolo di contributo unificato debba essere comunque restituita al ricorrente.

Ed invero, la Corte costituzionale, in diverse occasioni, ha già sanzionato il meccanismo inquadrato nella disciplina della clausola "*solve et repete*" nella materia tributaria (26).

È noto che la clausola "*solve et repete*" consiste in una pattuizione con cui le parti rafforzano il vincolo contrattuale, stabilendo che una di esse non può opporre eccezioni nell'eseguire la prestazione dovuta (art. 1462 c.c.). In tal modo, dunque, la parte a carico della quale è posta tale clausola è obbligata al pagamento di quanto dovuto e solo in un secondo momento può opporsi chiedendo indietro quanto già versato.

L'applicazione di tale principio al diritto tributario comporta che il contribuente non possa proporre eccezione al pagamento del tributo, anche se non dovuto, potendo soltanto in un secondo momento richiedere la somma indebitamente versata.

L'importo eccessivo dei contributi unificati nel processo amministrativo impatta indirettamente anche con il principio del buon andamento di matrice costituzionale di cui agli artt. 3 e 97 Cost.

L'elevato ammontare dei contributi unificati, infatti, inibisce fortemente i cittadini a ricorrere al giudice amministrativo, così favorendo la *mala ge-*

stio della cosa pubblica, in quanto i provvedimenti illegittimi vengono portati all'attenzione dei TAR con maggiore rarità.

L'accesso alla giustizia amministrativa risulta fortemente limitato, in particolar modo nella materia delle procedure per l'affidamento di lavori, servizi e forniture.

Tale meccanismo, oltremodo inibitorio, si pone anche in contrasto con l'art. 113, comma 2, Cost., secondo il quale la tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

Del resto, secondo il dettato costituzionale, contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi.

Con contributi unificati così elevati, invece, il legislatore limita la tutela giurisdizionale per gli atti delle procedure di gara, rispetto agli altri atti amministrativi.

La tutela giudiziaria, in sostanza, non deve essere semplicemente garantita dal punto di vista formale, ma deve altresì essere accessibile dal punto di vista sostanziale.

Il principio di effettività della tutela, infatti, è ormai entrato a tutti gli effetti nel tessuto costituzionale nazionale, per mezzo della clausola di intercettazione prevista dall'art. 117, comma 1, Cost.

I principi enunciati dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e quelli enunciati dagli artt. 6 e 13 della Convenzione CEDU costituiscono ormai una vigenza diffusa all'interno dell'ordinamento domestico, in grado di censurare le leggi ordinarie che con loro collidono (27).

Considerazioni conclusive

L'ordinanza del TRGA di Trento n. 23/2014 interviene in un momento in cui tutti gli operatori della giustizia amministrativa avvertono il peso della tassazione giudiziaria, con evidenti limitazioni al diritto di agire in giudizio.

È oltremodo evidente, peraltro, che l'affermazione della sussistenza della giurisdizione amministrativa, nel caso di specie, è stata preordinata all'esclusivo fine di tentare di interrompere la spirale

(26) La Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità del meccanismo del "*solve et repete*" in materia tributaria, per contrasto con gli artt. 3, 24, 113 Cost., in diverse occasioni. Vedi *ex multis* Corte cost., 30 dicembre 1961, n. 79, in *CED Cass.*, 1961; Corte cost., 31 marzo 1961, n. 21, in *CED Cass.*, 1961.

(27) Sul tema dell'effettività della tutela, in giurisprudenza, vedi Corte giust., grande sezione, 18 luglio 2013, n. 584, in

Riv. Dir. Internaz., 2013, 4, 1293; Corte giust. UE, sez. III, 27 giugno 2013, n. 93, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 6, 1497, in *Guida al diritto*, 2013, 41, 104; Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 1, 68, *Diritto & Giustizia*, 2013, 28 gennaio (s.m); Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2013, n. 4474, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 9, 2501; Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3801, in *Foro Amm. CdS*, 2013, 7-8, 2058.

viziosa degli aumenti del contributo unificato, soprattutto nei ricorsi in materia di appalti pubblici, innescata da un legislatore inconsapevole delle problematiche del settore.

L'ordinanza trentina interviene, inoltre, in un momento in cui si è rischiato un ulteriore aumento vertiginoso dei contributi unificati in materia di appalti pubblici.

L'emendamento n. 1.3282 al disegno di legge sulla "stabilità" intendeva aumentare la tassazione da euro 2.000,00 a euro 3.500,00 per le cause di importo inferiore a euro 200.000,00; da euro 4.000,00 a euro 7.500,00 per le cause di importo compreso tra euro 200.000,00 ed euro 1.000.000,00; da euro 6.000,00 a euro 11.400,00 per le cause di importo superiore a 1 milione di euro.

Forse in un momento di rara sobrietà, tuttavia, tale emendamento non è stato approvato (28).

In passato, la Corte costituzionale (29) è già stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità costituzionale del contributo unificato in materia di appalti pubblici. La Consulta, tuttavia, ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di compatibilità costituzionale dell'art. 1, comma 1307, della legge finanziaria per il 2007, che, al tempo, aveva fissato in euro 2.000,00 il contributo unificato per i ricorsi in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture, affermando che detta norma "deve ritenersi frutto di una scelta discrezionale non manifestamente irragionevole".

È allora opportuno chiedersi quale sia il confine tra discrezionalità legislativa e arbitrio legislativo.

Se da un lato, il precedente della Corte costituzionale non lascia ben sperare, dall'altro, vi è comunque la considerazione che la pronuncia è intervenuta in un momento in cui i costi di giustizia erano ancora (si fa per dire) sostenibili.

Resta comunque il dato di fatto che l'elevato costo dei contributi unificati nel processo amministrativo è stato avvertito dagli operatori del settore ormai da tempo (30).

L'aggravio dei costi di giustizia, infatti, non riguarda solo i ricorsi in materia di affidamento di la-

vori, servizi e forniture, per il quale la questione ha assunto una portata davvero macroscopica.

È anche difficilmente comprensibile che il contributo unificato di iscrizione a ruolo per un ricorso ordinario ammonti ad euro 650,00, mentre davanti al giudice ordinario una causa di valore indeterminabile è soggetta a contributo unificato di euro 450,00.

Peraltro, proprio davanti al giudice ordinario, abbassando ancora la soglia degli aumenti irragionevoli, l'art. 1, comma 606, lett. a) della L. 27 dicembre 2013, n. 147, ha disposto la modifica dell'art. 30, comma 1, del D.P.R. n. 115/2002, aumentato di quasi quattro volte l'indennità versata a titolo di anticipazioni forfetarie all'erario nel processo civile e portando la prestazione imposta da euro 8,00 ad euro 27,00.

Anche se si tratta di un costo relativamente basso, non v'è chi non veda che comunque l'aumento è stato decisamente drastico.

Tali interventi legislativi inducono a ritenere che si sta vivendo un momento storico in cui il legislatore di fronte al problema dell'aggravio dei ruoli dei tribunali, preferisce scoraggiare i cittadini a scegliere il rimedio alla giustizia, piuttosto che migliorare la prestazione del servizio giudiziario.

Al di là della condivisibilità o meno delle scelte politiche, resta comunque il dato oggettivo della profonda divergenza dei costi della giustizia tra il giudice ordinario e il giudice amministrativo, che comunque collide decisamente con il principio di eguaglianza-ragionevolezza.

Il Collegio trentino, tuttavia, con l'ordinanza in commento n. 23/2014 sembra non aver nutrito profonda fiducia nel sistema costituzionale nazionale e ha preferito rivolgersi alla Corte di Giustizia, anche se solo con riferimento al settore degli appalti pubblici.

Agli operatori del settore, pertanto, non resta che attendere la pronuncia dei Giudici di Lussemburgo, che nel settore degli appalti hanno in diverse occasioni manifestato capacità di tutela superiore rispetto ai Giudici nazionali, attribuendo ai cittadini maggiori garanzie.

(28) S. Bigolaro, *Ma da noi stava per essere raddoppiato il contributo sui giudizi in tema di appalti!*, in www.amministrativisti.net.

(29) Corte cost., ord. 6 maggio 2010, in www.lexitalia.it, dichiara manifestamente inammissibile la q.l.c. dell'art. 1, comma 1307, della legge finanziaria 2007, che ha fissato in euro 2.000 il contributo unificato atti giudiziari per i ricorsi in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture, nonché di provvedimenti delle Autorità ed afferma, tra l'altro, che detta norma deve ritenersi frutto di una scelta discrezionale non manifestamente irragionevole.

(30) G. Virga, *Il prezzo della giustizia (a proposito dell'aumen-*

to fino a 2.000 euro del contributo unificato previsto dal maxi-emendamento alla finanziaria 2007), in www.LexItalia.it, n. 12/2006; F. Volpe, *Un contributo per una giustizia che spesso non c'è*, in www.LexItalia.it, n. 7-8/2006; F. Volpe, *Nuove riflessioni sul regime del contributo unificato nel processo amministrativo*, in www.LexItalia.it, n. 7-8/2006; R. De Nictolis, *Il nuovo contributo unificato nel processo amministrativo*, cit., 137; G. Virga, *La consuetudine dell'aumento del contributo unificato atti giudiziari ed il "salto di qualità" del recente ddl di stabilità*, in www.LexItalia.it, n. 10/2012; F. Volpe, *Una storia francese (ancora sul contributo unificato)*, in www.LexItalia.it n. 1/2014.

Osservatorio amministrativo

a cura di GIULIA FERRARI e LUIGI TARANTINO (*)

APPALTI E LAVORI PUBBLICI

JUS SUPERVENIENS, SOCCORSO ISTRUTTORIO E SANZIONI
NEGLI APPALTI PUBBLICI

Consiglio di Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2201 –
Pres. Caringella – Est. Saltelli

In sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la p.a. è tenuta ad applicare rigidamente le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera d'invito, costituisce la *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *jus superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela.

L'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può essere considerata alla stregua di un'irregolarità sanabile e non ne consente l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali, e ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara.

L'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006, è preordinato ad assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura di gara e la tempestiva liquidazione dei danni prodotti dall'alterazione della stessa a causa della mancanza dei requisiti da parte dell'offerente, così che esso è strumentale all'esigenza di garantire l'imparzialità e il buon andamento dell'Amministrazione, esigenza rispetto alla quale la sanzione dell'esclusione dalla gara, con l'escussione della cauzione e la segnalazione del fatto all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici risulta essere del tutto coerente, adeguata e si ricollega correttamente alla sola mancata prova del possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati con la presentazione dell'offerta.

La controversia all'esame del Consiglio si origina in primo grado a seguito del ricorso proposto da un'impresa destinataria del provvedimento di esclusione da una procedura di gara avente ad oggetto lavori pubblici, di escussione della cauzione provvisoria e di segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, disposto all'esito del subprocedimento che l'aveva vista sorteggiata fra le imprese ammesse al prosieguo della gara, in veste di concorrente tenuta a produrre la documentazione giustificativa dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa dichiarati in sede di gara, come previsto espressamente dal disciplinare di gara, ai sensi dell'art. 48, comma 1, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e dell'art. 3, comma 6,

del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34. Vistosi respinto il suo ricorso in primo grado, l'impresa sopra indicata ha adito il Consiglio, invocando la riforma della pronuncia impugnata. Nell'esaminare il gravame proposto il Consiglio rileva come la stazione appaltante sia tenuta ad applicare le regole dettate dalla *lex specialis* risultando irrilevante al riguardo l'eventuale *jus superveniens*, che non ha effetti innovatori sulla stessa, ciò anche in ragione del principio di tutela dell'affidamento dei concorrenti, così che le gare devono essere svolte in base alla normativa vigente alla data di emanazione del bando, ossia al momento di indizione della relativa procedura. La Sezione, del pari, ritiene non condivisibile la doglianza prospettata dall'appellante circa l'erroneità della pronuncia di prime cure in relazione all'estensione del cd. dovere di soccorso istruttorio. Quest'ultimo, infatti, deve spingere l'amministrazione ad intervenire solo in presenza di dubbi o incertezza sulla documentazione da produrre e sulle relative modalità di forme e, comunque, non può comportare un'elusione del termine perentorio di dieci giorni previsto dall'articolo 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Da ultimo, il Consiglio disattende anche un ulteriore mezzo di gravame con il quale la società appellante ha sostenuto che i primi giudici, nel ritenere corretto il provvedimento impugnato anche quanto all'irrogazione dei provvedimenti sanzionatori, avrebbero omesso di considerare, per un verso, che proprio le sanzioni previste dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006 sarebbero state superate dall'entrata in vigore dello Statuto delle Imprese (che prevede l'esclusione dalle gare per un anno per la mancata comprova dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione alla gara per la sola aggiudicataria) e, per altro verso, che in ogni caso le sanzioni previste dall'art. 48 del D.Lgs. n. 163 del 2006 non potevano essere applicate meccanicamente, presupponendo una dichiarazione falsa o mendacio (circa il possesso dei requisiti di partecipazione, poi non provati), situazione che nel caso di specie non si era affatto verificata. Evidenzia, infatti, la Sezione come le sanzioni dell'esclusione dalla gara, dell'escussione della cauzione e della segnalazione all'Autorità per la vigilanza, non solo non siano superate, ma risultino funzionali alla tutela dell'interesse ad assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura di gara e la tempestiva liquidazione dei danni prodotti dall'alterazione della stessa a causa della mancanza dei requisiti da parte dell'offerente, sotteso alla disciplina dell'art. 48 del codice dei contratti pubblici.

DIFFERENZA TRA VARIANTI E SOLUZIONI MIGLIORATIVE

Consiglio di Stato, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1923 –
Pres. Maruotti – Est. Amicuzzi

In sede di gara per l'aggiudicazione di un contratto pubblico, le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in

(*) La rassegna delle decisioni del Consiglio di Stato è curata da L. Tarantino; la rassegna delle sentenze del TAR è curata da G. Ferrari.

tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione; le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva previsione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un "aliud" rispetto a quella prefigurata dalla pubblica amministrazione: ne deriva che possono quindi essere considerate proposte migliorative tutte quelle precisazioni, integrazioni e miglioni che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste.

La V Sezione viene chiamata a chiarire la differenza tra varianti e soluzioni migliorative in un contenzioso nel quale la *lex specialis* non prevedeva, a differenza di quanto previsto dall'art. 76, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006, i requisiti minimi che le varianti dovessero rispettare. La pronuncia del TAR oggetto di gravame concludeva che alcune varianti sostanziali proposte dall'aggiudicataria fossero vietate dalla *lex specialis* di gara e dall'art. 76 D.Lgs. n. 163/2006, perché con esse era stata proposta la sistemazione di aree non coincidenti con quelle del progetto posto a base di gara, ovvero la realizzazione di opere totalmente estranee allo spirito della gara. Una simile conclusione non è condivisa, però, dal Consiglio che sottolinea come la differenza tra soluzioni e migliorative e varianti debba rinvenirsi nella circostanza che le prime possono liberamente esprimersi su tutti quegli aspetti non toccati dalla progettazione posta a base di gara, le seconde, invece, si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale. Questa diversità implica che solo per le seconde sia necessaria una manifestazione di volontà da parte della stazione appaltante, con espressa indicazione di una simile possibilità all'interno del bando di gara, attesa la modifica dell'oggetto stesso della procedura di gara che la stessa comporta, con ciò che ne consegue in termini di necessario rispetto della *par condicio* dei concorrenti.

Pertanto, possono essere considerate come varianti migliorative, tutte quelle soluzioni che rispettano le caratteristiche minime progettuali espresse dall'amministrazione committente e che non alterano i caratteri essenziali, i cosiddetti requisiti minimi, della prestazione oggetto del contratto. In questo senso le proposte migliorative arricchiscono le scelte progettuali della stazione appaltante nel rispetto della funzione, individuata dall'amministrazione, che l'opera è chiamata a soddisfare. Una simile condizione non si ravvisa, invece, nel caso di varianti che vengono ad incidere sullo stesso oggetto della gara. In questo senso appare importante l'indicazione della Sezione che riconduce all'interno del novero delle soluzioni migliorative anche quelle collocate al di fuori dell'area delimitata dall'impronta delle opere di progetto redatto dall'amministrazione, dovendo ritenersi che l'area oggetto di intervento comprendesse anche le aree limitrofe, ma non al progetto (nella fattispecie le opere riguardavano i lavori di consolidamento e regimentazione idraulica di un canale).

LEGITTIMAZIONE A RICORRERE AVVERSO GLI ATTI DI GARA

T.A.R. Lazio, sez. II, 13 marzo 2014, n. 2807 – Pres. Filippi – Est. Caponigro

Nelle controversie in materia di affidamento di contratti pubblici la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione.

Una pubblica amministrazione indice una gara ristretta per l'affidamento dei servizi assicurativi inerenti beni ed attività istituzionali, ma nel bando inserisce la clausola secondo cui la partecipazione alla gara è aperta ai soggetti di cui all'art. 34, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ma solo se Direzioni generali o Gerenze di Compagnia, con conseguente esclusione di Agenzie o Brokers. Avverso detta clausola propone ricorso al TAR un agente assicurativo, il quale ne denuncia l'illegittimità in quanto non solo discriminerebbe ingiustamente tra Agenzie, Brokers e Direzioni generali o Gerenze di Compagnia, consentendo solo a queste ultime di partecipare alla gara, ma contrasterebbe anche con i principi comunitari in base ai quali, per sopprimere le restrizioni alla libera prestazione dei servizi e per garantire l'effettiva libera concorrenza tra imprese, qualsiasi forma d'impedimento alla partecipazione alle gare di imprese tramite agenzie deve essere vietata. Aggiunge che anche il codice dei contratti pubblici non esclude la possibilità di partecipazione alle gare per le agenzie e le succursali e che la non ammissione alla gara di Agenzie e Brokers finisce per favorire accordi di cartello fra le Direzioni centrali delle Compagnie. Una società, partecipante alla gara, costituitasi in giudizio eccepisce l'inaffidabilità del ricorso; la tesi svolta è che l'impugnativa del bando di gara dovrebbe ritenersi consentita solo al soggetto che presenti domanda di partecipazione alla gara, sicché l'agente, non avendo partecipato alla procedura, sarebbe privo di legittimazione attiva. Il Tribunale disattende l'eccezione. Afferma che l'interesse al ricorso sussiste atteso che, ove venisse meno la contestata clausola del bando, il ricorrente, in qualità di agente, potrebbe partecipare alla gara con conseguente *chance* di aggiudicazione. Riconosce che gli orientamenti interpretativi più consolidati in materia di affidamento di contratti pubblici affermano la regola secondo cui la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione. Sostiene peraltro che detta regola subisce, come precisato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, alcune notevoli deroghe, concernenti, rispettivamente: la legittimazione del soggetto che contrasta, in radice, la scelta della stazione appaltante di indire la procedura; la legittimazione dell'operatore economico di settore, che intende contestare un affidamento diretto o senza gara; la legittimazione dell'operatore che manifesta l'intenzione di impugnare una clausola del bando escludente, in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione. Data la premessa conclude nel senso che, nel caso portato al suo esame, la clausola impugnata del bando è immediatamente lesiva e, quindi, autonomamente impugnabile in quanto esclude in modo inequivoco, senza possibilità di diverse interpretazioni, gli agenti dalla possibilità di partecipazione alla gara. Ne consegue che il ricorrente, in qualità di agente, è legittimato ad impugnare la clausola del bando "escludente", che

ne inibisce immediatamente la possibile partecipazione alla gara.

SOCCORSO AMMINISTRATIVO: ESERCIZIO DEL RELATIVO POTERE

T.A.R. Milano, sez. III, 6 marzo 2014, n. 593 – Pres. Leo – Est. Di Mario

Nelle gare pubbliche il potere di soccorso sussiste anche al di fuori della fase di valutazione di anomalia dell'offerta, ove l'esercizio di tale potere mediante richiesta di chiarimenti è obbligatorio, e fuori della fase di ammissione alla gara, alla quale l'art. 46, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 si riferisce espressamente, estendendosi anche alla fase della presentazione e valutazione delle offerte.

Un'impresa, partecipante ad una gara indetta per l'aggiudicazione del servizio di vigilanza, esazione, portierato e videosorveglianza ed allarmi nelle aree dei Mercati generali e collocatasi al terzo posto della graduatoria, impugna innanzi al TAR i risultati della gara. Deduce, fra l'altro, che la Commissione di gara avrebbe illegittimamente richiesto all'aggiudicataria e alla seconda graduata chiarimenti su elementi non sanabili *ex post*, offrendo ad esse un soccorso non dovuto. Il Tribunale rigetta il ricorso. Richiama innanzi tutto la giurisprudenza comunitaria (Corte giust. UE, 29 marzo 2012, in causa C-599/10) per la quale l'art. 2 della direttiva 2004/18 non osta a che, eccezionalmente, i dati relativi all'offerta possano essere corretti o completati su singoli punti, in particolare se necessitano con evidenza di un semplice chiarimento, o al fine di correggere errori materiali manifesti, ma sempre che tale modifica non comporti in realtà la presentazione di una nuova offerta. La tesi del giudice comunitario è, in sostanza, che l'Amministrazione aggiudicatrice, nell'esercizio del potere discrezionale di cui dispone, deve trattare i diversi candidati in maniera uguale e leale, di modo che, all'esito della procedura di selezione delle offerte e tenuto conto del risultato di quest'ultima, non possa apparire che la richiesta di chiarimenti abbia indebitamente favorito o sfavorito il candidato o i candidati cui essa è rivolta. Aggiunge il Tribunale che anche l'art. 46, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prevede che, nei limiti previsti dai precedenti artt. 38 - 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, e tale disposizione è stata rafforzata in conseguenza della previsione, *ex art.* 46, comma 1-*bis*, della possibilità di esclusione solo nei casi di incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta. Data la premessa il Tribunale conclude che, a differenza di quanto affermato dalla ricorrente, il potere di soccorso sussiste anche al di fuori della fase di valutazione di anomalia dell'offerta, ove l'esercizio di tale potere mediante richiesta di chiarimenti è obbligatorio, e fuori della fase di ammissione alla gara, alla quale il cit. art. 46 si riferisce espressamente, estendendosi anche alla fase della presentazione e della valutazione delle offerte. Infine, con specifico riferimento al caso sottoposto al suo esame, il Tribunale osserva che le contestate richieste di chiarimenti non hanno alterato la *par condicio* dei partecipanti, avendo contenuto meramente ricognitivo ed esplicativo dell'offerta e non avendo le risposte modificato i dati già in possesso della stazione appaltante, limitandosi a specificare le modalità di approvvigionamento ed utilizzo del personale indicato.

EDILIZIA E URBANISTICA

ONERI DI URBANIZZAZIONE: ADEGUAMENTO DELL'IMPORTO E COMPETENZA

T.A.R. Molise, 31 marzo 2014, n. 210 – Pres. Onorato – Est. Monteferrante

Ai sensi dell'art. 16 comma 4, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, è il Consiglio comunale, e non la Giunta, l'organo competente ad adeguare l'importo degli oneri di urbanizzazione dovuti dal soggetto che chiede il rilascio del permesso di costruire.

Una società, avendo acquistato dal Comune un terreno in zona PIP, chiede il permesso di costruire sullo stesso un capannone artigianale. Nelle more dell'istruttoria da parte degli uffici la Giunta comunale adotta delibere con le quali adegua il costo degli oneri di urbanizzazione, rivede le tariffe relative al costo di costruzione, aggiorna ed istituisce nuovi diritti di segreteria. Di conseguenza il rilascio del permesso di costruire risulta subordinato al pagamento di una somma di danaro che l'istante assume sproporzionata e, comunque, determinata in forza di delibere adottate da organo incompetente, essendo la materia riservata alla competenza del Consiglio comunale ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 16, comma 4, D.P.R. 4 giugno 2001, n. 380 e 42, comma 2 lett. f), D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Propone quindi ricorso al TAR deducendo, innanzi tutto, che i provvedimenti di aggiornamento degli oneri di urbanizzazione sarebbero illegittimi per incompetenza e violazione di legge. Il Tribunale accoglie il ricorso giudicando fondata la censura di difetto di competenza della Giunta nella determinazione del contributo relativo agli oneri di urbanizzazione, al costo di costruzione ed ai diritti di segreteria. Osserva che la competenza del Consiglio comunale in materia di oneri di urbanizzazione primaria e secondaria è espressamente dichiarata dal cit. art. 16, comma 4, D.P.R. n. 380 del 2001, ribadita dal successivo comma 5 per il caso in cui la Regione non provveda alla definizione della tabella parametriche, e dal successivo art. 19 recante la disciplina del contributo di costruzione per opere o impianti non destinati alla residenza, come nel caso in esame. Aggiunge che le succitate disposizioni normative non hanno portata derogatoria, ma confermativa della disciplina generale sulle attribuzioni del Consiglio comunale come norme dall'art. 42, D.Lgs. n. 267 del 2000 che, nel comma 2, lett. f), riconosce al Consiglio comunale la competenza anche in materia di istituzione e ordinamento dei tributi e di disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei beni e dei servizi. Né, per sostenere la tesi della competenza della Giunta comunale, varrebbe opporre che nel caso in esame si tratterebbe di un mero adeguamento degli importi degli oneri dovuti, atteso che l'art. 16 del cit. D.P.R. n. 380 del 2001 non distingue tra determinazione degli oneri e loro aggiornamento, limitandosi ad indicare nel Consiglio l'organo competente a provvedere in materia, in linea con la previsione generale di cui al cit. art. 42, comma 2, lett. f), D.Lgs. n. 267 del 2000. Aggiunge il Tribunale che, al contempo, la tesi della competenza della Giunta non può fondatamente essere sostenuta facendo valere il carattere sostanzialmente vincolato del procedimento di adeguamento periodico degli oneri di urbanizzazione e del costo di costruzione atteso che, in realtà, si tratta di decisioni caratterizzate dall'esercizio di poteri discrezionali che, per l'ampia

latitudine delle valutazioni di merito implicate e per le ricadute dirette sui diritti dominicali degli appartenenti alle comunità di riferimento, non possono non essere esercitati dal Consiglio in quanto unico organo competente in materia di istituzione ed ordinamento di tributi e di disciplina delle tariffe per la fruizione dei servizi.

PROCESSO

LA NATURA GIURIDICA DELL'AZIONE AVVERSO IL SILENZIO DELLA P.A.

Consiglio di Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2184 – Pres. Pajno – Est. Caringella

L'azione avverso il silenzio della p.a., di cui all'art. 31 del c.p.a., è concettualmente scindibile in due domande: a) la prima, di natura dichiarativa, volta all'accertamento dell'obbligo, in capo all'Amministrazione destinataria dell'istanza presentata dal titolare dell'interesse pretensivo, dell'obbligo di definire il procedimento nel termine prescritto dalla disciplina legislativa o regolamentare a sensi dell'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241; b) l'altra, inquadrabile nel novero delle azioni di condanna, diretta ad ottenere una sentenza che condanni l'Amministrazione inadempiente all'adozione di un provvedimento esplicito, previo accertamento della spettanza del bene della vita, nei casi in cui venga in rilievo l'esplicazione di in potere discrezionale.

Una società presentava istanza di rilascio di autorizzazione unica per la realizzazione di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte eolica. Trascorsi quasi tre anni dalla presentazione di detta istanza, senza che l'amministrazione regionale avesse comunicato l'avvio del procedi-

mento alle amministrazioni interessate, o effettuato le altre previste attività prodromiche alla convocazione della conferenza di servizi, proponeva ricorso ai sensi dell'art. 117 del c.p.a. Prima dell'udienza dinanzi al TAR la Regione comunicava l'avvio del procedimento e poneva in luce la non conformità delle garanzie bancarie prodotte dall'istante, sicché il primo Giudice, ritenendo fosse venuta meno l'inerzia della p.a., dichiarava improcedibile il ricorso.

Investito dell'appello il Consiglio rileva che l'azione avverso il silenzio della p.a. contiene in sé due domande: la prima di natura dichiarativa tende ad accertare l'obbligo, in capo all'amministrazione destinataria dell'istanza presentata dal titolare dell'interesse pretensivo, dell'obbligo di definire il procedimento nel termine prescritto dalla disciplina legislativa o regolamentare a sensi dell'art. 2 della L. 7 agosto 1990, n. 241; la seconda riconducibile al novero delle azioni di condanna consente di ordinare all'amministrazione inadempiente l'adozione di un provvedimento esplicito, previo accertamento della spettanza del bene della vita nell'ipotesi di assenza di un potere discrezionale. Le due azioni sono sostenute da interessi differenti, giacché venuto meno quello all'adozione di un provvedimento esplicito in ragione dell'emanazione da parte della p.a. di un atto di diniego all'istanza in esame, ben può residuare quello all'accertamento della violazione dell'obbligo di provvedere nei termini fissati dal legislatore nella previsione di una futura richiesta di risarcimento del danno. In questo senso fa propendere il dettato dell'art. 34, comma 3, c.p.a., che, sebbene faccia riferimento all'azione di annullamento, esprime in realtà un corollario del principio di carattere generale di effettività della tutela giurisdizionale. In questi termini l'appello risulta fondato, riscontrando il Collegio il mancato rispetto del termine perentorio previsto dall'art. 12 del D.Lgs. n. 387/2003, per il procedimento di rilascio dell'autorizzazione unica.

Osservatorio penale

a cura di ALESSIO SCARCELLA

EDILIZIA E URBANISTICA

REALIZZAZIONE DELLA RAMPA DI ACCESSO AD UN GARAGE, NECESSITÀ DEL PERMESSO DI COSTRUIRE E INSUSCETTIBILITÀ DI UNA DIA IN SANATORIA

Cassazione penale, sez. III, 1° aprile 2014, n. 14945

La realizzazione di una rampa di accesso ad un garage con relativa pavimentazione costituisce intervento ricadente nel D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 3, lett. c), perché definibile di nuova costruzione e, dunque, necessita del permesso di costruire; ne consegue che, trattandosi di intervento edilizio soggetto al permesso di costruire, lo stesso non è sanabile mediante la presentazione di una DIA in sanatoria.

Il tema affrontato dalla Corte di Cassazione con la sentenza in esame attiene all'esatta individuazione del titolo abilitativo edilizio richiesto per la realizzazione di un intervento edilizio, invero assai frequente, costituito dalla realizzazione della rampa di accesso ad un garage. La vicenda processuale trae origine dalla condanna inflitta al proprietario e committente che, in difformità da un precedente concessione edilizia rilasciatagli dal comune per la costruzione di un garage con accesso sulla via (*omissis*), aveva eseguito la rampa di accesso al garage. Nel pervenire a tale conclusione, il Tribunale aveva osservato come, essendo del tutto incontrovertito il fatto contestato, la tesi difensiva, secondo la quale la presentazione di una DIA in sanatoria potesse determinare effetti estintivi del reato, non fosse condivisibile e tanto sul rilievo che il D.P.R. n. 380 del 2001, art. 45 stabilisce che solo "il rilascio in sanatoria del permesso di costruire estingue i reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti". Peraltro, secondo il Tribunale, doveva escludersi che il fatto non costituisse reato perché, diversamente da quanto sostenuto dal tecnico comunale nel corso dell'esame dibattimentale secondo il quale per la realizzazione della rampa di accesso al garage sarebbe stata sufficiente la presentazione della DIA, l'opera, così come progettata e realizzata (garage con relativa rampa di accesso), non era assentibile mediante semplice DIA, tanto che, per la sua realizzazione, era stato chiesto ed ottenuto regolare permesso di costruire, sicché non appariva possibile, *a posteriori*, prendere in considerazione la sola (difforme) realizzazione della rampa al fine di sostenere la sufficienza della DIA quale titolo edilizio abilitativo. Diversamente argomentando, si sarebbe venuto, di fatto, ad obliterare, secondo il Tribunale, la valenza del precetto di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, lett. a) che, nel prendere in considerazione le "parziali" difformità dal titolo abilitativo, sanziona anche quelle cosiddette "innocue", cioè non suscettibili neppure di sanzioni amministrative. Contro la sentenza di condanna proponeva ricorso per cassazione l'interessato, sostenendo la sanabilità dell'intervento sulla base della presentazione di una DIA in sanatoria, non essendo necessario per eseguire tale intervento, il preventivo rilascio del titolo abilitativo costituito dal permesso di costruire.

La Cassazione, nel respingere il ricorso, ha affermato l'importante principio di cui in massima, precisando che in totale mancanza di un permesso di costruire per lavori che non potevano essere assentiti tramite una mera dichiarazione di inizio di attività, il fatto accertato risultava penalmente rilevante *ex art. 44, lett. b)*, D.P.R. n. 380 del 2001 a nulla rilevando la illegittima concessione di una DIA in sanatoria (in precedenza, nel senso che gli interventi edilizi soggetti al permesso di costruire non sono sanabili, nemmeno se realizzati dall'interessato con una denuncia di inizio attività alternativa al permesso di costruire *ex art. 22, comma 3*, D.P.R. n. 380 del 2001, mediante la presentazione di una DIA in sanatoria, ma richiedono la procedura di accertamento di conformità prevista per la sanatoria edilizia dall'art. 36 del citato decreto: Cass. pen., sez. III, 14 novembre 2011, n. 41425, in *CED Cass.*, n. 251327, principio affermato con riferimento ad una fattispecie relativa alla realizzazione di un muro di contenimento).

INTERVENTI IN ZONA VINCOLATA ESEGUITI IN DIFFORMITÀ E LORO QUALIFICAZIONE COME VARIAZIONI ESSENZIALI

Cassazione penale, sez. III, 27 marzo 2014, n. 14459

L'art. 32, comma 3, D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, prevede espressamente che tutti gli interventi realizzati in zona sottoposta a vincolo paesaggistico eseguiti in difformità dal titolo abilitativo, inclusi quelli eseguiti in parziale difformità, si considerano come variazioni essenziali e, quindi, quali difformità totali.

La Corte Suprema si sofferma, con la sentenza in esame, sul tema della qualificazione giuridica degli interventi edilizi eseguiti in zona vincolata, in particolare al fine di accertare se gli stessi possano essere distinti a seconda della natura della difformità (totale o parziale) e, conseguentemente, quale ne sia la sorte sotto il profilo sanzionatorio. La vicenda processuale trae origine dal sequestro preventivo di un fabbricato a trullo e del terreno ad esso annesso, sequestro disposto dal giudice nei confronti del proprietario del terreno per avere realizzato, in zona sottoposta a vincolo, in difetto di titolo abilitativo edificatorio e di autorizzazione paesaggistica, e, comunque, in violazione degli strumenti urbanistici vigenti o in difformità ai titoli abilitativi conseguiti, detto immobile, delle dimensioni, allo stato grezzo di superficie coperta pari a mq. 230,14 ed una volumetria impegnata di mc. 629,47. Contro il sequestro, confermato dal tribunale del riesame, proponeva ricorso per cassazione l'interessata, sostenendo che nel caso in esame non sussistevano le condizioni per l'applicabilità del vincolo reale, posto che le opere erano da tempo terminate, in ottemperanza al titolo abilitativo in sanatoria rilasciato nel 2009; peraltro, secondo la difesa, l'ente territoriale aveva rilasciato all'interessata un'autorizzazione paesaggistica nel corpo della quale si dava atto della inesistenza di vincoli paesaggistici nell'area in questione.

La Cassazione, nel respingere il ricorso, ha affermato il principio di cui in massima, osservando che, successivamente al rilascio del permesso a costruire e della autorizza-

zione paesaggistica postuma, l'interessata aveva realizzato ulteriori opere edilizie in difformità a quelle assentite, che, eseguite in zona vincolata, vanno considerate come variazioni essenziali e, quindi, difformità totali (in termini, sull'argomento: Cass. pen., sez. III, 27 aprile 2010, n. 16392, in *CED Cass.*, n. 246960).

INTERVENTI DI RISTRUTTURAZIONE EDILIZIA SECONDO IL "DECRETO DEL FARE" E CONSEGUENZE DELL'ELIMINAZIONE DELLA PAROLA "SAGOMA"

Cassazione penale, sez. III, 27 marzo 2014, n. 14457

Dalla definizione recata nell'art. 3, comma 1, lett. d) ed u.c. del Testo Unico dell'edilizia, come modificata dal D.L. n. 69 del 2013, art. 30 (cd. decreto del fare), è stata espunta la parola "sagoma", per cui secondo la definizione riformulata, nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia vanno ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione a condizione che venga mantenuta, però, nel *novum* la stessa volumetria del pregresso manufatto, anche nel mancato rispetto della sagoma.

La Corte Suprema si sofferma, con la sentenza in esame, sulle conseguenze derivanti dall'intervenuta modifica, ad opera del cd. decreto del fare (D.L. n. 69/2013), della nozione di interventi di ristrutturazione edilizia che ha visto espungere la parola "sagoma" dalla relativa definizione. La vicenda processuale trae origine dal rigetto da parte del tribunale del riesame dell'istanza di sequestro di un immobile in relazione al procedimento che vedeva indagati i proprietari di detto bene e committenti dei lavori, il tecnico professionista e direttore dei lavori, ed il titolare della società di costruzioni, impresa esecutrice delle opere, perché nelle rispettive qualità, realizzavano, per quanto di interesse agli effetti urbanistico-edilizi, in assenza di permesso di costruire e in totale difformità alla DIA, inerente opere di ristrutturazione di un preesistente magazzino, due appartamenti per civile abitazione, in zona agricola "E", a seguito della totale demolizione del preesistente manufatto, con ampliamenti volumetrici e modifiche alla sagoma dell'originario immobile. Contro l'ordinanza del tribunale, proponeva ricorso per cassazione il PM, denunciando violazione ed erronea applicazione del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, lett. b), e dell'art. 321 c.p.p. in materia di *fumus*, in quanto dalle indagini era emersa non solo la falsità delle dichiarazioni rese dagli indagati in tutti gli atti presentati al Comune, ma anche la realizzazione del manufatto in questione in difetto di titolo abilitativo.

La Cassazione ha accolto l'impugnazione della pubblica accusa, in particolare ritenendo che la violazione dovesse considerarsi evidente anche in relazione alle innovazioni normative di cui al D.L. n. 69 del 2013, art. 30, disposizione, questa, che ha introdotto una modifica al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 3, comma 1, lett. d) ed u.c., in punto di definizione della nozione di interventi di ristrutturazione edilizia: tali devono intendersi quegli interventi rivolti a trasformare gli immobili preesistenti mediante un insieme sistematico di opere, che possono determinare un organismo edilizio in tutto o in parte diverso da quello preesistente. Dalla definizione recata nel testo unico, precisano gli Ermellini, è ora espunta la parola "sagoma", per cui secondo la definizione riformulata, nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia vanno ricompresi anche quelli consistenti nella demolizione e ricostruzione a condizione che venga mantenu-

ta, però, nel *novum* la stessa volumetria del pregresso manufatto, anche nel mancato rispetto della sagoma. Orbene, nel caso di specie, era stato demolito un fabbricato insistente in zona classificata "area con esclusiva o prevalente funzione agricola", con conseguente realizzazione di un nuovo edificio, composto da due unità immobiliari autonome, destinate a civile abitazione, con ampliamenti volumetrici, rispetto al magazzino preesistente; opere, quindi, eccedenti l'ambito della mera ristrutturazione edilizia, eseguibili solo in forza di permesso di costruire e non di DIA, non rientranti nelle fattispecie regolate dal citato art. 30, D.L. citato (in precedenza, con riferimento alla nuova disciplina introdotta sul punto dal c.d. "decreto del fare", la Cassazione ha affermato che l'art. 30 della L. n. 98 del 2013 per qualificare come ristrutturazione edilizia anche gli interventi modificativi della sagoma dell'edificio esistente o che comportino la ricostruzione o il "ripristino" di edifici "eventualmente crollati o demoliti", richiede l'accertamento della preesistente consistenza dell'immobile: Cass. pen., sez. III, 7 febbraio 2014, n. 5912 *non massimata*).

REATI EDILIZI

INSUSSISTENZA DELL'OBBLIGO DI RESTITUIRE L'IMMOBILE SEQUESTRATO DOPO LA SENTENZA DI CONDANNA DI PRIMO GRADO

Cassazione penale, sez. III, 1° aprile 2014, n. 14962

Nel caso di sentenza di condanna non sussiste l'obbligo della immediata restituzione delle opere sequestrate, atteso che la disciplina processuale (art. 323, comma 1, c.p.p.), prevede tale restituzione soltanto nel caso di sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere.

La Corte Suprema si sofferma, con la sentenza in esame, sulla questione della sorte delle opere edilizie abusive in sequestro successivamente alla pronuncia di un provvedimento giurisdizionale. La vicenda processuale trae origine dal rigetto, da parte del tribunale del riesame, di un appello avverso l'ordinanza con la quale veniva respinta la richiesta di revoca del sequestro preventivo di un immobile abusivamente realizzato. Contro l'ordinanza veniva proposto ricorso per cassazione con cui i ricorrenti esponevano che nella fattispecie, essendo stata già emessa sentenza di 1° grado, anche se di condanna, erano cessati gli effetti reali delle misure cautelari.

La Cassazione ha respinto il ricorso, affermando il principio secondo cui non sussiste l'obbligo della immediata restituzione delle opere sequestrate nel caso di sentenza di condanna. Detta restituzione è, infatti, prevista soltanto nel caso di sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, ai sensi dell'art. 323 c.p.p., comma 1. La sentenza si inserisce in un filone giurisprudenziale consolidato, il quale ritiene che mentre l'irrevocabilità della sentenza di condanna determina la perdita di efficacia del provvedimento di sequestro preventivo di un manufatto edilizio abusivo, diversamente la non definitività della sentenza ne impedisce la restituzione, salvo che le esigenze cautelari giustificative del vincolo siano cessate (Cass. pen., sez. III, 11 febbraio 2008, n. 6462, in *CED Cass.*, n. 239289).

DICHIARABILITÀ DELLA PRESCRIZIONE "EDILIZIA" E ONERE DELLA PROVA GRAVANTE SULL'IMPUTATO

Cassazione penale, sez. III, 1° aprile 2014, n. 14951

Grava sull'imputato che voglia giovare della causa estintiva della prescrizione, in contrasto o in aggiunta a quanto già risulta in proposito dagli atti di causa, l'onere di allegare gli elementi in suo possesso.

La questione giuridica oggetto di esame da parte della Suprema Corte verte, in particolare, sull'individuazione delle condizioni in presenza delle quali può essere dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione in caso di reato edilizio. La vicenda processuale trae origine dalla condanna nei confronti della proprietaria e committente dei lavori, cui era stato addebitato di aver eseguito, in difformità alla concessione edilizia, un Kartodromo, un manufatto con struttura in profilati di ferro zincato ed uno accessorio in mattoni forati, nonché in difformità di altra concessione edilizia, un campo di calcio e un manufatto destinato a spogliatoio. Nel rigettare l'appello, la Corte di merito dichiarava, in particolare, infondata l'eccezione di prescrizione, rigettando i rilievi diretti a spostare la data di consumazione del reato in epoca antecedente a quella dell'accertamento dei fatti. Per l'annullamento della sentenza ricorreva per cassazione l'imputata, sostenendo l'erroneità della sentenza in ordine all'accertamento della data di consumazione dei reati, in particolare, per aver la Corte errato nel ritenere che il termine di prescrizione decorresse dall'accertamento degli addebiti e non dalla consumazione delle contestate contravvenzioni, con la conseguenza di non aver ritenuto prescritti i reati.

La Cassazione, nell'accogliere il ricorso, ha affermato il principio di cui in massima, così dando continuità ad un orientamento giurisprudenziale secondo cui, sempre restando a carico dell'accusa l'onere della prova della data di inizio della decorrenza del termine prescrittivo, non basta una mera e diversa affermazione da parte dell'imputato a fare ritenere che il reato si sia realmente estinto per prescrizione e neppure a determinare l'incertezza sulla data di inizio della decorrenza del relativo termine con la conseguente applicazione del principio "*in dubio pro reo*", atteso che, in base al principio generale per cui ciascuno deve dare dimostrazione di quanto afferma, grava sull'imputato che voglia giovare della causa estintiva, in contrasto o in aggiunta a quanto già risulta in proposito dagli atti di causa, l'onere di allegare gli elementi in suo possesso, dei quali è il solo a potere concretamente disporre, per determinare la data di inizio del decorso del termine di prescrizione, data che in tali ipotesi coincide con quella di esecuzione dell'opera incriminata (v., tra le tante: Cass. pen., sez. III, 11 ottobre 2000, n. 10562, in *CED Cass.*, n. 217575).

RESIDENZA TURISTICO ALBERGHIERA E CONFIGURABILITÀ DEL REATO DI LOTTIZZAZIONE ABUSIVA

Cassazione penale, sez. III, 27 marzo 2014, n. 14443

Al fine dell'individuazione della destinazione della struttura immobiliare (alberghiera o abitativa), non si deve tenere conto della titolarità della proprietà della stessa, che indifferentemente può appartenere ad un solo soggetto-proprietario oppure ad una pluralità di soggetti, rilevando, invece, la configurazione della struttura (anche se appartenente a più titolari) come albergo ed una

configurazione siffatta deve essere caratterizzata dalla concessione in locazione delle unità immobiliari ad una generalità indistinta ed indifferenziata di soggetti e per periodi di tempo predeterminati: in difetto di ciò non si ha più utilizzazione alberghiera, bensì abitativa.

Il tema oggetto di attenzione da parte della Suprema Corte con la sentenza in esame è quello, assai frequente, della possibile configurabilità del reato di lottizzazione abusiva nel caso di realizzazione di residenze turistico alberghiere. La vicenda processuale trae origine dalla riforma, in sede di appello, della sentenza con cui, in primo grado, il tribunale aveva assolto dal reato di lottizzazione abusiva il legale rappresentante della società titolare di un Residence qualificato come RTA, per aver ceduto a soggetti privati gli alloggi facenti parte della predetta struttura quali unità residenziali autonome, in difetto di assicurare l'ottemperanza agli obblighi connessi alla struttura residenziale alberghiera. Contro la sentenza, proponeva ricorso per cassazione la difesa dell'imputato, sostenendo come, da tutta la documentazione prodotta dall'imputato, risultava che le cessioni delle unità ricettive facenti parte della RTA erano state effettuate in ottemperanza alle disposizioni contenute nella convenzione urbanistica stipulata con il Comune. Dette previsioni erano scrupolosamente conformi ai principi relativi alla permanenza di una azienda alberghiera, pur in presenza di vendita a terzi di unità immobiliari, prevista e consentita dalla convenzione predetta; ancora, in nessun atto di vendita risultava che l'immobile oggetto di alienazione fosse destinato a prima casa dall'acquirente o che quest'ultimo avesse ottenuto in relazione ad esso mutuo agevolato per prima casa. Infine, dall'istruttoria era emerso che nessuno dei proprietari, pur ivi formalmente residenti, abitasse l'alloggio abitualmente: non sarebbe risultato, dunque, che le unità immobiliari fossero destinate ad alloggio dai rispettivi proprietari o che, comunque, fossero sottratte alla loro destinazione ricettiva e cioè non offerte al pubblico o non gestite unitariamente dall'imprenditore alberghiero; infine, mai si era verificato che il gestore della RTA avesse rifiutato di soddisfare una domanda da parte di un cliente.

La Cassazione, nel respingere il ricorso ed affermare il principio di cui in massima, ha operato una sintetica ma utile ricognizione dei principi in materia di lottizzazione abusiva, aggiungendo che una RTA, per mantenere il carattere di correttezza, con riferimento e nel rispetto delle disposizioni che regolamentano il suo funzionamento con vincoli, deve avere una gestione non differenziata ma comune a tutti gli alloggi che la compongono, prova ne è il tassativo divieto di diritti preferenziali di godimento da parte del titolare della quota di multiproprietà o delle singole unità, l'esercizio dei quali verrebbe a limitare la particolare destinazione d'uso, non suscettibile, nella specie di cambiamenti, sino a mutarne l'essenza giuridica (in precedenza, sulla configurabilità del reato di cui all'art. 44, lett. c), D.P.R. n. 380/01 in caso di RTA, v. Cass. pen., sez. III, 3 aprile 2007, n. 13687, in *CED Cass.*, n. 236340, secondo cui, in materia edilizia, configura il reato di lottizzazione abusiva la modifica di destinazione d'uso di immobili oggetto di un piano di lottizzazione attraverso il frazionamento di un complesso immobiliare, di modo che le singole unità perdano la originaria destinazione d'uso alberghiera per assumere quella residenziale, atteso che tale modificazione si pone in contrasto con lo strumento urbanistico costituito dal piano di lottizzazione; si noti che, nell'occasione, la S.C. ha altresì affermato che la lottizzazione abusiva è rilevabile dalla stipula di

contratti preliminari di compravendita, come quelli aventi ad oggetto unità abitative destinate a residenza privata e facenti parte di un complesso originariamente autorizzato per lo svolgimento di attività alberghiera).

ADOTTABILITÀ DELL'ORDINE DI DEMOLIZIONE DEL MANUFATTO ABUSIVO DA PARTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Cassazione penale, sez. III, 25 marzo 2014, n. 13995

L'omessa irrogazione dell'ordine di demolizione di manufatto abusivo in sede di sentenza di patteggiamento comporta, in caso di ricorso per cassazione, annullamento senza rinvio della stessa limitatamente a tale omissione, potendo la Corte adottare direttamente il provvedimento dovuto in quanto obbligatorio "ex lege".

La Corte di Cassazione torna ad occuparsi, nella sentenza qui esaminata, del tema dell'irrogabilità dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo conseguente all'accertamento del reato edilizio, con particolare riferimento alla questione dell'adottabilità del medesimo da parte della Corte di Cassazione. La vicenda processuale che ha fornito l'occasione alla Corte per occuparsi della questione segue alla sentenza di patteggiamento con cui era stata applicata, su richiesta delle parti, la pena per il reato di cui all'art. 44, lett. b), D.P.R. n. 380/2001. La sentenza veniva impugnata in Cassazione dal Procuratore Generale presso la Corte d'appello, il quale si lamentava per non aver il giudice di merito irrogato la sanzione amministrativa della demolizione, che avrebbe dovuto essere irrogata ancorché non formante oggetto dell'accordo tra le parti né ostandovi la concessione del beneficio di cui all'art. 163 c.p. La Cassazione, nell'accogliere il ricorso del PG, ha affermato il principio di cui in massima, peraltro conforme ad un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità (v., da ultimo: Cass. pen., sez. III, 27 aprile 2010, n. 16390, in *CED Cass.*, n. 246769).

IN SEDE DI OPPOSIZIONE È COMPETENTE LO STESSO GIUDICE DELL'ESECUZIONE PER L'ISTANZA DI RESTITUZIONE DEL MANUFATTO IN SEQUESTRO

Cassazione penale, sez. III, 25 marzo 2014, n. 13988

L'ordinanza del giudice dell'esecuzione in materia di restituzione delle cose sequestrate, non è suscettibile di ricorso per cassazione, ma del rimedio giuridico dell'opposizione innanzi allo stesso giudice.

La questione giuridica oggetto di esame da parte della Suprema Corte verte, in particolare, sulla individuazione del corretto mezzo di impugnazione esperibile nel caso in cui si renda necessario impugnare il provvedimento con cui il giudice dell'esecuzione respinga un'istanza di restituzione di un immobile abusivo sequestrato. La vicenda processuale trae origine dal provvedimento con cui il GIP aveva rigettato la richiesta di dissequestro di un chiosco in muratura abusivamente costruito lungo la litoranea salentina, essendosi accertato che l'immobile era stato realizzato in difformità dal permesso di costruire ed il relativo procedimento era stato archiviato per essere il reato estinto per intervenuta prescrizione. Nello specifico, il GIP, sul rilievo che l'indagato non poteva continuare ad esercitare attività impen-

ditoriale in un chiosco abusivo del quale peraltro non era proprietario, avendo fatto eseguire i lavori solo in veste di committente e titolare di un diritto di concessione, respingeva la richiesta di restituzione dell'immobile in suo favore. L'ordinanza veniva impugnata con ricorso per cassazione dall'interessato, il quale sosteneva la violazione di alcune norme procedurali.

La Cassazione, senza pronunciarsi sulla legittimità della doglianza, ha affermato il principio di cui in massima, puntualizzando, inoltre, che l'eventuale ricorso in cassazione presentato dalla parte non deve essere dichiarato inammissibile ma deve essere riqualeficato come opposizione contro il provvedimento censurato, sulla base del principio generale di conservazione degli atti giuridici e del "*favor impugnationis*" (v., in termini: Cass. pen., sez. VI, 1° ottobre 2010, n. 35408, in *CED Cass.*, n. 248633).

SINDACABILE IN SEDE PENALE L'ATTO AMMINISTRATIVO NON SOLTANTO SE ILLECITO MA ANCHE SE ILLEGITTIMO

Cassazione penale, sez. III, 25 marzo 2014, n. 13986

In materia di violazione del D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, la non conformità dell'atto amministrativo alla normativa che ne regola l'emanazione, alle disposizioni legislative statali e regionali in materia urbanistico-edilizia e alle previsioni degli strumenti urbanistici può essere rilevata non soltanto se l'atto sia illecito, e cioè frutto di attività criminosa, ma anche nell'ipotesi in cui l'emanazione dell'atto medesimo sia espressamente vietata in mancanza delle condizioni previste dalla legge o nel caso di mancato rispetto delle norme che regolano l'esercizio del potere.

La questione affrontata dalla Suprema Corte con la sentenza in esame concerne un tema assai dibattuto nell'esegesi giurisprudenziale di legittimità, rappresentato dall'esatta delimitazione dell'ambito cognitivo e, più specificamente, dei poteri del giudice penale in presenza di un atto amministrativo. La vicenda processuale trae origine dall'impugnazione contro la sentenza con cui la Corte d'appello aveva dichiarato non doversi procedere nei confronti di alcuni soggetti per estinzione di alcuni dei reati ascritti, rideterminando la pena per la violazione edilizia loro ascritta. Contro la sentenza d'appello, proponeva ricorso per cassazione uno degli interessati, sostenendo che il giudice non poteva sindacare la legittimità dell'atto amministrativo, potendo soltanto, semmai, disapplicarlo *in bonam partem*, configurandosi altrimenti anche una questione di illegittimità costituzionale coinvolgente il D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 1, lett. b).

La Corte di Cassazione, nel liquidare agevolmente le questioni di costituzionalità sollevate "per contrasto con il principio di determinatezza della fattispecie e di stretta legalità (art. 25 Cost.), con quello della riserva dei poteri attribuiti alla giurisdizione amministrativa (artt. 103 e 113 Cost.) ed all'amministrazione attiva (art. 118 Cost.), giacché le funzioni amministrative del Comune verrebbero ad essere incongruamente svolte sotto il controllo giurisdizionale del giudice ordinario, e non di quello amministrativo, sottraendo a questo poteri ad esso riservati e facendo coincidere l'illegittimità di un atto con la sua illiceità", ha ribadito che al giudice penale è riconosciuto il potere di accertare il reato edilizio pur in presenza di atto amministrativo illegittimo ma non illecito, senza che ciò conduca a porre in essere una procedura di disapplicazione ex art. 5, allegato E, L. 20

marzo 1865, n. 2248 dal momento che, accertando i profili di illegittimità sostanziale del titolo abilitativo, si effettua l'identificazione in concreto della fattispecie rispetto all'oggetto della tutela attuata mediante tali fattispecie penali (da ultimo, in senso conforme alla decisione in esame: Cass. pen., sez. III, 16 settembre 2013, n. 37847, in *CED Cass.*, n. 256971).

LA PROCEDURA DI FISCALIZZAZIONE DELL'ILLECITO EDILIZIO NON COMPORTA ALCUNA TOLLERANZA DELL'OPERA ABUSIVA E NON NE ESCLUDE LA CONCRETA OFFENSIVITÀ

Cassazione penale, sez. III, 24 marzo 2014, n. 13861

L'accettazione, da parte del Comune, del pagamento della somma prevista dall'art. 34 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 costituisce una circostanza che, ponendosi completamente al di fuori dello schema legale tipico, non è suscettibile di essere valutata alla stregua di un giudizio di "tolleranza" dell'opera, men che meno di assenza di concreta offensività della condotta.

Di estremo interesse la questione giuridica oggetto di esame da parte della Corte di Cassazione con la sentenza in esame, in cui i giudici di Piazza Cavour si soffermano ad analizzare la questione della possibile rilevanza penale della cd. procedura di fiscalizzazione dell'illecito edilizio, prevista dall'art. 34, D.P.R. n. 380/2001. La vicenda processuale trae origine dal sequestro disposto dall'A.G. di un abusivo ampliamento di un preesistente fabbricato agricolo (aumentato di mc. 188,57), in assenza di permesso di costruire, senza che l'indagato ne avesse fatto denuncia, né dato avviso agli organi ed uffici competenti, in zona sismica e con opere in cemento armato. La relativa richiesta di revoca era stata respinta da giudice e il tribunale del riesame adito aveva rigettato l'appello cautelare proposto. Contro l'ordinanza proponeva ricorso per cassazione l'indagato, sostenendo che il provvedimento di cui all'art. 34 T.U. edilizia, pur non avendo incidenza sulla regolarizzazione dell'illecito, ciò nondimeno dimostra che le opere sono "tollerate" nello stato in cui si trovano in funzione della conservazione di quelle realizzate legittimamente.

La Cassazione, nel respingere il ricorso, ha affermato l'importante principio di cui in massima, precisando che il pagamento della sanzione di cui al D.P.R. n. 380/2001, art. 34, comma 2, non ha alcuna efficacia sanante dei reati, poiché si tratta di norma che si applica ai soli interventi eseguiti in parziale difformità dal titolo edilizio, non anche a quelli (come, nel caso di specie) eseguiti in assenza di permesso di costruire (o di titolo equipollente). Sicché, oltre a non spiegare alcun effetto sostanziale, l'accettazione del pagamento da parte dell'autorità comunale non può essere legittimamente intesa come manifestazione di "tolleranza" delle opere nello stato in cui si trovano, posto che, per tali opere, il D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 31, prevede esclusivamente la demolizione e il ripristino dello *status quo ante* (comma 2) e, in caso di inottemperanza, l'acquisizione del bene e dell'area di sedime al patrimonio del Comune. Si tratta di conseguenze che possono essere evitate solo con il permesso in sanatoria rilasciato all'esito del positivo accertamento di conformità di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 36: ma anche tale accertamento, ricordano gli Ermellini, non sfugge al necessario controllo di legalità del giudice penale che, ove rilevi la non conformità dell'opera alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della sua realizzazione, sia al momento della presentazione della domanda, deve comunque ritenere la sussistenza del reato, a prescindere dal giudizio positivamente espresso dalla pubblica amministrazione (in precedenza, nel senso che la determinazione, da parte dell'Autorità comunale, della somma da versare dall'interessato nell'ambito della procedura di fiscalizzazione dell'illecito edilizio ex art. 34, D.P.R. n. 380/2001, non vincola il giudice nell'accertamento del reato, poiché non preclude la possibilità di un'autonoma verifica in sede penale dell'entità e/o della natura dell'opera realizzata per accertare se la stessa possa essere effettivamente definita come difformità parziale o, diversamente, totale: Cass. pen., sez. III, 22 marzo 2010, n. 10978, in *CED Cass.*, n. 246345, fattispecie relativa al sequestro preventivo di un immobile, in cui la Corte ha escluso che la revoca consegua automaticamente per effetto del versamento della somma stabilita dal Comune).

INDICE DEGLI AUTORI

Balocco Giovanni

Il principio di corrispondenza delle quote per lavori nell'ambito dei PPP: il nuovo corso inaugurato dalla Plenaria

Commandatore Calogero

Il risarcimento della *chance* oppositiva da aggiudicazione

Contessa Claudio

Le "Relazioni pericolose" fra la verifica di anomalia e l'art. 21-*octies* della legge sul procedimento

De Nictolis Rosanna

La riforma del Codice appalti

Ferrari Giulia

Osservatorio amministrativo

Lavermicocca Domenico

La nullità del preliminare di vendita per irregolarità urbanistica dell'immobile

Longo Antonino

Verifica dell'anomalia delle offerte e limiti del sindacato giurisdizionale

Misserini Giuseppe

Ancora sul riparto di giurisdizione nelle controversie risarcitorie per danno da occupazione appropriativa ..

Pagani Ignazio

Osservatorio civile

Presutti Luca

L'incompatibilità del contributo unificato negli appalti pubblici con la direttiva ricorsi

Scarcella Alessio

Osservatorio penale

Sempreviva Maria Teresa

Osservatorio costituzionale

Tarantino Luigi

Osservatorio amministrativo

Urbani Paolo

La ristrutturazione edilizia leggera nel "decreto del fare"

INDICE CRONOLOGICO

Giurisprudenza

Corte costituzionale

2 aprile 2014, n. 73

15 aprile 2014, n. 94

16 aprile 2014, n. 97

Consiglio di Stato

17 gennaio 2014, sez. V, n. 162

30 gennaio 2014, Ad. Plen., n. 7

16 aprile 2014, sez. V, n. 1923

28 aprile 2014, sez. V, n. 2184

28 aprile 2014, sez. V, n. 2201

Consiglio di giustizia amministrativa Regione Sicilia

12 dicembre 2013, n. 929

Tribunali amministrativi regionali

29 gennaio 2014, Trento, sez. unica, ord. n. 23

31 gennaio 2014, Milano, sez. I, n. 350

6 marzo 2014, Milano, sez. III, n. 593

13 marzo 2014, Lazio, sez. II, n. 2807

31 marzo 2014, Molise, n. 210

Corte di Cassazione civile

17 dicembre 2013, sez. II, n. 28194

17 febbraio 2014, Sez. Un., n. 3660

21 marzo 2014, sez. I, n. 6751

26 marzo 2014, Sez. Un., n. 7176

28 marzo 2014, sez. I, n. 7406

28 marzo 2014, sez. I, n. 7408

7 aprile 2014, Sez. Un., n. 8048

7 aprile 2014, Sez. Un., ord. n. 8051

7 aprile 2014, sez. II, n. 8081

8 aprile 2014, sez. III, n. 8141

10 aprile 2014, sez. III, n. 8408

16 aprile 2014, sez. II, n. 8890

17 aprile 2014, sez. I, n. 8965

Corte di Cassazione penale

24 marzo 2014, sez. III, n. 13861

25 marzo 2014, sez. III, n. 13986

25 marzo 2014, sez. III, n. 13988

25 marzo 2014, sez. III, n. 13995

27 marzo 2014, sez. III, n. 14443

27 marzo 2014, sez. III, n. 14457

27 marzo 2014, sez. III, n. 14459

1° aprile 2014, sez. III, n. 14945

1° aprile 2014, sez. III, n. 14951

1° aprile 2014, sez. III, n. 14962

INDICE ANALITICO

Appalti e lavori pubblici

Arricchimento indebito

Cass. civ., sez. I, 28 marzo 2014, n. 7406 (*Oss. civ.*)

Contributo unificato

L'incompatibilità del contributo unificato negli appalti pubblici con la direttiva ricorsi (T.R.G.A., Trentino-A. Adige, Trento, sez. unica, ord. 29 gennaio 2014, n. 23) *il commento di L. Presutti*

Gara

Le "Relazioni pericolose" fra la verifica di anomalia

e l'art. 21-octies della legge sul procedimento (T.A.R. Milano, sez. I, 31 gennaio 2014, n. 350) *il commento di C. Contessa*

T.A.R. Lazio, sez. II, 13 marzo 2014, n. 2807 (Oss. amm.)

Giurisdizione

Cass. civ., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8048 (Cass. civ.)

Cass. civ., Sez. Un., 7 aprile 2014, ord. n. 8051 (Cass. civ.)

Interpretazione del contratto

Cass. civ., sez. III, 8 aprile 2014, n. 8141 (Oss. civ.)

Offerte anomale

Verifica dell'anomalia delle offerte e limiti del sindacato giurisdizionale (Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, n. 162) *il commento di A. Longo*

Prestazione d'opera intellettuale

Cass. civ., sez. III, 10 aprile 2014, n. 8408 (Oss. civ.)

Revisione prezzi

Cass. civ., Sez. Un., 26 marzo 2014, n. 7176 (Oss. civ.)

Risarcimento danni

Il risarcimento della *chance* oppositiva da aggiudicazione (C.G.A. Sicilia, 12 dicembre 2013, n. 929) *il commento di C. Commandatore*

Servizi pubblici

Il principio di corrispondenza delle quote per lavori nell'ambito dei PPP: il nuovo corso inaugurato dalla Plenaria (Cons. Stato, Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 7) *il commento di G. Balocco*

Soccorso istruttorio

Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2201 (Oss. amm.)

T.A.R. Milano, sez. III, 6 marzo 2014, n. 593 (Oss. amm.)

Varianti

Cons. Stato, sez. V, 16 aprile 2014, n. 1923 (Oss. amm.)

Edilizia e urbanistica

Interventi in zona vincolata

Cass. pen., sez. III, 27 marzo 2014, n. 14459 (Oss. pen.)

Irregolarità urbanistiche

La nullità del preliminare di vendita per irregolarità urbanistica dell'immobile (Cass. civ., sez. II, 17 dicembre 2013, n. 28194) *il commento di D. Lavermicocca*

Oneri di urbanizzazione

T.A.R. Molise, 31 marzo 2014, n. 210 (Oss. amm.)

Sagoma

Cass. pen., sez. III, 27 marzo 2014, n. 14457 (Oss. pen.)

Titoli abilitativi

La ristrutturazione edilizia leggera nel "decreto del fare" di P. Urbani

Cass. civ., sez. II, 16 aprile 2014, n. 8890 (Oss. civ.)

Cass. pen., sez. III, 1° aprile 2014, n. 14945 (Oss. pen.)

Trasferimento coattivo ex art. 2932 c.c.

Cass. civ., sez. II, 7 aprile 2014, n. 8081 (Oss. civ.)

Espropriazione per p.i.

Giurisdizione

Ancora sul riparto di giurisdizione nelle controversie risarcitorie per danno da occupazione appropriativa (Cass. civ., Sez. Un., 17 febbraio 2014, n. 3660) *il commento di G. Misserini*

Indennità di espropriazione

Cass. civ., sez. I, 21 marzo 2014, n. 6751 (Oss. civ.)

Cass. civ., sez. I, 28 marzo 2014, n. 7408 (Oss. civ.)

Occupazione illegittima

Cass. civ., sez. I, 17 aprile 2014, n. 8965 (Oss. civ.)

Processo amministrativo

Giurisdizione

Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94 (Oss. cost.)

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

Corte cost., 2 aprile 2014, n. 73 (Oss. cost.)

Silenzio della p.a.

Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2014, n. 2184 (Oss. amm.)

Reati edilizi

Demolizione del manufatto abusivo

Cass. pen., sez. III, 25 marzo 2014, n. 13995 (Oss. pen.)

Fiscalizzazione dell'illecito edilizio

Cass. pen., sez. III, 24 marzo 2014, n. 13861 (Oss. pen.)

Lottizzazione abusiva

Cass. pen., sez. III, 27 marzo 2014, n. 14443 (Oss. pen.)

Prescrizione

Cass. pen., sez. III, 1° aprile 2014, n. 14951 (Oss. pen.)

Restituzione dell'immobile sequestrato

Cass. pen., sez. III, 25 marzo 2014, n. 13988 (Oss. pen.)

Cass. pen., sez. III, 1° aprile 2014, n. 14962 (Oss. pen.)



LEGGI D'ITALIA
Gruppo Wolters Kluwer

Enti Locali

GLI STRUMENTI E I SERVIZI PIÙ AVANZATI PER L'UFFICIO TECNICO.



LEGGI D'ITALIA è da sempre leader nello sviluppo di servizi per la Pubblica Amministrazione e per gli Enti Locali. Da oggi, le soluzioni LEGGI D'ITALIA si arricchiscono con servizi esclusivi studiati sulle specifiche esigenze di chi lavora negli Uffici Tecnici ed integrati all'interno dell'innovativo Sistema LEGGI D'ITALIA | Enti Locali.

LEGGI D'ITALIA offre le soluzioni più complete per gli Uffici Tecnici con norme nazionali e regionali anche nel testo previgente, interpretazione di esperti, informazione e approfondimenti aggiornati costantemente sui principali temi di interesse e strumenti pratici come i prezziari dei lavori pubblici, la modulistica e gli schemi di sintesi.



RICHIEDI SUBITO UNA PROVA GRATUITA SU
www.leggiditalia.it/tecnico





Wolters Kluwer
Italia



di **Giuseppe Trapani**

pagg. 640, € 60,00

NOTARIATO E DIRITTO IMMOBILIARE

Collana diretta da **Giancarlo Laurini** e **Ernesto Briganti**

I diritti edificatori

I nuovi assetti urbanistici devono tenere conto di alcuni interessi costituzionalmente orientati sorti negli ultimi anni: l'eguaglianza sostanziale dei cittadini dinanzi alla **fruizione del territorio** e all'**allocazione delle opere pubbliche**; la **salvaguardia dei beni culturali ed ambientali**; la ricerca di uno **sviluppo edilizio sostenibile**; l'attuazione di schemi di edilizia residenziale pubblica che diano la possibilità di attribuire in modo sempre più diffuso l'**accesso al bene casa ai cittadini**.

La loro **attuazione su base regionale** - in assenza di norme quadro nazionali - ha condotto gli Enti locali ad individuare strade che le soddisfacessero, adottando soluzioni spesso tra loro eterogenee e conflgenti.

Il volume fornisce al lettore un elemento di coerenza partendo dai **nomi degli istituti** e dalle loro **definizioni** per arrivare all'auspicio di una **Legge Quadro nazionale** che eviti lo spreco della risorsa "suolo" e miri a salvaguardare l'ambiente generando, nel contempo, uno sviluppo umano e sociale sostenibile.

È disponibile anche nella **versione eBook**.

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

☐ (00148844) Sì, desidero acquistare il volume **I diritti edificatori** di Giuseppe Trapani a € 60,00.

Cognome e Nome _____ Azienda/Studio _____

Via _____ CAP _____

Città _____

Tel. _____ Fax _____

e-mail (obbligatoria): _____ Cod. cliente _____

Partita IVA _____ C.F. _____

☐ (1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

☐ Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

☐ Mastercard (16 cifre) ☐ American Express (15 cifre) ☐ VISA (16 cifre) ☐ Diner's (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

Trattamento dati personali ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196. La informiamo che i suoi dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago (Milano) Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofori Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

Clausola di ripensamento diritto di recesso ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorso 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. (o mediante e-mail, fax o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI) - telefax 02.82476.799.